



## GARANTIA PARCIAL NO AJUIZAMENTO DA AÇÃO ANULATÓRIA

**Daniel F. Barbosa \*** - danielfbarbosa@outlook.com.br

**Eduardo Antonio Pires Munhoz \*\*\*** - prof.edumunhoz@gmail.com

**Resumo:** Partindo do pressuposto que a nossa Constituição Federal, tida como uma constituição cidadã, que foi promulgada depois de um longo período em que o País foi governado pelos militares, e que, portanto, os constituintes da constituição de 1988 tiveram um cuidado muito especial com os chamados direitos e garantias fundamentais positivados no artigo 5º com o status de cláusula pétrea, conforme o inciso IV do §4º, artigo 60, em outras palavras cláusula pétrea é um artigo (dispositivo) do texto constitucional que é estabelecido como regra e que não pode sofrer nenhuma alteração. De acordo com o Direito Constitucional a cláusula pétrea é definida como um dispositivo constitucional imutável<sup>2</sup>, haja vista que no regime anterior não eram respeitados tais direitos. Portanto, não se pode obrigar que o contribuinte só possa ajuizar uma ação anulatória se pagar o valor integral com os juros e correções monetárias, tendo em vista que estaria violando preceitos que foram estabelecidos no artigo 5º.

**Palavras-Chaves:** Débito tributário, garantia parcial, direito fundamental, execução fiscal, ação anulatória

**Abstract:** Assuming that our Federal Constitution, as a constitution of citizenship, was promulgated after a long period in which the country was governed by the military, and therefore the constituents of the 1988 constitution were given very special treatment with

the copyright and fundamental guarantees affirmed in Article 5 with the status of stone clause, as per clause IV of §4, article 60, in other words stone clause is an article (device) of the constitutional text that is allowed as a rule and which cannot undergo no change. According to Constitutional Law, a contractual clause defined as an immutable constitutive provision, there may be a perspective that the previous regime was not respected. Therefore, it is not possible for the taxpayer to be able to assist an annulment action in paying the full amount with interest and monetary corrections, as it may be in violation of the precepts that were prohibited in Article 5.

**Keywords:** Temporary exit; sentence; criminal execution

## 1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo esclarecer e apresentar que o artigo 38 da lei 6,830, de 1980, fere princípios constitucionais a luz do que proclama o nosso artigo 5.º da Constituição Federal, no que concerne a obrigatoriedade do depósito do débito tributário como condição para o ajuizamento de uma ação anulatória.

Com efeito, a respectiva obrigatoriedade, veda o livre acesso do contribuinte ao âmbito do Poder Judiciário; em outras palavras, feririam princípios basilares da nossa constituição, conforme veremos no discorrer deste artigo.

Não obstante, iremos abordar algumas inovações jurisprudenciais que corroboraram com a flexibilidade desta norma, admitindo-se que sejam ajuizadas ações anulatórias sem que se tenha pago o montante integral do débito.

### 1.1 Art. 30 da lei 6.830

Conforme abordado anteriormente, o presente artigo impõe o depósito do débito tributário como condição de procedibilidade da ação anulatória, vejamos:

LEF - Lei nº 6.830 de 22 de Setembro de 1980

Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências.

Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos. (grifo feito pelos autores).

Parágrafo Único - A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

[ . . . ] todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 2011).

O devido processo legal também foi abordado na Convenção de São José da Costa Rica, em seu art. 8º:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 2011).

Humberto Theodoro Júnior (2005), em uma visão constitucional, dispõe que:

A garantia do devido processo legal, porém, não se exaure na observância das formas da lei para a tramitação das causas em juízo. Compreende algumas categorias fundamentais como a garantia do juiz natural (CF, art. 5º, inc.

XXXVII) e do juiz competente (CF, art. 5º, inc. LIII), a garantia de acesso à justiça (CF, art. 5º, inc. XXXV), de ampla defesa e contraditório (CF, art. 5º, inc. LV) e, ainda a de fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 93, inc. IX). (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 23-4).

Com propriedade, Luiz Rodrigues Wambier (1989) orienta que:

Arturo Hoyos entende que o princípio do devido processo legal está inserido no contexto, mais amplo, das garantias constitucionais do processo, e que somente mediante a existência de normas processuais,

justas, que proporcionem a justeza do próprio processo, é que se conseguirá a manutenção de uma sociedade sob o império do Direito. (WAMBIER, 1989, p. 34).

Segundo Dias (2010, p. 125), a viga mestra do devido processo legal é o contraditório, devendo-lhe o Estado-jurisdição irrestrita observância, no exercício da função jurisdicional. Dias (2010) ainda cita uma concepção científica atualizada de Dierle José Coelho Nunes, recorrente nas lições doutrinárias de Comoglio e de Trocker: a “leitura do contraditório como garantia influencia no desenvolvimento e resultado do processo.” Por esta razão se eleva o contraditório à destacada condição de “elemento normativo estruturador da participação”, assegurando-se o “poli-centrismo processual”, segundo o devido processo constitucional. Tais premissas levam o referido doutrinador a concluir que “permite-se, assim, a todos os sujeitos potencialmente atingidos pela incidência do julgado (potencialidade ofensiva) a garantia de contribuir de forma crítica e construtiva para sua formação.” (NUNES, 2008, p. 227)<sup>4</sup>.

Depreende-se, portanto, que o artigo 30 da lei 6.830, de 1980 não respeita o artigo 5.º da nossa constituição, que dispõe sobre os direitos e garantias individuais do cidadão. Portanto, não se deve admitir que as eventuais ações anulatórias ajuizadas em face do sujeito passivo não sejam apreciadas pelo não pagamento do montante integral da dívida

## 1.2 Do acesso à justiça como direito fundamental

O acesso à justiça é um direito fundamental básico do cidadão e imprescindível para o desenvolvimento de um país. A constituição Federal de 1988 consagrou o princípio do acesso à justiça ou inafastabilidade da jurisdição ao estabelecer em seu art. 5.º, inciso XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O dispositivo elucida a ideia da inafastabilidade da apreciação do poder judiciário nenhuma lesão ou ameaça a direito, até quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, conforme proclama o artigo 4º da LINDB.

Ao estatuir que não excluirá a lesão nem a ameaça, o texto constitucional consagra tanto a via repressiva quanto a via preventiva, conferindo o acesso à justiça de modo amplo.

O ilustre professor Marcelo Novelino diz que, “a rigor, a Constituição veda a

possibilidade de exclusão da alegação de lesão ou ameaça, uma vez que o direito de ação não se vincula à efetiva procedência do pedido.” Não há que se confundir, assim, a não prestação ou negativa de prestação com a decisão contrária à pretensão da parte.

A concepção de acesso à justiça tanto pode se dar em sentido formal quando material. O sentido formal é justamente ter a possibilidade de ingressar em juízo para defender um direito de que se é titular. Já o sentido material consiste no acesso a um processo e a uma decisão justa. Assim, o acesso à justiça não é só a possibilidade de ingressar com um pedido no Poder Judiciário, mas, além disso, de obter uma resposta do Poder Judiciário, conferindo a parte um processo e uma decisão que sejam justos. Qualquer tipo de condição ou exigência que impossibilite ou inviabilize o acesso à justiça, seja de forma direta ou indireta, constitui uma exigência que importa em violação ao princípio constitucional do acesso à justiça ou inafastabilidade da jurisdição.

Dessa forma, por constituir ofensa ao princípio do acesso à justiça, não se mostra possível exigir um prévio esgotamento das vias administrativas ou extrajudiciais para que se possa obter o acesso ao Poder Judiciário.

Acerca de tal tema, Pedro Lenza, em sua obra *Direito Constitucional Esquemático*, não mais se admite a jurisdição condicionada, senão vejamos:

Em decorrência do princípio em análise, não mais se admite no sistema constitucional pátrio a chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, conforme se verificava no art. 153, § 4.º, da CF/69, na redação dada pela EC n. 7, de 13.04.1977. Para ingressar (“bater às portas”) no poder judiciário não é necessário, portanto, o prévio esgotamento das vias administrativas.

O ordenamento jurídico pátrio possui normas de caráter processual aptas a servirem de instrumento para realização do direito material. Sabe-se que no Brasil existem inúmeras normas materiais tidas como avançadas, conferindo inúmeros direitos aos cidadãos na consolidação de uma sociedade livre, justa e solidária. Contudo, a existência de tais normas não terão qualquer valor se não houver também um sistema de normas que garantam a aplicação de tais direitos e os façam valer em casos de violação. Nesse contexto que surge a ideia de acesso à justiça, já que se faz necessário a existência de instrumentos que garantam que, em caso de violação ou ameaça de violação de direitos, tem onde o cidadão recorrer, podendo exigir o cumprimento forçado da norma violada ou a sanção pelo seu descumprimento.

Ademais, não basta a existência do sistema apto ao cidadão para que possa recorrer em caso de violação ou ameaça de violação dos seus direitos, mas é imprescindível que a apreciação da violação ou ameaça seja feita de forma justa, ágil,

efetiva, sem macular as garantias do contraditório e da ampla defesa, uma vez que de nada adianta exercer o direito de ação se a resposta for dada tarde demais ou de forma injusta e insatisfatória para resolver o litígio.

Vale dizer que a garantia constitucional do acesso à justiça ou princípio da inafastabilidade da jurisdição se aplica não só a lei, mas a todas autoridades administrativas, de modo que qualquer tipo de exigência que possa inviabilizar o acesso à justiça pode ser tido como uma violação ao princípio, salvo nos casos em que a própria Constituição Federal faz a ressalva, como, por exemplo, no caso de disciplina e competições esportivas em que se exige o prévio esgotamento das instâncias da justiça desportiva, conforme o disposto no art. 217, § 1º da Constituição Federal de 1988.

Portanto, constata-se que a pena vai além do caráter retributivo, ou seja, a pena não se reduz a retribuição do mal do crime com o mal da pena e seu cumprimento. Sendo assim, a saída temporária é essencial para materialização do aspecto especial positivo da pena, na medida em que auxilia a ressocialização do sentenciado preparando-o para o retorno ao convívio social.

## **2. Jurisprudência**

A 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em julgamento da Apelação Cível 0026471-62.2012.4.01.3300/BA, ocorrido em 29 de janeiro, decidiu cassar sentença que havia extinguido embargos à execução fiscal, permitindo o prosseguimento da defesa de pessoa física que deixou de indicar bens à penhora para garantir o juízo.

Na hipótese, o juízo da 18ª Vara da Seção Judiciária da Bahia deferiu os benefícios da assistência judiciária gratuita à embargante, com base na sua declaração de Imposto de Renda da Pessoa Física; porém, extinguiu os embargos à execução por ausência da garantia do juízo, ao entender ser esta condição de procedibilidade da defesa do devedor, conforme o artigo 16, parágrafo 1º da Lei 6.830/1960.

Em apelação, a 8ª Turma do TRF entendeu que, comprovada inequivocamente a insuficiência patrimonial do devedor para garantir o juízo, deve o Poder Judiciário, de forma excepcional, apreciar os embargos à execução fiscal.

A relatora do processo, desembargadora federal Maria do Carmo Cardoso, fundamentando o seu voto, citou acórdão da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, o Recurso Especial 1.127.815/SP, julgado na sistemática dos recursos repetitivos.

No precedente do Superior Tribunal de Justiça, consignou-se que, negar “ao devedor a via dos embargos, implicaria restrição dos seus direitos apenas em razão da sua situação de insuficiência patrimonial”.

De fato, é contraditório o juízo constatar que o devedor não tem condições financeiras para arcar com os custos de um processo e depois extinguir os seus embargos justamente por não haver a indicação de bem a penhora ou garantia do valor discutido.

Trata-se de respeito ao princípio da ampla defesa e da inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário (CF, artigo 5º LV e XXXV), tendo em vista que exigir a garantia judicial de forma draconiana é permitir a defesa somente àqueles que têm condições de fazê-lo. Contudo, apesar de não ter sido explicitado, extrai-se tanto da decisão da 8ª Turma do TTF-1 quanto do precedente do Superior Tribunal de Justiça que, para afastar a exigência da garantia do juízo, o devedor deve provar a sua insuficiência patrimonial no momento da oposição dos seus embargos.

Esses precedentes ampliam a possibilidade de defesa dos devedores de crédito tributário, que, por muitas vezes, por falta de condições financeiras, se veem limitados a utilizar a estreita via da exceção de pré-executividade como único meio de defesa em face de uma execução fiscal

A jurisprudência tem evoluído no sentido de que mesmo sendo parcial a penhora é cabível o processamento e julgamento dos embargos à execução, como forma de proteção ao contraditório e ampla defesa.

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECEBIMENTO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL COM PENHORA INSUFICIENTE. ARTIGO 16, §

1º, DA LEI N 6.830/80. – A lei de execuções fiscais estabelece como condição de admissibilidade dos embargos de devedor a segurança do juízo por meio da penhora sem a exigência de que o valor dos bens

constritos seja maior ou igual ao débito exequendo. - Agravo de instrumento improvido. (TRF 4ª Região

– AG 23935 PR 2004.04.01.023935-7 – DJ 29/09/2004 PÁGINA: 580)

Há decisões que vão além. São aquelas hipóteses em que fora realizada a garantia parcial e o devedor não dispõe de outros bens para garantia integral do juízo. Nesse sentido, cabem os embargos do executado, mesmo com a garantia parcial.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA INSUFICIENTE. POSSIBILIDADE DE RECEBIMENTO DOS EMBARGOS, TENDO EM VISTA A AUSÊNCIA DE OUTROS BENS OU VA-

LORES DE PROPRIEDADE DA EMBARGANTE. A penhora parcial do valor executado não impede o recebimento dos embargos à execução, mormente quando inexistente prova da existência de outros bens passíveis de penhora, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa em caso de insuficiência da condição financeira para garantia do juízo. Ademais, a Lei de Execuções Fiscais prevê, no inciso II de seu art. 15, a possibilidade de reforço da penhora insuficiente, em qualquer fase do processo. APELO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70067976100, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 21/01/2016).

Frise-se que mesmo que o contribuinte executado não tenha bens para reforçar a penhora, a comprovação inequívoca de tal fato garante o direito a oposição de embargos à execução, como forma de garantir o acesso ao Poder Judiciário e o exercício do contraditório e ampla defesa.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA INSUFICIENTE. VALOR ÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE DE

RECEBIMENTO DOS EMBARGOS. – A penhora parcial do valor executado, via de regra, não impede o recebimento dos embargos à execução, quando existente prova da insuficiência financeira e de outros bens passíveis de penhora. É inaceitável, no entanto, o recebimento dos embargos quando a penhora recai sobre valor ínfimo, porquanto não configura segurança do juízo.

– “Conquanto a insuficiência patrimonial do devedor seja justificativa plausível à apreciação dos embargos à execução sem que o executado proceda ao reforço da penhora, deve ser a mesma comprovada inequivocamente” (Resp 1.127.815/SP, julgado sob o rito do art. 543-Cdo CPC), situação que não encontra amparo nos autos. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. (Apelação Cível Nº 70064483746, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 27/04/2015).



Como se pode ver, as garantias fundamentais do contraditório e ampla defesa não podem ser mitigadas pela busca por maior arrecadação por parte do Estado. O direito de defesa deve ser protegido pelo Judiciário, sob pena do Estado arrecadatário substituir o Estado de Direito, cabendo os embargos à execução como instrumento de defesa processual ainda que não tenha ocorrido a garantia integral, desde que comprovada a hipossuficiência do executado.

### 3. Conclusão

Depreende-se, portanto, ante todo o exposto que a garantia do débito para o ajuizamento de uma ação anulatória deveria ser considerada inconstitucional, tendo em vista que fere princípios importantes do nosso ordenamento jurídico, não devendo ser admitido tal modalidade de garantia para que efetuado o pagamento de um débito fiscal.

### 4. Referências

- DIAS, R.B.C. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado** - 16ª Ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.
- NOVELINO, M. **Direito constitucional**. 6 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.
- SOARES, L.R.N. Ofensa ao devido processo constitucional pelo cerceamento de defesa oriundo do indeferimento da prova testemunhal na Justiça do Trabalho. **JUS.COM.BR**. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72317/ofensa-ao-devido-processo-constitucional-pelo-cerceamento-de-defesa-oriundo-do-indeferimento-da-prova-testemunhal-na-justica-do-trabalho> Acessado em: 03 nov. 2019
- THEODORO JÚNIOR, H. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no Direito Processual Civil. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 80, n. 665, p. 11–22. 1991.

---

\* Daniel F. Barbosa: é aluno do curso de Direito da ATHON Ensino Superior Sorocaba.

\*\* Eduardo Antonio Pires Munhoz: é advogado e professor do curso de Direito da ATHON Ensino Superior Sorocaba.