

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 nº 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 lembrar 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 5º, 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 nº 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**.