

As Formas de Defesa do Contribuinte - Exceção de Pré-Executividade e os Embargos à Execução Fiscal e seus Apontamentos Jurídicos

Autore: Gustavo Kenner Alcantara

In: Diritto civile e commerciale

Defesa do contribuinte - exceção pré-executividade - embargos à execução

O artigo pontua as formas de defesa do contribuinte em face de uma execução fiscal. Aponta a exceção de pré-executividade como forma de defesa direta pertinente sempre que o executado estiver diante de uma execução fiscal ilegal ou abusiva e desde que o direito seja demonstrável *prima facie*. Acrescenta que, os embargos à execução caracteriza uma forma de defesa do contribuinte, contudo, têm natureza de ação, trazendo ainda muitos apontamentos dispostos na Lei de Execução Fiscal.

A Execução Fiscal e as formas de defesa do contribuinte.

De acordo com o previsto no Preâmbulo do Texto Constitucional a República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito que dentre outros fins, busca assegurar a prevalência do valor Justiça nas relações entre o Estado e os indivíduos de uma determinada sociedade. Desta forma, repudia o poder absoluto estatal ao objetivar a construção de uma sociedade livre e justa.

Na busca de observar sempre os objetivos traçados pela Constituição Federal, o legislador infraconstitucional ao dispor sobre as relações de crédito e débito envolvendo o Poder Público e os

contribuintes, dispôs sobre as formas de executar uma dívida pública, e por outro lado, aludiu as formas de defesas cabíveis à essa Execução Fiscal.

Assim, cabe trazer que o Poder Público para executar seus créditos fiscais não o faz pelas próprias mãos, isto é, cabe ao Poder Judiciário processar a tutela pretendida que decorre de pedido devidamente instruído com documentos que comprovem o direito violado.

O processo executivo fiscal, como é chamado, realiza-se através de atos materiais pré-ordenados à satisfação desse direito que se encontra firmado em certidão de dívida ativa.

Por outro lado, prevê a legislação que a Execução Fiscal será processada da forma menos onerosa ao contribuinte. Por esse motivo, requer-se a observância do devido processo legal, como forma de garantir a segurança jurídica.

O devido processo legal na Execução Fiscal dispõe sobre as formas de defesa do contribuinte no que diz respeito a esta ação. Defesas essas indispensáveis ao equilíbrio entre as partes, como forma de garantir a pessoa do executado e seu patrimônio. Nesta linha de entendimento, exsurtem os princípios do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa e isonomia entre as partes, previstos no Texto Constitucional.

Através do devido processo legal busca-se desconstituir o título executório nulo ou inexistente, podar os excessos e fiscalizar a regularidade do procedimento executivo, vinculando o juízo e as partes na execução.

Contudo, dentro dos limites do devido processo legal, a Lei de Execução Fiscal dispõe de forma determinada de defesa do contribuinte, pela própria peculiaridade do processo executivo.

O processo executivo fiscal dentre outros fins, busca assegurar a satisfação plena do credor e o direito do devedor de ver realizada a execução dentro do devido processo legal.

Em regra, não é permitida a defesa direta como forma de impugnar a execução fiscal.

No processo de execução, o devedor poderá defender-se por meio dois instrumentos: exceção de pré-executividade e embargos à execução fiscal.

A exceção de pré-executividade é conhecida como uma forma direta de defesa, que tem por fim obstar a execução injusta, abusiva ou flagrantemente ilegal.

Esse tipo de defesa não encontra previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, o legislador infraconstitucional em nenhum momento fez qualquer referência nos textos de lei.

Contudo, a jurisprudência e a doutrina aos poucos foram sugerindo e acolhendo esta forma excepcional de defesa.

Importante destacar que a exceção de pré-executividade é cabível quando a defesa estiver relacionada com matéria de ordem pública, como por exemplo, incompetência absoluta, impedimento do juiz, decadência, condições da ação, tendo em vista que, dessas matérias, o juiz tem de conhecer ex officio.

No tocante ao direito material são argüíveis por meio da exceção a prescrição, o pagamento e qualquer outra forma de extinção da obrigação (compensação, confusão, novação), desde que demonstráveis prima facie.

Explicitando o entendimento esposado reforça James Marins:

A exceção de pré-executividade busca discutir a própria legitimidade da execução, seja por questionar os requisitos da execução, seja por questionar a validade do título. Note-se que a matéria atinente à legitimidade pode, e deve, ser conhecida de ofício pelo juiz da causa, por ser de ordem pública e cogente e seu reconhecimento independe de dilação probatória. A presunção e liquidez do título é relativa e não obsta o conhecimento das matérias de ordem pública.⁴

Essa defesa tem cabimento quando dispensável a dilação probatória para a demonstração de que o credor não pode executar o devedor.

Convém esclarecer que ela será argüida por mera petição, que demonstrará os motivos de fato e de direito pelos quais entende o devedor ser incabível ou ilegal a execução fiscal.

A petição deverá estar instruída por documentos comprobatórios do devedor, bem como conter pedido de extinção da obrigação ou alteração do valor da execução. Observa-se que ela deverá ser processada nos autos principais e, uma vez recebida pelo juiz competente, será dado prazo para que o credor, neste caso o Poder Público, se manifeste sobre o incidente.

Contudo, pode a exceção não ser recebida pelo juiz. Neste caso, a decisão que rejeita a exceção tem natureza de decisão interlocutória passível, assim, de agravo de instrumento.

Do contrário, a decisão que acolhe a aprecia a exceção de pré-executividade tem natureza de sentença, passível, agora, de apelação.

Outra forma de defesa do contribuinte, agora com previsão legal, são os embargos à execução fiscal. Esse tipo de defesa encontra-se prevista na Lei 6830/80 que veio substituir o antigo procedimento previsto no Código de Processo Civil.

De plano, ressalte-se que os embargos que têm natureza de ação e visa desconstituir o título executivo cobrado pelo Poder Público assentado na certidão de dívida ativa.

Vale ressaltar que referidos embargos seguem um procedimento específico e possuem regras processuais peculiares e autônomas.

Oportuno lembrar que, exclui-se do âmbito da Execução Fiscal a execução civil fundada em título judicial executivo a favor da Fazenda Pública e, por consequência, também, os embargos movido contra tal título, obedecerão a execução prevista no Código de Processo Civil e não os ditames da Lei de Execução Fiscal.

A Lei de Execução Fiscal em seu artigo 16 dispõe sobre os embargos à execução fiscal, a saber:

“Art. 16: O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:

I - do depósito;

II - da juntada da prova de fiança bancária;

III - da intimação da penhora;

§1°. Não são admissíveis embargos do executado antes da garantia da execução.

§2°. No prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite.

§3°. Não será admitida reconvenção, nem a compensação, e as exceções, salvo as de suspeição, incompetência e impedimento, serão argüidas como matéria preliminar e serão processadas e julgadas com os embargos.”

Os embargos a que se refere este artigo são aqueles dirigidos à desconstituir a dívida ativa junto ao Poder Público. No mérito, geralmente, atacam as causas de existência do crédito e a quantidade em que ele se expressa.

O oferecimento dos embargos dos executados é faculdade que deve ser exercida dentro do prazo assinado pelo legislador, sob pena de preclusão instituída pelo art. 183 do Código de Processo Civil e com consequências previstas no art. 19 da Lei 6.830/80.⁵

Ressalta-se que, o prazo para o ajuizamento dos embargos conta-se trinta dias da data da intimação da penhora, e não da juntada do mandado aos autos da execução ou da carta precatória.

Ocorrendo a intimação pessoal fica dispensada a intimação prevista no artigo 12 da Lei de Execuções Fiscais, ou seja, mediante publicação, no órgão oficial, a teor do previsto na Súmula 190 do extinto TFR, ainda que o executado tenha advogado constituído nos autos.

No tocante a penhora do bem, destaca-se que o registro da mesma no cartório não é pressuposto de validade do ato, mas de oponibilidade dele a terceiros, segundo se depreende do artigo 659, §4º do Código de Processo Civil.

Ainda no que toca a penhora de bens, vale lembrar que a substituição ou ampliação da penhora ou até mesmo no caso de nova penhora, não se reabre o prazo para interposição de novos embargos à execução fiscal, salvo no caso de anulação do processo de execução fiscal.

É curial ressaltar que a garantia da execução é condição sine qua non para a procedibilidade dos embargos à execução fiscal, a teor do que dispõe o §1º do artigo 16 da Lei de Execuções Fiscais.

Neste sentido estabelece o artigo 9º da Lei de Execuções Fiscais:

“Art 9º. Em garantia da execução pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicado na Certidão da Dívida Ativa, o executado poderá:

I - efetuar depósito em dinheiro, à ordem do juízo em estabelecimento oficial de crédito, que assegura atualização monetária;

II - oferecer fiança bancária;

III - nomear bens à penhora, observada à ordem do art. 11; ou

IV - indicar à penhora bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública;

(...)"

Estabelece o artigo 8º, II, da Lei de Execuções Fiscais que efetivada a citação, o executado tem o prazo de cinco dias para efetuar o pagamento da dívida, acrescida de juros, multa e demais encargos previstos na certidão de dívida ativa, ou garantir a execução com uma das modalidades previstas no artigo 9º da Lei de Execuções Fiscais.

A exigência legal de prévia garantia do juízo decorre da responsabilidade patrimonial do executado, conforme estabelecido no artigo 591, do Código de Processo Civil, e tem por fim específico, a evitar que a execução fique frustrada no caso do executado ficar sem patrimônio.

A primeira forma de garantia do juízo é a realização do depósito judicial em dinheiro, que deverá ser feito na Caixa Econômica Federal, quando relacionado com execução fiscal proposta pela União ou suas autarquias, ou no banco oficial da unidade federativa ou, à sua falta, na Caixa Econômica Federal, quando relacionado com execução fiscal proposta pelo Estado, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias de acordo com previsão contida no artigo 32 da Lei em comento.

Havendo a citação e realizado o depósito em dinheiro, tem o executado o prazo de cinco dias para juntar aos autos o referido comprovante de depósito, começando a contar o prazo para a propositura dos embargos a data da realização do depósito e não a partir da sua comprovação nos autos.

Outra forma de se garantir o juízo é através da fiança bancária, porém esse tipo de garantia deve obedecer às condições preestabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional conforme disposto no artigo 9º, §5º da citada lei.

Deverá o executado no prazo de cinco dias de sua citação, juntar aos autos a respectiva carta de fiança,

contando a partir deste momento o prazo para a interposição dos embargos. Não havendo embargos à execução, ou sendo os mesmos rejeitados, o fiador será intimado para, no prazo de 15 dias, pagar o valor da dívida ajuizada, bem como juros e multa de mora e demais encargos, indicados na Certidão da Dívida Ativa, pelos quais se obrigou.

A garantia da execução feita por depósito em dinheiro ou fiança bancária produz os mesmos efeitos da penhora. Disso resulta a irrevogabilidade dessas formas de garantia do juízo, porém observa-se que a fiança bancária pode ser substituída pelo depósito em dinheiro.

A penhora que configura outra forma de garantia do juízo, deve observar a ordem do artigo 11 da Lei de Execuções Fiscais, conforme determina o artigo 9º, III, da mesma lei.

Para melhor compreensão, estabelece o artigo 11 da Lei de Execução Fiscal:

“Art. 11. A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem:

I - dinheiro;

II - títulos da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa;

III - pedras e metais preciosos;

IV - imóveis;

V - navios e aeronaves;

VI - veículos;

VII - móveis e semoventes;

VIII - direitos e ações.

§1º Excepcionalmente a penhora poderá cair sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em plantações ou edifícios em construção.

§2º A penhora efetuada em dinheiro será convertida no depósito de que trata o inciso I do art. 9º.

§3º O juiz ordenará a remoção do bem penhorado para depósito judicial, particular ou da Fazenda exequente, sempre que esta o requerer, em qualquer fase do processo”.

Interessante observar que a penhora realizada pelo artigo mencionado deverá ser feita da forma menos gravosa ao devedor, conforme estabelece os artigos 620 e 716 do Código de Processo Civil.

A ordem de preferência dos bens penhoráveis prevista no artigo acima mencionado é diversa daquela estabelecida no artigo 655 do Código de Processo Civil e não vincula a Fazenda exequente, que a qualquer tempo pode requerer, fundamentadamente, a substituição dos bens penhorados por outros, segundo o seu art. 15, II da Lei de Execução Fiscal.⁶

A Fazenda Pública pode, no entanto, impugnar a nomeação do bem à penhora pelo executado, desde que o faça fundamentadamente. Nesse caso, se o juiz aceitar a impugnação, devolver-se-á o direito de nomeação ao credor, e a Fazenda Pública indicará, independentemente de qualquer gradação, o bem, ou bens, que serão objeto da constrição judicial.

Por fim, no que diz respeito a penhora, o STJ vem entendendo que o prazo para embargos corre ainda que a penhora seja insuficiente, excessiva ou ilegítima.

Quanto ao valor da causa, nos embargos o valor da causa é o mesmo da execução fiscal em que se funda, acrescida de correção monetária e juros de mora.

No ajuizamento dos embargos, a petição inicial deve observar os requisitos do artigo 16, §2º da Lei de Execução Fiscal, ou seja, as provas deverão ser especificadas e os documentos devidamente anexados, neste ponto, a Lei Especial repete o disposto no Código de Processo Civil, nos artigos 276 e 396, elucidando que não haverá oportunidade para novo requerimento de provas dos fatos alegados na inicial.

Saliente-se que na propositura dos embargos à execução não há que se falar em distribuição do feito, uma vez que a competência se firmou pela distribuição da execução fiscal.

Neste tipo de ação não se cogita a hipótese de reconvenção nem para o exequente nem para o executado conforme disposto no art. 16, §3º da Lei de Execução Fiscal.

Após recebimento dos embargos o juiz mandará intimar pessoalmente o procurador da Fazenda Pública embargada para impugnar dentro do prazo legal. Se decorrido este prazo não houver qualquer tipo de impugnação, remeta-se ao disposto na Súmula 256 do Tribunal Regional Federal: “A ausência de impugnação dos embargos do devedor não produz em relação a Fazenda Pública, os efeitos da revelia”.

Impugnados ou não os embargos instaura-se a fase instrutória.

Não se realizará audiência se os embargos versarem sobre matéria de direito ou sendo de direito e de fato a prova for exclusivamente documental, caso em que o juiz proferirá a sentença no prazo de trinta dias.

Ao apontar alguns dispositivos jurídicos e legais sobre as formas de defesa do contribuinte em face de uma execução fiscal, não restam dúvidas de que dentro do sistema jurídico não há que se falar em validade de institutos que não respeitam os preceitos e garantias fundamentais do contribuinte dispostos na Constituição Federal.

Observa-se que, ao longo do texto garantias como o devido processo legal, ampla defesa e contraditório e isonomia entre as partes foram respeitadas pelo legislador infraconstitucional, bem como pela doutrina e jurisprudência.

Por fim, cabe a citação de James Marins:

Não se alegue em defesa dos dispositivos aqui criticados que se trata de prestigiar interesse público: Interesse público é aquele que está conforme a Constituição, pois do contrário não passa de mero arbítrio.

BIBLIOGRAFIA

MARINS, James. Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial). 2ª edição. São Paulo: Dialética, 2002.

FERNANDES, Odmir. CHIMENTI, Ricardo Cunha. ÁBRÃO, Carlos Henrique. ÁLVARES, Manoel. BOTTESINI, Maury Angelo. Lei de execução fiscal comentada e anotada – Lei 6.830. de 22.09.1980. 4ª edição. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

1 Mestra em Direito pela PUC-SP. Advogada inscrita na 13ª Subseccional OAB-MG. carlalohn@ig.com.br

2 Mestrando em Direito pela UFU-CMDIP-FADIR. Advogado inscrito na 13ª Subseccional OAB-MG. gkenner@gmail.com

3 Professor da UFU e da UNESP. Doutor em Direito pela UFSC. Advogado inscrito na 13ª Subseccional OAB-MG. walmott@gmail.com

4 MARINS, James. Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial). 2 edição. São Paulo: Dialética, 2002. p. 599.

5 FERNANDES, Odmir. CHIMENTI, Ricardo Cunha. ÁBRÃO, Carlos Henrique. ÁLVARES, Manoel. BOTTESINI, Maury Angelo. Lei de execução fiscal comentada e anotada – Lei 6.830. de 22.09.1980. 4ª ed. ver. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 276.

6 FERNANDES, Odmir. CHMENTI, Ricardo Cunha. ABRAO, Carlos Henrique. ALVARES, Manoel. BOTTESINI, Maury Angelo. Lei de execução fiscal comentada e anotada, Lei 6.830 de 22.09.1980. p. 212.

<https://www.diritto.it/as-formas-de-defesa-do-contribuinte-excecao-de-pre-executividade-e-os-embargos-a-e-xecucão-fiscal-e-seus-apontamentos-juridicos/>