MODELO DE PETIÇÃO

EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO.

INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO

Rénan Kfuri Lopes

COMENTÁRIOS:

- O embargante poderá alegar em sua defesa toda matéria de seu interesse, requerendo a produção de provas em direito permitidas, juntar os documentos que entender necessário e apresentar rol de testemunhas (Lei n. 6.830/80, art. 16, § 2º) [[1]](#footnote-1);

- o prazo para opor embargos à execução fiscal inicia quando da ocorrência de qualquer dos incisos I, II ou III do art. 16 da Lei n. 6.830/80[[2]](#footnote-2);

- não serão admitidos embargos à execução antes de garantida a execução por meio de penhora, *ex vi* art. 16, § 1º, da Lei n. 6.830/80[[3]](#footnote-3).

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara Cível da Comarca de ...

Distribuição por dependência à execução fiscal n. ...

(nome, qualificação, endereço e CPF), executado, por seu advogado *in fine* assinado, *ut* instrumento de procuração e contrato social anexados (doc. n. ...), nos autos da execução fiscal epigrafada promovida por ..., exequente, vem, respeitosamente, opor os presentes EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCALcom fulcro no art.16 da Lei n. 6.830/80, frente à execução fiscal n. ... pelas razões de fato e de direito adiante aduzidas:

I – TEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

1. *Ab initio*, há de ser ressaltada a tempestividade dos presentes embargos à execução, dentro do trintídio legal (Lei n. 6.830/80, art. 16, inciso III – Lei de Execução Fiscal), vez que o embargante foi intimado da penhora há 20 dias, conforme cópia do auto de penhora juntado nessa oportunidade (doc. n. ...).

II – PROCEDÊNCIAS DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

II.1 – DESCONSTITUIÇÃO DA CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA – INEXIGÍVEL A CRIAÇÃO DO TÍTULO EXTRAJUDICIAL POR “*ARBITRAMENTO*” BASEADO EXCLUSIVAMENTE EM HIPÓTESES EXTRAÍDAS DE RECLAMATÓRIAS TRABALHISTAS

2.Necessário afirmar que embora a CDA se constitua num título executivo formado unilateralmente pelo credor, permite-se que se discuta amplamente o mérito da cobrança, dentro do expectro maior de defesa albergado na Carta Magna[[4]](#footnote-4), abrindo-se a discussão judicial, *in casu*, por intermédio dos presentes embargos à execução.

3.O cenário que se afigura neste processado mostra de maneira brutal e inconteste ser um inadmissível arbítrio por parte do fisco, emergindo daí a inexigibilidade do título exequendo.

4. *In casu*, a exação fiscal foi gerada por “*arbitramento*” pelo fisco, alegando que não houve recolhimento da contribuição previdenciária dos empregados. Essa conclusão adveio exclusivamente nas petições iniciais de reclamatórias trabalhistas.

5. No processo administrativo fiscal não se apresentou nenhum documento extraído da contabilidade da empresa dando guarida ao fato gerador da CDA.

6. Destarte, inexigível a criação do título judicial calcado em hipóteses oriundas de reclamatórias trabalhistas, sem localizar na contabilidade da empresa qualquer documento nesse sentido.

7.CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, com a autoridade que se lhe reconhece, preleciona que *“a busca pela verdade real e material é princípio de observância indeclinável da Administração tributária no âmbito de suas atividades procedimentais e processuais”* (Curso de Direito Administrativo, ed. Malheiros, 9ª ed., p. 246).

8.JAMES MARINS, tributarista de escol, adverte que *“variadas práticas adotadas pela Administração fazendária conspiram contra a busca da verdade material. Presunções tributárias, ficções legais, pautas fiscais, arbitramentos tributários, substituições ‘para frente’ e outros expedientes de semelhante jaez, quando utilizados desnecessariamente, operando como autêntico ‘atalho’ ao dever de investigação, conculcam o primado da verdade material, e muitas vezes, sequer satisfazem a verdade formal”* (Direito Processual Tributário Brasileiro, ed. Dialética, 3ª ed., p. 181).

9.Por maior que seja a voracidade de tributar, característica marcante do fisco pátrio, muito embora a prestação dos serviços pagos pelos trabalhadores não acompanha a força da taxação, não se pode tolerar a imposição baseada em indício e presunção de uma situação fática INVERÍDICA E MENDAZ, calcada em situações isoladas.

10.Distante qualquer *indício* de que a empresa embargante paga salários fora da folha aos seus empregados por quase uma década em número representativo de 2.000 (duas) mil pessoas.

11.A nível *documental* não se colheu na contabilidade da empresa nenhuma circunstância indiciária certa, da qual se pudesse tirar uma indução lógica, uma conclusão acerca da subsistência dos fatos geradores da exação.

12.REGINALDO DE FRANÇA é contundente, *verbo ad verbum*: *“A presunção, se utilizada no ato de lançamento, apresenta grande probabilidade de equívoco, porque estaria exteriorizando aspectos subjetivos do agente lançador, como sua experiência em situações fáticas anteriores que podem não ser aplicadas ao caso em exame. As presunções comuns podem ser importantes como meio e não como fim na atividade fiscalizatória”* (Fiscalização Tributária – Prerrogativas e Limites, ed. Juruá, 2003, p. 135).

13.O título executivo fiscal, objeto de combate nesta sede processual, restou amparado num *arbitramento* inseguro, mesmo com todo aparato documental da contabilidade realçando o contrário do propósito custoso de taxar e multar caracterizado na execução em apenso, *rogata venia*.

14.Com efeito, o arbítrio será sempre rechaçado porque é a antítese do Estado de Direito.

15.FERNANDO JOSÉ DUTRA MARTUSCELLI vem a florescer as posturas aqui defendidas: *“não se deve confundir arbitramento com arbítrio. Arbitrar não é cometer ato de arbítrio, pelo tão simples e elementar fato de que nenhuma norma jurídica pode atribuir competência a um sujeito jurídico para lesar o ordenamento jurídico”* (Código de Defesa do Contribuinte, Líder Cultura Jurídica, 2001, p. 94).

16. Princípio norteador no direito tributário preconizado no art. 142 do Código Tributário Nacional consagra a indispensabilidade da demonstração inequívoca da ocorrência do fato gerador. NUNCA pode o fisco se valer de simples presunções.

17. Vem bem a pêlo o pronunciamento de LEONARDO SPERB DE PAOLA, ao ensinar que *“o arbitramento não confere à autoridade lançadora uma carta em branco para tributar o que quer que seja, hipótese na qual teria caráter punitivo. O administrador continua vinculado à busca da verdade material, devendo apresentar resultados tão aproximados da verdade quanto possível (...) É importante salientar que o comportamento do contribuinte, no que diz respeito à sua maior ou menor colaboração, não libera o administrador da busca da verdade material, não possibilitando, por si só, o recurso à prova indiciária. Independentemente da vontade do contribuinte, o Fisco continua obrigado a demonstrar, da forma mais aproximada possível, a ocorrência do fato jurídico tributário e, especialmente, de sua dimensão econômica”* (Presunções e Ficções no Direito Tributário, ed. Del Rey, 1997, p. 251 e 251).

18. O egrégio TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO não admite que o fisco despreze a documentação contábil e regular apresentada pelo contribuinte, para proceder a lançamentos por arbitramento, como realizado na execução combatida.

Eis a ementa:

*“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXISTÊNCIA DE REGISTROS CONTÁBEIS. INADEQUAÇÃO DO ARBITRAMENTO DE LUCRO.*

*1. Não é lícito o arbitramento de lucro, quando existentes e regulares os registros contábeis comprovados por perícia técnica realizada.*

*2. Sendo insubsistentes os lançamentos fiscais, correta a sentença que julgou procedentes os embargos à execução fiscal.”*

Remarcou o relator no voto condutor:

*“O arbitramento realizado pelo INSS, para embasar a ação fiscal contra a Apelada, não possui adequação com a realidade fática comprovada pela perícia técnica realizada (...)*

*Em tais situações a jurisprudência desta Corte tem se posicionado no sentido a insubsistência do título executivo, ante a prova robusta no sentido na inadequação do arbitramento do lucro”*

*TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ARBITRAMENTO DE LUCRO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL. REGULAR E IDÔNEA. PROVA PERICIAL CONTÁBIL.*

*Em matéria de arbitramento de lucro, a perícia contábil é essencial para a solução do feito. O laudo pericial elaborado por perito contábil de forma fundamentada e esclarecedora não corrobora a ação de fiscalização, mas, sim, de modo contrário, aponta falhas na mesma.*

*Restou demonstrado no presente caso, através da prova pericial, que a Autora mantinha escrituração contábil regular e idônea para a determinação de seu lucro real tributável, ficando ilidida a presunção de veracidade do auto de infração fiscal.*

*Assim, uma vez que o Fisco não provou que a escrita contábil da Autora continha erros ou irregularidades, sendo que era possível apurar-se o lucro pelos documentos fiscais apresentados, não era lícito que procedesse ao seu arbitramento.” – REO 95.01.23323-5/AP, Rel. Juíza Sônia Diniz Viana, Convocada, DJU 17.12.1999*.

*Assim sendo, restou demonstrado que a escrita contábil da empresa era regular e possuía os elementos necessários para a apuração do lucro, sendo inadequado o arbitramento efetuado.*

*Em suma: não estavam presentes os requisitos legais para a realização do arbitramento do lucro da empresa.”* (TRF – 1ª Região, Apel. Cível n. 1997.01.00.041373-3/MG).

19.Assim, ante a regularidade formal da contabilidade da empresa embargante, não poderia o fisco-embargado desprezar as informações nela constantes, para se valer de critérios subjetivos, que não se apresentam sequer com elementos seguros.

20.No transcorrer da etapa de instrução desses embargos, será provado à saciedade, na esteira do posicionamento do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO, que *“o procedimento revisional de lançamento, através de arbitramento, tem caráter excepcional. Hipótese em que o julgamento antecipado da lide, nos termos do parágrafo único do art. 740 do CPC, culminou em cerceamento de defesa, por não ter sido dada oportunidade à Embargante para descaracterizar ou reduzir o débito que lhe foi arbitrado”.* (doc. n. ... – íntegra da apelação cível n.93.01.20044.9/BA).

21. Por tudo exposto, impõe-se SEJAM JULGADOS PROCEDENTES OS PRESENTES EMBARGOS À EXECUÇÃO, DESCONSTITUINDO-SE INTEGRALMENTE O INEXEGÍVEL TÍTULO EXTRAJUDICIAL EXEQÜENDO.

II. 2 – REDUÇÃO DA MULTA MORATÓRIA DE 60% PREVISTA NO ART. 35, INCISO II, DA LEI N. 8.212/91

– CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA INADMISSÍVEL PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

– JURISPRUDÊNCIA IMPÕE REDUÇÃO PARA PERCENTUAL VARIÁVEL DE 10% A 20%, COMPATÍVEL COM A REALIDADE INFLACIONÁRIA DO PAÍS, SEM PERDER O SENTIDO DE REPRIMENDA.

22.Indubitavelmente, a multa moratória imposta pelo embargado, no percentual de 60% (sessenta por cento) sobre o valor do débito atualizado, é ILEGAL, INCONSTITUCIONAL E ABUSIVA, *data maxima venia*.

23.Na vanguarda do melhor direito, o princípio geral é do equilíbrio nas relações, afastando um trato de desequilíbrio entre as partes. A mora não pode mais ser encarada como uma penalidade extrema, levando a quebra o devedor ante um percentual elevado, que tornaria impossível o pagamento e ao mesmo tempo a bancarrota do devedor.

24.Dentro deste espírito, saudado pelos militantes de um direito sadio, veio o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil vigente, prevendo de maneira categórica que o percentual a título de multa moratória não poderia ultrapassar a 2% (dois por cento).

25.Paralelamente, tem-se que o índice inflacionário do país gira em torno de 5% (cinco por cento) ao ano. Embora seja um número razoável, noutra vereda, a economia do Brasil é instável, deixando as empresas e os comerciantes utilizar o seu lucro basicamente para cobrir as despesas da própria manutenção.

26. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, na Seção II, intitulada DAS LIMITAÇÕES DO PODER DE TRIBUTAR, com clareza solar prevê a PROIBIÇÃO EXPLÍCITA da cobrança de tributos com efeito de confisco, consoante leitura do art. 150, inciso IV, *in verbis*:

“*DAS LIMITAÇÕES DO PODER DE TRIBUTAR*

*Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

*omissis...*

*IV – utilizar tributo com efeito de confisco;*

*omissis...”*

27.Pretende a *Lex Mater* impedir que a infração tributária não gere uma pena ao contribuinte equivalente ao confisco dos seus bens, beneficiando o fisco com um *plus* consistente num “enriquecimento” ilícito às custas e como fruto do ilícito.

28.Com sua acuidade e sensibilidade, SACHA CALMON NAVARRO COELHO prega com inteira proveniência: “a multa excessiva ultrapassando o razoável para dissuadir ações ilícitas e para punir os transgressores (caracteres punitivo e preventivo da penalidade) caracteriza, de fato, uma maneira indireta de burlar o dispositivo constitucional que proíbe o confisco.” (Sanções Tributárias, RDT 11/12, p. 138).

29.Assim, o art. 150, inciso IV, da Constituição Federal da República impossibilita a desarrazoada penalidade cobrada pelo fisco de 60% (sessenta por cento) sobre o valor do débito corrigido a título de multa moratória. Uma penalidade deste vulto significa dizer a inviabilidade financeira da empresa embargante, ultrajando sua capacidade contributiva.

30. O princípio da capacidade contributiva do contribuinte e a vedação do confisco são hoje princípios constitucionais expressos em matéria tributária, *ex vi* arts. 145, § 1º, e 150 da Constituição Federal.

31. Incumbe ao Poder Judiciário que não apenas os tributos, mas também as penalidades fiscais, quando excessivas ou confiscatórias, estão sujeitos ao controle jurisdicional. A exclusão ou redução da multa pelo Poder Judiciário é decorrente do princípio da inafastabilidade, no sistema jurídico vigente, do controle jurisdicional, a teor do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal: *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*.

32.ALIOMAR BALEEIRO observa que a equidade permeia o direito tributário, acentuando: *“seja qual for o motivo determinante da falta deve ser atendida em termos, num sistema jurídico que autoriza a equidade na interpretação das leis (CTN, art. 108, IV).”* (*apud* SACHA CALMON, *op. cit.*, p. 158).

33.Na hipótese *sub examine*, a absurda multa moratória de 60% (sessenta por cento) foi aplicada com espeque no art. 35, inciso II, da Lei n. 8.212/91.

34.Todavia, conforme aduzido alhures, esta norma legal se encontra encharcada de INCONSTITUCIONALIDADE, marcada explicitamente por flagrante abusividade, vindo a constituir um autêntico CONFISCO sobre o contribuinte, SITUAÇÃO ESTA QUE NÃO PODE PREVALECER DIANTE DA NORMA CONSTITUCIONAL INSCULPIDA NO ART. 150, IV, DA LEI MAIOR, vedando ao fisco se utilizar de um tributo para fazer vez de confisco, tornando desproporcional a penalidade.

35. A atividade comercial do embargante não lhe dá a menor condição de suportar uma penalidade a título de multa moratória de 60% (sessenta por cento) do valor corrigido, patenteando um autêntico confisco esta tributação, que não poderá prevalecer por inconstitucional, malferindo o art. 150, IV, da Constituição Federal.

36. A *quaestio juris* não é nova, já tendo o r. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO determinado em 05.11.2003, ao julgar a Apelação Cível n. 2000.04.01.085146-0/MG, relator Juiz Federal HILTON QUEIROZ que a multa simplesmente moratória de 60% (sessenta por cento) aplicada pelo **“INSS”** é desproporcional e tem jaez de confisco, *in litteris*:

*“ENTENDO QUE, EM UM JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE, A APLICAÇÃO DO PERCENTUAL DE 60% É, DE FATO, CONFISCATÓRIO.*

*EMBORA A CONDUTA DO NÃO-RECOLHIMENTO DO TRIBUTO MEREÇA REPRIMENDA, DEVE SER APLICADA A ORIENTAÇÃO MAIS BENÉFICA POR SE TRATAR DE PENALIDADE.*

*NA HIPÓTESE, O PERCENTUAL DE 10% UTILIZADO PELO JUIZ* A QUO *NÃO TEM PREVISÃO LEGAL.*

*DEVE SER FIXADA A MULTA DE ACORDO COM O ART. 59 DA LEI 8.383 /91 NO PERCENTUAL DE 20%.*

*ANTE O EXPOSTO, NEGO PROVIMENTO AO APELO DA EMBARGANTE E DOU PROVIMENTO PARCIAL AO APELO DO INSS E À REMESSA PARA ELEVAR O PERCENTUAL DA MULTA DE 10% PARA 20% DO VALOR DO DÉBITO ATUA­LIZADO.”*

37.Por isso, na suposição (admitida em homenagem ao princípio da eventualidade) de superada a premissa anterior de desconstituição do título extrajudicial, HÃO DE SER PROCEDENTES OS PRESENTES EMBARGOS PARA REDUZIR A MULTA MORATÓRIA PARA O PATAMAR ADMITIDO PELA JURISPRUDÊNCIA DO PAÍS DE 10% A 20%, afastando o abominável confisco e fétido princípio da desproporcionalidade.

III – PEDIDOS

38***. Ex positis***, o embargante requer:

a) em primeira premissa SEJAM JULGADOS PROCEDENTES OS PRESENTES EMBARGOS À EXECUÇÃO, DESCONSTITUINDO-SE INTEGRALMENTE O TÍTULO EXTRAJUDICIAL EXEQÜENDO; cumuladamente, SEJAM JULGADOS PROCEDENTES OS PRESENTES EMBARGOS PARA REDUZIR A MULTA MORATÓRIA PARA O PATAMAR ADMITIDO PELA JURISPRUDÊNCIA DO PAÍS DE 10% A 20**%**, afastando o abominável confisco e fétido princípio da desproporcionalidade;

b)a condenação ao embargado no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios;

c)a intimação do embargado, por meio do seu ilustre patrono, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias, apresentar impugnação (art. 17, *caput*, da Lei n. 6.830/80[[5]](#footnote-5));

d)a produção de provas documental, testemunhal, e, especialmente, a prova pericial contábil;

e)a distribuição por dependência aos autos da execução fiscal n. ...

Valor da causa: R$ ... (...)

P. Deferimento.

(Local e data)

 (Assinatura e OAB do Advogado)

1. **Art. 16.** (...) **§ 2º** No prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite. [↑](#footnote-ref-1)
2. **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. [↑](#footnote-ref-2)
3. **Art. 16.** (...) **§ 1º** Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução. [↑](#footnote-ref-3)
4. A**rt. 5º**, LV. [↑](#footnote-ref-4)
5. **Art. 17.** Recebidos os embargos, o juiz mandará intimar a Fazenda, para impugná-los no prazo de 30 (trinta) dias, designando, em seguida, audiência de instrução e julgamento. [↑](#footnote-ref-5)