Ação Anulatória ou Mandado de Segurança?

Em muitos casos, é possível a propositura da ação anulatória e também impetração de **mandado de segurança repressivo**. Fica a escolha do autor.

Ocorre que há vantagens no ajuizamento da anulatória, como a possibilidade de *dilação probatória* e a não existência de um prazo tão exíguo como no mandado de segurança, pois, nos termos do artigo 23 da Lei n° 12.016/2009, esta medida só poderá ser impetrada dentro de 120 dias a contar da ciência do ato coator. A ação anulatória será, então, a opção mais favorável.

Em busca de uma melhor compreensão sobre a possibilidade da ação anulatória frente a um lançamento tributário, vamos relembrar que, quando o contribuinte recebe a notificação de lançamento o qual ele considera, por alguma razão, indevido, ele possui as quatro possibilidades:

1. pagar;
2. recorrer administrativamente;
3. ir diretamente para esfera judicial; ou
4. não fazer nada, apenas aguardar o ajuizamento de execução fiscal.

Se o contribuinte optar por, primeiramente, recorrer na esfera administrativa, sendo ele vencido, em razão do artigo 5°, XXXV, da CF, que define que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", poderá então buscar a tutela jurisdicional por meio da **Ação Anulatória** para seguir tentando a desconstituição desse ato com que não concorda, agora na esfera judicial.

Agora, se o contribuinte optar por ir diretamente à esfera judicial, ingressará diretamente com a ação anulatória, nos termos do artigo 38 da Lei n° 6.830/80.

Ação Anulatória, Embargos à Execução ou Exceção de Pré-Executividade?

Se a execução fiscal já estiver em curso, o contribuinte ainda terá a opção de opor Embargos à Execução ou Exceção de Pré-Executividade.

O Superior Tribunal de Justiça tem admitido a propositura da ação anulatória frente a existência de uma execução fiscal, ao considerar que, muitas vezes, o contribuinte não pode se valer dos meios de defesa próprios da execução fiscal, que seriam a propositura de embargos à execução e a exceção de pré-executividade.

Isso porque, para apresentar embargos à execução fiscal, é necessário garantir o juízo, consoante preceitua o artigo 16 da Lei nº 6.830/1980, e pode-se apresentar a exceção de pré-executividade somente frente às matérias de ordem pública e sem dilação probatória, segundo parecer do STJ, na Súmula nº 393 do STJ.

> Observação: A Súmula Vinculante nº 28 afirma que é inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário. Entretanto, conforme o REsp 1.487.772-SE, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, por unanimidade, julgado em 28/05/2019, DJe 12/06/2019, deve ser afastada a exigência da garantia do juízo para a oposição de embargos à execução fiscal, caso comprovado inequivocadamente que o devedor não possui patrimônio para garantia do crédito exequendo.

Se o contribuinte **não tiver condições para garantir o juízo e provar não possuir patrimônio para garantia**, não poderá se defender por meio de embargos à execução, e, **não sendo a matéria de ordem pública sem dilação probatória**, não poderá valer-se da exceção de pré-executividade, logo, **poderá se valer da ação anulatória.**