

O AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL E A INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO (ARTIGO 174, PARÁGRAFO ÚNICO, I, DO CTN E O SEU EFEITO *SECUNDUM EVENTUM CITATIONIS*)¹

THE FIRST REQUEST AND THE INTERRUPTION OF PRESCRIPTION OF THE TRIBUTARY CREDIT (THE EFFECT SECUNDUM EVENTUM CITATIONIS OF THE RULE 174, PARAGRAPH, I, OF THE TRIBUTARY CODE)

Cássio Benvenutti de Castro²

Professor Universitário

RESUMO: A Lei Complementar nº 118/2005 modificou o art. 174, parágrafo único, I, do CTN e estabeleceu que o “despacho do juiz que ordenar a citação” do devedor, em execução fiscal, antecipou o marco interruptivo da prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário. A literalidade da regra está comprometida com o alargamento dos prazos em benefício da Fazenda Pública. Apesar dessa aparência, necessário ter presente que a interpretação e a aplicação dessa norma também tocam o plano dos direitos fundamentais dos indivíduos. Assim, a reforma do Código reclama mais que uma simples imputação literal de seus termos, pois o dispositivo reequipado deve se compatibilizar a uma racionalidade do ordenamento jurídico. A

tentativa é de refletir sobre o antes, o durante e o depois da regra prevista no art. 174 do CTN, não em termos históricos, mas por meio de três perfis que aparelham a questão da prescrição em seus termos processuais, naquilo que a prescrição toca ao processo. Afinal, a execução fiscal é um modelo de processo, e não convém que ela seja eternamente tratada como um balcão de cobrança do crédito tributário, como se fora um vetusto braço da autotutela estatal.

PALAVRAS-CHAVE: Execução fiscal; prescrição; interrupção; citação.

ABSTRACT: *The changed art. 174, paragraph, I, Tax Code, established that the “order of the court that receive the first request” anticipates the interrupting*

¹ O trabalho é dedicado ao Desembargador Tasso Caubi Soares Delabary. Março de 2014.

² Especialista em Ciências Criminais. Pós-Graduando em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais. Mestre em Direito pela UFRGS. Juiz de Direito no RS.

of prescription of the tax credit. Despite of this appearance, it must to remember that the interpretation and the application of this standard also touch the plane of the fundamental rights. Thus, the reform of the Code goes further than a simple literal imputation of its terms, because it must be compatible to a rationality of law. The attempt is to reflect on before, on during and on after the rule, not in its historical terms, but through three profiles in its procedural terms, on its using, about the prescription of the tax credit. The tax process should not be treated as a collection of the tax credit, but should be treated as a real judicial protection.

KEYWORDS: *Tax execution; prescription; interruption; citation.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O formalismo do direito público e o problema da essência jurídica; 2 O perfil epistêmico. A natureza jurídica da execução fiscal; 3 O perfil dogmático. A lacuna técnica da LEF e a aplicação subsidiária do CPC; 4 O perfil funcional. O primado da tutela do direito; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The formalism of public law and the essence of the problem; 2 Epistemological profile. The nature of the tax process; 3 Dogmatical profile. The technical silence of the law and the subsidiary application of the Process Code; 4 The functional profile. The judicial protection of the law; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

A Lei Complementar nº 118, do ano de 2005, modificou pontualmente o Código Tributário Nacional. No particular, a referida lei estabeleceu um *novo marco* para a interrupção da prescrição direta da pretensão de cobrança do crédito tributário, ao estabelecer: “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”.

O ensaio discute a aplicabilidade dessa regra.

No mesmo inciso, o CTN originariamente regulamentava que a prescrição do crédito tributário seria interrompida “pela citação pessoal feita ao devedor”. Intuitivo que o lapso de tempo transcorrido, desde o despacho que ordena a citação até a efetivação da citação pessoal do devedor, é significativo. Tanto que o STJ publicou a Súmula nº 106, na tentativa de uniformizar a matéria: “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. (J. 26.05.1994, DJ 03.06.1994, p. 13885)” – um enunciado que é compatível à LC118/2005.

Por essa mesma razão, a jurisprudência³ majoritária aplica a nova redação do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, em sua literalidade. De alguma forma ratificando a doutrina a qual comumente referia que “interromper o curso da prescrição, no contexto da execução fiscal, nada mais significa senão exercer, efetivamente, o direito à ação de cobrança e, com isso, afastar de vez a ameaça de extinção desse direito”⁴.

Ocorre que a interrupção da prescrição não se opera por um passe de mágica, mesmo que o legislador procure atribuir totais efeitos ao despacho da inicial pelo juiz. Na verdade, tanto a jurisprudência como a doutrina citada possuem em comum um detalhe digno de nota: ambas assinalam que a interrupção da prescrição (instituto do *direito material*) pode e geralmente é efetuada por intermédio do exercício da *ação processual* (fenômeno do *direito processual*). O próprio art. 174, *caput*, do CTN sequer fala em prescrição da pretensão, mas redige sobre a prescrição da “ação”.

A peculiaridade do trânsito entre institutos do direito material e do direito processual reserva uma mensagem delicada.

A prescrição não é interrompida por qualquer ato processual perdido no tempo e no espaço. Para ser um ato processual típico e produzir os seus efeitos pertinentes, inclusive para fora do processo (interromper a prescrição, por exemplo), determinado ato processual deve ser conforme o que está expresso nas

³ Conforme o Superior Tribunal de Justiça: “Na hipótese em questão, ajuizada a execução fiscal antes da vigência da LC 118/2005, vale a regra antiga, isto é, a interrupção da prescrição ocorre somente com a citação válida, e não com o despacho judicial ordenando a citação. Assim, tendo em vista que se discute, nos autos, a cobrança do IPTU do ano de 1998 e que, na linha da jurisprudência firmada pelo STJ, o termo inicial do prazo prescricional deu-se em 01.01.1998 e o final, em 31.12.2002, e que o próprio despacho que ordenou a citação só foi proferido em 06.01.2003, encontra-se correto o acórdão recorrido que reconheceu a prescrição. Vale ressaltar que, com o advento da LC 118/2005, houve inovação na regra de índole processual contida no art. 174 do CTN, no sentido de antecipar o momento de interrupção da citação para o despacho do juiz que a ordena. Contudo, essa nova regra, segundo a jurisprudência do STJ, deve ser aplicada apenas às execuções ajuizadas após a entrada em vigor da referida LC, que teve *vacatio legis* de 120 dias. Diante disso, a Turma negou provimento ao REsp. Precedentes citados: REsp 1.006.192/RS, DJ 23.06.2008; REsp 762.892/MG, DJ 03.03.2008; REsp 854.953/RR, DJ 25.09.2006; REsp 713.831/SP, DJ 01.08.2005; EREsp 85.144/RJ, DJ 02.04.2001; REsp 938.901/RS, DJ 12.11.2007; REsp 974.700/RS, DJ 19.10.2007; REsp 966.989/RS, DJ 20.09.2007; REsp 1.030.759/RS, Rel^a Min. Eliana Calmon, J. 16.12.2008.

⁴ SAKAKIHARA, Zuudi. Art. 8º, § 2º. In: FREITAS, Vladimir Passos (Coord.). *Execução fiscal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 213.

normas do processo, e assim deve se encaixar na série de atos que compõe um procedimento. O processo (espécie de procedimento) preordena uma sequência de atos: um ato subentende o subsequente e é, desse mesmo ato posterior, um seu pressuposto. Logo, o despacho do juiz que contenha a ordem de citação do devedor deve ser colocado em um esquema procedimental e observar os requisitos legais que o encaixam no desenrolar da série.

Vale dizer que o efeito material do despacho do juiz (a interrupção da prescrição), embora previsto no direito tributário (art. 174, parágrafo único, I, do CTN), somente encontrará a sua força quando atendidos os comandos endoprocessuais que lhe supõem a validade e a eficácia (segundo as normas do direito material). A ordem de um juiz para que seja realizada a citação *morre por consumação*, quando não atendidos os requisitos e termos inerentes à citação. Daí a importância da leitura do processo da execução fiscal não apenas em conjunto com o Código Tributário Nacional, mas também em consonância com o Código de Processo Civil. Na organização do sistema jurídico, uma lei não sobrevive sem a outra: o art. 174, parágrafo único, I, do CTN, modificado pela LC 118/2005, requer a leitura da LEF e do Código de Processo Civil, precisamente em seu art. 219.

Assim, possível adiantar que, se o despacho da petição inicial em execução fiscal implica a interrupção da prescrição, isso quer dizer que o mero ajuizamento da execução fiscal interrompe a prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário. Trata-se de um dogma? O Estado Constitucional brasileiro reclama diuturnas ponderações entre as normas, entre os direitos que dialogam incessantemente no panorama cultural. Nem sempre uma regra aparentemente singela produz uma solução literal.

Juntamente com a leitura do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, é necessária a glosa do art. 263 combinado com a interpretação do art. 219, ambos do CPC. Em especial, os §§ 2º a 4º do art. 219, que estabelecem:

§ 2º Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 3º Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 4º Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 01.10.1973)

Ajuizamento + despacho prelibatório do juiz + citação - três atos processuais que desencapam duas percepções, de maneira a portar-se como o fio condutor da presente análise.

Em primeiro lugar, uma reflexão de lógica infere que nem sempre a colocação de uma nova regra no interior de um código de normas acaba produzindo todos os efeitos esperados pelo legislador. Cediço que uma regra jurídica possui uma roupagem (forma) e também um conteúdo. No caso de regulamentar a interrupção da prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário, para além da questão da forma (modificação do art. 174 do CTN por meio de uma lei complementar), é fundamental verificar a compatibilidade semântica da referida norma para com as demais normas que compõem esse contexto do ordenamento jurídico. A prescrição é matéria que não se resume a um artigo de lei - seja a lei complementar, seja qualquer outra natureza formal que um dispositivo assumir. Justamente nisso que reside a segunda ordem de preocupações.

A prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário é interrompida pelo movimento do credor; em geral, é interrompida pelo ajuizamento da "ação de execução fiscal". Por sua vez, a execução fiscal é um procedimento que atende a um sistema de normas previstas pelo direito processual. A leitura dos termos e diretrizes que norteiam a interrupção da prescrição - um instituto do direito material -, evidentemente, exige a observação da legislação do direito processual civil. O direito material e o processo trabalham em diuturna coordenação, ainda mais quando o assunto é a prescrição.

Quando se fala em prescrição, o direito material e o processo andam muito próximos, e o operador jurídico deve trabalhar com essas complexas interfaces de maneira sistemática. O problema não é apenas definir a prescrição e o seu marco interruptivo, mas, sobretudo, tentar compatibilizar a nova redação do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, com um sistema processual enfeixado pelas leis aplicáveis às execuções fiscais.

A prescrição não nasce e morre somente na virtude bem intencionada do Código Tributário Nacional; a prescrição não consiste em uma ilha na qual a lei complementar definiu toda a matéria com um inciso. O marco interruptivo

da prescrição é apenas a ponta de um *iceberg*, à medida que uma leitura da legislação do processo lhe atribui o respectivo referencial dinâmico.

O presente trabalho desenvolve uma leitura processual do marco interruptivo da prescrição do crédito tributário, percorrendo três perfis que se complementam mutuamente: parte-se de uma reflexão epistêmica, sobre a natureza da execução fiscal; por conseguinte, saliento a estrutura dogmática da fase prelibatória da execução fiscal, com uma leitura estrita, para não dizer exegética sobre o ponto; finalmente, reflito sobre o primado da tutela do direito por meio do processo e a localização do velho dogma da estrutura da separação dos poderes como a atual função de harmonizar os instrumentos estatais em benefício das pessoas.

A linha de chegada proposta não apresenta uma tese pacífica. Também pudera, trafega-se pelas entranhas do direito material e do direito processual, o que muito provavelmente é desprezado pelo próprio legislador, quando elabora uma regra modificativa de um código de normas. A teoria e a prática caminham juntas, o direito e o processo andam abraçados, hipótese de trabalho cuja solução de compromisso é proporcionar ao leitor uma visão de conjunto do ordenamento regente da matéria.

1 O FORMALISMO DO DIREITO PÚBLICO E O PROBLEMA DA ESSÊNCIA JURÍDICA

Um ordenamento jurídico que é estabelecido por intermédio de codificações⁵, como o brasileiro, permite identificar, com certa facilidade, o regime *dualista*, no qual se identifica a separação entre o direito material e o direito processual. O esquema do direito é tradicionalmente disposto ao largo desses dois planos⁶: o plano do direito material reproduz um sistema de normas que regulamentam as posições jurídicas dos sujeitos, os seus direitos, as faculdades, os poderes, os deveres, os ônus e, enfim, as possíveis sanções aplicáveis às suas

⁵ A codificação é uma realidade do direito continental desde o século XVIII (diferente do direito *common law*, caracterizado pela ausência dos códigos). Por “código” se entende um corpo sistematizado de normas, um texto com expressão abrangente e organizada sobre determinado campo da experiência jurídica, ao contrário de uma mera *coletânea de leis* (mero tomo de legislações que são elaboradas no decorrer do tempo). Ver CAENEGEM, Raoul C. van. *Juízes, legisladores e professores*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 28 e ss.

⁶ PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2012. p. 146. A questão do dualismo e do monismo é pormenorizada e a originalmente tratada em FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957, passim.

condutas. De outro lado, quando tal conjunto de normas do direito material não resolve uma questão, por falta de cooperação⁷ entre os sujeitos, por desvio de comportamento desses sujeitos, ou mesmo pelo *imperativo de tutela de um direito não previsto positivamente no ordenamento*⁸, é necessário reclamar a proteção jurídica promovida pelo plano do direito processual.

O plano do direito processual é um sistema de normas que preordena os mecanismos e as operações para a resolução das crises oriundas do descumprimento⁹ do direito material¹⁰. O dualismo é uma realidade que não

⁷ Uma nota sobre a questão da executoriedade. No plano do direito material, pode-se inferir a *exigibilidade* – quando o credor solicita ao devedor o cumprimento da obrigação. Não atendida voluntariamente ao chamado, o credor pode “acionar” o devedor, por intermédio do processo, para que seja executado (em sentido largo: demandado) o seu direito. Isso consiste na “executoriedade” do direito, quando o sistema jurídico proíbe a autotutela. Aprofundando, a prescrição fulmina a “pretensão” (a exigibilidade), e não menoscaba o próprio “direito” em si mesmo (uma complexa diferenciação que merece revisão na teoria geral do direito civil).

⁸ Os “novos direitos” não pedem licença ao legislador, em um mundo dinâmico como o atual. A questão exaspera o âmbito do presente trabalho, mas registro que a “experiência jurídica” é muito maior que a aparentemente estática previsão de normas legais. O mundo da vida reclama necessidades mais urgentes que a dinâmica legiferante – inclusive porque *ex facto ius oritur* (e vice-versa).

⁹ O direito processual serve ao direito material e, por ele, também é servido. O processo possui uma (clássica) função de garantia, falando em sentido amplo. Por exemplo, por intermédio do processo não apenas são julgados litígios, mas também se homologam situações limítrofes de disposição de direitos (como o caso da separação e do divórcio). Essa visualização é decisiva no presente estudo, porque a homologação consiste em uma espécie de questão prévia à tutela do direito, de maneira a cotejar o caráter social da matéria colocada em juízo, a igualdade material entre os sujeitos interessados, e as circunstâncias concretas do caso. Sobre o direito material, e como método para promover a tutela efetiva do direito, o processo civil aparece com o seu rigor formal, que, no entanto, não deve ser um rigor excessivo, mas um formalismo-valorativo. O formalismo processual cumpre a importante missão de garantir com efetividade, como lembra Troller: “O processo deve ser rigorosamente regulado enquanto vigilante de fronteiras entre esferas jurídicas privadas desconhecidas (ou pelo menos duvidosas), em relação às quais desempenha a sua tarefa de regulação. Por isso, nunca poderá ser afastado completamente o forte dualismo entre o direito processual e o material. Para a prática do direito privado, esse dualismo mostra-se de muito maior importância do que a bastante duvidosa divisão metódica entre direito positivo e direito natural”. Ver TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009. p. 17.

¹⁰ A racionalidade direcionada pela influência do Iluminismo, no glorioso século das luzes, estipulou uma metodologia de guinada empirista. Em termos de processo civil, essa vertente sufragou a corrente processualista ou cientificista que, por sua feita, levou ao extremo a consideração dos institutos jurídicos a partir de dicotomias. Na verdade, é a matriz kantiana de separar o “racional” do “sensível”, o artifício da “mente” em contrapartida ao do “sentimento”. Cenário que seria explicável melhormente, inclusive, não apenas pelos escritos de Kant, mas para quem tiver a curiosidade de investigar a história de vida do filósofo, que é muito curiosa. No momento, interessa ressaltar que o século XIX despertou o que denomino de *apartheid* jurídico, ou seja, a consolidação de um raciocínio

chegaria a refletir um problema¹¹ científico em si mesmo considerado, nos dias atuais, seja porque está positivado na legislação, seja porque está pacificado no aspecto teórico.

Porém, dúvidas ou lacunas podem ocorrer quando a leitura de algum organismo do processo (ou do direito material), de maneira inconsciente, é estudado apenas com base na *técnica do processo* e, assim, termina por não levar em conta um diálogo instrumental entre o processo e o direito material (e vice-versa). Em pleno terceiro milênio, é perigoso pesquisar os institutos do processo civil totalmente desapegados de algumas notoriedades do direito material (friso: e vice-versa).

Óbvio que não defendendo um monismo, seja ele prático ou teórico. Contudo, saliento que meditar com as bases em um dualismo *excessivo ou puritano*, à moda do velho cientificismo e do *apartheid* jurídico, não permite uma efetiva tutela dos direitos, à medida que relega a dinâmica da vida a uma segunda ordem de prioridades, para privilegiar a manutenção de dogmas dicotômicos e ocasionalmente estéreis, dogmas propriamente teóricos que práticos. Exemplos desse ranço cientificista são facilmente identificados e demonstram a superação de suas vetustas lógicas: basta lembrar que o sistema bicolor da questão de direito e da questão de fato está sendo superado pelo entendimento das questões mistas; ou questionar a percepção estática e não ponderativa da multifuncionalidade entre o princípio da efetividade e da segurança jurídica. Ora, o *certo* ou o *errado* transformaram-se no “tendencial” ou “razoável”, como se observa no manejo do interesse público que, outrora, era um intocável obelisco maniqueísta da Administração, mesmo que, para tanto, subjugasse os interesses privados (atualmente, os interesses privados compõem o público e vice-versa). A própria noção de soberania estatal absoluta é matéria ultrapassada, pois um aceno ortodoxo produziria o apoucamento da pessoa humana no plano internacional, o que é incompatível com a contemporânea força institucional de tribunais internacionais, hoje conferida a instituições como a Corte Internacional

em “binários” ou em “dicotomias”, o que decisivamente influenciou a elaboração dos códigos de processo civil que vigoraram no Brasil e, infelizmente, ainda sobrepair na atarracada visão dos conservadores de plantão.

¹¹ A separação entre os planos é salutar, e a prática demonstra a seguinte ciranda aproximativa entre eles: um plano serve ao outro e, na volta, também por ele acaba sendo servido.

de Direitos Humanos e o Tribunal Penal Internacional¹² – realidades sensíveis a uma singela pesquisa.

O mundo da vida não permite conceitos estanques nesse quadrante cultural. O cenário contemporâneo exige ductibilidade¹³. Em termos de processo civil, apesar de alguns institutos ou de atos buscarem fundamentos genéticos em normas do direito material, isso não significa que os seus efeitos jurídicos pertençam somente ao direito material de origem. Existem atos que nascem no direito material, mas brotam no processo (e vice-versa) – e daí produzem certos efeitos no cenário do processo.

Aqui o ponto: existem atos – a exemplo da prescrição – que possuem uma natureza jurídica de instituto do direito material; todavia, dependem do processo para que sejam regulados ou promovidos os seus efeitos.

Em um sistema jurídico que proíbe a autotutela, a interrupção da prescrição da pretensão de cobrança dos créditos é um mecanismo que reclama a orientação normativa das leis do processo. Seja a prescrição da pretensão fundada no direito civil, seja a prescrição da pretensão fundada no direito público, tanto faz, pois elas retiram a sua essência da teoria geral do direito. Quando estudado o fenômeno da prescrição, o tráfego entre direito e processo é ainda mais aproximado.

Na verdade, a relativização dessas fronteiras torna-se delicada na hipótese de se estudar qualquer entidade do direito público (seja o direito criminal, o direito administrativo ou o direito tributário, entre outros). O fundamento de uma mitigação mais acentuada reside na epistemologia do caráter “público” da seara do direito no qual se analisa a prescrição.

A programação linguística que o direito público utiliza é uma série de mensagens formais, verdadeiros *formalismos*, pois o trato da “coisa pública” reclama um maior rigor por parte dos seus operadores. Com o respaldo do princípio da indisponibilidade e do princípio da supremacia, vale dizer que o interesse público não pertence a ninguém em particular, mas pertence a todos

¹² Ver CASTRO, Cássio Benvenuto de. *(Neo)Soberania e tribunal penal internacional*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, passim.

¹³ Se o dualismo é uma realidade teórica e legislativa, merecendo ser tratado como um *ponto de partida* para uma racionalidade analítica, o *ponto de chegada* deve permitir e promover a tutela dos direitos no mais amplo sentido das soluções. Portanto, pesquisar o processo civil à distância do direito material (ou vice-versa) é uma aventura do desserviço ao homem. Os problemas do homem do terceiro milênio reclamam a instrumentalidade e o diálogo das fontes, a maleabilidade.

os indivíduos da coletividade e à própria coletividade enquanto pessoa jurídica com pretensão de universalidade. Nesses termos, a gestão dos interesses públicos merece uma atenção redobrada¹⁴, desperta um *rigor formal* que, por decorrência, acaba aproximando ainda mais o direito material ao processo.

Vide os seguintes exemplos: antes de processar criminalmente alguém, necessário o levantamento dos indícios por intermédio de um inquérito ou pelo procedimento próprio a tal finalidade; antes de se punir um servidor público, a Administração deve providenciar um processo que possibilite a defesa do servidor e um contraditório forte para, eventualmente, aplicar a sanção disciplinar; antes da cobrança de um tributo, é necessário o lançamento tributário para o acerto do fato gerador e o cálculo do montante a ser atendido/cobrado.

A Administração (sentido amplo) pensa por escrito e com um rigor formal que deve preservar os indivíduos contra uma possível arbitrariedade. A faceta do valor segurança, concretizada pelo princípio da indisponibilidade e da supremacia do interesse público, é que faz majorar o formalismo dos atos regrados pelo direito público.

O direito tributário reflete essa percepção.

Trata-se de um compartimento do direito público que regulamenta a receita originária do Estado. Logo, o direito tributário é estruturado por uma vasta gama de formalismos. E o rigor formal não começa e acaba no próprio direito material tributário, pois o processo¹⁵ que discute o direito tributário também não fica para trás. Seja uma demanda de conhecimento ou a execução fiscal, o processo cuja matéria é o direito tributário está repleto de aspectos formalistas, dignos do objeto que discute – o direito público por excelência.

¹⁴ Um estudo dos fundamentos de algumas coisas jurídicas facilmente explicita que o caráter da indisponibilidade do direito também trafega os direitos denominados “privados”. Basta examinar facetas do direito de família, que a conclusão advém ao natural: o caráter social do direito que define a maior ou menor possibilidade de disposição do interesse em pauta.

¹⁵ A legislação positivada fornece exemplos vivos do formalismo processual, no qual é discutido ou executado o direito material tributário: o *privilegio* de a Fazenda Pública pagar seus débitos pelo regime de precatórios (art. 730 do CPC) é uma modalidade formal por excelência; o formalismo também afasta que sejam concedidas liminares em mandados de segurança para afastar a exigibilidade do crédito tributário (art. 7º, § 2º, 4º, da Lei nº 12.016/2009); o rigor formal do direito tributário não permite que um provimento processual em tutela antecipada ordene a compensação para extinguir o crédito tributário (art. 170-A do CTN).

O formalismo¹⁶ do direito público é uma via de mão dupla: ele vale tanto para a Fazenda Pública como também vale para o contribuinte. Os direitos individuais que compõem o interesse público devem ser avistados, inclusive, quando um contribuinte é um executado – daí o império de uma teoria da justiça (fundamenta esse caráter bifronte).

O que isso significa na prática da execução fiscal?

As regras jurídicas que regulamentam o processo civil tributário são permeadas por um formalismo peculiar, por um rigor formal que assinala a *tipicidade* do direito tributário. O direito material tributário aproxima-se bastante do direito processual civil tributário, pois eles possuem inúmeras interfaces, sendo o rigor formal uma moeda comum a ambas as searas: consiste em um reflexo da cautela no trato do dinheiro público. Com efeito, o processo civil tributário é *um processo de rigor formal robustecido*: acaba sendo um retrato de seu objeto, qual seja, o direito material tributário que é colocado em juízo. A mesma aproximação entre os planos direito-processo é verificada na execução fiscal, uma modalidade de processo civil tributário.

O formalismo do direito tributário não é um problema em si mesmo. Ele passa a ser um problema quando atende a objetivos desviados, quando não obedece aos ditames constitucionais. Agora, qual o objetivo razoável do formalismo do direito tributário e do formalismo do seu braço de cobrança, a execução fiscal? É proteger o direito individual do contribuinte, como também proteger o direito de a Fazenda Pública executar seus créditos sem, contudo, desprezar as garantias processuais de um ou de outro.

A lógica da execução fiscal é ponderar esses direitos em conflito. Do contrário, a execução fiscal não seria matéria jurisdicional, mas exercício de autotutela.

A prescrição é um instituto do direito material. Ocorre que a vida da prescrição (ou a sua morte?) – a interrupção da prescrição – é consequência de uma “ação” por parte do credor, é resultado de uma demanda do credor. Assim, a indelével correlação que a prescrição orienta em seu desdobramento:

¹⁶ Em termos acadêmicos ou de maior profundidade técnica, o formalismo não seria um sinônimo de forma no sentido estrito. Por formalismo, seria concebida a “totalidade formal do processo”; de outro lado, a forma no sentido estrito é o “exterior sensível de um ato isolado”; possível ainda se falar em “formalidade” (as circunstâncias externas a um ato). Para finalidades práticas, as expressões formalismo, rigor formal ou forma são utilizadas como sinônimas, pois o exame assinala a interface do *rigor formal* que povoa tanto o processo como o direito material tributário possuem – e não estuda apenas o processo, seu formalismo, as suas formas no sentido estrito e, enfim, as suas formalidades.

a prescrição está quase toda regulamentada nas leis do direito material¹⁷, mas também deve atender às regras do processo, palco no qual exercitada a “ação” que interrompe a prescrição.

A essência da prescrição como um fenômeno total, como uma realidade que percorre o direito material e o processo, elastece o rigorismo formal acerca do instituto. A prescrição merece uma glosa dinâmica e que não se resume a um artigo do Código Tributário Nacional. Isso posto, examino a compatibilização do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, com a abrangência sistemática alvitrada pelo ordenamento jurídico, com referência aos três perfis que regulam o seu desdobramento.

Três perfis que não deixam de ser “processuais”, pois revelam o *antes*, o *durante* e o *depois* do efetivo agir estatal.

2 O PERFIL EPISTÊMICO. A NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO FISCAL

O debate sobre a natureza jurídica da execução fiscal permite problematizar *de onde provém e para onde* caminham as diversas reformas que entrecortam alguns aspectos da legislação processual civil. Além da discussão dogmática sobre o *se uma nova regra do Código de Processo Civil é diretamente aplicável à execução fiscal(?)*, é salutar compreender a própria razão que norteia uma atualização da dogmática – tanto no que toca às reformas do CPC como às reformas da LEF.

A nova redação do art. 174, parágrafo único, I, do CTN conferiu essencialmente a mesma regra que já estava alinhada no art. 8º, § 2º, da Lei nº 6.830/1980 (aplicada ao regime de execução fiscal do crédito não tributário).

Art. 174, parágrafo único, I, do CTN: “Pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;”

Art. 8º, § 2º, da LEF: “O despacho do Juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição.”

A roupagem de lei complementar é o bastante para alterar toda a rotina da interrupção da prescrição do crédito tributário? A vida e a morte da prescrição

¹⁷ A prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário é um instituto geral do direito tributário, é matéria cujos contornos precípuos está reservada à lei complementar. Todavia, não basta que a lei complementar estipule um novo marco sobre a prescrição. A prescrição é um ato-fato jurídico, os respectivos *termo a quo* e *ad quem* podem estar regulamentados pela norma do direito material. Mas, para se alcançarem os termos limítrofes, o regulamento da prescrição deve também observar as normas processuais – afinal, é o processo exercitado pela “ação” que interrompe a prescrição.

e, por decorrência, a vida e a morte do processo de execução fiscal, são matérias a ser regulamentadas por um artigo de lei complementar previsto no Código Tributário Nacional?

Uma perspectiva sobre a natureza jurídica do processo (em especial, do processo de execução) permite a visualização.

2.1 A EXECUÇÃO FISCAL COMO UM PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO

Uma parcela da doutrina considera(va) a execução como um arremedo de processo civil, pois somente o processo de conhecimento seria o *verdadeiro* processo. Não é preciso se aprofundar na história do processo civil para identificar respeitáveis escritos que consideram a execução fiscal como uma “ação de execução singular”¹⁸.

A “ação” processual é uma posição jurídica subjetiva de evolução progressiva¹⁹; significa um *movimento*, uma dinâmica, um exercício, de maneira que se torna secundário ou desimportante o caráter singular²⁰ ou coletivo desse fenômeno. O que interessa, sobremaneira quando analisada a natureza jurídica da execução fiscal, é identificá-la enquanto uma faceta da atividade jurisdicional, sob pena de a própria execução fiscal se perder como um resquício de autotutela da Administração.

A “ação” processual consiste em uma série de poderes, faculdades, deveres, ônus e direitos no sentido estrito. Não basta dizer que a “ação” é um direito público subjetivo, que ela confere o acesso do postulante à jurisdição, à medida que a “ação” é um desenrolar complexo, tanto que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira²¹ anota que o “o agir é realizado exclusivamente por meio da ação

¹⁸ KISTEUMACHER, Daniel Henrique Rennó. Aspectos (in)constitucionais da execução fiscal. *Revista da Ajuris*, n. 127, p. 67.

¹⁹ PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2012. p. 230. Postura científica que muito provavelmente o autor tenha buscado na doutrina de Elio Fazzalari. Ver *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957. p. 111 e ss.

²⁰ Utilizado apenas para separar a execução singular da execução coletiva (por exemplo, na recuperação de empresas).

²¹ Em palestra promovida no Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira reforçou: “Ação processual é, afinal de contas, agir. Garantia de ação, o direito fundamental de ação, é algo que não diz respeito à ação processual, é algo pré-processual, vem antes da ação. E a ação é o agir. E como é que eu ajo? Ajo exercendo os poderes que me são concedidos abstratamente pelo ordenamento, por atos concretos. E isso é ação. Ação não é, como dizia Liebman, só o poder de provocar a jurisdição, mas de exercer todos os poderes até o fim do processo,

processual, pelo exercício das faculdades e poderes da parte, que se concretizam em atos processuais, conforme a sequência procedimental estabelecida em lei (*v.g.*, demanda, réplica, pedido de prova, arrazoados, recursos etc.)”²².

Se atualmente não existe discordância em dizer que a “ação” é atípica por natureza e que ela consiste em um *modus* dinâmico pelo qual é atingida ou perseguida a tutela jurisdicional, sobra evidente que a sequência de poderes, deveres, ônus, direitos e faculdades que ela emprega seja ordenada de maneira lógica e cronológica²³ por um vínculo normativo ou de diversas normas concatenadas entre si. Tal ligação é providenciada pelo *procedimento*, que reúne diversos atos concretos – desde o primeiro ato da “ação” (a *demanda*) até o seu ato final, o provimento²⁴.

A questão é fundamental, o que levou Elio Fazzalari a ressaltar que os *extremos da série sequencial da ação* – a demanda e o provimento final – também compõem o procedimento, porque são elementos essenciais a ele mesmo. O procedimento organiza os atos e as posições jurídicas com a finalidade de atingir o ato final (o provimento), assinalando um compromisso funcional²⁵. Um *groviglio* de ideias começa a ganhar forma.

Ao dizer que alguém *age*, é intuitivo que o *agente* se coloque em movimento, pois ele se retirou da situação ou do seu mero *status* para se colocar em pontaria de combatividade²⁶. Em termos empíricos (e psicológicos), questiono se os atos são invisíveis (?), pois as condutas dos sujeitos não aparecem no plano dos *agires*. Vale dizer, não são os *agires* do sujeito que permitem uma observação, mas o que

até o último ato do processo; isso é ação processual. Poderes que não abstratamente concedidos; por exemplo, o poder de recorrer, o poder de demandar, o poder de pedir provas, o poder de arrazoar, poderes que são abstratamente concedidos e que são exercidos concretamente por atos processuais: recorrer, arrazoar, etc.”. Ver OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Da sentença: Lei nº 11.277/2006 e nova redação dada aos arts. 162, 267, 269, 463 e introdução dos arts. 466-A, 466-B e 466-C pela Lei nº 11.232/2005. In: *As recentes reformas processuais*. Cadernos do Centro de Estudos, v. I, TJRS, p. 36.

²² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). *A polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 102.

²³ PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2012. p. 230.

²⁴ FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (teoria generale). *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, v. XXXV, 1986. p. 819. Esse texto, na verdade, parece uma resenha de partes de *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957. p. 111 e ss.

²⁵ FAZZALARI, Elio. Processo. Teoria generale. *Novissimo digesto italiano*. Torinese, v. XIII, 1957. p. 1068.

²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, t. I, 1997. p. 103.

deixa rastros é o resultado final ou mesmo o caminho percorrido para cruzar que os sujeitos atinjam os seus objetivos. Daí a importância do procedimento – um esqueleto sensível dos *agires*, um verdadeiro rastro por intermédio do qual, da demanda até o provimento final, é providenciado um fio condutor.

O procedimento é o liame que permite visualizar uma “ação” que, enquanto fenômeno prático, seria invisível. O procedimento é o vínculo que concatena os atos concretos e as posições jurídicas processuais em ordem lógica e cronológica²⁷. Ou seja, o procedimento é um corpo sensível²⁸ dos *agires* – no interior dessa *espinha dorsal* do formalismo processual, que nasce com a demanda e se funcionaliza em direção ao provimento final.

Qual a importância do manancial teórico para a execução fiscal?

Com efeito, para atingir o provimento final da execução fiscal e para que seja entregue o dinheiro ao credor-Fazenda Pública, é necessário ser observado o *procedimento previsto em lei*, como uma série concatenada de atos processuais. Mais ainda, para que sejam produzidos os efeitos do processo e do seu provimento na esfera jurídica do devedor-parte executada, é necessário que o liame entre a demanda e o ato final organize-se de maneira paritária e simétrica, assim permitindo uma plena *discussão* entre os destinatários ou interessados pelos efeitos jurídicos gerados e sofridos.

²⁷ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira define o procedimento “como estrutura formal constante, a sequência procedimental caracteriza-se por ser disciplinada por uma série de normas coligadas entre si, de tal modo que a norma sucessiva da série tem sempre o seu suporte fático constitutivo composto pelos efeitos produzidos pela atuação da norma precedente. Dessa maneira, o modelo procedimental decorre de uma sequência de normas, cada qual regulando determinada conduta e ao mesmo tempo enunciando, como pressuposto da própria incidência, o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série e assim até à norma reguladora do ‘ato final’. Ao fim e ao cabo, o procedimento só pode ser concebido na perspectiva de conexão, antecipadamente prevista, entre as várias normas, atos e posições subjetivas da série”. Ver *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 156/7. Uma definição que, na verdade, traduz os dizeres da doutrina italiana – de Fazzalari a Nicola Picardi.

²⁸ Pensamento análogo ao dizer que “ação” processual “consiste apenas no agir das partes em juízo, por meio do exercício dos poderes e faculdades que lhe correspondem abstratamente, concretizados em atos processuais, e correspondentes posições subjetivas processuais, conforme a sequência procedimental estabelecida em lei (v.g., demanda, réplica, pedido de prova, arrazoados, recursos etc.). Nada tem a ver, assim, com a tutela jurisdicional prestada pelo órgão judicial, que decorre não do meio, mas do resultado do processo, da imperatividade e da soberania do Estado-juiz”. Ver *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 73.

Por isso que o processo civil possui a natureza jurídica de um procedimento em contraditório²⁹, no qual se estrutura um esquema dialético que permite a participação e a discussão das questões pelos sujeitos processuais³⁰. O “processo é uma subespécie do gênero procedimento de estrutura policêntrica e desenvolvimento dialético, necessariamente com observância do contraditório. O processo é policêntrico porque envolve sujeitos diversos, cada um dos quais tem uma posição particular e desenvolve um papel específico. A essa estrutura subjetivamente complexa corresponde um desenvolvimento dialético. O tecido conectivo do necessário equilíbrio dinâmico entre as partes (igualdade de

²⁹ FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (teoria generale). *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, v. XXXV, 1986. p. 827.

³⁰ Uma leitura atenta de Fazzalari deixa escapar interessante curiosidade sobre a ordem dos acontecimentos. Notável que ele comenta o fato de não terem sido os processualistas que identificaram existir procedimentos estranhos ao *iudicium*. Esse mérito é atribuído aos estudiosos do direito administrativo. Os respectivos ensinamentos foram trazidos para o processo civil, apenas em um segundo momento, como que de fora para dentro. Vale dizer que o procedimento, após nascer, voltou ao seu pretense hábitat natural: o processo civil. Isso permite constatar que o processo, na sua essência mais evoluída da leitura constitucionalista (formalismo-valorativo), não fora produto de uma análise estrutural, consoante ocorre com a grande maioria dos institutos jurídicos e se coaduna ao pensamento do século XIX. Pensar de maneira estrutural chega a ser uma abreviação, resume grande parte da visão à técnica. O processo – através do seu gênero procedimento – primeiramente fora visualizado por Fazzalari em um universo funcional, quando o provimento seria o ato finalizado pelos sujeitos, com um evidente nexo teleológico. Apenas em um posterior momento, após consolidado o raciocínio sobre o procedimento, é que o contraditório forte *puxa para dentro do processo uma esquematização paritária e que reclama a simetria* entre os sujeitos. Ou seja, primeiro a função e, após, uma apreensão estrutural do fenômeno. Quero dizer que Fazzalari pensou de fora para dentro do processo, como se dos efeitos se raciocinasse em direção à eficácia, o que é humanamente mais plausível. Como salientei em termos da “ação”, o ser humano somente consegue visualizar o concreto, o palpável. O fenômeno não pode ser definido, apenas sentido ou matéria de exposição – não definição. Entretanto, ainda no pós-kantismo, isso tudo parece causar certa surpresa à significativa parcela de pensadores. Ver FAZZALARI, Elio. *Processo*. Teoria generale. Novissimo digesto italiano. Torinese, v. XIII, 1957, em especial p. 1069/1070. Dinamarco chega a comentar a influência dos administrativistas para a definição do procedimento e do processo (inclusive por existir relação de gênero e espécie). Ver *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 82. A origem publicista de uma concepção de procedimento em confronto com o processo pode ser observado no precursor ensaio de BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo*. *Rivista Trimestale di Diritto Pubblico*, anno II, em especial p. 126/7, 1952. O sobrenome não é mera coincidência. Se o leitor quiser aprofundar para muito além do processo civil, a filosofia empresta uma distinção entre os pensamentos de Parsons e Luhmann que, talvez, descortina a transição de um raciocínio estrutural-funcionalista para o funcional-estruturalista, na teoria dos sistemas (fundamentos, inclusive, de recente filmacoteca norte-americana, vide a verdadeira poesia na película *Matrix*, em especial o *Matrix II*, quando o conflito entre os mundos Zion-Matrix coloca a descoberto a dialética dos sistemas e as questões da autopoiese e da heteropoiese; *aprofundando* o raciocínio, até programas televisivos, como o Big Brother, exploram a questão sistêmica).

chances; paridade de armas) é estabelecido pelo contraditório³¹⁻³². Seja qual for a modalidade da atividade jurisdicional – de *conhecimento*, *cautelar* ou de *execução* –, o processo é um esquema procedimental em contraditório.

A execução fiscal consiste em um procedimento em contraditório.

Desde o ato inicial (desde a demanda), com o ajuizamento da petição inicial protocolada pela Fazenda Pública, ocorre uma sequência preordenada – advém a citação e os demais atos processuais, até culminar no provimento final e na entrega do dinheiro. Cada ato da série supõe um ato subsequente; do contrário, um ato processual ficaria pendente, um órfão no esquema do procedimento. As recentes reformas do art. 40 da Lei nº 6.830/1980 correspondem a essa racionalidade:

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

§ 1º Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

§ 5º A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por

³¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de processo civil*. Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010. p. 99.

³² Uma definição de PICARDI, Nicola. *Manuale*. Op. cit., p. 230/1.

ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Incluído pela Lei nº 11.960, de 2009)

O procedimento deve caminhar sempre para a frente. A execução fiscal deve caminhar sempre avante – essa epistemologia fundamenta a reforma do art. 40 da LEF. Por esse dispositivo, o legislador consagrou a prescrição intercorrente que outrora apenas a jurisprudência reconhecia (provavelmente com base na prescrição intercorrente então prevista no Código Penal). O mesmo fundamento epistêmico também funcionaliza as recentes reformas do Código de Processo Civil.

Portanto, não basta modificar o termo interruptivo da prescrição por intermédio da lei complementar. O “despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal” (art. 174, parágrafo único, I, do CTN) reclama um ato processual superveniente para produzir os seus efeitos – a citação –, assim como a citação supõe o ato antecedente na série. Daí concluir que o despacho da inicial, para produzir os seus efeitos, é *secundum eventum citationis*: a sucessão lógica e cronológica da demanda-despacho-citação, para resultar no processo de execução, deve atender aos requisitos da lei. Um não vive sem o outro. Do contrário, sequer de execução se poderia falar, mas de um arremedo de procedimento executório.

Quando ajuizada a execução fiscal e ordenada a citação, porém, não efetuada a citação – por diversos problemas: falta de endereço correto, não localização do devedor, não efetuado o pedido de citação por edital –, o procedimento pode até ser reputado existente, mas de *um procedimento efetivamente executório não se trata*. Afinal, não houve sequência de atos conforme previsto na lei de execução fiscal, mas apenas uma *sequência de atos atípicos*, que ficaram barrados na crise de instância da execução fiscal.

A citação do devedor não precisa ser definida como o termo específico da interrupção da prescrição. É possível, assim como pensou o legislador, que seja estipulado como o termo interruptivo da prescrição o despacho do juiz ou mesmo o ajuizamento da demanda. Inclusive, o CPC determina que a citação retrotrai os seus efeitos à data do ajuizamento (art. 219, § 1º, c/c art. 263).

A interrupção da prescrição é um ato que toca ao direito material e ao processo, pois a inércia é uma série de atos, de *agires*, que avança ao largo de um procedimento. Daí se falar que o art. 174, parágrafo único, I, do CTN é *secundum eventum citationis* – a citação é uma condição de possibilidade da interrupção da prescrição, a citação integra a ordem do juiz que a ordenou, sendo um ato

processual essencial à fase prelibatória da execução fiscal. Se não existe uma citação, chega a ser impossível pensar em uma execução, à medida que execução não existe, constrição sobre um patrimônio jurídico não existe, sequer um processo existe.

2.2 A EXECUÇÃO FISCAL COMO UMA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

A compreensão do processo enquanto uma relação jurídica entre o juiz e as partes respondeu pela autonomia científica do processo civil, separando-o definitivamente do direito material (desde o século XIX). O Código de Processo Civil, de 1973, é um reflexo vivo dessa matriz jurídica, comum ao panorama cultural então vigente no Brasil.

O CPC de 1973 não se preocupou em aproximar o processo à realidade do direito material. A grande questão da época de sua formulação era reforçar a independência dogmática do processo civil, com o alvitre de o elevar a uma estrutura não³³ ideológica e, sobretudo, tecnicista³⁴.

³³ Inúmeros dispositivos originariamente positivados no CPC demonstram a solução de compromisso de “não-especificidade” adotada pelo CPC/1973: o Código de Processo Civil tendeu a unificar os procedimentos em modalidades ordinárias e alheias ao direito material, com raros casos de “processos especiais”; o juiz deveria ser neutro, um juiz não ativo; os meios executórios (inclusive os meios probatórios) pautavam-se pelo princípio da tipicidade, daí sacralizando um formalismo excessivo; as eficácias das sentenças fungibilizaram-se ao denominador comum da sentença condenatória, vigorando a teoria ternária para obsessivamente classificar as sentenças, e não as espécies de tutela jurisdicional; o procedimento não abria possibilidade real à antecipação da tutela e refutava o sincretismo; existia um momento prévio para o conhecimento e uma fase posterior para a execução. Entre outros exemplos, em sua feição genética, o CPC/1973 manteve afastado o processo civil do direito material, daí retratando a era da *técnica* processual.

³⁴ A referência à metodologia denominada de “processualista, tecnicista, ou conceitualista” reflete a posição que, desde o Iluminismo, alavancou o processo a uma posição de autonomia em relação ao direito material, mas também fora responsável para afastar o processo da realidade que ele tende a solucionar com a justiça. Até a consagração do processualismo, existia uma visão plana do ordenamento jurídico, na qual Dinamarco refere que “a ação era definida como o direito subjetivo lesado (ou: o resultado da lesão ao direito subjetivo), a jurisdição como sistema de tutela aos direitos, o processo como mera sucessão de atos (procedimento)”. Para aprofundar a sequência entre as correntes metodológicas, na ordem, sincretismo, processualismo ou autonomismo e instrumentalismo, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 18. Finalmente, também se fala no formalismo-valorativo, corrente que é defendida no decorrer dessa exposição.

A Escola processualista, que ilustrou o CPC³⁵, também é responsável pela sorte de influências que nortearam a formulação da Lei nº 6.830/1980. Uma racionalidade que reproduz efeitos teóricos e pragmáticos até o presente, mormente quando a matéria subjacente – o objeto do processo: o direito tributário – é de cunho tão formalista quanto o próprio processo. Daí o fundamento epistêmico pelo qual as reformas³⁶ pontuais elaboradas recentemente ao CPC (Lei nº 11.382/2006) não despertam uma imediata aplicação, quando do manejo da execução fiscal.

Uma bifurcação de correntes epistêmicas sobrepaira: de um lado, a nova ordem mundial compreende o processo civil como um procedimento em contraditório, assim embasando dispositivos como o art. 40 da LEF; de outro lado, um perfil abstracionista e outrora responsável pela autonomização do processo reinava quando do advento do CPC e da própria LEF, fincando raízes para entender o processo como uma relação jurídica. O abismo epistêmico entre as duas correntes é dantesco.

A Lei Especial nº 6.830/1980 foi criada para conferir privilégios processuais à Fazenda Pública. Deve, portanto, seguir o formalismo do direito tributário para tutelar tais interesses supremos. O dualismo extremo entre o processo e o direito material, que sobrepairava naquela época, estava cravado na alma da operação jurídica como um todo e poderia ser sensivelmente notado no abstracionismo regulamentado na Lei de Execução Fiscal. Dessa forma, se o regime jurídico do CPC de 1973, inerente à cultura brasileira do último quartel do

³⁵ Merece referência a soberba literal do item “I”, alínea “5”, da Exposição de Motivos do CPC de 1973: “Diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de *meios racionais*, tendentes a obter a atuação do direito”. Além de retirar do povo (os verdadeiros detentores do poder) e, conseqüentemente, do próprio cenário da cultura a força de coesão para colaborar com a formação do direito – entropias de influência do social sobre o âmbito do jurídico –, parece que o processo civil, segundo o CPC do século passado, não pretendeu “se misturar” a outros ramos da ciência jurídica, sendo intuitiva uma fragmentação do direito em compartimentos estanques do conhecimento, como se fosse possível entender institutos através de uma leitura em tiras incomunicáveis. Tampouco se admitia um efetivo diálogo entre as fontes normativas, uma aproximação real entre direito e processo o que, atualmente, são mecânicas indispensáveis a uma própria dicção do que é racional ou razoável em termos jurídicos.

³⁶ As reformas do CPC, bem como as reformas da própria LEF (nova redação dos parágrafos do art. 40), assinalam o vértice epistêmico acolhido pelo legislador: na esteira da contemporânea doutrina do século XX, o processo é compreendido como um procedimento em contraditório. Logo, o processo sempre deve andar para a frente.

século XX³⁷, influenciou a Lei de Execução Fiscal, atribuiu a ela um maior “grau” de formalismo admissível, entre todas as espécies de processos de execução. As mensagens conceituais cristalizadas nessa lei extraordinária, não por acaso, isolam os diversos atos processuais em verdadeiras “crises de instâncias” – a execução fiscal não chega a ser um procedimento em contraditório, mas possui geneticamente uma natureza de *relação jurídica de direito público*.

A execução fiscal está repleta de atos processuais formais que praticamente se isolam entre si, como se fossem ilhas. Na prática da execução fiscal, tudo depende de intimações e de ciências inequívocas de parte à parte, para que assim se prossiga adiante. A consagração de uma *estrutural relacional* legitimou um esquema de “poder”, no qual a Administração é colocada no vértice, no topo de uma pirâmide, contra o indivíduo outrora considerado um súdito.

Uma fórmula epistêmica que assegurou um desenvolvimento processual truncado, no seguinte acordo de conveniências: enquanto a execução fiscal promete a falência dos prazos processuais próprios, pois concede à Fazenda Pública quase uma potestade de *agires*, ao seu talento e possibilidade, ao devedor foi garantida uma saída à francesa, pois a cada *não comparecimento* se estabelece uma crise de instância que emperra o procedimento.

A separação entre uma “relação jurídica processual” e a “relação em direito material”, que lhe recorta o objeto, demonstra que a escola processual brasileira trouxe, desde o direito privado, uma realidade conceitual³⁸ – a relação

³⁷ A metodologia tecnicista e seus devaneios excessivamente formalistas não permitem ponderar a multifuncionalidade da efetividade e da segurança em perspectiva dinâmica, não observa a tutela do direito e a tutela jurisdicional em cotejo simbiótico, como tampouco não possibilita a visualização de categorias do gênero “questão mista” em processo civil. A metodologia da técnica assola a LEF e a remete a um amontoado de “crises de instâncias”, normalmente geradas pela concepção de um processo formalista ao extremo, que reflete o rigor do direito tributário e da burocracia brasileira da década de 1980. A Lei de Execução Fiscal jamais cogitou de sincretismo. Na longínqua década de 1980, conhecimento e execução não se misturavam, tanto que os embargos formam verdadeira crise existencial na execução e possui uma limitação material quanto às matérias que poderiam ser alegadas. Uma lente que violenta a ampla defesa enquanto direito fundamental, porém expressa a cultura de que a Administração tinha prevalência sobre o direito individual do contribuinte.

³⁸ A racionalidade oitocentista (e o panorama kantista desde então) trabalha com dicotomias, e isso não causa estranheza. Vale a pena analisar a obra de Bülow para, além desse cenário, constatar os fluxos e contrafluxos científicos ao largo do tempo. Para repudiar o pragmatismo do romanismo, que muito influenciou o processo comum da Idade Média, Bülow ressalta que avistar o processo em sua dinâmica é uma ideia *superficial* que não o afasta do procedimento. O qualificador do processo é a “relação jurídica de direito público”. Bülow joga a realidade das coisas em uma definição cunhada no direito material, o velho modo de compreender as realidades por uma estática. O autor refere que a concepção dominante no século XIX, até a sua obra, deixava “predominar o procedimento na definição

jurídica³⁹. Nicola Picardi⁴⁰ salienta que o processo como uma relação jurídica de direito público configura uma limitação de natureza “orgânica”, limita a dinamicidade ínsita à figura do processo como sequência de atos concatenados entre si. Para cada relação jurídica do direito material, deve existir uma relação jurídica de natureza processual.

Qual a consequência de se reputar a execução fiscal como uma relação jurídica?

Desde a racionalidade kantiana, é intuitivo que uma relação jurídica é uma relação entre dois sujeitos, ou que coloca dois ou mais sujeitos em posição de observação perante determinado objeto. A lógica da relação jurídica é “estrutural”: um vínculo⁴¹ + um objeto + pessoas. Em síntese:

Contexto estrutural da relação jurídica	vínculo estabelecido pela norma
	objeto
	<i>mais de um interessado no objeto</i>

do processo, não se descuidando de mostrar a relação processual como a outra parte da concepção”. Qualquer semelhança com o sentido inverso dessa moeda não é mera coincidência. Atualmente, a doutrina majoritária devolve a noção de procedimento como mola propulsora do formalismo processual. O que interessa não é a relação jurídica, mas o qualificativo dinâmico de um contraditório que qualifica o padrão, a rotina pela qual o procedimento trafega. Os fluxos e contrafluxos da ciência. Ver BÜLOW, Oskar. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. p. 08. A doutrina de Bülow influencia pelo menos dois séculos de gerações do processo civil; inclusive, ele é denominado o “pai do processo”, o responsável pela separação do processo em confronto com o direito material. Em precisa reconstrução histórica, Giovanni Tarello salienta que Oscar Bülow “forse il più influente processualista del sec. XIX; può considerarsi l’iniziatore della nuova processualistica dogmatica; e certamente rappresenta nel massimo grado le tendenze della cultura giuridica germanica dell’età bismarkiana” (TARELLO, Giovanni. *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo*. Per uno Studio della genesi dottrinale e ideológica del vigente código italiano di procedura civile. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 37).

³⁹ PICARDI, Nicola. *La successione processuale*. Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964. p. 28.

⁴⁰ Picardi refere que “i fenomeni processuali non si prestano ad essere ricondotti, nel loro complesso, sub specie di rapporto giuridico. Infatti, se il quid, che lega nello schema del rapporto giuridico le posizioni soggettive, va identificato nel nesso di ‘correlazione’ e se tale nesso, nella sua eccezione più rigorosa, va risolto unicamente nella coppia dovere-diritto, ne risulta che solo alcune posizioni processuali si prestano ad essere considerate sub specie di rapporto” (PICARDI, Nicola. *La successione processuale*. Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964. p. 49).

⁴¹ O vínculo é definido de maneira prática, por Kelsen, como um elemento sensível que supõe a “forma” que reveste a “essência/conteúdo” da relação jurídica. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 187.

Hans Kelsen explica que, na relação jurídica, existe uma coligação entre “o sujeito de um dever jurídico e o sujeito do correspondente direito”⁴². Ou seja, se o processo é uma relação jurídica de direito público, devem existir dois sujeitos em posição de contrapartida de direitos e deveres. Tal correspondência de labores não seria somente em um parte – a demandante – e o juiz (o órgão assimétrico), até porque o juiz é “assimétrico” em relação a quem? Ora, o julgador é assimétrico em relação às partes, elas é que se colocam em posição de combatividade equidistante entre si mesmas.

Uma bifurcação acaba se problematizando: se a execução fiscal é um procedimento em contraditório, supõe-se que deve haver um ato processual legalmente previsto, após o despacho do juiz que ordena a citação; de outro lado, se a execução fiscal é uma relação jurídica de direito público, deve haver uma lógica estrutural que a sustente, ou seja, o processo da execução implica um objeto + vínculo + sujeitoS parciais e o juiz que se sobrepõe assimetricamente ao certame.

Em ambas as modalidades epistêmicas de observar a execução fiscal, por sobre o despacho do juiz que ordena a citação é necessária a citação do devedor. Caso impossível a citação pessoal, a legislação fornece alternativas fictas para a efetivação do chamamento do réu ao processo de execução – sempre devendo ser atendidos os prazos e formalismos das leis do processo.

3 O PERFIL DOGMÁTICO. A LACUNA TÉCNICA DA LEF E A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CPC

A recente reforma do Código de Processo Civil no tocante à execução de título executivo extrajudicial (Lei nº 11.382/2006) levantou a seguinte dúvida: as modificações do CPC são aplicáveis ao esquema da execução fiscal?

No seu art. 1º, a Lei nº 6.830/1980 é cristalina ao prever que “a execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil”.

Na verdade, não precisaria haver uma lacuna da LEF para a aplicação do CPC, porque o seu regime é coligado ao CPC por uma questão de lógica-jurídica. Trata-se de conjuntos normativos de mesma hierarquia e em posição de coordenação.

⁴² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 182.

Ocorre que as inúmeras discussões foram motivadas por uma diversidade de perfil epistêmico sem, contudo, que a observação voltasse ao “fundamento” do problema, mas apenas perquirisse sobre soluções de pontuais questões. Ora, a reforma do CPC é incompatível com a LEF porque a Lei de Execução Fiscal criou raízes em um esquema estrutural conceitualista que também fundamentou epistemicamente a origem do CPC, nas distantes décadas de 1970 e 1980.

Esse o motivo pelo qual a doutrina e os tribunais sustentam que a reforma do CPC (em especial, a Lei nº 11.382/2006) não se aplica, na totalidade, ao regime da execução fiscal.

O exemplo clássico da incompatibilidade consiste na discussão sobre os efeitos em que recebidos os embargos à execução de título extrajudicial. A nova execução de título extrajudicial (hoje encartada no CPC) previu um procedimento *sincrético*, no qual o conhecimento e a execução trafegam ao mesmo tempo. O que isso significa? Que o legislador está compreendendo o processo como um procedimento em contraditório. Basta examinar em conjunto os seguintes dispositivos do Código:

Art. 652. O executado será citado para, no prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento da dívida.

§ 1º Não efetuado o pagamento, munido da segunda via do mandado, o oficial de justiça procederá de imediato à penhora de bens e a sua avaliação, lavrando-se o respectivo auto e de tais atos intimando, na mesma oportunidade, o executado.

O art. 652 abre a porta de entrada para a execução, e a reforma do CPC é sintomática.

Mais adiante, ao mesmo tempo em que se procede à execução, uma regra estipula a possibilidade de discutir sobre a legitimidade do débito: “Art. 738. Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação”. Sem precisar falar na objeção de executividade – a reforma do CPC trouxe a realidade do mundo da vida para o processo: a velha fórmula do conhecer para executar ou só executar e não conhecer se transformou em peça de museu.

Atualmente, é natural pensar que a execução e o conhecimento trafegam juntos e misturados. Vive-se a época dos caminhos fluidos e temperados entre si.

O mundo contemporâneo é multimídia, é multiforme, reclama plurissignificados, e o profissional deve possuir metacconhecimentos para se manter competitivo no mercado de trabalho e no cenário empresarial. Também o processo civil reflete a superação do mundo das dicotomias, o velho mundo solipsista do positivismo científico do século XIX. O esquema atual é *sincrético*: conhecimento e execução ao mesmo tempo, quiçá, a cautela também.

A Lei de Execução Fiscal é de outros tempos, o que a faz resistir ao sincretismo de uma maneira sorrateira, quase turrona. A LEF reflete um tempo em que a Administração Pública era o núcleo do poder, sendo desprezados outros órgãos do qual emanam forças de interferência social. Isso posto, a estratégia era manter a informação (sinônima de “poder”, naqueles tempos) no controle da Administração, retroalimentando um estrutural-funcionalismo da coisa pública. O limite e o fim do direito não era o homem, mas realizar o que a estrutura matizada como democrática dizia que tinha de ser feito.

O sistema da LEF fechou-se no entorno da manutenção de uma especialidade, de um peculiar privilégio à Fazenda Pública. Os prazos, os formalismos excessivos, a limitação dos meios e dos conteúdos impugnativos parecem transferir a LEF não à década de 1980, mas ao sacro século XIX – a era da informação, em que a notícia consistia em “poder”. Portanto, apesar da orientação pela aplicação subsidiária do CPC à LEF, não existe compatibilidade lógica entre o sincretismo e o formalismo excessivo, entre o sincretismo e a postura sistêmica, entre a abertura sincrética e o fechamento estruturalista que a LEF promoveu ao largo dos anos. Uma razão que sustenta a base sólida da doutrina, quando se comenta que os embargos em execução fiscal permanecem com efeito suspensivo, apesar da modificação do CPC.

A doutrina é precisa ao elencar os dispositivos que não permitem a interpretação de subsidiariedade:

É verdade que não está escrito, textualmente, na Lei de Execuções, algo como o que constava do art. 739 do CPC. Mas o que consta dos arts. 18, 19, 24 e 32 é um texto que, embora formado por expressões diferentes, tem o mesmo sentido. Usando um exemplo colhido da ciência médica, pode-se fazer a seguinte analogia: a Lei de Execuções Fiscais não afirma que “o homem morreu”, como afirmava o art. 739 do CPC. Mas afirma que seu coração parou de bater, que sua atividade

cerebral cessou e que seu funeral já foi concluído. Expressões distintas que, contudo, têm o mesmíssimo sentido.⁴³

Desencontros dogmáticos poderão ser observados em uma interpretação sincrônica. Agora, em termos diacrônicos, o raciocínio remete o observador de volta a um fundamento epistêmico: enquanto o CPC de 1973 e a LEF de 1980 eram ditados por uma racionalidade que lhes conferiam a natureza jurídica de uma relação jurídica de direito público, atualmente as reformas que modificam tanto o CPC como a LEF lhes reputa a natureza jurídica de um procedimento em contraditório. As contínuas reformas das leis processuais tendem a adequar⁴⁴ o processo ao direito, adequar o processo ao seu objeto, mas nem sempre as modificações da legislação processual alcançam todo e qualquer objeto⁴⁵.

Uma reforma legislativa – quando pontual, quando focada em um artigo de lei – não possui o condão de modificar a natureza das coisas. O novo termo para a interrupção da prescrição estabelecido pela LC 118/2005 não vive sozinho no mundo jurídico. Ele reporta a essência do art. 8º, § 2º, da LEF, mas esse mesmo dispositivo deve observar a totalidade do processo (o formalismo) para a sua plena aplicabilidade. O art. 8º, § 2º, da LEF, por imposição do art. 1º dessa lei, reclama a orientação do art. 219 do CPC. Todos convivem juntos e com a mesma dose de normatividade.

Ambos os perfis epistêmicos não permitem que a prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário seja interrompido apenas com a ordem de

⁴³ MACHADO, Hugo de Brito. Execução fiscal. *Pesquisas tributárias*. Nova série. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, 2008.

⁴⁴ Um processo sumário ou um processo especial nada mais representa que um processo adaptado a uma posição jurídica preordenada pelas peculiaridades do direito material. Assim acontece com a execução fiscal, quando diversos privilégios são predispostos à Fazenda Pública, outrora invencível tutora do interessa público – lembro que a lei é de uma época na qual o interesse público era intangível à pessoa, pois não se tinha uma visão do direito individual como componente da seara pública, muito menos uma noção de que o direito individual reproduz o núcleo da teoria da justiça.

⁴⁵ Uma visão do processo pode sustentar uma reforma pontual, mas uma reforma pontual (de um dispositivo, que seja) não consegue sustentar uma visão de processo. Trata-se da noção de sistema e de sua funcionalidade: as coisas jurídicas estão preordenadas de maneira pretensamente harmônica, no entorno de um princípio reitor normativo e que, sobremaneira, subentende uma hierarquia e um diálogo entre as fontes. Uma perspectiva cada vez mais lembrada não apenas pelos clássicos jusfilósofos positivistas (como a tríplice entente de Kelsen, Bobbio e Hart), como também pelos teóricos de uma visão de justiça pela integridade (vide Dworkin e a noção de integridade do direito repristinada e/ou convencionalizada, uma justiça com amparo na tradição, e Richard A. Posner com a formação pragmática da justiça, uma justiça existencialista).

citação no despacho inicial do juiz. O despacho deve ser sucedido da citação, seja porque o procedimento subentende a sequência de atos na série, seja porque a relação jurídica supõe dois sujeitos e um objeto.

O problema não é meramente dogmático, porquanto não pertence apenas ao campo estrito da norma. A lógica do sistema normativo é matéria que deve sobrepassar, pois o direito é uma ciência, o direito é uma experiência da regulação social. Assim, segundo Kelsen, uma “lacuna técnica apresenta-se quando o legislador omite normar algo que deveria ter normado para que de todo em todo fosse tecnicamente possível aplicar a lei”.

O escrito clássico kelseniano, aprofundando a linha de visada, pode remeter o pesquisador ao seguinte ao descortinamento: uma lacuna não precisa estar escrita que é uma lacuna, até porque, se estiver expressa como lacuna, de lacuna não se trata – mas se tratará de um regulamento inútil. Portanto, uma lacuna normativa é uma realidade que remete o operador do direito à solução de compromisso com um sistema, com um ordenamento jurídico, naquilo que a compatibilidade das normas possibilitarem e ensejarem.

O art. 1º da LEF explicita o que todos sabem. A fase prelibatória da execução fiscal, com o despacho da inicial e a fase de chamamento do réu, com citação do devedor, remetem à utilização das normas da LEF em coordenação com o formalismo do processo civil, de acordo com os regramentos do CPC. Uma questão de lógica não precisa justificar o intuitivo, pois, além dos prazos e termos prescricionais previstos pelo CTN, também os articuladores do mundo jurídico devem atender aos prazos e termos que retiram o credor da inércia – os prazos e termos previstos para que a citação seja instrumentalizada, segundo o CPC, pois *agir* segundo um procedimento formalista é uma rotina regulamentada nas leis processuais, o que diretamente afeta o fenômeno da prescrição.

A inércia não vive sem o movimento: são lados de uma moeda. Assim como é impossível se cogitar da morte quando não existe a vida.

4 O PERFIL FUNCIONAL. O PRIMADO DA TUTELA DO DIREITO

O perfil epistêmico localizou de *onde* a prescrição parte; o perfil dogmático reflete a *estrutura* da vida e da morte da prescrição; e o perfil funcional salienta que o Estado existe e instrumentaliza-se para servir ao ser humano, qual a *finalidade* do Estado. O ser humano é a razão e a finalidade para que o direito e as instituições desenvolvam-se.

O atual quadrante constitucional operou uma abertura do sistema jurídico, admitindo novas matérias-primas normativas, ora mais elásticas, e que deslocaram o foco da controlabilidade⁴⁶ entre os poderes instituídos: hoje, é atribuída a força normativa aos princípios, aos critérios hermenêuticos, aos valores, aos postulados normativos aplicativos. Além disso, mesmo as velhas regras não são aplicadas por um mero cotejo silogística – a metodologia do direito constitucional implica um exercício ponderativo entre as forças normativas que povoam o sistema. O direito é uma empresa em permanente construção; é resultado da experiência social, e não apenas a modificação das próprias ferramentas que desencadeou uma ruptura, mas, sobremaneira, o que variou foi a metodologia da operação jurídica, de maneira que seja realizado um diálogo entre as fontes com a decorrente democratização dos escopos totais – os valores constitucionais.

O direito existe para ser efetivado. Alguns direitos abstratamente previstos, mais que isso, possuem tamanha força normativa que chega a ser proibida qualquer tendência que os viole. Daí a característica da fundamentalidade material dos direitos: de tão importantes, os direitos fundamentais impõem medidas concretas para a sua efetivação. A perspectiva objetiva desses direitos reputados fundamentais enseja soluções de compromisso às instituições, ou seja, uma “mais-valia” jurídica.

Vale dizer que os direitos fundamentais não permitem uma previsão em planos – objetivo e subjetivo –, mas refletem uma

mais-valia jurídica, no sentido de um reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais, mais-valia esta que, por sua vez, pode ser aferida por

⁴⁶ Em visão bastante atual, fazendo uma reconstrução dos remédios do constitucionalismo norte-americano, a doutrina contemporânea utiliza a denominação *substantive due process* como sendo “o princípio de garantia da liberdade em geral contra as arbitrariedades do Estado. Trata-se de disposição constitucional aberta (*open-ended constitutional provision*), que proíbe que se prejudiquem certos direitos, sobretudo os direitos fundamentais, a não ser por uma justificativa suficiente”. E salientando a multifuncionalidade do *substantive due process*, em ponto inerente à rotina da força normativa da Constituição brasileira, o autor assegura que o princípio do “devido processo substantivo não se confunde, do ponto de vista funcional, com os postulados da razoabilidade ou da proporcionalidade. É dotado de *funcionalidade própria e autônoma* em face dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Razoabilidade e proporcionalidade são cânones hermenêuticos ou postulados normativos aplicativos, que podem estruturar a interpretação e aplicação do princípio do devido processo substantivo, assim como de outras normas jurídicas, mormente constitucionais”. Ver MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, respectivamente, p. 84 e 128.

meio das diversas categorias funcionais desenvolvidas na doutrina e na jurisprudência, que passaram a integrar a assim denominada perspectiva objetiva da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais e entre as quais o reconhecimento de deveres de proteção (imperativos de tutela) assume um lugar de destaque, inclusive no que diz com sua repercussão na esfera jurídico-penal.⁴⁷

Em virtude da função que eles desempenham, porque apontam diretamente aos valores do sistema jurídico, os direitos fundamentais prevalecem sobre as demais normas, consistindo em pedras de toque do Estado Constitucional.

Os *direitos fundamentais afirmam valores* e, assim, passam a incidir sobre a totalidade do ordenamento jurídico, iluminando todas as tarefas do Legislativo, do Executivo e do Judiciário⁴⁸ (o que os qualifica de direitos ubiquitários⁴⁹). Disso se infere o caráter democrático e social do Estado brasileiro (e dos Estados nacionais articulados pelo constitucionalismo do pós-guerra), porque os poderes instituídos nesses e por esses Estados se reforça principiológica e valorativamente⁵⁰. As instituições estão vinculadas não somente à lei, mas atendem a um esquema de “juridicidade”⁵¹ (bloco de normas que protegem os

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EdiPucrs, 2008. p. 213.

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 131.

⁴⁹ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 147.

⁵⁰ Assente que os valores diferenciam-se dos princípios e das regras. Assim como as regras, os princípios atuam no plano deontológico, no plano do dever-ser, e possuem natureza mais aberta que em relação às regras; de outro lado, os valores ilustram todas as normas do sistema – sejam elas regras ou princípios – e, portanto, subjazem a todas as tarefas estatais e, sobremaneira, estruturam e legitimam as políticas e suas opções públicas, tanto as de ordem genéricas como as de natureza casuística. A atuação em um plano axiológico afirma o que é o “melhor” e consta acertado democraticamente na Constituição (ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *RDA 215*, p. 165).

⁵¹ Existem duas ordens de “juridicidade”: uma juridicidade no sentido formal, que trata da força normativa no sentido de vigência das normas (assim como fazia a velha legalidade clássica), e uma juridicidade que remete o operador a uma faceta substancial das normas, porque, além de vigentes, as normas devem respeitar o conteúdo principiológico e valorativo previsto na Constituição. Somente

direitos), tanto quanto as próprias relações dos particulares entre si (eficácia horizontal e a eficácia vertical com repercussão lateral⁵²).

Portanto, *não basta que uma lei seja complementar* – como a LC 118/2005 – e modifique o art. 174 do Código Tributário Nacional. Somado ao aspecto da forma, é decisivo que as normas da lei modificadora prestigiem o conteúdo da Constituição e, ainda, o conteúdo da racionalidade jurídica que ilustra o sistema. Os itens acima discutiram sobre esse último ponto de compatibilização; agora, chama-se a atenção para a base valorativa que está cravada logo no primeiro artigo da Constituição⁵³, em especial o valor da “dignidade da pessoa humana”.

A dignidade da pessoa humana é o polo metodológico do sistema constitucional brasileiro. Somente a partir da dignidade dos indivíduos e para ela, o Estado pode pensar no cumprimento de suas outras finalidades. Não adianta organizar o poder, estruturar a Administração, rearticular burocraticamente os prazos e formular as leis especiais, se não está respeitada a dignidade do ser humano. O Estado brasileiro tem o dever de proteger os indivíduos, e as instituições estatais, por sua vez, devem se organizar de maneira harmônica, para cumprirem tal mister. A prescrição reflete um punhado da segurança jurídica; logo, preserva a dignidade do ser humano, pois ele não pode ficar indefinidamente amarrado à potestade do Estado.

Com efeito, o Estado deixou de ser um “inimigo” das pessoas e assumiu uma posição complexa, que se agita no sentido de proporcionar a todos, de maneira efetiva, uma vida melhor, uma (sobre)vivência qualificada. Esse o verdadeiro sentido de sobrepor os direitos fundamentais à legislação infraconstitucional e dizer que a nota da fundamentalidade deve caracterizar as manifestações institucionais do Brasil. A supremacia do direito no Estado Constitucional⁵⁴ remete os direitos fundamentais a uma posição de vantagem,

o atendimento dos requisitos de forma e da substância confere validade e aplicabilidade às normas jurídicas dos tempos atuais.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 181/7.

⁵³ O dispositivo estabelece: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

⁵⁴ O Estado Constitucional não afirma um conceito pronto, mas recolhe um ponto de partida dos interesses comunitários para, como uma empresa em diuturna construção, elaborar uma estrutura de dois corações em direção às suas finalidades – o Estado Constitucional significa: o Estado de direito +

porque apontam em direção aos valores basilares do sistema⁵⁵. Se hoje dispomos de uma Constituição dirigente, é porque ela se abriu principiologicamente, de maneira a reunir diversas opções políticas e jurídicas em contínua dinamização, como se de alguma forma apaziguasse as normas submetidas a juízo ponderativo, quando elas forem conflitantes nos casos concretos (no processo, o exemplo corriqueiro da efetividade *versus* a segurança, que dialogam tanto em abstrato como em concreto). Trabalhar com essa dialética é pressuposto de qualquer ciência diretamente influenciada pela cultura.

O direito e o próprio Estado (como realidade institucional⁵⁶) tornaram-se mecanismos em diuturna mutação construtiva, empresas em permanente

o Estado democrático = busca das finalidades. Essa formatação é uma empresa em construção e vem se condensando em diversos momentos que concretizam um momento subsequente na relação jurídico-constitucional entre o político e o jurídico. Ou seja, o modelo acaba por elaborar a “domesticação do domínio público pelo direito”, que, na verdade, representa o “grau” de juridicidade atribuído ao controle da política. Se, atualmente, o Estado consiste em um esquema aceitável de racionalização institucional que organiza as sociedades modernas, o Estado Constitucional qualifica um modelo *plus*, como uma “tecnologia política de equilíbrio político-social”. Uma realidade engendrada pela teoria constitucional que, historicamente, perpassou três modelos basilares de supremacia do direito (ou “códigos de observação político-jurídico”): a) *rule of law*: modelo que privilegia o *due process of law* em detrimento da legalidade, apesar de, em alguns casos, admitir a codificação. Utilizado na tradição *common law*, ele se fundamenta na *judicial review* para conferir a soberania do direito ao panorama social; b) *l'État legal*: modelo que utiliza a hierarquia piramidal do esquema Declaração, Constituição e lei para, desde uma perspectiva franco-liberal do final do século XVIII, privilegiar o princípio da legalidade em detrimento do devido processo legal. A França é o exemplo de “Estado Legal”, onde a supremacia do direito é ditada pelo parlamento; c) *Rechtsstaat*: desde o início do século XIX, a assimetização do regime germânico estipula um modelo de supremacia constitucional do direito no qual houve a fixação de poderes para controlar os atos e as normas por um Tribunal Constitucional. É um mecanismo também denominado de “austríaco”, cujo império do direito é assegurado por meio de instrumentos de salvaguarda do próprio sistema. O Estado Constitucional é um modelo superveniente a tais modelos tradicionais, representa um *plus* a essas variações, seja porque reúne juridicidade + participação, seja porque está em permanente transformação, sempre em busca das finalidades que reputa *ótimas*, pois se trata de um mecanismo funcional-estrutural do constitucionalismo contemporâneo e da filosofia do direito. Ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 83/97.

⁵⁵ No esquema do século XIX, o Estado era visualizado como o poder exclusivo para criar o direito-conceito, e a legalidade formal se estatuiu como um limite do poderio desse próprio genitor. Agora a realidade é diversa, porque, além de não se permitir ao direito um regresso autofágico a marcos que logrem direitos fundamentais (petrificação das garantias), o que pode ser compreendido como uma pedra estrutural de toque é o compromisso funcional desse mesmo Estado em proporcionar medidas para efetivar – ou medidas tendentes à satisfação – os compromissos sociais assumidos com a totalidade dos indivíduos, por meio da ponderação dos interesses em permanente diálogo.

⁵⁶ A compreensão do direito como uma ordem normativa institucional e a feição do Estado enquanto ator e produto desse contexto é reflexo de uma postura jusfilosófica que apresenta não uma visão única das coisas, mas o confronto de diversas visões e, entre elas, a eleição do concretamente melhor ou mais

construção. Na verdade, eles são instrumentais à proteção da civilidade e devem reproduzir com variações abstratas (legisladas) ou concretas (atos administrativos e tutela jurisdicional) o diálogo permanente no qual se ponderam os interesses conflitantes. Característica que reserva à velha legalidade estática uma distante recordação histórica⁵⁷. Tudo isso está a compor a tutela (a proteção em um sentido amplo).

A assinalada abertura e elasticidade do cenário normativo são exasperadas pela multifuncionalidade⁵⁸ dos direitos fundamentais – entre os quais o metadireito de proteção, o dever institucional de tutelar os direitos, e o próprio poder dos cidadãos propriamente ditos, para formularem mecanismos civis para a tutela das situações da vida. Isso tudo caracteriza a moeda concreta para a efetivação da tutela em sentido largo.

No Estado Constitucional brasileiro, inegável o *primado da tutela dos direitos e a inafastabilidade da tutela jurisdicional* enquanto direitos fundamentais. A concretização dos demais direitos no plano das relações sociais depende da expansão contínua do direito de tutela, do direito de proteção. E a fundamentalidade dos direitos no sentido material não apenas reclama efetividade àquilo que está positivado na Constituição, como também implica o dever estatal de tutelar os direitos como um todo. O dever de tutela e a tutela jurisdicional é um metadireito, diretamente ligados ao valor dignidade da pessoa humana⁵⁹.

razoável. Ver MACCORMICK, Neil. Prólogo: a teoria institucional e a perspectiva do legislador. In: *Retórica e o Estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 3.

⁵⁷ Mais detalhadamente em CASTRO, Cássio Benvenuto de. Decadência da potestade invalidante do ato administrativo. *Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF*, n. 105, p. 853 e ss., abr. 2010.

⁵⁸ Em termos multifuncionalidade, os direitos fundamentais dividem-se em direitos de defesa (ações negativas do Estado) e direitos a prestações (ações positivas). O primeiro grupo veio consagrado pelo liberalismo, são as garantias; o segundo grupo constitui a grande característica de um Estado Social e pode ser subdividido em três espécies: os direitos a prestações sociais (fáticas) ou direitos a prestações em sentido estrito, os direitos à proteção normativa e os direitos a organização e ao procedimento. Justificada a diretriz contemporânea da nova ordem constitucional, é visível o dever institucional de proteger ou de tutelar os direitos no plano das relações materiais e, assim, visualizar um reflexo qualificado desse dever, então por intermédio da tutela jurisdicional dos direitos (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. Tradução da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 202 e 442 e ss.).

⁵⁹ No caso da previsão infraconstitucional de um direito, o imperativo da tutela não é retirado do caráter formal de uma eventual colocação de um dispositivo na Constituição. A hipótese que pretendo salientar subentende o “dever geral de proteção”, que é sempre devido pelo Estado, justamente, para assegurar a civilidade esperada no trâmite social. Marinoni afirma que “o direito fundamental à tutela

O que isso representa quanto à prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário? Qual a influência do valor dignidade da pessoa humana e do direito fundamental à tutela do direito para o reconhecimento da prescrição?

A ordem jurídica tutela normativamente as situações que possibilitam uma convivência social pacífica. A tutela dos direitos sob o prisma legislativo, no paradigma que se pode dizer “formal”, que elabora e publica leis em abstrato, garante os direitos dos indivíduos “desde fora”. Ou seja, em abstrato, por intermédio da previsão de normas jurídicas, o legislador regulamenta a prescrição e seus prazos, os atos que interrompem a prescrição e, por conseguinte, as técnicas que instrumentalizam o atingimento das finalidades jurídicas da prescrição. “A escala de ações estatais positivas que podem ser objeto de um direito à prestação estende-se desde a proteção do cidadão contra outros cidadãos por meio de normas de direito penal, passa pelo estabelecimento de normas organizacionais e procedimentais e alcança até prestações em dinheiro e outros bens”⁶⁰.

O sistema normativo predispõe uma espécie de *continuum* de proteção, desde a previsão normativa e abstrata dos direitos, até que eles sejam efetivados no plano concreto. A colocação do problema da tutela dos direitos no plano constitucional e a positivação da inafastabilidade⁶¹ da jurisdição, quando ocorre

jurisdicional efetiva não requer apenas a proteção dos direitos fundamentais, *mas a tutela de quaisquer direitos*. Tratando-se da tutela de direitos não fundamentais, o único direito fundamental em jogo é o próprio direito à efetividade da tutela”. Em *Técnica*, op. cit., p. 170.

⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 442. Vide OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, p. 83.

⁶¹ A questão da sobreposição da tutela jurisdicional em relação à tutela do direito ratifica o dever institucional de assegurar uma convivência civilizada. Uma questão, inclusive, que pode ser alavancada pela dupla face da proporcionalidade. Luciano Feldens afirma que, “na atualidade, tem-se como inequívoco que os direitos fundamentais, ao revés do que propugnado por um modelo liberal clássico, não tem sua eficácia restringida a um plano negativo, ou seja, de direitos de defesa ou de omissão do indivíduo frente ao Estado. Mais que isso, como valores objetivos que orientam por inteiro o ordenamento jurídico, reclamam dentro da lógica do Estado Social, prestações positivas no sentido de sua proteção”. O autor define a dupla instrumentação da proporcionalidade no direito penal (a ser refletido no plano dos direitos humanos e transnacionais): além de vedar uma excessiva voracidade punitiva, os mecanismos de tutela (proteção) também devem ombrear medidas eficazes para a proteção dos anseios dos ofendidos, e assim promoverem a manutenção do equilíbrio democrático da situação triangular Estado, perturbador da ordem jurídica e vítima. E arremata: “A doutrina e a jurisprudência tradicionais costumam conjugar a máxima da proporcionalidade à noção da proibição do excesso (*übertmassverbot*). Sem embargo, a proibição do excesso revela-se apenas com *uma* de suas faces. O desenvolvimento teórico dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (deveres de proteção) tem sugerido que a estrutura da proporcionalidade conta com variações que fazem dela decorrer, ao lado da proibição de excesso, a *proibição de infraproteção* ou de *proteção deficiente* (*üntermassverbot*) a

qualquer ameaça ou lesão a direito (art. 5º, XXXV, da CRFB), evidencia que a cada direito previsto devem ser estabelecidos instrumentos que viabilizem o seu exercício no plano da realidade. Se a tutela do direito material é regulamentada no plano metafísico (porque abstrato-normativo, apesar de os direitos poderem e geralmente serem atendidos espontaneamente⁶²), a respectiva efetivação da proteção ou tutela – também é possível considerar “outra” forma de tutela – ocorre por meio da tutela jurisdicional.

O direito deve ser tutelado no desenvolver de todas as vias e por todas as instituições, pois as instituições existem e funcionam para atender ao ser humano.

A tutela jurisdicional é o resultado do processo, é o produto da imperatividade e da soberania do Estado-juiz, supondo a preordenação de meios eficientes para tanto. A tutela jurisdicional é o *valor* que decorre do provimento jurisdicional e

as consequências desse valor no plano social, com a respectiva interferência no mundo fático: o jurídico que se realiza ou tende a se realizar não se manifesta apenas endoprocessualmente, mas, sobretudo, na esfera social, no mundo da vida. Por isso, quando se fala de tutela, a *forma* da realização é tão essencial e distintiva quanto a finalidade, mormente porque há entre ambas uma relação dialética, uma influenciando a outra.⁶³

A tutela jurisdicional é um somatório, um *plus* que permite a tutela do direito. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sintetiza que

a tutela normativa material (eficácia e efeitos de conteúdo *material*) – ressarcitória, restitutória, inibitória, de remoção do ilícito etc. – mostra-se, contudo, abstrata,

um direito inequivocamente reconhecido como fundamental”. Ver FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 98 e 108, respectivamente.

⁶² O cumprimento espontâneo do direito aparece no momento da pretensão e da atendibilidade. Uma vez que elas sejam frustradas, abre-se o lastro à executoriedade (ressalvadas as hipóteses de autoexecutoriedade do ato administrativo e a questão da autotutela, excepcionais ao sistema). Ou seja, quando observada a rotina civilizada das movimentações sociais (contratos e respectivo adimplemento, por exemplo) ou mesmo do direito penal (quando a grande maioria atende à ordem de “não delinquir”), na verdade, existe o cumprimento espontâneo do direito.

⁶³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, cit., p. 73.

prevista para o geral das espécies. Assim, a cada tutela material (ressarcitória, restituitória, de remoção do ilícito etc.) deve corresponder, no plano processual, de modo concreto, a uma tutela jurisdicional adequada (eficácia e efeitos processuais ou jurisdicionais), regida pelas normas próprias deste plano (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental, executiva *lato sensu*).⁶⁴

Disso decorre que o direito fundamental à efetividade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB)

é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos.⁶⁵

A tutela jurisdicional efetua a *ligação* ou uma *ponte*⁶⁶ entre o direito material e o processual. Quando constitucionalizada, assumiu uma posição privilegiada e verticalizou as demais estruturas do processo, de maneira teleológica. Assim, a “ação” e o “processo” são modelados por um nexo de finalidade, cujo norte é a tutela. E, por isso mesmo, impossível que seja estudada a prescrição – um fenômeno aparentemente do direito material – com o desdobramento do processo, que reproduz a retirada do credor de sua inércia.

Para tanto, a interpretação das realidades jurídicas reclama uma visão funcional, no qual, para além dos escopos, prepondera o *background* valorativo previsto na Constituição. Os objetivos ou finalidades do sistema podem e devem variar ao talante das realidades e dos interesses sociais oscilantes, porém compatíveis com a discricionariedade do poder estatal. O processo civil (ciência

⁶⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 12.

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 143.

⁶⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática*, cit., p. 74.

cultural por excelência) acompanha essa dinamicidade, de maneira que, para a satisfação dos cada vez mais atribulados e momentâneos alvites sociais, econômicos, científicos e políticos, imprescindível emprestar ao processo uma racionalidade valorativa que transcenda a singela subsunção aritmética do direito material sobre os fatos. A ponderação é imperativa, a lógica do razoável é produto de um funcional-estruturalismo.

Imperioso que o fator “instrumentalidade” do processo assuma um caráter multifatorial. O processo deve ser *instrumental* em um sentido amplo, de maneira a permitir o melhor trânsito de todas as instituições do Estado em benefício à tutela do direito. Desde o processo para o direito material e vice-versa, tudo deve avistar os valores constitucionais, tudo com o vértice na efetiva proteção do cidadão: a tutela efetiva e segura, seja ela uma tutela jurisdicional ou uma tutela não jurisdicionalizada. O Estado trabalha como uma empresa e em benefício do indivíduo. O Estado Constitucional deve ao indivíduo a tutela do direito. A tutela no sentido concreto é o objeto premente, a razão de existir das próprias instituições.

O apego ao formalismo legalista rejeita uma leitura sistemática do art. 174, parágrafo único, I, do CTN. Não apenas em termos endopositivos, como também na virtude que a teleologia das instituições implica.

Um parêntese sobre a separação dos poderes ou funções estatais é peremptório.

O cenário jurídico brasileiro açambarcou rescaldos lusitanos do direito das Ordenações, deitando raízes em uma espécie de *bartolismo* científico – quando as lacunas eram colmatadas pela metodologia escolástica –, o que gerou uma superestima do liberalismo francês, dominante na Europa desde o século XIX. A estrutura do Código Civil de 1916 demonstra que Clóvis Beviláqua espelhou-se em uma realidade europeia, privilegiando uma normatividade individualista, patrimonialista, “dominado pela ideologia da liberdade e da segurança jurídica, pensado a partida da ideia de dano e preordenado a prestar tão somente uma tutela jurisdicional repressiva”⁶⁷. Isso não é novidade, tudo é importado no

⁶⁷ MITIDIERO, Daniel Francisco. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, n. 183, p. 182. Tanto o Código de Processo Civil de 1973, versão original, quanto o Código Beviláqua, de 1916, ostentam uma percepção individualista, patrimonialista, com a ideologia liberdade-manutenção do *status quo*, pensando-se apenas sob a ótica do dano e da tutela repressiva. Tratava-se da ciência neutra com relação à cultura, o que acabou perenizando uma estrutura social do século XIX – então proclamada pelos alemães e italianos. Patrimonialismo em duas frentes: propriedade imobiliária e a mercantilização/fungibilidade de todas as obrigações em pecúnia. Uma mecanização não concretista

Direito brasileiro. O problema é quando o produto da exportação já não condiz com a superveniência de uma Constituição que desenvolve outra maneira de racionar o direito. Em outras palavras, a metodologia que o operador jurídico brasileiro geralmente utiliza – em termos da separação das funções estatais – condiz com uma leitura civilista e bevilacquaiana da matéria, com raízes no ano de 1916, e não com uma mentalidade que se pode extrair da própria letra da Constituição de 1988 e das suas diuturnas e recentes reformas pontuais.

O legado civilista efetua uma leitura da Constituição com os olhos da exegese, para a qual os poderes do Estado eram *absoluta e absurdamente separados e estáticos* (!), época em que os planos do direito e do próprio conhecimento não se tocavam entre si. Trata-se de um retrato do movimento cultural da época napoleônica, que teve seus motivos históricos para operar uma ruptura epistêmica dessa magnitude. Legislativo, Executivo e poder Moderador não se tocavam; direito penal e direito não penal também não se comunicavam. Afinal, as ciências não conheciam o que significava ductibilidade, interdisciplinaridade e sincretismo. Giovanni Tarello salienta:

*Una delle caratteristiche più costanti delle organizzazioni giuridiche liberali, e particolarmente di quelle dell'Europa continentale che vennero costruendosi sulla base delle strutture di origine napoleônica, fu la rigida distinzione, nell'ambito della funzione giurisdizionale, tra il processo penal ed il processo civile.*⁶⁸

O perigo da importação total dessa construção oitocentista é a desconsideração da metodologia de trabalho constitucional, atualmente imperante a todas as estações jurídicas: mormente ao direito tributário e ao processo civil tributário. A diferença entre essas forças metodológicas (civilista clássica e constitucionalista contemporânea) não representa apenas uma nova feição das fontes do direito e das técnicas jurídicas para o aporte normativo, o que ainda hoje se faz necessário, mas uma total incomunicabilidade de racionalidades coerenciais de maneira estanque, como se uma área do direito pudesse sobre(viver) sem a outra, como se determinado aspecto jurídico

dos problemas apresentados em juízo, quando a manutenção do poder central muito bem acenava a crescente assimetização dos obeliscos dos Estados Nacionais europeus.

⁶⁸ TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno Studio della genesi dottrinale e ideológica del vigente código italiano di procedura civile. In: *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 16.

pudesse existir validamente sem a utilização da Constituição e do seu respectivo *background* filosófico como instância de irradiação, legitimação, síntese e formulação de metas.

A Constituição é o paradigma de toda a racionalidade jurídica; não é o Código Civil que está no epicentro do sistema. Adotar separações absolutas é conviver com apanhados rousseauianos e hobbesianos em pleno terceiro milênio. Thomas Hobbes abalizou a consolidação dos estados nacionais, formulando uma doutrina política de “refinado absolutismo”⁶⁹. Ele alavancou o jusracionalismo nacionalista, por meio de uma rigorosa dedução lógica contratualista, retirando os homens do “estado da natureza” e os subordinando ao necessário e irrefreável poder absoluto do soberano. Tanto que Franz Wieacker conclui que tal visão de um positivismo político extremo é atualmente impensável e “aparece mesmo como uma hipocrisia intelectual”⁷⁰. Cenário complementado por Rousseau, que estipulou a possibilidade da tutela – formal – da liberdade e da igualdade pela legislação. Baluartes do iluminismo francês, que parecem até hoje surtir efeitos a poucos desavisados do terceiro mundo.

Nessa ordem de ideias do positivismo clássico, a legalidade formal ou a mera legalidade estabelece uma espécie de “metanorma” de reconhecimento da cogência do direito vigente. Ferrajóli é veemente ao criticar que, para tal corrente oitocentista, basta que uma norma jurídica, “qualquer que seja o seu conteúdo, existe e é válida por força unicamente das formas de sua produção”. A consideração dessas premissas

provocou uma inversão de paradigmas no que diz respeito ao direito pré-moderno: a separação entre direito e moral, ou mesmo entre validade e justiça, por força do caráter inteiramente artificial e convencional do direito existente. A juridicidade de uma norma não depende mais, no direito moderno, da sua intrínseca justiça ou racionalidade, mas somente da sua positividade, ou seja, do fato de ser “posta” pela

⁶⁹ NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 175.

⁷⁰ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4. ed. Trad. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p. 343.

autoridade competente na forma prevista para sua produção.⁷¹

Ou seja, se uma lei formalmente válida pode estipular qualquer absurdo, natural que as instâncias de controle – os poderes, e os próprios compartimentos do direito – não se comunicam. Seria possível que algum déspota, manipulando o legislativo, chegasse ao ponto de positivar que determinada raça ou religião é inferior e, portanto, devesse ser alocada e dizimada em campos de concentração, ou enfiada em *apartheids* de subespecificação. Imaginável apenas na ficção científica? Qualquer coincidência histórica desse raciocínio nada mais representa que reflexo de um estancamento de comunicabilidade entre as instâncias de controle do direito.

A questão do art. 174, parágrafo único, I, do CTN não vai longe disso, pois escreve uma semântica desconforme com outra linhagem formal. Não basta o legislador dizer, em uma linha, que a prescrição é interrompida pelo despacho do juiz que ordena a citação. Para além dessa referência, o sistema jurídico estabelece que o prazo máximo da prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário é de cinco anos, ou que a razoabilidade desse prazo seja elástica apenas em condições limítrofes, por exemplo, quando ajuizada a demanda em tempo realmente hábil e a citação não seja efetivada por situação totalmente alheia à imprevidência do credor.

O prazo de cinco anos é um tempo significativo: um estabelecimento comercial não chega a sobreviver cinco anos no Brasil; um passaporte é válido por cinco anos; um carro não dura mais que cinco anos, geralmente; um casamento raramente dura cinco anos (ou meses!); um jogador de futebol não permanece no mesmo clube por mais de cinco anos; um indivíduo não tem perspectiva de um mesmo emprego por mais de cinco anos; a legislação brasileira não dura mais de cinco anos.

O que significa o prazo de cinco anos para a prescrição direta do crédito do tributário?

Na verdade, o prazo de cinco anos para a cobrança do crédito tributário é fruto de uma troca política: o prazo para a legislatura e para a manutenção de um partido político no poder fora rebaixado para quatro anos – daí acontece de tal reforma política consolidar uma troca, pois muda o governo e *se ganha*

⁷¹ FERRAJÓLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 43.

ou se perde um ano para o ajuizamento da execução fiscal, a depender se houve a reeleição ou não. Um mediano entendedor talvez consiga imaginar essa formidável *coincidência*, pois a autoarticulação de interesses não acontece por acaso na *história desse País*.

O prazo de cinco anos para a vida da pretensão e para a morte da pretensão, com a prescrição, corresponde a um lapso de tempo razoavelmente grande. Ele é grande em relação a quem? Ou melhor, a quem serve o prazo da prescrição?

O prazo de cinco anos serve ao Estado, mas também deve servir como uma garantia de segurança jurídica em benefício do contribuinte. Por isso que uma teoria da justiça deve coordenar os direitos em conflito, deve ponderar as normas em aparente contraposição e daí concluir que os cinco anos asseguram que o contribuinte, em linha geral, não ficará mais tempo que esse lustro amarrado aos humores estatais. Com um detalhe: o prazo de cinco anos começa a correr após o lançamento, ainda na Administração Pública, e continua a correr perante o Judiciário, já com a demanda de cobrança; a transição entre as funções estatais, da Administração para o Judiciário, com o ajuizamento da demanda, somente pode ser considerado como interruptivo da prescrição quando efetivada a citação do sujeito, disso podendo reprimatizar à data do ajuizamento, porquanto antes disso não existe um processo de execução fiscal.

A prescrição vincula as pessoas em relação a um evento da vida. O que prescreve não é a pessoa, o que prescreve é uma pretensão, que coloca em linha de exigibilidade um direito perante um *bem da vida* e, vale dizer, que o *bem da vida* assinala um “objeto”. Daí ser possível utilizar um referencial kantiano, para inferir que a prescrição acarreta a morte da pretensão, cuja essência de alguma maneira é objetiva. A prescrição impossibilita a exigibilidade de um direito quando ultrapassado um determinado prazo (no caso, cinco anos).

Logo, não é pela variação das esferas estatais (Administração e Judiciário) que, via de regra, a prescrição renasce. A prescrição renasce, se interrompe, quando integrado o exercício ou a plena exigibilidade do direito (pretensão) perante o devedor.

Antes da citação efetuada, é possível inferir que existe uma pretensão que nasceu na Administração e fora comunicada ao Judiciário, pelo ajuizamento da demanda, permanecendo uma pretensão latente perante os órgãos estatais. A questão é delicada, mas parece lógico perceber que um prazo de cinco anos que tramita pelos escaninhos – seja da Administração ou do Judiciário – depende, necessariamente, da citação, para completar o seu curso de interrupção da

prescrição. Mesmo que o termo da interrupção repristine à data do despacho do juiz que ordenou a citação, ou mesmo que o termo retrotraia ao ajuizamento da ação de execução fiscal (protocolo da inicial). O problema é que referidos termos para a interrupção da prescrição carecem da citação, são *secundum eventum citationis*, em virtude do aprofundamento da observação sobre a essência objetiva-solipsista da prescrição.

E se a Fazenda Pública ajuizar uma execução fiscal e a demora entre o despacho inicial e a citação ocorrer por culpa ou acúmulo de serviço atribuído ao Judiciário? Somente o caso concreto poderá dizer que a citação esteve obstada por mecanismos inerentes ao Judiciário (assim justificando a aplicação da Súmula nº 106 do STJ).

No mais das vezes, o descumprimento do prazo para a realização da citação é atribuída diretamente à Administração, que, assim, indiretamente desatende ao lustro prescricional. Quando a Fazenda Pública não promove a citação do devedor nos prazos e termos do CPC? Diversas hipóteses apontam essa conduta (ou não-conduta) processual. As circunstâncias objetivas universalizam-se nos seguintes tipos de ruídos processuais:

- Certidão da dívida ativa com algum defeito formal e a não correção dentro do prazo de cinco anos e, mais, sem atendimento aos prazos previstos para a citação segundo o CPC.
- Erro ou falta de dados para identificar o devedor, tanto quanto ao seu nome como em relação ao endereço correto. Em época de redes sociais, de Google earth, de apps de celulares para a pronta localização das pessoas, de cruzamentos de dados entre as Fazendas e órgãos públicos (art. 199 do CTN), impossível que o Judiciário assumira como um balcão de cobrança de informações, em benefício da Administração, e passe a exigir a “prova de vida” do contribuinte. As Administrações contemporâneas facilitaram o crédito e distribuíram toda a sorte de bolsas e auxílios assistenciais, sendo nada mais natural que providencie o paradeiro da multidão de devedores que a própria Administração deveria organizar; bastava ter a matrícula de imóveis junto à própria CDA.

- Quando a citação é frustrada pelo correio (ARMP), a Fazenda Pública deve providenciar o pagamento da condução do oficial de justiça. A demora nesse depósito naturalmente descredencia o cumprimento das formalidades do CPC, o que relativiza o prazo de cinco anos da prescrição. Da mesma forma, quando os autos permanecem por desarrazoado tempo em carga, com a finalidade de informar o endereço correto do devedor. Os prazos do CPC são exíguos, não precisam ser atendidos à risca, trata-se de prazos “semipróprios”, mas, somado ao prazo do CPC, deve ser atendido o prazo total de cinco anos, desde a exigibilidade do crédito tributário até a efetivação da citação.

Tudo isso poderia ser evitado, se as Procuradorias fazendárias ajuizassem as execuções fiscais logo quando lançado e não pago um tributo. No entanto, o que ocorre de fato?

As Procuradorias aguardam o período das eleições e, somente no quarto ou no quinto ano, prestes a prescrever o crédito tributário, ajuízam a execução fiscal. Assim, o jogo de compensações que a mudança do prazo da legislação (de cinco para quatro anos) norteia está fadado à seguinte sorte: se um governo perde a reeleição, sequer ajuíza suas execuções pendentes e deixa que o sucessor acerte as contas com o TCE/TCU e a Lei de Responsabilidade Fiscal; de outro lado, se um governo é vitorioso na reeleição, espera passar o novel mês de outubro - o mês da eleição - e deságua no Judiciário uma enxurrada de iniciais com os prazos limítrofes, prestes a se exaurir os cinco anos previstos como o prazo prescricional.

A manobra remete à *culpa* ou à responsabilidade pela prescrição para o Judiciário. Afinal, a Administração desincumbiu-se da sua atribuição e ajuizou a execução às vésperas do dia em que completado o quinto ano. Ainda por cima, a Administração despreza os prazos do CPC quanto às formalidades da citação, porque se escora na Súmula nº 109 do STJ, e, praticamente, a gestão cartorária de uma vara da Fazenda Pública tem sido sustentada por servidores e estagiários cedidos pelo Executivo.

Por sua vez, uma lei complementar atribuiu ao juiz um poder de mágico, pois o seu despacho, de pronto, interrompe a prescrição. A essência das coisas

jurídicas não é tão simples, seja no *antes*, no *durante* e no *depois* da prescrição. Sempre deve ser observado um trâmite inerente ao formalismo do direito tributário e do processo de execução fiscal, o que conduz o art. 174, parágrafo único, I, do CTN a ser uma regra *secundum eventum citationis*.

O prazo prescricional de cinco anos não deve ser contado para autolegitimar a burocracia. O lustro legal merece uma contagem de acordo com a perspectiva que, além de assegurar um prazo razoável à Fazenda Pública, também garanta a tutela dos direitos individuais do contribuinte – o valor justiça impõe tal ponderação. Portanto, impossível dizer que um prazo corre contra a Administração e outro prazo, totalmente diverso, começa quando simplesmente protocolada uma petição junto ao Judiciário. O ser humano é apenas um, o Estado é apenas um, e o prazo da prescrição – não interessa a qual instituição/órgão beneficie – existe para tutelar o direito de cada qual.

O prazo de cinco anos é um direito fundamental do indivíduo, de maneira que seria inconstitucional e violador da dignidade da pessoa humana que tal prazo não fosse um “patrimônio de cada função ou de cada poder estatal”. O prazo não é uma potestade da Administração Pública e/ou do Judiciário.

Estudar e aplicar o discurso da separação dos poderes, como se a Administração fosse incomunicável ao Judiciário, remete aos vetustos moldes elucubrados pela Revolução Francesa, em um esquema que rearticula a política da burguesia daquela época e permaneceu indiferente à pessoa humana e aos valores do Estado do antigo regime. A *neutralidade* do velho Estado de Direito francês, que algum conservadorismo brasileiro ainda defende, é mais ideológica que propriamente jurídica. Ora, o *lobo da neutralidade* é o mais disfarçado contrafluxo de uma ideologia. Se antes da revolução iluminista “*the king can do no wrong*”, com a nova ordem oitocentista “*the Parliament can do anything*”.

Um exemplo abaliza o cenário. Os denominados *poderes* do Executivo, Legislativo e Judiciário seriam considerados órgãos estanques. Sequer configurariam *funções*, para alguma dose de entendimento, mas *poderes* mesmo, no talvegue da ideologia centralizadora oitocentista. Logo, praticamente tudo o que um desses *poderes* realiza, observando as mensagens formais sobre a vigência de seus atos, não pode ser examinado pelo outro órgão: uma lei que segue o processo legislativo é absolutamente válida; um ato administrativo que obedece a um procedimento, apesar de aberrante em termos de razoabilidade, seria válido; uma decisão judicial promanada por um juiz investido no cargo torna-se

automaticamente válida e irrefutável, a despeito dos escopos e fundamentos de justiça que o julgador deva atender.

Isso existe? Na concepção oitocentista de alguma maneira legada ao Brasil, esse prisma é o que impera, é o paradigma aparentemente majoritário.

Defensores dessa ideologia esquecem – ou se homiziam em cegueira deliberada (*willfull blindness*) – do caráter dúctil das ciências humanas atuais, mormente as ciências jurídicas. Também desprezam a relativa e funcional divisão não de “poderes”, mas de “funções” estatais, a legislativa, a executiva e a judiciária⁷², todas as quais devem cumprir a Constituição e, em especial, promover os direitos fundamentais

A legalidade é um princípio fundante do sistema jurídico, mas assume contornos de juridicidade, que condiciona todas as manifestações estatais – seja pelo intermédio do executivo, judiciário ou legislativo. Se a Revolução Iluminista expressou a onipotência do legislador com base na legalidade formal, o paradigma constitucional contemporâneo submete as normas, as decisões, os procedimentos, enfim, ao paradigma dos direitos fundamentais e dos valores expressos com o vigor normativo da Constituição. Juridicidade é muito mais que legalidade da forma, porque busca na ética da justiça a validade substancial das própria premissas.

A aplicação do art. 174 do CTN, a leitura do CPC e da LEF devem retomar um cuidadoso zelo constitucional para a validade de suas regras. O ordenamento jurídico deve obedecer às luzes que principiam e enfeixam todo o sistema jurídico a partir da Constituição. A estrutura, o fundamento e os escopos do sistema jurídico somente podem ser visualizados pela lente dos ditames constitucionais.

Respeitosamente, impossível considerar incomunicáveis os “poderes” estatais. O Estado é somente um, o que deve ser diagramado para um efeito pragmático são as suas “funções”, de maneira que todas elas trabalhem em benefício da tutela dos direitos (da Fazenda e do contribuinte, em ponderação). A operação jurídica que implica uma absoluta separação das atualmente consideradas funções estatais, desgraçadamente, despreza a interdisciplinaridade a qual o paradigma constitucional remete e acaba por ferir de morte a hierarquia suprema dos direitos fundamentais. Porque separação

⁷² Ao referir Legislativo, Executivo e Judiciário em sentido clássico – como poderes –, utilizo a letra maiúscula; quando escrevi com a letra minúscula, é no sentido contemporâneo, de legislativo, executivo e judiciário enquanto funções estatais.

de funções e interdisciplinaridade convergem de maneira a tutelar direitos, mormente os fundamentais, verdadeiras razões da existência dos Estados soberanos.

A Constituição Federal estabelece: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. A nota de *harmonia* quer dizer dialeticidade, significa dinamização ou correlacionalidade interdisciplinar; vale dizer, ostenta a aplicação das normas infraconstitucionais sob o paradigma estipulado na Carta Suprema. Ou seja, a “independência e a harmonia dos Poderes”, atualmente, reclama uma consideração sob a lente da Constituição. Óbvio que existe uma diferença estrutural, persecutória e mesmo teleológica entre as referidas instâncias. Isso faz parte da controlabilidade imanente à democracia. Agora, o primado da tutela dos direitos fundamentais subjaz como um denominar comum imperativo, o que acarreta a instrumentalização dos órgãos públicos em benefícios dos direitos individuais.

A história das instituições brasileiras adotou uma *estrutura* francesa sobre a questão da separação dos “poderes”. No entanto, a Constituição brasileira atual utilizou um mecanismo norte-americano para pautar as *funções* estatais. Note-se que a Administração Pública adota o modelo de “gestão” efficientista ianque até em propagandas de televisão, o que está expresso no art. 37 da CF e em diversas práticas da Administração (*vide* o juiz-gestor em detrimento do juiz assimétrico em termos de Administração cartorária). Quando explicitou a “harmonia” entre os “Poderes”(art. 2º da CF), necessário ter presente que a nova ordem jurídica instituída observa um dialético panorama de fontes, técnicas legislativas e metodologia de trabalho constitucional, diferente daquele organograma estático outrora imaginado pelo movimento napoleônico. Mauro Cappelletti⁷³ ressalta que a estrita separação dos poderes no “*French style*”, de nítida inspiração montesquiana, estava a milhas de distância da separação das funções adotada praticamente ao mesmo tempo pela Constituição americana. E, na América, a separação de poderes não utiliza a semântica da “separação”, mas, sobretudo, a flexibilidade dos “freios e contrapesos”, princípio no qual permite a conurbação funcional das normas, dos fatos e dos postulados normativos, cotejados fatos e normas, normas e fatos – todos os quais na busca do dever

⁷³ CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. Trad. Fernando Sá. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: Nova Prova, v. 20, p. 271. No mesmo sentido, ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 52/8.

do Estado enquanto poder instituído: a satisfação dos direitos fundamentais, a persecução dos valores eleitos democraticamente e daí a premente tutela da dignidade da pessoa humana.

O modelo americano está plasmado explicitamente na Constituição da República Federativa do Brasil. O preâmbulo da Constituição brasileira chega a ser bastante parecido com o da Constituição norte-americana. Vive-se a *era da jurisdição*. E examinar a doutrina de Mauro Cappelletti é fundamental, não porque esse autor seja discípulo de Calamandrei, que, por sua vez, era discípulo de Chiovenda: uma tríade dos maiores processualistas do século XX. Mas porque Cappelletti fora responsável pela concepção do processo enquanto instrumento de modificação social, como um paradigma efetivador dos direitos fundamentais por meio do dinamismo das instituições, coarctando o direito material ao direito processual pela mecânica da tutela.

Mauro Cappelletti⁷⁴ lamenta as vicissitudes dramáticas da Europa continental até meados do século XX, quando a ideologia francesa da rígida *séparation des pouvoirs*, ao invés de efetivar direitos dos indivíduos, valeu-se de retórica para se autolegitimar em um regime de assimetrização e centralização de prerrogativas, quando a informação era sinônima de poder. O *poder serviu ao poder*, na velha França, pois o interesse dos vencedores (burguesia) era a própria manutenção. No contraponto, Cappelletti salienta que o modelo americano de “freios e contrapesos” – adotado no Brasil – livra-se das perigosas e débeis autonomias do *poder pelo poder*, para impor uma Administração, um Legislativo e um Judiciário, cada qual e todos dinamicamente, trabalhando em benefício dos indivíduos, da paz social e para a realização dos direitos eleitos democraticamente. As funções estatais se conformam e instrumentalizam em prol da tutela dos direitos.

Manoel Aragónes Reyes salienta que o constitucionalismo é uma empresa em construção, porém nada adiantaria festejar o advento de Constituições sistemáticas e que explicitam os direitos fundamentais, se mesmo os operadores do direito permanecem aplicando *direitos legais*, e não os *direitos fundamentais*. Conferir uma interpretação de formalismo excessivo e restritiva dos direitos fundamentais a alguma regra jurídica significa riscar do cenário a luminosidade constitucional. Não adianta modificar o panorama normativo através de

⁷⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 53.

milagrosas leis, se a metodologia de trabalho permanece atarracada e apoucada pelos ranços napoleônicos.

De ahí la necesidad de “constitucionalizar” el derecho para hacer que la Constitución, “como derecho”, rija. No solo “constitucionalizar” el derecho como ordenamiento (hacer que la Constitución llegue a todos los rincones del sistema normativo), sino también, y muy principalmente, al derecho como “saber”, a la ciencia del derecho. No puede haber, sencillamente, Constitución duradera sin derecho constitucional desarrollado. Esa es una de características más profundas del Estado Constitucional y, por ello, una de sus características más rigurosas exigencias.⁷⁵

A constitucionalização do direito é devedora da constitucionalização da metodologia. Nos termos de Zagrebelsky⁷⁶, o “império da lei” é destronado pela função unificadora da Constituição que, fonte e medida de todo o sistema normativo, elege os valores e estabelece o paradigma deôntico a ser obedecido. Consoante Friedrich Müller⁷⁷, a nota do corriqueiro em termos interpretativos inverteu a ordem dos problemas no Estado Constitucional: o *hard case*, antes discriminado onde existia tensão normativa, hoje é o que de mais comum acontece.

Portanto, a separação dos poderes e a decantação absoluta entre os compartimentos jurídicos merece uma releitura, agora sob o paradigma unificador da Constituição. No mesmo sentido, a reconstrução do entendimento sobre o “interesse público”, outrora devedor de uma retórica oriunda do autoritarismo – quando o indivíduo não tinha ou detinha poucos direitos e compunha a classe de súditos ou servos do poder real ou do formal-positivismo. Por suposto que a Administração adstringe-se à legalidade. O patrimônio da Administração é indisponível, ou melhor, torna-se disponível desde que atendidos os pressupostos de formalização dessa disposição. Trata-se de

⁷⁵ REYES, Manuel Aragón. La Constitución como paradigma. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/130/3.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2012. p. 29.

⁷⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 40.

⁷⁷ MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 105.

um reflexo do caráter coletivo (porque estrutura conjugadora de interesses conflitantes) do setor público.

Agora, o interesse público não pode continuar sendo colocado como um dogma absoluto, como se a Administração tudo pudesse, na esteira da sacralização de um conceito que de neutro não tinha nada – mas cumpria uma interessante função sistêmica: a manutenção do poder a quem dele mesmo se alimentava. Um raciocínio automático e sem ressalvas sobre o interesse público, e o liberal subjugado do interesse privado em benefício de conceitos, nos conduziria a um retrocesso autofágico contra o sistema constitucional dos direitos fundamentais. Deveras, a legalidade neoconstitucional se permeia à deontologia principiológica e aos valores axiologicamente sistematizados a partir do norte da Constituição. Em decorrência, organizar a supremacia do interesse público sobre o privado, como um axioma indisponível e sem reflexão dinâmica, sem que se verifique que no bojo dos auspícios públicos também se encontra a proteção das individualidades como partes de um todo recíproco, significa legitimar pela via extroversa a formal-legalidade do liberalismo napoleônico, aquela legalidade que expressava uma vontade suprema do legislador e desprezava a legitimação social da essência dessa vontade (os fatores sociais de coesão).

Cada princípio tem o respectivo alcance resultante das limitações recíprocas para suas autodeterminações, porque “eles recebem seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação”⁷⁸. Entre o público e o privado, necessário interagir uma conexão funcional-estrutural. O mundo da cultura é solidário, no qual todos os princípios devem conviver. Arrebatadora a síntese de Humberto Ávila, ao repensar a supremacia do interesse público sobre o privado não como axioma, mas postulado da unidade da reciprocidade de interesses intersubjetivamente relacionados: em vez de uma relação de contradição entre os interesses privado e público, há, em verdade, uma conexão estrutural. Se eles – o interesse público e o privado – são conceitualmente inseparáveis, a prevalência de um sobre outro fica prejudicada, bem como a contradição entre ambos. “A verificação de que a Administração deve se orientar sob o influxo de interesses públicos não significa, nem poderia compreender, que se estabeleça uma relação de prevalência entre os interesses públicos e privados. Interesse público como finalidade fundamental da atividade estatal e supremacia do interesse público

⁷⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *RDP*, p. 167, 24/1998.

sobre o particular não denotam o mesmo significado. O interesse público e os interesses privados não estão principalmente em conflito, como pressupõe uma relação de prevalência⁷⁹.

Com efeito, quando o legislador estabelece direitos e garantias individuais ao contribuinte, ao lado de finalidades públicas⁸⁰ inerentes às funções do Estado, devem ser observados todos os quadrantes da aplicação das normas em permanente tensão. Um direito da Fazenda Pública – executar o seu crédito insatisfeito – implica o dever de ponderação, cuja condição de possibilidade somente é obtida mediante o cotejo com as demais normas do sistema jurídico. Assim, para realizar a sua pretensão executória, um dos requisitos é observar o prazo da prescrição. Esse prazo não confronta a Administração para com o Judiciário, mas coloca em debate o Estado e o indivíduo.

De um lado, o direito fundamental de o contribuinte ser executado no prazo combinado, ser citado segundo o procedimento previsto em lei; de outro lado, a potestade pública de lançar o seu crédito tributário e ajuizar a execução fiscal.

Além de o conceito de interesse público merecer sopesamento concreto, na metodologia do direito constitucional, ele deve desempenhar função instrumental em relação aos cidadãos: tutelar os direitos fundamentais. Ou seja, quem ostenta o direito material deve ser protegido em todas as instâncias pelas instituições, mero reflexo da justiça material, valor metadiscursivo do ordenamento jurídico do Estado Constitucional.

O prazo de cinco anos pode sofrer interrupção, é verdade. Mas, para tanto, não basta que a Administração transfira a sua responsabilidade ao Judiciário, também é preciso que seja ajuizada a execução fiscal no lustro legal e, caso ultrapassado tal limite de cinco anos em termos de diligências prelibatórias, não sejam ultrapassados os prazos previstos no Código de Processo Civil para o chamamento do devedor. Isso é razoável. A interrupção da prescrição pelo despacho do juiz (art. 174, parágrafo único, I, do CTN) é *secundum eventum citationis*.

⁷⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *RDJ*, p. 167, 24/1998.

⁸⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *RDA*, n. 215, p. 170-2.

CONCLUSÃO

Nunca na história deste País houve tamanha facilidade para se postular em juízo. Atualmente, é mais fácil *falar* com o juiz que falar com um gerente de banco; é mais fácil *falar* com o juiz que falar com um administrador prisional; é mais fácil falar com o *juiz* que falar com um gerente de loja; é mais fácil *falar* com o juiz que falar com um enfermeiro-chefe de um hospital ou com o almoxarifado dos remédios fornecidos pelo Estado; é mais fácil *falar* com o juiz que falar com o superintendente de alguma entidade pública ou com um gestor de uma empresa privada. E assim sucessivamente. O problema não está na “facilidade” em si mesma, mas no complexo jogo de compensações que dela reflete no certame sócio-jurídico-econômico-político.

A acessibilidade ao Judiciário é um fenômeno crescente e digno de ser festejado. A socialização da jurisdição, todavia, além dos clássicos freios de linhagem técnica e processual, descobre ou deixa como subliminar uma mensagem preocupante: as instituições, os órgãos de controle estatal e, enfim, os mecanismos de poder da sociedade civil estão em crise; eles estão à beira de um colapso.

Não é por acaso que as problemáticas da saúde pública, tanto no que toca às internações como ao fornecimento de remédios, deságuam comumente na jurisdição; não causa surpresa a massificação das demandas consumeiristas que poderiam ser dizimadas com um compromisso de prevenção dos problemas pelos próprios fornecedores, detentores de grande capital; não é raro que o controle dos atos administrativos e a própria gestão dos órgãos que deveriam fiscalizar o dirigismo social estão cada vez mais sendo delegados ao Judiciário – vale dizer que a instância administrativa chega a ser um degrau prelibatório da jurisdição. Uma sintomática temerária que é produto de uma mentalidade paternalista cada vez mais centralizadora, como indicativa do vetusto lusitanismo de conduzir as coisas, há mais de quinhentos anos.

O discurso da “democracia” brasileira é ruidoso, pois materialmente ele mantém os mesmos atores no poder, e apenas troca momentaneamente o nome das personagens por fatores que simbolicamente legitimam a articulação dos episódicos interesses. A administração acostumou-se a transferir a própria gestão à jurisdição, mormente nos menores núcleos estruturais do poder (por exemplo, as prefeituras), daí se instrumentalizando um curioso tráfego de participações burocráticas em termos de execução fiscal: o judiciário não consegue mais dar conta do inexpugnável e geométrico número de demandas ajuizadas;

em contrapartida, as Administrações cedem funcionários e estagiários como medidas-tampões para emergencialmente efetuarem a cobrança dos débitos em execução. O que a Administração não faz administrativamente, ela tenta remendar jurisdicionalmente.

Agora, isso não é tutela jurisdicional. Transformar varas da Fazenda Pública ou anexos fiscais em balcões de cobrança que procuram endereços de devedores e suplicam para o pagamento de dívidas nos meses subseqüentes às eleições não é julgar, decidir, valorar e, enfim, aplicar o sistema jurídico como um todo complexo e cuja finalidade é a preservação da tutela dos direitos fundamentais e dos escopos da justiça. A modalidade do estica e puxa que a administração parece zelar pelos seus créditos tributários em nível municipal, de alguma maneira, parece empurrar, a conta-gotas, a legitimação dos seus atos a um poder (função) cuja feição está sendo quedada a um monólogo com a Fazenda Pública, sem a perspectiva de serem examinados os demais casos urgentes e dignos de proteção. Afinal, a execução fiscal não tem urgência – na praxe da burocracia brasileira –, e os seus avassaladores números que abarrotam os escaninhos justificam quaisquer medidas cartorárias, desde que delicadas à Fazenda Pública. Está-se beirando à autotutela na questão da execução fiscal.

Cediço que o Judiciário possui competência e transparência para resolver inúmeros problemas. Dentre as suas notórias dificuldades macroadministrativas, os juízes, os servidores e os operadores do direito em geral prestam uma inestimável colaboração para a asseguração da tutela dos direitos. Ocorre que o conteúdo das decisões exaradas, pelo menos na tradição do direito continental, possuem uma carga de *convencionalismo* que não permite acompanhar a dinâmica célere das reclamações sociais. E, se tais decisões acompanham a celeridade dos casos – como nos célebres exemplos de vanguarda do direito de família, dentre outros –, é em uma velocidade que emparelha um circuito de modificações não transformador, mas em larga medida conformador de uma pacificação aparente ou tendencial.

Até quando?

Uma solução de compromisso que a própria jurisdição começa a sentir na administração de seus escaninhos. Não existe um problema em si mesmo quando se assume uma posição conservadora. O problema é que o conservador não admite uma outra linha de visada um pouco adiante de sua rotina. Com efeito, o conservadorismo da esfera pública (diga-se, que é natural ao direito continental) não pode descartar um *pragmatismo* que permeia os contemporâneos

ruídos da eficiência da *common law* ianque. Novos direitos reclamam novas e prontas respostas. Mais que isso, chegou-se a um ponto que não é a sociedade que organiza a tecnologia, mas é a tecnologia que organiza a sociedade que lhe interessa.

Essas premissas reforçam a leitura dos três perfis propostos em debate. Não reputo inválido ou incorreta a oportunidade em que a Fazenda Pública ajuíza uma execução no prazo de cinco anos e cumpre os termos processuais para a citação, tendo o devedor – de má-fé – se homiziado da jurisdição. Tal hipótese é limítrofe. As reflexões trazem à tona que a prescrição direta do crédito tributário não seria interrompida, apenas, como o despacho inicial do juiz, em execução fiscal; a ele deve ser somado o cumprimento das diretrizes do CPC no que toca à citação, inclusive, pela força cogente do próprio Código de Processo Civil, consoante transcrito no quadro:

Art. 174, parágrafo único, I, do CTN	Art. 219, §§ 2º e 3º, do CPC	Solução lógico-jurídica que combina os dois primeiros dispositivos e cuja essência a própria dogmática oferece, no § 4º do art. 219 do CPC.
A prescrição do crédito tributário é interrompida “pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal”.	§ 2º Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994) § 3º Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)	§4º Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 01.10.1973)

O direito material e as suas previsões abstratas não conseguem resolver todas as questões no plano pré-processual. É intuitivo. De fato, o processo existe para apaziguar os momentos da crise do direito material.

A prescrição é um novel exemplo de instituto que precisa do direito e do processo para regulamentar a sua sorte jurídica. A Fazenda Pública se retira

da inércia, que caracteriza a prescrição, quando “age” e, ao “agir”, é porque desencadeia uma demanda perante a jurisdição. Ação, jurisdição, procedimento e processo são fenômenos coordenados à prescrição.

Portanto, impossível ou muito difícil que a vida e a morte da prescrição, a aplicação jurídica do seu termo limite seja definido em um toque de mágica, em uma regra de lei. A norma do art. 174, parágrafo único, I, do CTN pode modificar um norte interpretativo, mas desde que se comprometa com a lógica performática do sistema que garante a vigência mesma dessa lei complementar. A ordem da citação é *secundum eventum citationis*, o que exprime uma postura jurisdicionalizada no desenrolar da fase prelibatória da execução fiscal; afinal, “quando há vontade política, as velhas instituições ruem como em um furacão e novas improvisações surgem todos os dias”⁸¹.

A tese não é uma tremenda novidade para a jurisprudência do STJ:

Execução fiscal. Crédito alcançado pela prescrição quinquenal. Pretendido efeito interruptivo do despacho que ordenou a citação. Art. 8º, § 2º, da Lei nº 6.830/1980. A norma acima mencionada deve ser interpretada em combinação com o art. 219, § 4º, do CPC, ou seja, no sentido de que, “não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos anteriores, haver-se-á por não interrompida a prescrição”. Recurso desprovido.” (REsp 2321/RS, REsp 1990/0001897-8, 2ª T., Rel. Min. José de Jesus Filho, DJ 28.10.1991, p. 15232)

O trabalho da academia soma-se à angústia da rotina forense. Ambos sofrem os fluxos e os contrafluxos das oscilações institucionais, mas sempre caminham na busca para devolver à tutela jurisdicional a sua carga valorativa, que lhe é imanente – e, assim, entregar às pessoas os seus direitos fundamentais. A solução de compromisso do direito é uma experiência de uma sociedade em um tempo determinado, de maneira que jamais se perca de vista o compromisso de justificar as soluções do mundo jurídico com o que mais interessa à essência das coisas e ao interesse das pessoas – a origem e a meta do direito como uma realidade sensível e como ciência.

REFERÊNCIAS

⁸¹ R. C. van Caenegem. Op. cit., p. 55/5.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. Tradução da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *RDA*, n. 215.

_____. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *RDP*, 24/1998.

BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, anno II, 1952.

BÜLOW, Oskar. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

CAENEGEM, Raoul C. van. *Juízes, legisladores e professores*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

_____. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. Trad. Fernando Sá. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: Nova Prova, v. 20.

CASTRO, Cássio Benvenuti de. Decadência da potestade invalidante do ato administrativo. *Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF*, n. 105, abr. 2010.

_____. *(Neo)Soberania e Tribunal Penal Internacional*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, passim.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957.

_____. Procedimento e processo (teoria generale). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, v. XXXV, 1986, p. 819. Esse texto, na verdade, parece uma resenha de partes de *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957.

_____. Teoria generale. *Novissimo digesto italiano*. Torinese, v. XIII, 1957.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJÓLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KISTEUMACHER, Daniel Henrique Rennó. Aspectos (in)constitucionais da execução fiscal. *Revista da Ajuris*, n. 127.

MACCORMICK, Neil. Prólogo: a teoria institucional e a perspectiva do legislador. *Retórica e o Estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. Execução fiscal. *Pesquisas tributárias*. Nova série. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, respectivamente.

MITIDIERO, Daniel Francisco. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, n. 183.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de processo civil*. Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Da sentença: Lei nº 11.277/2006 e nova redação dada aos arts. 162, 267, 269, 463 e introdução dos arts. 466-A, 466-B e 466-C pela Lei nº 11.232/2005. In: *As recentes reformas processuais*. Cadernos do Centro de Estudos, v. I, TJRS.

_____. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). *A polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICARDI, Nicola. *La successione processuale*. Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964.

_____. *Manuale del processo civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, t. I, 1997.

REYES, Manuel Aragón. *La Constitución como paradigma*. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/130/3.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2012, p. 29.

SAKAKIHARA, Zuudi. Art. 8º, § 2º. In: FREITAS, Vladimir Passos (Coord.). *Execução fiscal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EdiPucrs, 2008.

TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideológica del vigente código italiano di procedura civile. In: *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989.

TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4. ed. Trad. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2009.