

Antecipação da Tutela em Ação Anulatória de Débito Fiscal

Carlos Ermínio Allievi

*Mestrando em Direito
Processual Civil pela
UNIPAR.*

*Professor Universitário na
UNIPAR.- Campus de Toledo-
PR*

Advogado no Paraná.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A ausência do depósito não impede a apreciação da ação anulatória. 3. A perda do prazo para opor embargos não induz a preclusão na ação anulatória. 4. A Constituição autoriza conceder-se antecipação da tutela em inúmeros casos. 5. A antecipação dos efeitos da tutela deve causar modificação no mundo fático. 6. É desnecessária a instrução exauriente para a concessão da medida. 7. Diferença entre irreversibilidade e satisfatividade. 8. As pessoas de direito público estão sujeitas às regras do art. 273 do CPC. 9. Referências bibliográficas.

RESUMO: A doutrina ainda não estancou as dúvidas quanto a possibilidade de concessão da antecipação da tutela quando o poder público é réu. Neste trabalho estuda-se especificamente sua aplicabilidade na discussão judicial da dívida ativa da fazenda pública, quando o instrumento processual utilizado é a ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta desprovida do depósito preparatório do valor do débito, após proposto o ajuizamento da execução fiscal.

ABSTRACT: The doctrine didn't still finished with the doubts about possibility to concede anticipation of the tutelage, when the government is the culprit. This work study specificaly the applicability in a judicial discussion about Active Debt of Public Finance, when the

processual instrument used is an action of annulation over declaration of debt, this unprovided of preparatory deposit over value of debt, after having protocoled the Execution Fiscal.

PALAVRAS-CHAVE: Antecipação da Tutela, Ação Anulatória, Dívida Ativa, Fazenda Pública, Execução Fiscal, Depósito.

KEY WORDS: Anticipation of the Tutelage, Action of Annulation, Active Debt, Public Finance, Fiscal Execution, Deposit.

1. Introdução

No interesse público, a Lei de Execução Fiscal¹⁰ possibilita ao poder executivo a inscrição em dívida dos débitos tributários. A dívida ativa, que se constitui em ato de controle administrativo da legalidade, goza da presunção de certeza e liquidez.

A cobrança da dívida ativa é feita através de execução fiscal. Tendo o legislador expressamente limitado os instrumentos processuais para discussão da mesma (art. 38 da LEF).

Os embargos à execução são o meio processual eleito pela LEF, como mais apropriado para discutir a dívida ativa, depois da execução fiscal estar ajuizada, não sendo, entretanto, exclusivo. Aqui só nos interessa a discussão da dívida ativa, após estar ajuizada, através de ação anulatória do ato declarativo da dívida, sem o depósito exigido.

Como se verá adiante, a ausência do depósito não suspende a cobrança da dívida ativa, nem desautoriza o poder executivo a manter o nome do devedor nos órgãos restritivos de crédito.

Destarte, neste tipo de ação, nas condições apresentadas, desde que presentes as exigências do art. 273 do CPC¹¹, é cabível a antecipação jurisdicional da tutela.

É o que se demonstrará a seguir.

¹⁰ BRASIL. Lei 6.830, de 22.9.80 (LEF). Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, de 24.9.80.

¹¹ BRASIL. Lei 5.869, de 11.1.73. Institui o Código de Processo Civil.

2. A ausência do depósito não impede a apreciação da ação anulatória

Primeiramente, antes de avançarmos no problema ora proposto, necessário se faz ultrapassarmos algumas barreiras. A primeira delas é a possibilidade ou não de exame pelo poder judiciário da ação anulatória de débito fiscal, após o ajuizamento da execução fiscal, sem o depósito prévio.

Apesar do art. 38 da LEF afirmar que a ação anulatória de débito fiscal deve ser precedida do depósito preparatório do valor que se pretende discutir, acredita-se que a ausência do mesmo não é impeditiva para apreciação da lesão ao direito pelo poder judiciário.

A própria Carta Magna¹² em seu art. 5º, XXXV, garante este direito, nos seguintes termos: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*

CARRAZA¹³, destaca que *todos os contribuintes devem receber da lei meios efetivos para, a qualquer tempo, postular a tutela do Poder Judiciário.*

Alessandro Pace¹⁴, professor da Universidade de Roma, remata: *Quando se alude à 'tutela jurisdicional', como a garantia mais importante dos direitos, o discurso não pode se limitar, obviamente, ao mero 'acesso à jurisdição'.*

Exigir o depósito é o mesmo que obstar a defesa do cidadão, que não tem dinheiro para depositar, nem bens para garantir a execução, na contramão dos princípios que regem o sistema jurídico brasileiro.

Logo, o depósito é uma faculdade e não um dever do contribuinte. Este pode (e não deve) optar pelo depósito para suspender a cobrança.

3. A perda do prazo para opor embargos não induz a preclusão na ação anulatória

¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5.10.88. Diário Oficial da União 191-A, de 5.10.88.

¹³ CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 10.ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 273.

¹⁴ *Apud. Ibid.*

Parte da doutrina acredita que a ausência de ajuizamento dos embargos à execução fiscal, no lapso temporal de 30 (trinta) dias, contados da intimação da penhora, opera a preclusão, também, para a ação anulatória.¹⁵

Não parece ser o melhor entendimento, pois a perda do prazo para opor embargos é um fenômeno interno do processo executivo. Os efeitos da preclusão não podem alcançar outro tipo de ação.¹⁶ A preclusão dentro de uma determinada ação, não tem o condão de impedir o exercício de outra ação prevista pela legislação.

CHIOVENDA¹⁷, há muito afirmou que a preclusão: *'opera esclusivamente nell'interno del processo, nel quale essa si verifica'*.

Os embargos à execução não são o único instrumento processual adequado para discutir a dívida ativa da fazenda pública, aliás, o próprio art. 38 da LEF, isto estabelece. Portanto, o devedor tem o direito de optar pela ação que melhor atender suas necessidades. Ao executado é dado o direito de escolha. Não há uma obrigação de optar-se por esta ou aquela ação, mas uma faculdade.

Admitir-se que a preclusão, nos embargos à execução, atinge outros tipos de ações, hábeis para discutir a dívida é o mesmo que endossar, a contrário *sensu*, a impossibilidade da discussão da matéria em sede de embargos à execução, nos casos em que o contribuinte, v.g., não fez uso do mandado de segurança dentro do prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias.

THEODORO JÚNIOR¹⁸, concluiu seu posicionamento acerca deste tema, nestes termos:

Em suma: 'em razão de execução injusta e não embargada, ao executado está facultada a possibilidade de propor demanda cognitiva autônoma,

¹⁵ ÁLVARES, Manoel et al. *Lei de Execução Fiscal Comentada e Anotada*. 2. ed., rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 279.

¹⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Tutela Cautelar e Antecipatória em Matéria Tributária*. Revista de Estudos Tributário, Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 2, p. 24, jul./ago. 1998.

¹⁷ Apud. *Ibid*.

¹⁸ *Id. Ibid.*, p. 25

visando à obtenção de provimento jurisdicional declaratório ou desconstitutivo do título executivo'.../

Em outras palavras: 'Não há uma obrigação do executado de oferecer embargos, mas apenas uma faculdade'.

A ação anulatória é instrumento processual apto e adequado para o reconhecimento dos direitos do cidadão, tenha ou não decorrido o prazo legal para embargos. Impedir sua utilização, com base em preclusão em outra ação, é excluir a tutela. E, sem ela, não há direito.

GIUSEPPINO TREVES¹⁹, também pensa assim: *Se falta (aos direitos do homem) o seu reconhecimento (do ordenamento jurídico) ou se este é puramente verbal e não é acompanhado de uma tutela efetiva, não têm atrás de si a força do ordenamento jurídico. Se não há remédio, não há direito.*

4. A Constituição autoriza conceder-se antecipação da tutela em inúmeros casos

Todo o direito, constitucional ou não, visa a segurança jurídica. Por sua vez a vida, em inúmeros casos não previstos na lei infra-constitucional, exige providências rápidas e eficazes do judiciário sob pena deste, indiretamente, violar o direito do tutelado e, por conseqüência, o princípio em voga.

Para que se garanta a efetividade da jurisdição é lícito ao aplicador da lei, lançar mão de medidas de caráter provisório, tal como antecipar os efeitos temporais da sentença, desde que o caso concreto assim o exija, mesmo que não exista previsão legal específica, haja vista nosso sistema normativo assim o autorizar. ZAVASCKI²⁰, é enfático ao afirmar a possibilidade da antecipação jurisdicional dos efeitos temporais da tutela, a fim de garantir a efetividade da jurisdição, neste termos:

Isso ocorre também em relação às

¹⁹ Apud. CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 10.ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 247.

²⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 67

situações de conflito entre efetividade e segurança e para elas não há, nem poderia haver, solução previamente estabelecida. Presente situação fática com tais características, caberá ao juiz a tarefa de criar topicamente a regra conformadora. Para isso tem arrimo constitucional e, embora desnecessariamente, também autorização expressa da lei processual ordinária.

A antecipação no tempo dos efeitos da tutela, sem a submissão das partes à morosa solução do litígio, atende mesmo ao princípio de justiça e condiz com a garantia do devido processo legal, nesta linha de raciocínio, THEODORO JUNIOR²¹, diz:

É que em muitas hipóteses a recusa a uma imediata e sumária tutela ao direito subjetivo da parte, com sua submissão forçada a longa espera da solução final do processo, corresponderá a uma verdadeira *denegação de justiça*, o que, de forma alguma, condiz com a garantia do *devido processo legal* programada pela CF.

5. A antecipação dos efeitos da tutela deve causar modificação no mundo fático

A antecipação da tutela, nada mais é que a simples antecedência temporal dos efeitos práticos de futura e possível decisão de mérito definitiva²², não se confundindo com a medida cautelar *strito sensu*, que visa apenas resguardar, enquanto durar o litígio, a situação das partes.

A antecipação da tutela deve ser útil. Para tanto sua natureza deve comportar execução. *Execução em sentido o mais amplo possível: pela via executiva lato sensu, pela via mandamental ou pela ação de execução propriamente dita*²³

A decisão deve causar efeitos no mundo fático, comportando execução imediata.

²¹ THEODORO JUNIOR, *op. cit.*, p. 7.

²² MARINS, James. *Anotação sobre o Cabimento da Antecipação de Tutela em Matéria Tributária*. Revista de Estudos Tributário, Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, p. 45, mai./jun. 1998.

²³ ZAVASCKI, *op. cit.*, p. 83.

6. É desnecessária a instrução exauriente para a concessão da medida

O Magistrado não precisa desvendar as minúcias do processo para conceder a antecipação da tutela, apenas deve verificar se com a antecipação afastará lesão irreparável a uma das partes.

Em decisão da lavra do professor e magistrado AMÉRICO LACOMBE²⁴, o TRF da 3ª Região, assim decidiu:

A finalidade da tutela antecipada é a de afastar situações que, se tivessem que aguardar o julgamento definitivo, poderiam causar um dano irreparável a uma das partes. A lei não dimensiona nem fixa parâmetros ao magistrado para fine sua concessão, exigindo, apenas, preenchimento dos requisitos arrolados no art. 273 do CPC, a saber: a) prova inequívoca do fato alegado; b) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; e c) inexistência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Para se chegar à convicção necessária à concessão da tutela antecipada não necessita o magistrado chegar às profundezas de uma instrução exauriente, uma vez que estas são necessárias aos julgamentos definitivos.

Claro, assim fica que, para se garantir a efetividade da jurisdição não é preciso que o aplicador da norma chegue às minúcias da instrução exauriente, pois somente nos julgamentos definitivos ela constitui requisito de validade.

7. Diferença entre irreversibilidade e satisfatividade

Com a antecipação da tutela, muitas vezes haverá a satisfatividade da causa, podendo o beneficiado fruir, ao menos em parte, do bem da vida reclamado, satisfatividade esta que faz parte da natureza da medidas antecipatórias, porém isto não significa que as conseqüências fáticas não sejam reversíveis. É verdade que em alguns casos as conseqüências são irreversíveis.

Não se pode confundir reversibilidade da decisão no plano jurídico, através dos recursos próprios, com reversibilidade no

²⁴ Apud. MARINS, op. cit., p. 48-49

plano fático. Toda decisão de instância inferior pode ser reversível, mas nem sempre os efeitos práticos desta decisão o são. Portanto, o que não pode ser irreversível são os efeitos fáticos da decisão se, eventualmente, a mesma for reformada no plano jurídico. *A reversibilidade jurídica (revogabilidade da decisão) deve sempre corresponder o retorno fático ao status quo ante*²⁵.

8. As pessoas de direito público estão sujeitas às regras do art. 273 do CPC

As pessoas de direito público, como todas as demais, estão sujeitas às regras do art. 273 do CPC.

Sabe-se que existem algumas restrições e condicionamentos legais a tal concessão, mas são casos muitos específicos, como a vedação de liminar em caso de concessão de vantagens a servidor público, todavia, como regra geral, pode o juiz antecipar a tutela contra o poder público.

Sempre houve a possibilidade da concessão de algum tipo de medida liminar contra o poder público, *a exemplo daquelas expressamente instituídas para o MS (L. 1.533/51, art. 7º,II), para a ação popular (L.4.717/65, art. 5º, § 4º), para a ação direta de inconstitucionalidade (L. 5.778/72, art. 2º) etc.*²⁶, com a antecipação de tutela, apenas e tão-somente, se ampliou o poder geral de cautela. Portanto as vozes contrárias à possibilidade de antecipação da tutela, em desfavor do mesmo, são totalmente dissociadas de uma visão sistêmica do ordenamento jurídico, *data venia*.

THEODORO JUNIOR²⁷, leciona, neste sentido:

Tais objeções, no entanto, não prosperaram pois tanto as medidas cautelares como as antecipatórias têm desígnios que suplantam o terreno das simples formas ou mecanismos procedimentais. Dizem respeito à eficácia plena da tutela jurisdicional, situando-se, por isso mesmo, no nível das garantias fundamentais de acesso à justiça e à segurança jurídica. Inadimiti-las,

²⁵ ZAVASCKI, *op. cit.* p. 97.

²⁶ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 17.

²⁷ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 18.

portanto, quando se acha em risco de inutilização do próprio processo jurisdicional, equivale simplesmente a denegar a justiça, o que se revela intolerável para o sistema das garantias fundamentais asseguradas pela CF.

MARINONI²⁸, não tem dúvidas que a tutela deve ser efetiva, adequada e tempestiva, seja o destinatário desfavorecido (réu), pessoa de direito público ou não, afirmando categoricamente: *Dizer que não há direito à tutela antecipatória contra a Fazenda Pública em caso de 'fundado receio de dano' é o mesmo que afirmar que o direito do cidadão pode ser lesado quando a Fazenda Pública é ré.*

9. Referências Bibliográficas

ÁLVARES, Manoel et al. *Lei de Execução Fiscal Comentada e Anotada*. 2. ed., rev.

amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BRASIL. Lei 6.830, de 22.9.80 (LEF). Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa

da Fazenda Pública e da outras providências. *Diário Oficial da União*, de 24.9.80.

_____. Lei 5.869, de 11.1.73. Institui o Código de Processo Civil.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5.10.88. *Diário Oficial da União*

191-A, de 5.10.88.

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 10.ed. rev. São

Paulo: Malheiros, 1997.

MARINS, James. *Anotação sobre o Cabimento da Antecipação de Tutela em Matéria*

Tributária. *Revista de Estudos Tributário*, Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, mai./jun.

1998.

²⁸ Apud. THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 20.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Tutela Cautelar e Antecipatória em Matéria*

Tributária. *Revista de Estudos Tributário*, Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 2, jul./ago.

1998.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

Recebido em: 13/04/99

Aceito em: 20/05/99