DARLAN BARROSO
MARCO ANTONIO ARAUJO JUNIOR
COORDENADORES

PRÁTICA FORENSE

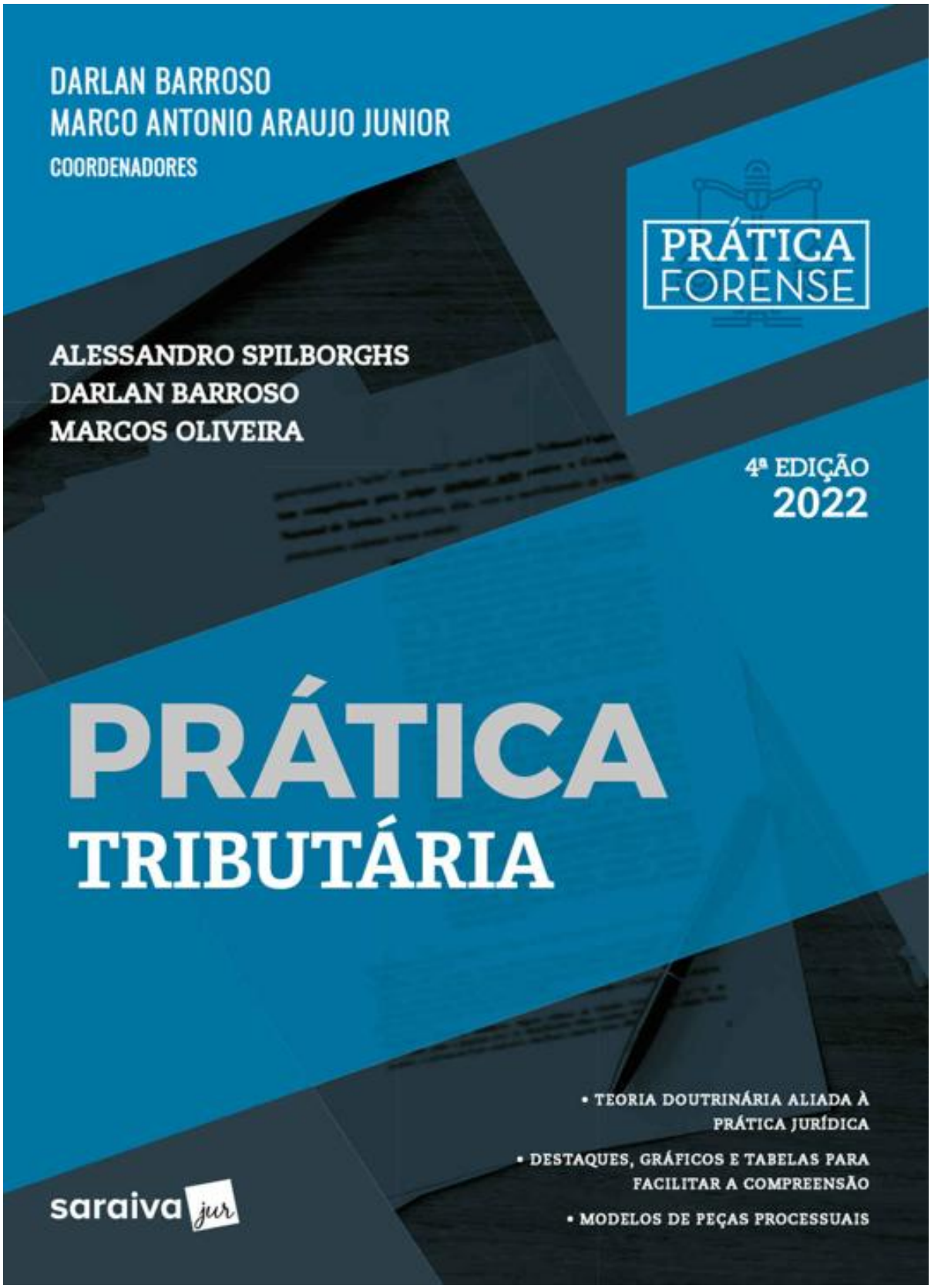
ALESSANDRO SPILBORGHS
DARLAN BARROSO
MARCOS OLIVEIRA

4ª EDIÇÃO
2022

PRÁTICA TRIBUTÁRIA

- TEORIA DOUTRINÁRIA ALIADA À PRÁTICA JURÍDICA
- DESTAQUES, GRÁFICOS E TABELAS PARA FACILITAR A COMPREENSÃO
- MODELOS DE PEÇAS PROCESSUAIS

saraiva jur


DARLAN BARROSO
MARCO ANTONIO ARAUJO JUNIOR
COORDENADORES
PRÁTICA FORENSE
ALESSANDRO SPILBORGHS
DARLAN BARROSO
MARCOS OLIVEIRA
4ª EDIÇÃO
2022
PRÁTICA
TRIBUTÁRIA
• TEORIA DOUTRINÁRIA ALIADA À PRÁTICA JURÍDICA
• DESTAQUES, GRÁFICOS E TABELAS PARA FACILITAR A COMPREENSÃO
• MODELOS DE PEÇAS PROCESSUAIS
saraiva jur

Av. Paulista, 901, 3º andar
Bela Vista – São Paulo – SP – CEP: 01311-100

SAC | sac.sets@saraivaeducacao.com.br

Direção executiva	Flávia Alves Bravin
Direção editorial	Ana Paula Santos Matos
Gerência editorial e de projetos	Fernando Penteado
Novos projetos	Dalila Costa de Oliveira
Gerência editorial	Isabella Sánchez de Souza
Edição	Daniel Pavani Naveira
Produção editorial	Daniele Debora de Souza (coord.) Cintia Aparecida dos Santos Carolina Mihoko Massanhi
Arte e digital	Mônica Landi (coord.) Camilla Felix Cianelli Chaves Claudirene de Moura Santos Silva Deborah Mattos Guilherme H. M. Salvador Tiago Dela Rosa
Projetos e serviços editoriais	Daniela Maria Chaves Carvalho Emily Larissa Ferreira da Silva Kelli Priscila Pinto Klariene Andrielly Giraldi
Diagramação	Markelangelo Design e Projetos Editoriais
Revisão	Ivone Rufino Calabria
Capa	Tiago Dela Rosa

Produção do E-pub Guilherme Henrique Martins Salvador

ISBN 9786553622036

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

S756p Spilborghs, Alessandro

Prática Tributária / Alessandro Spilborghs, Darlan Barroso, Marcos Oliveira ; coords. Darlan Barroso, Marco Antonio Araujo Junior. – 4. ed. – São Paulo : Saraiva- Jur, 2022. (Coleção Prática Forense)

EPUB 192 p.
ISBN 978-65-5362-202-9 (Impresso)

1. Direito Tributário. 2. Processo Tributário. 3. Prática Tributária. 4. OAB. 5. Exame de Ordem. I. Barroso, Darlan. II. Oliveira, Marcos. III. Araujo Junior, Marco Antonio. IV. Título. V. Série.

2021-4729

CDD 341.39
CDU 34:336.2

Índices para catálogo sistemático:
1. Direito Tributário 341.39
2. Direito Tributário 34:336.2

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Saraiva Educação. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

Data de fechamento da edição: 3-1-2022

Olá!

Você acaba de adquirir uma obra da Saraiva Educação no formato ePub. Nossa equipe preparou algumas dicas muito legais para tornar sua experiência de leitura ainda melhor. Então, caso seja seu primero livro digital, aproveite e leia esse pequeno resumo.

É muito fácil acessar os recursos: toque no meio ou no topo da tela de seu app/e-reader e as opções vão aparecer.*

Veja alguns recursos que indicamos:

Consultar o sumário

O sumário pode ser acessado a qualquer momento. Para isso, use o sumário externo. No ícone ☰ é possível acessar todos os capítulos sem precisar voltar para as páginas iniciais do livro.



Alterar fonte



Um dos melhores recursos do epub é a alteração da fonte. Tocando no ícone Aa você poderá escolher uma fonte de sua preferência, além de aumentar ou diminuir o tamanho, deixando a leitura mais confortável.

Alterar layout e luminosidade

Ainda no menu de fonte, temos as opções de mudança de layout e luminosidade. No layout, é

possível alterar as margens do livro, o espaçamento do texto e o alinhamento dos parágrafos. Já na luminosidade, alteramos o brilho, possibilitando a leitura mesmo em lugares com muita iluminação.



Fazer buscas



A famosa lupa vai te ajudar a fazer buscas sempre que necessário. Caso precise encontrar alguma palavra ou trecho, toque no ícone  e digite sua busca.

Anotar trechos

O epub possui a opção de anotar e destacar trechos do livro para que possa ser acessado depois. Para isso, basta tocar e arrastar, do início até o final do trecho, para criar uma anotação. Também é possível compartilhar nas redes sociais, caso esteja conectado a elas.



Acesso a outras opções do menu



No menu, há várias outras opções que podem ser úteis para você. Nele você tem acesso aos trechos que destacou e também aos trechos mais destacados por outros leitores, além de informações do livro e compartilhamento do

progresso de leitura, entre outros. Toque no ícone ⋮ e veja o que pode ajudar na sua leitura.

* Os ícones podem variar de acordo com a plataforma usada. Procure sempre por algum semelhante ao que indicamos.

Sumário

Sobre os Coordenadores

Apresentação da Coleção Prática Forense

I - Ações de iniciativa do contribuinte

1. Introdução

2. Como determinar a ação cabível

3. Procedimento de cobrança e ação específica para cada etapa

4. Ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária

4.1. Descrição do instrumento

4.2. Onde propor a ação

4.3. Termos e expressões utilizados na peça

4.4. Fundamentação

4.5. Possibilidade de antecipar os efeitos da tutela

4.6. Possibilidade de a ação acompanhar depósito em dinheiro

4.7. Hipóteses de cabimento

4.8. Efeitos

4.9. Prazo

4.10. Valor da causa

4.11. Ação declaratória versus mandado de segurança

4.12. Síntese da estrutura

4.13. Fluxograma

4.14. Pontos-chave

4.15. Passo a passo

4.16. Questão comentada

4.17. Modelo de Ação Declaratória

5. Ação anulatória de débito fiscal

5.1. Descrição do instrumento

5.2. Competência

5.3. Terminologia

5.4. Fundamentação

5.5. Possibilidade de pedir a tutela provisória

5.6. Hipóteses de cabimento

5.7. Efeitos

5.8. Prazo

5.9. Valor da causa

5.10. Ação anulatória versus mandado de segurança

5.11. Depósito como pressuposto da ação

5.12. Depósito como faculdade do contribuinte

5.13. Depósito e consignação em pagamento

5.14. Síntese da estrutura

5.15. Fluxograma

5.16. Pontos-chave

5.17. Passo a passo

5.18. Questão comentada

5.19. Modelo de Ação Anulatória

6 Mandado de segurança

6.1. Descrição do instrumento

6.2. Competência

6.3. Terminologia

6.4. Fundamentação

6.5. O pedido de medida liminar

6.6. Liminar e Tutela Antecipada

6.7. Hipóteses de cabimento

6.8. Mandado de Segurança versus Ação Declaratória

6.9. Mandado de Segurança versus Ação Anulatória

6.10. Efeitos

6.11. Prazo

6.12. Autoridade coatora

6.13. Síntese da estrutura

6.14. Fluxograma

6.15. Pontos-chave

6.16. Passo a passo

6.17. Questão comentada

6.18. Modelo de Mandado de Segurança

7. Ação de consignação em pagamento

7.1. Descrição do instrumento

7.2. Competência

7.3. Terminologia

7.4. Fundamentação

7.5. Hipóteses de cabimento

7.6. Efeitos

7.7. Prazo

7.8. Depósito judicial e valor da causa

7.9. Síntese da estrutura

7.10. Fluxograma

7.11. Pontos-chave

7.12. Passo a passo

7.13. Questão comentada

7.14. Modelo de Consignação em Pagamento

8. Ação de repetição de indébito

8.1. Descrição do instrumento

8.2. Competência

8.3. Terminologia

8.4. Fundamentação

8.5. Hipóteses de cabimento

8.6. Efeitos

8.7. Prazo

8.8. Valor da causa

8.9. Repetição de tributos que repercutem na cadeia econômica

8.10. Declaratória e Repetição

8.11. Compensação

8.12. Síntese da estrutura

8.13. Fluxograma

8.14. Pontos-chave

8.15. Passo a passo

8.16. Questão comentada

8.17. Modelo da Ação de Repetição do Indébito

9. Embargos à execução

9.1. Descrição do instrumento

9.2. Competência

9.3. Terminologia

9.4. Fundamentação

9.5. Hipóteses de cabimento

9.6. Efeitos

9.7. Prazo

9.8. Valor da Causa

9.9. Síntese da estrutura

9.10. Fluxograma

9.11. Pontos-chave

9.12. Passo a passo

9.13. Questão comentada

9.14. Modelo de Embargos à Execução

10. Exceção de pré-executividade

10.1. Descrição do instrumento

10.2. Competência

10.3. Terminologia

10.4. Fundamentação

10.5. Hipóteses de cabimento

10.6. Efeitos

10.7. Prazo

10.8. Valor da causa

10.9. Síntese da estrutura

10.10. Fluxograma

10.11. Pontos-chave

10.12. Passo a passo

10.13. Questão comentada

10.14. Modelo de Exceção de Pré-executividade

II - Ação de iniciativa do Fisco

1. Medida Cautelar Fiscal

1.1. Aspectos gerais

1.2. Procedimento da Medida Cautelar Fiscal

1.3. Tempo de eficácia da Medida Cautelar Fiscal

1.4. Características da Medida Cautelar Fiscal

2. EXECUÇÃO FISCAL

2.1. Aspectos gerais

2.2. Os sujeitos e o objeto no Processo de Execução Fiscal

2.2.1. Sujeito ativo

2.2.2. Sujeito passivo

2.3. Objeto

2.4. Requisitos da petição inicial para a propositura da Ação de Execução Fiscal

2.5. Prazo para a propositura da ação executiva

2.6. A penhora na Execução Fiscal

2.7. A citação do executado

2.8. Características da Execução Fiscal

2.9. Requisitos para a propositura da ação executiva

III - Recursos

1. Aspectos práticos gerais

1.1. Como identificar que a peça é um recurso na prática tributária

1.2. Pronunciamentos judiciais

1.3. Atos x recursos

1.4. Situações peculiares

1.5. Questões práticas comuns a todos os recursos

1.6. Recurso adesivo – art. 997 do CPC

1.7. Efeito suspensivo nos recursos

1.8. Recursos nos Juizados

1.9. Recursos em Mandado de Segurança

1.10. Recursos em Exceção de Pré-Executividade

2. Apelação

2.1. Aspectos gerais

2.2. Esqueleto da Apelação

2.3. Modelo de Apelação

2.4. Efeito suspensivo em Apelação

2.5. Modelo de pedido de efeito suspensivo em Apelação

3. Embargos de declaração

3.1. Aspectos gerais

3.2. Modelo de Embargos de Declaração

4. Agravos

4.1. Aspectos gerais

4.2. Agravo de Instrumento

4.2.1. Cabimento

4.2.2. Efeito Suspensivo ou Tutela Antecipada Recursal?

4.2.3. Modelo de Agravo de Instrumento

4.3. Agravo Interno

4.3.1. Modelo de Agravo Interno

4.4. Agravo em Recurso Especial e Extraordinário

4.4.1. Modelo de Agravo em Recurso Especial e Extraordinário

5. Recursos no STJ e no STF

5.1. Aspectos gerais

5.2. Recurso Ordinário Constitucional

5.2.1. Aspectos gerais

5.2.2. Modelo de Recurso Ordinário Constitucional

5.3. Recurso Extraordinário

5.3.1. Aspectos gerais

5.3.2. Modelo de Recurso Extraordinário

5.4. Recurso Especial

5.4.1. Aspectos gerais

5.4.2. Modelo de Recurso Especial

5.5. Embargos de Divergência

5.5.1. Aspectos gerais

5.5.2. Modelo de Embargos de Divergência

Referências

Sobre os Coordenadores

DARLAN BARROSO

Advogado. Doutorando em Processo Civil pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UNIMES. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Cofundador do MeuCurso Inteligência e Tecnologia Educacional. Professor de Processo Civil nos cursos preparatórios para o Exame de Ordem e Concursos do MeuCurso. Coordenador do Curso de Pós-graduação em Direito Processual Civil da UniDomBosco. Autor e Coordenador de diversas obras jurídicas pela Saraiva Educação.

MARCO ANTONIO ARAUJO JUNIOR

Advogado. Professor e Sócio-fundador do MeuCurso OAB|Concurso|Pós. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos. Especialista em Direito das Novas Tecnologias pela Universidad Complutense de Madrid. Diretor Adjunto da Comissão Permanente de Marketing do BRASILCON. Atuou como Conselheiro Seccional da OAB/SP (2013/2015 e 2016/2018), Presidente da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/SP (2013/2015 e 2016/2018) e Membro da Comissão Nacional de Defesa do Consumidor do Conselho Federal da OAB (2013/2015 e 2016/2018). Foi Membro do Conselho Municipal de Defesa do Consumidor do PROCON PAULISTANO. Atuou também como Presidente da Associação Nacional de Proteção e Apoio ao Concurso Público (ANPAC) de 2015/2016 e 2017/2018 e atualmente atua como Vice-Presidente (2019/2021). Foi Professor, Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica, Coordenador Acadêmico e Diretor do Curso de Direito da UNIBAN/SP;

Professor e Coordenador do Curso Prima/SP; Professor e Diretor Acadêmico da Rede LFG; Professor, Coordenador da Graduação e Pós-graduação da Faculdade Damásio; Vice-Presidente Acadêmico, Diretor Executivo do Damásio Educacional; e Diretor Acadêmico do IBMEC/SP. É Autor e Coordenador de obras na Saraiva Educação.

Apresentação da Coleção Prática Forense

Apresentamos a coleção *Prática Forense*, agora consolidada pelo selo Saraiva Jur. Um projeto gráfico moderno e atualizado, proporcionando uma leitura mais agradável com a inclusão de quadros-resumos, destaques e modelos, facilitando a fixação e o aprendizado dos temas mais recorrentes em concursos e exames.

Com a aplicação do conhecimento e da didática de professores experientes e especializados na preparação de candidatos para concursos públicos e Exame de Ordem, os textos refletem uma abordagem objetiva e atualizada, essencial para auxiliar o candidato nos estudos dos principais temas da ciência jurídica.

Essa coleção propicia ao candidato o aprendizado e uma revisão completa, pois terá à sua inteira disposição material totalmente atualizado, de acordo com as diretrizes da jurisprudência e da doutrina dominantes sobre cada tema.

Esperamos que a coleção *Prática Forense* continue cada vez mais a fazer parte do sucesso profissional de seus leitores, celebrando suas conquistas e construindo carreiras.

Darlan Barroso

Marco Antonio Araujo Junior

Coordenadores

I

Ações de iniciativa do contribuinte

1. INTRODUÇÃO

O princípio da legalidade é basilar ao Direito Tributário, primeiro, tendo em vista as conquistas no decorrer de anos da História e, segundo, porque, por se tratar de uma relação entre Estado e cidadão que envolve o pagamento de tributos, a prestação somente poderia ser caracterizada como compulsória quando regulada por lei. Assim, pode-se dizer que o Estado tem o direito de exigir tributos e o cidadão tem o dever de pagá-los. Consequentemente, os contribuintes cumprirão sua obrigação, desde que, claro, a cobrança venha pautada em lei.

Não se pode esquecer, no entanto, que o poder legiferante, ao criar o veículo (lei), deve observar os limites que a Lei Maior impõe e, obviamente, a hierarquia tende a ser obedecida, sob pena de ferimentos a princípios constitucionais.

Se a própria lei deve obedecer aos limites constitucionais ao ser estruturada, o que se dirá a respeito dos atos praticados pela Administração Pública. Estes, por lógica, observam a legalidade e serão praticados apenas quando a lei assim estipular e dentro de determinados limites. Temos aí qualificada a vinculação da cobrança tributária aos ditames legais, exatamente conforme exigido pelo Código Tributário Nacional (CTN):

> Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção a ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Observe como o texto amarra e destaca as expressões:

- prestação compulsória;
- instituída em lei; e
- mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Assim, se o Fisco exige de um contribuinte ou de um grupo de contribuintes um tributo que não foi veiculado por lei, ou a lei pelo qual adveio não observou as limitações constitucionais, essa cobrança não deve prosperar.

Contudo, o problema surge quando o Fisco persiste em cobrar. Nesse caso, o contribuinte (que em princípio tem obrigação de pagar um tributo) se recusará a fazê-lo, refletindo um conflito de interesses: de um lado, o Fisco, que pretende receber o tributo; de outro, o contribuinte, que se opõe ao pagamento. Não é possível ver as duas pretensões satisfeitas; portanto, verifica-se uma pretensão resistida, exsurgindo-se a lide.

Para solver o problema, o cidadão tem a sua disposição o Poder Judiciário, o qual deve ser provocado por aquele que tem legitimidade para fazer um pedido. Entretanto, a fim de ver seu pedido apreciado pelo Estado-juiz, o cidadão precisa utilizar o instrumento hábil, qual seja, o processo. É ele que será formado a partir de uma pretensão resistida, e seu desenvolvimento obedecerá a uma série de regras predefinidas.

Assim, serão delineadas nesta obra, especialmente, as ações de iniciativa do contribuinte, como a declaratória, a anulatória, o mandado de segurança, a consignação em pagamento, a repetição do indébito e os embargos à execução fiscal. Avançaremos também em apontamentos

relacionados à fase recursal, oferecendo base, inclusive, para a elaboração das diversas espécies de recursais, iniciando pela apelação e alcançando até mesmo os recursos Especial e Extraordinário.

2. COMO DETERMINAR A AÇÃO CABÍVEL

Uma vez que deparamos com um contribuinte que já nos informa que não quer pagar determinado tributo ou que o Fisco está cobrando muito mais do que devia e, claro, ele só quer pagar o valor adequado, então acabamos de identificar qual é sua *pretensão*.

Indubitavelmente, o contribuinte pode apresentar outros interesses. Por vezes o pagamento de um tributo foi efetuado quando não precisaria ter sido feito; então a pretensão será conseguir o dinheiro de volta. Pode acontecer de o Fisco se recusar a receber o pagamento de um tributo alegando restrições administrativas; nesse caso, o contribuinte, apesar de querer extinguir o crédito tributário, não tem êxito em razão de obstáculo imputado pela administração pública. A pretensão, portanto, é de pagar.

Para escolher como acionar o Poder Judiciário e esperar por uma decisão que vá ao encontro dos interesses de seu cliente, o advogado deve dar três passos:

1. Pretensão: identificar, mediante todas as informações que o contribuinte fornece, qual é o real interesse dele e daí buscar a exata pretensão.

2. Causa de pedir: caracterizada a pretensão, verificar quais as razões, os motivos que levam aquele contribuinte a, por exemplo, não querer pagar dado tributo, ou querer pagar um valor mais baixo. Corresponderá essa etapa ao desenvolvimento da tese jurídica.

3. Pedido: após o passo anterior, é hora de levar em conta a pretensão do contribuinte e pensar no pedido adequado a ser feito ao juiz que dará solução à causa. Lembre-se de que o pedido deve ser desenvolvido de uma forma que atenda precisamente à primeira etapa. O pedido deve estar

alinhavado com a pretensão, sendo condizente com os interesses do contribuinte.

O trinômio acima apresentado (Pretensão, Causa de Pedir e Pedido) é essencial para a escolha da peça, determinação da tese jurídica e elaboração do pedido a fim de atender aos interesses a serem protegidos.

Preenchida essa etapa caberá agora identificar quais as ações que atendem cada uma das possíveis pretensões.

Pretensão de NÃO PAGAR ou PAGAR MENOS: a maioria das peças atende a intenção do contribuinte que não concorda com a exigência tributária. Nessa hipótese, pensaremos em qualquer uma das peças abaixo:

- Declaratória;
- Anulatória;
- Mandado de Segurança;
- Embargos à Execução; e
- Exceção de Pré-Executividade.

Para resolver a pretensão de PAGAR: uma única peça deverá ser buscada e desenvolvida quando o contribuinte, a rigor, concorda com a cobrança tributária, porém em razão de obstáculos criados pela Administração Pública não consegue fazê-lo ou quando mais de um ente federado exige o mesmo tributo:

– Consignação em Pagamento.

Por fim, a pretensão de RESTITUIR: é caso no qual já existe o pagamento do tributo, o crédito tributário está extinto, porém o contribuinte percebe ter realizado um pagamento totalmente indevido ou maior que o devido, logo seu interesse é que a Fazenda Pública devolva esses valores:

– Repetição do Indébito.

3. PROCEDIMENTO DE COBRANÇA E AÇÃO ESPECÍFICA PARA CADA ETAPA

Para identificar a ação que deve ser desenvolvida para atender aos interesses do contribuinte é imprescindível conhecer todo o procedimento de cobrança tributária, pois apenas com essas informações será possível determinar com precisão a melhor medida judicial.

Assim, não nos aprofundaremos em discussões doutrinárias ou jurisprudenciais sobre cada uma dessas etapas, ao contrário, seguiremos e utilizaremos a linha de cobrança indicada pelo Código Tributário Nacional e suas expressões.

Nascimento da cobrança: o tributo "nasce" em razão da prática do fato gerador, fato esse que apenas reflete numa obrigação tributária, desde que a ação praticada pelo contribuinte coincida com a hipótese de incidência descrita em lei.

Em outras palavras a lei descreve a situação hipotética que uma vez acontecida no mundo real (ou seja, praticada pelo contribuinte), por consequência gera a incidência do tributo. Ex.: ICMS. Hipótese de incidência – operação relativa à circulação de mercadoria. Comerciante de um pequeno supermercado de bairro vende seus produtos para a vizinhança. Sobre a venda do produto incide o ICMS, gerando a obrigação do comerciante em pagar o imposto.

A cobrança tributária: uma vez praticado o fato gerador, em razão de lei o contribuinte vê-se obrigado a pagar o tributo correspondente, sabe ele que esse é o seu dever. Por outro lado, é direito do Fisco receber, cabendo a ele constituir o crédito tributário por meio da prática do lançamento. Ex.: IPTU. O fato gerador acontece no 1º dia de janeiro de cada ano. A partir daí cabe à Administração Pública cobrar o imposto lançando o tributo e constituindo o

crédito. Essa situação é visualizada pelo "carnê do IPTU" a partir do qual o contribuinte terá prazo para recolher o imposto.

Quando o tributo não é pago. Cobrança judicial: após constituído o crédito tributário pelo lançamento, a rigor, é aberto prazo de 30 (trinta) dias para a realização do pagamento. Caso este não aconteça e o contribuinte também não ofereça nenhuma impugnação administrativa, então estará aberto o caminho para a Fazenda Pública cobrar judicialmente por meio da da propositura de uma Execução Fiscal. Porém é importante lembrar que a via executiva deve estar fundamentada em um título executivo, o qual, nesse caso é conquistado a partir do momento em que aquele crédito tributário que deixou de ser pago é inscrito em dívida ativa, possibilitando a extração da certidão de dívida ativa. Esta certidão corresponde ao título executivo extrajudicial que a Fazenda Pública precisa para então instaurar a Execução Fiscal.

Observe o gráfico do procedimento:



Em resumo são três grandes etapas que se destacam:

Primeiro: da prática do fato gerador até o lançamento. Nesse trecho, as ações possíveis são:

- Declaratória – para a pretensão de NÃO PAGAR.
- Mandado de Segurança – para a pretensão de NÃO PAGAR.
- Consignação em Pagamento – para a pretensão de PAGAR.

Segundo: da prática do lançamento até a propositura da execução fiscal. Nesse trecho, as ações possíveis são:

- Anulatória – para a pretensão de NÃO PAGAR.
- Mandado de Segurança – para a pretensão de NÃO PAGAR.
- Consignação em Pagamento – para a pretensão de PAGAR.

Terceiro: a partir da propositura da Execução Fiscal o contribuinte que se preocupa dela se defender terá como opção:

- Embargos à Execução: para a pretensão de NÃO PAGAR e desde que exista garantia do juízo (penhora do patrimônio, por exemplo).
- Exceção de Pré-Executividade – para a pretensão de NÃO PAGAR e desde que não exista a garantia do juízo (o problema informa que o executado não possui recursos financeiros, nem patrimônio conhecido, por exemplo).

Por fim, se em qualquer uma dessas etapas estiver informado que o pagamento foi feito ou que o crédito tributário está extinto, então o contribuinte que buscar a RESTITUIÇÃO dos valores indevidamente recolhidos terá a sua disposição: Repetição do Indébito .



4. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA

4.1. *Descrição do instrumento*

A ação declaratória de relação jurídico-tributária é um exemplo de ação de conhecimento cuja natureza, obviamente, é declaratória e, conforme disposição do Código de Processo Civil, pode ser caracterizada como positiva ou negativa, servindo tanto uma como a outra às incontáveis situações que poderemos vislumbrar envolvendo o Direito Tributário.

Diz-se primeiramente ação positiva quando sua propositura busca a confirmação de um direito, a existência de um direito, o que se evidencia naquelas oportunidades em que o contribuinte almeja que o juiz reconheça presentes os vários requisitos para a fruição de um benefício ou incentivo fiscal, tal qual uma isenção, uma moratória ou até mesmo um parcelamento. Nessa condição, a ação será a mesma (declaratória), porém terá um viés positivo.

Por outro lado e ainda mais comum quando envolvido o Direito Tributário, temos a ação declaratória negativa, medida essa que, diferentemente da hipótese descrita acima, traz como principal objetivo afastar uma obrigação, confirmar a inexistência de um dever, a inexistência de uma relação jurídico-tributária. Exatamente por essa característica que a ação declaratória costuma ser reconhecida como ação antiexacional, pois resguardará o contribuinte da cobrança tributária, desde que a exigência não esteja ainda formalizada pelo lançamento.

4.2. *Onde propor a ação*

Definida a escolha pela ação declaratória porque o lançamento ainda não aconteceu ou porque não há nenhuma notícia sobre auto de infração, resta necessário descobrir o foro competente, ou seja, determinar o local

onde será proposta a ação e a seguir identificar se caberá ao Juiz de Direito ou Juiz Federal julgar a questão.

A ação declaratória deve ser proposta no foro do domicílio do autor da ação, portanto devemos buscar as informações pertinentes ao endereço do contribuinte (que é o autor da ação). E para reconhecer qual o juiz competente para o julgamento caberá apenas observar qual tributo estará sob discussão: se tributo de competência da União, então a ação será proposta na Justiça Federal, se o questionamento é sobre tributos estaduais ou municipais, então Justiça Estadual.

4.3. *Termos e expressões utilizados na peça*

Para cada peça existem termos e expressões que certamente devem constar em seu desenvolvimento. No caso da declaratória, as pessoas envolvidas pela ação são as partes, a forma de dirigir a peça ao juiz deve acompanhar uma técnica profissional também e inclusive no pedido é natural observar uma redação mais apurada que não deixará dúvidas acerca do que se pretende proteger.

Assim, em resumo, temos:

Contribuinte do tributo: identificado como *autor* da ação.

Ente federado que exige o tributo (Fazenda Pública): identificado como *réu*.

Como se referir ao juiz responsável pelo julgamento: *vossa excelência*.

Como dirigir a ação ao juiz: o termo utilizado para “apresentar” a ação é o verbo *propor*.

Como denominar a ação: *ação declaratória* (não precisa discriminar se é uma declaratória positiva ou negativa, pelo pedido realizado será possível perceber essa característica).

Como identificar a descrição do que aconteceu: dos *fatos*.

Como identificar as razões e fundamentos legais e jurídicos: do *direito*.

Quais expressões devem constar no pedido: declarar a inexistência de uma relação jurídico- tributária (quando a declaratória for negativa) ou declarar a existência das condições legais para a fruição do benefício fiscal (quando a declaratória for positiva).

4.4. *Fundamentação*

O Direito Tributário não possui um código com suas regras processuais próprias, logo são aplicadas as disposições do Código de Processo Civil (CPC). Por se tratar a declaratória de uma ação de iniciativa do contribuinte, então consiste ela em uma petição inicial, devendo observar os requisitos indicados no art. 319 do CPC.

Combinado a esse dispositivo é peculiar à declaratória o art. 19 do CPC:

> Art. 19. O interesse do autor pode limitar-se à declaração:
>
> I – da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica;
>
> II – da autenticidade ou da falsidade de documento.

Ação Declaratória	
POSITIVA	NEGATIVA
• Existência de uma relação jurídica • Autenticidade de um documento	• Inexistência de uma relação jurídica • Falsidade de um documento

A Ação Declaratória é utilizada por quem pretende se prevenir de um iminente lançamento tributário, de modo que será o contribuinte, repisamos, quem deverá ter a iniciativa de intentá-la junto ao Poder Judiciário.

Além disso, conforme dispõe o Código Tributário Nacional, é possível **requerer a antecipação dos efeitos da tutela** também na Declaratória (requerendo a concessão de uma tutela provisória), a fim de suspender a exigibilidade do crédito tributário que está por ser constituído.

4.5. *Possibilidade de antecipar os efeitos da tutela*

Por força do art. 300 do CPC, é possível requerer ao juízo a tutela de urgência (o que se traduz no art. 151 do CTN como tutela antecipada), pois, muitas vezes, o contribuinte não pode correr os riscos inerentes a uma cobrança fiscal até que seja prolatada a decisão definitiva.

Dessa forma, cabe ao autor da ação requerer a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, convencendo o juiz da autenticidade da alegação por meio de prova inequívoca, demonstrando ainda o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, bem como indicando não haver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Embora a ação declaratória corresponda a uma ação intentada antes da constituição do crédito tributário, portanto em também momento anterior ao lançamento, o pedido de tutela de urgência para, entre outras razões, suspender a exigibilidade do crédito tributário não só é viável, como fundamental.

Suposta incongruência pode ser aventada, pois, como poderia pedir para suspender a exigibilidade do crédito tributário se este sequer encontra-se constituído? Reafirmamos a possibilidade e a corrente necessidade de se pedir a tutela justamente objetivando a suspensão do crédito tributário, haja vista corresponder a uma medida preventiva que implicará segurança ao contribuinte, tendo em vista a iminência do lançamento.

Com isso são duas as conclusões:

a) A concessão da tutela de urgência não impede a constituição do crédito tributário. Não é causa de suspensão nem interrupção do prazo decadencial para o órgão administrativo competente promover o lançamento. Portanto, ainda que haja tutela de urgência favorável ao contribuinte, pode e deve o lançamento ser efetuado a fim de constituir o crédito tributário, representando o único meio para impedir o decurso do prazo de decadência.

b) Com a tutela concedida, ainda que o crédito seja constituído, nascerá ele com sua exigibilidade suspensa. Impedida estará também a autoridade administrativa de promover qualquer outro procedimento de cobrança como a lavratura de um auto de infração ou mesmo a inscrição em dívida ativa.

> **Muita atenção:** a concessão da tutela de urgência não impede a constituição do crédito tributário por meio do lançamento, mas evita que o crédito constituído desenvolva seus efeitos normais, vez que sua exigibilidade encontra-se suspensa. E ainda assegura ao contribuinte, enquanto vigente a tutela, tenha contra si lavrado auto de infração.

Sugestão de redação genérica hábil para fundamentar o pedido de tutela de urgência, independentemente da matéria sob discussão:

(**Texto introdutório para o tópico da Tutela de Urgência**): A presente medida tem por objetivo assegurar os interesses do postulante de modo emergencial, uma vez que o requerimento principal é carecedor da observância do devido processo legal e, portanto, custará decurso de tempo que o autor desta ação entende implicar sério risco ao seu direito que aqui defende.

Diante da premissa e fundado nas vigentes regras do processo civil, vale-se o postulante da medida protetiva que autoriza o magistrado a antecipar os efeitos da tutela pretendida no pedido exordial.

Para tanto se faz necessário levar ao convencimento do julgador a presença dos requisitos necessários e suficientes para a concessão da tutela provisória pretendida.

(**Parágrafo para o quesito da verossimilhança da alegação – art. 300, *caput*, do CPC**): Primeiramente expõe e comprova-se serem suas alegações certeiras e irrefutáveis do ponto de vista legal e constitucional, cumprindo, portanto, o requisito da existência da prova inequívoca da autenticidade de seus questionamentos, nos termos do caput do art. 300 do Código de Processo Civil.

(**Para justificar o receio de dano irreparável ou de difícil reparação – art. 300, *caput*, do CPC**): Concomitante ao requisito acima, é impossível olvidar que, se a medida não for de imediato concedida, temerário será aguardar até a decisão final do juiz, posto que há probabilidade imensurável de o direito sofrer grave violência, o que implicará circunstâncias que, se recuperáveis ao tempo da sentença, o trabalho de retificação para o *status quo* será de esforço hercúleo e extremamente dispendioso.

(**Para a comprovação da reversibilidade da medida – art. 300, § 3º, do CPC**): Por fim, porém não aquém em escala de importância quando comparado aos requisitos anteriores, crê-se que a concessão da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional em absolutamente nada viola, sequer prejudica os interesses da Fazenda Pública, haja vista restar preservado à ré o direito de inscrever o crédito tributário em dívida ativa, supedâneo bastante para a propositura da execução fiscal, caso o autor desta demanda sucumba em suas pretensões e apesar disso insista em não satisfazer o crédito tributário.

(**Parágrafo conclusivo, encerrando o tópico e destacando a eficácia da medida**): Reunidos os requisitos acima expostos, aguarda o postulante seja concedida a tutela de urgência, ensejando a partir de então a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, V, do Código

Tributário Nacional, bem como assegurando desde já ao contribuinte a certidão positiva com efeitos de negativa, consoante art. 206 do mesmo diploma legal.

4.6. *Possibilidade de a ação acompanhar depósito em dinheiro*

Sem dúvida, o ingresso da ação com o pedido de tutela provisória é o meio mais recorrente de utilização, afinal não implica nenhum ônus ao contribuinte autor na demanda, como também é capaz de conferir a suspensão do crédito tributário e por consequência garantir a obtenção de certidão positiva com efeitos de negativa.

Entretanto para que o efeito acima decorra é imprescindível que o juiz conceda a medida antecipatória. Observe que o mero pedido de tutela provisória não suspende a exigibilidade do crédito. A suspensão só acontece com a concessão da tutela e esta, por sua vez, dependerá de o juiz estar convencido da presença dos requisitos legais (art. 300 do CPC).

Assim, alternativa à tutela, ainda que subsidiariamente, é o depósito em dinheiro, pois este também assegura a suspensão da exigibilidade e a obtenção de certidão de regularidade fiscal. A fragilidade dessa alternativa está em onerar o contribuinte interessado. Insta lembrar que apenas o depósito integral e em dinheiro tem o condão da suspensão e da regularidade destacadas, em conformidade com a Súmula 112 do Supremo Tribunal Federal.

Logo, havendo menção expressa à impossibilidade de depósito, falta de recursos financeiros do contribuinte, devemos afastar a busca por essa alternativa.

A partir do momento que o depósito no montante integral independe da concessão do juiz embora onere substancialmente a condição do contribuinte, sugerimos em primeiro lugar requerer a concessão da tutela de urgência e caso não seja este pedido deferido, a autorização do magistrado

para efetuar o depósito equivalente ao montante da dívida, garantindo os mesmos efeitos, segundo o art. 151, II c/c o art. 206 do Código Tributário Nacional.

4.7. *Hipóteses de cabimento*

As matérias mais comuns discutidas no bojo de uma ação declaratória são:

- para a declaração de certeza da inexistência de uma obrigação tributária, principal ou acessória;
- para o reconhecimento do direito subjetivo a crédito fiscal pelo respectivo valor corrigido;
- para que se declare que inexiste relação de débito e crédito;
- para confirmar o direito a um benefício fiscal (isenção, anistia, remissão, desconto, parcelamento).

4.8. *Efeitos*

Haja vista as características da declaratória conforme disposto no art. 19 do CPC, dois são claros os efeitos da ação:

- **Reconhecimento de um direito**. Exemplo: ação proposta para assegurar ao contribuinte o direito a conseguir uma anistia ou um parcelamento.
- **Afastar uma exigência tributária**. Exemplo: contribuinte encontra-se na iminência de sofrer a cobrança de um tributo instituído sem observar o princípio da anterioridade.

Independentemente do que se busca, a declaratória sempre terá como objetivo impedir a cobrança tributária, lembrando-se, por outro lado, que sua mera propositura não evita o lançamento, nem mesmo se acompanhada

do da concessão da tutela provisória. Contudo quando da procedência do seu pedido o contribuinte, aí sim, estará com seus direitos resguardados ou livre de qualquer obrigação.

A Declaratória desacompanhada de depósito ou de pedido de tutela de urgência não suspende a exigibilidade do crédito. Portanto, os requisitos para assegurar ao contribuinte sua regularidade fiscal são a demonstração da prova inequívoca da verossimilhança da alegação, o receio de dano irreparável ou de difícil reparação e a prova de reversibilidade da medida, posto que o juiz convencido da presença deles concederá a antecipação dos efeitos da tutela. Assim, mesmo que o tributo seja lançado, estará ele com sua exigibilidade suspensa.

4.9. *Prazo*

Conforme frisado logo no início deste capítulo, a declaratória deve vir sempre antes do lançamento. Termos sinônimos a lançamento são auto de infração, notificação de lançamento ou mesmo auto de infração e imposição de multa (AIIM). Havendo dúvida acerca da constituição do crédito, existindo dúvida sobre a existência ou não do lançamento, então melhor seria partir para a impetração do Mandado de Segurança, pois seu cabimento pode acontecer antes ou após o lançamento.

Portanto, não existe um prazo fixado pela lei para se valer da declaratória. A ação pode ser proposta a qualquer tempo desde que antes da formalização do crédito tributário (lançamento).

4.10. *Valor da causa*

O valor da causa deve ser **equivalente ao montante do benefício** que o autor pretende ver assegurado. Como a ação é proposta antecipadamente ao crédito tributário, portanto, antes do lançamento, não é possível afirmar que

o valor da causa deve corresponder ao montante do lançamento, afinal este simplesmente ainda não aconteceu.

Vale lembrar que para os casos de tributos com vencimentos mensais, o valor da causa deve coincidir com o montante de uma prestação anual (12 vezes o valor do tributo – art. 292, § 2º, do Código de Processo Civil).

4.11. *Ação declaratória versus mandado de segurança*

Em regra, **a ação declaratória pode ser substituída pelo mandado de segurança preventivo** quando se tratar de violação ou ameaça de violação a direito líquido e certo ocasionado por autoridade no exercício de função pública e, nesse caso, será a melhor opção. No entanto, é importante trazer à baila os casos em que será obrigatória a impetração do mandado de segurança e os casos em que não será possível fazer tal substituição.

Deve-se **SEMPRE impetrar mandado de segurança** quando o enunciado solicitar ao examinando a medida mais célere, bem como a menos onerosa. Referida ação mandamental é mais célere porque está sujeita a um rito próprio conferido pela Lei n. 12.016/2009, ao contrário da declaratória, que é ação sujeita ao rito ordinário, portanto de procedimento mais demorado e com etapas processuais bem marcadas. Ainda, é uma ação menos onerosa ao contribuinte porque não tem condenação em honorários (apesar de ter custas).

Outrossim, conforme já elucidado, deve-se impetrar mandado de segurança nos casos em que existir dúvida sobre a ocorrência do lançamento (como nos casos em que se menciona apenas a notificação do sujeito passivo), emissão de certidão, liberação de mercadoria ou negativa de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ).

Pense na Declaratória quando não se tratar dos casos acima, mas também:

- se tiver dificuldade em identificar a autoridade coatora (exemplo: cobrança deverá ser feita pelo INSS, ou outra autarquia);
- se houver a necessidade de produção de novas provas.

4.12. *Síntese da estrutura*

Repisando o que já foi indicado, a ação declaratória se apresentará nos moldes descritos pelo art. 319 do CPC por se tratar de petição inicial.

Endereçamento: a ação deve ser dirigida ao juízo competente do foro do domicílio do autor.

Autor: é aquele que promove a ação e pretende obter uma certeza jurídica determinada pelo juízo.

Réu: é aquele que resiste à pretensão do autor, insistindo que o seu direito prevalece sobre o da outra parte.

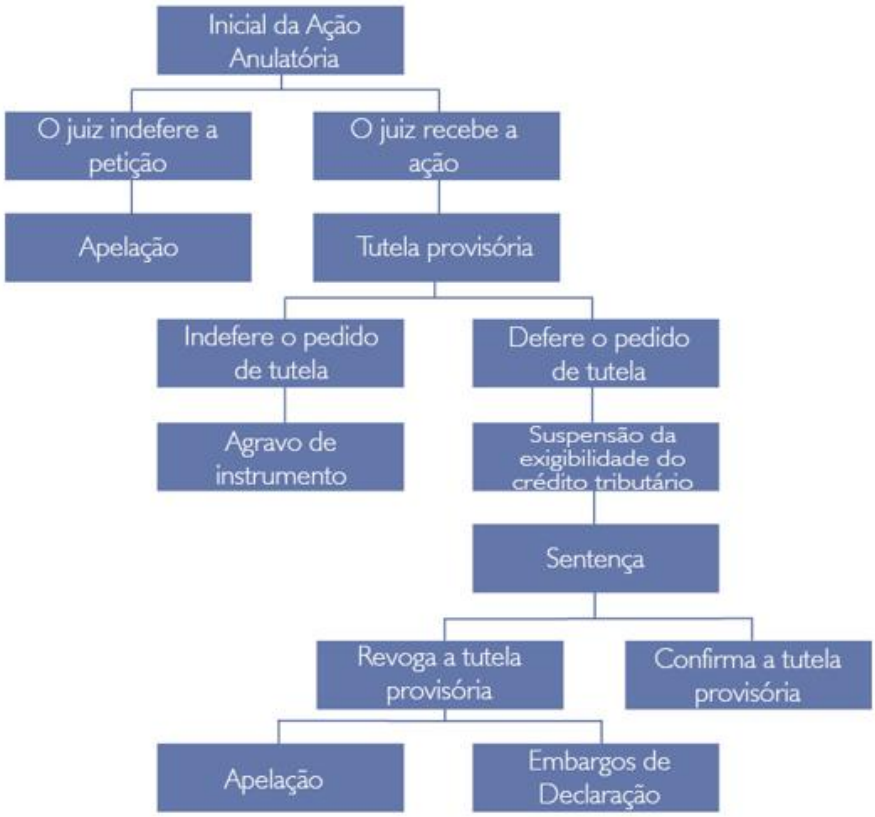
Mérito: toda a matéria alegada pode e deve ser comprovada em momento oportuno. Uma vez que a Ação Declaratória segue o rito comum determinado pelo CPC, haverá a possibilidade de dilação probatória para ratificar a pretensão do autor.

Tutela de Urgência: tendo em vista as diversas fases do processo, a tutela jurisdicional (sentença) apenas será pronunciada na fase decisória, a qual marca, portanto, o fim do processo. Contudo, a requerimento da parte, poderá o juiz antecipar os efeitos da tutela, suspendendo, inclusive, a exigibilidade do crédito tributário.

Pedido: corriqueiramente, a Declaratória é intentada pelo contribuinte que pretende provar que não está envolvido em relação jurídica que o importe em pagar tributo. Assim, o pedido da ação é desenvolvido de forma a afastar suposta obrigação tributária. Por isso, a Ação Declaratória é denominada também como ação antiexacional.

Valor da Causa: o montante informado deve estar adequado ao valor do benefício fiscal que o contribuinte terá ao afastar a futura cobrança tributária. Isso ocorre porque esta ação é intentada antes do lançamento, de modo que o valor da causa deverá ser equivalente a uma perspectiva do montante da exação.

4.13. *Fluxograma*



4.14. *Pontos-chave*

1. Endereçamento (por regra: Justiça Federal se tributo federal. Justiça Estadual se tributo estadual ou municipal)

2. Qualificação completa

3. Fatos

4. Direito

5. Razões para a tutela antecipada

6. Pedido: concessão da tutela; procedência do pedido para uma sentença favorável; citação; condenação em custas e honorários; requerimento para a produção de provas e valor da causa.

4.15. *Passo a passo*

1. Certifique-se da pretensão de seu cliente (não pagar o tributo ou pagar apenas o que entende devido).

2. Verifique se há lançamento ou não (essa ação deve ser intentada ANTES do lançamento).

3. Identifique a Justiça (Federal ou Estadual) e o foro (essa ação deverá ser proposta no local de domicílio do autor) competentes.

4. Faça a qualificação completa das partes (autor e réu). É na qualificação que deverá constar a fundamentação processual da peça (art. 19, I c/c o art. 319 do CPC).

5. Relate os fatos preponderantes.

6. Desenvolva as teses iniciando sempre pela mais forte (aquela capaz de afastar a cobrança de forma integral).

7. Verifique a necessidade de pedir a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional e certifique-se da presença de todos os requisitos para tanto (art. 300 do CPC).

8. Não se esqueça de pedir: (I) a concessão da tutela de urgência (se for o caso); (II) a procedência do pedido da ação; (III) a citação do réu; (IV) a condenação em custas e honorários advocatícios; e (V) a produção de provas.

9. Determine o valor da causa (valor do benefício fiscal).

10. Encerre pedindo deferimento, indicando local e data e assinatura do advogado.

4.16. *Questão comentada*

Juarez aposentou-se no serviço público federal em 15/5/2005. Três anos depois, foi acometido de neoplasia maligna, conforme atestado em laudo pericial, datado de 5/9/2008 e proferido por médico especialista em oncologia do Hospital Vita.

Em razão desse diagnóstico e de posse do laudo médico, Juarez protocolou, junto ao órgão em que trabalhava, ou seja, junto a sua fonte pagadora, pedido de concessão do benefício de isenção do imposto de renda relativamente aos seus proventos de aposentadoria. O pedido foi negado, sob o argumento de que o laudo pericial apresentado não fora emitido por serviço médico oficial da União. Juarez submeteu-se, então, a perícia feita por junta médica oficial da repartição pública que lhe concedera a aposentadoria. Após análise dos documentos apresentados e realização de exame físico, foi emitido laudo, datado de 6/2/2009, atestando ser o interessado realmente portador da alegada debilidade.

Com o laudo pericial comprovador da moléstia, emitido por serviço médico oficial da União, Juarez protocolou, perante sua fonte pagadora, em 15/2/2009, novo pedido de reconhecimento da isenção. Transcorrido mais de um ano, a fonte pagadora continua procedendo aos descontos do imposto de renda incidente sobre os proventos da aposentadoria de Juarez, que, inconformado, procurou auxílio de profissional da advocacia.

Com base nos fatos hipotéticos apresentados, redija, na condição de advogado(a) contratado(a) por Juarez, a peça processual adequada para garantir a efetividade do alegado direito violado.

Comentários:

Para identificar a PEÇA: invariavelmente no último parágrafo do enunciado há indícios importantes para auxiliar o candidato a identificar a peça que pretende o Exame de Ordem ver gabaritado.

Observe: "Com base nos fatos hipotéticos apresentados, redija, na condição de advogado(a) contratado(a) por Juarez, a peça processual adequada para garantir a efetividade do alegado direito violado".

Necessário desenvolver uma medida judicial que garanta a efetividade do direito violado. Uma peça para confirmar que Juarez tem direito ao benefício da isenção pretendido. Assim deve lembrar o candidato de uma ação que possibilite ao cliente, com a decisão judicial, ver reconhecida a isenção, garantindo a existência da relação jurídica em virtude da comprovação de suas alegações pelos laudos médicos adquiridos.

Trata-se de um caso típico de Ação Declaratória. Ação essa que para a presente situação é de modalidade positiva, pois seu objetivo é ter a confirmação da existência da relação jurídica (art. 19, I, do CPC). Note bem, em muitas das vezes no Exame de Ordem, a Declaratória buscada é de INEXISTÊNCIA DA RELAÇÃO JURÍDICA, quando o objetivo é afastar a iminente cobrança tributária. O caso aqui é diferenciado e por isso merece ser destacado. Lembre-se de que não há necessidade de descrever Ação Declaratória Positiva, estamos apenas esclarecendo em qual modalidade a peça se encaixa.

Entretanto a mera opção pela Declaratória não é suficiente, pois apesar de Juarez, portador de neoplasia maligna, ter direito à isenção comprovada por laudo médico emitido desde 5 de setembro de 2008 e reiterado em 6 de fevereiro de 2009, os descontos em sua aposentadoria continuam ocorrendo. Ora, se o benefício resta comprovado e apesar disto prosseguem os descontos a título do imposto de renda, o simples pedido da Declaratória não atende a todos os interesses do litigante, pois recolhimento indevido do

imposto aconteceu, autorizando e justificando também a alternativa da Repetição do Indébito.

Aliás, somos levados a crer, inclusive, que se a retenção de imposto de renda é mensal, em virtude do recebimento da aposentadoria, há também a presença de requisitos para o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, nos termos do art. 300 do CPC.

Assim, reunindo todas as características no enunciado descritas, a situação que se evidencia deverá ser solucionada por meio de uma Ação Declaratória com pedido de tutela de urgência cumulada com Repetição do Indébito.

Para identificar a TESE: Juarez é funcionário público federal aposentado desde maio de 2005, tendo descoberto ser portador de neoplasia maligna alguns anos após, em meados de 2008.

O enunciado é bastante incisivo ao afirmar que a moléstia está comprovada por dois laudos médicos emitidos por juntas profissionais diferentes, portanto a discussão não é sobre se Juarez é portador ou não da neoplasia, mas o questionamento está em buscar razões para não estar ele desde então coberto pelo benefício fiscal da isenção.

De fato, a situação-problema não traz dados que possibilitam discutir se a isenção deve ou não ser concedida. Simplesmente é pedido para que o candidato adote a medida que leve o caso ao juiz e este reconheça a proteção legal ao funcionário aposentado, pois o direito à isenção realmente existe.

A hipótese é vislumbrada por meio do inciso XIV do art. 6º da Lei n. 7.713/88, e para descrever sobre o instituto da isenção cabe ao candidato também indicar ou comentar os arts. 175 e 176 do Código Tributário Nacional, informando sobre as características do instituto, especialmente, sobre a necessidade de lei, bem como sobre a possibilidade de a lei

determinar requisitos e condições para que o contribuinte possa gozar do benefício.

Assim, a matéria aqui aduzida é mais processual que material, pois não há informações no problema que conduzam o raciocínio sobre se há ou não a isenção. Apenas indicações para buscar medidas que reconheçam a inexigibilidade tributária, como também os descontos indevidos, atribuindo ao contribuinte o direito de restituir o imposto de renda daquele período em que a moléstia já estava comprovada, porém a exação persistia.

Para identificar os PEDIDOS: em qualquer 2ª Fase do Exame de Ordem o item Do Pedido é importantíssimo, porém, em casos nos quais a discussão é muito mais processual que material, esse tópico é destacadamente especial.

A Ação Declaratória é o meio inafastável para o pedido de reconhecimento da isenção, certamente a ser deferido com a juntada dos laudos médicos elaborados. Acompanhada esta da antecipação dos efeitos da tutela, sob pena de os descontos na aposentadoria permanecerem indevidamente, bem como porque, caso contrário, restará o contribuinte obrigado a pagar o imposto para depois, uma vez mais, requerer a devolução do recolhimento indevido (evidenciando o tenebroso solve et repete).

Conquanto à retenção do imposto de renda que aconteceu durante o período em que já comprovado o direito à isenção, ainda que não reconhecido até então, a procedência do pedido de devolução dos valores acrescidos de juros e correção monetária (nos moldes do pacífico entendimento jurisprudencial: Súmulas 162 e 188 do STJ).

Alinhavando os pedidos de reconhecimento, restituição dos valores e concessão da tutela, os demais requerimentos de praxe, como: citação, produção de provas (especialmente a juntada dos comprovantes de retenção do imposto de renda no período indicado) e condenação em custas e

honorários advocatícios. A indicação do valor da causa, como sempre, é imprescindível e, nesse caso, o montante deverá ser equivalente ao total da restituição monetariamente atualizado (lembrete: não há necessidade de indicar qual o critério que você utilizaria para valorar a causa, sendo o bastante a mera indicação da expressão valor da causa R$ ...).

4.17. *Modelo de Ação Declaratória*

Folha 1/5

01	EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ FEDERAL DA VARA DA
02	SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE ...
03	
04	
05	
06	ABC, indústria gráfica e editora, com sede em Jundiaí, inscrita
07	no CNPJ/MF sob o n., por seu advogado infra-assinado, com endereço
08	para receber intimações (endereço eletrônico), procuração inclusa, vem,
09	respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, nos termos dos arts.
10	319 c/c art. 19, I, e 300, todos do Código de Processo Civil, propor
11	a presente:
12	
13	AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO
14	JURÍDICO-TRIBUTÁRIA

15	com pedido de tutela de urgência
16	
17	em face da UNIÃO FEDERAL, pessoa jurídica de direito público
18	interno, CNPJ n., pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos:
19	
20	I – FATOS
21	
22	A empresa ABC, indústria gráfica em geral e editora de livros e
23	revistas foi surpreendida com o início de uma fiscalização que levantou
24	preliminarmente a necessidade de pagamento do imposto sobre
25	produtos industrializados sobre as operações envolvendo a matéria-prima
26	papel realizadas no pátio da empresa.
27	
28	Ocorre que as operações indicadas pelo servidor competente condizem
29	com o papel que é destinado exclusivamente à montagem e industrialização
30	de livros e periódicos, conforme consta no contrato social anexado.

31	Inconformada com o rumo da fiscalização, haja vista a garantia
32	imunizatória da operação destacada pelo texto constitucional, bem como
33	precavendo-se de iminente auto de infração, busca a interessada esta via

34	judicial para proteger seus direitos.
35	
36	II – DIREITO
37	A Carta Magna estatui as principais limitações ao exercício da
38	competência tributária. Tais regras representam verdadeiras garantias
39	individuais ao Contribuinte, de modo que estão protegidas contra
40	mudanças que lhe diminuam o alcance ou a amplitude, pois configuram-se
41	como verdadeiras cláusulas pétreas.
42	
43	Na letra da Constituição Federal:
44	
45	Art. 60, § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda
46	tendente a abolir:
47	I – a forma federativa de Estado;
48	II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
49	III – a separação dos Poderes;
50	IV – os direitos e garantias individuais.
51	
52	Seguindo o raciocínio desenvolvido pela jurisprudência do Supremo
53	Tribunal Federal, a relevância dessa matéria decorre do fato de que os
54	postulados constitucionais invocados – que compõem o estatuto jurídico

55	dos contribuintes - refletem poderoso fator de contenção do poder
56	tributário do Estado e atuam precisamente em função dos motivos
57	políticos, históricos, econômicos e jurídicos que lhes são subjacentes, como
58	expressão maior das garantias subjetivas instituídas em favor dos indivíduos.
59	
60	Nesse contexto, a competência tributária da pessoa estatal inves-

Folha 3/5

61	tida do poder de instituir espécies de natureza fiscal abrange a possibi-
62	lidade de editar normas gerais legais que, beneficiando o contribuinte,
63	disponham sobre a suspensão ou até mesmo sobre a própria exclusão do
64	crédito tributário.
65	
66	Assim, se nem mesmo emenda constitucional poderia restringir
67	qualquer limitação ao poder de tributar, o que dirá de lei federal que
68	vem a alcançar situação protegida por regra imunizatória.
69	
70	A União estava exigindo o imposto sobre produtos industrializados
71	(IPI) sobre a fabricação de livros, pois o imposto foi cobrado sobre o
72	papel que a editora utilizou para a produção de suas obras editoriais.

73	
74	Por conseguinte, a cobrança deve ser urgentemente afastada, em
75	virtude da flagrante inconstitucionalidade da lei ao tentar insculpir sobre
76	um produto destinado à cultura a cobrança de um imposto.
77	
78	III – DA TUTELA DE URGÊNCIA
79	
80	Conforme o Código de Processo Civil:
81	Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver
82	elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo
83	de dano ou o risco ao resultado útil do processo.
84	§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou
85	após justificação prévia.
86	§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será conce-
87	dida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da
88	decisão.
89	
90	A autenticidade na alegação é observada e definitivamente com-

91	provada pelos documentos arrolados na inicial que identificam o papel utili-
92	zado na produção de livros, combinado com o disposto na Carta Magna.
93	
94	Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao
95	contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e
96	aos Municípios: (...)
97	VI - instituir impostos sobre:
98	(...)
99	d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua
100	impressão.
101	
102	O receio de difícil reparação encontra-se configurado a partir do
103	momento em que a editora vê-se impossibilitada de redirecionar seus
104	recursos financeiros para o pagamento do imposto sem que com isso
105	sua atividade empresarial seja estancada, haja vista a necessidade de
106	aquisição de outros insumos para a produção dos livros.
107	
108	IV – Pedido
109	

110	Diante do exposto, requer seja antecipadamente concedida a tu-
111	tela provisória, a fim de suspender a exigibilidade do crédito, inclusive
112	garantindo ao contribuinte a obtenção de certidão positiva com efeitos
113	de negativa, bem como a procedência do pedido a fim de declarar a
114	inexistência da relação jurídico-tributária.
115	
116	Requer-se a citação da União, na pessoa de seu representante
117	Judicial, para apresentar contestação.
118	
119	Requerimentos também para:
120	a) produção de provas por todos os meios em Direito admitidos;

Folha 5/5

121	b) condenação do réu ao pagamento das custas judiciais e dos
122	honorários advocatícios.
123	
124	Valor da Causa R$...
125	
126	Termos em que pede deferimento.
127	Local e data...
128	

129	Advogado... OAB n. ...

5. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL

5.1. *Descrição do instrumento*

A ação anulatória de débito fiscal ou, simplesmente, ação anulatória, embora ação de conhecimento, tem natureza constitutiva, pois seu objetivo é modificar, criar ou extinguir relações jurídicas. Ainda assim, guarda semelhanças com a ação declaratória, uma vez que ambas são tidas como ações antiexacionais impróprias que frequentemente seguem as disposições do procedimento comum descrito pelo Código de Processo Civil.

É certo dizer que **a anulatória tem alcance mais abrangente do que a declaratória**; afinal, ela não apenas declara, mas também modifica uma situação jurídica preexistente.

Quando, então, deve-se optar pela declaratória ou pela anulatória? Basta conhecer o marco que as divide. Se a anulatória objetiva extinguir ou modificar, é porque pressupõe uma situação jurídica já existente.

Logo, podemos dizer que **antes do lançamento fala-se em declaratória; depois, em anulatória**.

Por outro lado, há um limite para a propositura da Anulatória: é a instauração de Execução Fiscal após a inscrição do crédito tributário vencido em dívida ativa. Cuidado, cabe ação Anulatória mesmo que o crédito seja inscrito em dívida ativa. Devemos evitá-la apenas quando a execução já tiver sido proposta, pois haverá meios mais adequados para se impugnar a cobrança judicial quando essa for a pretensão do contribuinte.

Entretanto é necessária muita atenção quanto a uma situação em particular:

A propositura da execução fiscal não é um impedimento à ação Anulatória, eis que paralelamente à cobrança judicial o contribuinte pode

propor uma ação Anulatória com o objetivo de desconstituir o crédito tributário que está sendo executado.

Contudo observe que nessa hipótese não se está a impugnar a execução fiscal (que permanece tramitando), e sim tentando anular a constituição do crédito em virtude que algum possível vício.

Exemplo: contribuinte é executado para pagar uma dívida tributária que acredita não ser por ele devida. Porém é sabido que não possui bens capazes de garantir o juízo (requisito para a oposição dos Embargos) ao mesmo tempo que necessita obter uma certidão positiva com efeitos de negativa (que não está assegurada se optar pela Exceção de Pré-Executividade).

O que fazer? Propor uma ação Anulatória com pedido de tutela de urgência. A Anulatória independe de qualquer depósito para sua proposição e a concessão da tutela provisória é capaz de assegurar a certidão de regularidade fiscal pretendida.

Não se trata de uma Ação Anulatória da execução fiscal que está em curso, e sim de uma medida judicial a ela paralela a fim de se atender a pretensão do contribuinte.

5.2. *Competência*

Verificar-se-á a competência de acordo com o tributo discutido na ação. **Tratando-se de tributo federal, a competência será da Justiça Federal, caso contrário, será competente a Justiça Estadual** para julgar as ações que envolvam tributos estaduais e municipais. Vale lembrar que apesar da orientação para a identificação da Justiça competente para o julgamento da demanda, o art. 109, I, da Constituição Federal indica que a competência da Justiça Federal é determinada em razão da pessoa (e não em razão da matéria).

Exemplo: se equivocadamente um Estado-Membro institui e passa a cobrar um empréstimo compulsório (tributo exclusivamente federal), a ação não será oferecida na Justiça Federal (pois a União não está envolvida), e sim na Justiça Estadual.

5.3. *Terminologia*

Partes: autor e réu.

Verbo: propor.

Pedido: procedência do pedido, desconstituindo o crédito tributário, anulando-se o lançamento.

5.4. *Fundamentação*

Quando a propositura da ação declaratória já não mais atende aos interesses do autor, pois o lançamento já ocorrera, temos o momento ideal para a propositura da Ação Anulatória.

ANTES		DEPOIS
AÇÃO DECLARATÓRIA	**LANÇAMENTO**	AÇÃO ANULATÓRIA

No entanto, se o contribuinte, após receber o lançamento, tardar em discutir a cobrança tributária, ele estará sujeito a ser inscrito em Dívida Ativa, ato necessário da Fazenda Pública para que esta, a seguir, promova a execução fiscal.

> **Muita atenção:** Mesmo após o crédito tributário ser inscrito como dívida ativa, poderá o contribuinte ingressar judicialmente com o objetivo de desconstituir o título executivo. O ato de inscrição em dívida ativa não limita a Anulatória, sendo a ação cabível mesmo após a realização do ato e com a proximidade da execução fiscal.

A previsão da ação anulatória encontra-se no art. 38 da Lei n. 6.830/80, conhecida como Lei das Execuções Fiscais.

> 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 dos demais encargos.

Cuidado: o depósito ao qual se refere o dispositivo não é obrigatório, mas facultativo. Desse modo, não é necessário efetuar o depósito para propor a ação anulatória.

Súmula 247 do TFR: "Não constitui pressuposto da ação anulatória do débito fiscal o depósito de que cuida o art. 38 da Lei n. 6.830, de 1980".

Súmula Vinculante 28: "É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade do crédito tributário".

Por outro lado, o depósito continua sendo alternativa ao contribuinte para suspender a exigibilidade do crédito tributário, desde que seja, é claro, no montante integral da dívida.

Assim, uma vez proposta a ação anulatória, com prévia garantia de instância, a Fazenda Pública não poderá ajuizar a execução fiscal, pois estará o contribuinte se antecipando e garantindo a instância de modo a trancar a via de execução.

De qualquer forma, na hipótese de ajuizamento dessa ação deverá o examinando comprovar o cumprimento dos requisitos da petição inicial,

previstos no art. 319 do Código de Processo Civil, vez tratar de ação de iniciativa do contribuinte.

5.5. *Possibilidade de pedir a tutela provisória*

Também para a Anulatória, por força do art. 300 do Código de Processo Civil, é possível requerer ao juiz a tutela de urgência de forma antecipada, pois, especialmente para essa ação, o lançamento já foi promovido e a exigibilidade do crédito já se faz latente.

Dessa forma, cabe ao autor da ação requerer a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, convencendo o juiz da autenticidade da alegação por meio de prova inequívoca, demonstrando ainda o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, bem como indicando não haver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Principalmente se o autor da ação não possuir recursos financeiros ou simplesmente porque não pretende ser ainda mais onerado, devemos afastar a alternativa do depósito em dinheiro buscando essa medida antecipatória dos efeitos da sentença.

Conquanto os requisitos para a concessão da tutela, a prova inequívoca é a maior variante, pois dependerá da exposição do problema em particular. Porém em relação ao receio de dano irreparável ou de difícil reparação, em última análise, este poderá ser comprovado, vez que após o lançamento, se o contribuinte se vir obrigado a pagar o tributo manifestamente inadequado, restaria ao postulante o caminho do *solve et repete*, o que traduz no pagamento e após comprovada sua desnecessidade, o pedido de restituição, entregando o contribuinte a ordem cronológica dos precatórios.

5.6. *Hipóteses de cabimento*

Costumeiramente, verifica-se a propositura da anulatória:

- por irregularidade formal do lançamento (causa de pedir), visando a anular o lançamento (pedido);
- por irregularidade formal do auto de infração (causa de pedir), visando a anular o auto de infração (pedido);
- em razão da não incidência do tributo (causa de pedir), visando a anular o débito fiscal (pedido);
- em razão de imunidade do contribuinte (causa de pedir), visando a anular o lançamento (pedido);
- em razão de isenção tributária (causa de pedir), visando a anular o lançamento (pedido);
- em razão de decisão administrativa que denegar a restituição (causa de pedir), visando a anular a decisão (pedido) – art. 169, Código Tributário Nacional;
- em razão de base de cálculo incorreta (causa de pedir), visando a desconstituir o crédito tributário (pedido);
- por ferimento a quaisquer dos princípios constitucionais tributários (causa de pedir), visando a anular o lançamento e desconstituir o crédito tributário;
- em razão de decadência do crédito tributário (causa de pedir), visando anular o lançamento (pedido).

Repise-se que as causas de pedir são várias, porém, se voltamos a atenção ao pedido, verificamos na maioria das vezes a presença do verbo "anular".

5.7. *Efeitos*

Verifica-se que o pedido da ação anulatória é anular, cancelar a cobrança tributária, ou melhor, desconstituir o crédito tributário, anulando-

se, por conseguinte, o lançamento (ato administrativo formalizador). Manifesta-se, portanto, como uma ação desconstitutiva ou constitutiva negativa.

Vale lembrar também que a mera propositura da Anulatória não obsta a continuidade da cobrança tributária, muito menos assegura ao autor da ação o direito de obter certidão de regularidade fiscal.

Como visto, cabe aliar a Anulatória ao pedido de tutela de urgência ou, caso o contribuinte não possa correr absolutamente nenhum risco, ingressar com o pedido de depósito no montante integral. Ou ainda, a terceira, mais completa alternativa e demonstrativa do conhecimento das normas gerais de Direito Tributário: Anulatória com pedido de tutela de urgência, destacando no pedido, subsidiariamente, o requerimento para autorização do depósito caso o magistrado não entenda presentes todos os requisitos para a concessão da tutela emergencial.

5.8. *Prazo*

O pressuposto para se intentar essa ação é que exista um crédito tributário constituído pelo lançamento ou qualquer outro ato promovido pela Fazenda Pública que gere restrições à esfera jurídica do contribuinte.

É importante lembrar que, **mesmo quando o débito já está inscrito** como dívida ativa, ainda existe a possibilidade de ingressar com a anulatória, inclusive para cancelar o ato de inscrição.

É possível até mesmo ingressar com a Anulatória mesmo quando já existe uma execução fiscal. Contudo, nesse caso, lembre-se de que seu objetivo será desconstituir o crédito e não se defender da via executiva.

> **Atenção:** existe a possibilidade de se ingressar com Anulatória mesmo após proposta a execução fiscal. Esse caso excepcional, destacamos, não visa defender de imediato o

contribuinte da cobrança judicial, porém tem por objetivo assegurar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário quando não houver meios para a garantia do juíz

Explica-se: a regra para se defender da execução fiscal são os embargos à execução, porém estes dependem, necessariamente, da garantia do juízo. Na impossibilidade da garantia costuma-se buscar a alternativa da Exceção de Pré-Executividade, contudo essa forma de defesa não é meio hábil para suspensão da exigibilidade do crédito, portanto não garante a obtenção de certidão positiva com efeitos de negativa.

Assim, caso perceba, excepcionalmente, não haver garantia e concomitantemente a exigência de se conquistar certidão de regularidade fiscal, torna-se a Anulatória com pedido de tutela de urgência via única para solução.

Legalmente existem dois comandos os quais você precisa conhecer:

> Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Trata-se de um dispositivo do Decreto n. 20.910/1932 o qual estabelece o prazo prescricional quinquenal para a propositura da ação Anulatória. Prazo esse contado a partir da data em que o contribuinte for notificado do lançamento.

> Art. 169. Prescreve em dois anos a ação anulatória da decisão administrativa que denegar a restituição.

Aqui se observa uma ação Anulatória que é apresentada judicialmente com o objetivo de atacar a decisão administrativa que negou provimento a eventual pedido de restituição de valores que o contribuinte realizou. Seu prazo prescricional é de 2 (dois) anos contados da data da citada decisão.

5.9. *Valor da causa*

Reafirma-se aqui a necessidade de haver uma situação jurídica preexistente; assim, em matéria tributária, o conteúdo econômico já é característica da situação, logo, o valor da causa deverá equivaler a este. Ou seja, como é o lançamento que constitui o crédito tributário (situação jurídica) e ele demonstra o cálculo do montante do tributo devido (supostamente), o valor que se deve atribuir à causa na ação anulatória **é igual ao valor que constar no lançamento** com os devidos acréscimos legais

5.10. *Ação anulatória versus mandado de segurança*

Em regra, a ação anulatória pode ser substituída pelo mandado de segurança repressivo quando se tratar de violação ou ameaça de violação a direito líquido e certo ocasionado por autoridade no exercício de função pública e, neste caso será a melhor opção. No entanto, é importante trazer à baila os casos em que será obrigatória a impetração do mandado de segurança e os casos em que não será possível fazer tal substituição.

Deve-se **SEMPRE impetrar mandado de segurança** quando o enunciado solicitar ao examinando a medida mais célere, bem como a menos onerosa. Referida ação mandamental é mais célere porque está sujeita a um rito diferenciado e legalmente autorizado na Lei n. 12.016/2009, ao contrário da anulatória, ação sujeita ao procedimento comum. Ainda, é uma ação menos onerosa ao contribuinte porque não tem condenação em honorários (apesar de ter custas).

Outrossim, **deve-se impetrar mandado de segurança** nos casos em que houver dúvida sobre a ocorrência do lançamento (como nos casos em que se menciona apenas a notificação do sujeito passivo), emissão de certidão, liberação de mercadoria ou negativa de inscrição no CNPJ.

A **Anulatória é proposta** quando:

Do ato impugnado (lançamento) tiver transcorrido mais que 120 dias. Nesse caso, em hipótese nenhuma você deve impetrar o Mandado de Segurança.

Houver dificuldade em identificar quem é a autoridade coatora.

5.11. *Depósito como pressuposto da ação*

Sempre que a ação anulatória é colocada em voga, cedo ou tarde discute-se a respeito do depósito preparatório da ação para que se tenha o direito de ver o juiz manifestar-se sobre o mérito da questão, previsto na parte final do art. 38 da Lei de Execução Fiscal.

Ocorre que estamos diante de uma clara violação à garantia explicitada pelo art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal, que assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder. Outrossim, acaba por ferir o conhecido direito de ação ou princípio do livre acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF).

Não há dificuldade maior que exigir, daquele que pretende cancelar um lançamento tributário, o depósito no valor do suposto débito cumulado com juros, correção monetária e demais encargos para que possa acessar o Estado-juiz e discutir a exação.

Para a jurisprudência a exigência tem sido afastada como pressuposto da ação. Repisamos:

Súmula 247 do TFR: "Não constitui pressuposto da ação anulatória do débito fiscal o depósito de que cuida o art. 38 da Lei n. 6.830, de 1980".

Súmula Vinculante 28: "É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade do crédito tributário".

5.12. *Depósito como faculdade do contribuinte*

O Código de Processo Civil destaca que a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução (art. 784, § 1º).

Segundo o dispositivo, **a mera propositura da ação anulatória não inibe a Fazenda Pública de promover a execução fiscal, a qual apenas seria freada se o contribuinte obtivesse a suspensão da exigibilidade do crédito tributário**.

Obviamente, a legislação pátria não deixou de relacionar taxativamente as modalidades que têm o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário, sendo facilmente encontradas no art. 151 do Código Tributário Nacional.

Uma das modalidades é o depósito judicial ou administrativo no montante integral do débito. Interessante destacar que o que a lei determina é o depósito no valor total da dívida que está sendo exigida e não o depósito no valor que o contribuinte entende devido.

Tão importantes são a integralidade do depósito e sua correspondente definição que a matéria também foi sumulada pelo STJ.

> Súmula 112: O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro.

Em síntese, **o Fisco só poderá ser inibido de propor a ação de execução fiscal se houver o depósito no montante integral ou qualquer das demais situações arroladas no art. 151 do Código Tributário Nacional**.

No Exame de Ordem sugere-se que no pedido inicialmente seja requerida a concessão da tutela de urgência ou medida liminar (no caso de mandado de segurança), que é hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário sem ônus financeiro ao contribuinte, para somente depois,

de forma subsidiária, requerer a realização do depósito do montante integral.

5.13. *Depósito e consignação em pagamento*

Embora para muitos pareça transparente a distinção entre depósito e consignação em pagamento, cabe rememorar alguns conceitos e afastar incertezas que possam pairar sobre a matéria.

Ambos aparecem no Código Tributário Nacional, porém o depósito surge como modalidade de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151), e a consignação em pagamento como modalidade de extinção do crédito (art. 156). Por aí se percebe que, se o depósito propicia a suspensão da exigibilidade, quem o escolhe pretende discutir a validade da cobrança tributária; por outro lado, quem resolve consignar em pagamento não pretende debater a autenticidade do crédito, mas sim pagá-lo.

A lógica faz-se presente, pois o depósito não possui o significado de pagamento (transferência de um patrimônio pecuniário a outrem em resultado de uma obrigação), mas tão somente de garantia de que o pagamento será feito no instante adequado.

O depósito, por si só, não é meio de extinção, mas de suspensão. Quando convertido em renda (art. 156, VI, do Código Tributário Nacional) a favor do ente público vencedor da demanda, então ocorrerá a extinção do crédito. Caso a vitória seja do depositante (contribuinte), o depósito será levantado a seu favor.

5.14. *Síntese da estrutura*

Mais uma ação de iniciativa do contribuinte com o objetivo de se defender de uma exação indevida. Adotará os requisitos da petição inicial.

Atenção: a propositura da Anulatória implica abrir mão da via administrativa. Contudo isso

não significa que o contribuinte não possa optar primeiro pela esfera administrativa para somente após ingressar na esfera judicial.

Endereçamento: a Ação Anulatória segue o procedimento comum e, portanto, deverá ser proposta no foro competente onde estiver domiciliado o réu.

Autor: é o interessado em modificar ou extinguir a situação jurídica que foi formalizada após o lançamento.

Réu: trata-se do ente responsável pelo procedimento administrativo que propiciou a constituição do crédito tributário.

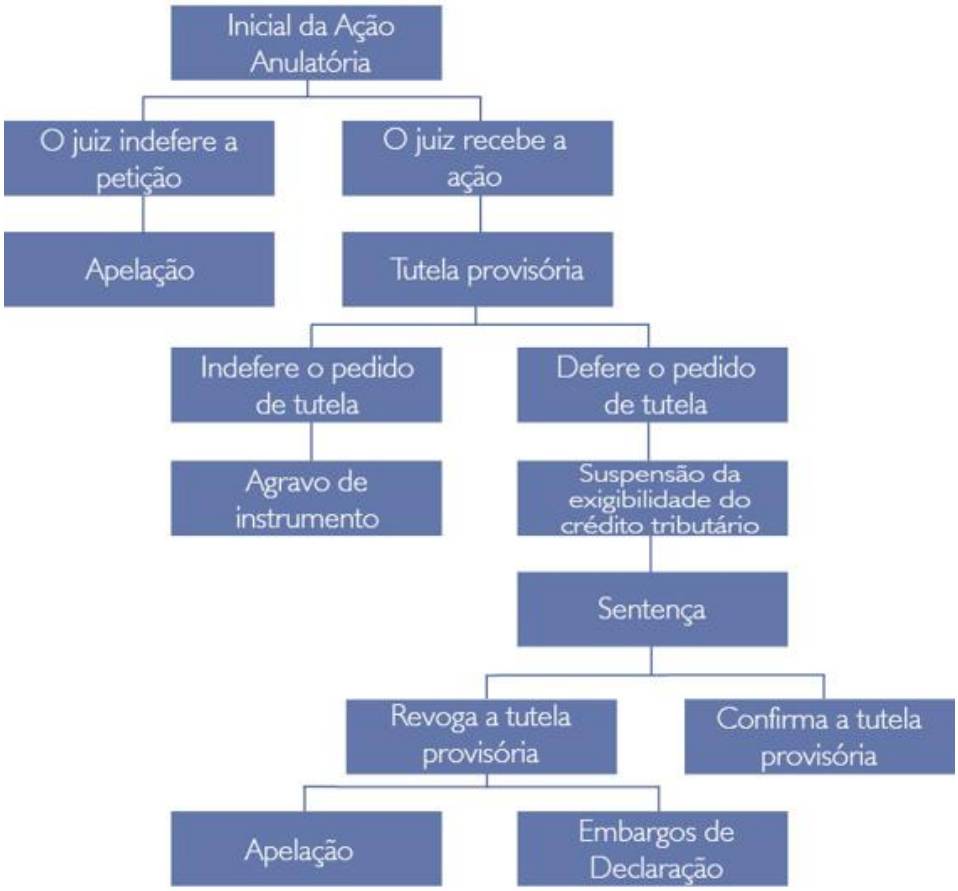
Mérito: os fatos e fundamentos jurídicos poderão ser comprovados em momento adequado no processo. Haverá, portanto, a fase probatória, quando, geralmente, as alegações são confirmadas pelas provas documentais.

Tutela provisória: assim como ocorre com a Ação Declaratória, pode-se requerer, também em relação à Anulatória, a antecipação da tutela (medida a que alude o art. 300 do CPC), a fim de se suspender imediatamente a exigibilidade do crédito tributário.

Pedido: o sujeito passivo da obrigação tributária busca invalidar o lançamento contra si efetuado ou a decisão administrativa que não acolheu as razões de impugnação da pretensão da Fazenda Pública.

Valor da Causa: o valor indicado deve corresponder ao montante assinalado no lançamento tributário, mesmo porque o objetivo da ação é justamente desconstituir o crédito tributário.

5.15. *Fluxograma*



5.16. *Pontos-chave*

1. Endereçamento (Justiça Federal se tributo federal. Justiça Estadual se tributo estadual ou municipal)

2. Qualificação completa

3. Fatos

4. Direito

5. Razões para a tutela antecipada

6. Pedido: concessão da tutela; procedência do pedido para uma sentença favorável; citação; condenação em custas e honorários; requerimento para a produção de provas e valor da causa.

5.17. *Passo a passo*

1. Certifique-se de que a pretensão do contribuinte é de não pagar o tributo ou pagar apenas o que entende devido.

2. Verifique se há lançamento ou não (essa ação deve ser intentada APÓS o lançamento).

3. Identifique a Justiça (Federal ou Estadual) e o foro (essa ação deverá ser proposta no local de domicílio do autor) competentes.

4. Após o endereçamento, inicie a ação sem epígrafe.

5. Faça a qualificação completa das partes.

6. Relate os fatos preponderantes.

7. Desenvolva as teses iniciando sempre pela mais forte.

8. Verifique a necessidade de pedir a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional e certifique-se da presença de todos os requisitos para tanto (art. 300 do CPC).

9. Não se esqueça de pedir: (I) a concessão da tutela provisória ou, subsidiariamente, a realização do depósito no montante integral (se for o caso); (II) a procedência da ação; (III) a citação do réu; (IV) a condenação em custas e honorários advocatícios; e (V) a produção de provas.

10. Indique o valor da causa (valor constante no lançamento).

5.18. *Questão comentada*

A sociedade empresária RN Ltda., inscrita no CNPJ com o número 000.000.000-0 e com sede na rua Santo Antônio, n.º 1.001, no Município de Taió – SC, foi notificada, em 1.º/3/2008, pelo município de Rio do Sul – SC, para recolher o ISS relativo aos serviços de transporte escolar realizados entre os municípios citados, no período de 1.º/1/2003 a 31/12/2007.

O tributo não foi pago nem foi oferecida impugnação administrativa.

Em 10/11/2008, o responsável legal da referida empresa procurou escritório de advocacia com o objetivo de propor uma única ação judicial visando ao cancelamento da notificação fiscal e à obtenção, urgente, de certidão de regularidade fiscal para participar de procedimento licitatório no município de Rio do Sul – SC.

A execução fiscal foi proposta em 10/8/2008, com base na certidão de dívida ativa lavrada em 10/5/2008.

QUESTÃO: Em face dessa situação hipotética, na qualidade de advogado(a) constituído(a) pela empresa RN Ltda., proponha a ação judicial cabível, considerando que a sociedade empresária não foi citada e não quer pagar o tributo nem sofrer qualquer constrição de bens.

Comentários:

Para identificar a PEÇA: o primeiro ponto que devemos destacar para identificar a peça, ressaltamos, é a pretensão do contribuinte que no caso é ocupado pela figura da empresa RN Ltda.

Nessa situação-problema, está fácil de perceber que sua intenção é de não pagar o tributo, tanto assim o é que, embora não tenha sido oferecida impugnação administrativa, "o responsável legal da referida empresa procurou escritório de advocacia com o objetivo de propor uma única ação judicial visando ao cancelamento da notificação fiscal". Há também a preocupação em obter com a maior urgência possível certidão de regularidade fiscal, ponte extremamente importante para buscar a medida judicial mais pertinente.

Ocorre que foi proposta execução fiscal, ainda que não tenha sido a sociedade empresária citada, reiterando na questão o objetivo de não pagar o tributo e sequer sofrer constrição de bens, ou seja, sofrer penhora sobre seu patrimônio.

O problema é bastante objetivo ao afirmar que a empresa RN Ltda. já se encontra em fase de execução, porém quer evitar a todo custo penhora sobre seus bens, o que afasta a opção pelos Embargos à Execução Fiscal, pois conforme a Lei n. 6.830/80 estes só poderiam ser opostos mediante a garantia do juízo, mas isso a empresa não está disposta a oferecer.

Poderíamos então passar a considerar a alternativa da Exceção de Pré-Executividade, pois certo é que essa medida independe da garantia do juízo. Contudo duas informações nos levam também a afastar essa opção:

a) A questão pede para se propor a AÇÃO JUDICIAL cabível, e ainda que a Exceção de Pré-Executividade seja amplamente aceita como modalidade de defesa em sede de execuções fiscais, não é ela qualificada como AÇÃO propriamente dita.

b) Observe também que a empresa contribuinte não abre mão de obter certidão de regularidade fiscal, haja vista sua necessidade para participar de processo licitatório no Município de Rio do Sul/SC. Para se obter certidão positiva com efeitos de negativa nessa fase processual, dois são os caminhos: ou garante-se o juízo (algo que o contribuinte reiteradamente afirma não concordar) ou suspende-se a exigibilidade do crédito tributário pelas modalidades do art. 151 do CTN. Perceba que a Exceção de Pré-Executividade não está arrolada no dispositivo citado e segundo a jurisprudência dominante, não terá essa medida condições de oferecer ao contribuinte o respaldo que precisa, sendo possível ao Fisco recusar certidão negativa ou mesmo positiva com efeitos de negativa, nos termos do art. 206 do CTN.

Nesse sentido, uma das primeiras informações relatadas pelo problema faz-se aqui de suma importância: o objetivo de CANCELAMENTO DA NOTIFICAÇÃO FISCAL. Sinônimo de cancelar é anular o que nos traz à mente a alternativa da Ação Anulatória de Débito Fiscal. Observe que a escolha dessa ação não se dá por si só após termos excluído as alternativas

anteriores, mas especialmente porque pretende a empresa anular a notificação fiscal, o lançamento de ofício que recebera. Não se está aqui afirmando que a Anulatória é ação própria para defender um contribuinte em sede de execução, mas apenas que é alternativa, mesmo após proposta a execução fiscal, para atender aos interesses do demandante. Correrão duas ações concomitantes: a execução fiscal e a anulatória, caso, inclusive, de conexão entre as ações.

Ainda e tão importante quanto essa primeira dica é o fato de possibilitar a ação Anulatória o pedido de tutela antecipada, pedido este que uma vez concedido oferecerá ao contribuinte condições para obter a certidão de regularidade que tanto precisa.

Portanto, a saída para atender os interessas da Empresa RN Ltda. é valer-se de uma Ação ANULATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA.

Para identificar a TESE: num problema elaborado para o Exame de Ordem sempre chama muita atenção as datas relacionadas, devendo o candidato nesses casos conferir as informações para verificar se é hipótese de decadência ou prescrição.

No problema, os fatos geradores aconteceram no período compreendido entre 1º/1/2003 a 31/12/2007, sendo importante conferir agora a data do lançamento, bem como se há alguma informação sobre a existência ou não do pagamento. O problema deixa absolutamente claro que o tributo não foi pago, o que leva a identificarmos o dispositivo que regula a contagem da decadência para a presente hipótese, qual seja, o art. 173, I, do Código Tributário Nacional. Assim, o prazo de 5 anos para que o Fisco realize a cobrança deve ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento deveria ter sido efetuado.

Considerando o ano mais pretérito (2003), o lançamento correspondente aos fatos geradores praticados nesse período deveria acontecer ainda em

2003, logo o primeiro dia do exercício seguinte será 1º de janeiro de 2004. Nesse sentido, a data- limite seria 31 de dezembro de 2008, pois em 1º de janeiro de 2009 já terá ocorrido a decadência.

A empresa foi notificada em 1º de março de 2008 pelo município de Rio do Sul/SC, portanto dentro do prazo legal, afastando-se qualquer questionamento sobre o instituto da decadência, levando a partir de agora o examinado a observar alguma violação ao prazo prescricional.

Para a prescrição é importante verificar a data em que o crédito encontra-se definitivamente constituído (art. 174 do CTN). Conforme o enunciado, a constituição desse crédito se deu em 1º de março de 2008 com a notificação e, uma vez não tendo havido o pagamento, nem qualquer impugnação administrativa, então o termo inicial da prescrição é definido em 1º de abril de 2008 (ou seja, trigésimo primeiro dia após o lançamento, pois, a rigor, o prazo para se pagar o tributo e apresentar defesa administrativa é de 30 dias).

Como a execução fiscal foi proposta em 10 de agosto de 2008, com base na certidão de dívida ativa lavrada em 10 de maio do mesmo ano, evidencia-se também não haver nenhum problema em relação à prescrição.

Partimos agora para verificar algum indício acerca da impossibilidade da incidência do tributo. Trata-se da cobrança do ISS sobre serviços de transporte escolar entre os Municípios de Taió/SC e Rio do Sul/SC. Daí percebe-se o equívoco na cobrança realizada, pois embora serviço de transporte escolar, esse é realizado entre Municípios e conforme determinação constitucional. Quando os serviços de transporte são prestados de maneira intermunicipal ou interestadual, o imposto incidente é o ICMS e não o ISS, conforme o art. 155, II c/c o art. 156, III.

Identificando os PEDIDOS: primeiramente deve ser requerida a concessão da tutela antecipada pretendida, haja vista a necessidade de suspender a exigibilidade do crédito tributário e com isso assegurar a

obtenção de certidão positiva com efeitos de negativa (art. 151, V c/c o art. 206 do CTN).

Ademais, requer-se o julgamento procedente do pedido com a finalidade de desconstituir o crédito tributário, anulando-se por consequência a notificação de lançamento.

Acompanha o pedido principal os demais requerimentos com o da citação, produção de provas e ainda a condenação ao pagamento das verbas sucumbenciais. Valor da causa, como rigor do art. 319 do CPC, também obviamente não poderá faltar, apesar de não haver qualquer informação sobre isso.

5.19. *Modelo de Ação Anulatória*

Folha 1/4

01	EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA VARA
02	CÍVEL DA COMARCA DE ...
03	
04	
05	
06	
07	
08	Contribuinte**,** nacionalidade, estado civil, profissão, domiciliado e residente,
09	inscrito no CPF/MF sob o n. ..., portador do RG n. ..., por seu advogado
10	infra-assinado, com endereço para receber intimações (endereço eletrônico),

11	procuração inclusa, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência,
12	nos termos do art. 784, § 1º, do CPC c/c o art. 38 da Lei n. 6.830/80
13	e dos arts. 300 e 319 do Código de Processo Civil, propor a presente:
14	
15	AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO COM
16	PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA
17	
18	em face do Estado de Pernambuco, pessoa jurídica de direito público
19	interno, CNPJ n., pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos:
20	
21	I – FATOS
22	Aos 12 dias de março de 2010 foi publicado no Diário Oficial o Decreto
23	Estadual n. 1234/2010 estabelecendo novas diretrizes para o Imposto sobre
24	transmissão “causa mortis” e doações para todo o Estado de Pernambuco.
25	
26	Entre outras definições, constou a alteração da alíquota da exação,
27	majorando-a em dois pontos percentuais para as transmissões “causa
28	mortis”, com a possibilidade de mais um ponto caso o montante trans-
29	ferido supere o limite de R$ 100.000,00.
30	

31	“Contribuinte”, inventariante e herdeiro, a fim de completar o
32	o formal de partilha pelo qual é responsável pretendia recolher o tributo sob a
33	alíquota mínima, contudo foi surpreendido com a notificação de lança-
34	mento por parte da autoridade estadual para recolher o tributo sob
35	alíquota maior daquela que entendia devida.
36	
37	Em desacordo com incremento da cobrança, bem como necessitando
38	encerrar o processo de inventário, o contribuinte traz ao Judiciário a
39	questão, pois entende inadequada a forma como se desenrolou o aumento.
40	
41	II – DIREITO
42	
43	A Constituição Federal recebeu a função de fixar os feixes de com-
44	petência de cada um dos entes políticos. No entanto, ela própria tam-
45	bém estabelece que a competência não poderá ser utilizada desordenada-
46	mente, pois imitações ao poder de tributar também são expostas pela
47	Carta Magna, caracterizadas como princípios e imunidades.
48	
49	Nesse sentido, encontramos o princípio da legalidade que impõe, conforme

50	o art. 150, I, da CF, que, por regra, todo tributo poderá ter sua carga
51	tributária majorada, desde que o aumento se dê através de lei. Assim,
52	o veículo adequado para validar a cobrança maior não pode ser outro senão
53	lei. Entretanto, no caso em tela, embora o tributo aqui referido tenha
54	seu ônus duplicado pelo ente político que detinha a competência para tanto,
55	este o fez através de ato do poder executivo, ou seja, se valeu de decreto,
56	quando, segundo regra constitucional, somente lei poderia fazer.
57	
58	Outrossim, vale lembrar que a doutrina tem ensinado que somente
59	a lei pode aumentar, a não ser nas hipóteses ressalvadas pela própria
60	Constituição. Admitir, fora dessas hipóteses, que o tributo pode ser

61	aumentado por norma inferior é admitir que essa norma inferior modi-
62	fique o que em lei foi estabelecido, o que constitui evidente absurdo.
63	
64	Desta feita, percebe-se claramente que o ente político que
65	pretendeu exigir o tributo do contribuinte, não obstante possuir com-
66	petência para exigi-lo, utilizou-se de meios inadequados para instituir o
67	aumento da exação, de modo que a cobrança não pode prosperar, como
68	bem se observou no decorrer da tese.

69	
70	III – DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA
71	
72	Conforme o Código de Processo Civil:
73	Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver
74	elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo
75	de dano ou o risco ao resultado útil do processo.
76	§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou
77	após justificação prévia.
78	§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida
79	quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.
80	
81	A autenticidade na alegação é observada e definitivamente comprovada
82	através da manifesta violação ao princípio da legalidade, a partir do
83	momento em que a alíquota do ITCMD foi majorada por decreto governamental.
84	
85	A Constituição Federal taxativamente excepciona os tributos que
86	não pretende ver albergados pelo princípio, e o ITCMD não se encontra
87	nessa lista. Por diretrizes hermenêuticas não podemos incluir o citado
88	imposto entre as ressalvas, se a regra é pela observância do princípio.
89	

90	O segundo requisito para a concessão da tutela faz-se presente.

91	Especialmente ao verificarmos que se o contribuinte for efetivamente
92	obrigado a recolher o tributo com carga majorada, restará ele sujeito
93	ao longo e tenebroso caminho do “solve et repete”, através de uma ação
94	restitutiva, ensejando em mais um indivíduo na lista de precatórios.
95	
96	IV – PEDIDO
97	
98	Diante do exposto, requer seja concedida a tutela de urgência a
99	fim de suspender a exigibilidade do crédito, inclusive garantindo ao
100	contribuinte a obtenção de certidão positiva com efeitos de negativa,
101	bem como a procedência do pedido a fim de desconstituir o crédito
102	tributário, anulando-se o lançamento.
103	Requer-se a citação da Fazenda Pública Estadual, na pessoa de seu
104	representante judicial, para apresentar contestação.
105	
106	Requerimentos também para:
107	

108	a) produção de provas por todos os meios em Direito admitidos;
109	b) condenação do réu ao pagamento das custas judiciais e dos
110	honorários advocatícios.
111	
112	Valor da Causa R$...
113	Termos em que pede deferimento.
114	Local e data...
115	
116	Advogado... OAB n. ...

6 MANDADO DE SEGURANÇA

6.1. *Descrição do instrumento*

Medida judicial mais célere possível, tendo prioridade entre todos os atos judiciais, salvo quando *habeas corpus*. Justamente em razão desta celeridade o Mandado de Segurança consiste em uma das ações mais comuns de serem apresentadas. Além disso, o seu custo é reduzido, uma vez que não há condenação em honorários, embora existam custas processuais.

A via mandamental também poderá ser observada em momentos diferentes:

- Antes do ato coator – não é preciso aguardar a violação do direito para só então buscar o remédio constitucional descrito. O Mandado de Segurança pode ser impetrado quando houver justo receio de que o direito está prestes a ser violado, quando teremos o Mandado de Segurança preventivo.

- Após o ato coator – violado o direito em razão de uma ilegalidade ou abuso de poder, também há a oportunidade de se defender por meio do Mandado de Segurança. Nesse caso, haverá um prazo decadencial de 120 dias para impetrar o Mandado de Segurança repressivo.

Outro ponto importante é observar que o Mandado de Segurança pode ser impetrado por qualquer pessoa, seja física ou jurídica. Quando uma pessoa impetra em **nome próprio Mandado de Segurança para defender direito próprio, temos o Mandado de Segurança individual. Quando se impetra Mandado de Segurança em nome próprio para defender direito alheio, temos o Mandado de Segurança coletivo**.

- Mandado de Segurança individual: qualquer pessoa pode impetrar (ação em nome próprio para defender direito próprio).

- Mandado de Segurança coletivo: só pode ser impetrado por partidos políticos; sindicatos; entidades de classe a associações legalmente constituídas há um ano (ação em nome próprio para defender direito de seus integrantes).

Em resumo podemos ter:

- Mandado de Segurança individual preventivo e Mandado de Segurança individual repressivo.

- Mandado de Segurança coletivo preventivo ou Mandado de Segurança coletivo repressivo.

> **Atenção:** não é preciso identificar na peça se o Mandado de Segurança é individual ou coletivo ou se é preventivo ou repressivo. Basta denominar a peça como Mandado de Segurança e trazer os fundamentos processuais correspondentes.

6.2. *Competência*

Se a autoridade coatora pertencer a órgão vinculado à esfera federal, o mandado de segurança será impetrado na Justiça Federal; se pertencer a qualquer outra esfera, seja estadual, seja municipal, a ação deverá ser encaminhada à Justiça Estadual.

Pode-se dizer que, quando se tratar de autoridade administrativa envolvida com tributo federal, a competência para a distribuição da ação recairá sobre a Justiça Federal; quando envolvida com tributo estadual ou municipal, a Justiça Estadual será procurada.

Nesse sentido, o relevante não é exatamente identificar se o tributo é federal, estadual ou municipal, mas sim se a autoridade coatora é federal, estadual ou municipal.

Existem situações em matéria tributária invariavelmente gera grandes discussões e acalorados debates. É o caso, por exemplo, de questões que envolvem o enquadramento no Simples Nacional o qual é regulado pela LC n. 123/2006 e que permite a cobrança conjunta de tributos federais, estaduais e municipais por meio de um sistema único de arrecadação.

Imagine uma empresa que tem seu pedido de enquadramento ao Simples Nacional negado pela autoridade coatora estadual diante da existência de débitos fiscais estaduais. De acordo com a LC n. 123/2006, os processos relativos a impostos e contribuições abrangidos pelo Simples Nacional serão ajuizados em face da União, que será representada em juízo pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Daí surge a pergunta: quem deve ser a autoridade coatora?

De fato, os processos sobre tributos abrangidos pelo Simples Nacional serão ajuizados contra a União, mas existem ressalvas que não podem ser esquecidas, exatamente como acontece para os mandados de segurança em

que o ato coator seja de autoridade dos estados, municípios ou do Distrito Federal (art. 41, § 5º, I, da LC n. 123/2006).

No julgamento do REsp 1.319.118, o Superior Tribunal de Justiça declarou que as questões tributárias que impeçam o ingresso no Simples devem ser resolvidas entre o contribuinte e o ente tributante correspondente. Portanto, o ato de indeferimento de ingresso no Simples Nacional pela existência de débitos para com os fiscos federal, estaduais, municipais ou distrital é de responsabilidade da administração tributária do respectivo ente federado, conforme a regulamentação do Comitê Gestor do Simples Nacional.

6.3. *Terminologia*

Partes: impetrante (autor contribuinte) e impetrado (autoridade coatora réu).

Verbo: impetrar (não é propor, nem interpor). Notificar a autoridade coatora (não é citar).

Pedido: concessão da liminar ordenando que a autoridade coatora faça ou deixe de fazer algo, procedência do pedido, oferecendo a segurança em definitivo.

6.4. *Fundamentação*

O Mandado de Segurança está pautado tanto na Constituição Federal como também em lei ordinária federal (Lei n. 12.016/2009).

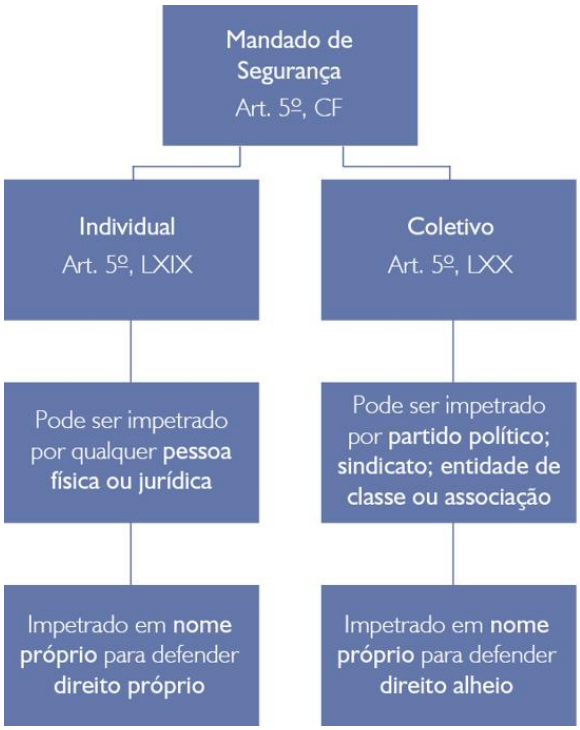
Art. 1º da Lei n. 12.016/2009:

> Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de

autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Art. 5º, LXIX, da Constituição Federal:

> Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.



De acordo com a Lei n. 12.016/2009, responsável por disciplinar o Mandado de Segurança, a ação poderá ser impetrada sempre que houver violação a direito líquido e certo ou ameaça de este direito ser violado.

Ressaltamos: os requisitos do Mandado de Segurança são o direito líquido e certo, e não o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Estes últimos são requisitos para a concessão da medida liminar.

Destacamos ainda outro ponto: a violação ou ameaça de violação deve estar atribuída a ato praticado por uma autoridade pública no exercício de atribuições do Poder Público.

A autoridade coatora pode ser federal, estadual ou municipal, bem como pode representar qualquer um dos três Poderes (Executivo, Legislativo ou Judiciário).

MANDADO DE SEGURANÇA		
PREVENTIVO Prazo: a qualquer tempo desde que seja antes do lançamento.	Ato ilegal ou com abuso de poder **(LANÇAMENTO)**.	REPRESSIVO Prazo: 120 dias contados a partir da ciência do ato coator.

É certo também que o Mandado de Segurança consiste em petição inicial, de modo que deverá respeitar os requisitos indicados pelo art. 319 do CPC.

Por fim, invariavelmente essa ação vem acompanhada de pedido de medida liminar, a qual está fundamentada na Lei n. 12.016/2009 e que, portanto, deve fazer parte do corpo da petição:

> Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:
> (...)
> III – Que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

6.5. *O pedido de medida liminar*

Os requisitos da liminar para que esta seja concedida são dois:

- **O receio da ineficácia da sentença** caso preliminarmente o juiz não atenda ao pedido do impetrante. Exemplo: negativa em emitir uma certidão de regularidade fiscal para participar de um processo licitatório. Vencido o prazo para apresentar a certidão, é irrelevante para o impetrante se ao final do julgamento do Mandado de Segurança o juiz reconhecer que o contribuinte tinha o direito.

- **Relevantes fundamentos jurídicos**. Exemplo: os argumentos trazidos pelo impetrante mostram-se fortes e válidos o suficiente para sustentar o pedido de concessão da liminar, como no caso do ferimento de um princípio constitucional.

Atualmente, a Lei n. 12.016/2009 informa que é possível haver a exigência de depósito, caução ou fiança para que a medida liminar seja concedida. Contudo para efeitos na seara tributária, o simples depósito no montante integral já é **suficiente para se suspender a exigibilidade do crédito tributário, garantindo a obtenção de certidão positiva com efeitos de negativa**.

Cuidado com a diferença que existe entre: a liminar em Mandado de Segurança foi indeferida e o Mandado de Segurança foi liminarmente indeferido.

- **Liminar** em Mandado de Segurança foi **indeferida**: isso significa existir uma decisão interlocutória que indeferiu o pedido de concessão da liminar. Dessa decisão **cabe agravo de instrumento**.

- Mandado de Segurança foi **liminarmente indeferido**: significa dizer que o juiz indeferiu de plano a ação mandamental. Nesse caso, não foi a liminar objeto da manifestação jurisdicional, mas sim o Mandado de Segurança que foi de plano indeferido. É possível o juiz ter se

manifestado quanto a uma inépcia da inicial. Temos aqui uma sentença (não é decisão interlocutória), logo **caberá apelação**.

6.6. *Liminar e Tutela Antecipada*

Segundo o art. 151 do CTN, tanto a liminar (em Mandado de Segurança) como a tutela antecipada (para o CPC vislumbra-se a tutela de urgência) são modalidades de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

São dois os requisitos da liminar:

a. *fumus boni iuris*; e

b. *periculum in mora*

Os requisitos da tutela antecipada são três:

a. verossimilhança da alegação;

b. receio de dano irreparável ou de difícil reparação; e

c. reversibilidade da medida.

Contudo importante lembrar que ambas são espécies do mesmo gênero: tutelas provisórias e que uma vez concedidas serão capazes de assegurar ao pretendente o direito à obtenção à certidão positiva com efeito de negativa, nos termos do art. 206 do CTN.

Com o julgamento da ADIn 4.296, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional o dispositivo que proíbe a concessão de liminar para a compensação de créditos tributários e para a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, bem como a exigência de oitiva prévia do representante da pessoa jurídica de direito público como condição para a concessão de liminar em mandado de segurança coletivo.

No mesmo julgamento a Corte suprema considerou constitucional o comando inserido no art. 7º, III, da Lei n. 12.016/2009, o qual determina

que ao despachar a petição inicial o juiz poderá exigir do impetrante caução, fiança ou depósito para conceder a medida liminar pleiteada como forma de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica acionada. Nesse sentido, a contracautela é exigência possível e facultativa ao magistrado que viabiliza o exercício da jurisdição, em nenhum momento restringindo o poder geral de cautela para a garantia do direito líquido e certo.

Muito importante perceber que a exigência de contracautela não é condição para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, pois esta se perfaz com a concessão da liminar.

6.7. *Hipóteses de cabimento*

A Lei n. 12.016/2009 em conjunto com o art. 5º da Constituição Federal descrevem como passível de se impetrar o mandado de segurança toda vez que houver justo receio de alguém sofrer violação de seus direitos ou já a tiver sofrido em razão de ato praticado por autoridade administrativa.

É certo que, se os direitos de alguém foram ou estão na iminência de ser violados por ato de uma autoridade, é porque tal ato pressupõe características de ilegalidade ou abuso de poder. Embora, de fato, a significância de ilegalidade ou abuso de poder seja, digamos, irrelevante para a impetração do mandado, cumpre destacar a diferença entre eles:

- **Ilegalidade** – A autoridade administrativa deixa de observar o ordenamento jurídico, praticando um ato que colide com a lei. Portanto, trata-se de atos que, apesar de proibidos por lei ou que a lei não concede permissão, mesmo assim ocorrem na esfera administrativa e vão de encontro aos direitos do contribuinte.

- **Abuso de poder** – A autoridade administrativa extrapola sua permissão e pratica atos que não fazem parte de sua competência. Digamos que, nesse caso, a autoridade estava observando a lei, porém

acaba ultrapassando os limites legais abusando de seu poder, muitas vezes discricionário.

Sinteticamente, pode-se optar pelo *mandamus* quando as seguintes características estiverem reunidas:

- ilegalidade ou abuso de poder;
- direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*;
- lesão ocorrida ou prestes a acontecer;
- ato praticado por autoridade pública.

Lembre-se de que não cabe Mandado de Segurança contra lei em tese (Súmula 266 do STF).

Situações bastante comuns de ser arguidas em sede de Mandado de Segurança são:

- liberação de mercadorias sem o pagamento de tributo, tendo em vista uma isenção;
- liberação de mercadorias sem o pagamento de tributo, tendo em vista uma imunidade;
- liberação de mercadorias ilegalmente apreendidas;
- expedição de guias de importação;
- abstenção da aplicação de multa;
- emissão de certidões de regularidade fiscal;
- abstenção de cobrança de tributo, tendo em vista ferimentos a princípios constitucionais;
- potencial exigência de tributo infundado em lei.

Não deve ser impetrado o Mandado de Segurança quando:

- *de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução*. Porque nesse caso não haveria argumentos para ilustrar a iminência ou violação do direito, já que o recurso oferece efeito suspensivo.

- *de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo*. O Mandado de Segurança não pode fazer as vezes de recurso judicial. A ação não tem como modificar a decisão judicial. Por outro lado, se da manifestação judicial não couber recurso, ou se o objetivo é apenas suspender os efeitos da decisão (e não alterar o seu conteúdo), é possível impetrar o Mandado de Segurança.

- *de decisão judicial transitada em julgado*. Em razão do princípio da segurança jurídica.

- *do ato impugnado tiver transcorrido mais que 120 dias*. Esse é o prazo determinado por lei, e a jurisprudência acolhe como constitucional a limitação. Nessa situação, após os 120 dias, opte pela ação Anulatória de Débito Fiscal.

6.8. *Mandado de Segurança versus Ação Declaratória*

Invariavelmente quando é caso de Mandado de Segurança preventivo é possível também propor ação Declaratória. Nesses casos, o impedimento mais comum ao Mandado de Segurança é a necessidade de dilação probatória, quando então deve-se optar pela Declaratória.

Deve-se **SEMPRE impetrar mandado de segurança** quando o enunciado solicitar ao examinando a medida mais célere, bem como a menos onerosa. Referida ação mandamental é mais célere porque está sujeita a rito próprio, ao contrário da declaratória, que é ação sujeita ao procedimento comum, portanto de desenvolvimento mais cauteloso e dessa

forma mais demorado. Ainda, é uma ação menos onerosa ao contribuinte porque não tem condenação em honorários (apesar de ter custas).

Outrossim, deve-se impetrar mandado de segurança nos casos em que houver dúvida sobre a ocorrência do lançamento (como nos casos em que se menciona apenas a notificação do sujeito passivo), emissão de certidão, liberação de mercadoria ou negativa de inscrição no CNPJ.

Pense na Declaratória quando não se tratar dos casos acima, mas também:

- se tiver dificuldade em identificar a autoridade coatora (exemplo: cobrança deverá ser feita pelo INSS, ou outra autarquia).
- se houver a necessidade de produção de novas provas.

6.9. *Mandado de Segurança versus Ação Anulatória*

Uma das situações mais corriqueiras que são trazidas em provas é aquela em que se levanta dúvida acerca da impetração do Mandado de Segurança e a propositura da ação Anulatória. Portanto, estamos falando de dúvida que se alevanta quando o contribuinte já foi notificado de lançamento.

Deve-se **SEMPRE impetrar mandado de segurança** quando o enunciado solicitar ao examinando a medida mais célere, bem como a menos onerosa. Da mesma maneira que ocorre no comparativo com a ação Declaratória, a ação Anulatória acompanha as regras do procedimento comum reguladas pelo Código de Processo Civil, enquanto a ação mandamental é de processamento mais ágil. Ainda, é uma ação menos onerosa ao contribuinte porque não tem condenação em honorários (apesar de ter custas).

Outrossim, **deve-se impetrar mandado de segurança** nos casos em que houver dúvida sobre a ocorrência do lançamento (como nos casos em

que se menciona apenas a notificação do sujeito passivo), emissão de certidão, liberação de mercadoria ou negativa de inscrição no CNPJ.

A **Anulatória é proposta** quando:

- Do ato impugnado (lançamento) tiver transcorrido mais que 120 dias. Nesse caso, em hipótese nenhuma deve se impetrar o Mandado de Segurança.
- Se houver dificuldade em identificar quem é a autoridade coatora.

6.10. *Efeitos*

Presentes os pressupostos para o deferimento da medida liminar, o juiz não deve, em princípio, exigir o depósito. Em casos especiais, todavia, pode e deve fazê-lo, pois, tanto quanto o autor, o réu também tem direito a uma decisão eficaz. Se o deferimento da liminar coloca em grave risco a eficácia da sentença porventura favorável ao réu, o depósito deve ser exigido.

Diante de toda a discussão, podemos extrair as seguintes lições:

- Depósito no montante integral ou liminar em mandado de segurança e são modalidades que suspendem a exigibilidade do crédito tributário.
- O simples pedido de liminar não suspende a exigibilidade, efeito esse só conquistado quando o juiz se manifestar a favor da concessão.
- Prevalece nos tribunais que o depósito não é condição para que a liminar seja concedida. Porém é possível que o juiz exija uma contracautela para que ele suspenda o ato impugnado.
- Efetuado o depósito no montante integral de forma voluntária, é certa a suspensão da exigibilidade do crédito.
- O pedido de liminar por si só não traz certeza da suspensão da exigibilidade, pois poderá a medida ser denegada.

Atenção: a medida liminar, uma vez concedida, não perde seus efeitos até a prolação da sentença, salvo se revogada ou cassada (art. 7º, § 3º, da Lei n. 12.016/2009).

6.11. *Prazo*

Para não errar em relação ao prazo do Mandado de Segurança é preciso saber se irá impetrar a ação ANTES ou APÓS o lançamento.

O Mandado de Segurança preventivo (antes do lançamento, portanto) não possui prazo a ser observado, de modo que será sempre preventivo desde que a ação seja impetrada antes do lançamento, antes do auto de infração, antes da notificação de lançamento, antes do auto de infração e imposição de multa.

Já o Mandado de Segurança repressivo (após o lançamento) somente poderá ser impetrado desde que dentro de 120 dias contados da ciência do ato impugnado (art. 23 da Lei n. 12.016/2009). **Após o prazo, jamais impetre o Mandado de Segurança**. A alternativa será propor uma ação Anulatória de débito fiscal.

6.12. *Autoridade coatora*

No Mandado de Segurança é muito importante identificar quem é a autoridade coatora. Segundo a Lei n. 12.016/2009, considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática (art. 6º, § 3º).

Em síntese podemos determinar autoridades coatoras- padrão nas esferas federal, estadual e municipal.

- Federal: **Delegado da Receita Federal do Brasil** (para tributos federais nas mais diversas circunstâncias). Ex.: imposto de renda, imposto sobre operações financeiras, imposto sobre produtos

industrializados, imposto territorial rural, contribuições previdenciárias, PIS, COFINS, imposto sobre grandes fortunas, Imposto de Importação, Imposto de Exportação, PIS e COFINS importação, Imposto sobre produtos industrializados.

- Estadual: **Delegado Regional Tributário** (para qualquer tributo de competência dos Estados, independente se imposto, taxa ou contribuição).

- Municipal: D**iretor do Departamento de Rendas Imobiliárias** (para IPTU e ITBI). **Diretor do Departamento de Rendas Mobiliárias** (para ISS).

> **Atenção:** o Presidente da República, o Governador do Estado ou o Prefeito de um Município a rigor não são as autoridades coatoras. Exemplo: O Presidente da República promulgou um decreto alterando a alíquota do imposto de renda. Ao se impetrar o Mandado de Segurança, a autoridade coatora é o Delegado da Receita Federal do Brasil.

No RMS 42.792, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça trouxe exímia lição que deixa claro não poder ser o Chefe do Poder Executivo ou mesmo o Secretário de Fazenda apontados como autoridades coatoras. O exemplo agora retratado considerou um mandado de segurança que apontava como autoridade coatora o governador de um determinado Estado. Ora, o governador não possui competência legal para lançar tributos ou constituir créditos tributários, tais atividades são atribuídas a outras autoridades fiscais, de escalão hierárquico subalterno.

6.13. *Síntese da estrutura*

O Mandado de Segurança se apresenta como petição inicial e, portanto, deverá obedecer aos requisitos do art. 319 do CPC.

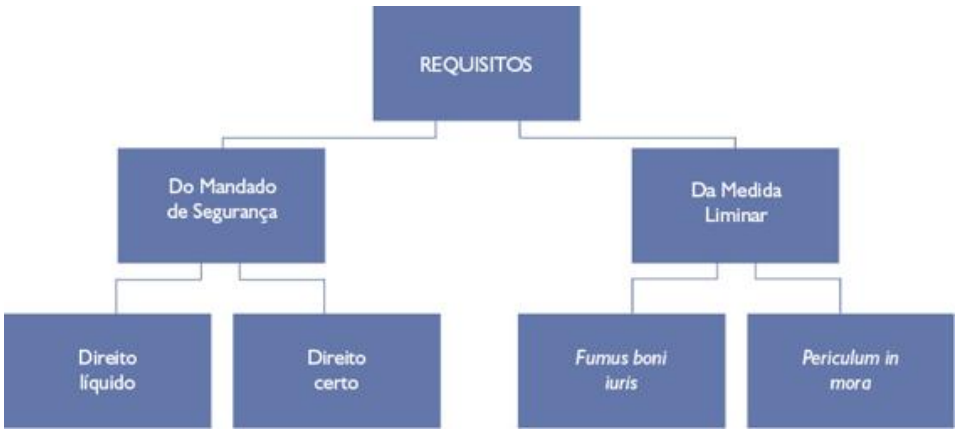
Endereçamento: o foro competente é aquele do local do ato ou fato coator.

Impetrante: se MS individual (qualquer pessoa); se MS coletivo (partido político, sindicato, entidade de classe ou associação).

Impetrado: é a autoridade responsável pela prática do ato coator. Não é o ente político para o qual ela trabalha.

Mérito: deve-se demonstrar a liquidez e a certeza do direito ameaçado ou já violado. Comprovar que a violação ou ameaça são atribuídas a ato de autoridade pública. A prova é pré-constituída, o que significa dizer que as provas já devem estar prontas e, portanto, serão juntadas com a inicial. Não se admite a dilação probatória no decorrer do processo.

Liminar: em sede de MS a medida liminar poderá ser concedida para suspender o ato que deu motivo ao pedido (art. 7º, III, da Lei n. 12.016/2009). Isso apenas acontecerá se estiver demonstrado o relevante fundamento de direito (*fumus boni iuris*) e se comprovado que do ato praticado puder resultar na ineficácia da medida (*periculum in mora*).



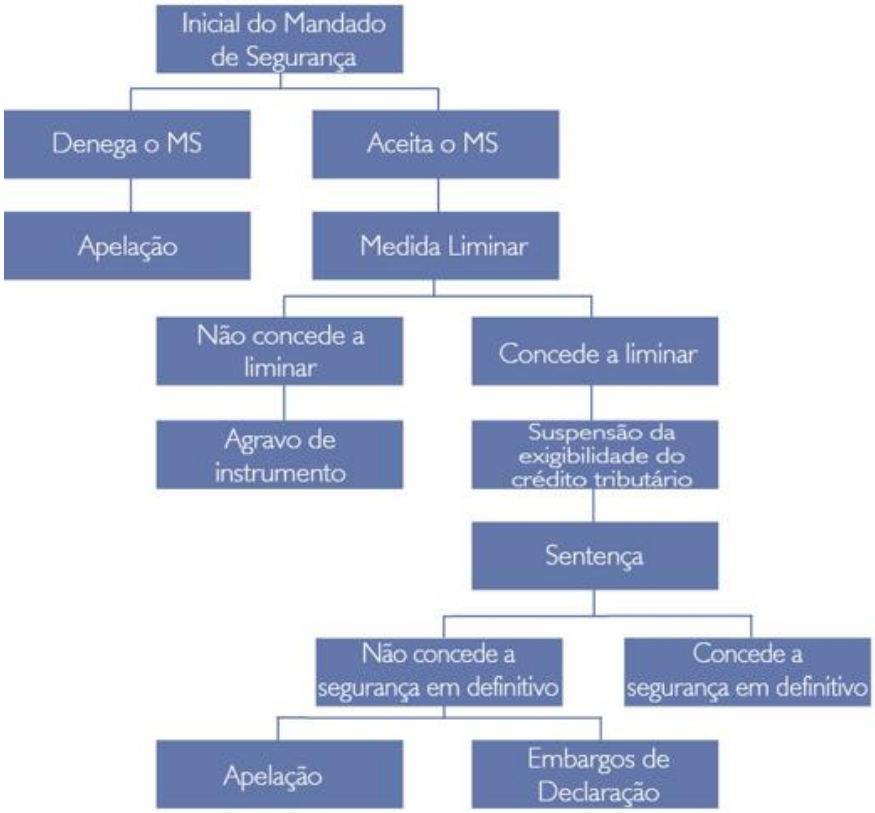
Presença do Ministério Público: após a autoridade coatora ter prestado as informações necessárias nos autos do processo, a Lei n. 12.016/2009 exige que um membro do Ministério Público seja ouvido dentro de um

prazo de 10 dias (art. 12). Independentemente do parecer, os autos estarão à disposição do juiz para proferir sua decisão.

Pedido: o que se pretende em via mandamental é uma ordem do juiz dirigida à autoridade coatora. Além disso, pode-se pedir a concessão de medida liminar.

Valor da Causa: como o conteúdo da ação é uma ordem, logo o valor da causa deve ser indicado apenas para efeitos de custas processuais, embora esse valor deva ser correspondente ao benefício que o impetrante pleiteia.

6.14. *Fluxograma*



6.15. *Pontos-chave*

1. Endereçamento (Justiça Federal se autoridade coatora federal. Justiça Estadual se autoridade coatora estadual ou municipal)

2. Qualificação completa

3. Fatos

4. Direito

5. Razões para a liminar

6. Pedido: concessão da medida liminar para que a autoridade coatora faça (exemplo: emitir uma certidão negativa de débito) ou deixe de fazer (exemplo: abster-se de exigir um tributo), procedência do pedido para uma sentença favorável, concedendo a segurança em definitivo; notificação da autoridade coatora para prestar informações em 10 dias; intimação da pessoa jurídica de direito público na pessoa de seu representante judicial; oitiva do membro do Ministério Público; condenação em custas e valor da causa.

6.16. *Passo a passo*

1. Certifique-se da pretensão do impetrante (não pagar o tributo ou apenas pagar o que entende devido).

2. Verifique se há lançamento ou não. Se existiu o lançamento apenas impetre o Mandado de Segurança se dentro do prazo de 120 dias.

3. Identifique a autoridade coatora. Se federal, a ação deve ser impetrada na Justiça Federal. Se estadual ou municipal, a ação deve ser impetrada na Justiça Estadual.

4. Determine o foro competente para a propositura da ação. Esta ação deverá ser proposta no local do ato ou fato coator, como regra.

5. Após o endereçamento, inicie a ação sem epígrafe. Não é preciso identificar se o Mandado de Segurança é preventivo ou repressivo. Basta descrever Mandado de Segurança.

6. Relate os fatos preponderantes.

7. Desenvolva as teses iniciando sempre pela mais forte (aquela cujo fundamento é bastante para afastar integralmente a cobrança).

8. Verifique a necessidade e a possibilidade de pedir a concessão de medida liminar e certifique-se da presença de todos os requisitos para tanto (art. 7º, § 3º, Lei n. 12.016/2009). Atente-se também às hipóteses legais que antes vedavam a concessão de liminar (art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009). Tal dispositivo foi considerado inconstitucional.

9. Não se esqueça de pedir: (I) a concessão da medida liminar (se for o caso); (II) a procedência do pedido; (III) a notificação da autoridade coatora; (IV) a cientificação do órgão de representação judicial do ente político interessado; (V) condenação em custas (NÃO PEDIR CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS); (VI) apenas juntar as provas (NÃO PEÇA PELA PRODUÇÃO).

10. Determine o valor da causa (apenas para efeitos de custas processuais).

6.17. *Questão comentada*

Sônia, domiciliada em Limeira – SP, adquiriu, em meados de 2007, um veículo automotor importado. No início de 2018, foi notificada a efetuar o pagamento do imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA) à alíquota de 6% sobre o valor venal do bem. Entretanto ao consultar a legislação aplicável, Sônia constatou que as alíquotas do imposto variavam da seguinte forma: I – 1% para veículos de carga com lotação acima de 2.000 kg, caminhões-tratores, micro-ônibus, ônibus e tratores de esteira, de rodas ou mistos; II – 2% para ciclomotores, motocicletas, motonetas, quadriciclos e triciclos; III – 3% para automóveis, caminhonetes, caminhonetas e utilitários; e IV – 6% para os veículos relacionados no inciso anterior, de fabricação estrangeira. Assim, por considerar indevida a cobrança, Sônia requereu à

autoridade fazendária — delegado tributário da receita estadual — a aplicação da alíquota de 3%. Em setembro de 2018, foi proferida decisão que indeferiu o pedido de Sônia, sob o argumento de que a aplicação da alíquota de 6% está em consonância com o princípio da capacidade contributiva.

Em face da situação hipotética apresentada, na qualidade de advogado(a) contratado(a) por Sônia, que entende ter direito líquido e certo de pagar o IPVA à alíquota de 3%, proponha a medida judicial que entender cabível, de caráter mais urgente e eficaz, para a defesa dos interesses de sua cliente. Aborde, em seu texto, todos os aspectos de direito material e processual pertinentes, com fulcro na doutrina e na jurisprudência.

Comentários:

Para identificar a PEÇA: como de costume ressaltamos que para a identificação da peça é de grande importância verificar a pretensão do contribuinte diante do relatado pelo enunciado. E mais uma vez o problema é bastante enfático ao descrever o seguinte trecho: "Assim, por considerar indevida a cobrança, Sônia requereu à autoridade fazendária — delegado tributário da receita estadual — a aplicação da alíquota de 3%". A pretensão é de NÃO PAGAR, de modo que pensamos a partir de agora apenas nas opções de: Declaratória ou Anulatória, Mandado de Segurança e Exceção de Pré-executividade ou Embargos. São essas as peças quando o objetivo do contribuinte é afastar a exigência fiscal.

Insta lembrar agora o procedimento de cobrança tributária e verificar qual das possíveis etapas o enunciado ilustra:

a) entre fato gerador e lançamento;

b) entre lançamento e Execução Fiscal; ou

c) após a propositura da Execução Fiscal.

É descrito pelo enunciado que Sônia, a contribuinte do IPVA, foi notificada para o pagamento. A seguir, apresentou recurso administrativo, cuja decisão transitou em julgado a seu desfavor em setembro de 2018. Não consta nenhum dado acerca da propositura da execução fiscal, logo, diante da pretensão de não pagar o IPVA, a contribuinte se encontra entres as alternativas do Mandado de Segurança e da Ação Anulatória.

Uma vez que a situação- problema exige que se ingresse com a medida judicial de "caráter mais urgente e eficaz", então devemos ficar com o Mandado de Segurança acompanhado do pedido liminar.

Para identificar a TESE: a cobrança do IPVA recai sobre a propriedade de veículo automotor, independentemente deste veículo ser nacional ou estrangeiro. Certo é também que as alíquotas do IPVA podem variar conforme o uso e o tipo do veículo, conforme estabelecido pelo art. 155, § 6º, II, da Constituição Federal.

Ocorre que no caso descrito o IPVA incidente sobre o veículo adquirido no exterior exige um pagamento equivalente a 6% do valor venal do automóvel, apesar de os automóveis produzidos aqui no País se submeterem a apenas 3%.

Trata-se de uma situação que frontalmente viola a disposição contida no art. 152 da Constituição Federal, o denominado princípio da não diferenciação ou não discriminação tributária. Trata-se de uma limitação constitucional adstrita apenas a Estados, Distrito Federal e Municípios, não submetendo, portanto, a União.

Segundo essa regra, Estados, Distrito Federal e Municípios estão proibidos de estabelecer para seus bens ou serviços tributação diferenciada em razão da origem ou do destino destes bens ou serviços. Observe, então, que origem e destino não podem figurar como critérios motivadores de eventual discriminação tributária.

Repisamos, por outro lado, que o IPVA admite variação em suas alíquotas, tema inclusive vislumbrado pela Constituição Federal. Contudo no art. 155, § 6º, II, os critérios autorizados da oscilação das alíquotas não são a origem e o destino, mas sim o tipo e o uso do veículo.

Ademais, quando o Delegado Regional Tributário justifica a cobrança sob a alíquota de 6% informando essa estar alinhavada com o princípio da capacidade contributiva, mais um equívoco aqui compromete a exigência. Isso porque o princípio aludido encontra respaldo no art. 145, § 1º, da Constituição Federal e nele percebe-se a determinação de alíquotas progressivas aos impostos pessoais conforme a capacidade econômica do indivíduo, de modo que conforme maior a base de cálculo do imposto, maior restará a alíquota aplicável.

Ocorre que o IPVA não é qualificado como imposto pessoal, mas sim como imposto real, o que significa dizer que a progressividade de suas alíquotas somente restariam válidas mediante excepcional autorização pela Carta Magna, tal qual aconteceu para o IPTU (art. 156, § 1º, I, após alteração introduzida pela EC n. 29/0200), bem como para o ITR (art. 153, § 4º, I, após acréscimo imposto pela EC n. 42/2003).

Como não bastasse há também, em razão dos fundamentos que pretendem justificar a cobrança, ferimento ao princípio da isonomia, pois se a diferenciação de alíquotas fosse permitida, certamente aquele que figura como importador de veículo seria tratado de modo diferente daqueles que adquirem veículos produzidos em território Nacional.

Como identificar os PEDIDOS: considerando as particularidades da ação mandamental, o pedido nesta peça sempre recebe atenção especial no Exame de Ordem, conforme notamos na distribuição da pontuação quando divulgados os gabaritos.

Em razão da presença dos relevantes fundamentos jurídicos (fumus boni iuris) e do receio da ineficácia da medida (periculum in mora), a concessão

da liminar para suspender imediatamente a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, IV, do CTN, bem como exigindo que a autoridade coatora se abstenha da cobrança sob a alíquota de 6% sobre o veículo, é o primeiro pedido a ser realizado.

Nesse sentido, deverá também requerer seja determinada a tributação sob a alíquota mínima estabelecida em lei (3% para automóveis), afinal o imposto de fato é devido (porém não com a alíquota diferenciada). E ainda nesse principal pedido requerer seja o julgamento procedente, confirmando-se a liminar e ao final concedendo-se a segurança em definitivo.

Importantíssimo não esquecer que para o Mandado de Segurança não há propriamente o requerimento de citação, mas sim o requerimento para que a autoridade coatora seja notificada para prestar informações no prazo legal, bem como requerimento para cientificar a pessoa jurídica de Direito Público e ainda a oitiva do membro do Ministério Público.

Não haverá aqui requerimento para a produção de provas, pois essa ação não comporta dilação probatória. No máximo poderá ser pedida a juntada das provas pré-constituídas.

Outro ponto que merece cuidado é o requerimento tão somente para condenação em custas judiciais, sendo considerado erro crasso pedir a condenação em honorários.

Para o desfecho, a indicação do valor da causa e, ainda em razão dos termos, o deferimento da petição.

6.18. *Modelo de Mandado de Segurança*

Folha 1/5

01	EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ FEDERAL DA VARA CÍVEL
02	DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE ...

03	
04	
05	
06	
07	
08	Ventura Ltda., pessoa jurídica de direito interno devidamente inscrita
09	no CNPJ/MF sob o n. ,com sede (endereço) nesta capital - RJ, por
10	seu advogado infra-assinado, com procuração inclusa, com endereço para
11	receber intimações na Rua... e endereço eletrônico..., vem, respeitosa-
12	mente, à presença de Vossa Excelência, nos termos do art. 5º, inciso
13	LXIX, da Constituição Federal e Lei n. 12.016/2009, impetrar, tem-
14	pestivamente, o presente:
15	
16	MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR
17	
18	contra ato do Delegado da Receita Federal do Brasil, lotado na Delegacia
19	da Receita Federal, órgão da União, pelos motivos de fato e de direito
20	a seguir expostos:
21	
22	I – FATOS

23	
24	A empresa Ventura, companhia de cotas por responsabilidade
24	limitada, é frequentadora assídua de licitações públicas e, portanto,
25	dependente contumaz de certidões de regularidade fiscal.
26	
27	Ocorre que, por contingências do dinamismo da atual economia,
28	viu seu faturamento ser reduzido drasticamente por determinado
29	período, momento no qual ficou em haver tributos federais.
30	

31	Tão logo suas finanças se equilibraram, procurou ingressar com
32	pedido de parcelamento e o teve deferido pela Secretaria da Receita
33	Federal, possibilitando a partir de então a obtenção de certidão
34	positiva com efeitos de negativa.
35	Apesar de sua predisposição em regularizar sua situação e manter
36	seu compromisso com as parcelas de sua dívida, lhe está sendo recusada
37	a certidão que tanta necessita.
38	
39	II – DIREITO

40	
41	Apoiada na presunção de liquidez e certeza, característica da certidão
42	de dívida ativa, a Fazenda Pública, nos ditames da Lei n. 6.830/80, poderá
43	buscar a prestação da tutela jurisdicional executiva. O que não se deve
44	olvidar, por outro lado, é que se trata de presunção relativa que,
45	permitindo seja ilidida por prova inequívoca, oferece ao contribuinte
46	todos os meios em Direito para comprovar eventual e inapropriada cobrança.
47	
48	No mesmo sentido caminham as lições do Código Tributário Nacional:
49	
50	Art. 204. A dívida regularmente inscrita goza da presunção de
51	certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída.
52	Parágrafo único. A presunção a que se refere este artigo é relativa
53	e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo
54	ou do terceiro a que aproveite.
55	
56	Para o caso em tela, a empresa tem conhecimento de alguns créditos
57	tributários constituídos que por ela não foram pagos tempestivamente, em
58	dificuldade financeira pela qual passou, porém que hoje encontra-se
59	controlada.
60	

61	A circunstância descrita gerou na época grande preocupação para a empresa,
62	pois sua atividade encontra-se diretamente ligada a participações em
63	licitações, concorrências estas que exigem por parte do contribuinte
64	participante comprovação de regularidade fiscal.
65	
66	Não por outro motivo a empresa buscou requerer parcelamento
67	de suas dívidas logo que foi informada acerca de lei federal que
68	oferecia o benefício para a regularização. Em poucos dias o requerimento
69	foi deferido, e até os dias atuais a empresa cumpre religiosamente os
70	pagamentos mensais, sempre na data de vencimento.
71	
72	Sua obediência aos requisitos legais leva especialmente em consideração
73	a garantia atribuída mais uma vez pelo Código Tributário Nacional:
74	
75	Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de
76	determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão
77	negativa, expedida à vista de requerimento do interessado,
78	que contenha todas as informações necessárias à identificação de
79	sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e

80	indique o período a que se refere o pedido.
81	
82	Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a
83	certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em
84	curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a pe-
85	nhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.
86	
87	A parte final do dispositivo encontra-se grifada, pois a contribuinte
88	vale-se justamente de uma forma de suspensão da exigibilidade do crédito,
89	qual seja, o parcelamento.
90	

91	Não há qualquer restrição da lei complementar destacada a uma
92	ou outra modalidade de suspensão, logo quaisquer delas terão o
93	condão de garantir ao beneficiado a obtenção de uma certidão de
94	regularidade fiscal, na qualidade de certidão positiva com efeitos
95	de negativa (CPD-EN).
96	
97	Desta feita, não se pode negar o direito à contribuinte de certidão

98	imprescindível para sua participação em licitação pública, sob pena de
99	malferir a segurança jurídica e o princípio da legalidade, violando-se por
100	conseguinte o Estatuto do Contribuinte.
101	
102	III – DA LIMINAR
103	
104	Segundo disposto na lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/2009):
105	
106	Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:
107	III – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando
108	houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar
109	a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facul-
110	tado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o
111	objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.
112	
113	É evidente o direito de se obter junto à via mandamental uma tutela
114	de urgência com objetivo de proteger situações peculiares, porém que se
115	caracterizam relevante fundamento de direito e seu caráter emergencial.
116	
117	Para o caso, o relevante fundamento jurídico encontra-se discipli-
118	nado na combinação dos arts. 206 e 151 do Código Tributário

119	Nacional, os quais garantem ao contribuinte a obtenção de certidão
120	de regularidade fiscal.

Folha 5/5

121	O “periculum in mora” mostra-se presente na necessidade de o contribuinte
122	obter a citada certidão em prazo anterior ao fixado pela licitação pública
123	para aqueles que se interessam dela participar. Pois, por via contrária,
124	de nada adiantaria o documento se este fosse expedido extemporaneamente.
125	
126	IV – PEDIDO
127	
128	Diante de todo o exposto, requer seja concedida medida liminar
129	ordenando que a autoridade coatora expeça a certidão positiva com
130	efeitos de negativa e, ao final, seja concedida a segurança em definitivo
131	por ser ilegal a recusa a sua pretensão.
132	
133	Requer, outrossim, a notificação da autoridade coatora para que
134	preste informações no prazo de 10 (dez) dias, bem como oitiva do
135	Ministério Público e ainda a intimação da pessoa jurídica de direito público.
136	
137	Dá à causa o valor de R$...

138	Termos em que pede deferimento.
139	Local e data...
140	Advogado... OAB n. ...

7. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

7.1. *Descrição do instrumento*

A primeira característica da ação de consignação em pagamento está relacionada com a pretensão do autor. Aqui a pretensão é pagar o tributo, diferentemente da ação declaratória, da ação anulatória ou do mandado de segurança, quando a pretensão é de não pagar ou pagar um valor menor do que aquele que está sendo cobrado.

É certo que, se as pretensões do contribuinte e do Fisco são colidentes, a formação da lide é inevitável, e para a solução do caso necessitar-se-á da intervenção do Poder Judiciário. No entanto, referida ação apenas deverá ser proposta se quem cria dificuldades para a quitação do débito é o próprio credor, cabendo ao autor da ação comprovar o óbice.

Vale lembrar que as pessoas legitimadas para ingressar com a ação consignatória serão o próprio contribuinte, o responsável e até o terceiro interessado. A afirmação está baseada no art. 204 do Código Tributário Nacional, uma vez que o dispositivo permite que a liquidez e certeza do título executivo possa ser ilidida pelo sujeito passivo ou por terceiro a que aproveite.

Caso haja dúvida entre os credores que se apresentam, desconhecendo o autor da ação o ente político legítimo a receber o pagamento, este deverá requerer a citação não de um, mas de ambos os entes políticos, para que cada um se manifeste comprovando o direito de credor (art. 547 do Código de Processo Civil).

7.2. *Competência*

Verificar-se-á a competência de acordo com o tributo discutido na ação. Tratando-se de tributo federal a competência será da Justiça Federal, caso

contrário será competente a Justiça Estadual para julgar as ações que envolvam tributos estaduais e municipais.

Certo é que, nos casos em que a consignação em pagamento é proposta em razão da recusa no recebimento ou a subordinação ao pagamento de um tributo ao pagamento de outro ou ao cumprimento de exigências administrativas que extrapolam a lei, o sujeito passivo somente poderá ser o ente político que promoveu a recusa ou a subordinação. Desse modo, se foi a União ou uma de suas autarquias que recusou o pagamento ou o condicionou a outras exigências, a Justiça Federal é que deverá ser procurada, em razão da força do art. 109 da Constituição Federal. Se os entes responsáveis pela dificuldade do contribuinte em se livrar da obrigação são os Estados ou os Municípios, bem como suas respectivas autarquias, caberá à Justiça Estadual apreciar o feito.

Entretanto uma questão pode surgir **quando existem dois entes políticos cobrando tributos diferentes** em relação a um mesmo fato gerador. Se a União for um dos entes federados, então a ação restará sob competência da Justiça Federal, se a União não se apresentar como credora, então, Justiça Estadual.

E não poderia ser diferente, uma vez que o inciso I do art. 109 da Constituição Federal dispõe que, nas causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de rés, por exemplo, aos juízes federais competirá processar e julgar a demanda.

Portanto, para os casos de recusa ou subordinação, basta a citação do ente político criador do obstáculo. Para o terceiro caso (bitributação), é necessária a citação dos entes políticos que se entendem credores de um mesmo tributo.

Conhecendo a Justiça pela qual dar-se-á início ao processo, resta-nos aplicar as regras processuais para descobrir o foro competente.

Nos termos do art. 540 do Código de Processo Civil, **a consignação deverá ser proposta no local do pagamento**, não obstante haver posicionamentos que admitem que o foro pode ser o do domicílio do réu (credor do tributo) ou até mesmo o foro de eleição contratado.

7.3. *Terminologia*

Partes: autor e réu.

Verbo: propor.

Pedido: procedência do pedido, requerendo autorização para consignar o valor em pagamento e, consequentemente extinguir o crédito tributário.

7.4. *Fundamentação*

O Código de Processo Civil trata da dinâmica da ação de consignação em seus arts. 539 a 549, e o Código Tributário Nacional versa sobre as hipóteses de sua propositura no art. 164 e seus incisos.

Como a ação está relacionada ao pagamento do tributo, o próprio Código Tributário Nacional determina as situações que permitem que a suposta importância devida seja consignada.

> Art. 164. A importância do crédito tributário pode ser consignada judicialmente pelo sujeito passivo, nos casos:
> I – de recusa de recebimento, ou subordinação deste ao pagamento de outro tributo ou de penalidade, ou ao cumprimento de obrigação acessória;
> II – de subordinação do recebimento ao cumprimento de exigências administrativas sem fundamento legal;
> III – de exigência, por mais de uma pessoa jurídica de direito público, de tributo idêntico sobre um mesmo fato gerador.

A principal diferença dessa ação para as demais, como a Declaratória, a Anulatória, o Mandado de Segurança, se dá em relação à pretensão, pois, quando o contribuinte opta pela Consignação em Pagamento, sua pretensão é de cumprir sua obrigação tributária, contudo, devido a algumas circunstâncias, não consegue fazê-lo.

Tais circunstâncias não são aleatórias, ao contrário, o CTN indica explicitamente as situações em que o contribuinte poderá promover a presente ação (art. 164).



A ação consignatória possui mais uma diferença em relação às demais ações tributárias. De acordo com o CPC, é aplicado a todas as causas o procedimento comum, a não ser que lei especial ou o próprio CPC estabeleçam disposição em contrário (art. 318). É exatamente o que ocorre nesse caso, pois a Ação de Consignação deve caminhar delineada por um procedimento especial.

> Art. 539. Nos casos previstos em lei, poderá o devedor ou terceiro requerer, com efeito de pagamento, a consignação da quantia ou da coisa devida.

Vale lembrar, ainda, que na hipótese de ajuizamento desta ação deverá o examinando atender aos requisitos da petição inicial, previstos no art. 319 do Código de Processo Civil.

7.5. *Hipóteses de cabimento*

São três as hipóteses de cabimento:

- *RECUSA* de recebimento.

Exemplo: Um cidadão em atraso com o pagamento de um imposto estadual se dirige a um posto fiscal conforme orientação da Administração Pública para realizar o recolhimento do imposto acrescido dos juros e da correção monetária devida. Contudo, ao chegar no local indicado, descreve sua situação e é informado de que o pagamento não será aceito justamente porque se encontra fora do prazo. Há neste caso uma injustificada recusa no recebimento, algo que deve ser sanado justamente pela da medida consignatória.

- *SUBORDINAÇÃO* do pagamento ao pagamento de outro tributo ou penalidade; subordinação do recebimento ao cumprimento de exigências administrativas sem fundamento legal.

Exemplo: Um cidadão devedor do imposto de renda, ao fazer sua declaração retificadora, complementando o pagamento, encontra-se diante do delegado da Receita Federal, que exige, em conjunto com a declaração, a juntada de extratos bancários que comprovem a movimentação financeira do contribuinte. Tal exigência não tem apoio legal, de modo que o sujeito passivo do IR não se pode ver prejudicado por tal determinação.

Nesse exemplo, há claramente uma exigência administrativa infundada em lei (art. 164, II). De maneira alguma o contribuinte de boa-fé deve dispor de seu sigilo bancário para satisfazer condição administrativa sem supedâneo legal.

- *BITRIBUTAÇÃO*. Exigência, por mais de uma pessoa jurídica de direito público, de tributo idêntico sobre um mesmo fato gerador.

Exemplo: Quanto a um serviço prestado por determinada empresa em Município diverso daquele de sua localização, ambos os entes municipais (o

do estabelecimento da empresa e o do local da prestação do serviço) exigem o ISS sobre a operação realizada por acreditarem que são credores. Claro que apenas um deles possui o direito de receber o pagamento, porém, tendo em vista a dúvida, será a consignação o meio judicial adequado a resolver a demanda.

Façamos, então, algumas anotações sobre cada uma dessas hipóteses descritas pela legislação complementar responsável por estabelecer normas gerais de Direito Tributário.

Embora pareça um pouco ilógico, existe a possibilidade de o credor de um tributo recusar-se a receber o pagamento. Nesse caso, para suscitar a promoção da ação de consignação, caberá ao contribuinte comprovar que o Poder Público, embora sujeito de direito hábil a receber a importância devida, se recusa a aceitar o pagamento.

Ressalte-se que a **mera discordância quanto ao valor do tributo não habilita a ação de consignação em pagamento**. Para essa situação, o mais indicado será a propositura da ação declaratória ou mesmo, quando as provas forem pré-constituídas, a impetração do mandado de segurança.

Ademais, o Código Tributário Nacional dispõe que a subordinação do pagamento de um tributo ao pagamento de outro tributo ou penalidade ou ao cumprimento de obrigação acessória e, ainda, a subordinação do pagamento de um tributo ao cumprimento de exigências administrativas sem fundamentação legal também legitimam o contribuinte a propor a consignação. Isso porque o sujeito passivo tem o direito de pagar o tributo, ainda que possua outros débitos ou não tenha adimplido a obrigação instrumental.

Outrossim, será possível o ajuizamento da aludida ação quando mais de uma pessoa jurídica de direito público exigir tributo idêntico sobre o mesmo fato gerador, circunstância conhecida como “bitributação”, uma vez que o sujeito passivo não tem o dever de saber qual ente político é competente

para receber a exação, podendo, inclusive, ter seu patrimônio reduzido indevidamente ao incorrer em erro na opção de pagamento.

Não escolha a Consignação quando:

- Pretende pagar o tributo lançado, contudo afastando a incidência da multa e dos juros. Prefira, nesse caso, Declaratória, Anulatória ou Mandado de Segurança, segundo as informações indicadas no enunciado.
- Pretende pagar o tributo, porém num valor mais baixo do que aquele que é cobrado. Também caso de Declaratória, Anulatória ou Mandado de Segurança.

> **Atenção:** Para esses dois casos acima, pedimos extrema cautela, pois há precedentes no Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a possibilidade de, por meio da Consignação em Pagamento, o contribuinte também discutir o montante da cobrança, uma vez que poderá consignar apenas o valor que entende devido. A não aceitação do Fisco de menor valor é hipótese que se encaixa em recusa ao recebimento do pagamento (STJ, REsp 659.779/RS, julgado em 14-9-2004).

Assim, o grande objetivo será identificar a verdadeira pretensão do contribuinte: se a pretensão é de pagar, então Consignação. Contudo se for de não pagar, logo, Declaratória, Anulatória ou Mandado de Segurança.

- Dois entes cobram o tributo, contudo para um deles o pagamento já foi feito. Em relação ao outro ente devemos impetrar Mandado de Segurança para afastar a exigência.
- Pretende pagar a dívida por meio de parcelamento que lhe foi negado. Esse é caso de Declaratória ou Mandado de Segurança.

7.6. *Efeitos*

Os efeitos da ação consignatória estão referidos no § 2º do art. 164 do Código Tributário Nacional, que dispõe que, se ação for julgada procedente, considerar-se-á efetuado o pagamento e o valor consignado será convertido em renda, liberando o autor da ação da obrigação; caso a ação seja julgada improcedente, o montante devido será cobrado com juros de mora e as penalidades cabíveis.

7.7. *Prazo*

Não há um prazo prescricional determinado para ajuizar a ação de consignação em pagamento em matéria tributária, mas sim um prazo para o credor tributário se manifestar acerca da proposição da ação. Ademais, o fato de existir lançamento ou não é indiferente para essa ação, uma vez que tem cabimento tanto antes como após a constituição do crédito tributário.

7.8. *Depósito judicial e valor da causa*

Para o desenvolvimento da ação de consignação, exige-se a realização de depósito. Cremos ser natural essa exigência, mesmo porque a pretensão do contribuinte é a de ser liberado da obrigação tributária.

Mais que o depósito, faz-se necessário o depósito integral, compreendendo não só o valor da obrigação, bem como a correção monetária após o prazo do vencimento do tributo até a data do efetivo depósito e também multa de mora e punitiva se for o caso.

Proposta a consignação, o autor tem que estar preparado para efetuar o depósito no montante do tributo derivado da obrigação que ele pretende liquidar.

> **Importante:** o depósito no montante integral e a consignação em pagamento não devem ser confundidos. O primeiro é possibilidade que o contribuinte tem para discutir o crédito tributário sem o risco da propositura da ação executória, portanto, utilizado quando a

pretensão é de não pagar. O segundo remonta à intenção de o contribuinte quitar o tributo que lhe está sendo exigido, coincidindo com o objetivo da ação consignatória.

Depósito no montante integral – suspende a exigibilidade do crédito tributário – art. 151 do CTN.		Consignação em pagamento – modalidade de extinção do crédito tributário – art. 156 do CTN.

Nas hipóteses de dois entes exigindo tributos idênticos, os valores cobrados em geral não são equivalentes, fazendo brotar nova dúvida na mente do devedor: qual o valor a ser consignado? Ambos? O menor? O maior?

Sugerimos o maior valor, mesmo que o autor da ação entenda devido o tributo com valor mais baixo. Tal escolha protegerá o contribuinte dos dois credores, pois o depósito no montante integral é uma das modalidades de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, II, do CTN).

Se para um ente o valor devido é de R$ 1000 e para outro é de R$ 2000, o depósito de meros R$ 1000 freará apenas a ânsia do primeiro credor, deixando o segundo livre para uma iminente execução fiscal. Por outro lado, efetuando o depósito de R$ 2000, a exigibilidade do crédito estará suspensa para os dois credores, uma vez que a modalidade só faz surgir seus efeitos quando da integralidade do depósito. O valor da causa será, portanto, o montante a ser consignado em juízo.

7.9. *Síntese da estrutura*

A Ação de Consignação em Pagamento não segue o procedimento comum, ao contrário, o Código de Processo Civil assinala que tal ação obedecerá a um procedimento especial.

Endereçamento: a ação deve ser proposta no lugar do pagamento (art. 540 do CPC).

Autor: é parte legítima o devedor do tributo que pretende quitá-lo ou o terceiro interessado (art. 539 do CPC).

Réu: será o sujeito de direito que impõe algum obstáculo ao pagamento do tributo ou ambas as pessoas jurídicas de direito público que entendem serem legitimadas a receber a exação.

Mérito: o autor deve demonstrar que realmente houve qualquer uma das três hipóteses descritas no art. 164 do CTN. Para a hipótese de bitributação, se possível, deve-se "tomar partido" do ente político de direito que apresenta as condições para arrecadar o tributo. Porém é preciso lembrar: quem se preocupa com a discussão de fato e de direito são os entes que acreditam sujeitos ativos do tributo.

Pedido: nesta petição inicial, o autor requererá o depósito da quantia devida, bem como a citação do réu (ou dos réus, para o caso de bitributação) para levantar o montante consignado ou oferecer resposta à inicial. Cabe ainda requerimento para a produção de provas e condenação em custas e honorários advocatícios.

Valor da Causa: corresponde ao valor do crédito tributário que o autor da ação pretende extinguir.

7.10. *Fluxograma*



7.11. *Pontos-chave*

1. Endereçamento (Justiça Federal se tributo federal. Justiça Estadual se tributo estadual ou municipal). Se tributo federal com qualquer outro tributo (estadual ou municipal), a justiça competente é a Federal

2. Qualificação completa

3. Fatos

4. Direito

5. Pedido: procedência do pedido para uma sentença favorável, requerendo autorização para o depósito; citação de todos os entes envolvidos; condenação em custas e honorários; requerimento para a produção de provas e valor da causa.

7.12. *Passo a passo*

1. Certifique-se da pretensão do contribuinte (pagar o tributo).

2. O fato de existir lançamento ou não é indiferente para essa ação. Afinal é medida possível antes ou após o lançamento.

3. Identifique a Justiça competente. Não se esqueça de que se a União for parte na ação, o processo necessariamente deverá ser instaurado na Justiça Federal.

4. Após o endereçamento, inicie a ação sem epígrafe.

5. Faça a qualificação completa das partes.

6. Para fundamentar a peça identifique qual inciso do art. 164 do Código Tributário Nacional ensejou a propositura da ação.

7. Relate os fatos preponderantes.

8. Desenvolva as teses iniciando sempre pela mais forte.

9. Não se esqueça de pedir: (I) autorização para consignar o pagamento; (II) a citação do réu (ou dos réus); (III) a condenação em custas e honorários advocatícios e; (IV) a produção de provas.

10. Determine o valor da causa (valor do pagamento).

7.13. *Questão comentada*

A&D Consultoria Ltda. firmou contrato de prestação de serviços de consultoria com o Banco Claro S.A., para desenvolver e propor a implementação de estratégias mercadológicas para Internet e intranet.

O serviço foi prestado na sede do Banco Claro S.A., em certo município goiano, e o estabelecimento da A&D Consultoria Ltda. é localizado em município paulista. Após consulta às legislações locais, os dirigentes da A&D Consultoria Ltda. concluíram que tanto o município goiano quanto o paulista se reputam credores do imposto sobre serviços (ISS), o que ensejou dúvida sobre quem seria o sujeito ativo competente para receber o referido imposto, no valor de R$ 5.500,00.

Considerando a situação hipotética apresentada, proponha, na qualidade de procurador da A&D Consultoria Ltda., a medida judicial que entender cabível, com fundamento na matéria de direito aplicável ao caso, apresentando todos os requisitos legais pertinentes.

Comentários:

Para identificar a PEÇA: o Exame de Ordem que contempla dois entes federados que se reputam competentes para receber o tributo, ensejando dúvida quanto a quem a exação é devida; ou mesmo que não exista dúvida para quem pagar, contudo persistem dois entes cobrando o tributo sobre o mesmo fato gerador, presenciamos a denominada bitributação, uma das hipóteses que autorizam a propositura da Consignação em Pagamento.

Queremos lembrar ainda que, embora a bitributação seja a alternativa mais interessante para se abordar e exigir o desenvolvimento da ação consignatória, já ocorreu de vir descritos problemas com as demais hipóteses: subordinação do pagamento do tributo ao pagamento de outro tributo/multa/cumprimento de obrigação acessória/cumprimento de exigência administrativa sem base legal, ou ainda no caso de recusa por parte do Fisco credor em receber o pagamento.

Para não haver dúvidas quanto à escolha da Ação de Consignação em Pagamento, como na definição de toda e qualquer outra medida judicial, devemos interpretar o texto e identificar a verdadeira pretensão do contribuinte. Se o seu objetivo for pagar o tributo, porém não sabe ou não consegue fazê-lo em razão dos obstáculos vislumbrados pelo art. 164 do Código Tributário Nacional, resta comprovado o fundamento que autoriza a ação.

Na situação-problema acima há dois Municípios (um paulista e outro goiano) exigindo o ISS sobre um mesmo fato gerador (serviço de consultoria). Como se trata de tributo municipal, então a ação será proposta

na Justiça Estadual e o foro competente será, conforme art. 540 do Código de Processo Civil, o lugar do pagamento.

Para identificar a TESE: a principal tese da Consignação em Pagamento sempre será comprovar ter havido quaisquer um dos obstáculos indicados pelo Código Tributário Nacional (art. 164). Será imprescindível no presente caso apontar, explicar e desenvolver acerca do instituto da bitributação, porém não é só.

Especialmente por se tratar de bitributação, historicamente no Exame de Ordem contemplou o gabarito desenvolvimento também sobre quem deva ser o ente federado competente para a arrecadação, de modo que o candidato irá além da mera indicação dos fundamentos que autorizam a Consignação.

Em relação à exigência do ISS, cabe lembrar que um dos principais questionamentos existentes é determinar qual o Município competente para arrecadar o imposto. Se o Município local do estabelecimento prestador, ou aquele Município local da prestação do serviço.

O tema é rico em modificações legais e jurisprudenciais, por isso sempre muito atual para o Exame de Ordem. Com o advento da LC n. 116/2003, ficou estabelecida a regra de que o ISS deverá ser recolhido para o Município local do estabelecimento prestador (art. 3º da LC n. 116/2003). Sendo certo que apenas para alguns serviços (casos excepcionais), também expressamente indicados no mesmo dispositivo, o imposto deverá ser recolhido para o Município local da prestação do serviço.

Cumpre então observar se o serviço de consultoria comporta-se na regra ou se enquadra nas exceções. Verificado o dispositivo, percebe-se que não representa nenhum dos serviços excepcionais, logo aplica-se a regra do caput do art. 3º e, portanto, o imposto deverá ser recolhido para o Município local do estabelecimento prestador, sendo assim, a competência arrecadatória para a situação em tela é do Município paulista.

Vale ainda lembrar que esses fundamentos todos encontram-se respaldados inclusive pela mais recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, embora a matéria não seja propriamente sumulada.

Para identificar os PEDIDOS: para a realização do pedido da Consignação em Pagamento deve o candidato se apoiar, como de costume, nas indicações realizadas pelo Código de Processo Civil, pois, principalmente nesse tipo de ação, o procedimento não é o comum, mas sim especial, sendo difundidas suas especificidades a partir do art. 539 do citado diploma legal.

Desta feita, antes de tudo, deve-se requerer autorização do juiz para efetuar o depósito da quantia que se entende devida dentro do prazo de 5 dias (art. 542, I, do CPC), e com o deferimento do depósito seja por consequência suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, II, do Código Tributário Nacional.

Além disso, o requerimento para que o pedido seja julgado procedente, uma vez comprovada a bitributação, dando-se por cumprida a obrigação do contribuinte e, portanto, extinguindo o crédito tributário.

Cumprirá ainda registrar os demais requerimentos, como a citação (na bitributação requer-se a citação dos dois entes federados envolvidos), a produção de provas e a condenação ao pagamento de custas e honorários advocatícios. A seguir, porém não menos importante, a indicação do valor da causa que deve corresponder ao valor total da dívida.

7.14. *Modelo de Consignação em Pagamento*

Folha 1/4

01	EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA ...VARA
02	CÍVEL DA COMARCA DE ...

03	
04	
05	
06	
07	Construtora Europa LTDA., inscrita no CNPJ/MF sob n.....,
08	com sede no endereço...., em Recife, por meio de seu advogado que
09	esta subscreve (mandato incluso), com endereço para presença de Vossa
10	Excelência, com supedâneo no art. 539 e no receber intimações
11	(endereço eletrônico), vem, respeitosamente, à art. 164, do Código
12	Tributário Nacional, propor:
13	AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO
14	
15	em face da Municipalidade de Recife e Municipalidade de Goiânia,
16	pessoas jurídicas de direito público, com os respectivos CNPJ n., de
17	acordo com as razões de fato e de direito a seguir aduzidas.
18	
19	I – FATOS
20	
21	A Construtora Europa foi contratada para a edificação de um
22	complexo viário na cidade de Goiânia em razão de uma parceria com
23	outras empresas do setor.

24	
25	Ocorre que a Empresa com sede no Município de Recife, Estado de
26	Pernambuco, sempre recolheu o imposto sobre serviços na cidade onde
27	se encontra estabelecida, isso porque até então todos os serviços por
28	ela prestados encontravam-se adstritos na região.
29	
30	Contudo, no caso em tela, a construção na qual se empenhou foi

31	realizada em Município diverso (Goiânia) e, conforme a legislação que
32	regula a matéria, para o tipo de serviço prestado, o imposto deverá ser
33	recolhido no local da prestação do serviço, e não para o Município local
34	do estabelecimento da empresa.
35	
36	Entrementes, a Municipalidade de Recife insiste no recolhimento do
37	ISS, tal e qual também procede a Municipalidade de Goiânia. Sendo
38	certo que a empresa não pode ser compelida a pagar duas vezes o
39	imposto sobre um mesmo fato gerador, vê-se justificada a propositura
40	da ação de consignação em pagamento.
41	

42	II – DIREITO
43	
44	Coube ao Código Tributário Nacional relacionar as causas de extin-
45	ção do crédito tributário, em atenção ao exarado pela própria Consti-
46	tuição exigindo que tais modalidades encontrem-se descritas em legisla-
47	ção complementar.
48	
49	A consignação em pagamento encontra-se disciplinada no inc. VIII
50	do art. 156 do CTN como modalidade legal para garantir o desfecho do
51	liame entre contribuinte e Fisco.
52	
53	Como a ação está relacionada ao pagamento do tributo, o próprio
54	CTN relacionou as situações que permitem que a suposta importância
55	devida seja consignada.
56	
57	Art. 164. A importância do crédito tributário pode ser consignada
58	judicialmente pelo sujeito passivo, nos casos:
59	I – de recusa de recebimento, ou subordinação deste ao pagamento
60	de outro tributo ou de penalidade, ou ao cumprimento de obriga-

61	ção acessória;
62	II – de subordinação do recebimento ao cumprimento de exigências
63	administrativas sem fundamento legal;
64	III – de exigência, por mais de uma pessoa jurídica de direito
65	público, de tributo idêntico sobre um mesmo fato gerador.
66	
67	Para o caso colocado à baila, temos o enquadramento na terceira
68	hipótese descrita, a denominada bitributação. O contribuinte vê-se dian-
69	te de dois Municípios exigindo cada qual o imposto sobre serviços inci-
70	dente sobre um mesmo fato gerador. Sobremaneira não é uma situação
71	autorizada pela legislação em vigor.
72	
73	De acordo com a LC 116/2003, responsável por delinear as carac-
74	terísticas atinentes ao ISS, o imposto deverá ser arrecadado pelo
75	Município local do estabelecimento prestador, ou na falta do estabelecimento,
76	no local do domicílio do prestador (art. 3º).
77	
78	No entanto, o mesmo dispositivo ressalta haver exceções à regra
79	estipulada, informando que para alguns serviços o imposto haverá de ser
80	recolhido no Município local da prestação do serviço. Ex.: serviços de
81	reflorestamento, construção civil, demolição etc.

82	
83	Do ponto de vista jurídico em relação ao ISS em face do dispos-
84	to no art. 102 do CTN, a lei complementar pode conferir eficácia ex-
85	traterritorial às normas tributárias municipais, muito embora dê ensejo
86	a práticas (até abusivas), como instalar formalmente o escritório-sede
87	da empresa em Município em que a alíquota do ISS é substancialmente
88	menor e prestar serviço em outro Município.
89	
90	Desta feita, embora a regra seja o recolhimento do imposto para

Folha 4/4

91	o Município local do estabelecimento prestador, no caso em tela temos
92	uma das exceções previstas pela lei: construção civil.
93	
94	Portanto, serviço de construção civil estabelece como competente
95	para exigir o imposto o Município onde o serviço é concretizado, ou seja,
96	o Munícipio de Goiânia.
97	
98	III - PEDIDOS
99	

100	Ante o exposto, a autora requer:
101	
102	a) a autorização para efetuar o depósito no prazo de 5 (cinco) dias,
103	contados do deferimento, relativo ao ISS de obra realizada no mês de maio
104	de 2010 e, ao final, seja julgado procedente o pedido para o fim de
105	declarar quitado o presente crédito tributário;
106	b) a citação da Municipalidade de Recife e de Goiânia, nas pessoas
107	de seus representantes judiciais, para provarem o seu direito, já que
108	existe dúvida sobre quem deva legitimamente receber o pagamento;
109	c) a extinção do crédito tributário, nos termos do art. 156, VIII,
110	do Código Tributário Nacional;
111	d) a condenação da Ré nas custas processuais e nos honorários
112	advocatícios.
113	
114	As provas dos fatos alegados encontram-se anexadas à presente,
115	protestando-se pela produção de quaisquer outras provas em direito
116	admitidas.
117	Dá-se à causa o valor de R$...
118	Termos em que pede deferimento.
119	Local e data...

120	Advogado... OAB n. ...

8. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO

8.1. *Descrição do instrumento*

A ação de repetição de indébito é classificada pela doutrina como **ação de conhecimento de natureza condenatória**. Afinal, não poderia ser diferente, haja vista que o autor requer, em um primeiro momento, obter a certeza jurídica de que o pagamento realizado era indevido e, cumulativamente, a condenação da pessoa que recebeu tal pagamento a restituir a importância outrora recebida. Claro que, uma vez proferida a sentença favorável ao autor, este intentará sua liquidação (quando a sentença não determinar o valor ou não individuar o objeto da condenação), executando aquele que deve devolver os valores creditados indevidamente.

Com a propositura da referida ação, ocorre uma inversão dos polos em relação à obrigação tributária. A *priori*, o sujeito ativo de um tributo é o ente político, e o passivo, o contribuinte. Proposta essa ação, os polos são trocados: o sujeito ativo da ação é o contribuinte, e o passivo, o ente político arrecadador do tributo. Assim, não há por que temer se equivocar quanto ao **polo passivo da ação de repetição**, pois este será, sempre, o **sujeito de direito que permanece com o dinheiro arrecadado**; afinal, somente ele tem condições de devolver o que não lhe pertence.

Já a legitimidade ativa, em princípio, também é simples de ser verificada, uma vez que basta que exista o recolhimento indevido de tributos para que o contribuinte ou mesmo seus sucessores ingressem com a repetição desses indébitos.

8.2. *Competência*

Verificar-se-á a competência de acordo com o tributo discutido na ação. Tratando-se de tributo federal, a competência será da Justiça Federal, caso

contrário será competente a Justiça Estadual para julgar as ações que envolvam tributos estaduais e municipais.

8.3. *Terminologia*

Partes: autor e réu.

Verbo: propor.

Pedido: declarar o pagamento indevido, condenando o ente político a restituir os valores.

8.4. *Fundamentação*

Para verificar se um pagamento é indevido ou não, o Código Tributário Nacional determina as hipóteses em que a parte legítima pode restituir a íntegra do tributo ou restituí-lo parcialmente.

> Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do art. 162, nos seguintes casos:
>
> I – cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;
>
> II – erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;
>
> III – reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.
>
> Para essa ação também é necessário observar os requisitos do art. 319 do CPC, tendo em vista tratar-se de uma ação de iniciativa do contribuinte.

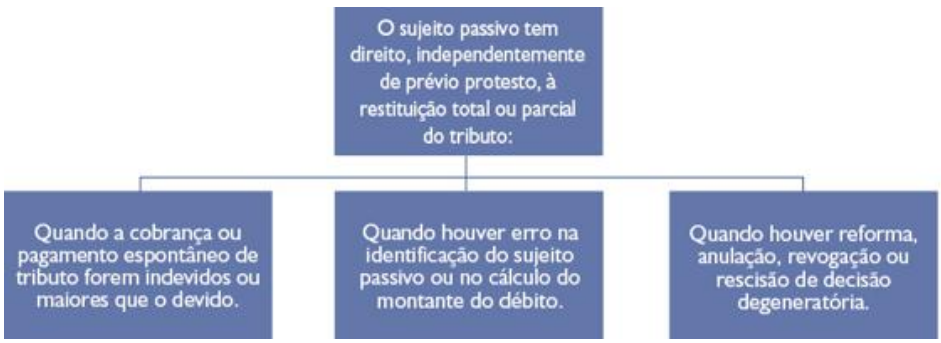
8.5. *Hipóteses de cabimento*

As hipóteses de cabimento da ação de Repetição do Indébito são objetivamente indicadas no art. 165 do CTN:

> I – cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;
>
> II – erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;
>
> III – reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

A ação de Repetição do Indébito pressupõe a existência de um pagamento. Um pagamento de tributo que tenha sido feito indevidamente, seja porque o contribuinte tenha recolhido aos cofres públicos mais do que deveria ou seja simplesmente porque o recolhimento sequer deveria ter sido feito.

Sendo assim, o contribuinte terá direito a restituir todos os valores pagos indevidamente, não importando qual tenha sido a modalidade do seu pagamento (art. 165 do CTN).



Antigamente o contribuinte era compelido a pagar um tributo para só então discutir se o pagamento era devido ou não. Tal prática é reconhecida, atualmente, pela expressão *solve et repete* e não condiz com as garantias constitucionais em vigor.

8.6. *Efeitos*

A pretensão do autor dessa ação é a restituição dos valores tributários pagos indevidamente. Assim, o pedido relacionado à repetição de indébito envolve dois provimentos: confirmar o pagamento indevido e exigir do ente arrecadador a importância paga.

8.7. *Prazo*

O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do **prazo de cinco anos**. A regra é exposta pelo art. 168 do Código Tributário Nacional, que assinala os termos iniciais.

Assim, para requerer a restituição tendo em vista pagamento indevido ou maior que o devido em face da legislação aplicável (art. 165, I, do CTN) ou erro na identificação do sujeito passivo na determinação dos cálculos (art. 165, II, do CTN), a data que marca o início do prazo será a da extinção do crédito tributário. Já nos casos de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória (art. 165, III, do CTN), o prazo terá início na data em que a decisão tenha se tornado definitiva ou transitada em julgado.

O termo inicial da contagem variará de acordo com o motivo que ensejou a restituição:

Motivo da restituição	**Início do prazo para restituir**
Pagamento de tributo indevido ou maior que o devido.	Na data da extinção do crédito tributário.
Erro na identificação do sujeito passivo ou no cálculo do montante do tributo.	Na data da extinção do crédito tributário.
Reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.	Na data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou transitar em julgado a decisão judicial que houver reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.

Retornando ao art. 165, nota-se que a restituição independe da modalidade de pagamento, ou seja, não importa se o pagamento se deu por lançamento direto ou de ofício, misto ou por declaração, autolançamento ou lançamento por homologação.

Para as duas primeiras modalidades de lançamento (lançamento de ofício e lançamento por declaração), é fácil verificar a data, por exemplo, do pagamento indevido ou maior que o devido que ensejou a extinção do crédito tributário.

Já para a terceira modalidade (lançamento por homologação), a extinção se dá com o pagamento antecipado (art. 156, VII, do CTN). Isso porque, após anos de discussão jurisprudencial e doutrinária acerca do início do prazo de restituição nos casos de lançamento por homologação, foi editada a Lei Complementar n. 118, em 9 de fevereiro de 2005, que dispõe, em seu art. 3º, que, para efeito de interpretação do inciso I do art. 165 do CTN, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito ao lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado, como já tratava o § 1º do art. 150 do mesmo diploma legal.

Em resumo:

Independentemente da modalidade de lançamento utilizado para o tributo, **o prazo de 5 anos para se ingressar com a Repetição do Indébito se iniciará na data do pagamento indevido**.

8.8. *Valor da causa*

Seja qual for a justificativa da ação de repetição do indébito, o valor da causa será o mesmo a ser restituído e, não poderia ser exatamente igual àquele pago na época de sua exigência, por isso o Código Tributário Nacional explicita como ocorre o reajuste.

> Art. 167. A restituição total ou parcial do tributo dá lugar à restituição, na mesma proporção, dos juros de mora e das penalidades pecuniárias, salvo as referentes a infrações de caráter formal não prejudicadas pela causa da restituição.

O artigo trata apenas dos juros que, conforme o parágrafo único da mesma regra, passarão a incidir a partir do trânsito em julgado da decisão que os determinar. Conclui-se que os cálculos da restituição dos valores tomam dois termos iniciais distintos: para os juros moratórios, a data é contada a partir do trânsito em julgado da sentença (Súmula 188 do STJ); para a correção monetária, a data inicial é o dia do desembolso do tributo indevido (Súmula 162 do STJ).

Nesse aspecto, ressaltamos a possibilidade de o ente federado valer-se da correção dos valores utilizando a Taxa Selic (Sistema Especial de Liquidação e de Custódia), conhecida nacionalmente como taxa básica de juros e que é aplicada, inicialmente, para tributos federais.

Contudo o Superior Tribunal de Justiça há tempos já se posicionava sobre a aplicação da referida também para tributos estaduais ou mesmo municipais. Sendo que em 2015 foi publicado o enunciado que confirmou o entendimento construído:

> Súmula 523: A taxa de juros de mora incidente na repetição de indébito de tributos estaduais deve corresponder à utilizada para cobrança do tributo pago em atraso, sendo legítima a incidência da taxa Selic, em ambas as hipóteses, quando prevista na legislação local, vedada sua cumulação com quaisquer outros índices.

Atenção para o fato que para Estados/DF/Municípios aplicarem a taxa Selic há a necessidade de lei local prever e regulamentar seu uso. Além disso, sua aplicação é isolada, inadmitindo corrigir os tributos acompanhados de outros índices.

8.9. *Repetição de tributos que repercutem na cadeia econômica*

Ponto importante refere-se àqueles tributos em que o encargo é transferido do sujeito do direito para o sujeito de fato (repercussão do tributo). O autor da ação deverá provar que assumiu o referido encargo ou que está autorizado a receber o valor por aquele que o assumiu.

Dispõe o art. 166 do CTN:

> Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Natural a regra veiculada pelo Código Tributário Nacional, uma vez que permitir ao contribuinte de direito (ex.: quem vende uma mercadoria) transferir a carga tributária para o contribuinte de fato (ex.: quem compra a mercadoria) e ainda, caso o tributo recolhido aos cofres públicos seja indevido, abrir-lhe a possibilidade de ver o pagamento restituído é como beneficiá-lo duplamente.

Primeiro, porque aquele que vende a mercadoria embute no preço o valor do tributo a ser recolhido, restando a carga tributária para aquele que adquire a mercadoria.

Segundo, porque ao repassar o ônus tributário, aquele que circula a mercadoria já terá em retorno o que pagou a título de tributos. Assim, se eventualmente o pagamento for considerado indevido, caso o vendedor da mercadoria tivesse condições de restituir os valores, estaria ele recebendo o dinheiro também do Fisco. Portanto, recebendo o dinheiro de volta em duas frentes: daquele que arcou com a carga tributária e do Fisco que fora obrigado a restituir.

É por isso que a Súmula 546 do STF não deixa dúvidas: Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão que o contribuinte *de jure* não recuperou do contribuinte *de facto* o *quantum* respectivo.

8.10. *Declaratória e Repetição*

É bastante comum ter que ingressar com uma ação Declaratória cumulada com Repetição. Isso deve acontecer quando o problema identifica um tributo que é cobrado periodicamente e foi pago de maneira indevida.

Para evitar que novas cobranças aconteçam é necessária a Declaratória e para reaver os valores pagos nos períodos anteriores faz-se o pedido da Repetição.

Numa ação como essa deve-se requerer a antecipação da tutela para suspender a exigibilidade do crédito, assegurando maior proteção ao contribuinte.

Importantíssimo lembrar: a rigor, não se desenvolve uma Ação Anulatória cumulada com Repetição. Observe o exemplo: ABC, contribuinte do ICMS, foi notificado de lançamento e recolheu em montante bastante superior o imposto nos últimos 12 meses. Pretende agora evitar novo lançamento a maior.

Não é caso de Anulatória, repisamos, ainda que perceba a presença do lançamento. A justificativa se dá, pois, embora havido lançamentos anteriores, esses foram pagos e, portanto, extintos. Não é possível pedir para anular algo que já não existe. Assim, cabe Ação Declaratória de inexistência da relação tributária para impedir o futuro lançamento e o pedido repetitório para confirmar os pagamentos indevidos e reaver os valores.

Isso significa que não existe a possibilidade de uma Anulatória vir cumulada com Repetição do Indébito? Não é isso. Apenas no caso acima explicamos as razões por que não é Anulatória com Repetição, e sim Declaratória com Repetição. Porém existem casos em que a Repetição acompanha a Ação Anulatória, com certeza. Atente-se ao exemplo que se segue:

Contribuinte recebeu ao longo dos últimos anos lançamento fiscal exigindo taxa de limpeza pública, de conservação de vias e logradouros. Pagou todos eles. Porém no presente ano recebeu orientação que não deveria pagar a cobrança atual e mais, que a taxa é inconstitucional haja vista tratar-se de serviço público indivisível (entendimento que aliás perdura na jurisprudência).

Ao analisar a situação percebemos 2 pontos de interesse do contribuinte: (i) não deseja pagar o lançamento atual; e (ii) deseja reaver os valores pagos anteriormente.

Para reaver os valores não há outro caminho senão buscar uma repetição do indébito. E para ficar desobrigado da exigência atual, uma vez que a cobrança já foi lançada? Ação Anulatória de débito fiscal, pois há lançamento, o que não poderia ser alcançado pela Declaratória.

8.11. *Compensação*

Em razão da natureza condenatória da ação de repetição do indébito, poderá o autor se valer do entrecho declaratório intrínseco a esse tipo de ação e, em vez de pedir a restituição dos valores, utilizar-se da via compensatória, prevista nos arts. 170 e 170-A do Código Tributário Nacional.

Portanto, mesmo por medida liminar pode o contribuinte assegurar esse direito. O que não pode acontecer é a compensação ser deferida pelo juiz por meio de pedido liminar efetuado no bojo do mandado de segurança,

pois cabe à Administração Tributária conferir os valores compensados, homologando a extinção do crédito tributário ou, quando equivocado o contribuinte, exigindo deste os valores adequados.

Se a Fazenda Pública é quem deve ao contribuinte, então figura essa na posição de executada e, portanto, serão aplicados dispositivos específicos do Código de Processo Civil. A Fazenda será citada para opor embargos dentro de 30 dias (art. 910, *caput*, do CPC); caso isso não aconteça, o juiz entenderá corretos os cálculos apresentados pelo exequente e requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente, sempre observando a ordem cronológica dos precatórios (art. 535, § 3º, I, do CPC, art. 910, § 1º, do CPC c/c o art. 100 da CF).

Sabe-se, porém, que os precatórios exigem uma espera bastante longa, o que faz muitos contribuintes optarem pelo regime de compensação, pois esta também se configura como uma modalidade de extinção do crédito tributário. Assim, a compensação de créditos tributários, vencidos ou vincendos, fixada pelo art. 170 do CTN depende de lei para que seja autorizada. A lei autorizadora é a Lei n. 8.383/91, que, no art. 66, determina que:

> nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos de contribuições federais, inclusive previdenciárias, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a períodos subsequentes.

Ademais, por força da alteração introduzida pela Lei n. 9.250/95, a compensação tratada pelo dispositivo legal anterior só poderia ser efetuada com o recolhimento de importância correspondente a imposto, taxa, contribuição federal ou receitas patrimoniais de mesma espécie e destinação constitucional específica.

Já, pelo do disposto no art. 74 da Lei n. 9.430/96, é possível a compensação de quaisquer tributos sob a administração da Secretaria da Receita Federal do Brasil, regra esta atualmente em vigor. Há, porém, situações que fogem à disposição do art. 74 citado, cabendo observar com cautela as disposições do art. 26-A, II e III, e art. 26-A, § 1º, da Lei n. 11.457/2007.

8.12. *Síntese da estrutura*

A Ação de Repetição do Indébito também se apresenta como uma petição de iniciativa do contribuinte e, daí, a obediência aos requisitos do art. 319 do CPC é inevitável.

Endereçamento: a ação deve ser dirigida ao juiz competente do foro do domicílio do autor.

Autor: poderá propor a Repetição do Indébito aquele que figurava como sujeito passivo da obrigação tributária (contribuinte de direito, portanto aquele que pratica o fato gerador).

Réu: este polo da ação deverá ser ocupado por quem efetivamente ficou com o dinheiro. Isso se torna lógico, pois só caberá restituir os valores pagos indevidamente quem tenha com eles permanecido.

Mérito: são dois casos habituais que ensejam o ingresso da ação para a devolução do dinheiro: "erro de direito" (cobrança de tributo sem fundamento legal) ou "erro de fato" (na identificação do verdadeiro sujeito passivo ou na análise do tributo devido). Para convencer o juiz das alegações, a ação deve ser instruída com a documentação que demonstre a legitimidade do pagamento contra o qual se volta, indicando as razões pelas quais este deve ser considerado indevido.

Pedido: não há que ter dúvidas quanto ao pedido, pois a pretensão do autor é justamente ter de volta o dinheiro entregue ao Fisco indevidamente.

Valor da Causa: o montante é equivalente ao total do valor pecuniário que o autor pretende ver restituído, cujo montante deverá ser corrigido com os acréscimos legais vigentes.

8.13. *Fluxograma*



8.14. *Pontos-chave*

1. Endereçamento (Justiça Federal se tributo federal. Justiça Estadual se tributo estadual ou municipal). Se tributo federal com qualquer outro tributo (estadual ou municipal), a justiça competente é a Federal.

2. Qualificação completa

3. Fatos

4. Direito

5. Pedido: procedência do pedido para declarar o pagamento indevido e consequentemente condenando a Fazenda Pública à restituição; citação; condenação em custas e honorários; requerimento para a produção de provas e juntada das guias de recolhimento e valor da causa.

8.15. *Passo a passo*

1. A pretensão do contribuinte deve ser a de restituir os valores pagos indevidamente.

2. Identifique qual das situações previstas no art. 165 do CTN fundamenta a propositura da ação.

3. Assegure-se de que está dentro do prazo hábil para a propositura da ação (cinco anos).

4. Identifique a Justiça pela qual deve procurar (Justiça Federal ou Justiça Comum).

5. Identifique o foro competente para a propositura da ação (essa ação deverá ser proposta no local de domicílio do autor).

6. Após o endereçamento, inicie a ação sem epígrafe.

7. Faça a qualificação completa das partes.

8. Relate os fatos preponderantes.

9. Desenvolva as teses iniciando sempre pela mais forte.

10. Não se esqueça de pedir: (I) procedência do pedido para confirmar o pagamento indevido ou mais que o devido e a imediata restituição dos valores; (II) a citação do réu; (III) a condenação em custas e honorários advocatícios e a produção de provas (especialmente as que confirmem o pagamento).

11. Determine o valor da causa (valor equivalente ao da restituição e monetariamente corrigido, conforme os termos legais).

8.16. *Questão comentada*

Lei Municipal, publicada em 1º/6/2010, estabeleceu, entre outras providências relacionadas ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), a majoração da alíquota para os serviços de hospedagem, turismo, viagens e congêneres de 3% para 5%, com vigência a partir de 1º/7/2010.

À vista disso, o Hotel Boa Hospedagem Ltda., que, em junho de 2010, recolhia, a título de ISS, o valor de R$ 30.000,00, com base na contratação dos seus serviços por empresas locais para hospedagem de funcionários, com a majoração da alíquota acima mencionada, incidente sobre a sua atividade econômica, passou a recolher, mensalmente, o valor de R$ 50.000,00. Todavia as referidas empresas-clientes exigiram – e obtiveram – desconto do valor do aumento do tributo, alegando que seria indevido.

Assim sendo, o contribuinte do ISS se submeteu ao aumento desse imposto durante o período relativo ao mês de agosto a dezembro/2010. Ocorre que, em janeiro de 2011, mediante notícia publicada em jornal de grande circulação, o representante legal dessa empresa teve conhecimento da propositura de ações deflagradas por empresas hoteleiras e de turismo questionando a legalidade do aludido aumento do ISS.

Dessa forma, na qualidade de advogado(a) do Hotel Boa Hospedagem Ltda., formule a peça adequada para a defesa dos seus interesses, de forma completa e fundamentada, com base no direito material e processual tributário.

Comentários:

Identificando a PEÇA: Para a situação acima, o primeiro ponto a ser observado é a pretensão do contribuinte. Imprescindível verificar qual a intenção do Hotel Boa Hospedagem Ltda. em razão da inadequação da cobrança.

Percebemos que o contribuinte "se submeteu ao aumento desse imposto durante o período relativo ao mês de agosto a dezembro/2010", portanto recolhendo o tributo, logo extinguindo o crédito tributário.

Porém, em janeiro de 2011, circularam notícias sobre a ilegalidade da cobrança, ensejando ao Hotel buscar um advogado a fim de ingressar com uma ação que restabelecesse a ordem jurídica, ou seja, uma ação que permitisse ao Hotel reaver os valores indevidamente recolhidos.

Tributo pago é tributo extinto, permitindo ao contribuinte se valer de uma Ação de Repetição do Indébito, pois seu objetivo é reaver aqueles valores pagos indevidamente.

Atenção por qual razão o caso não é de Anulatória cumulada com Repetição do Indébito, nem mesmo Declaratória cumulada com Repetição do Indébito.

Primeiro, não se pensa em Anulatória com Repetição, pois, embora existam lançamentos anteriores (entre os meses de agosto a dezembro de 2010), esses lançamentos foram pagos. Lembre-se de que pagamento é a primeira modalidade de extinção do crédito tributário, logo os lançamentos estão extintos. Como poderia ingressar com uma ação pedindo para anular um ou vários lançamentos que não mais existem? Impossível. Descarta-se Anulatória com Repetição.

Segundo, rigorosamente não é caso de se pensar em Declaratória, haja vista que a partir de janeiro de 2011 a majoração do ISS já pode ser cobrada, uma vez que a lei que alterou a alíquota do imposto data de 1º de julho de 2010. Logo, como a Ação Declaratória tem por objetivo impedir

novos lançamentos, sua propositura não surtirá efeitos, pois em 2011 (data do ingresso da ação) a nova carga tributária não terá restrições em ser exigida.

Identificando a TESE: O Hotel Boa Hospedagem Ltda. é contribuinte habitual do ISS, afinal trata-se de um serviço previsto na LC n. 116/2003 (item 9.01), o que evidencia que não há meios para se pensar em não ocorrência do fato gerador.

Ocorre, por outro lado, que o imposto teve sua alíquota alterada de 3 para 5% por meio de lei publicada em 1º de junho de 2010, com entrada em vigor para julho do mesmo ano. Não há violação quanto ao limite da majoração, vez que as alíquotas do ISS em qualquer Município do País poderão variar entre 2 a 5%. Entretanto vale lembrar que embora o princípio da legalidade não tenha sido afrontado, não se pode afirmar o mesmo em relação ao princípio da anterioridade, afinal o ISS é um imposto que se submete a ambas as anterioridades (nonagesimal e anual).

Assim, ainda que o limite da majoração tenha sido observado, não poderia o legislador exigir a nova carga tributária no mesmo exercício da data da lei que providenciou a alteração do imposto. Se a lei data de 1º de junho de 2010, então somente a partir de 1º de janeiro de 2011 a nova alíquota de 5% poderia ser exigida, pois nesse momento já estaríamos no exercício seguinte à data da majoração, bem como já teria também transcorrido o prazo mínimo de noventa dias contados da data da publicação da lei.

Identificando os PEDIDOS: por se tratar de uma Ação de Repetição do Indébito, necessariamente deverão constar pedidos como o de declaração do pagamento indevido para o período compreendido entre agosto a dezembro de 2010 e também a condenação da Fazenda Pública para restituir o montante irregularmente pago, acrescido de juros e correção monetária.

Além disso, os requerimentos- padrão, tais como a citação da pessoa jurídica de direito público interno, a condenação em verbas sucumbenciais e também produção de provas, especialmente as guias que comprovam o recolhimento indevidamente efetuado.

O valor da causa deve equivaler ao montante a ser devolvido somado às atualizações indispensáveis ao valor final.

8.17. *Modelo da Ação de Repetição do Indébito*

Folha 1/4

01	EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA VARA DA
02	FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE...
03	
04	
05	
06	
07	EMPRESA TNT, com sede em São Paulo (endereço), inscrita no
08	CNPJ/MF sob o n., por seu advogado e procurador infra-assinado, para
09	receber intimação no endereço (endereço eletrônico), vem, respeitosamente,
10	à presença de Vossa Excelência, nos termos do art. 319 do Código de
11	Processo Civil, e do art. 165 do Código Tributário Nacional, propor,
12	tempestivamente,
13	

14	AÇÃO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO
15	
16	em face da Municipalidade de São Paulo, pessoa jurídica de direito público,
17	CNPJ n., pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos:
18	
19	I - FATOS
20	
21	A empresa TNT adquiriu um bem imóvel no Município de São Paulo,
22	por meio de um contrato de compra e venda, cuja escritura foi outorgada
23	em dezembro do ano passado, ocasião em que, necessariamente, precisou
24	apresentar a competente guia de recolhimento do Imposto de Transmissão
25	de Bens Imóveis - ITBI.
26	Ocorre que o Município de São Paulo, de acordo com a Lei n. 11.111,
27	exigia o tributo com alíquotas progressivas, cujas variáveis partiam de 1% até 5%
28	incidentes sobre as de acordo o valor venal de referência do bem transmitido,
29	conforme tabela oficial, disciplinado em portaria municipal.
30	

31	A empresa, tendo urgência na aquisição do imóvel, pois precisava do

32	local para transferir sua sede administrativa, recolheu o imposto sob
33	a alíquota mais alta, haja vista o montante do imóvel enquadrar-se
34	em faixa que indicava o pagamento máximo do imposto.
35	
36	A seguir, ao tomar conhecimento do posicionamento da jurisprudência
37	acerca do assunto, buscou a esfera administrativa para rever os valores
38	pagos indevidamente, porém não obteve sucesso.
39	
40	Restou-lhe a via judicial que se apresenta pela propositura desta ação.
41	
42	II - DIREITO
43	
44	A Constituição Federal reconhece a aplicação da progressividade de
45	alíquotas para os impostos, contudo, em seu texto, a liberalidade não
46	abarca todo e qualquer imposto. Observemos:
47	
48	Art. 145, § 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter
49	pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do con-
50	tribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para
51	conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os
52	direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendi-

53	mentos e as atividades econômicas do contribuinte.
54	
55	Não só pelas linhas da Magna Carta, mas também em razão do
56	posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a progressividade de
57	alíquotas não pode alcançar outros impostos que não sejam pessoais,
58	ressalvados aqueles que a própria Constituição determinou.
59	
60	A progressividade aplica-se a impostos que sejam qualificados como

61	pessoais. O princípio não alcança impostos reais, os quais, portanto,
62	levam em consideração aspectos da coisa, do patrimônio mobiliário e
63	imobiliário, exceto quando expressamente destacado, conforme funciona
64	para o IPTU e o ITR.
65	O ITBI é imposto que incide sobre bens imóveis, sendo um imposto
66	claramente real. Este não faz parte da dupla de impostos ressalvada
67	pela Lei Maior para admitir alíquotas progressivas.
68	
69	Para o Supremo Tribunal Federal não há dúvidas:
70	

71	Súmula 656 - “É inconstitucional a lei que estabelece alíquotas
72	Progressivas para o imposto de transmissão ‘inter vivos’ de bens
73	imóveis – ITBI com base no valor venal do imóvel”.
74	
75	E a partir de então outro questionamento surgiu: a progressividade
76	é inconstitucional, mas não a incidência do imposto. Logo, sob qual
77	alíquota entre todas as fixadas o imposto deverá ser recolhido?
78	
79	O mesmo Tribunal se manifestou e decidiu que a alíquota apli-
80	cável deverá sempre ser a de menor valor.
81	
82	Assim, resta à empresa aguardar a decisão deste nobre julgador
83	para que a Fazenda Municipal restitua o saldo do imposto outrora
84	recolhido, haja vista que o pagamento inicial tomou por base a maior e
85	não a menor alíquota.
86	III - PEDIDO
87	
88	Diante de todo o exposto, requer seja julgado procedente o
89	pedido da Ação de Repetição do Indébito por estar eivada de vícios tal
90	cobrança, declarando indevido o pagamento, e por conseguinte condenan-

91	do a ré a devolver os valores pagos a maior.
92	
93	Requer a citação de ré, na pessoa de seu representante judicial,
94	para contestar.
95	
96	Requer, outrossim, a condenação da ré nas verbas de sucumbência.
97	
98	E, ainda, requer a produção de provas por todos os meios admiti-
99	dos em direito, principalmente, pela juntada do comprovante de pagamento.
100	
101	Dá à causa o valor de R$...
102	
103	Termos em que pede deferimento.
104	Local e data...
105	Advogado... OAB n. ...

9. EMBARGOS À EXECUÇÃO

9.1. *Descrição do instrumento*

Os Embargos à Execução também são identificados como Embargos do Devedor. São estes Embargos que representam a forma de defesa que o contribuinte possui para desconstituir o título executivo com vista a extinguir a execução fiscal.

Não se confundem, portanto, com os Embargos de Terceiros os quais têm por objetivo defender os bens de um terceiro (não figurante no processo de execução) que sejam equivocadamente objeto da constrição judicial (penhora). Observe o dispositivo que fundamenta os Embargos de Terceiros:

> Art. 674. Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constritivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro.

Um bom exemplo para ilustrar o cabimento dos Embargos de Terceiros (e não os Embargos à Execução) ocorre quando em execução fiscal cobrando dívida de Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF), é penhorada a totalidade de um investimento financeiro realizado na constância de um casamento em regime de comunhão total ou parcial de bens.

Sendo a dívida do IRPF do homem sobre ele recairá a execução fiscal, de modo que sua mulher não é parte do processo executivo. Como o investimento foi realizado na constância do casamento, a mulher é considerada terceiro interessado para defender a posse de sua meação. Assim, ao homem que pretende se defender da exigência fiscal, cumpre opor embargos à Execução Fiscal, enquanto à mulher há a alternativa de

ajuizar os Embargos de Terceiros para livrar 50% do investimento bancário da penhora realizada.

Os Embargos à Execução são distribuídos por dependência à Execução Fiscal, o que significa dizer que eles acompanham a via executiva, porém não são encartados na execução.

Um dos principais requisitos dos Embargos é a garantia do juízo. Assim, é imprescindível assegurar o pagamento da dívida discutida na execução por meio de depósito, fiança ou penhora, para só então opor os Embargos à Execução.

Não se pode **opor Embargos sem a garantia do juízo** (art. 16, § 1º, da Lei n. 6.830/80). Sem a garantia do juízo a única forma de se defender de uma execução fiscal é pela Exceção de Pré-Executividade.

Além disso, nos Embargos é possível alegar toda e qualquer matéria útil à defesa, cabendo ao embargante indicar todas as provas que pretende produzir, incluindo-se até provas testemunhais se for o caso.

Por fim, contudo entendemos de válido destaque, não se pode confundir as disposições processuais aplicadas aos Embargos à Execução Fiscal (Lei de Execuções Fiscais) com aquelas válidas para os Embargos do Devedor, conforme o Código de Processo Civil:

PRAZOS	CPC	LEF
Prazo do devedor para pagar ou oferecer bens à penhora	03 dias	05 dias
Prazo do executado para opor embargos	15 dias	30 dias
Prazo do exequente para impugnar os embargos	15 dias	30 dias

9.2. *Competência*

Nos embargos há uma inversão dos polos da execução fiscal: quem na execução era polo ativo torna-se polo passivo nos embargos (embargado) e, pela via contrária, quem na execução era polo passivo torna-se polo ativo nos embargos (embargante).

Logo, temos:

- Fazenda Pública = autor da execução = exequente = embargado.
- Contribuinte = réu na execução = executado = embargante.

Para conhecermos a Justiça adequada pela qual os Embargos serão julgados, precisamos identificar onde se encontra a execução fiscal. Isso porque os Embargos seguem apensados à execução, logo onde se encontrar a execução é para lá que os Embargos seguirão.

Basta, portanto, encontrar a Execução e saberá onde os Embargos deverão estar.

Quando a União ou suas autarquias estiverem envolvidas no julgamento, será pela Justiça Federal o andamento da execução fiscal (art. 109 da CF), invariavelmente em varas especializadas em execuções fiscais. Na hipótese de os Estados, Distrito Federal ou Municípios, e respectivas autarquias, se apresentarem como entes arrecadantes, a competência do julgamento recairá sobre a Justiça Estadual.

No entanto, ainda não conhecemos o foro ao qual será direcionada a ação de execução. A Lei de Execução Fiscal não indica a competência do foro onde deverá a ação ser ajuizada, de modo que devemos, nesse caso, nos socorrer do Código de Processo Civil:

> Art. 46. (...)
>
> § 5º A execução fiscal será proposta no foro de **domicílio do réu**, no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado. (grifos nossos).

É preciso então identificar o local do domicílio do contribuinte-executado, pois se é lá onde tramita a execução, será lá onde os Embargos devem igualmente tramitar.

Agora, e nos casos em que o devedor de tributo federal é domiciliado em região que não tenha sede da Justiça Federal? Onde será ajuizada a execução se a regra é promovê-la no domicílio do réu? Esse questionamento é bastante comum e devemos conhecer o ordenamento legal vigente para não errar o endereçamento.

No passado (antes do advento da Lei n. 13.043/2014) vigorava o comando do art. 15, I, da Lei n. 5.010/66, que conferia a competência delegada à Justiça estadual para ações de execução fiscal promovidas pela União, autarquias e fundações públicas federais. Ou seja, se no domicílio do réu de uma execução fiscal de tributos federais não existia vara da Justiça Federal, então a União poderia propor a execução fiscal no juízo estadual da comarca do domicílio do devedor.

Exemplo: João, contribuinte do imposto de renda e domiciliado em uma cidade que não possui sede da Justiça Federal, deixou de pagar o tributo por não concordar com o aumento da alíquota que aconteceu por decreto. A execução fiscal deveria ser proposta na sua cidade, mas como não era sede de vara da Justiça Federal, a execução foi encaminhada à Justiça Estadual. Assim, eventuais Embargos opostos por João também deveriam ser endereçados ao juízo Estadual.

Entretanto ressaltamos que essa possibilidade não existe mais. A delegação de competência para a justiça estadual foi revogada em 14-11-2014, desse modo, todas as execuções fiscais ajuizadas pela Fazenda Pública Federal após a nova lei (Lei n. 13.043/2014) devem ser propostas perante o juízo federal, especificamente na vara federal com competência sobre a cidade domicílio do devedor.

Atenção: existe fórmula constitucional própria para as causas em que forem partes a instituição de previdência social e o segurado – lembrando, quando o domicílio do réu não for sede da Justiça Federal.

Dispõe o § 3º do art. 109 da CF:

> Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

Portanto, a regra é buscar a vara da Justiça Federal e apenas excepcionalmente a Justiça Estadual.

Para os casos em que se procurou a Justiça Estadual porque inexistia sede da Justiça Federal (antes da revogação da competência delegada), se o resultado do julgamento for alvo de recurso, este será encaminhado para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau (art. 109, § 4º, da CF).

9.3. *Terminologia*

Partes: embargante e embargado.

Verbo: opor.

Pedido: julgar procedente o pedido, a fim de desconstituir o título executivo ou afastar o embargante do polo passivo da execução.

9.4. *Fundamentação*

Os Embargos à Execução encontram-se pautados tanto na Lei de Execuções Fiscais, bem como no Código de Processo Civil. É importante

lembrar que mesmo com a lei específica para o trâmite de uma execução fiscal, o código processualista pode e deve ser utilizado subsidiariamente.

Assim, toda vez que a **Lei de Execuções Fiscais mostrar-se silente** quanto a um determinado tema, **devemos nos socorrer das regras do Código de Processo Civil.**

A base legal específica para a oposição dos Embargos encontramos na Lei n. 6.830/80:

> Art. 16. O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:
>
> I – do depósito;
>
> II – da juntada da prova da fiança bancária;
>
> III – da intimação da penhora.



Já em se tratando do pedido do efeito suspensivo, como a Lei n. 6.830/80 nada dispõe acerca do assunto, então **cabe ao Código de Processo Civil** disciplinar a matéria:

> Art. 919. (...)
>
> § 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

Por se tratar de aplicação subsidiária do comando do Código de Processo Civil aos Embargos à Execução Fiscal, temos que a regra permanece: os embargos à execução não terão efeito suspensivo (art. 919, caput, do CPC), **porém o embargante pode buscar a atribuição do efeito suspensivo** e, para tanto, três condições necessariamente devem ser reunidas:

- Execução fiscal com o juízo garantido.
- Comprovação da probabilidade do direito.
- Comprovação do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

9.5. *Hipóteses de cabimento*

Em sede de Embargos qualquer matéria poderá ser discutida. Temas envolvendo princípios e imunidades, não ocorrência do fato gerador, defeitos no lançamento, vícios na certidão de dívida ativa.

É muito comum nas provas trazer para os Embargos especialmente decadência/prescrição e responsabilidade.

Para se ter certeza de que são os Embargos a peça que deverá ser desenvolvida, é necessário que o juízo já se encontre garantido. O problema costuma indicar que o patrimônio do executado encontra-se penhorado, ou então que o executado pretende se defender da execução depositando o valor da dívida.

Sem a garantia do juízo os Embargos não devem ser opostos, pois faltará seu requisito essencial. Nesse caso, opte pela Exceção de Pré-executividade.

É muito importante definir qual o objetivo dos Embargos, afinal estes poderão ser opostos para extinguir a execução fiscal ou simplesmente para retirar o executado do polo passivo da cobrança.

Dessa forma, uma vez que um executado equivocadamente tenha sido colocado no polo passivo da execução, o embargante nem sequer precisa discutir a validade do título executivo, bastando a ele demonstrar sua não obrigação tributária. Ou seja, aqui, **não há que se pedir a extinção da execução fiscal, mas sim a exclusão do executado do polo passivo dos autos principais**. Isso significa que, mesmo o título executivo sendo legítimo, o embargante não responderá por ele, pois não é o responsável, muito menos o obrigado.

Para exemplificar a situação, é só lembrar os comandos dos arts. 134 e 135 do CTN, especialmente nos casos em que os sócios de uma empresa podem ser responsabilizados pessoalmente pelas dívidas tributárias adquiridas por ela. Trata-se de casos específicos, como aquele em que o sócio administrador vê-se responsável com seu patrimônio pessoal pela dívida da empresa em razão de atos por ele praticados com excesso de poder, infração à lei ou contra o contrato social ou estatutos da empresa. Fugindo dessas situações, não poderia o sócio responder pessoalmente pela dívida da empresa, hipótese em que, em uma eventual execução fiscal, caso se afigurasse como executado, os embargos apresentados seriam dirigidos a afastar o sócio do polo passivo da relação tributária, pelo simples fato de não comportar responsabilidade.

Hipótese diversa é aquela em que o executado é obrigado ou responsável pelo tributo objeto de execução, mas o embargante demonstra ser ilíquido ou ilegítimo o título executivo que fundou a via executória. Nesses trilhos, cabe, em sede de embargos, **pedir a extinção da execução fiscal e consequente desconstituição do título, e não a exclusão do embargado do polo passivo da execução**.

9.6. *Efeitos*

A consequência da oposição dos embargos não paralisa o decurso do processo executivo. Não por outro motivo, segundo o Código de Processo Civil, os embargos à execução não terão efeito suspensivo (art. 919, caput).

Para se conquistar o efeito suspensivo o embargante deverá comprovar três requisitos (art. 919, § 1º, do CPC):

- garantia do juízo;
- probabilidade do direito;
- perigo de dano ou receio ao resultado útil do processo.

Assim sendo, embora a regra hoje não conceda aos embargos o efeito suspensivo, cabe ao embargante demonstrar e convencer o juiz da presença dos requisitos exigidos.

De qualquer forma, atribuindo-se tal efeito, podemos afirmar que a execução fiscal, nesse sentido, ficará paralisada até ulterior julgamento dos embargos opostos. Aliás, tal disposição processual vem de forma muita acertada, visto que os embargos podem ser julgados procedentes ou improcedentes. Na procedência do pedido dos embargos, invariavelmente, estará extinta a execução. Já na improcedência dos embargos, basta que a execução volte a ter seu andamento natural a fim de liquidar a dívida.

Uma vez contemplada a regra de suspensão da via executória toda vez que os embargos forem recebidos pelo juiz, não podemos nos esquecer dos demais dispositivos referentes à matéria no texto do Código de Processo Civil, estas aplicadas sem nenhuma restrição. Atualmente, estará suspensa a execução apenas quanto à parte da matéria embargada pelo interessado; em relação à parte sobre a qual a oposição dos embargos não se infere, a execução caminhará normalmente.

Art. 919. (...)

§ 3º Quando o efeito suspensivo atribuído aos embargos disser respeito apenas a parte do objeto da execução, esta prosseguirá quanto à parte restante.

Vale ainda lembrar importante apontamento descrito ao longo de outros parágrafos do mesmo dispositivo:

Art. 919. (...)

§ 4º A concessão de efeito suspensivo aos embargos oferecidos por um dos executados não suspenderá a execução contra os que não embargaram quando o respectivo fundamento disser respeito exclusivamente ao embargante.

A importância do dispositivo supramencionado vem sendo alavancada cada vez mais hoje em dia, tendo em vista a pluralidade de devedores em uma mesma execução.

Podem ser destacadas duas conclusões, as quais, aliás, permeiam o entendimento de nossos tribunais:

1. Em se tratando de execução contra vários codevedores, é suficiente a garantia do juízo por um deles para que todos estejam legitimados a opor embargos à execução.

2. Se a matéria objeto dos embargos estiver relacionada particularmente a um dos executados, então estará suspensa a execução tão somente para esse embargante. Caso os demais queiram suspender a execução contra si, também deverão opor embargos e providenciar o requerimento do efeito individualmente, se assim a situação exigir.

9.7. *Prazo*

Após a citação, o executado terá um prazo de cinco dias para pagar a dívida, acrescida de juros, multa moratória e outros encargos indicados na

Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução (art. 8º da LEF).

Vale salientar que, para garantir o juízo, o executado deve reunir montante não só equivalente ao valor original do débito, mas também os juros, a multa moratória e os demais encargos constantes na CDA (art. 9º da LEF), pois só assim estará integralmente garantida a execução.

A garantia, nos termos da Lei de Execução Fiscal, poderá se perfazer por meio do oferecimento de fiança bancária, da nomeação de bens à penhora (ou da penhora livre dos bens do executado) ou de depósito em dinheiro. Todas essas modalidades são aceitas para garantir o juízo e, portanto, produzirão os mesmos efeitos (art. 9º, § 3º, da LEF).

A Lei n. 6.830/80 é muito clara ao estipular que o prazo de 30 dias para oposição dos embargos terá seu início contado da garantia do juízo. Entretanto, como assinalado, a garantia poderá acontecer de formas diferentes e, portanto, é preciso analisar cada qual individualmente:

- Depósito em dinheiro: 30 dias contados da data do depósito.
- Penhora: 30 dias contados da data da intimação da penhora.
- Carta de fiança/seguro-garantia: 30 dias contados da data da juntada.

9.8. *Valor da Causa*

O valor da causa deve equivaler ao valor total da dívida devidamente corrigido.

Assim, comporta o valor da causa a soma do tributo devido, eventuais multas moratórias e punitivas, juros, correção monetário entre outros encargos condizentes com a execução, como custas processuais.

9.9. *Síntese da estrutura*

Os Embargos à Execução Fiscal devem seguir disposição em lei especial, qual seja, a Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980. Portanto, apenas subsidiariamente o Código de Processo Civil será utilizado, ou seja, naquilo que a lei de execuções fiscais for silente, valem as regras da codificação processual.

Endereçamento: como os Embargos devem seguir em apenso à execução proposta, logo, para onde seguir a execução os embargos seguem também. Ou seja, o endereçamento dos embargos será idêntico ao endereçamento da execução fiscal.

Autor: a parte legítima para opor embargos será aquele que estiver sofrendo a execução fiscal. Por exemplo: o devedor, fiador ou mesmo o responsável.

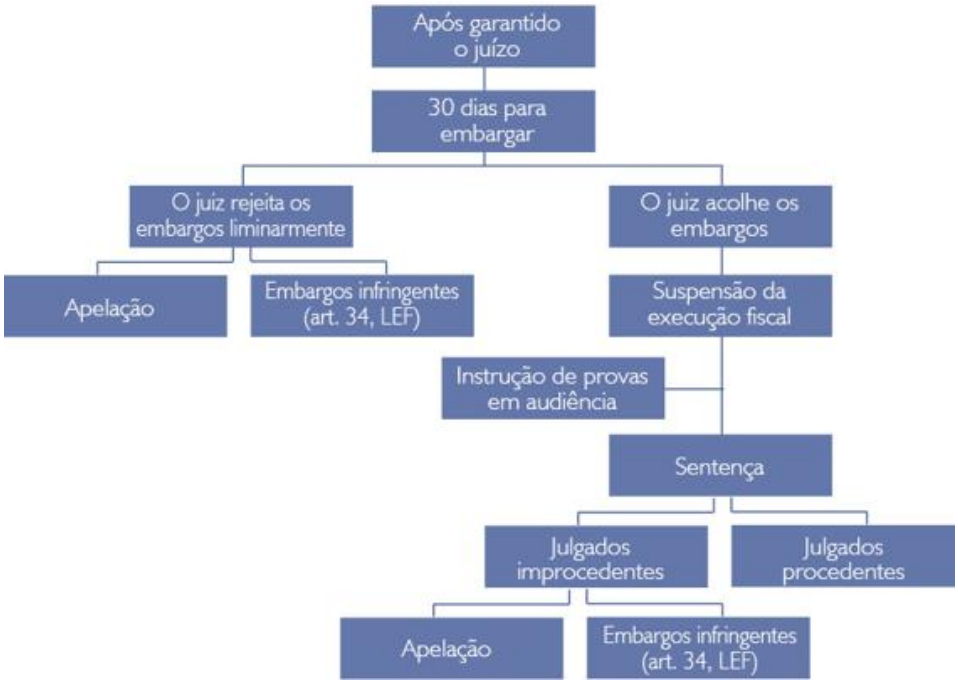
Réu: como se pôde perceber há a inversão dos polos da execução. Quem era executado passa a ser embargante e quem era exequente passa a ser embargado. Os réus nos embargos, necessariamente, serão os entes políticos ou suas respectivas autarquias.

Mérito: de acordo com o art. 16, § 2º, da Lei n. 6.830/80, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas.

Pedido: dependerá da alegação do embargante. Se ele convence o juiz de que, apesar de ser o sujeito passivo da obrigação, o crédito tributário está extinto, então seu pedido deve vir no sentido de extinguir a execução fiscal. Por outro lado, se o desenvolvimento nos embargos convencem o juiz de que o embargante sequer deveria sofrer a execução, então o pedido deve estar limitado a afastar o suposto contribuinte do polo passivo da via executória.

Valor da Causa: o valor será equivalente ao montante atualizado exigido nos autos da execução fiscal.

9.10. *Fluxograma*



9.11. *Pontos-chave*

1. Endereçamento (os Embargos seguem o endereçamento da Execução Fiscal)

2. Qualificação completa

3. Fatos

4. Direito

5. Pedido: concessão do efeito suspensivo; procedência do pedido para extinguir a execução ou afastar o embargado do polo passivo; intimação; apensamento dos embargos; condenação em custas e honorários; requerimento para a produção de provas; requerimento para o levantamento da garantia e valor da causa.

9.12. *Passo a passo*

1. A pretensão do embargante deve ser a de não pagar o tributo, seja porque o valor cobrado é indevido, seja porque ele não tem responsabilidade sobre o pagamento.

2. Confirme se o contribuinte foi citado nos autos da execução fiscal.

3. É preciso haver a garantia do juízo para embargar. Não importa se por depósito judicial, carta de fiança ou penhora.

4. Confirme se está dentro do prazo de 30 dias.

5. Identifique em qual Justiça tramita a execução fiscal. Se tramitar na Justiça Federal, os Embargos serão opostos na Justiça Federal, se tramitar na Justiça Estadual, os Embargos tramitarão na Justiça Estadual.

6. O foro competente é o do domicílio do executado, ou seja, domicílio do embargante.

7. Após o endereçamento, inicie a ação sem epígrafe.

8. Faça a qualificação completa das partes.

9. Relate os fatos preponderantes.

10. Desenvolva as teses iniciando sempre pela mais forte.

11. Não se esqueça de pedir: (I) concessão do efeito suspensivo; (II) procedência do pedido para (a) extinguir a execução fiscal, desconstituindo o título executivo ou (b) excluir o embargado do polo passivo da execução; (III) apensamento dos embargos à execução fiscal (IV) a intimação do embargado para impugnar; (V) a condenação em custas e honorários advocatício, e a produção de provas; (VI) levantamento da garantia dada em juízo.

12. Determine o valor da causa (valor equivalente ao da execução devidamente atualizado).

9.13. *Questão comentada*

Em agosto de 2008, o Município de São Paulo promoveu, contra o Partido do Triunfo Nacional (PTN), regularmente registrado no Tribunal Superior Eleitoral, execução fiscal na qual era cobrado o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) referente aos exercícios de 2004 a 2007, relativo a imóvel de propriedade do referido partido político, localizado na Avenida Paulista e alugado a terceiro. Os recursos advindos da locação do imóvel são aplicados nas principais atividades desenvolvidas pelo PTN. O executado foi devidamente citado e intimado da penhora levada a efeito sobre um de seus automóveis.

Questão: Considerando a situação hipotética acima apresentada, elabore a medida judicial cabível para a defesa dos interesses do Partido do Triunfo Nacional (PTN), abordando todos os aspectos de direito material e processual pertinentes, com fulcro na doutrina e na jurisprudência.

Comentários:

Para identificar a PEÇA: nunca podemos esquecer que a identificação da peça leva em consideração o trinômio: pretensão-causa de pedir-pedido. A pretensão do contribuinte pode ser de pagar, não pagar ou restituir os valores. A causa de pedir condiz com os fundamentos que levam o contribuinte a sua pretensão, e o pedido, naturalmente, deverá guardar relação lógica com a pretensão, atendendo os interesses buscados.

No caso em tela, o Município de São Paulo exige o pagamento do IPTU supostamente devido em razão de um imóvel de propriedade do Partido Político PTN. Contudo ao interpretar o texto é possível concluir que o citado partido não pretende recolher a exação, logo limitando as peças que atendem o objetivo almejado.

Como praxe ao final da situação -problema, pouco antes do enunciado sobre a questão, encontramos as informações que determinam em que

momento a cobrança tributária se encontra: Execução Fiscal proposta, partido político devidamente citado e intimado da penhora.

Com a informação contundente de que a execução encontra-se com o juízo garantido e sem qualquer indicação sobre o decurso de tempo, não deve haver nenhuma dúvida, senão opor os Embargos à Execução.

Só devemos pensar em Exceção de Pré-Executividade se o problema informar não haver a garantia do juízo, seja porque o executado não possui patrimônio conhecido, seja porque o executado não pretende oferecer bens à penhora.

Reiteramos a opção pelos Embargos, considerando que o prazo de 30 dias não transcorreu, pois não há nenhum tipo de dado que desautorize a escolha. Lembre-se: existindo a garantia do juízo, a única hipótese em que não serão os Embargos a peça gabaritada será a informação que apesar da garantia ter transcorrido o prazo de 30 dias, o que levará o candidato a ficar com a via da Exceção de Pré-Executividade.

Para identificar a TESE: O Partido Político (PTN) sofre Execução Fiscal que almeja cobrar IPTU referente aos exercícios de 2004 a 2007 sobre um dos imóveis a ele pertencente que, embora de sua propriedade, encontra-se alugado a terceiros.

Inconformado com a exigência, o Partido Político busca acompanhamento de um advogado para defender seus interesses diante do caso relatado.

Toda vez que nos deparamos com um problema tributário o primeiro passo que deve ser dado é em se observar se há ferimentos às limitações ao poder de tributar. Segundo a Constituição Federal, essas limitações, por sua vez, são subdivididas entre princípios e imunidades. Não percebemos nenhuma informação que conduza a priori o raciocínio aos princípios, porém há evidências de violação a regras imunizantes.

No art. 150, VI, da Constituição Federal temos um quarteto de regras imunizatórias que afastam a incidência de impostos federais, estaduais e municipais sobre determinadas pessoas e sobre determinados bens. Entre elas cabe observar a disposição da alínea c:

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
>
> VI – instituir impostos sobre:
>
> c) patrimônio, renda e serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei.

Pois bem, existe cobrança de IPTU (imposto municipal) sobre imóvel de propriedade de um partido político, embora justamente esse imóvel encontre-se alugado a terceiros, e daí outro dispositivo constitucional deve necessariamente vir à tona:

> Art. 150. (...)
>
> § 4º As vedações expressas no inciso VI, alíneas b e c, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nela mencionadas.

O conteúdo divulgado não se adapta, num primeiro momento, perfeitamente ao exarado, pois o imóvel não é utilizado sequer pelo Partido Político (é ocupado por um terceiro locatário do bem), entretanto existe a afirmação no sentido de que os recursos advindos desse contrato de locação são utilizados nas principais atividades desenvolvidas pelo Partido PTN.

Daí, somos obrigados a identificar qual o posicionamento jurisprudencial para a situação que se instala. Conforme o Supremo Tribunal Federal,mesmo que um imóvel encontre-se alugado a terceiros,

permanecerá ele imune à incidência de impostos desde que comprovado que o dinheiro auferido por meio da cobrança de aluguéis seja revertido às finalidades essenciais da pessoa legitimamente imune.

É exatamente o caso descrito em que os valores são revertidos para as principais atividades do Partido Político, portanto, mesmo que o imóvel esteja alugado, por si só esta condição não afasta a proteção, uma vez que os valores auferidos são destinados às finalidades partidárias (veja Súmula 724 do STF ou Súmula Vinculante 52).

Acessoriamente a essa primeira argumentação, vale indicar e desenvolver também sobre as condições determinadas em lei complementar para que o Partido Político mantenha-se gozando do benefício constitucional (art. 14 do CTN).

Para identificar os PEDIDOS: o pedido realizado nos Embargos à Execução é um dos mais amplos, com mais particularidades até, mas não quer dizer que seja com isso mais complexo.

Deve-se requerer sejam os Embargos recebidos no efeito suspensivo, tendo em vista a comprovação da garantia do juízo, bem como requerer seja o pedido julgado procedente para afastar a exigência tributária em face do argumento da imunidade, bem como seja extinta a execução fiscal, desconstituindo o título executivo que originou a demanda.

Passamos então para seus inúmeros, porém importantes requerimentos: sejam os embargos distribuídos por dependência aos autos principais; intimação do embargado para impugnar dentro do prazo de 30 dias, produção de provas, condenação em verbas sucumbenciais e ainda requerimento último para levantar a penhora sobre o bem oferecido em garantia, liberando-o de quaisquer ônus. Ao final, como sempre, determinação do valor da causa.

9.14. *Modelo de Embargos à Execução*

01	EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA ...VARA
02	DE EXECUÇÕES FISCAIS DA COMARCA DE ...
03	
04	
05	
06	Distribuição por dependência à
07	
08	Execução Fiscal n....
09	
10	Indústria Têxtil Cores, com sede em (endereço), inscrita no
11	CNPJ/MF sob o n., por seu advogado infra-assinado, com endereço para
12	receber intimações (endereço eletrônico...), com procuração inclusa, vem,
13	respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, nos termos do art.16
14	da Lei n. 6.830/80 c/c o art. 919, § 1º, do CPC, após ter garantido
15	o juízo, opor, tempestivamente:
16	
17	EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL
18	com pedido de efeito suspensivo
19	

20	que lhe move o Estado de..., pessoa jurídica de direito público, CNPJ
21	n., pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos:
22	
23	I - FATOS
24	
25	A Indústria Têxtil Cores é contribuinte do ICMS,
26	embora por muito tempo tenha gozado de um benefício fiscal, o qual
27	implicava não só o diferimento no pagamento do imposto, bem como
28	a simplificação quanto suas obrigações acessórias.
29	
30	Há sete anos o benefício fiscal foi extinto, obrigando a empresa a

31	recolher o tributo em momento anterior àquele no qual costuma
32	receber seus pagamentos mensais. Isso gerou transtornos operacionais
33	ao contribuinte, o que acabou por resultar em falta de pagamento e
34	procedimentos contínuos de fiscalização.
35	
36	Sem conseguir regularizar sua situação, todos os créditos tributários
37	constituídos foram inscritos em dívida ativa estadual e há cerca de
38	dois meses foi proposta a execução fiscal, objetivando o pagamento da dívida.

39	
40	A empresa foi citada, conforme aviso de recebimento n...., e
41	sofreu a constrição judicial de parte de seu patrimônio como forma de
42	garantia do juízo.
43	
44	Ainda que as dívidas existam, a executada não concorda com o
45	prazo de dez anos que a Fazenda Pública insiste em aplicar para validar
46	a via executória.
47	
48	II - DIREITO
49	Conforme o texto constitucional e em razão da soberania que é
50	inerente ao Estado, cumpre aos entes federados valer-se de seu poder
51	coercitivo para exigir prestações pecuniárias da coletividade, com fulcro
52	de reverter os valores arrecadados justamente ao interesse público.
53	
54	Notadamente, num Estado Democrático de Direito, tal exigência
55	está regulada sob a égide do princípio da legalidade. É preciso atenção,
56	contudo, pois alguns temas são pela Carta Magna reservados à legislação
57	complementar, especialmente aqueles qualificados como normas gerais de
58	Direito Tributário.
59	

60	Observemos o dispositivo em questão:

Folha 3/6

61	Art. 146. Cabe à lei complementar:
62	I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária,
63	entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
64	II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;
65	III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação
66	tributária, especialmente sobre:
67	a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em
68	relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos
69	respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;
70	b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência
71	tributários;
72	c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado
73	pelas sociedades cooperativas;
74	d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as
75	microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive
76	regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto
77	no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§

78	12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.
79	
80	Destacamos acima decadência e prescrição tributárias, temas
81	reconhecidos como normas gerais da matéria e que, portanto, somente
82	poderiam ser veiculados por lei complementar. Decerto, o Código Tribu-
83	tário Nacional faz as vezes dessa legislação qualificada e, conforme os
84	arts. 173 e 174, o prazo será de 5 anos para lançar um tributo (de-
85	cadência) e 5 anos para promover eventual execução fiscal (prescrição).
86	
87	Erro maior não há ao admitir-se legislação ordinária determinando
88	um prazo decenal para lançamento ou mesmo prescrição, quando o Có-
89	digo Tributário Nacional crava para ambos os casos apenas 5 anos.
90	

91	Nesse sentido, a jurisprudência dos Superiores Tribunais não
92	deixa dúvidas sobre a necessidade de ambos os temas (decadência e
93	prescrição) em matéria tributária serem fundamentalmente reservados
94	à lei complementar.
95	
96	Especialmente quando se observa a redação do seguinte enunciado sumular:

97	
98	Súmula Vinculante 8:
99	São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei
100	n. 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/1991, que tra-
101	tam de prescrição e decadência de crédito tributário.
102	
103	Publicada em 20/6/2008, a súmula considerou que cobranças de
104	natureza tributária (sejam de qual sorte forem) estão sob a orientação
105	das diretrizes do Código Tributário Nacional, em que os arts. 173 e
106	174 indicam o prazo de ambos os institutos.
107	
108	Por conseguinte, não há como prosperar a presente execução em
109	virtude de o lançamento ter ocorrido a destempo, ou seja, após o
110	prazo quinquenal estabelecido em lei e amplamente reconhecido pelos
111	Tribunais Superiores.
112	
113	III - DO EFEITO SUSPENSIVO
114	
115	Ainda que a Lei de Execuções Fiscais nada disponha a respeito do
116	efeito suspensivo dos embargos e o Código de Processo Civil, a rigor,
117	estabeleça que esta via não seja ainda recebida, prevalece o

118	entendimento jurisprudencial que o efeito poderá ser pelo juízo
119	competente atribuído com a comprovação da presença das condições
120	legalmente fixadas.

121	A probabilidade do direito resta comprovada com a demonstração
122	que no Direito não há ações imprescritíveis e, mesmo com a existência
123	de eventual dívida, a Fazenda Pública não poderá buscar todas que
124	encontrar se não observar o prazo designado para tanto, o qual, aliás, resta
125	insculpido no Código Tributário Nacional, em observância aos ditames
126	do art. 146, III , “b”, da CF.
127	
128	Outrossim, o perigo da dano fica evidente, pois caso o embargante
129	seja compelido ao pagamento da dívida sob discussão, restará a ele o
130	insalubre e tortuoso caminho do “solve et repete”, caso seja julgado
131	procedente o pedido dos embargos.
132	
133	Por fim, em vista de constar o juízo devidamente garantido, espera
134	o embargante pela atribuição do efeito suspensivo, conforme disciplinado
135	e admitido pelas mais recentes manifestações dos Superiores Tribunais,

136	bem como autorizado pela disposição do Código de Processo Civil.
137	
138	IV - PEDIDO
139	
140	Diante do exposto, requer seja atribuído o efeito suspensivo em face
141	da comprovação da garantia do juízo, bem como sejam os embargos
142	julgados procedentes, a fim de extinguir a execução fiscal,
143	desconstituindo o título executivo.
144	
145	Requer-se:
146	a) apensamento dos embargos aos autos principais;
147	b) intimação da embargada para oferecer impugnação tempestiva-
148	mente.
149	c) produção de provas, especialmente as documentais;
150	d) condenação nas verbas sucumbenciais; e

151	e) levantamento da penhora sobre o bem objeto de garantia.
152	
153	Valor da Causa R$...
154	Termos em que pede deferimento.

155	Local e data...
156	Advogado... OAB n. ...

10. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

10.1. *Descrição do instrumento*

Imagine uma execução fiscal completamente carente de requisitos básicos para sua propositura, por exemplo, uma execução pautada em título executivo equivocado, em dívida inexistente. Manter a exigência ao executado de garantir o juízo para tão somente depois poder indicar os defeitos da ação seria puni-lo por dívida que não possui, afinal estaria ele obrigado a se privar de parte de seu patrimônio.

Surge daí a Exceção de Pré-Executividade, construída doutrinariamente e por isso mesmo também conhecida por outros apelidos, tais como, Exceção Pré-Processual ou Objeção de Pré-Executividade. Constitui uma mera petição, embora não de caráter inicial, cujo objetivo é trazer à lume os contundentes apontamentos que desnudam a execução fiscal, demonstrando sua fragilidade e, portanto, impedindo-a de prosseguir, haja vista faltar-lhe requisitos mínimos de validade.

A partir do momento que se mostra como via excepcional, alcança grande gama de contribuintes que, vendo minguado seu patrimônio, por outro lado exercem por meio dela todo seu direito de ampla defesa e do contraditório, ainda que a medida não ofereça a oportunidade de produção de provas.

Há também o sentido contrário, pois, vez que falta previsão legal regulando-a, a Exceção de Pré-Executividade está longe de ser unanimidade, embora amplamente aceita pelos nossos Tribunais.

10.2. *Competência*

A Exceção de Pré-Executividade representa petição por parte do interessado nos autos da execução fiscal. Sendo assim, **para identificar a**

Justiça competente é preciso verificar em qual Justiça já tramita a execução fiscal.

Dessa maneira, vale a regra da execução: domicílio do réu (executado).

> Art. 46. (...)
>
> § 5º A execução fiscal será proposta no foro de domicílio do réu, no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado.

Nos enunciados trabalhados nas provas prático-profissionais do Exame de Ordem, busque por reconhecer o juízo onde tramita a execução fiscal (informação que poderá ou não ser fornecida), pois a partir do momento que a Exceção de Pré-Executividade deve ser encartada nos próprios autos da Execução Fiscal, certo é que ambas terão o mesmo endereçamento.

10.3. *Terminologia*

Partes: excipiente (autor – o executado da execução fiscal) e excepto (réu – autor da execução fiscal).

Verbo: apresentar ou aduzir.

Pedido: julgar procedente o pedido, a fim de desconstituir o título executivo ou afastar o embargante do polo passivo da execução.

10.4. *Fundamentação*

Corresponde numa construção doutrinária e jurisprudencial, porém pautada no direito de petição e na garantia de livre acesso ao Judiciário descritos na Carta Magna.

> Art. 5º (...)
>
> XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

> a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
>
> XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Vale ainda indicar um dispositivo do Código de Processo Civil:

> Art. 803. (...)
>
> Parágrafo único. A nulidade de que cuida este artigo será pronunciada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, independentemente de embargos à execução.

Por fim, também orientamos utilizar o respaldo jurisprudencial acerca do cabimento da medida excepcional, pois para o Superior Tribunal de Justiça, a Exceção de Pré-Executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.

10.5. *Hipóteses de cabimento*

Por não haver previsão legal específica para esta forma de defesa, cumpre à jurisprudência determinar as hipóteses de cabimento da exceção.

O Superior Tribunal de Justiça chegou inclusive a sumular a matéria:

> Súmula 393. A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.

Apesar da aparente restrição, o mesmo Tribunal tem se manifestado admitindo o ingresso da exceção em temas diversos, como: decadência e prescrição, responsabilidade, imunidades, isenções, temas de ordem pública, nulidades processuais.

O que não se discute é que em sede de exceção não há a possibilidade de dilação probatória. Portanto, ao que tudo indica, se as provas já se encontram pré-constituídas, então o tema é passível de ser questionado por meio desta.

Também é forma de se direcionar para a Exceção quando há informação sobre a impossibilidade de o contribuinte/executado providenciar a garantia do juízo. Não havendo a garantia, impossibilitado está o executado de embargar, restando como saída a Exceção de Pré-Executividade.

Porém, caso necessário seja ingressar como a medida judicial que assegure certidão de regularidade fiscal, sem contudo a garantia do juízo, então a **Exceção deve ser deixada de lado, pois não tem ela o condão de suspender a exigibilidade do crédito nem, portanto, garantir certidão positiva com efeitos de negativa**.

Nessa hipótese existe a alternativa da propositura de uma Ação Anulatória com pedido de tutela provisória. Porém observe que a Anulatória não ataca diretamente a execução fiscal, pois não é anulatória da execução, mas anulatória do lançamento que, após a inscrição em dívida ativa, possibilitou a cobrança por meio da execução fiscal.

10.6. *Efeitos*

Não é possível afirmar que a Exceção de Pré-Executividade tem efeito suspensivo. Diferentemente dos embargos, medida pela qual é possível requerer o efeito suspensivo, na exceção não há previsão para tanto.

Seria preciso, então, caso necessária seja a suspensão da exigibilidade do crédito, buscar as hipóteses do art. 151 do CTN, pois somente por meio delas ou com a efetiva penhora o contribuinte poderia obter uma certidão positiva com efeitos de negativa.

Exsurge daí o raciocínio da jurisprudência que se posiciona e descarta que a Exceção de Pré-Executividade assegure a obtenção de certidão positiva com efeitos de negativa. A razão é bastante simples: a via excepcional não corresponde a nenhuma das alternativas que dão azo a suspender a exigibilidade do crédito tributário, muito menos é medida dependente de penhora, logo, mesmo que aceita como meio de defesa em Execução Fiscal, por outro lado não substitui os Embargos em amplitude nem em todos os efeitos que este proporciona.

Embargos à EF		Exceção de Pré-Executividade
Suspende	Crédito Tributário	Não suspende
Certidão positiva com efeitos de negativa	Certidão de Dívida Ativa	Certidão positiva
Admite sua produção	Provas	Não admite sua produção

10.7. *Prazo*

Repisamos que a exceção, embora admitida jurisprudencialmente, não encontra previsão legal precisa, de modo que não há prazo em dias ou em horas, sendo certo apenas que não há a necessidade da garantia do juízo para apresentação dela.

Para o caso dos embargos, a garantia do juízo é o marco para a contagem de seu prazo. Como na exceção não há a garantia, é possível afirmar que sua **apresentação pode ocorrer a qualquer tempo**.

Existe, é verdade, momento mais adequado para sua apresentação, haja vista que seu intuito é impedir a executividade de um título que se encontra viciado. Assim, citado o contribuinte na execução fiscal, terá ele um prazo

de 5 (cinco) dias para pagar ou garantir o juízo. Transcorrido esse prazo, poderá a qualquer momento acontecer a penhora livre sobre seu patrimônio.

Ora, quem busca a exceção certamente quer evitar a penhora, logo, costuma-se intentar a medida excepcional justamente dentro desse prazo, período no qual não há risco de o executado sofrer a penhora.

Porém, lembre-se, o prazo de 5 (cinco) dias é para pagar ou garantir o juízo, não é prazo para a exceção, pois esta poderá ser apresentada em momento posterior.

10.8. *Valor da causa*

Por não se tratar de uma petição inicial, nem mesmo corresponder a uma forma substitutiva aos Embargos, representando tão somente uma medida processual anômala, não é necessário indicar valor da causa, embora seu apontamento não seja necessariamente considerado um erro crasso.

De qualquer maneira, para mantermos alinhados com o padrão exigido no Exame de Ordem, somos por não indicar o valor da causa nas hipóteses de exceção de pré-executividade.

> **Atenção:** existe a discussão sobre a necessidade ou não de se apresentar valor à causa, por outro lado está consagrado que, em sede de exceção há condenação em verbas sucumbenciais.

10.9. *Síntese da estrutura*

A Exceção de Pré-Executividade não possui expresso supedâneo legal, contudo sua construção doutrinária costuma ser amplamente aceita pela jurisprudência como forma legítima de defesa no bojo de uma execução fiscal. Com respaldo nos princípios do direito de petição, livre acesso ao Poder Judiciário, bem como meio assecuratório do exercício do contraditório e da ampla defesa, a Exceção de Pré-Executividade é também conhecida como um incidente processual anômalo.

Endereçamento: como nos Embargos, a Exceção deve seguir a execução proposta. A diferença reside no fato de os Embargos seguirem em apenso aos autos da execução, enquanto a Exceção virá encartada no próprio processo executivo. Assim, o endereçamento da Exceção é equivalente ao endereçamento dos Embargos e, portanto, igual também ao da execução fiscal.

Autor: a parte legítima para apresentar a Exceção é o executado. Aquele que, caso tivesse seu patrimônio penhorado, seria o embargante. Aqui o autor é denominado como excipiente.

Réu: há a inversão dos polos da execução. Quem era executado passa a ser excipiente e quem era exequente passa a ser o excepto.

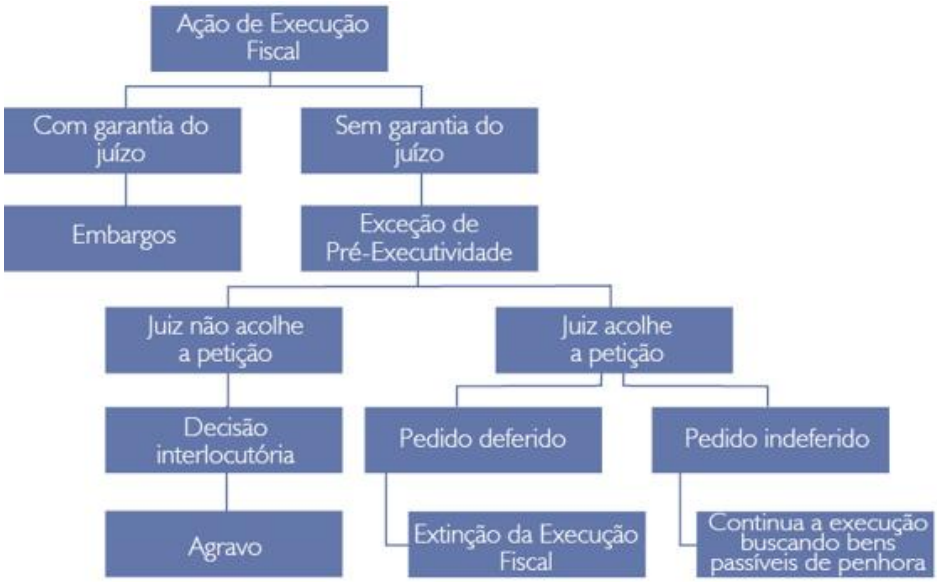
Mérito: diferentemente do que ocorre nos Embargos, aqui não se admite a alegação de toda a matéria útil à defesa. Desenvolve-se, especialmente, temas de ordem pública, mas há decisões inúmeras acolhendo questionamentos também sobre prescrição, responsabilidade, isenções e imunidades.

Pedido: a medida busca demonstrar a fragilidade do título executivo, requerendo a extinção da execução fiscal e consequente desconstituição do título extrajudicial. Há também a opção de apenas pedir pela exclusão do

excipiente do polo passivo da relação processual quando se tratar da comprovação da não responsabilidade do executado. Deve ser requererida a intimação da executada para se manifestar mediante as alegações, bem como pedido para condenação em verbas sucumbenciais. Jamais deve pedir pela produção de provas, pois a Exceção não admite, embora seja possível requer autorização para a juntada das provas que se encontram pré-constituídas.

Valor da Causa: não indicar o valor da causa na exceção de pré-executividade.

10.10. *Fluxograma*



10.11. *Pontos-chave*

1. Endereçamento (a Exceção segue o endereçamento da Execução Fiscal)

2. Qualificação completa

3. Fatos

4. Direito

5. Pedido: procedência do pedido para extinguir a execução ou afastar o executado do polo passivo; intimação; condenação em custas e honorários; juntada das provas pré-constituídas.

10.12. *Passo a passo*

1. A pretensão do excipiente deve ser a de não pagar o tributo, seja porque o valor cobrado é indevido, seja porque ele não tem responsabilidade sobre o pagamento.

2. Confirme se o contribuinte foi citado nos autos da execução fiscal.

3. Independe da garantia do juízo para apresentar a Exceção.

4. Não há prazo previsto em lei.

5. Identifique em qual Justiça tramita a execução fiscal. Se tramitar na Justiça Federal, a Exceção será oposta na Justiça Federal, se tramitar na Justiça Estadual, a Exceção tramitará na Justiça Estadual.

6. O foro competente é o do domicílio do executado, ou seja, domicílio do excipiente.

7. Faça a qualificação completa das partes.

8. Relate os fatos preponderantes.

9. Desenvolva as teses iniciando sempre pela mais forte.

10. Não se esqueça de pedir: (I) procedência do pedido para (a) extinguir a execução fiscal, desconstituindo o título executivo ou (b) excluir o executado do polo passivo da execução; (II) a intimação do excepto para impugnar; (III) a condenação em custas e honorários advocatícios, e; (IV) juntado dos documentos comprobatórios.

10.13. *Questão comentada*

A empresa XZ Indústria Comércio de Confecções Ltda., com sede em São Paulo – SP, deixou de pagar as contribuições sociais devidas ao INSS (cota patronal), no período de 1.º/1/1996 até 31/12/2004, tendo recolhido apenas os valores das contribuições retidas dos empregados.

A fiscalização do INSS lavrou notificação fiscal (auto de infração) em 1.º/1/2006, exigindo o débito relativo ao período supracitado, acrescido de multa, juros e correção monetária.

A empresa não apresentou defesa administrativa, e o débito foi inscrito na dívida ativa, tendo a Receita Federal do Brasil proposto a execução fiscal perante a 5.ª Vara da Justiça Federal em São Paulo.

Em dezembro de 2006, a empresa, que não possuía bens, encerrou suas atividades legalmente, ficando pendente apenas o referido débito perante o INSS.

Os sócios diretores — Paulo e Antônio — foram citados em 1.º/3/2007, para pagar o referido débito e apresentar bens a penhora, entretanto eles se recusaram a oferecer bens à penhora para garantir a execução, pretendendo ingressar com embargos.

Em face da situação hipotética apresentada, na qualidade de advogado(a) contratado(a) pelos sócios da mencionada empresa, proponha a medida judicial que entender cabível com vistas a excluir a responsabilidade dos sócios pela solidariedade e a cancelar a cobrança, abordando todos os aspectos pertinentes com base na lei, doutrina e jurisprudência.

Comentários:

Para identificar a PEÇA: como praxe em mais um enunciado desenvolvido especificamente para o Exame de Ordem, há dicas fundamentais para a identificação da peça e do pedido ao final do texto da situação- problema.

Observe que o (a) candidato (a) está sendo contratado (a) como advogado (a) dos sócios diretores Paulo e José para propor a medida judicial cabível com vistas a excluir sua responsabilidade, bem como cancelar definitivamente a cobrança nos autos de uma Execução Fiscal.

Haja vista tratar-se de uma pretensão de não pagar já no decorrer da Execução Fiscal (cuja citação ocorreu em primeiro de março de 2007), duas medidas judiciais são as alternativas: Embargos à Execução ou Exceção de Pré-Executividade.

Sem dúvida os Embargos representam a medida de proteção mais ampla, até porque neles é admitida produção irrestrita de provas, porém é pressuposto para sua oposição a garantia do juízo (por meio de depósito, juntada da carta de fiança ou mesmo da penhora). Entretanto há informação clara e objetiva no texto do enunciado que os sócios se recusaram a oferecer bens à penhora. Essa é a dica que faz com que seja descartada a opção pelos Embargos, devendo necessariamente ser aduzida a Exceção de Pré-Executividade.

Lembre-se, a rigor em sede de Execução Fiscal devemos pensar nos Embargos, porém quando o Exame de Ordem quer direcionar a peça para a Exceção de Pré-Executividade, haverá menção expressa que o executado não possui bens passíveis de penhora ou que não pretende oferecê-los ou ainda que não possui condições financeiras suficientes para garantir o juízo.

Para identificar a TESE: o problema é enfático ao registrar tratar-se de dívidas da empresa em que são sócios diretores Paulo e Antônio. A dívida corresponde a contribuições sociais patronais, portanto devidas em virtude de sua obrigação em custear a Seguridade Social. Não se esqueça de que a empresa é contribuinte dessas contribuições, pois aquelas outras que são por ela retidas (contribuições sociais do empregado), na condição de responsável tributário, foram regularmente pagas aos cofres públicos federais.

Não dá para questionar se há ou não hipótese de incidência das contribuições. O problema não fornece dados o bastante para raciocinar nesse sentido. Da mesma maneira não vislumbramos nenhum ferimento a regras imunizatória (por exemplo, se a empresa correspondesse a uma entidade beneficente de assistência social).

Entretanto há uma série de datas indicadas ao longo do enunciado e, portanto, temas como decadência e prescrição devem necessariamente ser observados. A empresa foi notificada em 1º de janeiro de 2006, data na qual foram cobrados os valores de contribuição correspondentes ao período entre primeiro de janeiro de 1996 até 31 de dezembro de 2004.

Ora, segundo dispõe o Código Tributário Nacional, o prazo decadencial compreende apenas 5 anos, de modo que um auto de infração e imposição de multa realizado em janeiro de 2006 só poderia exigir tributos não pagos no máximo cinco anos atrás, portanto, até 2001. Conquanto aos fatos geradores praticados em datas anteriores ao ano de 2001 certamente incorreu a fiscalização federal em decadência, nos termos do art. 173 do CTN.

Embora o problema não tenha sido explícito ao indicar a legislação em vigor para as contribuições sociais destinadas à seguridade social, vale sem dúvida nenhuma descrever também sobre o posicionamento pacificado no âmbito dos Tribunais Superiores (veja Súmula Vinculante 8) no sentido que mesmo para essas contribuições o prazo decadencial é de cinco e não de dez anos como já pretendeu o legislador. Outrossim, haja vista decadência e prescrição corresponderem a normas gerais de Direito Tributário, conforme o art. 146, III, b, da Constituição Federal, são temas que devem ser necessariamente veiculados por lei complementar e jamais por lei ordinária. Essa indicação demonstrará ao Examinador aprofundamento no raciocínio jurídico, bem como conhecimento amplo e horizontal sobre a matéria, assegurando importante pontuação.

Mas não é só isso, pois a decadência aplica-se para os anos anteriores a 2001, ou seja, em relação aos fatos geradores praticados entre 1996 até 2000. Para os fatos geradores ocorridos entre 2001 e 2006, não há que se falar em decadência. Seriam então devidos pelos sócios os valores das contribuições nesse período mais recente? Também não, porém o fundamento é outro.

Observe que a Execução Fiscal é contra os sócios, contudo a dívida é da empresa. Seriam os sócios responsáveis por essa dívida? Mais uma vez a resposta é negativa. Ainda que os sócios diretores administrassem a empresa durante o período em que aconteceram todos os fatos geradores, isso, por si só, não é suficiente para responsabilizá-los pelo pagamento.

Conforme o art. 135 do Código Tributário Nacional, a responsabilidade apenas será pessoal caso comprovado que os sócios tenham agido com excesso de poder, praticado infração à lei ou afrontado o contrato social ou estatutos da empresa. Não existe nenhuma indicação nesse sentido. Como também o enunciado tomou o cuidado em informar que a empresa encerrou suas atividades legalmente, sendo cabível também como fundamento da tese apontar o enunciado da Súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça: "Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente". Não existe dissolução irregular da sociedade, logo não há motivos legais para justificar a execução dos sócios.

Para identificar os PEDIDOS: a Exceção de Pré-Executividade embora não prevista na Lei de Execuções Fiscais ou em qualquer outro diploma legal é medida amplamente aceita por nossos Tribunais, assegurando o Direito de Petição e preservando o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Como comentado anteriormente, a situação- problema destaca quais devem ser os pedidos a serem desenvolvidos por meio da medida judicial. Primeiro o afastamento da responsabilidade pelo pagamento das dívidas sobre os sócios e também o cancelamento dessa cobrança.

Assim, tecnicamente deverá ser requerida a exclusão dos sócios do polo passivo da relação processual, tendo em vista não restar configurada sua responsabilidade pessoal sobre o pagamento das contribuições sociais, bem como a extinção da execução fiscal e consequente desconstituição do título executivo uma vez comprovado o decurso do prazo decadencial.

Aliado ao pedido principal que objetiva atender aos interesses dos sócios, outros requerimentos são necessários, tais como: intimação do excepto para oferecer impugnação; condenação ao pagamento de custas e honorários advocatícios, juntada dos documentos comprobatórios das alegações (não cabe o pedido de produção de provas) e ainda a indicação de um valor para a causa, conforme sugerido nas orientações teóricas sobre essa peça.

10.14. *Modelo de Exceção de Pré-executividade*

Folha 1/3

01	Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz Federal da Vara de
02	Execuções Fiscais
03	
04	
05	
06	Leva e Traz transportes LTDA., com sede em (endereço), inscrita

07	no CNPJ/MF sob o n. ..., por seu advogado infra-assinado, com endereço
08	para receber intimações (endereço eletrônico), com procuração inclusa,
09	vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, nos termos do
10	art. art. 5º, XXXV,da CF, art. 803, parágrafo único, do CPC e súmu-
11	la 393 do STJ apresentar:
12	
13	EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE
14	
15	nos autos da execução fiscal que lhe move a UNIÃO FEDERAL, pelos
16	motivos de fato e de direito a seguir expostos:
17	
18	I - FATOS
19	
20	Prestadora de serviços de transportes municipais e intermunicipais, a
21	empresa possuía até idos de 2003 dívidas dos mais diferentes tributos
22	federais, tais como taxas, contribuições sociais e imposto de renda, além
23	de multas decorrentes de irregularidades quanto a obrigações acessórias.
24	
25	A situação precária da empresa desde a sua fundação (ano de 1998)
26	foi desencadeada por administração desastrosa do Sr. X, que se aposentou
27	no ano em que vendeu a empresa, em 2001.

28	
29	Os compradores e atuais administradores da Leva e Traz transportes
30	LTDA. realizaram auditorias independentes e passaram a sanear a dívidas

Folha 2/3

31	trabalhistas e tributárias desde então. Ocorre que em razão de desa-
32	venças quanto ao montante de alguns tributos federais, o Fisco notificou
33	de ofício a empresa a recolher eventuais diferenças.
34	
35	Os valores foram apurados até 2003, correspondentes aos fatos
36	geradores da época, e em março de 2004 marca a data das notificações.
37	A empresa não ingressou com recurso administrativo, os valores acabaram
38	por ser inscritos em dívida ativa e, no dia 5 de novembro de 2010, o
39	contribuinte foi citado nos autos desta execução fiscal.
40	
41	II - DIREITO
42	
43	O cidadão se preocupa em quitar seus haveres com quem quer que
44	seja, em especial quando o credor é o próprio Estado, comumentemente
45	denominado Fisco. Assim, uma vez que o contribuinte possui deveres e
46	direitos, o Fisco também os possuirá e a eles guardará respeito.

47	
48	Nesse sentido, quando um tributo deixa de ser pago, pouco
49	importando a razão para o não pagamento, o ente federativo credor
50	poderá e deverá cobrar judicialmente a exação inclusive por meio da
51	propositura de execução fiscal.
52	Esse é seu direito, cujo dever recíproco é promover tal ação
53	dentro do prazo quinquenal fixado pelo Código Tributário Nacional.
54	
55	Todavia nota-se “in casu” que a Fazenda Pública responsável notificou o
56	contribuinte em março de 2004, sendo que em virtude da falta de
57	pagamento foi proposta a execução fiscal em novembro de 2010. Como
58	se pode facilmente observar, entre a notificação até a data da execução
59	transcorreu um prazo superior a cinco anos, tempo este que supera o
60	limite máximo fixado pelo art. 174 do CTN.

61	Nesse sentido, entre infindáveis julgados recordamos em brevíssima
62	síntese a jurisprudência predominante, segundo a qual superado o período
63	de mais de 5 anos entre a data da constituição definitiva do crédito
64	tributário e a citação efetiva do devedor, opera-se a prescrição da ação.

65	
66	Daí conclui-se que, embora o crédito tributário tenha sido regu-
67	larmente constituído, a Fazenda Pública tardou em exigi-lo judicialmente,
68	incorrendo em prescrição o que acabou por representar a extinção do
69	crédito tributário.
70	III - PEDIDO
71	
72	Diante do exposto, requer seja acolhida a presente exceção de
73	pré-executividade, a fim de se reconhecer o transcurso do lapso prescricional,
74	extinguindo a execução fiscal, bem como desconstituindo o título executivo.
75	
76	Requer-se autorização para a juntada dos documentos que
77	comprovam o alegado.
78	
79	Vem requerer, também, a condenação do exequente ao pagamento
80	das verbas sucumbenciais.
81	
82	Por fim, ainda, a intimação do excepto para se manifestar.
83	
84	Termos em que pede deferimento.

85	Local e data...
86	Advogado... OAB n. ...

II

Ação de iniciativa do Fisco

1. Medida Cautelar Fiscal

1.1. *Aspectos gerais*

Os entes políticos, a União, os Estados, Municípios e o Distrito Federal podem utilizar a Cautelar como forma de proteger o crédito tributário quando o contribuinte ou sujeito passivo da obrigação tributária dificulte ou impeça a sua satisfação.

A Lei n. 8.397/92 determina que, para a utilização da medida cautelar, deva existir crédito tributário declarado pelo contribuinte e lançado pelo Fisco, assim entendidos os créditos devidamente constituídos antes mesmo da propositura da execução fiscal ou no curso desta.

O Fisco deve demonstrar a necessidade de utilização dessa medida, sob o risco de ser considerada um meio de impedir o devido processo legal e a ampla defesa.

O art. 2º, IV, da Lei n. 8.397/92 determina:

> Art. 2º A medida cautelar fiscal poderá ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, quando o devedor:
> (...)

> IV – contrai ou tenta contrair dívidas que comprometam a liquidez do seu patrimônio.

É possível que o Fisco, mesmo antes da constituição do crédito, excepcionalmente, utilize a cautelar. A exceção é autorizada pelos arts. 1º e 3º da Lei n. 9.532/97. O parágrafo único do art. 1º daquela Lei autoriza a utilização da cautelar quando o contribuinte coloque seus bens em nome de terceiros e também quando o contribuinte aliena bens e direitos sem que proceda à devida comunicação aos órgãos da Fazenda Pública.

A indisponibilidade dos bens é extensível ao acionista controlador e às pessoas com poderes de gestão: as pessoas relacionadas no art. 135 do CTN. Em situações comuns, a cautelar pode resultar na indisponibilidade dos bens do ativo permanente da pessoa jurídica (art. 4º, § 1º, da Lei n. 8.397/92). A garantia pode ser substituída mediante o pedido elaborado pelo Requerido e ouvida a Fazenda, nos termos do art. 10 da mesma Lei.

A medida permanece eficaz ainda que seja suspensa a exigibilidade do crédito tributário e, caso seja preparatória, perde a sua eficácia se a execução não for ajuizada contados sessenta dias da data em que a exigência (lançamento) se tornar irrecorrível na esfera administrativa, de acordo com o art. 46 do Decreto n. 7.574/2011.

A Medida Cautelar Fiscal pressupõe créditos devidamente constituídos e a sua eficácia é garantida mesmo que sua exigibilidade esteja suspensa.

1.2. *Procedimento da Medida Cautelar Fiscal*

A medida cautelar fiscal se manifesta como direito de ação, portanto, segue regida sob os ditames de petição inicial, estampada no art. 6º da Lei n. 8.397/92:

> Art. 6º A Fazenda Pública pleiteará a medida cautelar fiscal em petição devidamente fundamentada, que indicará:

I – o Juiz a quem é dirigida;

II – a qualificação e o endereço, se conhecido, do requerido;

III – as provas que serão produzidas;

IV – o requerimento para citação.

Poderá ser liminarmente concedida a medida cautelar fiscal, desde que presentes os requisitos dos arts. 2º e 3º, permanecendo a **Fazenda dispensada de justificação prévia e de prestação de caução**:

> Art. 2º A medida cautelar fiscal poderá ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, quando o devedor:
>
> I – sem domicílio certo, intenta ausentar-se ou alienar bens que possui ou deixa de pagar a obrigação no prazo fixado;
>
> II – tendo domicílio certo, ausenta-se ou tenta se ausentar, visando a elidir o adimplemento da obrigação;
>
> III – caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens;
>
> IV – contrai ou tenta contrair dívidas que comprometam a liquidez do seu patrimônio;
>
> V – notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal:
>
> a) deixa de pagá-lo no prazo legal, salvo se suspensa sua exigibilidade;
>
> b) põe ou tenta por seus bens em nome de terceiros e; [...]
>
> Art. 3º Para a concessão da medida cautelar fiscal é essencial:
>
> I – prova literal da constituição do crédito fiscal;
>
> II – prova documental de algum dos casos mencionados no artigo antecedente.

É suscetível de agravo de instrumento a decisão interlocutória que concede a liminar prevista no art. 7º:

> Art. 7º O Juiz concederá liminarmente a medida cautelar fiscal, dispensada a Fazenda Pública de justificação prévia e de prestação de caução.
>
> Parágrafo único. Do despacho que conceder liminarmente a medida cautelar caberá agravo de instrumento.

Ainda que não seja concedida a liminar, a cautelar fiscal pressupõe, após o recebimento da inicial, a citação do devedor, que tem prazo de 15 (quinze) dias para contestar e indicar as provas que pretenda produzir. Caso não o faça, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados pela Fazenda, mas caso ofereça a contestação, será designada a audiência de instrução e julgamento.

Por fim, a medida cautelar será julgada por sentença, cabendo apelação sem efeito suspensivo, exceto se o requerido oferecer garantia:

> Art. 10. A medida cautelar fiscal decretada poderá ser substituída, a qualquer tempo, pela prestação de garantia correspondente ao valor da prestação da Fazenda Pública, na forma do art. 9º da Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980.

1.3. *Tempo de eficácia da Medida Cautelar Fiscal*

O art. 12 da Lei n. 8.397/92 determina que a medida cautelar fiscal se mantém eficaz:

a) ***caso seja deferido procedimento preparatório****, propor a execução judicial da Dívida Ativa no prazo de sessenta dias, contados da data em que a exigência se tornar irrecorrível na esfera administrativa (art. 11);*

b) ***após o ajuizamento da execução fiscal,*** enquanto estiver pendente a execução (art. 12):

> Art. 12. A medida cautelar fiscal conserva a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo de execução judicial da Dívida Ativa, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.
>
> Parágrafo único. Salvo decisão em contrário, a medida cautelar fiscal conservará sua eficácia durante o período de suspensão do crédito tributário ou não tributário.

No entanto, a medida cautelar perderá sua eficácia, sendo revogada:

a) caso a Fazenda não ajuíze a execução fiscal no prazo previsto pelo art. 11;

b) se concedida a medida cautelar, não for efetivada em 30 (trinta) dias;

c) se a execução fiscal for extinta e;

d) se o crédito estiver satisfeito, pago.

1.4. *Características da Medida Cautelar Fiscal*

- pode ser proposta de forma preparatória (antes do ajuizamento da execução fiscal) ou após (incidental);
- o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* são previstos pelos arts. 2º e 3º, I, da Lei n. 8.397/92;
- objetiva resguardar a viabilidade do direito material;
- integra o conjunto das cautelares especiais;
- viabiliza a disponibilização dos bens do devedor, respeitado o limite de crédito de que é titular a Fazenda Pública;
- pode ser estendida a terceiros.

 **Já caiu**

A medida cautelar fiscal foi exigida no XXIV Exame de Ordem.

(XXIV Exame de Ordem)

Pessoa Jurídica XYZ, notificada pela União para que proceda ao recolhimento de crédito fiscal, tenta colocar seus bens em nome de terceiros. Ciente do fato, a União requereu medida cautelar fiscal. Dias depois do deferimento da referida medida, veio a ser definitivamente constituído o crédito tributário da União contra a Pessoa Jurídica XYZ e, 90 (noventa) dias após a constituição definitiva do crédito, a União propôs a execução fiscal. Diante de tal quadro fático, responda aos itens a seguir.

A) Foi correto o procedimento da União ao ajuizar a medida cautelar fiscal antes de definitivamente constituído o crédito tributário? (*Valor: 0,60*)

B) Foi adequado o prazo dentro do qual a União ajuizou a execução fiscal? (*Valor: 0,65*)

GABARITO

A) Sim, pois a tentativa de colocar bens em nome de terceiros é uma das hipóteses que autoriza a medida cautelar fiscal antes da constituição definitiva do crédito tributário, conforme o art. 1º, parágrafo único E/OU o art. 2º, V, *b*, ambos da Lei n. 8.397/92.

B) Não, pois se tratando de medida cautelar preparatória, a União deveria ter respeitado o prazo de 60 dias a partir do exaurimento da esfera administrativa, conforme art. 11 da Lei n. 8.397/92.

2. EXECUÇÃO FISCAL

2.1. *Aspectos gerais*

A Execução Fiscal é ação proposta pela Fazenda Pública quando, munida de Certidão de Dívida Ativa, exige a satisfação do crédito. A matéria é regulada pela Lei n. 6.830/80, afastando a aplicabilidade do Código de Processo Civil.

A certidão da inscrição do crédito da Fazenda Pública como Dívida Ativa é o **título executivo extrajudicial** de que necessita a exequente para propor a ação executiva que **não objetiva** nem a **declaração de existência ou inexistência da relação tributária** nem a **confirmação a respeito de seu crédito**, mas sim a efetivação do pagamento do tributo, uma vez que, por força de lei[1], sobre o crédito, opera-se a presunção de liquidez e certeza.

A Fazenda pode requerer a indisponibilidade dos bens do Executado (devidamente citado) que não quita a obrigação, não indica bens à penhora, ou, na indicação de bens, se percebem insuficientes, conforme previsão do art. 185-A do CTN, utilizando o sistema BacenJud.

O art. 774 do CPC é aplicável à execução fiscal e determina que o Executado deverá colaborar com a Fazenda, indicando os bens que serão sujeitos à penhora e, em casos de desobediência ao preceito, será prevista a aplicação de multa.

É possível que o juiz opte pela reunião de todas as execuções fiscais em face de um único sujeito passivo. Essa faculdade é admitida por entendimento disposto na Súmula 515 do STJ: “A reunião de execuções fiscais contra um mesmo devedor constitui faculdade do juiz”.

O art. 46, § 5º, do CPC prevê a possibilidade da propositura da execução fiscal no foro do domicílio do réu, no de sua residência ou no

lugar onde for encontrado, e as execuções fiscais propostas pela União serão ajuizadas na Subseção da Justiça Federal do domicílio do executado.

2.2. *Os sujeitos e o objeto no Processo de Execução Fiscal*

2.2.1. *Sujeito ativo*

O art. 1º da Lei de Execuções Fiscais define os sujeitos ativos como sendo os titulares do direito ao crédito exequendo ou dívida de natureza tributária ou não tributária: União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, além das respectivas autarquias.

2.2.2. *Sujeito passivo*

A condição do sujeito passivo para fins da execução fiscal desconsidera a sua condição de solvente ou insolvente, bem como se submetido a regime de falência ou recuperação judicial, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, bastando que estejam presentes as condições para a propositura da Execução Fiscal[2].

O art. 4º da Lei de Execuções Fiscais define os sujeitos passivos:

> Art. 4º. A execução fiscal poderá ser promovida contra:
> I – o devedor;
> II – o fiador;
> III – o espólio;
> IV – a massa;
> V – o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado; e
> VI – os sucessores a qualquer título.

2.3. *Objeto*

O objeto da Execução é o valor qualificado como dívida ativa regularmente inscrita que tenha a Fazenda Pública como titular (ou uma das entidades enquadradas no conceito de Fazenda Pública), conforme dispõe o art. 1º e o § 1º do art. 2º da Lei n. 6.830/80:

> Art. 1º A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.
>
> Art. 2º Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na **Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964**, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.
>
> § 1º Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o art. 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública.

2.4. *Requisitos da petição inicial para a propositura da Ação de Execução Fiscal*

O art. 6º e os §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 determinam que a petição inicial, além de indicar o juiz a quem é dirigido o pedido e a citação, dispõe que seja instruída com a Certidão de Dívida Ativa, **não se submetendo aos requisitos da petição inicial previstos pelo art. 319 do CPC**:

> Art. 6º A petição inicial indicará apenas:
>
> I – o Juiz a quem é dirigida;
>
> II – o pedido; e
>
> III – o requerimento para a citação.

§ 1º A petição inicial será instruída com a Certidão da Dívida Ativa, que dela fará parte integrante, como se estivesse transcrita.

§ 2º A petição inicial e a Certidão de Dívida Ativa poderão constituir um único documento, preparado inclusive por processo eletrônico.

§ 3º A produção de provas pela Fazenda Pública independe de requerimento na petição inicial.

§ 4º O valor da causa será o da dívida constante da certidão, com os encargos legais.

2.5. *Prazo para a propositura da ação executiva*

A execução fiscal deverá ser ajuizada no prazo de 5 (cinco) anos contados **da constituição definitiva do crédito tributário**, **da conclusão do processo administrativo** ou **da formalização do crédito por declaração do contribuinte**, sob o risco de **prescrição**[3]. Sendo essa uma das causas de extinção de crédito tributário e matéria de ordem pública, torna nula a pretensão de cobrança executiva da Fazenda, nos termos do art. 156, V, do CTN.

Quando não localizados os bens do devedor ou de terceiros, a execução deverá ser suspensa por um ano, nos termos do art. 40 da Lei de Execuções Fiscais. A Fazenda Pública é intimada da suspensão e os autos são arquivados, sem que ocorra a baixa na distribuição. Transcorridos cinco anos sem que a Fazenda tenha qualquer motivo para suspender (casos de parcelamento do crédito) ou interromper a prescrição, será extinta a execução fiscal, em decorrência da prescrição intercorrente[4].

Após a citação, o executado deverá, em cinco dias, realizar o pagamento do tributo ou garantir a execução fiscal, nos termos do art. 8º da Lei n. 6.830/80. Caso não o faça, deve garantir a dívida, mediante dinheiro, depósito bancário, nomeação dos bens à penhora ou a indicação de bens

oferecidos por terceiros, sob a condição de aceitação pela Fazenda, de acordo com o art. 9º da LEF.

A penhora poderá recair sobre qualquer bem do executado, exceto daqueles declarados absolutamente impenhoráveis, definidos pelo art. 833 do CPC:

> Art. 833. São impenhoráveis:
>
> I – os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;
>
> II – os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;
>
> III – os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;
>
> IV – os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2o;
>
> V – os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;
>
> VI – o seguro de vida;
>
> VII – os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;
>
> VIII – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX – os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X – a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

XI – os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;

XII – os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

2.6. *A penhora na Execução Fiscal*

A constrição patrimonial depende de prévia citação do devedor quando não efetivado o pagamento ou insatisfeito o crédito tributário, o não oferecimento ou uso de um dos meios que garantem a execução fiscal: depósito, fiança ou seguro garantia[5].

A penhora é um ato preparatório de expropriação do patrimônio do devedor.

Excetuados os bens legalmente declarados como absolutamente impenhoráveis[6], o art. 9º, III e IV, da Lei de Execuções Fiscais **prevê que o devedor pode nomear quaisquer bens**, inclusive de terceiros, desde que possam garantir a execução, mas caso não o faça, a penhora se consumará sobre qualquer elemento integrante de seu patrimônio, nos termos do art. 11, senão vejamos:

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

I – dinheiro;

II – título 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 ou semoventes; e

VIII – direitos e ações.

§ 1º Excepcionalmente, a penhora poderá recair 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 Pública exequente, sempre que esta o requerer, em qualquer fase do processo.

A **penhora em dinheiro** é prioritária, sendo afastada apenas quando houver a comprovação de que essa forma de constrição possa causar efeitos danosos ao executado.

A **penhora *online***, por sua vez, é a penhora ou constrição de dinheiro mediante prévio acesso, pelo juiz, ao sistema BacenJud.

Já a **penhora sobre o faturamento**[7] é tratada como modalidade autônoma, sendo nomeado depositário ou administrador-depositário que tem o dever de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, além de prestar, mensalmente, contas, entregando ao exequente (sujeito ativo) as quantias recebidas, com o objetivo de serem utilizadas para o pagamento da dívida.

2.7. *A citação do executado*

O despacho do juiz que defere a inicial da ação executiva determina a citação, que será realizada pelo Correio, acompanhada do aviso de recebimento (AR), caso a Fazenda não requeira uma outra forma, a

exemplo de mandado cumprido por Oficial de Justiça. Não sendo consumadas essas formas, cabe a citação por edital. Esta última possibilidade é prevista pela Súmula 414 do STJ: "A citação por edital na execução fiscal é cabível quando frustradas as demais modalidades"[8].

A Súmula 106 do STJ prevê que a demora na citação do executado, como resultado da morosidade dos mecanismos da justiça, não justifica o argumento de prescrição alegada pelo executado em face da Fazenda[9].

Quando não localizados os bens do devedor ou de terceiros, a execução deverá ser suspensa por um ano, nos termos do art. 40 da Lei de Execuções Fiscais. A Fazenda Pública é intimada da suspensão e os autos são arquivados, sem que ocorra a baixa na distribuição. Transcorridos cinco anos sem que a Fazenda tenha qualquer motivo para suspender ou interromper a prescrição, será extinta a execução fiscal, em decorrência da **prescrição intercorrente**[10].

2.8. *Características da Execução Fiscal*

- Instrumento específico destinado ao recebimento de todos os créditos tributários ou não tributários constituídos pela Fazenda Pública;
- É o procedimento adequado para forçar o cumprimento de dívida de natureza tributária ou não tributária, desde que devidamente apuradas e inscritas em Dívida Ativa;
- Não pode ser utilizado pela Fazenda quando se opere a decadência de seu direito de constituir o crédito tributário e nem quando ocorrida a prescrição;
- Será atribuído efeito suspensivo diante do requerimento do executado quando comprovados os requisitos autorizadores e desde que garantida a execução, nos termos do § 1º do art. 919 do CPC;

- Às alterações introduzidas pelo CPC/2015 aplica-se apenas subsidiariamente, já que a execução fiscal é regida por lei especial.

2.9. *Requisitos para a propositura da ação executiva*

- Para a propositura da Ação de Execução Fiscal, o sujeito ativo tem de possuir a Certidão de Dívida Ativa (CDA);

- O título executivo extrajudicial (CDA) deverá se revestir de liquidez e certeza, caso contrário não poderá ser utilizado na ação executiva.



Já caiu

O XXI Exame da FGV exigiu o entendimento da Súmula 556 do STJ e do art. 6º da Lei n. 6.830/80.

(XXI Exame da FGV)

Em março de 2016, a União ajuizou execução fiscal em face da pessoa jurídica Alfa para a cobrança de créditos de Imposto sobre a Renda (IRPJ), referentes aos anos-calendários de 2013 e 2014. De acordo com o exequente, em que pese a declaração dos créditos relativos aos anos-calendários em questão, a contribuinte apenas efetuou o pagamento parcial dos tributos, sendo, dessa forma, devido o pagamento da diferença inadimplida. Devidamente cientificada da demanda, a contribuinte, após o oferecimento de garantia, apresentou embargos à execução, objetivando sua extinção, uma vez que a União não instruiu a petição inicial com o demonstrativo de cálculo do débito, inviabilizando a ampla defesa. Alegou a contribuinte, ainda, que o crédito não poderia ser objeto de execução, eis que não foi realizado, por parte da Administração Fazendária, o prévio lançamento por meio de processo administrativo regularmente instaurado. Em vista das alegações da pessoa jurídica Alfa, responda aos itens a seguir.

A) A execução fiscal deve ser extinta em virtude da falta do demonstrativo de cálculo do débito? (*Valor: 0,65*)

B) A ausência de prévio lançamento por meio de processo administrativo regularmente instaurado inviabiliza a execução do crédito? (*Valor: 0,60*)

GABARITO

A) O examinando deverá responder que a execução fiscal não deve ser extinta em virtude da falta do demonstrativo de cálculo do débito, eis que, a teor da Súmula 559 do Superior Tribunal de Justiça, em ações de execução fiscal é desnecessária a instrução da petição inicial com o demonstrativo de cálculo do débito, por tratar-se de requisito não previsto no art. 6º da Lei n. 6.830/80.

B) O examinando deverá responder que não, uma vez que a entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco, conforme Súmula 436 do Superior Tribunal de Justiça.



Já caiu

O XV Exame de Ordem exigiu o momento da constituição definitiva do crédito tributário e a possibilidade de substituição da penhora.

(XV Exame de Ordem)

Joana é proprietária de um apartamento localizado no Município X. Em 5 de janeiro de 2014, o Município X enviou a Joana o carnê do IPTU referente ao ano de 2014. A data limite para pagamento ocorreu em 31 de janeiro. Como Joana não realizou o pagamento e não apresentou impugnação, em 10 de março de 2014 o Município X inscreveu o crédito

em dívida ativa. Em 30 de abril de 2014, o Município X ajuizou execução fiscal cobrando o IPTU. Joana ofereceu, para garantir o juízo, o próprio imóvel, sendo a garantia aceita pelo Município X. Sobre a hipótese descrita, responda aos itens a seguir.

A) Quando ocorreu a constituição do crédito tributário, considerando-se a jurisprudência do STJ? Justifique. (*Valor: 0,75*)

B) Joana pode substituir a penhora feita por depósito em dinheiro? Justifique. (*Valor: 0,50*)

GABARITO

A) A constituição do crédito ocorreu com a remessa do carnê do IPTU, em 5 de janeiro de 2014. Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme Súmula 397.

B) Sim. Em qualquer fase do processo, será deferida pelo juiz a substituição, pelo executado, da penhora por depósito em dinheiro, conforme previsão do art. 15, I, da Lei n. 6.830/80.

III

Recursos

1. Aspectos práticos gerais

1.1. *Como identificar que a peça é um recurso na prática tributária*

Os recursos no processo civil representam instrumentos para a reforma, anulação ou integração de um ato judicial.

Assim, na prova prática do Exame de Ordem, mesmo na prática em Direito Tributário, a utilização de um recurso apenas será viável quando a parte tiver sido prejudicada por um ato de juiz (ato de pronunciamento), estiver logo após a ciência de tal ato, bem como o objetivo do problema for a atuação profissional para atacar o referido ato do magistrado ou tribunal.

Interpretando o problema: quando será um recurso?	
1. Quem é meu cliente?	O recurso pode ser interposto por qualquer uma das partes, pelo MP ou por terceiro prejudicado (art. 996 do CPC).
2. Qual a fase processual ?	O processo está em momento processual logo após a ciência do ato judicial. Atenção: se o problema disser que foi proferido um ato judicial, foi interposto o recurso e a parte foi cientificada do recurso interposto pela outra, será caso de "contrarrazões".

Interpretando o problema: quando será um recurso?	
3. O que ele deseja?	O recurso visa a reforma, anulação ou integração do ato judicial e, portanto, o problema conduzirá: "na qualidade de advogado de "x" atue contra o ato judicial".

Muito bem, depois de identificar que a peça processual será um recurso, surgirá a pergunta: qual recurso interpor?

A localização do recurso cabível – na prática e no Exame de Ordem – sempre exige a prévia identificação da natureza do ato judicial.

Fundamental – diante do ato judicial, questione: **Que ato judicial é esse?** A identificação do recurso correto apenas poderá se dar quando o intérprete localiza de forma correta a natureza do ato judicial.

No processo civil, a adequação recursal passa pelo cruzamento da NATUREZA DO ATO JUDICIAL X RECURSOS. Primeiro identifique qual a natureza do ato do magistrado ou tribunal e, na sequência, não terá como errar o recurso.

Histórico de recursos na prática tributária (OAB)

a) Apelação (XVI | XXV)

b) Agravo de instrumento (VIII | X | XII | XVII | XXVI)

c) Agravo interno (XVIII)

Como se vê, apelação e agravo de instrumento são os recursos preferidos em Direito Tributário. Mas, considerando a alta existência de teses previstas na legislação infraconstitucional (CTN, Lei de Execução Fiscal etc.), bem como a existência de teses constitucionais, o candidato da disciplina também deverá ficar atento aos recursos especial e extraordinário.

1.2. *Pronunciamentos judiciais*

Os arts. 203 e 204 do Código de Processo Civil estabelecem quais são os atos de pronunciamentos judiciais:

a) Despachos

São atos de mero impulso do processo e sem carga decisória. Ao prolatar um despacho, o magistrado não faz nenhum julgamento, mas apenas impulsiona o processo para frente.

Por exemplo, ao abrir vistas a uma parte acerca de um documento juntado pela outra, nesse caso, não há nenhuma atividade cognitiva ou de julgamento.

Contra os despachos não cabem recursos – art. 1.001 do CPC.



Atenção: se o ato judicial contiver conteúdo cognitivo e causar prejuízo à parte, não será um mero despacho, mas sim uma decisão interlocutória.

Vamos imaginar que, por exemplo, o problema diga: "o juiz despachou negando a tutela provisória". Neste caso, o termo "despacho" foi empregado no sentido *lato* e estaremos diante de típica interlocutória.

b) Decisões interlocutórias

As interlocutórias são pronunciamentos incidentais no processo, na primeira instância ou nos tribunais, sem o poder de gerar a extinção da relação.

A definição dada pelo CPC, no § 2º do art. 203, se limitou a dizer que interlocutória será o ato que não for sentença. De fato, o dispositivo poderia ter deixado mais claro que as interlocutórias representam decisões sobre questões incidentais ou de mérito do processo, sem que gere a sua extinção (o que é sentença).



Na prática

Por exemplo, a negativa de uma liminar em mandado de segurança, a decisão que julga a exceção de pré-executividade sem a extinção do processo.

c) Sentenças

O ato judicial terá natureza de sentença em razão do seu conteúdo e efeito ao processo.

- Conteúdo – alguma das hipóteses dos arts. 485 ou 487;
- Efeito – extinção do processo.



Atenção: Caso o julgamento aplique alguma hipótese dos arts. 485 ou 487 sem a extinção do processo, não estaremos diante de uma sentença e sim de uma interlocutória, fazendo com que o recurso seja outro (agravo e não apelação).

Vejamos – vamos imaginar que em um processo, havendo dois réus, um deles compareça na contestação e alegue sua ilegitimidade passiva.

O magistrado acolhe e, com base no art. 485, VI, exclui o litisconsorte do feito.

Nesse caso, temos conteúdo de sentença (art. 485), mas sem o efeito de extinção do processo. Portanto, mesmo com conteúdo de sentença, terá natureza – para efeitos recursais – de decisão interlocutória (e comportará agravo de instrumento).



Importante As interlocutórias também podem ser proferidas nos tribunais, gerando o cabimento de agravos específicos, como veremos a seguir.

d) Acórdãos

Os atos colegiados proferidos pelos tribunais recebem a denominação de acórdãos (art. 204 do CPC) – julgamento de turmas, seções, plenário, órgão especial etc.



Atenção: nem todo ato de tribunal é acórdão, uma vez que seus membros poderão proferir atos monocráticos (interlocutórias).

No Exame de Ordem o enunciado poderá conter expressões como:

- "o tribunal, por maioria de votos";
- "o tribunal, por votação unânime".

Nesses casos, estaremos diante de acórdão!

Caso o problema diga: "o relator", o "presidente do tribunal" proferiu julgamento... nestes casos, não teremos acórdão e sim decisão monocrática (com natureza interlocutória e a ponto de desafiar recurso de agravo).

Antes de qualquer coisa...

Se o problema contiver um ato de juiz, faça uma análise preliminar sobre a natureza do ato judicial.

No processo civil, a localização do recurso adequado e correto depende do tipo do ato do juiz. Se o candidato identificar de forma equivocada uma sentença no lugar de uma interlocutória, perderá toda a prova e a nota será zero.

1.3. *Atos x recursos*

Identificada a natureza do ato judicial, com base nos arts. 203 e 204, o próximo passo será a localização do recurso específico.

Lembramos que no processo civil, em relação aos recursos, vigora o princípio da unirrecorribilidade ou singularidade, pelo qual, diante de um ato judicial, como regra, apenas será cabível um único recurso. Excepcionalmente, os recursos especial e extraordinário fogem à regra e permitem que um único acórdão, simultaneamente, receba os dois recursos.

Ato judicial (arts. 203 e 204)		Recursos (art. 994)



Atenção:

- Nos Juizados, o recurso contra sentenças não recebe o nome de apelação, mas apenas de recurso (inominado) – art. 41 da Lei n. 9.099/95.
- Com o NCPC não há previsão de embargos infringentes e agravo retido.
- Nas execuções fiscais, contra as sentenças em embargos à execução até 50 ORTNs, o recurso será de "embargos infringentes" – art. 34 da Lei n. 6.830/80 (que não se confunde com os antigos embargos infringentes do CPC/73).

1.4. *Situações peculiares*

a) Decisão que concede gratuidade – havendo a concessão de gratuidade de justiça, a parte contrária poderá apresentar uma impugnação (art. 100 do CPC). O recurso apenas será cabível da decisão que revoga da gratuidade ao julgar a impugnação ou quando ocorra seu indeferimento (recurso de agravo de instrumento – art. 1.015, V, do CPC).

b) Ato de expropriação patrimonial sobre bens de terceiros, decorrente de ordem judicial – ocorrendo ordem judicial para expropriação (penhora, arresto, sequestro, arrolamento de bens etc.), sobre bens de terceiro – pessoa que não integra a relação processual – será cabível a propositura de embargos de terceiro, nos termos do art. 674 do CPC.

1.5. *Questões práticas comuns a todos os recursos*

a) Estruturas de peças

Em recursos, recomentamos dois modelos básicos de petições:

- Recurso com petição de interposição: petição de interposição + razões recursais.

A petição de interposição é necessária quando a instância de recebimento do recurso foi diversa da instância de julgamento.

Contém petição de interposição + razões recursais: Apelação (e recurso inominado no Juizado) | ROC | REsp | RE | Agravo em recurso REsp e RE

- Recurso sem petição de interposição: peça direta, sem a necessidade de uma peça introdutória.

Quando o recurso for interposto na própria instância de julgamento, não há necessidade de petição de interposição.

Não exigem petição de interposição + razões recursais: Embargos de declaração | Agravo de instrumento | Agravo interno | Embargos de divergência

b) Cabimento e pressupostos

No Exame de Ordem, considerando o objetivo do candidato de ser aprovado – preenchendo um espelho de correção – nossa sugestão é que todo recurso contenha um capítulo "Do cabimento do recurso" (veja também nos modelos a seguir).

Nesse capítulo, de forma geral, o candidato demonstrará o preenchimento dos pressupostos recursais (os pressupostos estão previstos em lei, portanto, no momento da prova, basta seguir o Código):

Pressuposto processual	**O que escrever e fundamento**
Cabimento	Demonstrar a natureza do ato judicial e o cabimento Arts. 203/204 X **994** (com inciso específico) + artigo do recurso (p. ex. apelação, art. 1.009 do CPC).
Legitimidade recursal	Apenas justificar que o recorrente é parte (ou terceiro prejudicado), portanto, legitimado para a interposição do recurso, nos termos do **art. 996** do CPC.
Tempestividade	Art. **1.003**, *caput* e § 5º. • Indicar no preâmbulo da peça: "vem, tempestivamente..." • No capítulo do cabimento, fazer um parágrafo justificando o prazo legal. • Caso o problema determine e dê os elementos para isso, date a peça com o termo final do prazo para o recurso. Como regra, os recursos são interpostos no prazo de **15 dias**, salvo os embargos de declaração que serão em **5 dias** e no Juizado o recurso contra sentença será interpostos em **10 dias**.
Preparo	**Art. 1.007** Indicar que o recurso segue acompanhado da guia do preparo. Caso a parte seja beneficiária da gratuidade de justiça, não haverá a juntada da guia, mas a informação de tal isenção nos termos legais.



Atenção: para cada recurso poderá haver pressupostos específicos, o que também deverá estar nesse capítulo "do cabimento". Em cada recurso, trataremos dos pressupostos específicos.

A conclusão do capítulo do recurso será sempre:

Assim, por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, desde logo, requer que o recurso seja conhecido.

#A seguir Veja a diferença entre **conhecer** e **prover**

c) Terminologias próprias para recursos

- **Interpor** – verbo próprio para constar nos preâmbulos das peças recursais:

"Nome, já qualificado nos autos da AÇÃO..., de número em epígrafe, que lhe move Nome, vem, por seu advogado, tempestivamente, **interpor** RECURSO DE ..."

Para embargos a expressão poderá ser **opor**.

Em contrarrazões utilize **apresentar** ou **oferecer** contrarrazões (não se interpõe a resposta recursal).

- Pedido recursal sempre conterá as expressões: **conhecer** e **prover**.

O verbo **conhecer** está relacionado ao requerimento de juízo positivo de admissibilidade do recurso, uma vez que preenche os pressupostos recursais.

Já a expressão prover tem relação com o mérito do recurso, especialmente ao pedido de reforma ou anulação do ato judicial.

Por todo o exposto, requer a esse Egrégio Tribunal que o recurso seja conhecido e provido, no sentido de reformar a sentença recorrida para que ...

 **Atenção:** nas razões recursais (e na sua conclusão), você não está falando com um juízo de primeira instância, mas sim com um órgão colegiado, portanto, não cabe o emprego de expressões como: “requer, a Vossa Excelência” etc.

d) Estrutura das razões recursais: saudação, capítulos e encerramento

Quando o recurso contiver petição de interposição e razões recursais, o início das razões conterá uma saudação:

Razões de apelação
Apelante: nome
Apelado: nome
Origem: (dados do processo que constarem no problema)

Egrégio Tribunal Ilustres Desembargadores
I. HISTÓRICO PROCESSUAL
II. DO CABIMENTO DO RECURSO
III. DAS RAZÕES PARA A REFORMA
IV. DO PEDIDO DE REFORMA

Termos em que pede deferimento.

Local e data...
Advogado... OAB ...

1.6. *Recurso adesivo – art. 997 do CPC*

Inicialmente, cumpre destacar que o recurso adesivo NÃO representa uma espécie de recurso, mas sim uma forma de interpor um determinado

recurso. A simples leitura do art. 994 demonstra que ele não está dentre as modalidades de recursos em espécies.

Na verdade, a parte poderá interpor recurso de duas formas:

a) Independente – ciente do ato judicial e, inconformada, a parte interpõe seu recurso independentemente do recurso da outra parte (no prazo de 15 dias de que a parte dispõe para recorrer).

b) Adesiva – a parte espera a outra parte interpor o seu recurso e, quando intimada para a resposta, aproveita dessa oportunidade para, nesse momento, também apresentar o seu recurso.

São requisitos para a existência do recurso na forma adesiva:

- Sucumbência recíproca (p. ex. sentença de parcial procedência).
- Recurso independente interposto apenas por uma das partes (se ambas interpuseram seus recursos independentes, não haverá para nenhuma delas a possibilidade de aderir ao recurso da outra).
- Tem cabimento na apelação, nos recursos especial e extraordinário (portanto, não há que se cogitar o adesivo nos demais).
- Será interposto no prazo das contrarrazões e com observância dos requisitos próprios do recurso interposto (inclusive, preparo, se houver).

A pergunta clássica: **"professor, qual o modelo de recurso adesivo?"**

O recurso adesivo não tem um modelo próprio.

Na verdade, sendo um adesivo de apelação, ele observará todo modelo de apelação, apenas constando no preâmbulo da peça: "vem, tempestivamente, interpor recurso de APELAÇÃO NA FORMA ADESIVA (ou RECURSO ADESIVO DE APELAÇÃO), com fundamento nos arts. 997 e 1.009 do Código de Processo Civil".

Como o recurso na forma adesiva é uma exceção, sugerimos que no capítulo do cabimento seja elaborado um parágrafo para justificar os requisitos do art. 997.

1.7. *Efeito suspensivo nos recursos*

O efeito suspensivo é aquele que impede que o ato recorrido produza efeitos enquanto houver a pendência do julgamento do recurso.

A depender do recurso, a sua interposição ou, mediante decisão própria, poderá ser deferida a suspensão da execução provisória da decisão recorrida.

A regra contida no art. 995 do Código de Processo Civil é no sentido de que os recursos não impedem a eficácia da decisão recorrida, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido contrário.

Assim, a depender do recurso, o efeito suspensivo será:

a) Automático – por previsão legal (p. ex. como é a regra da apelação);

b) Excepcional – a depender de decisão judicial que defira o efeito para impedir a produção de efeitos durante o trâmite do recurso.

Requerimento de **efeito suspensivo**

Não sendo automático o efeito (por previsão legal), o recorrente deverá formular o pedido com observância dos requisitos previstos no parágrafo único do art. 995 do CPC:

- Requerimento ao relator (art. 932, II, do CPC) ou ao órgão dotado de competência a depender do recurso;
- Risco de dano grave, de difícil reparação;
- Ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Evidentemente, para o Exame da OAB, além dos requisitos do parágrafo único do art. 995, também sugerimos, em caráter excedente, que o candidato também utilize os requisitos da tutela provisória dos arts. 294 e 300 do CPC.

#O que abunda, não prejudica.

Em cada recurso, o efeito suspensivo tem comportamento próprio (trataremos também em cada recurso). Vejamos:

Recurso	Efeito suspensivo	Prática e modelo
Apelação	Regra: recurso é recebido no duplo efeito (art. 1.012 do CPC) – devolutivo + suspensivo, ou seja, de forma automática, interposta a apelação, a sentença ficará suspensa. Exceção: sentenças previstas no § 1º do art. 1.012 do CPC não possuem efeito suspensivo (permitem a execução imediata). Nos casos de ausência de efeito suspensivo na apelação, os §§ 3º e 4º admitem o requerimento da parte para a concessão de tal efeito.	Petição simples – vide modelo no capítulo da apelação
Agravo de instrumento	Depende de requerimento ao relator. Art. 1019, I do CPC (efeito suspensivo ou tutela antecipada recursal).	Fundamentação e requerimento em capítulo específico dentro do agravo de instrumento.
Embargos de declaração	Regra: não têm efeito suspensivo (art. 1.026 do CPC). No entanto, a eficácia da decisão da decisão monocrática ou colegiada poderá ser suspensa pelo respectivo juiz ou relator se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, se houver risco de dano grave ou de difícil reparação (§ 1º do art. 1.026 do CPC).	Fundamentação e requerimento em capítulo específico dentro do próprio recurso de embargos de declaração (vide modelo dentro dos embargos).
Especial e extraordinário	Regra: não têm efeito suspensivo. Em caráter excepcional, o § 5º do art. 1.029 autoriza o pedido ao tribunal superior/supremo ou ao relator, se já distribuído o recurso.	Petição específica – § 5º, art. 1.029 do CPC.

1.8. *Recursos nos Juizados*

O ordenamento prevê a existência de três Juizados:

a) Juizado Especial Cível – Lei n. 9.009/95;

b) Juizado Especial Federal – Lei n. 10.259/2001;

c) Juizado Especial das Fazendas Públicas – Lei n. 12.153/2009.

> No Direito Tributário, os juizados poderão ter incidência especialmente em relação ao Juizado Especial Federal (Lei n. 10.259/2001 – art. 3º, § 1º, III – incidência em anulação ou cancelamento de ato administrativo de lançamento fiscal) e Juizado Especial da Fazenda Pública (Lei n. 12.153/2009).

Basicamente, a Lei n. 9.009/95, de forma geral, regulamenta os detalhes dos procedimentos para todos os juizados e, em relação aos recursos, a sistemática também está na referida Lei:

- Os prazos, inclusive para os recursos, serão contados em dias úteis – art. 12-A, da Lei n. 9.009/95;
- Em fase de recurso, as partes serão obrigatoriamente representadas por advogados – art. 41, § 2º, da Lei n. 9.099/95;
- Como regra, o recurso apenas terá efeito devolutivo, podendo o juiz atribuir efeito suspensivo caso a parte demonstre perigo de dano irreparável – nesse caso, a parte fará o requerimento na própria petição de interposição.

Para as **sentenças**, excetuada a homologatória, o art. 41 da Lei n. 9.009/95 afirma ter cabimento de recurso (sem dizer o nome), no prazo de 10 dias (art. 42). Assim, é conhecido como recurso inominado.

Recurso	Cabimento e fundamento
Recurso inominado	Cabível contra as sentenças, salvo as homologatórias – art. 41 da Lei n. 9.099/95. • Prazo de 10 dias.

	• Preparo em até 48 horas seguintes à interposição.
Embargos de declaração	Cabíveis contra sentenças e acórdãos, em conformidade com o art. 1.002 do CPC (art. 48 da Lei n. 9.009/95). • A oposição dos embargos de declaração interrompe o prazo para outros recursos. • Podem ser interpostos na forma oral ou escrita (no prazo de 5 dias).
Recurso especial	Não tem cabimento no âmbito do Juizado Súmula 203 do STJ[1]
Recurso extraordinário	Tem cabimento nos termos do art. 102, III, da Constituição da República. Inteligência das Súmulas 640 e 727 do STF[2]

11 12

Nos Juizados não existe a previsão de agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias. Portanto, quando cabível, a prática se utiliza de mandado de segurança contra ato judicial, nos termos do art. 5º, II, da Lei n. 12.016/2009 – Súmula 376 do STJ[13].

1.9. *Recursos em Mandado de Segurança*

O mandado de segurança, ação constitucional prevista no art. 5º, LXIX, da Constituição, tem seu procedimento regulado pela Lei n. 12.016/2009, com sistemática recursal em sinergia com as regras do NCPC.

No mandado de segurança podemos ter decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos e, portanto, a lógica adotada será a mesma prevista de forma geral no Código de Processo Civil, apenas devendo haver cuidado especial com os mandados de segurança que têm início diretamente nos tribunais (competência originária dos tribunais). Vejamos:

Origem (instância de início do MS)	Ato	Recurso
1ª instância	Decisão que aprecia liminar no MS	**Agravo de instrumento** – art. 7º, § 1º, da Lei n. 12.016/2009 + art. 1.015, I, do CPC.
	Sentença que extingue o processo (com ou sem resolução)	**Apelação** ● Indeferimento da inicial – art. 10, § 1º, da Lei n. 12.016/2009. ● Denegatória ou que concede a segurança – art. 14 da Lei n. 12.016/2009 + art. 1.009 do CPC.
Tribunais	Decisão que aprecia o pedido de liminar	**Agravo interno** – art. 16, parágrafo único, da Lei n. 12.016/2009.
	Indeferimento da inicial – pelo relator	**Agravo interno** – Agravo para o órgão colegiado – art. 10, § 1º, da Lei n. 12.016/2009.
	Acórdão concessivo da segurança – art. 18 da Lei n. 12.016/2009	**Recursos especial e/ou extraordinário** – quando presentes os requisitos constitucionais (arts. 102, III, e 105, III, da CF).
	Acórdão denegatório da segurança (com ou sem mérito) – art. 18 da Lei n. 12.016/2009.	**Recurso ordinário constitucional** – arts. 102, II, e 105, II, da CF.



Atenção: o recurso ordinário constitucional no mandado de segurança apenas terá cabimento quando o MS for de competência originária de tribunal e tiver a segurança denegada. Não cabe ROC quando do julgamento de apelação em MS.

No capítulo próprio do ROC trataremos do item com detalhes.

1.10. *Recursos em Exceção de Pré-Executividade*

O tema tem grande relevância para a prática tributária.

Desejando o executado alegar, dentro da própria execução, questão de ordem pública e que possa ser reconhecida de ofício pelo juiz, poderá se valer da exceção de pré-executividade (Súmula 393 do STJ e art. 803, parágrafo único, do CPC).

Assim, apresentada a exceção dentro dos autos da execução fiscal, qual será o recurso cabível contra a decisão que a julgar?

Na primeira instância, arguida a exceção, poderá ocorrer:

Ato judicial	**Recurso**
Decisão que rejeita a exceção ou acolhe em parte, SEM a extinção do processo de execução fiscal.	Natureza de decisão interlocutória, cabendo **agravo de instrumento** – art. 1.015, parágrafo único do CPC.
Ato que acolhe a exceção e extingue a execução fiscal (extinção total e fim do processo).	Natureza de sentença, sendo cabível recurso de apelação – art. 1.009 do CPC.

2. Apelação

2.1. *Aspectos gerais*

A apelação é o recurso concebido pelo processo para obtenção da reforma ou anulação de uma sentença (conteúdo de sentença + efeito de sentença), de extinção do processo com ou sem mérito.



Na prática

Na prática tributária, o recurso de apelação teve aplicação e merece atenção especial do candidato.

Cabimento geral	Contra sentença	Art. 1.009
Previsões específicas	Mandado de segurança – arts. 10, § 1º, e 14 da Lei n. 12.016/2009	
Prazo	15 dias	Art. 1.003
Órgão de interposição	Juízo recorrido – 1ª instância	Art. 1.010
Juízo de admissibilidade	Tribunal – inicialmente pelo relator	Caso o relator, monocraticamente, negue admissão à apelação, caberá agravo interno (art. 1.021)
Órgão de julgamento do mérito recursal	Tribunal de Justiça (apelação contra sentença de juízo de direito) ou Tribunal Regional Federal (contra sentença de juízo federal)	
Modelo da peça	Peça dupla: petição de interposição + razões recursais	
Resposta da parte	Contrarrazões de	Art. 1.010, § 1º

contrária	apelação (15 dias)	
Admissão de recurso adesivo	Sim – no prazo das contrarrazões	Art. 997
Retratação na apelação	Exceção	Permitem retratação as seguintes sentenças: • Improcedência liminar – art. 332, § 3º • Extinção sem resolução de mérito – art. 485 • Indeferimento da petição inicial • Proferidas em processos do ECA – art. 178 do ECA

A apelação é recurso básico no processo civil, pois, como regra, alguma das partes sairá vencida na causa e terá interesse na revisão do julgado (quando não as duas).

No entanto, algumas questões envolvem cuidado especial:

a) Preliminar em apelação

A recorribilidade das interlocutórias na 1ª instância é restrita aos casos de cabimento de agravo de instrumento em conformidade com o rol do art. 1.015 do CPC.

Portanto, não constando no art. 1.015 ou sem urgência que justifique o agravo de instrumento (taxatividade mitigada), a parte não poderá interpor recurso imediato e, consequentemente, o próprio Código estabelece que a matéria não sofrerá preclusão.

Nesse caso, todas as questões que não foram objeto de agravo de instrumento na primeira instância (pela ausência de cabimento) poderão ser alegadas pela parte em preliminar de apelação ou em preliminar nas contrarrazões, a depender do interesse e oportunidade.

b) Juízo de admissibilidade da apelação

Na sistemática do NCPC, a verificação dos pressupostos da apelação não poderá ser realizada pelo juízo de primeiro grau. O § 3º do art. 1.010 expressamente afirma que os autos serão remetidos ao tribunal independentemente de juízo de admissibilidade.

Portanto, a competência para a admissão ou não do recurso, originariamente, compete ao relator que, de forma monocrática, poderá negar seguimento ao recurso.

Os poderes do relator estão previstos no art. 932 do CPC, inclusive com atribuição para julgar o mérito do recurso de forma monocrática (negar provimento), apreciar tutela provisória e realizar o juízo de admissibilidade.

O que cabe?

A) Decisão do relator que não admite apelação? Resposta: caberá agravo interno (art. 1.021 do CPC).

B) Decisão do juízo de primeira instância que não observa o § 3º do art. 1.010 e faz juízo negativo de admissibilidade da apelação? Resposta: o juízo de primeira instância usurpou competência do relator (Tribunal) e, consequentemente, caberá reclamação contra tal ato – art. 988, I, do CPC.

c) Juízo de retratação na apelação

Como regra, na apelação, não há possibilidade de juízo de retratação pelo magistrado que proferiu a sentença (diferente do que ocorre com as decisões interlocutórias, cuja retratabilidade é regra).

No entanto, existem exceções, especialmente em relação às sentenças de:

- Indeferimento da petição inicial – art. 331 do CPC.
- Improcedência liminar – § 3º do art. 332 do CPC.

- Extinção sem resolução do mérito – § 7º do art. 485 do CPC.
- Julgamento em procedimento afeto à Justiça da Infância e da Juventude – art. 198, com base no ECA – art. 198, VII do ECA (baixa aplicação em Direito Tributário).

Reflexo na peça

Cabível a retratação, o que isso muda na peça processual?

Evidentemente, estando diante de uma situação em que a retratação é possível, o apelante fará tal pedido na peça de interposição do recurso:

"Por oportuno, nos termos do art. 332, § 3º do Código de Processo Civil, requer a Vossa Excelência a retratação da sentença proferida, com a sua anulação e consequente prosseguimento regular do feito. No entanto, caso não ocorra a retratação, requer a remessa dos autos do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado para que o recurso seja processado."

d) Teoria da causa madura

Ao julgar uma apelação e tornar sem efeito uma sentença, a regra é que o tribunal determine a remessa dos autos à primeira instância, para que o magistrado de origem possa proferir novo julgamento.

Por exemplo, a primeira instância profere uma sentença de indeferimento da petição inicial e o autor apela. Se o tribunal der provimento à apelação, tornará a sentença (de extinção sem mérito) sem efeito e determinará o retorno dos autos à origem para a prolação de um novo julgamento, agora com apreciação do mérito.

Excepcionalmente, não precisará haver a devolução dos autos à instância de origem quando for aplicável a teoria da causa madura, com o julgamento do mérito pelo próprio tribunal.

As hipóteses de aplicação da teoria estão previstas nos §§ 3º e 4º do art. 1.013 do CPC.

Reflexo na peça

Sendo aplicável a teoria da causa madura, o apelante requererá que o recurso seja provido e o próprio tribunal julgue o mérito da causa, sem a devolução dos autos à primeira instância.

Vejamos dois exemplos:

SEM aplicação da teoria da causa madura

"Por todo o exposto, requer a esse Egrégio Tribunal o conhecimento e provimento da apelação, para que a sentença que indeferiu a petição inicial (art. 485) seja reformada e, por não ser caso de aplicação da teoria da causa madura, sejam os autos remetidos à primeira instância para processamento da causa e novo julgamento".

COM aplicação da teoria da causa madura

"Por todo o exposto, requer a esse Egrégio Tribunal o conhecimento e provimento da apelação, para que seja afastada a prescrição imposta pela sentença recorrida e, por ser tratar de caso previsto no § 4º do art. 1.013 do Código de Processo Civil, estando o feito em condições de imediato julgamento, requer que o Tribunal julgue desde logo o mérito da causa, sendo aplicada a teoria da causa madura."



Importante No Direito Tributário, a teoria da causa madura poderá ser objeto de utilização em apelação.

Lembramos que, na maioria dos processos, a discussão é apenas de tese jurídica e sem a necessidade de dilação probatória. Além disso, também existe grande aplicabilidade do instituto da prescrição.

Assim, sendo proferida sentença, interposta apelação, estando o processo pronto para julgamento – causa madura –, matéria exclusivamente de direito, o próprio tribunal poderá julgar o mérito sem o retorno dos autos à primeira instância, nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 1.013 do CPC.

2.2. *Esqueleto da Apelação*

Esqueleto da peça	
Petição de interposição (folha 1/5)	
Endereçamento	Juízo de 1ª instância – recorrido

Preâmbulo	Partes + qualificação (o art. 1.010 pede qualificação) • Verbo **interpor** • Tempestivamente • Recurso de apelação • Com fundamento no art. 1.009 do CPC • Informar que seguem acostadas as razões e guia do preparo
Formalidades	Requerer intimação da parte contrária para contrarrazões (art. 1.010, § 1º) e posterior remessa dos autos ao tribunal (§ 3º). Excepcionalmente, caso seja situação que permita retratação do juízo de primeira instância, fazer um parágrafo com esse requerimento.
Encerramento	A petição de interposição terá encerramento e, na folha 2, terá início as razões recursais.
Razões recursais (a partir da folha 2/5)	
Abertura e saudação	Razões de apelação Apelante: nome Apelado: nome Origem: dados do problema Egrégio Tribunal Ilustres Desembargadores
Capítulos da peça	I. Dos fatos do processo (síntese da ação proposta + citação e audiência + defesa + sentença) II. Do cabimento do recurso (justificar os pressupostos) III. Da preliminar em apelação
	(art. 1.009, § 1º – questões processuais não resolvidas – que não comportaram agravo de instrumento). IV. Das razões para a reforma (ou anulação)

	(teses) V. Do pedido recursal Ver próximo item
Requerimento e conclusão	• Apreciação da preliminar (se houver) • Recurso seja conhecido e provido • Condenação da parte contrária no ônus da sucumbência Atenção: se for o caso, requerer a aplicação da "teoria da causa madura" – art. 1.013, §§ 3º e 4º, do CPC.
Encerramento	Termos em que pede deferimento. Local e data... (datar se o problema pedir) Advogado... OAB n. ...

2.3. *Modelo de Apelação*

Folha 1/3 – Petição de interposição

01	EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA ..... VARA
02	CÍVEL [ou da Fazenda] DA COMARCA DE ..... [endereçar a apelação ao
03	juízo de primeira instância que constar no enunciado]
04	
05	
06	
07	
08	
09	Processo autuado sob o n. ...

10	APELANTE, qualificação completa ..., inconformada com a sentença
11	proferida na AÇÃO POPULAR, de número em epígrafe, proposta em face
12	de APELADOS, qualificação..., vem, tempestivamente, por seu advogado,
13	interpor RECURSO DE APELAÇÃO[14], com fundamento no art. 1.009 do
14	Código de Processo Civil, cujas razões e guia comprobatória do preparo
15	seguem acostadas.
16	[se for o caso, requerer juízo de retratação][15]
17	Por oportuno, requer a intimação do Apelado, nos termos do § 1º
18	do art. 1.010, para apresentar suas contrarrazões e, após tal forma-
19	lidade, sejam os autos remetidos ao Tribunal de Justiça do Estado de ...
20	
21	Termos em que pede deferimento.
22	Local e data [datar se o problema pedir]
23	Advogado... OAB n. ...
24	
25	
26	
27	
28	
29	
30	

Razões de apelação – a partir da folha 2/3

31	RAZÕES DE APELAÇÃO
32	
33	Apelante: Nome
34	Apelados: Nome
35	Origem: [dados do processo que constam no problema]
36	
37	EGRÉGIO TRIBUNAL
38	
39	ILUSTRES DESEMBARGADORES
40	
41	I – EXPOSIÇÃO DOS FATOS E DO DIREITO
42	A Autora, ora Apelante, na qualidade de cidadã, propôs ação popular
43	em face dos Apelados, em síntese...
44	Citados, apresentaram defesa ... [resumo da defesa].
45	Em primeiro grau... [narrar outros atos relevantes ...]
46	Por sua vez, o magistrado prolatou sentença de improcedência, em
47	síntese, por entender que:
48	a) ...

49	b) ...
50	No entanto, como será demonstrado a seguir, a sentença merece ser
51	reformada.
52	
53	II – DO CABIMENTO DO RECURSO
54	Inicialmente, cumpre destacar que o recurso preenche todos os pressu-
55	postos para a sua admissibilidade.
56	No presente caso, o magistrado prolatou sentença, nos termos dos
57	arts. 487 e 203, § 1º, do CPC e, portanto, tem cabimento o recurso
58	de apelação como previsto nos arts. 994, I e 1.009 do mesmo Código.
59	Além disso, o recurso está sendo interposto pela Autora, parte no
60	processo e legítima para o apelo, como prevê o art. 996 do CPC.

61	O recurso é tempestivo, pois está sendo apresentado no prazo de 15
62	dias, como estabelecem os arts. 1.003 e seu § 5º do Código de Processo
63	Civil (explicar conta...).
64	O recurso também está sendo acompanhado da guia do preparo,
65	inclusive os portes, como determina o art. 1.007 do CPC.
66	Infere-se, assim, que o recurso merece ser conhecido.
67	

68	III – DA PRELIMINAR NA APELAÇÃO
69	(caso o problema traga alguma questão processual não resolvida na
70	primeira instância e sem a interposição de agravo de instrumento –
71	art. 1.009, § 1º, do CPC).
72	
73	IV – DAS RAZÕES PARA A REFORMA
74	(teses de mérito)
75	Portanto, a sentença merece ser reformada.
76	
77	V – DO PEDIDO DE REFORMA
78	Por todo o exposto, requer a esse Egrégio Tribunal seja o recurso
79	CONHECIDO e PROVIDO para reformar a sentença recorrida, no sentido
80	de ...
81	[caso a ação tenha a possibilidade de fixação de condenação pelo ônus
82	da sucumbência, fazer um parágrafo requerendo tal fixação]
83	Requer, ainda, a condenação dos Apelados no ônus da sucumbência,
84	com o pagamento das custas e honorários advocatícios, nos termos dos
85	arts. 82, § 2º, e 85 do Código de Processo Civil, bem como do art. 12
86	da Lei n. 4.717/65.
87	
88	Termos em que pede deferimento.

89	Local e data...
90	Advogado... OAB n. ...

Modelo de contrarrazões de apelação

Folha 1/3 – petição de juntada (não há que se falar em petição de interposição, pois isso só se aplica à apelação)

01	EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA ..... VARA
02	CÍVEL DA COMARCA DE .....
03	
04	
05	
06	
07	
08	Processo autuado sob o n. ...
09	
10	APELADO, já qualificado nos autos da ação de ..... PROCEDIMENTO
11	COMUM, de número em epígrafe, que lhe move a APELANTE, vem,
12	tempestivamente, por seu advogado, apresentar CONTRARRAZÕES DE
13	APELAÇÃO, nos termos do art. 1.010, § 1º, do Código de Processo Civil.
14	Por oportuno, requer a juntada das contrarrazões aos autos e a
15	remessa ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado...
16	
17	Termos em que pede deferimento.

18	Local e data...
19	Advogado... OAB n. ...
20	

Contrarrazões de apelação – a partir da folha 2/3

31	RAZÕES DE APELAÇÃO
32	
33	Apelado: Nome
34	Apelante: Nome
35	Origem: dados do enunciado
36	
37	EGRÉGIO TRIBUNAL
38	
39	ILUSTRES DESEMBARGADORES
40	
41	I – EXPOSIÇÃO DOS FATOS E DO DIREITO
42	[narrativa dos fatos]
43	
44	II – DO NÃO CABIMENTO DO RECURSO
45	Inicialmente, cumpre destacar que o recurso não preenche os pressu-
46	postos para a sua admissibilidade.

47	[demonstrar eventual ausência de pressuposto para conhecimento do
48	recurso. Enquanto nas razões de apelação o apelante demonstra a
49	existências dos requisitos, nas contrarrazões o objetivo é oposto].
50	Infere-se, assim, que o recurso não merece ser conhecido.
51	Não obstante os motivos para a não admissão, caso o recurso seja
52	conhecido, o que se admite apenas para argumentar, existem argumentos
53	de mérito para a negativa de provimento e a existência de questão
54	preliminar que merece ser apreciada.
55	
56	III – DA PRELIMINAR NAS CONTRARRAZÕES
57	(O apelado, nas contrarrazões, poderá requerer o julgamento de questão
58	preliminar – nos termos do art. 1.009, § 1º, do CPC).
59	
60	IV – DAS RAZÕES PARA A MANUTENÇÃO DA SENTENÇA

61	(teses contra os argumentos da apelação e que justifiquem a
62	manutenção dos termos da sentença apelada).
63	
64	V – DOS REQUERIMENTOS
65	Desde logo, nos termos do art. 932, III, do Código de Processo Civil,

66	requer que o recurso não seja conhecido por ausência de pressuposto
67	processual...
68	Por outro lado, sendo levado a julgamento, requer a esse Egrégio
69	Tribunal que seja negado provimento ao apelo, com a manutenção
70	integral da sentença recorrida por seus próprios fundamentos.
71	Requer, ainda, nos termos do art. 85, §§ 1º e 11, do Código de Processo
72	Civil, a fixação e majoração dos honorários advocatícios em razão do recur-
73	so, considerando o trabalho adicional realizado pelo advogado da Apelada.
74	
75	Termos em que pede deferimento.
76	Local e data...
77	Advogado... OAB n. ...
78	

2.4. *Efeito suspensivo em Apelação*

Como vimos, a regra é no sentido de que a mera interposição do recurso de apelação já gera o efeito suspensivo, ou seja, a sentença não poderá ser executada enquanto estiver pendente o julgamento do recurso.

No entanto, o art. 1.012, § 1º, prevê situações em que não haverá o efeito suspensivo, permitindo, desde logo, o cumprimento provisório da sentença. São casos de sentenças que:

I – homologam divisão ou demarcação de terras;

II – condenam a pagar alimentos;

III – extinguem sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado;

IV – julgam procedente o pedido de instituição de arbitragem;

V – confirmam, concedem ou revogam tutela provisória;

VI – decretam a interdição.

a) Mandado de segurança

- a sentença que conceder o mandado de segurança poderá ser executada provisoriamente (portanto, apelação só no efeito devolutivo) – art. 14, § 3º, da Lei n. 12.016/2009, salvo nos casos em que for vedada a concessão de liminar (§ 2º, art. 7º da referida lei).

2.5. *Modelo de pedido de efeito suspensivo em Apelação*

Folha 1/3

01	EXCELENTÍSSIMO SENHOR RELATOR DOUTOR DESEMBARGADOR DO
02	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO ... [endereçar o pedido de efeito
03	suspensivo ao Presidente do Tribunal, se a apelação ainda não tiver sido
04	distribuída no Tribunal, ou ao relator, caso exista algum designado
05	– art. 1.012, § 3º]
06	
07	
08	
09	
10	

11	Processo autuado sob o n. ...
12	NOME DO RECORRENTE, já qualificado nos autos da AÇÃO ...., de
13	número em epígrafe, que lhe move NOME DO RECORRIDO, vem, por seu
14	advogado, requerer a concessão de EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO DE
15	APELAÇÃO, nos termos dos arts. 932, II e 1.012, §§ 3º e 4º, do Código
16	de Processo Civil, pelo que expõe e requer a Vossa Excelência o seguinte.
17	
18	I – Dos fatos – da sentença prolatada e apelação interposta
19	A ação versa sobre...
20	Em sentença, o pedido do Autor Recorrido foi acolhido para ...
21	Oportunamente, foi interposto recurso de apelação para obtenção da
22	reforma da sentença, sendo ela distribuída nesse Egrégio Tribunal de
23	Justiça [ou em fase prévia à distribuição].
24	No entanto, em conformidade com o inciso [destacar a hipótese] do
25	art. 1.012 do Código de Processo Civil, trata-se de situação em que, em
26	tese, o recurso de apelação não tem atribuição de efeito suspensivo.
27	Dessa forma, considerando que a parte contrária poderá iniciar
28	imediatamente a execução provisória, como será demonstrado a seguir,
29	é caso de concessão de efeito suspensivo ao recurso de apelação.
30	

31	II – Do Direito – Concessão do efeito suspensivo
32	No presente caso estão presentes os requisitos que autorizam a
33	concessão de efeito suspensivo à apelação.
34	Inicialmente, cumpre destacar que o art. 932, II, do Código de Processo
35	Civil confere ao relator o poder de conferir medidas de urgência nos
36	recursos, inclusive com atribuição de tutelas provisórias.
37	Por sua vez, o parágrafo único do art. 996 do Código de Processo Civil
38	afirma que a eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão
39	do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano
40	grave ou de difícil reparação, bem como fique demonstrada a probabili-
41	dade de provimento do recurso.
42	Na ação em curso, foi interposta apelação que demonstrou de forma
43	clara o erro da sentença [justificar a grande chance de reforma da
44	sentença], estando presente a probabilidade ou “fumus boni iuris” que
45	leva à concessão da liminar para suspender a execução do julgado.
46	A sentença violou literalmente...
47	Como se não bastasse, o início do cumprimento da sentença implicará em
48	grave prejuízo ao Apelante, uma vez que a sentença determinou que...
49	Também estão presentes os requisitos que permitem o deferimento de

50	tutela provisória, com base nos arts. 294 e 300 do Código de Processo Civil...
51	Existe risco de dano grave e de difícil reparação a ponto de justificar a
52	medida excepcional de concessão do efeito suspensivo.
53	Portanto, estão presentes os requisitos legais para a concessão de efeito
54	suspensivo à apelação.
55	
56	III – Do pedido de efeito suspensivo
57	Por todo o exposto, requer a Vossa Excelência a concessão do efeito
58	suspensivo ao recurso de apelação, nos termos dos §§ 3º e 4º do
59	art. 1.012, com a determinação de que a sentença não produza efeitos
60	durante o trâmite do recurso perante esse Egrégio Tribunal de Justiça,

61	evitando o início da execução provisória.
62	
63	Termos em que pede deferimento.
64	Local e data...
65	Advogado... OAB n. ...

3. Embargos de declaração

3.1. *Aspectos gerais*

Os embargos de declaração – recurso de baixa incidência na 2ª fase do Exame de Ordem, mas que não pode ser desprezado na preparação – é meio de "integração" do ato jurisdicional.

Na verdade, ao opor embargos de declaração, o recorrente não almeja a reforma ou a anulação do ato, mas apenas obter um pronunciamento jurisdicional que torne o ato jurisdicional integral (pois está incompleto, sem lógica, incoerente ou sem clareza).

Os embargos de declaração poderão ser opostos contra todos os atos jurisdicionais de pronunciamento, quando houver:

a) Omissão – magistrado ou tribunal deixou de apreciar algo que deveria ter manifestação expressa (atenção ao disposto no art. 489, § 1º, do CPC).

b) Contradição – divergência no conteúdo do ato jurisdicional.

c) Obscuridade – falta de clareza.

d) Erro material – inconsistências materiais que não alterem o resultado do julgamento, como erros em nomes, em cálculos aritméticos, referências etc.



Já caiu

Embargos de declaração para **prequestionamento**

Os embargos de declaração também podem ser opostos com a finalidade de prequestionar dispositivos legais ou constitucionais que serão objeto de discussão em futuros recursos especial ou extraordinário.

Como sabemos, a jurisprudência do STJ e do STF entende que os recursos especial e extraordinário apenas serão conhecidos quando a matéria houver sido apreciada, de forma

expressa, na instância inferior e, portanto, uma forma de fazer o tribunal recorrido se manifestar sobre a questão federal ou constitucional será por meio de embargos de declaração.

 **Importante** Mesmo que os embargos de declaração não sejam conhecidos, o art. 1.025 do CPC afirma que a matéria poderá ser considerada prequestionada.

Vejamos: vamos imaginar que os embargos sejam feitos para prequestionamento e, por ausência de previsão expressa de cabimento, o Tribunal entenda que ele é protelatório e aplique a multa do § 2º do art. 1.026 do CPC. Isso estará correto?

Resposta: Não. A Súmula 98 do STJ afirma expressamente que os embargos de declaração opostos com a finalidade de prequestionamento não poderão ser considerados protelatórios.

Atos que permitem embargos	Interlocutórias, sentenças e acórdãos	
Cabimento e fundamento	Omissão, contradição, obscuridade ou erro material	art. 1.022 e incisos
Prazo	5 dias	art. 1.023
Órgão de interposição	Ao próprio órgão embargado	art. 1.023
Juízo de admissibilidade	Próprio órgão	
Órgão de julgamento do mérito recursal	Próprio órgão	art. 1.024
Modelo da peça	Peça única (direta) – não há necessidade de petição de interposição.	

Resposta da parte contrária	Como regra, não haverá contrarrazões. No entanto, caso o eventual acolhimento implique em modificação da decisão embargada, o embargado será intimado para se manifestar (contrarrazões), no prazo de 5 dias – § 2º do art. 1.023 do CPC;	
Admissão de recurso adesivo	Não	art. 997
Pontos importantes	• Efeito interruptivo – art. 1.026 • Multa em embargos protelatórios – § 2º do art. 1.026.	

3.2. *Modelo de Embargos de Declaração*

Folha 1/2

01	EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA ..... VARA
02	CÍVEL DA COMARCA DE .....
03	
04	
05	
06	
07	
08	Processo autuado sob o n. ...
09	NOME, já qualificado nos autos da AÇÃO DE ..., de número em epígra-
10	fe, que lhe move NOME DO EMBARGADO, vem, por seu advogado, tem-
11	pestivamente, opor EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, com fundamento no
12	art. 1.022, II, do Código de Processo Civil, considerando omissões na sen-

13	tença de fls. ..., pelo que expõe e requer a Vossa Excelência o seguinte:
14	
15	I – Dos fatos – ação proposta e sentença prolatada
16	O Embargante, na qualidade de Réu na ação...
17	[narrativa dos fatos]
18	Dessa forma, como será demonstrado a seguir, tem cabimento e
19	merece acolhimento os embargos para sanar as omissões referidas.
20	
21	II – Do cabimento dos embargos[6]
22	Inicialmente, cumpre destacar que têm cabimento os embargos de
23	declaração contra sentença, nos termos dos arts. 994, IV, e 1.002 do
24	Código de Processo Civil.
25	Existem omissões que precisam ser sanadas.
26	O recurso está sendo oposto pelo Réu, portanto legítimo nos termos
27	do art. 996.
28	Também é tempestivo, pois a disponibilização ocorreu há 2 dias, e o
29	prazo previsto no art. 1.023 do Código de Processo Civil é de 5 dias
30	(contar e datar se o problema trouxer elementos suficientes).

31	Também é tempestivo, pois a disponibilização ocorreu há 2 dias, e o
32	prazo previsto no art. 1.023 do Código de Processo Civil é de 5 dias.
33	O recurso não se sujeita a preparo (art. 1.023).
34	Assim, estão presentes todos os pressupostos para o conhecimento dos
35	embargos.
36	
37	III – Do Direito – Omissões na sentença
38	A sentença foi omissa em relação à alegação do Réu acerca da...
39	[apontar omissão, contradição, obscuridade, erro material ou item de
40	prequestionamento]
41	Por tais razões, os Embargos merecem acolhimento.
42	
43	IV – Do pedido
44	Por todo o exposto, requer a Vossa Excelência que os Embargos sejam
45	conhecidos e providos, para que as omissões sejam sanadas, para ...
46	Por oportuno, considerando eventual alteração da sentença, requer a
47	intimação da Embargada para que, querendo, possa se manifestar em
48	relação aos embargos, no prazo legal (art. 1.023, § 2º, do CPC).
49	Requer, por fim, sejam os embargos recebidos com o efeito de in-
50	terromper o prazo para a interposição de outros recursos, como esta-
51	belece o art. 1.026 do Código de Processo Civil[7].

52	
53	Termos em que pede deferimento.
54	Local e data...
55	Advogado... OAB n. ...

4. Agravos [17]

4.1. *Aspectos gerais*

Agravo é recurso contra decisão interlocutória e, nos termos do art. 994 do CPC, a depender da natureza da decisão e do momento processual, pode ser:

a) de instrumento;

b) interno;

c) em recurso especial ou extraordinário.

Interlocutória		Agravo	Fundamento
na 1ª instância		Agravo de instrumento	art. 1.015
nos Tribunais	Relator	Agravo interno	art. 1.021
	Presidente do Tribunal que não admite REsp ou RE	Agravo em recurso especial ou extraordinário	art. 1.042



Atenção: No CPC/73 havia "agravo retido", não previsto no NCPC. Na verdade, o antigo agravo retido agora se transformou na "preliminar de apelação". Tudo aquilo que não for urgente e não comportar agravo de instrumento (rol do art. 1.015 do CPC), a parte deverá aguardar para alegar a matéria em preliminar de apelação ou nas contrarrazões de apelação, como prevê o art. 1.009, § 1º do CPC.

4.2. *Agravo de Instrumento*

O agravo de instrumento tem esse nome justamente pelo fluxo da prática: como os autos estão na primeira instância e o recurso é interposto

diretamente no tribunal, a parte recorrente deve formar um instrumento (com cópias dos autos da primeira instância) para viabilizar o recurso no tribunal.

De fato, o agravo de instrumento é recurso contra as interlocutórias de primeira instância, interposto diretamente no tribunal, com processamento ágil para resolver inclusive questões urgentes (que demandem uma tutela provisória recursal).

4.2.1. *Cabimento*

O art. 1.015 do Código de Processo Civil estabelece as situações de cabimento do agravo de instrumento.

A princípio, esse rol era tido como taxativo, sem a possibilidade de interposição em situações ali não previstas.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a questão, pacificou o entendimento no sentido de que o rol do art. 1.015 é de "taxatividade mitigada".

Pelo entendimento do STJ, sendo caso de urgência e que exista o perigo de ineficácia de alegação futura, a parte poderá interpor recurso de agravo de instrumento.

No Direito Tributário, conferir atenção especial ao agravo de instrumento:

a) Decisão que nega tutela provisória (art. 1.015, I, do CPC);

b) Decisão que nega liminar em mandado de segurança (art. 7º, § 1º, Lei n. 12.016/2009);

c) Decisões interlocutórias em execução (inclusive julga a exceção de pré-executividade, sem extinguir a execução) ou embargos à execução fiscal, de natureza urgente, por exemplo, negativa de efeito suspensivo (art. 1.015, parágrafo único do CPC);

d) Decisão de desconsideração da personalidade jurídica (art. 1.015, IV, do CPC).

Agravo de instrumento

Cabimento e fundamentos	Interlocutórias de 1ª instância • Rol do art. 1.015 (incisos e parágrafo único) + entendimento do STJ de taxatividade mitigada. • Julgamentos parciais – arts. 354, parágrafo único e 356, § 5º. • Liminar em mandado de segurança – art. 7º, § 1º, da Lei n. 12.016/2009. • Decretação de falência – art. 100 da Lei n. 11.101/2005.	
Prazo	15 dias	art. 1.003
Órgão de interposição	Diretamente no Tribunal – Endereçamento ao Presidente do Tribunal	art. 1.016
Juízo de admissibilidade	Relator no Tribunal	art. 932
Modelo da peça	Peça única (direta) – não há necessidade de petição de interposição.	
Contrarrazões de agravo de instrumento	Poderá seguir a mesma forma direta da petição de agravo, com o uso da expressão "vem, apresentar, resposta ao recurso de agravo de instrumento". O fundamento das contrarrazões será o art. 1.019, II, do CPC.	
Formalidades do agravo de instrumento	O art. 1.016 prevê a estrutura básica do agravo. Além disso, importante frisar: • Nome e endereço profissional dos advogados constituídos nos autos – art. 1.016. • Cópias para formação do agravo – art. 1.017. • Preparo – art. 1.017, § 1º. • Informação à primeira instância – art. 1.018. • Requerimento de efeito suspensivo ou tutela antecipada recursal – 1.019, I. • Intimação do agravo e do MP, se for o caso – art. 1019, II e III.	

Admissão de recurso adesivo	Não – art. 997

4.2.2. *Efeito Suspensivo ou Tutela Antecipada Recursal?*

O art. 1.019, I, prevê que o relator poderá conceder o efeito suspensivo ou a tutela antecipada recursal ao agravo de instrumento.

De fato, os dois institutos representam modalidade de "liminar ou tutela de urgência no recurso", mas possuem eficácia diferenciada:

Efeito suspensivo	**Tutela Antecipada Recursal**
Visa **paralisar** a decisão agravada impedindo que ela produza efeitos.	Tem por objetivo **adiantar os efeitos** práticos do provimento do recurso (o efeito que a parte teria no final do julgamento do recurso acolhido).
Por exemplo: • agravo contra Decisão que decreta prisão do devedor de alimentos.	Por exemplo: • agravo contra decisão que negou a tutela provisória requerida na primeira instância.
Requisitos: • 932, II – requerimento ao relator; • 995, parágrafo único: risco de dano + probabilidade de provimento do recurso.	

Na dúvida, peça os dois! Sempre com o objetivo de utilizar o suspensivo para paralisar os efeitos da decisão agravada e a tutela antecipada recursal, de forma mais ampla, para conceder aquilo que foi negado na instância inferior.

Nos termos do art. 932, II, do CPC, a competência para apreciação do pedido de tutela provisória em sede recursal, incluindo os efeitos no agravo,

sempre competirá ao relator e, portanto, contra a decisão que aprecia tal pedido, caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021 do CPC.

4.2.3. *Modelo de Agravo de Instrumento*

Folha 1/4

01	EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE
02	DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO [endereçar
03	diretamente ao Tribunal – art. 1.016 do CPC]
04	
05	
06	
07	
08	
09	AGRAVANTE, qualificação completa..., inconformado com a decisão que
10	denegou liminar em MANDADO DE SEGURANÇA, impetrado contra ato
11	do NOME DA AUTORIDADE, vinculado à NOME DA PESSOA JURÍDICA,
12	vem, por seu advogado, tempestivamente, interpor RECURSO DE AGRAVO
13	DE INSTRUMENTO com pedido de TUTELA ANTECIPADA RECURSAL
14	[ou efeito suspensivo, a depender do caso], com fundamento no art. 7º,
15	§ 1º, da Lei n. 12.016/2009 e no art. 1.015, I, do Código de Processo
16	Civil, pelo que expõe e requer a esse Egrégio Tribunal o seguinte.

17	
18	II – DOS FATOS – BREVE SÍNTESE DO PROCESSO
19	O Agravante impetrou mandado de segurança, distribuído a ... Vara
20	Cível de ..., com o objetivo de obter ...
21	Em razão da urgência, o Agravante requereu na primeira instância a
22	concessão de liminar no mandado de segurança.
23	Por sua vez, o magistrado proferiu decisão interlocutória de indeferi-
24	mento, em síntese, por entender que...
25	No entanto, como será demonstrado a seguir, a decisão merece ser
26	reformada.
27	
28	III – CABIMENTO
29	De plano, cumpre destacar que o recurso interposto tem pleno
30	cabimento e merece ser conhecido.

31	A decisão recorrida tem natureza de interlocutória (art. 203, § 2º, do
32	CPC), proferida em primeira instância e, pela sua natureza e previsão
33	expressa no art. 7º, § 1º, da Lei n. 12.016/2009 e no art. 1.015, I, do
34	Código de Processo Civil, desafia a interposição do recurso de agravo de
35	instrumento.

36	Além disso, estão presentes todos os demais pressupostos recursais
37	genéricos como a tempestividade (recurso interposto no prazo de 15 dias
38	– art. 1.003 e § 5º, considerando que o advogado tomou ciência em ...),
39	o preparo segue acostado [ou a parte é beneficiária da gratuidade], como
40	estabelecem os arts. 1.007 e 1.017, § 1º, do CPC.
41	Dessa forma, o recurso merece ser conhecido.
42	
43	IV – DAS RAZÕES DE REFORMA
44	A decisão agravada merece ser reformada, pois estão presentes os
45	requisitos para a concessão da liminar no mandado de segurança.
46	O art. 7º, III, da Lei n. 12.016/2009 autoriza ao juiz a conceder a
47	suspensão do ato coator quando presentes os requisitos da urgência
48	(“fumus boni iuris”) e o fundamento relevante que justifique a paralisação
49	do ato coator.
50	No presente caso, como restou amplamente demonstrado, o ato da
51	autoridade viola direito líquido e certo do Impetrante, uma vez que ...,
52	justificado o fundamento relevante capaz de gerar um juízo de probabi-
53	lidade nesse momento da ação.
54	Além disso, caso não seja concedida a liminar, o Impetrante sofrerá dano
55	grave ou de difícil reparação ...
56	Infere-se, portanto, que a decisão merece ser reformada.

57	
58	V – DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL
59	O caso exige a concessão de uma tutela de urgência no recurso para
60	evitar dano grave à parte e a concessão imediata da liminar no mandado

61	de segurança, sendo inviável à parte aguardar o julgamento do mérito do
62	recurso.
63	O art. 1.019, I, do Código de Processo Civil autoriza o relator a
64	conceder o efeito suspensivo ou a tutela antecipada recursal.
65	Por sua vez, o art. 995, parágrafo único, afirma que o efeito poderá
66	ser concedido quando houver perigo de dano e probabilidade de provi-
67	mento do recurso.
68	Como ficou demonstrado anteriormente, o Agravante tem direito à
69	realização do tratamento às custas da Agravada, sendo muito provável
70	que o recurso seja provido.
71	Por outro lado, caso não seja concedida a liminar, o Agravante sofrerá
72	dano grave, não tendo tempo hábil para aguardar o julgamento do mérito
73	recursal.
74	Portanto, estão presentes os requisitos que autorizam a concessão da

75	tutela antecipada recursal para o fim de deferir de imediato a tutela
76	antecipada denegada na instância inferior.
77	
78	VI – PEDIDOS E REQUERIMENTOS
79	Desde logo, requer a Vossa Excelência a concessão da tutela antecipada
80	recursal para, de plano, ... nos termos do art. 1.019, I, do CPC,
81	comunicando-se o juiz sua decisão.
82	Por todo o exposto, requer a esse Egrégio Tribunal que o recurso seja
83	CONHECIDO e PROVIDO para reformar a decisão e conceder a liminar no
84	mandado de segurança para ...
85	Em atenção ao art. 1.016, IV, do CPC, informa que estão constituídos
86	nos autos os seguintes advogados: ...., com endereços profissionais em ...
87	Em cumprimento ao art. 1.017, I, do CPC, a petição de agravo de
88	instrumento está sendo instruída obrigatoriamente, com cópias da petição
89	inicial, da contestação, da petição que ensejou a decisão agravada, da
90	própria decisão agravada, da certidão da respectiva intimação ou outro

91	documento oficial que comprove a tempestividade e das procurações
92	outorgadas aos advogados do agravante e do agravado;
93	OU

94	Em cumprimento ao art. 1.017, § 5º, do CPC, sendo eletrônicos os
95	autos do processo, deixa de juntar as cópias obrigatórias do inciso I do
96	art. 1.017 do CPC.
97	O agravante informa que providenciará a juntada, aos autos do
98	processo, de cópia da petição do agravo de instrumento, do compro-
99	vante de sua interposição e da relação dos documentos que instruíram o
100	recurso, podendo o Juízo "a quo" reformar a sua decisão em decorrência
101	do juízo de retratação, nos termos do art. 1.018, § 1º, do CPC.
102	A intimação do agravado para que responda no prazo de 15 (quinze)
103	dias, nos termos do art. 1.019, II, do CPC.
104	A intimação do Ministério Público para que se manifeste no prazo de
105	15 (quinze) dias, conforme art. 1.019, III, do CPC e o art. 12 da Lei
106	n. 12.016/2009.
107	
108	Termos em que pede deferimento.
109	Local e data...
110	Advogado... OAB n. ...



Atenção: Todos os requisitos e itens da peça estão no CPC. Portanto, siga todos os artigos no momento da redação, assim sua peça ficará completa.

4.3. *Agravo Interno*

O agravo interno – já chamado anteriormente de agravo para o órgão colegiado – foi concebido pelo NCPC como instrumento para atacar as interlocutórias comuns nos tribunais, ou seja, as decisões proferidas monocraticamente pelos relatores, objetivando uma revisão pelo próprio órgão colegiado ao qual ele pertence.



Já caiu

Na prática tributária já foi exigido o agravo interno.

Especialmente, o candidato deverá ficar atento aos casos de decisões monocráticas proferidas nos tribunais, pelo relator, como:

a) Juízo de admissibilidade em apelação;

b) Negativa de efeito suspensivo ou tutela antecipada recursal em agravo de instrumento;

c) Denegar liminar em mandado de segurança em competência originária – art. 16, parágrafo único da LMS;

d) Tratar da suspensão de segurança – art. 15 da LMS;

e) Indeferimento da petição inicial de mandado de segurança de competência originária de tribunal – art. 10, § 1º, da LMS.

Agravo interno	
Cabimento e fundamento	Interlocutórias nos tribunais • Decisões monocráticas do relator – art. 1.021. • Decisão em juízo de admissibilidade – REsp ou RE com base nos incisos I e III do art. 1.030 do CPC (*vide* o § 2º, art. 1.030). • Indeferimento da petição inicial de mandado de segurança impetrado diretamente no tribunal (competência originária) – § 1º, art. 10, da Lei n. 12.016/2009.
Prazo	15 dias – art. 1.003 Atenção: mesmo que o regimento interno do tribunal estabeleça outro prazo, deverá ser respeitado o prazo de 15 dias – art. 1.070 do CPC.

Órgão de interposição	Endereçamento ao próprio relator – § 1º, art. 1.021.
Órgão de julgamento	O processamento do agravo interno observará as regras do regimento interno do tribunal. Como regra, o agravo será julgado pelo órgão colegiado ao qual pertence o magistrado que proferiu o ato monocraticamente.
Modelo da peça	Peça única (direta) – não há necessidade de petição de interposição.
Contrarrazões	Poderá seguir a mesma forma direta da petição de agravo, com o uso da expressão "vem, apresentar, resposta ao recurso de agravo de instrumento". O fundamento das contrarrazões será o art. 1.021, § 2º.
Pontos importantes	• Na petição de agravo interno o recorrente deverá impugnar precisamente os pontos de inconformismo contra a decisão agravada – § 1º. • Ao julgar, é vedado ao relator levar o processo em mesa limitando-se à reprodução dos fundamentos da decisão agrava para lhe negar provimento – § 2º.
	• Caso o agravo seja considerado, em votação unânime, manifestamente inadmissível ou improcedente, o órgão colegiado condenará o agravante ao pagamento de multa ao agravado no valor entre 1% e 5% do valor da causa atualizado. A interposição de qualquer outro recurso ficará condicionado ao depósito da multa.
Admissão de recurso **Adesivo**	Não – art. 997.



Atenção: O agravo interno também terá cabimento, nos termos do § 2º do art. 1.030, quando houver trancamento de recurso especial e recurso extraordinário motivado

pela:

I – negativa de seguimento do recurso extraordinário pela ausência de **repercussão geral** já reconhecida pelo STF, ou em extraordinário ou especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do STF ou STJ, exarado em regime de julgamento de **recursos repetitivos.**

III – sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de **recurso repetitivo** ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se trate de matéria constitucional ou infraconstitucional.

No caso de não admissão dos recursos especial ou extraordinário, com base no inciso V do art. 1.030, o agravo será aquele previsto no art. 1.042 e não o interno.

4.3.1. *Modelo de Agravo Interno*

Folha 1/3

01	EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR RELATOR DESEMBARGADOR DO
02	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ... [endereçar relator]
03	
04	
05	
06	
07	
08	NOME DO RECORRENTE, já qualificado nos autos da AÇÃO ..., que lhe
09	move NOME DA PARTE CONTRÁRIA, em fase de juízo de admissibilidade
10	de apelação, vem, tempestivamente, por seu advogado, interpor RECURSO
11	DE AGRAVO INTERNO, com fundamento no art. 1.021 do Código de
12	Processo Civil, pelo que expõe e requer a esse Egrégio Tribunal o seguinte.

13	
14	I – DOS FATOS – BREVE SÍNTESE DO PROCESSO
15	[relato do caso]
16	
17	II – CABIMENTO
18	Inicialmente, importante consignar que o recurso interposto tem
19	cabimento e merece ser conhecido pelo órgão colegiado, nos termos do
20	Regimento Interno desse Tribunal.
21	A decisão recorrida tem natureza de interlocutória (art. 203, § 2º, do
22	CPC), de natureza monocrática proferida pelo relator na apelação e, pela
23	sua natureza e previsão expressa no art. 1.021 do mesmo Código, desafia
24	a interposição do recurso de agravo interno.
25	Além disso, estão presentes todos os demais pressupostos recursais
26	genéricos, como a tempestividade (recurso interposto no prazo de
27	15 dias – art. 1.003 e § 5º, considerando que o advogado tomou ciência
28	em ...). O prazo também está em conformidade com o disposto no
29	art. 1.070 do Código de Processo Civil, uma vez que o prazo de 15 dias
30	prevalece sobre qualquer outro previsto nos regimentos internos.

31	Dessa forma, o recurso merece ser conhecido.

32	
33	III – DAS RAZÕES DE REFORMA
34	A decisão agravada merece ser reformada.
35	A ausência de preparo é vício que permite o saneamento a ponto de
36	evitar o não conhecimento do recurso.
37	O art. 1.007, em seu § 4º, afirma que o recorrente que não com-
38	provar o recolhimento do preparo, no ato de interposição do recurso,
39	será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento
40	em dobro, sob pena de deserção.
41	Além disso, o parágrafo único do art. 932 também afirma que o
42	relator, antes de considerar inadmissível o recurso, deverá conceder o prazo
43	de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou comple-
44	mentada a documentação exigível.
45	No presente caso, o Agravante tinha que ter recebido a oportunidade
46	de correção do vício – de natureza sanável – antes da não admissão do
47	recurso, sob pena de violação dos artigos mencionados.
48	Depreende-se, portanto, que o recurso merece ser provido, no sentido
49	de conferir ao Agravante a oportunidade de regularização do vício antes
50	do decreto da deserção.
51	

52	IV – DO PEDIDO RECURSAL
53	Por todo o exposto, requer a Vossa Excelência o recebimento do
54	presente recurso de agravo interno e, diante das razões, seja realizado o
55	juízo de retratação, no sentido de conceder o prazo de 5 dias para o
56	Agravante recolher o preparo em dobro ou, caso mantida a decisão – o que
57	se espera apenas para argumentar – requerer o processamento do agravo
58	interno nos termos do regimento do tribunal, com seu conhecimento e
59	provimento para a reforma da decisão agravada.
60	Por oportuno, requer a intimação da parte contrária para resposta ao

folha 3/3

61	recurso, no prazo de 15 dias, nos termos do art. 1.021 e parágrafos do
62	Código de Processo Civil.
63	
64	Termos em que pede deferimento.
65	Local e data...
66	Advogado... OAB n. ...
67	

4.4. *Agravo em Recurso Especial e Extraordinário*

Os recursos especial e extraordinário, como trataremos em tópico seguinte, são interpostos perante o presidente do tribunal recorrido e, após juízo de admissibilidade positivo, são remetidos, respectivamente, ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, a decisão que faz o juízo de admissibilidade – pelo Presidente do Tribunal ou vice-presidente, em conformidade com o regimento interno do tribunal – tem natureza de decisão interlocutória e, consequentemente, desafia o recurso de agravo.

Nesse ponto, temos que tomar muito cuidado, pois o juízo de admissibilidade feito com base no art. 1.030 do CPC ora permite a interposição de **agravo interno** (art. 1.021), ora a interposição do **agravo em recurso especial ou extraordinário** (art. 1.042).

Fundamento da não admissão do recurso	**Recurso**
Inciso I, art. 1.030	Agravo interno – art. 1.021 (modelo do item anterior)
Inciso III, art. 1.030	
Inciso V, art. 1.030	Agravo em recurso especial e extraordinário – art. 1.042.

4.4.1. *Modelo de Agravo em Recurso Especial e Extraordinário*



Atenção: como o agravo é interposto no tribunal recorrido e julgado pelo STJ ou STF, deve ser elaborado com peça dupla, ou seja, petição de interposição e razões recursais.

Folha 1/3 – interposição. A partir da Folha 2 – razões recursais. Vide modelo:

01	EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE
02	DO ÉGREGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ...
03	
04	
05	
06	
07	
08	Processo n. ...
09	
10	RECORRENTE, já qualificado nos autos da AÇÃO DE ..., de número
11	em epígrafe, que move em face de RECORRIDO, não se conformando
12	com a decisão proferida pelo Presidente do Tribunal recorrido que inadmitiu
13	o recurso especial [ou extraordinário], vem, tempestivamente, por seu
14	advogado, com fundamento no art. 1.042 do Código de Processo Civil,
15	interpor o presente AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL, conforme razões
16	que seguem acostadas.
17	Requer a intimação do agravado para oferecer resposta no prazo de 15
18	(quinze) dias. Após o prazo de resposta, não havendo retratação, o agravo
19	será remetido ao tribunal superior competente, nos termos do art. 1.042,

20	§ 4º, do Código de Processo Civil.
21	
22	Termos em que pede deferimento.
23	Local e data...
24	Advogado... OAB n. ...
25	
26	
27	
28	
29	
30	

Razões de Agravo em Recurso Especial – a partir da Folha 2/3

31	RAZÕES DE AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL
32	
33	Agravante: ...
34	Agravado: ...
35	Origem ...
36	
37	Egrégio Tribunal

38	Ilustres Ministros
39	
40	I – BREVE SÍNTE DO PROCESSO
41	[relato dos fatos]
42	
43	II – DO CABIMENTO
44	Considerando que a decisão que inadmitiu o recurso especial foi
45	proferida pelo presidente do tribunal recorrido nos termos do art. 1.030,
46	V, do CPC, cabível o agravo em recurso especial nos termos dos
47	arts. 1.042 e 1.030, § 1º, do CPC.
48	O referido recurso é tempestivo, uma vez que interposto no prazo
49	de 15 (quinze) dias, nos termos dos arts. 1.003, § 5º, do CPC e 1.070
50	do CPC.
51	Nos termos do art. 1.042, § 2º, do CPC, o referido recurso
52	independe do pagamento de custas e despesas postais.
53	
54	III – DAS RAZÕES DE REFORMA
55	[Abordar necessidade de decisão, eis que cumpridos todos os requisitos
56	de admissibilidade do RE ou RESP, isto é, mencionar que demonstrou o
57	prequestionamento, repercussão geral etc.]
58	

59	IV – DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS
60	Em face do exposto, é a presente para requerer que o recurso seja

folha 3/3

61	conhecido e provido para o fim de reformar a decisão do presidente do
62	tribunal recorrido, julgando-o conjuntamente com o recuso especial, uma
63	vez que todos os requisitos de admissibilidade foram cumpridos, devendo
64	assim, ser provido o recurso especial para...
65	
66	Termos em que pede deferimento.
67	Local e data...
68	Advogado... OAB n. ...

5. Recursos no STJ e no STF

5.1. *Aspectos gerais*

A competência jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal foi estabelecida pela Constituição da República para o conhecimento de causas originárias (ações que começam diretamente nestes Tribunais) e a atribuição recursal:

Superior Tribunal de Justiça	**Supremo Tribunal Federal**
• Recurso ordinário constitucional – art. 105, II, da CF. • Recurso especial – art. 105, III, da CF.	• Recurso ordinário constitucional – art. 105, II, da CF. • Recurso extraordinário – art. 105, III, da CF.

5.2. *Recurso Ordinário Constitucional*

5.2.1. *Aspectos gerais*

O ROC foi concebido para, em situações muito específicas, fazer as vezes (ser substituto) de um recurso de apelação, como típico meio de inconformismo contra o julgamento em instância inicial, cabendo a discussão de teses de fato e de direito.

O ROC poderá ser destinado ao STJ ou para o STF, a depender da origem do ato recorrido.

Para o STJ – art. 105, II, da CF	a) os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória; b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;

	c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País (caso de competência originária da Justiça Federal de 1ª instância, art. 109 da CF).
Para o STF – art. 102, II, da CF	a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; b) o crime político.



Atenção: caso o MS tenha sido impetrado na primeira instância (em razão da regra regular de competência), nunca caberá o ROC.

O ROC apenas terá cabimento quando a ação mandamental tiver origem diretamente em um TJ, TRF ou Tribunal Superior.

Recurso Ordinário Constitucional	
Cabimento e fundamento	Situações específicas • Para STJ – art. 105, II, da CF. • Para STF – art. 102, II, da CF. O CPC também reproduz as hipóteses de cabimento no art. 1.027.
Prazo	15 dias – art. 1.003
Órgão de interposição	Endereçamento à instância recorrida • Contra acórdão – petição dirigida ao Presidente do Tribunal recorrido – § 2º do art. 1.028 do CPC. • Contra sentença de juízo federal (caso específico) – petição dirigida ao juízo de 1ª instância, seguindo o processamento previsto para a apelação (art. 1.028 do CPC).
Órgão de julgamento	STF – quando o acórdão recorrido for originário de tribunal superior. STJ – quando o acórdão recorrido for de TJ ou TRF.

Modelo da peça	Petição dupla: petição de interposição + razões recursais (modelo semelhante ao recurso de apelação).
Contrarrazões	Mesmo modelo das contrarrazões de apelação.
Efeito suspensivo	Aplicável a regra do art. 1.029, § 5º do CPC (que prevê a competência para atribuição de efeito suspensivo no REsp e RE).
Pontos importantes	• Aplica-se ao ROC a regra prevista no art. 1.013, § 3º – teoria da causa madura. • O recurso é interposto na origem e remetido para o STJ ou STF independentemente de juízo de admissibilidade (§ 3º do art. 1.028 do CPC).

5.2.2. *Modelo de Recurso Ordinário Constitucional*

Folha 1/3 – petição de – modelo semelhante ao recurso de apelação (com as devidas alterações pertinentes)

01	EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE
02	DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO... [endereçar ao presidente do
03	tribunal recorrido – art. 1.028, § 2º, do CPC]
04	
05	
06	
07	
08	
09	Processo autuado sob o n. ...

10	
11	RECORRENTE, já qualificado nos autos do MANDADO DE SEGURANÇA,
12	de número em epígrafe, impetrado originariamente perante esse Egrégio
13	Tribunal de Justiça, contra ato do Sr. NOME DA AUTORIDADE, vin-
14	culada à NOME DA PESSOA JURÍDICA, vem, por seu advogado, tempes-
15	tivamente, interpor RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL, com
16	fundamento no art. 105, II, da Constituição da República [ou art. 102, II,
17	da CF caso a origem seja tribunal superior] e art. 1.027, II [ou I se for o
18	caso], cujas razões e guia comprobatória do preparo seguem acostadas.
19	Por oportuno, nos termos do §§ 2º e 3º do art. 1.028 do
20	Código de Processo Civil, requer que seja intimado o Recorrido para
21	contrarrazões e, após, sejam os autos remetidos ao tribunal superior
22	[STJ ou STF], independentemente de juízo de admissibilidade.
23	
24	Termos em que pede deferimento.
25	Local e data...
26	Advogado... OAB n. ...
27	
28	
29	
30	

Razões de Recurso Ordinário Constitucional – a partir da Folha 2/3

31	RAZÕES DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL
32	
33	Recorrente: nome...
34	Recorrido: nome...
35	Origem: Tribunal de Justiça do Estado...
36	
37	SUPERIOR TRIBUNAL
38	
39	ILUSTRES MINISTROS
40	
41	I – EXPOSIÇÃO DOS FATOS E DO DIREITO
42	O Recorrente impetrou mandado de segurança contra ato do
43	Sr. Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da Vara de ... em razão de
44	ato que violou direito líquido e certo demonstrado na inicial.
45	A liminar foi indeferida e, por fim, proferido acórdão denegatório da
46	segurança.
47	Em síntese, a denegação ocorreu por entender que ...
48	No entanto, como será demonstrado a seguir, o acórdão merece ser
49	reformado para que a segurança seja concedida ao Recorrente.

50	
51	II – DO CABIMENTO DO RECURSO
52	Inicialmente, cumpre destacar que o recurso ordinário preenche todos
53	os pressupostos para a sua admissibilidade.
54	No presente caso, o Tribunal prolatou acórdão denegatório da
55	segurança, no exercício de competência originária (considerando a
56	Autoridade Impetrada, a competência era originária do TJ ou TRF).
57	O recurso tem fundamento no art. 105, II, da Constituição da República.
58	Além disso, o recurso está sendo interposto pela Impetrante, parte
59	no processo e legítima para o apelo, como prevê o art. 996 do CPC.
60	O recurso é tempestivo, pois está sendo apresentado no prazo de

61	15 dias, como estabelecem os arts. 1.003 e seu § 5º do Código de
62	Processo Civil (explicar conta...).
63	O recurso também está sendo acompanhado da guia do preparo,
64	inclusive os portes, como determina o art. 1.007 do CPC.
65	Infere-se, assim, que o recurso merece ser conhecido.
66	
67	III – DAS RAZÕES PARA A REFORMA DO ACÓRDÃO

68	(teses:
69	Atenção: no ROC as teses poderão ser de fato e de direito).
70	
71	IV – DO PEDIDO DE REFORMA
72	Por todo o exposto, requer a esse Egrégio Tribunal seja o recurso
73	CONHECIDO, por estarem presentes todos os pressupostos recursais e,
74	no mérito, seja dado integral PROVIMENTO para reformar o acórdão
75	recorrido no sentido de ... [sempre especificar com detalhes o que deseja
76	como efeito prático]
77	
78	Termos em que pede deferimento.
79	Local e data...
80	Advogado... OAB n. ...

5.3. *Recurso Extraordinário*

5.3.1. *Aspectos gerais*

Foi concebido como meio de levar ao STF, em claro controle difuso de constitucionalidade, o conhecimento de violações ao texto da Constituição da República.

Recurso extraordinário	
Cabimento e fundamento	Acórdão ou decisão de última instância que: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. • Fundamento da peça – art. 102, III, + a indicação precisa da alínea de cabimento.
Prazo	15 dias – art. 1.003, § 5º, do CPC.
Requisitos específicos	• Repercussão geral – § 3º, art. 102 da CF + 1.035 e parágrafos do CPC (alegação preliminar); • Cabimento – indicação da hipótese de cabimento; • Acórdão ou decisão de última instância – ou seja, com esgotamento das vias inferiores; • Prequestionamento (vide art. 1.025 do CPC).
Órgão de interposição	Endereçamento ao Presidente do Tribunal recorrido – art. 1.029.
Juízo de admissibilidade	Realizado pelo Presidente do Tribunal recorrido e, em caso de negativa, caberá agravo em recurso extraordinário (art. 1.042 do CPC) ou agravo interno (art. 1.021), *vide* §§ 1º e 2º do art. 1.030 do CPC.

Órgão de julgamento	Supremo Tribunal Federal
Modelo da peça	Petição dupla: petição de interposição + razões recursais (modelo semelhante ao recurso de apelação). Atenção: o art. 1.029 contém clara estrutura da peça do recurso extraordinário: Petição de interposição ao presidente do tribunal recorrido Razões recursais: I – Exposição do fato e do direito (resumo da ação) II – Repercussão geral e cabimento do recurso (demonstração dos requisitos) No capítulo do cabimento, alegar a repercussão geral em caráter preliminar. III – Razões (tese = demonstração da violação à Constituição) IV – Pedido de reforma (conhecimento e provimento para reforma do acórdão recorrido).
Contrarrazões	Mesmo modelo das contrarrazões de apelação. Fundamento no art. 1.030, *caput*, do CPC.
Efeito suspensivo	Poderá ser concedido em caráter excepcional. Pedido deverá ser formulado, nos termos do § 5º do art. 1.029 (vide modelo de requerimento de efeito suspensivo na apelação).
Recurso adesivo	Pode ser utilizado no recurso extraordinário – art. 997 do CPC.
Juizado Especial	Tem cabimento recurso extraordinário no âmbito dos juizados. Esse entendimento está pacificado nas Súmulas 640 e 727 do STF.

5.3.2. *Modelo de Recurso Extraordinário*

Folha 1/4

01	EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE
02	DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO... [endereçar ao presidente
03	do tribunal recorrido – art. 1.029, § 2º, do CPC]
04	
05	
06	
07	
08	
09	Processo autuado sob o n. ...
10	RECORRENTE, já qualificado nos autos da AÇÃO ..., de número
11	em epígrafe, proposta em face de RECORRIDO, vem, por seu advogado,
12	tempestivamente, interpor RECURSO EXTRAORDINÁRIO, com funda-
13	mento no art. 102, III, alínea a, da Constituição da República e art. 1.029
14	do Código de Processo Civil, cujas razões e guia comprobatória do
15	preparo seguem acostadas.
16	Por oportuno, nos termos do art. 1.030 do Código de Processo Civil,
17	seja recebida a petição e intimado o Recorrido para contrarrazões e,
18	após, realizado juízo de admissibilidade positivo, sejam os autos remetidos

19	ao Supremo Tribunal Federal (inciso V do referido artigo).
20	
21	Termos em que pede deferimento.
22	Local e data...
23	Advogado... OAB n. ...
24	
25	
26	
27	
28	
29	
30	

Razões de Recurso Extraordinário – a partir da Folha 2/4

31	RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO
32	
33	Recorrente: nome...
34	Recorrido: nome...
35	Origem: Tribunal de Justiça do Estado...
36	
37	SUPREMO TRIBUNAL

38	
39	ILUSTRES MINISTROS
40	
41	I – EXPOSIÇÃO DOS FATOS E DO DIREITO
42	O Recorrente ajuizou ação perante a primeira instância, em síntese
43	para demandar ...
44	O pedido inicial foi julgado improcedente, em síntese, por entender
45	o magistrado que ...
46	Interposto recurso de apelação, foi regularmente processado no
47	Tribunal de Justiça do Estado ... e, ao final, proferido acórdão
48	mantendo a sentença recorrida, por seus próprios fundamentos.
49	Por oportuno, com a finalidade de prequestionamento, o
50	Recorrente opôs embargos de declaração, sendo certo que o Tribunal
51	não conheceu do referido recurso.
52	Dessa forma, como será demonstrado a seguir, o acórdão do Tribunal
53	de Justiça precisa ser reformado, uma vez que viola dispositivo da
54	Constituição da República em relação ao direito de ...
55	
56	II – PRELIMINAR DA REPERCUSSÃO GERAL E DO CABIMENTO
57	DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
58	Preliminarmente, cumpre destacar que o recurso preenche o pressu-

59	posto do prequestionamento, na forma do § 2º do art. 1.035 do CPC.
60	O acórdão recorrido tratou de [assunto] e violou a Constituição

61	[citar dispositivos violados] e, portanto, estamos diante da existência
62	de matéria ou questão relevante do ponto de vista econômico, político,
63	social ou jurídico, que ultrapassa os interesses subjetivos do processo, nos
64	moldes do § 1º do art. 1.035 do CPC.
65	O requisito da repercussão geral, estabelecido no art. 102, § 3º, da
66	Constituição da República está presente e o recurso extraordinário
67	merece ser conhecido.
68	No mais, o recurso preenche todos os pressupostos de admissibilidade,
69	uma vez que o acórdão viola a Constituição e foi proferido em última
70	instância, como estabelece o art. 102, III, “caput” e “a” da
71	Constituição da República.
72	Além disso, a matéria foi prequestionada com a oposição dos embargos
73	de declaração, na forma prevista no art. 1.025 do Código de Processo Civil.
74	O recurso está sendo interposto pela Impetrante, parte no processo e
75	legítima para o apelo, como prevê o art. 996 do CPC. O recurso é
76	tempestivo, pois está sendo apresentado no prazo de 15 dias, como

77	estabelecem os arts. 1.003 e seu § 5º do Código de Processo Civil
78	(explicar a conta se houver elemento para isso ...).
79	O recurso também está sendo acompanhado da guia do preparo,
80	inclusive os portes, como determina o art. 1.007 do CPC.
81	Infere-se, assim, que o recurso merece ser conhecido.
82	
83	III – DAS RAZÕES PARA A REFORMA DO ACÓRDÃO
84	(teses:
85	Atenção: no recurso extraordinário a tese se limitará à discussão de
86	tese jurídica, especialmente violação a dispositivo da Constituição).
87	
88	IV – DO PEDIDO DE REFORMA
89	Por todo o exposto, requer a esse Supremo Tribunal Federal, guardião
90	da Constituição, seja o recurso CONHECIDO, por estarem presentes

folha 4/4

91	todos os pressupostos recursais e, no mérito, lhe seja dado integral
92	PROVIMENTO para reformar o acórdão recorrido no sentido de ...
93	[sempre especificar com detalhes o que deseja como efeito prático],
94	reconhecendo a violação à Constituição.
95	Por oportuno, nos termos do art. 85, “caput” e § 1º do Código de

96	Processo Civil, seja o Recorrido condenado ao pagamento das custas e
97	honorários advocatícios de sucumbência.
98	
99	Termos em que pede deferimento.
100	Local e data...
101	Advogado... OAB n. ...

5.4. *Recurso Especial*

5.4.1. *Aspectos gerais*

O recurso especial, para o STJ, foi concebido para a uniformização da interpretação da lei federal, em matéria comum.

Todos os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais estão investidos de poder para apreciar a lei federal comum. No entanto, a última palavra, após a CF/88, cabe ao Superior Tribunal de Justiça.

Recurso Especial	
Cabimento e fundamento	Acórdão ou decisão de última instância, proferido por TJ ou TRF, que: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. • Fundamento da peça – art. 105, III + a indicação precisa da alínea de cabimento.
Prazo	15 dias – art. 1.003, § 5º do CPC.
Requisitos	• Acórdão proferido por TJ ou TRF (não cabe de qualquer órgão).

específicos	• Cabimento – indicação da hipótese de cabimento; • Acórdão ou decisão de última instância – ou seja, com esgotamento das vias inferiores; • Prequestionamento (*vide* art. 1.025 do CPC).
Órgão de interposição	Endereçamento ao Presidente do Tribunal recorrido – art. 1.029.
Juízo de admissibilidade	Realizado pelo Presidente do Tribunal recorrido e, em caso de negativa, caberá agravo em recurso extraordinário (art. 1.042 do CPC) ou agravo interno (art. 1.021), *vide* §§ 1º e 2º do art. 1.030 do CPC.
Órgão de julgamento	Superior Tribunal de Justiça
Modelo da peça	Petição dupla: petição de interposição + razões recursais (modelo semelhante ao recurso de apelação). Atenção: o art. 1.029 contém clara estrutura da peça do recurso especial: Petição de interposição ao presidente do tribunal recorrido Razões recursais: I – Exposição do fato e do direito (resumo da ação) II – Repercussão geral e cabimento do recurso (demonstração dos requisitos) No capítulo do cabimento, alegar a repercussão geral em caráter preliminar. III – Razões (tese – demonstração da violação à Constituição) IV – Pedido de reforma (conhecimento e provimento para reforma do acórdão recorrido).
Contrarrazões	Mesmo modelo das contrarrazões de apelação. Fundamento no art. 1.030, *caput*, do CPC.

Efeito suspensivo	Poderá ser concedido em caráter excepcional. Pedido deverá ser formulado, nos termos do § 5º do art. 1.029 (vide modelo de requerimento de efeito suspensivo na apelação).
Recurso adesivo	Pode ser utilizado no recurso especial – art. 997 do CPC.
Juizado Especial	Não tem cabimento recurso especial no âmbito dos Juizados. Súmula 203 do STJ.

5.4.2. *Modelo de Recurso Especial*

Folha 1/3

01	EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE
02	DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO... [endereçar ao presidente do
03	tribunal recorrido – art. 1.029, § 2º, do CPC]
04	
05	
06	
07	
08	
09	Processo autuado sob o n. ...
10	RECORRENTE, já qualificado nos autos da AÇÃO ..., de número em
11	epígrafe, proposta em face de RECORRIDO, vem, por seu advogado,
12	tempestivamente, interpor RECURSO ESPECIAL, com fundamento no

13	art. 105, III, alínea a, da Constituição da República e art. 1.029 do
14	Código de Processo Civil, cujas razões e guia comprobatória do preparo
15	seguem acostadas.
16	Por oportuno, nos termos do art. 1.030 do Código de Processo Civil,
17	seja recebida a petição e intimado o Recorrido para contrarrazões e,
18	após, realizado juízo de admissibilidade positivo, sejam os autos remetidos
19	ao Superior Tribunal de Justiça (inciso V do referido artigo).
20	
21	Termos em que pede deferimento.
22	Local e data...
23	Advogado... OAB n. ...
24	
25	
26	
27	
28	
29	
30	

Razões de Recurso Especial – a partir da Folha 2/3

31	RAZÕES DE RECURSO ESPECIAL

32	
33	Recorrente: nome...
34	Recorrido: nome...
35	Origem: Tribunal de Justiça do Estado...
36	
37	SUPERIOR TRIBUNAL
38	
39	ILUSTRES MINISTROS
40	
41	I – EXPOSIÇÃO DOS FATOS E DO DIREITO
42	O Recorrente ajuizou ação perante a primeira instância, em síntese
43	para demandar ...
44	O pedido inicial foi julgado improcedente, em síntese, por entender
45	o magistrado que ...
46	Interposto recurso de apelação, foi regularmente processado no
47	Tribunal de Justiça do Estado ... e, ao final, proferido acórdão
48	mantendo a sentença recorrida, por seus próprios fundamentos.
49	Por oportuno, com a finalidade de prequestionamento de violação da
50	lei federal, o Recorrente opôs embargos de declaração, sendo certo que
51	o Tribunal não conheceu do referido recurso.
52	Dessa forma, como será demonstrado a seguir, o acórdão do Tribunal

53	de Justiça precisa ser reformado, uma vez que viola dispositivo do
54	[indicar a lei federal violada] em relação ao direito de ...
55	
56	II – DO CABIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
57	O recurso preenche todos os pressupostos de admissibilidade, uma vez
58	que o acórdão violou dispositivo da lei federal e foi proferido em última
59	instância, como estabelece o art. 105, III, “caput” e “a” da Constitui-
60	ção da República.

folha 3/3

61	Além disso, a matéria foi prequestionada com a oposição dos embargos
62	de declaração, na forma prevista no art. 1.025 do Código de Processo Civil.
63	O recurso está sendo interposto pelo Recorrente, parte no processo e
64	legítima para o apelo, como prevê o art. 996 do CPC. O recurso é
65	tempestivo, pois está sendo apresentado no prazo de 15 (quinze) dias,
66	como estabelecem os arts. 1.003 e seu § 5º do Código de Processo
67	Civil (explicar a conta se houver elemento para isso ...).
68	O recurso também está sendo acompanhado da guia do preparo,
69	inclusive os portes, como determina o art. 1.007 do CPC.
70	Infere-se, assim, que o recurso merece ser conhecido.

71	
72	III – DAS RAZÕES PARA A REFORMA DO ACÓRDÃO
73	(teses:
74	Atenção: no recurso especial, a tese se limitará à discussão de tese
75	jurídica, especialmente violação a dispositivo da Constituição).
76	
77	IV – DO PEDIDO DE REFORMA
78	Por todo o exposto, requer a esse Superior Tribunal de Justiça, seja
79	o recurso CONHECIDO, por estarem presentes todos os pressupostos
80	recursais e, no mérito, lhe seja dado integral PROVIMENTO para reformar
81	o acórdão recorrido no sentido de ... [sempre especificar com detalhes o
82	que deseja como efeito prático], reconhecendo a violação à Lei Federal.
83	Por oportuno, nos termos do art. 85, “caput” e § 1º do Código de
84	Processo Civil, seja o Recorrido condenado ao pagamento das custas e
85	honorários advocatícios de sucumbência.
86	
87	Termos em que pede deferimento.
88	Local e data... [datar se pedir]
89	Advogado... OAB n. ...
90	

5.5. *Embargos de Divergência*

5.5.1. *Aspectos gerais*

Os embargos de divergência ocorrem após o julgamento dos recursos especial e/ou extraordinário, respectivamente no STJ e STF, quando houver divergência entre órgãos internos dos próprios Tribunais.

Embargos de Divergência	
Cabimento e fundamento	Acórdão proferido em recurso especial ou recurso extraordinário, que contenha divergência em relação ao julgamento de outro órgão do próprio tribunal. Art. 1.043. É embargável o acórdão de órgão fracionário que: I – em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito; III – em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia;
Prazo	15 dias – art. 1.003, § 5º, do CPC.
Requisitos específicos	Demonstração da divergência Quanto ao processamento, observará a regra prevista no regimento interno do STJ ou do STF, conforme o caso.
Órgão de interposição	Endereçamento ao relator
Juízo de admissibilidade	Realizado pelo relator e, em caso de inadmissibilidade, caberá agravo interno
Órgão de julgamento	Órgão definido no regimento interno

Modelo da peça	Petição única – vide modelo a seguir.
Contrarrazões	Mesmo modelo das contrarrazões em peça única.
Efeito	A interposição de embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça interrompe o prazo para interposição de recurso extraordinário por qualquer das partes – art. 1.044, § 1º, do CPC.
Recurso adesivo	Não tem previsão no art. 997 do CPC.

5.5.2. *Modelo de Embargos de Divergência*

Folha 1/2

01	EXCELENTÍSSIMO SENHOR RELATOR DOUTOR MINISTRO DO
02	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
03	
04	
05	
06	
07	
08	Processo autuado sob o n. ...
09	RECORRENTE, já qualificado nos autos da AÇÃO ..., de número em
10	epígrafe, proposta em face de RECORRIDO, vem, por seu advogado,
11	tempestivamente, interpor EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA, com funda-

12	mento no art. 1.043, I, do Código de Processo Civil, pelo que expõe
13	e requer o seguinte.
14	
15	I – HISTÓRICO PROCESSUAL
16	(narrar fatos do processo)
17	
18	II – DO CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA
19	(justificar os pressupostos gerais dos recursos e o cabimento com
20	base no art. 1.043. Também fundamentar nas regras específicas do
21	Regimento Interno do STJ ou do STF, conforme o caso).
22	
23	III – DAS RAZÕES – DA DIVERGÊNCIA
24	O acórdão proferido pela 1ª Turma desse Superior Tribunal diverge,
25	em relação à mesma tese jurídica, de outro acórdão anteriormente
26	proferido para a 2ª Turma do mesmo Tribunal.
27	No acórdão recorrido, o entendimento foi ...
28	Por sua vez, no acórdão paradigma, a teses foram em sentido oposto,
29	favorecendo o Recorrente, com o seguinte entendimento.
30	O entendimento que deve prevalecer é aquele dado pelo acórdão

31	paradigma, uma vez que ...
32	Como sabemos, o art. 926 do Código de Processo Civil estabelece
33	que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável,
34	íntegra e coerente.
35	Portanto, o recurso merece ser provido para, em julgamento em
36	conformidade com o Regimento Interno do Tribunal, seja suprida a
37	divergência e uniformizada a jurisprudência do Tribunal acerca da matéria.
38	
39	IV – DO PEDIDO RECURSAL
40	Por todo o exposto, requer que o recurso seja conhecido e provido,
41	no sentido de ...
42	
43	Termos em que pede deferimento.
44	Local e data...
45	Advogado... OAB n. ...
46	

Referências

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. *Lições de direito público*. São Paulo: Dialética, 2009.

_____; Melo, José Eduardo Soares de. *Comentários às Súmulas Tributárias do STF, STJ, TRFs e CARF*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A Nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAIS, Cleide Previtalli. *O processo tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CARDOSO, Oscar Valente. *Juizados Especiais da Fazenda Pública (Comentários à Lei n. 12.153/2009)*. São Paulo: Dialética, 2010.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2005.

CASSONE, Vittorio; CASSONE, Maria Eugenia Teixeira. *Processo tributário*: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2009.

CHIMENTI, Ricardo Cunha *et al*. *Lei de execução fiscal comentada e anotada*: Lei n. 6.830, de 22. 9.1980: doutrina, prática, jurisprudência. São Paulo: RT, 2008.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Liminares e depósitos antes do lançamento por homologação*: decadência e prescrição. São Paulo: Dialética, 2002.

CONRADO, Paulo Cesar. *Processo tributário analítico*. São Paulo: Dialética, 2003.

COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade e justiça tributária*: exequibilidade de lei tributária e direitos do contribuinte. São Paulo: Malheiros, 2007.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Dialética, 2012.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Mandado de Segurança* (o tradicional, o novo e o polêmico na Lei n. 12.016/2009). São Paulo: Dialética, 2009.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2010.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Código Tributário Nacional comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Dicionário jurídico tributário*. São Paulo: Dialética, 2005.

KFOURI Jr., Anis. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Interesse público e direitos do contribuinte*. São Paulo: Dialética, 2007.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo tributário*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Repetição do tributo indireto*: incoerências e contradições. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARINS, James. *Direito Processual Tributário* (Administrativo e judicial). São Paulo: Dialética, 2012.

_____. *Defesa e vulnerabilidade do contribuint*e. São Paulo: Dialética, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2004.

NEVES , Daniel Amorim Assumpção. *Competência no processo civi*l. São Paulo: Método, 2005.

MOURA, Lenice Silveira Moreira de. *Exceção de Pré-Executividade em matéria tributária*. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUNES, Cleucio Santos. *Teoria e prática do processo tributário*. São Paulo: Dialética, 2002.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário*: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

PAULSEN, Leandro. *Manual das certidões negativas de débit*o. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. ÁVILA, René Bergmann. *Direito Processual Tributário*: processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PACHECO, José da Silva. *Comentários à Lei de Execução Fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2007.

PORTO, Éderson Garin. *Manual da execução fiscal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROCHA, Valdir de Oliveira. *Grandes questões atuais de direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2005. v. 9.

ROCHA, Valdir de Oliveira. *Problemas de processo judicial tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. v. 5.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Américo Luís Martins da. *A Execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, Ives Gandra da (Coord.). *Processo judicial tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (Coords.). *Direito processual público*: a Fazenda Pública em juízo. São Paulo: Malheiros, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de Execução Fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2008.

TONIOLO, Ernesto José. *A prescrição intercorrente na execução fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

1 “Art. 204. A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída. Parágrafo único. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite.”

2 “Art. 5º. A competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro Juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário.”

3 “Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.”

4 **Súmula 314 do STJ:** “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”.

5 “Art. 9º. Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, o executado poderá: § 3o A garantia da execução, por meio de depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, produz os mesmos efeitos da penhora.”

6 “Art. 10. Não ocorrendo o pagamento, nem a garantia da execução de que trata o art. 9º, a penhora poderá recair em qualquer bem do executado, exceto os que a lei declare absolutamente impenhoráveis.”

7 “Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: X – percentual do faturamento de empresa devedora.”

8 **Súmula 558 do STJ:** “Em ações de execução fiscal, a petição inicial não pode ser indeferida sob o argumento da falta de indicação do CPF e/ou RG ou CNPJ da parte executada”.

Súmula 559 do **STJ**: “Em ações de execução fiscal, é desnecessária a instrução da petição inicial com o demonstrativo de cálculo do débito, por tratar-se de requisito não previsto no art. 6º da Lei n. 6.830/80”.

9 **Súmula 106 do STJ:** “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”.

10 **Súmula 314 do STJ:** “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”.

11 Súmula 203 STJ: “Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais”.

12 Súmula 640 STF: “É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal”. Súmula 727 STF: “Não pode o magistrado deixar de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal o agravo de instrumento [agora agravo em recurso extraordinário] interposto da decisão que não admite recurso extraordinário, ainda que referente a causa instaurada no âmbito dos juizados especiais”.

13 Súmula 376 do STJ: “Compete a turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial”.

14 Se fosse resposta do apelado: “apresentar CONTRARRAZÕES DE APELAÇÃO...”

15 “Por oportuno, requer a Vossa Excelência o exercício do juízo de retratação, nos termos do art. ... do Código de Processo Civil, para que...”

16 Sugerimos a realização do capítulo “Do cabimento” como uma cautela no Exame de Ordem, especialmente para que o candidato possa demonstrar o conhecimento acerca dos pressupostos recursais. Na vida prática, essa peça acaba tendo forma mais simples e direta.

17 Na vida prática, esse parágrafo é totalmente desnecessário, mas, para o Exame de Ordem, sugerimos que o candidato peque pelo excesso para demonstrar conhecimento de todos os itens relativos ao tema.