

## PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

José Maria Rosa Tesheiner

O Código Tributário Nacional distingue a prescrição da decadência (ou preclusão). Atribui-lhes, entretanto, idênticos efeitos. Uma e outra extinguem o crédito tributário (art. 156, V). E também a obrigação tributária (art. 13, § 1.º). Dessa identificação, quanto à eficácia, resultam as seguintes conseqüências: a) no plano teórico, a verificação de que o Código Tributário Nacional, embora se refira aos dois institutos, apenas toma conhecimento de um (ao contrário do Código Civil, que de ambos conhece, embora mencione apenas a prescrição); b) no plano prático, a afirmação de que o juiz pode declarar, de ofício, a "prescrição" da obrigação tributária, bem como a constatação da ilegalidade do ato administrativo de recusa do fornecimento de certidão negativa, depois de consumada a "prescrição".

Tais conclusões talvez pareçam temerárias. Mas decorrem necessariamente do texto legal, desde que se saiba o que significam **prescrição** e **decadência**. Por estas paragens não nos atrevemos a andar, sem o auxílio e sem a guia dos juristas, daí as numerosas citações que o leitor encontrará. Começemos por aclarar e precisar o conceito de **exceção**.

No processo, pode o réu negar os fatos constitutivos alegados pelo autor; ou admití-los, negando, porém, que o Direito faça deles decorrer a procedência do pedido (defesa substancial direta). Pode opor aos fatos constitutivos, afirmados pelo autor, a existência de outros, modificativos ou extintivos (defesa substancial indireta). Pode também atacar a relação processual (defesa processual).

Num sentido muito amplo, exceção é sinônimo de defesa do réu

"Significa qualquer meio de que o réu se sirva para justificar a demanda de rejeição e, portanto, mesmo a simples negação do fundamento da demanda do autor; também se compreendem, ordinariamente, nesse sentido geral, e por vezes na própria lei, as respostas relativas à regularidade do procedimento" (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, Trad. J. G. Menegale, 2a. ed., S. Paulo, Saraiva, 1965, v. I, p. 334).

Num segundo sentido, que é o do nosso Código de Processo Civil, exceção é qualquer defesa do réu, exceto a substancial direta.

Num terceiro sentido, bem mais restrito, liga-se a exceção ao ônus de alegar. É toda defesa (substancial ou processual) que dependa de declaração de vontade do réu. É a defesa que somente pode ser considerada pelo juiz, se alegada pelo réu. O poder jurídico do demandado, ensina CHIOVENDA, toma o nome específico de exceção nos casos em que se encontra com a sentença de rejeição em relação de condição jurídica, no sentido de que o juiz não poderia rejeitar a demanda por certa razão sem pedido do réu. É o que ocorre quando o pedido de rejeição se funda em fatos que o juiz não poderia jamais levar em conta por ofício, ainda que fossem afirmados pelo autor, mas somente os pode ter em conta se afirmados e invocados pelo réu. (Cf. CHIOVENDA. Op. cit., v. I, p. 333).

"Prescrição", diz PONTES DE MIRANDA, "é a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação" (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, Rio, Borsoi, 1955, t. VI, p. 100). A palavra "exceção" é tomada, aí, em sentido restrito:

"Dependente de ser exercida, a exceção distingue-se dos fatos pré-excludentes, modificativos e extintivos" (PONTES DE MIRANDA. Opus cit., t. VI, p. 10).

"Por mais cumprida e completamente provada que esteja, nos autos, a exceção, se não foi oposta, isto é, alegada como exercício (= comunicação de conhecimento mais comunicação de vontade), nada pode o juiz no sentido de atender a ela" (PONTES DE MIRANDA. op. cit., t. VI, p. 11).

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 61-66, 1972

"Do conceito de exceção é ineliminável que depende do demandado, ou devedor, exercê-la" (Id. ib.). "O depender da vontade do excipiente é-lhe essencial" (Id. ib.).

"Concebida como exceção, como sempre o foi no direito romano, a prescrição aproveita, também, ao devedor, ainda quando ele sabia e sabe que deve. Tal proteção não é *ipso jure*. A exceção pode deixar de ser oposta, o que dá ao seu titular a faculdade de não na opor, — ficando bem, assim, com a sua consciência" (PONTES DE MIRANDA. Op. cit., t. VI, p. 104).

"A exceção de prescrição tem titular, que é o devedor. Só ele pode exercer esse direito. Seria, por isso, absurdo que o órgão de alguma pessoa jurídica, o representante legal, ou os Procuradores das Fazendas pudessem alegar a prescrição das dívidas ativas" (PONTES DE MIRANDA. Op. cit., t. VI, p. 162).

Mas, para que se afirme que a prescrição constitui exceção, é necessário apartá-la dos fatos extintivos do direito:

"O exercício da exceção e a prova dos fatos pré-excludentes, modificativos e extintivos são inconfundíveis; por isso, basta, para esses, que o juiz os encontre provados nos autos, ainda que o réu não os tenha articulado" (grifei). "Não assim quanto à exceção: em vez de fato, o que o juiz tem de encontrar é o exercício do direito do réu, o exercício do *jus exceptio-nis*" (PONTES DE MIRANDA, Op. cit., t. VI, p. 11).

Qual é, então, a eficácia dos prazos prescricionais? Eles não extinguem o direito. Apenas tornam encobrável a eficácia da pretensão.

"Os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrindo a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdure por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade" (PONTES DE MIRANDA, Op. cit., t. VI, p. 101).

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 61-66, 1972

“Quando se diz que “prescreveu o direito” emprega-se elipse reprovável, porque em verdade se quis dizer que “o direito teve prescrita a pretensão (ou a ação), que dele se irradiava, ou teve prescritas todas as pretensões (ou ações) que dele se irradiavam”. Quando se diz “dívida prescrita” elipticamente se exprime “dívida com pretensão encobível (ou já encoberta) por exceção de prescrição”. Muito diferente é o que se passa quando se diz “pretensão prescrita”, ou “ação prescrita”. A pretensão prescrita é a pretensão encobível (ou já encoberta) por exceção de prescrição”. (PONTES DE MIRANDA. Op. cit. t. VI, p. 103).

**Decadência** — define ANTÔNIO LUÍS DA CÂMARA LEAL — é a extinção do direito pela inércia de seu titular, quando sua eficácia foi, de origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado, e este se esgotou sem que esse exercício se tivesse verificado. Entre a decadência, que aniquila, e a prescrição, que apenas paralisa, aponta os seguintes traços diferenciais:

1.º A decadência extingue o direito; a prescrição tem por objeto a ação.

2.º O prazo de decadência começa a correr desde o momento em que o direito nasce; a prescrição, desde o momento em que o direito é violado, ameaçado ou desrespeitado (porque nesse momento é que nasce a ação, contra a qual a prescrição se dirige).

3.º A decadência supõe um direito que, embora nascido, não se tornou efetivo pela falta de exercício; a prescrição supõe um direito nascido e efetivo, mas que pereceu pela falta de proteção pela ação, contra a violação sofrida (LEAL. Antônio Luís da Câmara. *Da Prescrição e da Decadência*, 2a. ed., Rio, Forense, 1959, p. 115-6 e 114).

Seguindo-o e ultrapassando-o, conclui AGNELO AMORIM FILHO:

“Estão sujeitas a prescrição (indiretamente, isto é, em virtude da prescrição da pretensão a que correspondem): — todas as ações **condenatórias**, e somente elas (...); Estão sujeitas a **decadência** (indiretamente, isto é, em virtude da decadência do direito potestativo a que correspondem): — as ações **constitutivas**

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 61-66, 1972

que têm prazo especial de exercício fixado em lei” AMORIM FILHO, Agnelo. **Critério Científico Para Distinguir a Prescrição da Decadência**, in Rev. de Dir. Proc. Civil, S. Paulo, Saraiva, 1962, v. 3a. p. 131).

Em suma: os direitos a uma prestação geram prescrição; os potestativos, decadência. **Quid juris** se, desatendia a pretensão, inicia-se um prazo que a lei expressamente declara extintivo do direito? Em outras palavras, o que mais importa: o efeito ou a natureza do direito?

Definida a prescrição como exceção, o que sobreleva é o efeito e, portanto, há decadência. “As vezes”, diz PONTES DE MIRANDA, tratando do artigo 739, VI, do Código Civil, “o sistema jurídico eleva a prescrição das pretensões à categoria de preclusão” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, Rio, Borsoi, 1957, t. XIX, p. 278).

Tanto a prescrição quanto a decadência supõem o decurso do tempo e a inércia do titular do direito. Mas a prescrição limita-se a tornar encobível a eficácia da pretensão, ao passo que a decadência extingue o direito. A prescrição é uma exceção e, como tal, exige declaração de vontade. O decurso do prazo prescricional outorga ao devedor a faculdade de recusar a prestação (THUR, Andreas von. *Derecho Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1946, v. I, t. I, p. 356). O exercício desta faculdade encobre a eficácia da pretensão. A decadência não é exceção. É fato extintivo de direito. E, por isso, pode ser declarada, de ofício, pelo juiz.

Mas, no Código Tributário Nacional, prescrição não é apenas o poder de paralisar a pretensão. Ela não se limita a excluir o crédito tributário (CTN, art. 175). Extingue-o (CTN, art. 156, V). E extingue também a obrigação tributária (CTN, art. 113, § 1.º). Não se limita a imobilizar braços e pernas. Seus longos dedos comprimem a garganta. Sufocam e matam o direito.

Ora, prescrição que não se limita a tornar encobível a eficácia da pretensão ou que não se limita a extinguir a ação, como ainda preferem ensinar RUBENS GOMES DE SOUSA (*Compêndio de Legislação Tributária*, 2a. ed., Rio, Ed. Financeiras, 1954, p. 85-6) e FÁBIO FANUCCHI (*A Decadência e a Prescrição em Direito Tributário*. In: NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Direito Tributário*, 2a. Coletânea, S. Paulo, Bushatsky, 1971); mas vai além, e extingue o próprio direito e correlativo dever, já não é prescrição. É decadência — este cair de um direito no abismo do nada —. E se é decadência, se é fato extintivo do direito, pode ser declara-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 61-66, 1972

rada, de ofício, pelo juiz. Mais ainda: consumado o prazo preclusivo, impropriamente denominado de prescricional, é ilegal o ato da autoridade administrativa que se recusa a fornecer certidão negativa (CTN, art. 205), porque o débito já não existe.

Na verdade, o Código Tributário Nacional prevê dois prazos preclusivos: surgindo a obrigação tributária, nasce para a Fazenda Pública o direito formativo de constituir o crédito tributário, no prazo de decadência de cinco anos, não sujeito a interrupção ou suspensão (CTN, art. 173); constituído o crédito tributário, a Fazenda Pública tem o direito de haver a prestação tributária, direito que se extingue (prazo de decadência, portanto), decorridos outros cinco anos (CTN, art. 174). Este segundo prazo, impropriamente denominado de prescricional, está, porém, sujeito a interrupção (CTN, art. 174, § único) e a suspensão.

A circunstância, absolutamente acidental, de um prazo admitir, e o outro não, suspensão e interrupção é que, no Código Tributário Nacional, distingue a decadência da "prescrição".

Porto Alegre, 28 de outubro de 1971.