

# JUIZES GESTORES DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO? O Ativismo Judicial Ditando os Rumos das Execuções Fiscais

Guilherme Valle Brum<sup>1</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

O título do presente ensaio, insofismavelmente inspirado na conhecida obra de Mauro Cappelletti (*Juízes Legisladores?*), revela a intenção dos escritos que se seguirão: denunciar duas formas de ativismo judicial que estão incidindo sobre as execuções fiscais, de modo a conferir ao Judiciário o poder de disposição sobre o crédito tributário. Ao fim do estudo, sugerir-se-ão alterações legislativas tendentes a remediar esse quadro. A semelhança com o texto do eminente doutrinador italiano, portanto, fica apenas no título.

A ideia de teorizar sobre o tema adveio da experiência prática adquirida pela atuação como Procurador do Estado. É resultante, na verdade, de uma perplexidade gerada por duas situações que vêm tomando corpo na jurisprudência, as quais, ainda que originadas de boas intenções, estão reescrevendo indevidamente o instituto da prescrição intercorrente em matéria tributária e o princípio da indisponibilidade do crédito público.

A primeira delas é uma atuação – ao que me parece – vanguardista da jurisprudência gaúcha, no sentido de determinar a extinção da execução fiscal se passados cinco anos da citação do executado sem a satisfação da obrigação tributária, mesmo que – pasme-se! – o Estado atue diligentemente, impulsionando o feito sem solução de continuidade.

A segunda é muito bem conhecida. Trata-se da tendência pretoriana, fortemente aceita no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, de considerar a data da citação da sociedade comercial como termo inicial do lustro prescricional para que a Fazenda Pública promova o redirecionamento da execução contra o patrimônio dos gestores. Ou seja, uma vez citada a empresa, o Poder Público, para essa corrente jurisprudencial, tem o prazo de cinco anos, a contar do dia da citação, para localizar – e citar – os sócios-gerentes. É claro que esse redirecionamento pressupõe a insuficiência patrimonial da sociedade.

Pretendo demonstrar que esse avanço dos juízes sobre a administração tributária e a cobrança do crédito público é contrária à Constituição da República, atentando contra os princípios democrático e da separação harmônica e funcional do Poder.

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, Especialista em Direito Constitucional (UNISUL/SC) e Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB/DF).

## 2 ATIVISMO JUDICIAL: BREVES CONSIDERAÇÕES

A expressão “ativismo judicial”, no mundo acadêmico-doutrinário brasileiro, é sem dúvida plurissignificativa. Ainda não chegamos a um acordo semântico aceitável. De qualquer forma, sobre um ponto, pelo menos, parece que os juristas pátrios estão de acordo: ativismo judicial é uma postura deliberadamente pró-ativa do Poder Judiciário sobre assuntos que deveriam ser resolvidos pela atuação política no foro próprio, o Parlamento. Alguns o consideram a “salvação”; outros, a “derrocada” da democracia. *Nem tanto ao mar nem tanto à terra*.

Lenio Luiz Streck vem criticando duramente a nova tendência da jurisprudência nacional ao ativismo<sup>2</sup>:

Aliás, aqui parece ser o momento ideal para esclarecer uma questão que tem sido tratada de forma superficial em *terrae brasilis*. Trata-se do modo *tabula rasa* como tem sido empregado o termo *ativismo judicial*. Note-se: nos Estados Unidos, a discussão sobre o governo dos juízes e sobre o ativismo judicial acumula mais de duzentos anos de história. Quanto a isso, basta recordar que o mesmo Marshall que instituiu o precedente que consagrou o *judicial review* foi também quem iniciou, no *case McCulloch v.s. Maryland*, a tradição do *judicial self restraint*. Sintomático, também, que a segunda decisão em sede de controle de constitucionalidade nos EUA só se deu cinquenta e dois anos depois da primeira.

[...]

De pronto, consigno que, quando o judiciário age – desde que devidamente provocado – no sentido de fazer cumprir a Constituição, não há que se falar em ativismo. *O problema do ativismo surge exatamente no momento em que a Corte extrapola os limites impostos pela Constituição e passa a fazer política judiciária, seja para o “bem”, seja para o “mal”*.

Com efeito, não se pode confundir ativismo judicial com judicialização. A judicialização da vida é mesmo inevitável nesta quadra da história. O próprio paradigma de Estado em que vivemos, estruturado com o objetivo de superar o Estado Liberal (foco no Legislativo) e o Estado Social (foco no Executivo, embora ainda não devidamente implementado em solo pátrio), acaba levando as grandes discussões políticas para a arena judiciária, tendo como impulso os anseios populares de realização das promessas da modernidade (artigo 3º da Carta de Outubro de 1988), até então não cumpridas de modo satisfatório. Além disso, a nossa Constituição – analítica, dirigente e compromissória – é um verdadeiro convite à propositura de demandas para fazer atuar os seus preceitos. Sobre isso, convém trazer à colação a lição de Luís Roberto Barroso<sup>3</sup>:

<sup>2</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 22-23.

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Artigo disponível no sítio virtual da OAB ([www.oab.org.br](http://www.oab.org.br)), p. 4. Acesso em 18 de abril de 2009.

A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.

Assim, parece possível afirmar que o ativismo é a patologia da judicialização da vida. O quadro é patológico analisado sob qualquer perspectiva. Quando se exerce um ativismo progressista, visando a corrigir uma omissão do legislador, que estaria devendo uma evolução legislativa para acompanhar os anseios sociais, pode ser um sinal de que há algum problema na produção do Parlamento. Quando o ativismo judicial é exercido porque o magistrado da causa, valendo-se de um juízo puramente discricionário e fundamentando a decisão segundo sua própria concepção do “justo”, achou mais “proporcional” ou mais “razoável” deixar de aplicar uma lei ou interpretá-la de modo a subverter-lhe o texto, a sociedade fica à mercê da “consciência do julgador”.

Nesse ambiente que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo, o instrumental teórico à disposição do magistrado que desejar ser um ativista é farto, notadamente no que diz com a técnica da ponderação de bens constitucionais e com as diferenciações entre regra e princípio e entre texto e norma. Esse instrumental, muitas vezes equivocadamente importado de teorias de escritores estrangeiros (como Robert Alexy e Ronald Dworkin), deve ser encarado à luz da nossa realidade, um país de modernidade tardia, carente (ainda) de implementação do Estado Social para redução do imenso fosso que desiguala ricos e pobres, regido por uma Constituição progressista e que visa a transformar a realidade em busca da igualdade material. É efetivamente um ambiente que reúne condições favoráveis para todo tipo de ativismos. O caminhar do intérprete, portanto, deve ser cauteloso por aqui, de modo a evitar que a Constituição se transforme apenas “naquilo que os juízes dizem que ela é”.

É errado, pois, afirmar que a discricionariedade judicial é sempre mais acertada que a discricionariedade do legislador. Aliás, o termo *discricionariedade* é perigoso. Isso porque ninguém é totalmente livre para criar o Direito. Todos estamos submetidos ao que a Constituição estatui. E não é dado a quem quer que seja “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”<sup>4</sup>, extraindo dos textos normas que ultrapassam os limites de significados possíveis.

Dito de outro modo, a aceitação de que a norma é resultado da interpretação de um texto e que de um mesmo texto pode ser extraída mais de uma norma

<sup>4</sup> Expressão utilizada por Lenio Luiz Streck na obra **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 311.

jurídica (regra ou princípio) não equivale a um cheque em branco para o ativismo judicial. O texto normativo, aprovado democraticamente pelo Parlamento, tem limites. É ao mesmo tempo o ponto de partida e o ponto de chegada da interpretação. A subversão do seu sentido corresponde a um ato de ruptura do sistema.

Como bem diz Eros Roberto Grau, o intérprete deve estar aberto para a opinião do texto: *quem deseja compreender um texto tem de estar em princípio disposto a deixar-se dizer algo por ele; uma consciência formada hermeneuticamente tem de mostrar-se receptiva desde o princípio à alteridade do texto*<sup>5</sup>.

Essa preocupação – que ora externo – com a possibilidade de, por meio de um ativismo avesso a qualquer controle da discricionariedade judicial, banalizarem-se a teoria dos princípios, o neoconstitucionalismo, o pós-positivismo e a própria força normativa da Constituição foi também manifestada em relevante voto proferido pelo Ministro Dias Toffoli no julgamento da medida cautelar na ADI 4451 (ABERT x Presidente da República), cujo seguinte excerto, embora longo, permito-me transcrever, porque verdadeiramente paradigmático (extraído do sítio virtual do STF, [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)):

Tenho convicções arraigadas sobre o problema da metodologia de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais e de suas restrições. Trabalho com conceitos que não se enquadram no neopositivismo e no neoconstitucionalismo. Ainda estou convencido da utilidade dos antigos conceitos de lógica formal de matriz neokantiana, que, por muito tempo, inspiraram os debates jusfilosóficos. O juiz deve ser um fiel seguidor das regras, obviamente atualizado por conceitos modernos da Hermenêutica contemporânea, especialmente a de índole constitucional.

Ao legislador é que se devem atribuir as margens de conformação, a ponderação de valores na elaboração das normas, porque resultantes de um debate democrático, pluralista, sujeito às críticas, às marchas e contramarchas da vida em sociedade e da arena partidária.

Tenho muito receito da **principiolatria**, que, no início deste novo século, parece substituir a antiga **legislatría**. Fala-se hoje em uma nova figura jurídica a **legisprudência**, um direito nascido da mescla – muitas vezes espúria – entre as **fontes democráticas da atividade legislativa** e a **criação jurisprudencial livre**. Esse papel de agente ponderador, que escolhe entre valores, deve ser **primordialmente** cometido ao Legislativo. O juiz pode e deve interpretar o Direito com referência a valores. Isso não é mais posto em causa. No entanto, não se pode usar dos **princípios** como meio de substituição da vontade geral da lei pela vontade hermética, esotérica de um juiz, que, em diversas situações, busca modelos teóricos para ajustar exteriormente as conclusões internas a que ele chegou por meios obscuros e de impossível sindicância por critérios de aferição universal.

[...]

Essa restrição a um direito fundamental **pode e deve ser feita primordialmente pelo legislador**. Não é adequado supor que haveria pré-condicionamento ao legislador e ampla deferência ao juiz para restringir

<sup>5</sup> GRAU, Eros Roberto. Ainda o Direito Posto e o Direito Pressuposto ou Marx, Sartre e Charles de Gaulle. **Direito e Marxismo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 370-371.

direitos fundamentais, apenas porque o magistrado atua no caso concreto e sob circunstâncias de fato. O legislador goza da legitimidade democrática. É eleito. Submete-se aos constrangimentos do processo eleitoral, às quizílias partidárias, às contradições do Parlamento, às pressões organizadas e ao risco permanente de ser exautorado da vida pública, por meio da censura periódica de seus representados nas urnas. Negar-lhe essa prerrogativa é atrofiar o Estado Democrático de Direito.

Toda restrição ao direito fundamental é uma forma de se criar obstáculos à realização plena de um princípio, como adverte **Robert Alexy** (Op. cit. p.300-307). E a isso deve corresponder uma atuação fundamentada, por cuidar de norma restritiva. Mas esse espaço existe. É o **espaço para conformação do legislador ordinário**. É frequente, nesse sentido, a presença de reservas explícitas (*Gesetzvorbehalte*) que se identificam pela terminologia clássica “nos termos da lei”, “na forma da lei” ou “conforme a lei”.

[...]

O presente caso, Senhores Ministros, tem a oportunidade de nos permitir fazer o inadiável debate sobre **o método e a técnica de restrição de direitos fundamentais**.

Não pode a Corte simplesmente criar uma metodologia baseada em **afirmações solenes e em juízos morais carregados de retórica**, mas que não revelam a transparência dos motivos reais de suas próprias conclusões. É essa a crítica que modernos constitucionalistas como **Cass Sunstein** têm suscitado e que merecem nossa reflexão.

A força e a influência dessas palavras são incontestáveis. Essas ilações foram feitas por um integrante da Suprema Corte preocupado com a perda da força normativa da Constituição pelo possível surgimento de uma jurisprudência cuja metodologia, na expressão do Ministro, esteja **baseada em afirmações solenes e em juízos morais carregados de retórica, mas que não revelam a transparência dos motivos reais de suas próprias conclusões**.

Dessarte, com essas breves considerações sobre os riscos democráticos representados pelo desrespeito aos limites e possibilidades semânticos do texto normativo, passo a examinar os dois – já enunciados – casos de ativismo judicial objeto deste estudo.

### **3 HIPÓTESE PRETORIANA DE EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO FISCAL PELA PRESCRIÇÃO SEM INÉRCIA DO ESTADO**

Há, como adiantado no início da exposição, uma tendência fortíssima na jurisprudência gaúcha a dar uma interpretação – diga-se assim – “emancipatória” ao artigo 174 do Código Tributário Nacional, para nele incluir-se, como hipótese de decretação de prescrição da pretensão tributária, o fluir do prazo de cinco anos contados da data da citação da parte executada sem ter a Fazenda Pública conseguido a satisfação do crédito tributário.

Eis a ementa de um precedente recentíssimo a ilustrar essa concepção da Corte de Justiça do RS (tirado do sítio virtual [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)):

REEXAME NECESSÁRIO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ISSQN. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. OCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. I - O prazo prescricional é de 5 (cinco) anos e transcorre a partir da constituição definitiva do crédito tributário, conforme previsto no art. 174 do CTN. Tal prazo é interrompido com a citação válida do devedor. II - **Em sede de execução fiscal**, a inércia da parte credora em promover os atos de impulsão processual, por mais de cinco anos, pode ser causa suficiente para deflagrar a prescrição intercorrente, se a parte interessada, negligentemente, deixa de proceder aos atos de impulso processual que lhe compete **ou, mesmo que agindo diligentemente, não obtenha êxito em localizar os bens dos devedores.** II - **Ocorrência da prescrição intercorrente, no caso concreto, pois transcorridos mais de cinco anos após a data da citação do executado, sem que tenha sido satisfeita a obrigação tributária.** SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. (Reexame Necessário Nº 70035967280, Julgado em 30/06/2010)

A justificativa para a medida está no voto que conduziu o julgamento, nestes termos: *Tenho que a sentença de extinção merece ser mantida, pois depois da citação do devedor, não consta nos autos nenhuma outra causa interruptiva da prescrição. E analisando-se a evolução processual, passados muito além de cinco anos da citação dos executados, sem que tenha havido a satisfação do crédito tributário tem-se que reconhecer a prescrição intercorrente. Inexitosas as tentativas de localização de bens penhoráveis do executado, deve ser mantida a sentença, pois o crédito tributário não é eterno.*

Ou seja, a justificativa estaria no fato de que o crédito tributário não é eterno. Porém, essa argumentação, com todo o respeito, não pode ser suficiente, à luz do direito fundamental a uma decisão constitucionalmente adequada (artigo 93, IX, CRFB), para que se extinga a pretensão do Estado de cobrar um crédito público, indisponível por natureza.

Veja-se, pois, o que dispõe o artigo 174 do Código Tributário Nacional, notadamente no seu parágrafo único, inciso I, que aparentemente serviu de anteparo à decisão que, declarando a prescrição, extinguiu a execução fiscal:

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; (Redação dada pela LC 118, de 2005)

[...].

Esse, como se vê, o *texto* legal, o qual se limita a dispor que a pretensão de cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos contados da sua constituição definitiva, bem como que a prescrição interrompe-se pelo despacho do juiz que ordenar a citação. Desse enunciado, todavia, o Tribunal de Justiça extraiu a seguinte *norma*: “passados cinco anos da data da citação do devedor, sem a satisfação do crédito tributário, a pretensão de cobrança extingue-se pela prescri-

ção, independentemente do fato de a Fazenda Pública ter agido diligentemente”.

O ativismo aqui é claro, uma vez ausente fundamentação constitucionalmente aceitável para o sentido dado pelo intérprete ao enunciado normativo. E veja-se que nem a interpretação histórica do instituto da prescrição socorreria essa conclusão, pois desde sempre pressupôs uma inércia, um não-agir.

Para os julgadores, o Estado pode esmerar-se na perseguição de patrimônio penhorável do devedor, impulsionando ininterruptamente o processo de execução, que, ainda assim, o mero transcurso do tempo – o dado eminentemente objetivo do tempo (!) – é capaz de fazer desaparecer um crédito público, como num estalar de dedos.

**Não se perca de vista aqui que se está a tratar de crédito tributário, respaldado pelo princípio da indisponibilidade.** Não pode um magistrado, à revelia das disposições legais, simplesmente decretar que o crédito sob enfoque “desapareceu”, não podendo mais ser cobrado. **Isso, evidentemente, pelo postulado da indisponibilidade do crédito público, exige lei formal e materialmente constitucional para que ocorra.**

O Código Tributário Nacional explicita, em seus artigos 97, inciso V, e 141, o que ora venho de defender:

Art. 97. **Somente a lei** pode estabelecer:

VI - as hipóteses de **exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários**, ou de dispensa ou redução de penalidades.

Art. 141. **O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta Lei, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias.**

Inevitável a conclusão de que o acórdão em comento **simplesmente ignorou esses artigos do CTN e os princípios constitucionais da legalidade e da separação harmônica e funcional do Poder (artigos 2º, 5º, II, e 37 da CRFB).**

A despeito disso, é expressiva a parcela do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul que entende que o Estado tem cinco anos para cobrar seus créditos, contados da citação do executado, e que, passado o lustro, não interessa a conduta processual do ente público, tampouco o fato de inexistir parâmetro normativo a respaldar a sentença, o crédito público estará extinto. É uma corrida contra o tempo. Tão somente isso...

Embora originado de boas intenções, é delicadíssimo esse movimento – ativista – dos juízes para a política pública de gestão tributária no Rio Grande do Sul: cinco anos seria o limite para que o ente político estadual cobre suas dívidas e, assim, recomponha o vilipendiado erário. Transcorrido esse tempo, haveria o



perigo do crédito tributário *eternizar-se*. Numa “ponderação”, portanto, entre o patrimônio do particular e a indisponibilidade do crédito público, passados cinco anos, prevaleceria o primeiro.

**O perigo de esse entendimento jurisprudencial espalhar-se e firmar-se em terrae brasilis é evidente!** Até porque o Superior Tribunal de Justiça, valendo-se da técnica de *juízo de julgamento por amostragem em matéria repetitiva* (artigo 543-C do CPC), pacificou sua jurisprudência no sentido da impossibilidade de aferir-se, na instância especial, a existência ou não de inércia da Fazenda Pública quando decretada a prescrição no curso do executivo fiscal, pois isso implicaria a necessidade de *revolvimento do quadro fático-probatório*, o que é vedado em sede de recurso especial (REsp 1.102.431/RJ). E o Supremo Tribunal Federal, perfilhando entendimento semelhante, já consolidou inexistir *repercussão geral* em uma série de temas relacionados à prescrição intercorrente nas execuções fiscais (RE’s 602.883 RG/SP, 611.231 RG/SP e 583.747 RG/RJ). **Assim, diante das dificuldades de acesso às instâncias superiores ventilando a matéria sob enfoque, a política judiciária de extinção de execuções fiscais por mero transcurso de tempo será decidida unicamente nas instâncias ordinárias, de modo que o ativismo judicial, in casu, não poderá ser resolvido pela sistemática recursal.**

Não se pode esquecer, nessa seara, que a cobrança de tributos **é ainda um dos poucos e combatidos meios de que se pode valer o Estado para cumprir as promessas da modernidade**, consubstanciadas, em sua grande parte, no belíssimo artigo 3º da Constituição da República: *construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*.

Além disso, a prevalecer o entendimento de que o (mero) transcurso do prazo de cinco anos a partir da citação, sem a satisfação da obrigação tributária, é suficiente para decretar-se a prescrição da pretensão executória estatal, haverá um **estímulo maior ainda à sonegação fiscal contumaz**. Ora, o sonegador pagará – ou melhor, não pagará – para ver. Com os ardis cada vez mais sofisticados a sua disposição para esquivar-se da penhora de bens, a fuga do Fisco por apenas cinco anos é relativamente fácil de empreender. E, presente o entendimento jurisprudencial de que se cuida, ainda que o Estado busque incessantemente localizar o paradeiro do sonegador e/ou de seus bens nesse interregno, não obtendo, todavia, sucesso na busca, o tributo não precisará mais ser pago. Aliás, sequer precisará haver provocação do devedor nesse sentido. A jurisprudência gaúcha que alberga a tese ora combatida entende que, nesses casos, a prescrição pode ser declarada até mesmo **de ofício**. Vale trazer à baila mais um exemplificativo julgado em que isso está expressamente dito (também extraído do sítio virtual [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)):



APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPVA. PRESCRIÇÃO. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO “EX OFFICIO”. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. OCORRÊNCIA, NO CASO CONCRETO. I - **O art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei 11.280, de 16.02.2006, autoriza o juiz decretar de ofício a prescrição.** II - Em sede de execução fiscal, a inércia da parte credora em promover os atos de impulsão processual, por mais de cinco anos, pode ser causa suficiente para deflagrar a prescrição intercorrente, se a parte interessada, negligentemente, deixa de proceder aos atos de impulso processual que lhe compete **ou, mesmo que agindo diligentemente, não obtenha êxito em localizar os bens dos devedores. Isso porque o crédito tributário não é eterno.** IV - Com relação à prescrição, verifico a ocorrência da mesma, pois transcorridos mais de dez anos após a data da citação da executada por edital, sem que tenha sido satisfeita a obrigação tributária. APELO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70033437336, Julgado em 11/08/2010)

Com a devida vênia, esse movimento da jurisprudência gaúcha é o caso típico de ativismo judicial que atenta frontalmente contra o princípio democrático. Nele, não só se vem produzindo norma rompedora dos limites do texto legal (artigo 174 do CTN), como se vem decidindo contrariamente a enunciados normativos (artigos 97, inciso V, e 141, também do CTN, que exigem **lei** para estipular as hipóteses de extinção do crédito tributário). Parece, pois, evidente a inconstitucionalidade – por afronta ao Estado Democrático e Direito e ao princípio da separação harmônica e funcional do Poder – desse movimento, o qual representa a **criação judicial** de hipótese relativizadora do princípio da indisponibilidade do crédito tributário.

Dado esse preocupante quadro, não parecem exageradas as críticas feitas ao ativismo judicial por eminentes juristas pátrios (alguns deles citados nesta tese). Nunca devemos esquecer que as ditaduras costumam começar com o sufocamento do Poder Legislativo, onde estão os representantes da vontade popular, eleitos pelo batismo democrático das urnas. E ditaduras nunca costumam ser boas, ainda que bem intencionadas, como seria um regime ditatorial da toga.

#### **4 A FIXAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO TERMO A QUO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL NA DATA DA CITAÇÃO DA SOCIEDADE**

O segundo movimento de ativismo judicial analisado neste estudo é bem aceito, como referido, na mais alta Corte de Direito Infraconstitucional pátria, o Superior Tribunal de Justiça. Para ilustrar em que consiste esta outra hipótese de superação<sup>6</sup> das leis pela jurisprudência, transcreve-se a ementa de recente precedente (tirada do sítio virtual [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)):

<sup>6</sup> Veja-se o termo: “superação”. E não “atualização”, esta que seria o resultado de uma forma legítima e constitucionalmente adequada de interpretação de enunciados normativos, uma vez respeitados os limites do texto.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. SÓCIO-GERENTE. ART. 135, III, DO CTN. PRESCRIÇÃO.

CITAÇÃO DA EMPRESA. INTERRUÇÃO DO PRAZO.

1. **O redirecionamento da execução fiscal contra o sócio-gerente precisa ocorrer no prazo de cinco anos a contar da citação da sociedade empresária**, devendo a situação harmonizar-se com o disposto no art. 174 do CTN para afastar a imprescritibilidade da pretensão de cobrança do débito fiscal. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público do STJ.

2. **A jurisprudência desta Corte não faz qualquer distinção quanto à causa de redirecionamento, devendo ser aplicada a orientação, inclusive, nos casos de dissolução irregular da pessoa jurídica**.

3. Ademais, esse evento é bem posterior a sua citação e o redirecionamento contra o sócio somente foi requerido porque os bens penhorados não lograram a satisfação do crédito. Assim, tratando-se de suposta dissolução irregular tardia, não há como se afastar o reconhecimento da prescrição contra os sócios, sob pena de manter-se indefinidamente em aberto a possibilidade de redirecionamento, contrariando o princípio da segurança jurídica que deve nortear a relação do Fisco com os contribuintes.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1163220/MG, julgado em 17/08/2010, DJe 26/08/2010)

Na hipótese ora comentada, a razão do ativismo é melhormente justificada, porém não deixa de se aproximar daquela que subjaz ao caso do item anterior, oriundo da Corte gaúcha. O principal motivo para ter-se a data da citação da empresa como marco inicial do lustro prescricional da pretensão de redirecionamento da execução fiscal contra o sócio-gerente está na necessidade de **segurança jurídica**, que restaria abalada caso se mantivesse **indefinidamente em aberto a possibilidade de redirecionamento**. **Trata-se de uma implícita ponderação de bens**. Em um extremo estaria a segurança dos contribuintes. No extremo oposto, o direito do Fisco de cobrar suas dívidas. Aquela deveria prevalecer sobre este.

No entanto, *o outro lado da moeda precisa ser desvelado*. O que se quer dizer com isso é que, na realidade, o fator que efetivamente faz o princípio da segurança jurídica soçobrar é o exercício do ativismo judicial. Depois da democracia, a segurança jurídica é o primeiro valor a restar malferido quando o Direito é criado livremente pela jurisprudência. Para uma bela exposição sobre o assunto, recorro a excerto de lição, mais uma vez, do Ministro da Suprema Corte recentemente jubilado, Eros Grau<sup>7</sup>, que também serviu de fundamentação para o voto do Ministro Toffoli na ADI 4451, citado acima. Ao Mestre:

Juízes, especialmente os chamados juízes constitucionais, lançam mão intencionalmente da técnica da ponderação entre princípios quando diante do que a doutrina qualifica como conflito entre direitos fundamentais. Como contudo inexistente, no sistema jurídico, qualquer regra ou princípio a orientá-los a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles, deve ser privilegiado,

<sup>7</sup> GRAU, Eros Roberto. O perigoso artifício da ponderação entre princípios. **Justiça e Cidadania**, n. 108, julho, 2.009, p.16-19.

essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, de modo discricionário, perigosamente. A opção por um ou outro é determinada subjetivamente, a partir das pré-compreensões de cada juiz, no quadro de determinadas ideologias. Ou adotam conscientemente certa posição jurídico-teórica, ou atuam à mercê dos que detêm o poder e do espírito do seu tempo, inconscientes dos efeitos de suas decisões, em uma espécie de “vão cego”, na expressão de RÚTHERS. Em ambos os casos essas escolhas são perigosas.

**O que há em tudo de mais grave é, no entanto, a incerteza jurídica aportada ao sistema pela ponderação entre princípios. É bem verdade que a certeza jurídica é sempre relativa, dado que a interpretação do direito é uma prudência, uma única interpretação correta sendo inviável, a norma sendo produzida pelo intérprete. Mas a vinculação do intérprete ao texto --- o que excluiria a discricionariedade judicial --- instala no sistema um horizonte de relativa certeza jurídica que nitidamente se esvai quando as opções do juiz entre princípios são praticadas à margem do sistema jurídico. Então a previsibilidade e calculabilidade dos comportamentos sociais tornam-se inviáveis e a racionalidade jurídica desaparece.** (grifei)

No caso em análise, o artigo de lei que deveria reger a espécie é também o artigo 174 do CTN, entretanto complementado – e aqui o detalhe – pelo artigo 189 do Código Civil, regra geral sobre a prescrição, de aplicação subsidiária naquilo que não conflitar com as disposições específicas. E, de fato, o artigo 174 do Código Tributário não trata especificamente da prescrição da pretensão de redirecionamento da execução contra os representantes legais da empresa, responsáveis tributários elencados no artigo 135 do CTN. Assim sendo, seria imperioso que o julgador se valesse – diversamente do que faz o STJ, que prefere o ativismo – do texto do Diploma Civil citado. Ei-lo:

Art. 189. **Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição,** nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

Ora, uma vez que a jurisprudência pacificou-se no sentido de que o mero inadimplemento do tributo não caracteriza a “infração à lei” (artigo 135 do CTN) apta a ensejar a responsabilização do sócio-gerente, a violação ao direito do Estado de redirecionar a execução surge com a verificação de outras hipóteses, detectáveis no curso do processo, de violações legais, das quais o exemplo mais corriqueiro é a dissolução irregular da sociedade. Dessa maneira, se, como dispõe o artigo 189 do CCB, *violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição*, a conclusão natural é a de que **o termo a quo do prazo quinquenal para a Fazenda Pública promover o redirecionamento do feito executivo surge na data em que tomou ciência da infração à lei, a qual, na execução fiscal, é comumente a data da dissolução irregular da empresa.**

Todavia, em nome de uma segurança jurídica do contribuinte – **que se prestará, aqui também, apenas para favorecer os sonegadores contuma-**

**zes, os quais se livrarão da responsabilidade pelo pagamento do tributo tão somente com a manutenção de empresas “de fachada” pelo prazo de cinco anos** –, o Superior Tribunal de Justiça preferiu **criar uma norma**, supostamente extraída do texto do artigo-panacéia 174 do Código Tributário.

Como se viu, o *texto* desse artigo se limita a dispor que a pretensão de cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos contados da sua constituição definitiva, bem como que a prescrição interrompe-se pelo despacho do juiz que ordenar a citação. Porém, desse enunciado, o STJ produziu a seguinte *norma*: “prescreve em cinco anos, contados da data da citação da empresa, a pretensão de redirecionamento da execução fiscal contra os sócios-gerentes por infração à lei”.

A criação dessa norma é radicalmente contrária ao princípio da democracia, mormente porque, quanto a este ponto, há lei dispendo expressamente sobre o *thema*, ainda que em caráter subsidiário. Com todo o respeito, não há motivo algum para arredar-se a aplicação do artigo 189 do Código Civil. Aliás, o juiz só estará autorizado a deixar de aplicar uma lei vigente, sem violar o princípio democrático, nos seguintes casos, relacionados por Lenio Luiz Streck<sup>8</sup>:

Dito de outro modo: o acentuado grau de autonomia alcançado pelo direito e o respeito à produção democrática das normas faz com que se possa afirmar que o *Poder Judiciário somente pode deixar de aplicar uma lei ou dispositivo de lei nas seguintes hipóteses*: **a)** quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, vindo a violar uma norma ou princípio da Constituição, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*); **b)** quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, *v.g.*, a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes; **c)** quando aplicar a técnica da interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Neste caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto; o que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado a Constituição; **d)** quando aplicar a técnica da nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto na interpretação conforme há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto ocorre uma *abdução* de sentido; **e)** quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo.

Fora dessas hipóteses, o Poder Judiciário não pode se sobrepor à legislação produzida de acordo com a democracia representativa. Assim, *para negar validade a um dispositivo do CPC* – e, reconhecamos, foi o que, efetivamente,

<sup>8</sup> O STJ e a desistência de recurso. Disponível em [www.ihj.org.br](http://www.ihj.org.br).

o órgão Especial do STJ fez – o Poder Judiciário deve fundamentar essa nulificação constitucionalmente (afinal, quantos princípios constitucionais foram afetados por essa decisão?). Dizendo de outra forma: ou a lei vale ou não vale, *no todo em parte*; ou, ainda, a lei só vale no (novo) sentido que lhe é dado em conformidade com a Constituição (seja por um *maius*, seja por um *minus* de sentido – *p.ex.*, seria o caso de dizer, fundamentadamente, que o dispositivo do art. 501 do CPC só é constitucional se entendido no sentido de, nos casos de recursos afetados ao plenário...etc; *claro que, ao que tudo indica, a argumentação esbarraria na própria Constituição ou na falta da devida parametricidade*); ou, por último, sua validade é alterada em face de outra lei, que lhe é superior, aplicando-se, então, os critérios para a resolução de antinomias (de todo modo – e temos que nos acostumar com isso - sempre se estará, de um modo ou de outro, em face de um ato de jurisdição constitucional). Ou isso, ou teremos que admitir que a) o Judiciário constrói leis; b) a elas se sobrepõe e c) as revoga.

Mas, acrescente-se, não se está aqui a fazer uma ode formalista em favor de uma lei (no caso, o CPC). A questão é bem mais complexa, porque diz respeito ao debate contemporâneo entre democracia e constitucionalismo e ao dilema que dele se extrai: *como controlar o poder de quem decide, para, com isso, evitar que o Judiciário atropele as decisões da vontade geral.* [...].

Basta um simples passar d’olhos pela decisão acima transcrita para se depreender que nenhuma dessas atitudes foi tomada pelos julgadores, até porque nem poderiam fazê-lo, ante a ausência, no caso, das circunstâncias relacionadas por Streck passíveis de ensejarem a não aplicação de uma lei.

Portanto, não se olvide, nesse cenário, de que a *consciência do magistrado*, a sua concepção pessoal do que é justo, **nunca deve se sobrepor às leis e à Constituição**, por mais bem intencionado que seja o ativismo praticado. É dizer: “para o bem ou para o mal”, o ativismo judicial é sempre contrário à democracia.

## 5 CONCLUSÃO. PROPOSIÇÕES OBJETIVAS

À guisa de conclusão, sugiro, como uma tentativa de refreamento dos ativismos judiciais aqui combatidos, a proposição de alterações legislativas.

Além do exercício do direito constitucional de crítica, creio que um acréscimo, pelas vias democráticas, de dois dispositivos no Código Tributário Nacional serviria para resgatar a segurança jurídica e a certeza do Direito nos casos relatados, em que a discricionariedade da consciência subjetiva de justiça vem imperando.

Tendo em vista o teor do artigo 146 da Constituição da República, que exige a edição de lei complementar para *estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária*, penso necessárias as seguintes inovações formais no Código Tributário.

A primeira delas, relacionada ao ativismo judicial realizado pela jurisprudência gaúcha, seria a inserção, no capítulo IV do referido Código – que trata das modalidades de extinção do crédito tributário –, de um novo artigo assim

dispondo: *a lei estadual disciplinará os casos em que os procuradores dos Estados e do Distrito Federal estarão autorizados a desistir das ações de execução fiscal ajuizadas, com a consequente extinção do crédito tributário, não sendo dado ao juiz da causa decretá-la de ofício.*

É claro que poderia haver um detalhamento maior, já ao nível da *norma geral*, a respeito das causas que autorizariam os Procuradores a desistir da cobrança do crédito tributário. Além do que, a redação dessa proposta de alteração legislativa poderia, sem dúvida, ser melhorada em termos de técnica legislativa. Mas, a despeito disso, acredito que uma alteração no Código Tributário com essa *ratio* já serviria para deixar às claras a ilegitimidade do ativismo judicial exercitado no sentido de extinguir execuções fiscais pelo simples transcurso do prazo de cinco anos sem a satisfação da obrigação tributária. Penso ainda que uma inovação legal desse jaez deveria levar em consideração o princípio da indisponibilidade do crédito público sempre com atenção às realidades locais (notadamente para fixação do valor-limite autorizador da desistência), respeitando, assim, a autonomia política dos Estados da Federação. Daí a referência à necessidade de lei **estadual** detalhando as condições em que ocorreria essa extinção do crédito por iniciativa dos Procuradores.

**Aqui vale um importante esclarecimento:** embora a tendência de extinção das execuções fiscais com tal motivação seja um caso, em tese, restrito a âmbito local (Rio Grande do Sul), tenho a convicção de que a alteração do Código Tributário proposta seria útil a todos os Estados-membros. Isso sem considerar a possibilidade de haver a multiplicação do entendimento do Tribunal de Justiça do RS para outras unidades federadas.

Observe-se que esse aperfeiçoamento no ordenamento jurídico se prestaria para **reforçar a participação dos Procuradores de Estado nos rumos da cobrança do crédito tributário, diminuindo, portanto, as possibilidades de agir discricionário do magistrado.** Ora, não há ninguém melhor do que os advogados públicos para aferir, **nos termos de lei estadual autorizativa,** a possibilidade de propor a extinção de uma execução fiscal pelo esgotamento das tentativas de satisfação da obrigação tributária. A transferência dessa iniciativa – já ao nível da lei geral complementar – aos Procuradores seria um meio de valorizar a função que desempenham, bem como se coadunaria perfeitamente com o desenho constitucional da Advocacia de Estado, a quem compete a **viabilização das políticas públicas, nestas evidentemente incluída a política de gestão tributária. O trabalho do juiz** – que também deve ser um curador do princípio da indisponibilidade do crédito público – **ficaria na homologação da desistência,** exercendo um controle da observância dos aspectos formais da atuação do advogado público, de maneira a conferir se a desistência da ação, tal como pretendida, **amoldar-se-ia ao figurino traçado pela imaginada lei estadual autorizativa,** prestando homenagem aos valores democráticos.

Já no tocante à segunda hipótese de ativismo judicial aqui tratada – a fixação do termo *a quo* da prescrição da pretensão de redirecionamento da execução na

data da citação da empresa –, a questão estaria bem equacionada pela regra geral do Código Civil (artigo 189), a qual dispõe que a pretensão e, conseqüentemente, a fluência do prazo prescricional nasce quando violado o direito.

Entretanto, como a jurisprudência não aplica essa regra subsidiariamente à relação jurídica de que se cuida, preferindo “criar” uma nova norma, produzida a partir do texto do artigo 174 do CTN, parece conveniente que esse Diploma Legal (o CTN) disponha expressamente sobre a questão. Daí a outra proposta de alteração legislativa linhas atrás anunciada. Tenho que seria necessária a aprovação de lei complementar adicionando um artigo na seção IV do capítulo IV do Código Tributário Nacional. A redação seria simples. Ei-la: *o redirecionamento da execução fiscal deve ser promovido no prazo máximo de cinco anos, contados da ciência, pelo credor, de um dos atos referidos no caput do artigo 135 deste código.*

Neste ponto, vale a mesma ponderação feita por ocasião da exposição da primeira proposta de alteração legislativa: é perfeitamente possível que seja necessária a mudança na abrangência ou nos próprios termos de um eventual projeto de lei complementar a ser apresentado, visando ao seu aperfeiçoamento.

E isso porque essas propostas de mudanças formais no ordenamento jurídico se tratam, antes de tudo, de provocações no sentido de alertar sobre a imperiosidade da regulamentação legal dos casos objeto dos ativismos judiciais denunciados neste ensaio. Longe estou de pretender fixar uma redação definitiva para um projeto de lei. O motivo maior destes escritos é acender um debate que, segundo penso, não pode mais ser adiado, sob pena de consolidação acrítica de tais ativismos judiciais.

**Sintetizando o exposto neste trabalho, acredito ser possível enunciar-se as seguintes proposições conclusivas:**

**1)** Judicialização e ativismo são conceitos diversos. Aquela é inevitável e, em muitos casos, até mesmo salutar. Este, no entanto, quer seja progressista, quer seja conservador, é sempre ruim para a democracia.

**2)** Um caso alarmante de ativismo judicial a incidir sobre a gestão do crédito tributário advém de uma jurisprudência de vanguarda do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a qual vem entendendo, como hipótese de decretação da prescrição da pretensão tributária, o fluir do prazo de cinco anos a partir da data da citação da parte executada sem que a Fazenda Pública tenha obtido a satisfação do crédito tributário, ainda que atue diligentemente, evitando solução de continuidade no impulsionar do processo.

**3)** Outro caso, não menos espantoso, é sobremodo conhecido, embora não venha sendo tratado como genuína hipótese de ativismo judicial. Diz com a fixação jurisprudencial do termo *a quo* da prescrição da pretensão de redirecionamento da execução fiscal contra os sócios-gerentes na data da citação da sociedade. O nascimento da pretensão e o fluir do lustro prescricional são “obra” da interpretação criativa do artigo 174 do CTN, levada a cabo por juízes.

**4)** Dessa forma, a conclusão simples, porém verdadeira, é a de que, em ambos os casos, a jurisprudência vem atentando contra a democracia e descon-



siderando o princípio da separação harmônica e funcional do Poder, criando normas jurídicas por meio da subversão do sentido e da superação dos limites dos textos legais.

5) Ao final da exposição, foram propostas alterações legislativas no bojo do Código Tributário Nacional. Uma delas para deixar bem vinculada, já no texto dessa lei complementar, a necessidade de edição de lei estadual disciplinadora dos casos em que os procuradores dos Estados e do Distrito Federal estarão autorizados a desistir das execuções fiscais ajuizadas, com a consequente extinção do crédito tributário, em ordem a evitar que fique ao talante do juiz da causa decretá-la de ofício. A outra, para demonstrar que o redirecionamento da execução fiscal deve ser, sim, promovido no prazo máximo de cinco anos, porém contados da ciência, pelo credor, de um dos atos referidos no *caput* do artigo 135 do CTN, e não da data da citação da pessoa jurídica.