

A citação pelo correio na Lei de Execução Fiscal

Brenno Guimarães Alves da Mata *

Introdução

O seres humanos são insatisfeitos, desde o início dos tempos, com a escassez de bens, insumos, haja vista suas infinitas pretensões. O direito surgiu para regular estes conflitos e manter a paz social.

Os conflitos de interesse podem ser solucionados[1] de várias formas, dentre elas: autocomposição, que é a desistência, submissão ou transação, total ou parcial, de um ou mais interessados, de seus interesses; autotutela ou autodefesa, cuja finalidade é forçar, com suas próprias forças, que o outro interessado desista de suas pretensões; arbitragem, além de outras formas alternativas de pacificação social; e a jurisdição, capacidade e poder do Estado solucionar conflitos e impor decisões, cujos escopos são sociais, políticos e jurídicos.

A jurisdição, que garante a justiça, tanto nos conflitos sociais como do próprio Estado, surgiu, principalmente, pela necessidade de decisões imparciais e obrigatórias, a fim de manter-se a paz social e a segurança.

Para movimentar e regular a máquina estatal a fim de garantir a efetividade da jurisdição, criaram-se normas de direito processual. Este é o direito adjetivo ou instrumental, que regula o processo, utilizado para alcançar e garantir o direito material.

Em outras palavras, a jurisdição é ordenada pelo direito processual, que garante a realização do direito material.

O Código de Processo Civil, Lei nº 5.869/73, é a principal fonte do direito processual brasileiro, junto com o Código de Processo Penal, além de algumas leis especiais, como a Lei de Execução Fiscal (LEF), Lei nº 6.830/80, que regula o processo executivo fiscal. O artigo 8º, incisos I e II, desta lei - citação postal na execução fiscal - será o objeto de estudo deste trabalho, com a soma de alguns dispositivos do Código Tributário Nacional, da Constituição Federal de 1988 e do Código de Processo Civil.

Na presente monografia, demonstrar-se-á que a citação postal, na execução fiscal, como está literalmente e não integrada, é defeituosa e que o devedor ou executado deve ser citado pessoalmente, ou seja, possui lacunas a serem preenchidas pelo CPC e outros. Somando-se a isto, contraria dispositivo do CTN, alguns da Constituição Federal de 1988, do CPC, entre outros. Além disso, demonstrar-se-á a aplicação subsidiária de dispositivos do CPC na LEF, no tocante a citação postal; por fim, demonstrar que a citação realizada em desconformidade com a norma integrada é nula, mesmo sem prejuízo à parte ou atingindo os fins da citação, salvo se a decisão de mérito for em seu favor ou se a parte comparecer espontaneamente, sem a intenção exclusiva de alegar nulidade.

2. Conceito e generalidades

O *In jus vocatio* ou citação surgiu no direito romano com a primeira das XII Tábuas, sendo esta a fonte legal mais antiga. Outros já falam em direito divino e o primeiro exemplo de citação seria a de Adão: "Intuindo a indispensabilidade da citação inicial, os mais antigos juristas consideram-na uma norma de Direito Divino, cuja presença era imperativa nas leis de todos os povos. Como exemplo da primeira citação ocorrida na história apontavam a de Adão." (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973, vol. II: arts. 154-269. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 158 e 159).

Inicialmente, a citação era de caráter privado, inclusive havia a possibilidade de o autor arrastar o réu pelo pescoço até a presença do juiz, *ab torto collo*, caso este se negasse a comparecer em juízo. Posteriormente, começaram as intervenções públicas, mediante as ações pretorianas, que abrandavam a Lei das XII Tábuas. Este instituto tinha seu rito com fulcro nos usos e costumes. Com os excessos e o uso da força particular demasiada, surgiu a figura do *vadimonium promittere*, na qual consistia ordem para o réu comprometer-se com o autor de que retornaria a juízo, sob pena de pagar multa (SANSEVERINO, Milton. KOMATSU, Roque. A citação no direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.8 e 9).

As intervenções jurídicas, propriamente ditas, foram no reinado de Marco Aurélio, via *litis denuntiatio*, que obrigava o réu a comparecer em juízo. E a partir de Constantino, imperador de Roma, só poderia ser redigida por um oficial público. Desde então, a citação vem evoluindo para a via estatal, ato do juiz. (SANSEVERINO, op. cit., p.10).

No Brasil, "as ordenações do Reino vigoraram no Brasil durante todo o tempo de vinculação à Coroa portuguesa, e mesmo depois da nossa independência, só cedendo, no plano comercial, ao Regulamento 737, de 1850.

O Decreto nº 763, de 19.9.1899, mandou aplicar o Regulamento 737 aos processos de causas cíveis. Todavia, pouco antes disso, pela Revolução de Consulta de 28.12.1876, o Poder Executivo aprovou, tornando-a obrigatória, a Consolidação das Leis do Processo Civil ..." (SANSEVERINO, op. cit., p.25). Neste seguimento, a citação evoluiu até a do atual Código de Processo Civil, sempre para ato do Estado e não mais ato privativo.

A citação é um ato processual pelo qual o réu ou o devedor, além dos interessados, é chamado à Juízo para agir conforme a causa, ou seja, no processo de conhecimento [2]- [3]- [4] ou cautelar, para defender-se, e no processo de execução, [5]-[6]- [7] para pagar ou nomear bens à penhora, e posteriormente, se quiser, embargar à execução.

As principais regras da citação estão no CPC - artigos 213 à 233 - com algumas modificações como as da Lei 8.710/93, que instituiu a citação pelo correio no processo

civil, além da citação na execução - artigos 614, 621, 632 e 652 à 654 do CPC. Na execução fiscal, a citação está prevista no artigo 8º da LEF.

Estas enumerações de artigos e conceitos, tanto do processo de conhecimento e execução do CPC, como da execução fiscal, têm como escopo a familiarização a tais dispositivos, haja vista que o processo de execução do CPC aplicará subsidiariamente os dispositivos do processo de conhecimento.[8] Neste esteio, o executivo fiscal também deverá utilizar-se, subsidiariamente, daqueles dispositivos, com fulcro no artigo 1º da LEF.[9] Não se pode falar em aplicação subsidiária, apenas dos dispositivos executivos do CPC, mas sim de todos do CPC.

Imperioso deixar consignado que independente do processo ser cautelar, de execução, ou de conhecimento, a citação será requisito fundamental no processo, neste esteio "a doutrina denomina princípio da bilateralidade da audiência, ou seja, a impossibilidade de atuação jurisdicional sem que se assegure ao réu a oportunidade de se fazer ouvir." [10]-[11](Grifos nossos).

O pressuposto de que a citação será requisito fundamental é comum a todos os processos, já as finalidades a serem alcançadas pela citação na execução são totalmente diversas das finalidades do processo de conhecimento. Isto por que, na ação de execução,[12] existe título executivo judicial ou extrajudicial, e não há que se discutir a cognição, amplamente, como na ação de conhecimento.

No processo executivo, fiscal ou comum, a citação é o meio necessário de chamamento do devedor, executado, ao processo para formação da relação processual, triangularização,[13] finalidade imediata, além da garantia da execução e defesa via embargos, finalidade mediata.

Cabe ressaltar que a citação válida do devedor lhe garantirá o direito preferencial de pagar ou nomear bens à penhora,[14] antes da coação estatal via penhora forçada ou arresto,[15] e posteriormente poderá embargar a execução. Esta regra da faculdade de escolha da penhora ou pagamento pelo devedor, tanto na execução comum quanto na fiscal,

são inerentes ao princípio executivo de menor gravame ao devedor, ou seja, o devedor será coagido a pagar, mas da maneira menos gravosa possível.

Em suma, o próprio sistema jurídico, quando prevê certa finalidade na lei, como é o caso das finalidades da citação na execução, fornece os meios suficientes para alcançá-los. Contudo, muitas vezes, a lei prevê uma finalidade e não fornece os meios suficientes para concretizá-la, como é o caso da Lei de Execução Fiscal. Este defeito, de insuficiência de meios para alcançar os fins, é chamado de antinomia teleológica, por Norberto Bobbio, que será melhor abordado a seguir.

3. Citação postal na execução fiscal

Após análise de alguns aspectos gerais importantes do presente trabalho, adentraremos ao tema propriamente dito. Mas antes de comentarmos a citação postal na LEF, faremos algumas ressalvas e críticas à lei de execução fiscal.

A lei de execução fiscal,[16] publicada em 22.09.1980, é a lei que trata da execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias(art. 1º da LEF).

Inicialmente, tramitou como Projeto de Lei nº14/80, [17]-[18]-[19] o qual sofreu severas críticas, na época, quanto à sua constitucionalidade, e atualmente, quanto à sua difícil[20] aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Mesmo assim, foi aprovado e está em vigor.

Voltando ao tema específico, o meio de chamamento do devedor, executado, no processo executivo fiscal é a citação por correio, via de regra, caso a Fazenda não a requeira de outra forma, prevista no artigo 8º, incisos I e II, da LEF, que dizem, in verbis:

Art. 8º. O executado será citado para, no prazo de 05(cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução, observadas as seguintes normas:

I - a citação será feita pelo correio, com aviso de recebimento, se a Fazenda pública não a requerer por outra forma;

II - a citação pelo correio considera-se feita na data da entrega da carta no endereço do executado; ou, se a data for omitida, no aviso de recebimento, 10(dez) dias após a entrega da carta na agência postal;

Passemos a analisar, cada questão específica destes dois incisos, como estão literalmente e sem as integrações das lacunas.

A LEF modificou a terminologia "devedor", adotada pelo CPC, para executado.[21] Neste diapasão, o tempo para o executado[22] pagar ou garantir a execução passou de 24(vinte e quatro) horas[23] para 5(cinco) dias.[24] Pelo silêncio da lei fiscal, deve-se aplicar subsidiariamente o artigo 184 do CPC para contagem de prazo do quinquídio.

Cabe elucidar que a LEF, assim como o CPC, optaram pelo aviso de recebimento(AR) ao invés da mão própria(MP).

Imperioso consignar que o pagamento poderá ser tanto na repartição fiscal como no próprio juízo da execução, com fulcro nos princípios processuais.

No tocante ao pagamento, este deverá ser acrescido de juros, multa de mora e encargos indicados na certidão de Dívida Ativa. Esta inclusão de encargos no pagamento é desnecessária,[25] já que na Certidão da Dívida constam todos os encargos, sendo vedado cobrar outros senão os previstos nela, nos moldes do art. 1º combinado com o art. 2º, § 5º, inciso II, da LEF.

O inciso I, do artigo comentado, transforma em regra geral[26] a citação pelo correio, com aviso de recebimento, nas execuções fiscais, caso a Fazenda Pública não

exerça a faculdade de requerer por outra forma. Este inciso confronta, completamente, com a sistemática do CPC, no tocante às citações na execução, haja vista a proibição explícita, do art. 222 letra "d"(Lei nº 8.710/93, lei que modificou o CPC), da citação via correio em sede execução. Mesmo sendo norma anterior(L. 6.830/80), subsistirá com fulcro no princípio da especialidade.[27]

Somando-se a isto, o juiz não pode impor outra forma de citação, em primeiro lugar, diversa da postal, caso a Fazenda não se manifeste neste sentido.[28]-[29]

No inciso II, deste mesmo artigo, há duas presunções de concretização da citação pelo correio: a primeira, que considera-se feita na data que foi entregue a carta no endereço do executado; e a segunda, que se a data for omitida, no aviso de recebimento, será considerado citado após 10(dez) dias do recebimento da carta na agência postal.

Nesta esteira, o mestre Humberto T. Júnior defende: "Quebrando, também, o método do Código, a lei nº 6.830 inovou quanto ao momento de aperfeiçoamento da citação postal. No processo comum, entende-se como tal a data da juntada do AR aos autos (art. 241, V). Na execução fiscal a citação postal se completa na data em que a correspondência for entregue ao executado, conforme seu recibo no AR. Se houver omissão desse dado, presume a lei, para todos os efeitos, que a citação ocorreu no décimo dia após o registro da carta no correio (art. 8º, II)."[30]

No caso de frustração da citação postal por AR, esta será realizada nos moldes dos incisos III, in verbis, e IV do artigo em comento:

III- se o aviso de recepção não retornar no prazo de 15(quinze) dias da entrega da carta à agência postal, a citação será feita por oficial de justiça ou por edital.

Como se pode observar, a citação na LEF tem como regra a entrega do aviso de recebimento(AR) no endereço do executado, pelo correio, caso a Fazenda não a requeira de outra forma ou se omita, ou seja, presume-se citado o executado na data da entrega do AR em sua casa, ou se não constar a data, dez dias após o recebimento da carta na agência postal

Data maxima venia, não podemos concordar com a aplicação literal e defeituosa destes dispositivos em comento, além destas irregulares presunções processuais, pelas razões a seguir.

3.1. Defeitos e lacunas da citação postal na Lei de Execução Fiscal

Várias lacunas e defeitos vão ser identificados neste trabalho nos incisos I e II do art. 8º da LEF, contudo abordaremos, neste tópico, principalmente a lacuna da citação não pessoal do executado, já que as demais não precisarão de raciocínio maior para serem visualizadas e poderão ser integradas sem muitos questionamentos. Neste diapasão, o tópico "da integração" tratará de todas as lacunas dos incisos em comento.

A lacuna, da citação não pessoal na LEF, é reconhecida e visualizada por juristas renomados como Theotônio Negrão[31] e Araken de Assis.[32] Para explicar melhor a lacuna do artigo em comento, recorreremos às lições do grande jurista Norberto Bobbio.

Analisando tal dispositivo, deparamo-nos com uma antinomia teleológica, que no entender deste jurista é : "uma oposição entre a norma que prescreve o meio para alcançar o fim e a que prescreve o fim. De modo que, se aplica a norma que prevê o meio, não estar em condições de alcançar o fim e vice-versa. Aqui a oposição nasce, na maioria das vezes, da insuficiência do meio: mas, então, trata-se, mais que de antinomia, de lacuna." [33] (Grifos nossos).

No entendimento de Bobbio, a deficiência do meio não é uma antinomia propriamente dita, mas sim uma questão de lacuna, que deve ser integrada. Antes disso, discorreremos o porquê desta deficiência específica.

A citação postal não pessoal é um meio deficiente, porque não é suficiente para sempre concretizar seus fins,[34] que são: formação da relação processual válida, direito de preferência de nomeação de bens a penhora pelo devedor ou pagamento.

A presunção, de que se considera citado o devedor pela simples entrega do AR em sua casa, não é um meio eficaz para garantir que o devedor exercerá seu direito de preferência em penhorar um bem ou pagar, muito menos formação da relação processual, haja visto que qualquer pessoa em seu domicílio poderá receber o AR e não repassar ao devedor. Enfim, são várias hipóteses que podem ser formuladas para demonstrar que o executado não tomará ciência da ação em tempo hábil.

Isto o levará a perder o direito de preferência de penhorar um bem ou pagar, e o próximo passo da justiça será penhorar ou arrestar um bem, nos termos dos artigos 10 e 11 da LEF, in verbis:

Art. 10. Não ocorrendo o pagamento, nem a garantia da execução de que trata o artigo 9º, a penhora poderá recair em qualquer bem do executado, exceto os que a lei declare absolutamente impenhoráveis.

Art. 11. A penhora ou arresto de bens obedecerá a 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 - direito e ações.

§ 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.

Diante do exposto, está evidente a lacuna do dispositivo, tendo em vista que este não assegura eficazmente o direito de preferência do devedor, nem mesmo a triangularização válida da relação processual. Chega a ser ilógico a citação não pessoal, já que o objetivo da execução é satisfação do crédito; mas como satisfazê-lo, se o devedor corre o risco de não tomar conhecimento da ação por um determinado tempo? Somando-se a isto, a citação defeituosa da LEF prejudica o direito nas hipóteses de defesa indireta, como alegar nulidade antes dos embargos, ou exceção de pré executividade em que o devedor nem precisaria de penhorar seus bens ou pagar.

3.2. Integração da lacuna

A necessidade de integração dos dispositivos do artigo 8º, incisos I e II, é explícita, sob pena da não completude do Ordenamento Jurídico e deficiência dos meios de citação; além de contrariedade de princípios constitucionais, processuais e a possibilidade de danos ao executado. Estes três últimos serão melhor abordados no tópico a seguir.

Após argumentação e prova de que os meios de citação são deficientes e insuficientes para atingir os fins, além de contrariar vários dispositivos, devemos integrá-los. No dizer de Bobbio: "o caso de lacunas, no entanto, é um caso em que há menos normas do que deveria haver, fato que registramos com as duas conjunções nem ...nem, onde o dever do intérprete é, ao contrário, acrescentar aquilo que falta." [35]

Sendo assim, a norma adequada para integrar, por analogia, a lacuna do artigo 8º incisos I e II da LEF, é o artigo 223 parágrafo único [36] do CPC, da lei 8.710/93, [37]- [38] que o modificou no tocante à citação, incluindo a citação postal, in verbis:

Parágrafo único. A carta será registrada para entrega ao citando, exigindo-lhe o carteiro, ao fazer a entrega, que assine recibo. Sendo o réu pessoa jurídica, será válida a entrega a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração.

Três motivos levam a tornar aconselhável a escolha deste dispositivo, especificamente, para a integração por analogia: 1- O art. 1º da LEF fala em aplicação subsidiária do CPC; 2 - o art. 223, do CPC, trata da citação postal; 3 - O CPC é a norma geral.

Com a aplicação deste parágrafo único do artigo 223 do CPC ao artigo 8º incisos I e II da LEF, a norma estará integrada e os meios de citação serão suficientes para alcançar os fins citados supra; ressaltando que estes são originados da própria LEF (Lei de Execução Fiscal).

A presunção de que considerará citado na data da entrega da carta no endereço do citado desaparece com a inclusão deste parágrafo único, já que ele fala explicitamente que a carta será entregue ao citando mediante assinatura pessoal do recibo, ou, se pessoa jurídica, será válida a entrega a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração. Sendo assim, a citação será na data da entrega, desde que com o recibo ou assinatura do próprio executado.

A nova e completa norma ficaria assim entendida: a citação pelo correio considera-se feita na data da entrega da carta no endereço do executado, exigindo-lhe o carteiro, ao fazer a entrega, que assine recibo, ou, sendo o réu pessoa jurídica, será válida a entrega a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração;^[39] ou, se a data for omitida, no aviso de recebimento, 10(dez) dias após a entrega da carta, devidamente assinada, na agência postal.

Somando-se a isto, vários outros dispositivos do CPC devem integrar ou dever-se-á aplicar subsidiariamente a LEF, nos termos do artigo 1º desta.^[40] Dentre eles, estão: arts. 214, 217, 218, 222, com exceção das letra "a", "c" e "d", 223, todos estes do CPC.

A falta de citação inicial acarretará a invalidade do processo, contudo o comparecimento espontâneo do réu supre esta falta. Cabe ressaltar, que se o réu comparece apenas para argüir a nulidade e sendo esta decretada, considerar-se-á feita a citação na data em que ele ou seu advogado^[41] for intimado da decisão(art. 214, parágrafos 1º e 2º). Este dispositivo tem aplicação total, já que a LEF não trata de nulidade e não tem incompatibilidades com aquele.

A ratio legis dos artigos 218 e 217 do CPC são de respeito à dignidade humana e de ordem prática. Pelo artigo 217 não se fará a citação, salvo para evitar perecimento de direito, a quem estiver assistindo a qualquer ato de culto religioso(I); ao cônjuge ou qualquer parente do morto, ..., no dia do falecimento e nos sete dias seguintes(II); aos noivos, nos três primeiros dias de bodas(III); aos doentes, enquanto grave o seu estado(IV). E ainda quando se verificar que o réu é demente ou está impossibilitado de recebê-la(art. 218 CPC). A LEF é omissa quanto a estes aspectos e não tem incompatibilidades, por isso os dispositivos têm aplicação.

Uma das razões legais do artigo 222 do CPC é proteger os incapazes; desta feita, é proibida a citação postal aos incapazes(b). Mesmo a capacidade tributária, sendo diferente da civil e dela independentemente nos termos do artigo 126 do CTN, a citação não poderá ser postal, para que os direitos indisponíveis dos incapazes sejam bem resguardados.

Outra ratio legis é de ordem prática, haja vista a impossibilidade de entrega do correio em certos domicílios(e). Somando-se a isto, não caberá a citação postal, quando a Fazenda requerer de forma diversa, ou seja, o autor(f). Veja que, neste último exemplo, a própria LEF já prevê tal dispositivo no seu artigo 8º, inciso I.

As letras "a" e "d" do art. 222 do CPC não têm aplicação, porque a execução fiscal não é ação de estado(a), e por fim é impossível a aplicação do dispositivo que proíbe a citação postal em execução(d), justamente, porque a regra geral da LEF é por este tipo de citação; neste caso, a norma da LEF subsistirá, por ser norma especial, e esta derrogat a geral. Por fim, no tocante a este artigo, as citações postais serão realizadas para qualquer comarca do País.

O artigo 223 do CPC será aplicado com adaptações, combinado com o artigo 621 do mesmo e outros da execução civil. Vejamos: deferida a citação pelo correio, o escrivão ou chefe da secretaria remeterá ao citando cópias da petição inicial e do despacho do juiz, expressamente consignada em seu inteiro teor que depois de pago ou nomeado bens a penhora, poderá embargar a execução,[42] comunicando ainda todos os prazos, nos termos da LEF, além do juízo e cartório, com o respectivo endereço. Cabe ressaltar que o parágrafo único deste artigo já foi utilizado para integrar a questão da personalidade da citação.

Em suma, a citação postal na LEF ocorrerá quando a Fazenda não pedir de forma diversa, e deverá ser considerada feita na data da entrega da carta no endereço do executado, exigindo-lhe o carteiro, ao fazer a entrega, que assine recibo, ou, sendo o réu pessoa jurídica, será válida a entrega a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração; ou, se a data for omitida, no aviso de recebimento, 10(dez) dias após a entrega da carta, devidamente assinada, na agência postal. E não pode ocorrer quando, salvo para evitar perecimento de direito, a quem estiver assistindo a qualquer ato de culto religioso; ao cônjuge ou qualquer parente do morto, ..., no dia do falecimento e nos sete

dias seguintes; aos noivos, nos três primeiros dias de bodas; aos doentes, enquanto grave o seu estado. Não pode, sem ressalvas, quando se verificar que o réu é demente ou está impossibilitado de recebê-la; o devedor for incapaz; ou o correio não puder entregar no domicílio do executado.

Desta feita, estará garantida a completude do Ordenamento e Norberto Bobbio diz que: "A completude é, portanto, uma condição sem a qual o sistema em seu conjunto não poderia funcionar." (BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 8ª ed. Brasília: Editora Universidade Brasília, 1996. p.118).

Para o remate da questão, a completude[43]-[44] do Ordenamento Jurídico Brasileiro deve ser preservada, já que o juiz não se pode negar a apreciar lesão ou ameaça de direito no Brasil, com fulcro nos artigos 126 do CPC e artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88 e deve julgar com esteio em norma pertencente ao sistema jurídico vigente Nacional ou à analogia, aos princípios gerais e aos costumes, nos termos do artigo 126 do CPC.

Imperioso deixar consignado que a norma, depois de integrada, não deixa de ser norma, e se violada será uma ilegalidade. Pior ainda se for uma ilegalidade grave, que é uma nulidade. O artigo 244, combinado com o 247, do CPC, afirmam ser o vício das citações, não realizadas conforme prescrição legal, uma nulidade. Nesta esteira, se a citação postal na execução fiscal, não obedecer a norma integrada, será nula, o que poderá ser alegado principalmente nos embargos à execução, senão em rescisória[45] ou outro meio processual adequado.[46] Na verdade, poderá ser alegada a qualquer momento,[47] desde que a parte prove legítimo impedimento pela demora, e declarada até mesmo ex officio, com esteio no artigo 245 § único[48] do CPC. Por fim, nos termos do artigo 618, inciso II, do CPC, é nula a execução se o devedor não for regularmente citado, sendo assim, o processo deverá ser invalidado.

3.2.1.O Código Tributário Nacional e a citação postal na execução fiscal

O principal tema do nosso trabalho, como se pode observar, é provar que a citação postal na LEF deve ser pessoal, ou na pessoa com poderes, no caso de pessoa jurídica, sendo assim, dedicaremos mais este tópico para reforçar esta questão.

O Código Tributário Nacional é uma lei com força de complementar,[49]-[50] nos termos do artigo 146, inciso III, da Constituição Federal, já a que norma geral em matéria tributária tem esta condição.

Como consequência, se alguma norma inferior contrariá-la, como a ordinária, não deverá prevalecer no Ordenamento Jurídico. Nesta esteira, Norberto Bobbio nos ensina que: "O critério hierárquico prevalece sobre o cronológico, o que tem por efeito fazer eliminar a norma inferior, mesmo que posterior."[51]

Sendo assim, a lei de execução fiscal, lei federal ordinária, não poderá contrariar dispositivos do CTN, lei federal com natureza e força complementar.

Por isso, está pacificado na jurisprudência do E. STJ que as normas do CTN prevalecem sobre as da Lei Ordinária nº 6.830/80(LEF). Alguns dispositivos daquele Código são contrários aos artigos desta, demonstrando grandes incompatibilidades,[52] como é o caso da prescrição,[53]-[54]-[55] que só será interrompida pela citação pessoal do devedor(art. 174, inciso I, do CTN) e não com mero despacho que determinou o chamamento do devedor para pagar ou oferecer defesa, nos termos da LEF, art. 8º, § 2º.

Aproveitando o ensejo do E. STJ, que a lei complementar é superior à lei ordinária, defenderemos que a citação postal de todos os devedores do fisco devem ser, em sede de execução fiscal, inicialmente, na sua pessoa, com fulcro no art. 174, § único, I, do CTN, que diz, in verbis:

Art. 174. A ação para cobrança do crédito tributário prescreve em 5(cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva. Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I - pela citação pessoal feita ao devedor.

O E. STJ depois daquela solução jurídica que criou para a prescrição, de que a lei complementar seria superior à ordinária, teve que solucionar mais um conflito que surgiu com tal raciocínio jurídico, vejamos a ementa do acórdão, que diz presumir ser pessoal a citação postal pela LEF, in verbis:

"PROCESSUAL - TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - CITAÇÃO PELO CORREIO - INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO(CTN ART. 171, I). 1. Não há conflito entre o art. 174 do CTN e o art. 40 da LEF: Enquanto esta trata da suspensão; aquele dispõe sobre as causas interruptivas da prescrição. 2. A citação efetivada pelo correio(L. 6.830/80 - art. 8º) considera-se pessoal, para o efeito de interromper a prescrição(CTN 171, I). 3. Embargos declaratórios recebidos. "(Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. EDRESP nº 22.841/SP. Relator Min. Humberto Gomes de Barros. Data da decisão: 23/05/1994 no DJ. de 27/06/1994, p. 16.895)(Grifos nossos).

Não resta razão a este acórdão do E. STJ, já que não tem fundamento legal. Na verdade, estão superando os limites legais, através da criação de presunções processuais. O CTN, lei complementar, fala em citação pessoal e não cabe ao intérprete da lei modificar tal entendimento.

Nesta esteira de entendimento,[56]-[57]-[58] pedimos venia para transcrever mais uma ementa de acórdão, que apesar de não tratar especificamente da obrigatoriedade da citação postal ser pessoal, caminha para tal sentido, in verbis:

"...Pacificou-se na jurisprudência do STJ, que o CTN foi recepcionado pela Constituição Federal, como Lei complementar, e suas normas prevalecem sobre as constantes da Lei nº 6.830/80, que é lei ordinária. A prescrição para a cobrança do crédito tributário só se interrompe pela citação pessoal feita ao devedor (art. 174 e parágrafo único do CTN) e não simplesmente pelo despacho que determinou o chamamento do devedor para pagar ou oferecer defesa(Lei nº 6830/80, art. 8º § 2º). Recurso improvido. Decisão unânime." (Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. RESP nº 16.5219/RS. Relator Min. Demócrito Reinaldo. Data da decisão: 01/06/1999 no DJ. de 28/06/1999, p. 00054)(Grifos nossos).

Para o remate da questão, silogisticamente, temos que: Se a citação válida interrompe a prescrição,[59] conforme art. 219 do CPC, e o inciso I do artigo 174 do CTN, diz que citação pessoal interromperá a prescrição, logo a citação postal válida deverá ser pessoal.

Concluindo, o CTN ao tratar da palavra "citação pessoal", nas dívidas tributárias, nos leva ao entendimento de que a citação postal na execução fiscal deve ser pessoal, tanto para as pessoas físicas, como para as pessoas jurídicas. Neste caso, será válida a entrega à pessoa com poderes de gerência geral ou de administração. Ou seja, os funcionários do correio só podem entregar o AR para o próprio executado ou pessoa com poderes. Por fim, cabe elucidar que este tópico 3.2.1 é mais um reforço de argumentação.

3.2.2. Princípios constitucionais e processuais

Outros fundamentos reforçam os defeitos dos incisos analisados e motivam a necessidade de integração da lacuna, como os princípios constitucionais, processuais e os direitos e garantias individuais.

Como todos sabem, o processo é um instrumento para garantir o direito material, eficazmente, e não para violá-lo, nesta esteira de pensamento será desenvolvido este tópico.

O princípio da igualdade processual, originado do art. 5º, caput, da CF/88, com a não integração do artigo 8º, incisos I e II, da LEF, está sendo violado. No executivo fiscal, a Fazenda Pública será sempre parte, como exequente, e o contribuinte, como executado. E nos questionamos: As partes têm tratamento igualitário? A resposta é negativa. A Fazenda Pública tem tratamento privilegiado em detrimento do devedor. Nos ensinamentos de Ada Pellegrini, "as prerrogativas não devem superar o estritamente necessário", [60] e o defeito da norma em questão, que gera a desigualdade processual, não é estritamente necessário, e deverá ser integrado sob pena de inconstitucionalidade.

A presunção processual de que considera-se citado o devedor pela entrega do AR em sua casa, sem a necessidade de sua citação pessoal(art. 8º I e II da LEF), é incompatível com os princípios da ampla defesa e do contraditório,[61] já que a base deste é a informação, sem sombra de dúvida, dos atos contrários, além da "reação(esta, meramente possibilita nos casos de direitos disponíveis)";[62] por isso, a lacuna em comento deve ser integrada, sob pena de inconstitucionalidade.[63] Depois de integrada, o executado terá informação plena da execução e o contraditório estará preservado, já que a receberá pessoalmente.

Ainda com relação à Constituição Federal, o devido processo legal está sendo violado, já que dele decorre "... todos os demais postulados necessários para assegurar o direito à ordem jurídica justa".[64] E a citação na LEF, como está, literalmente e não integrada, é injusta.

Aquelas presunções não podem, em nome do princípio da economia processual ou de sua celeridade, violar os direitos individuais dos executados. A segurança jurídica deve ser mantida acima de tudo. Somando-se a isto as garantias individuais, matéria constitucional, são hierarquicamente superiores às presunções processuais e aos princípios processuais.

Além disso, a citação não pessoal poderá acarretar perda do direito de preferência em nomear bens a penhora, passando esta para a Fazenda Pública ou ainda terá seus bens arrestados(art. 10 e 11 da LEF). Sendo assim, além de ter um bem arrestado do seu patrimônio ou penhorado, para depois ser movido para depósito, não exerce seu direito de preferência. Como se pode observar, mesmo se anulado o ato, o executado sofre danos irreparáveis e isto não coaduna com nossa ordem jurídica atual, em face da segurança jurídica.

Muitos doutrinadores argumentam que o artigo 12 da LEF ameniza a questão da citação não pessoal, no entanto, a intimação da penhora só será efetivada depois do bem ser penhorado ou mesmo arrestado e não devolve ao devedor o direito de preferência.

Se a norma for integrada não haverá chances do executado não tomar ciência da ação, já que ela será pessoal, e o devedor não precisará passar pelo constrangimento de ter bens penhorados e arrestados, haja vista, que poderá pagar ou nomear bens à penhora de sua escolha. Além disso, poderá defender mesmo sem as garantias para embargar, como alegação de nulidades, antes dos embargos, ou exceção de pré-executividade. Se não for integrada, estaremos legitimando uma norma defeituosa a causar danos aos contribuintes.

No tocante aos princípios processuais executivos temos que toda execução deve ser econômica, princípio conhecido como do menor sacrifício do executado, nos termos do art. 620 do CPC, ou seja, "...deve realizar-se da forma que, satisfazendo o direito do credor, seja o menos prejudicial possível ao devedor."[65] A execução não deve levar o executado a uma situação incompatível com a dignidade humana.

Para o remate da questão, a lacuna integrada pelo CPC estará sanando um problema de defeito omissivo da norma, além de se evitar várias ilegalidades. Desta feita, depois de integrada, torna-se uma nova norma e se violada, será motivo de ilegalidade, melhor dizendo, nulidade absoluta, por se tratar de citação.

4.Princípios moderadores das nulidades NA CITAÇÃO

Como foi visto, o desrespeito aos preceitos da citação, assim como outros vícios do processo, acarretam em nulidade do ato ilegal, que podem ser absoluta ou relativa, e ainda anuláveis, garantindo assim a supremacia do devido processo legal.

Acontece que, por questões de política e celeridade processual, foram instituídos, junto das nulidades, vários princípios moderadores das mesmas.

Cabe ressaltar que a maioria dos julgados, que tratam da citação postal na LEF, não refutam a integração da norma, apenas fundamentam a validade da citação não pessoal, ou outras contrárias aos dispositivos da norma integrada do artigo 8º da LEF, com esteio

nos princípios moderadores, principalmente no da instrumentalidade e transcendência; logo, pode-se concluir que os julgados aceitam tacitamente a lacuna do artigo 8º, incisos I e II, da LEF e sua conseqüente integração pelo CPC.

Os cruciais princípios moderadores gerais são: o da transcendência, instrumentalidade, convalidação e proteção. Além dos específicos, como o do artigo 214 do CPC, que trata do comparecimento espontâneo do devedor, e a intimação pessoal da penhora na LEF. O artigo 214 não é um princípio moderador propriamente dito. Na verdade, ele poderá acarretar a supressão da citação defeituosa.

4.1. Princípio da transcendência

O princípio da transcendência "significa, em essência, que só se deverá decretar a nulidade quando o ato praticado contrário à lei acarretar prejuízo à parte. O prejuízo do litigante funciona, portanto, como medida da nulidade." "A regra é inspirada nas máximas francesas: pas de nulité sans grief e pas de nullité sans texte".[66]

Ele tem como fundamento, no nosso direito positivo, o artigo 249 § 1º do CPC.[67] Através deste princípio, uma das teorias afirma caber a nulidade por citação defeituosa, apenas se a parte provar o prejuízo, e que não há restrições[68] a este princípio.

Analisando com certa cautela a sistemática do CPC, pode-se verificar que este princípio tem certas restrições, quando a matéria é de nulidade absoluta. Nesta esteira de entendimento: "Sob um segundo aspecto, contém o mesmo preceito a restrição de o princípio do prejuízo somente se aplicar às nulidades em detrimento do interesse da parte. Se o vício não atinge o desta e sim o interesse público, é evidente que não incide a regra, mas a correção se impõe; nunca perderá o objeto ou a utilidade. Assim, em se tratando de nulidade absoluta, insanável, o juiz não poderia deixar de decretá-la, porque a parte não sofrera prejuízo. O bem jurídico lesado pela nulidade absoluta não é o da parte, mas o interesse público; logo não há a menor possibilidade de se reputar sanado o vício - o texto

só fala em "não prejudicar a parte". Terá o juiz quando a deparar, de decretar a nulidade e, em consequência, determinar que o ato seja praticado, extirpado, ...". (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973, vol. II: arts. 154-269. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 291).(Grifos nossos).

Sendo assim, adotamos a segunda teoria por entender que há restrições à aplicação do princípio, e que não poderá ser utilizado, o mesmo, na citação postal da LEF, porque se trata de nulidade absoluta. A supressão[69] desta nulidade, pelo artigo 214 do CPC, será melhor abordada em tópico que se segue. Apenas para fins de esclarecimento, caso a parte que sofreu com a citação nula, compareça espontaneamente para alegar a nulidade, exclusivamente; ou então, não comparece; não se poderá negar a ela a decretação de tal vício de nulidade absoluta.

Para o remate do tópico, Humberto Theodoro Júnior confirma a posição de que a citação em desconformidade com a norma é uma nulidade absoluta ao afirmar que: "Exemplo de absolutamente nulo é o da citação, com inobservância das prescrições legais(art. 247); e, conseqüentemente, nula de pleno direito será a sentença que vier a ser proferida no processo, se correr à revelia do réu(art. 741, nº I)."(THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: volume I. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 283). Somando-se a isto, o artigo 247 do CPC comina, expressamente, a nulidade da citação sem observância das prescrições legais.

4.2 Princípio da instrumentalidade

O princípio da instrumentalidade[70]-[71] dita que "o processo não é um fim em si mesmo, senão que um instrumento de exercício da jurisdição(visão estatal) ou de defesa do direito material(visão das partes)."[72] Seus fundamentos encontram-se nos artigos 244 do CPC[73] e 154 do CPC.[74]

Não resta dúvida a importância deste princípio ao direito processual brasileiro, principalmente no tocante à celeridade e economia processual; data maxima venia, o próprio CPC prevê raras hipóteses, devido a importância de sua matéria e peculiaridade, em que independente de se alcançar a finalidade, será declarada a nulidade. Nesta esteira, o CPC comina nulidades.

Este princípio funciona quando não há cominação legal, mas, "inversamente, se houver cominação legal de nulidade, o ato praticado em desacordo com a forma prevista em lei não será aproveitável, cuja consequência será a nulificação.", [75] não terá cabimento quanto as nulidades da citação, pelo fato de que o artigo 247 do CPC comina nulidade para a citação ilegal.

Em sentido contrário, o mestre Egas Dirceu Moniz de Aragão defende com muita propriedade a aplicação da instrumentalidade, independente da cominação legal de nulidade ou não, concluindo que: "Assim, mesmo cominada a nulidade, não haverá por que invalidar o ato, se o resultado pretendido houver sido alcançado. Suponha-se que o marido seja citado sozinho para a reivindicação do imóvel e corra o feito até final com evidente infração do art. 11. Invalidar-se-á o processo se a pretensão já tiver sido julgada improcedente?"(ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973, vol. II: arts. 154-269. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 276).

Neste caso concreto de violação ao artigo 11, o vício será mitigado, não pelo princípio da instrumentalidade, haja vista que se houver cominação legal a lei expressamente reduz aplicação deste princípio; mas pelo princípio da proteção, ou seja, quando a decisão favorecer a parte que sofreu a nulidade, esta não será declarada, com esteio no artigo 249, parágrafo segundo. Então, esta argumentação do ilustre mestre, pela não declaração da nulidade em face da decisão ser improcedente, ou seja, a favor da parte não citada para a ação, é fundamentada, na verdade, pelo princípio da proteção, o qual também defenderemos sua aplicação integral a seguir.

Não há que se confundir o princípio da proteção(art. 249, § 2º, do CPC), com o da instrumentalidade(art. 244 do CPC). Ainda com relação a estes princípios, o autor, ao qual

nos referimos, contra ataca esta separação de princípios moderadores da invalidade, afirmando que os princípios são convergentes.

No entanto, apesar dos princípios serem convergentes, a fundamentação para não se declarar a nulidade daquele caso concreto do art. 11 é com esteio no princípio da proteção. E não se pode querer legitimar a não declaração da nulidade, sempre que o ato alcança sua finalidade, independente da cominação legal da nulidade, com esteio num caso particular. Pode-se observar claramente que aquele autor pretende induzir um caso particular, quando a decisão é favorável à vítima da nulidade, transformando-o em regra geral, quando um ato alcança sua finalidade; acarretando assim, uma falsa lógica jurídica. Para aquele caso particular a lei já prevê regra específica, que é a do princípio da proteção.

Neste diapasão, optamos por defender a aplicação do art. 244 cc/ 247 do CPC, que mitiga o princípio da instrumentalidade, quando há cominação legal expressa de nulidade. E como há a cominação de nulidade para citação ilegal, logo, não haverá mitigação pelo princípio da instrumentalidade.

4.3. Princípio da convalidação

A convalidação, ou princípio da preclusão, é o princípio em que "a nulidade pode ser sanada pelo consentimento, ainda que tácito, da parte a quem a decretação de invalidade do ato aproveitaria.". O artigo 245 caput[76] do CPC trata deste princípio.

Este não terá aplicação para moderar a nulidade da citação, haja vista a disposição do parágrafo único,[77] do artigo 245 do CPC, que permite a declaração ex officio da nulidade a qualquer momento. Sendo assim, não há preclusão temporal para se decretar a nulidade da citação.

4.4.Princípio da proteção

Por fim, o princípio da proteção que "é bifronte, pois significa, a um só tempo, que: a) quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não poderá ser requerida pela parte que lhe deu causa(CPC, art. 243); b) quando o juiz puder decidir sobre o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação de nulidade, não a pronunciará nem mandará repelir o ato, ou suprir-lhe a falta(CPC, art. 249, § 2º)."

Este é o único dos princípios enumerados que poderá ser aplicado, sem maiores controvérsias, já que ele só ocorre quando a parte que foi prejudicada pelo ato viciado ganhará a demanda ou quando ela mesma causou o vício. Ou seja, por este princípio, todos os defeitos da finalidade da citação são superados a favor do prejudicado, que no caso da LEF é o executado, com mais celeridade ainda. Nestes casos, seria até prejudicial, à parte prejudicada, a decretação de nulidade, já que teria de repetir todos os atos nulos ou viciados.

4.5.Do comparecimento espontâneo do réu

Não é propriamente um princípio moderador, mas, no tocante a citação, acaba por moderar sua aplicação.

Também não se pode falar em moderação propriamente dita, já que a nulidade absoluta não pode ser moderada por tais princípios. Mas, não se pode dizer que "... o ato nulo, embora insanável, não possa ser suprido por outro de igual efeito. Assim a citação nula, ou mesmo inexistente, pode ser suprida pelo comparecimento do réu ao processo. Mas este comparecimento não dá eficácia à citação, mas sim a substitui e os efeitos produzidos são do próprio comparecimento e só atuam a partir dele, gerando inclusive reabertura do

prazo de defesa."(THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: volume I. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.p. 283). (Grifos nossos).

O § 1º do artigo 214 do CPC reza que: "o comparecimento espontâneo do réu supre, entretanto, a falta da citação." Ou seja, se não existir a citação, ou se ela for nula, o comparecimento do réu suprirá tal falha. Mas o parágrafo segundo deste mesmo dispositivo ameniza tal regra, dizendo que se o réu comparecer ao juízo apenas para alegar nulidade a falha da citação não estará suprida, e a decretação da nulidade deverá ser obrigatória, considerando-o citado, a partir da intimação da decisão acerca da nulidade.

Sendo assim, a nulidade de citação irregular e inexistente não será declarada se o réu comparece espontaneamente e não alega, com exclusividade, a nulidade. Esta questão influenciará muito na citação postal pelo correio, haja vista se o devedor receber a citação postal não pessoal, a princípio será nula. No entanto, o devedor receberá as correspondências, como de costume e comparecerá em juízo. Desta feita, a nulidade estará suprida. No entanto, se o devedor não recebe a citação postal pessoalmente, e comparece, exclusivamente para alegar a nulidade; esta será declarada e a citação será considerada feita a partir da intimação da decisão. E se não comparece, deverá o juiz ex officio decretar a nulidade da citação, mandando refazê-la.

Em suma, o artigo 214 do CPC, que trata do comparecimento espontâneo do réu, não é um dos princípios gerais moderadores das invalidades do CPC, no entanto, modera a aplicação da nulidade das citações nulas ou inexistentes, já que o comparecimento, apesar de não dar eficácia à citação, substitui os efeitos produzidos.

4.6. Da intimação da penhora

Somando-se a isto, alguns doutrinadores afirmam que a citação postal não pessoal é sanada pela intimação pessoal da penhora,[78] nos termos do § 3º, art. 12, da LEF. Não

resta razão a esta tese, haja vista a individualidade destes institutos.[79] Somando-se a isto, não devolve aqueles direitos preferenciais.

4.7. Da declaração da nulidade

Depois de constatada a nulidade absoluta pelo juiz e não houver aplicação dos princípios moderadores, deverá, nos termos do art. 249 do CPC, 1ª parte: decretar a nulidade, especificar quais os atos que serão afetados, mandar repetir os atos sem os vícios que os contaminou.

E nas palavras de Araken de Assis: "A Fazenda Pública não se apresenta imune aos riscos da citação pessoal. Não se realizando o chamamento na pessoa do citando, ou do representante legal da pessoa jurídica citanda, o chamamento é nulo. Alegado o vício - e a nulidade, no caso, é cominada pelos arts. 247 e 618, II - antes dos embargos, se torna ao citando imperioso praticar o ato a que se propõe - pagar, nomear ou garantir a execução -, porquanto o comparecimento equivale à citação(art. 214, § 1º); após, nos embargos caber-lhe-á pleitear a invalidação do processo." (Grifos nossos)(ASSIS, Araken de. Manual do processo de execução. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 749).

Em suma, depois de declarada a nulidade, os atos serão repetidos, dentro das regras completadas da citação postal na LEF, como foi demonstrado, desta feita, será assegurado ao executado um devido processo legal, válida citação, direito de preferência na nomeação à penhora ou pagamento, sendo assim, as finalidades da citação postal na LEF estarão garantidas.

5. DOS EFEITOS DA CITAÇÃO VÁLIDA NA EXECUÇÃO FISCAL

Vários efeitos de ordem processual e material são originados da propositura da ação, conforme reza o artigo 263 do CPC, no entanto, só produzem efeitos com relação ao réu[80] a partir da citação válida, nos termos do artigo 219 do CPC.

Sendo assim, a citação válida induz litispendência, faz litigiosa a coisa, torna prevento o juízo, e ainda que ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

Muitos destes efeitos não terão aplicabilidade na execução fiscal ou serão alterados e amenizados por normas da própria LEF, ou em razão da natureza da execução fiscal.

No tocante à interrupção da prescrição na LEF, há conflito de normas, já que a LEF prevê o momento da interrupção, assim como o CTN, no artigo 174, inciso I. Esta diz ser a partir da citação pessoal do devedor, já o art. 8º, § 2º, da LEF diz que é a partir do despacho do juiz, que ordenar a citação. O E. STJ enfrentou esta questão e decidiu pela aplicação do dispositivo do CTN, por ser norma complementar.[81]

O efeito de tornar prevento o juízo terá aplicação relativa na execução fiscal, haja vista sua competência absoluta ser fixada em razão da matéria e das partes. Não haverá tantas opções para se decidir qual o juízo prevento.

Outros efeitos, além daqueles do artigo 219 do CPC, são originados da citação válida, dentre eles: completar a relação processual; tornar inadmissível a modificação, pelo autor, do pedido ou da causa de pedir, sem o consentimento do réu, nos moldes do art. 264, caput; tornar inadmissível a mudança das partes, com exceção, por exemplo, dos arts. 566 e ss do CPC.

Cabe ressaltar que os efeitos da citação válida começarão a partir da intimação da decisão acerca da nulidade, nas questões onde o réu comparecer ao juízo apenas para alegar nulidade, nos moldes do § 2º, do art. 214, do CPC.

Por fim, os efeitos da citação válida serão os do artigo 219 do CPC com outros diversos do ordenamento. No entanto, se a citação for decretada nula, ou seja, citação ilegal sem mitigação pelos princípios moderadores, não gerará tais efeitos.

6. Conclusão

O presente tema está delimitado pela sistemática normativo do artigo 8º, incisos I e II, da Lei de Execução Fiscal, que trata da citação postal deste processo, e suas correlações com os dispositivos do CPC, CTN e CF/88.

A citação, surgida em Roma, como *in jus vocatio*, é um ato processual de chamamento da parte passiva e interessados para compor a lide, e é requisito fundamental do processo com fulcro no princípio da bilateralidade da audiência.

O dispositivo geral, no Brasil, acerca da citação e de todo processo é o Código de Processo Civil.

Na Lei de Execução Fiscal, a citação foi bastante modificada em relação ao CPC, como, por exemplo, a terminologia de devedor para executado, no prazo de 24(vinte quatro) horas para 5(cinco) dias para pagar, entre outras.

Nesta lei, a citação é um meio de chamamento do executado, visando a triangularização, para que ele pague ou nomeie bens à penhora, garantindo assim o valor da dívida ativa e, posteriormente, ofereça embargos à execução.

Ou seja, é um meio para alcançar certos fins. No entanto, há certas presunções no artigo 8º, incisos I e II, da LEF, que podem impedir a concretização destes fins, e, no

conceito de Norberto Bobbio, isto chama-se antinomia teleológica. Ou seja, os meios não são suficientes para alcançar os fins, que é uma lacuna.

Surge então a necessidade de integração de tais lacunas. Reforçando isto, a forma literal e incompleta do artigo em comento viola os princípios da igualdade, por ser uma descabida prerrogativa da Fazenda Pública, só para agilizar seu crédito em detrimento dos direitos fundamentais do executado; do contraditório, por não garantir a ciência do ato contrário; além do princípio do devido processo legal; com relação aos princípios processuais, propriamente ditos, viola o princípio do menor sacrifício do executado e o princípio de que a execução não deva levar o executado a uma situação incompatível com a dignidade humana.

O artigo 223 parágrafo único do CPC integrará o artigo 8º, incisos I e II, da LEF, garantindo, assim, que o devedor seja citado pessoalmente e a pessoa jurídica seja citada na pessoa que tenha poderes de gerência e administração.

Reforçando tal entendimento, o CTN, lei complementar, ainda prevê a necessidade de citação postal pessoal na LEF, já que no seu artigo 174, inciso I, reza que a prescrição se interrompe pela citação pessoal do devedor; ou seja, se a citação válida interrompe a prescrição, nos termos do CPC, logo, a citação postal válida na LEF deverá ser pessoal.

As outras lacunas e defeitos mais secundários serão supridos e integrados pela aplicação subsidiária do CPC, com fulcro no artigo 1º da LEF, de todas as normas que não lhes contrariar, como todas aquelas do sistema de nulidades do CPC, além dos artigos 214, 217, 218, 222, com exceção das letras "a" e "d", e 223, que são artigos com a ratio legis de ordem prática e da dignidade humana, como, por exemplo, a impossibilidade de citação de certas pessoas que estão de luto, ou ainda, proteção de direitos indisponíveis dos incapazes. A norma, depois de integrada, torna-se completa e se violada acarretará nulidade absoluta.

Em suma, a citação postal na LEF ocorrerá quando a Fazenda não pedir de forma diversa, e deverá ser considerada feita na data da entrega da carta no endereço do executado, exigindo-lhe o carteiro, ao fazer a entrega, que assine recibo, ou, sendo o réu

pessoa jurídica, será válida a entrega a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração; ou, se a data for omitida, no aviso de recebimento, 10(dez) dias após a entrega da carta, devidamente assinada, na agência postal. E não pode ocorrer quando, salvo para evitar perecimento de direito, a quem estiver assistindo a qualquer ato de culto religioso; ao cônjuge ou qualquer parente do morto, ..., no dia do falecimento e nos sete dias seguintes; aos noivos, nos três primeiros dias de bodas; aos doentes, enquanto grave o seu estado. Não pode, sem ressalvas, quando se verificar que o réu é demente ou está impossibilitado de recebê-la; o devedor for incapaz; ou o correio não puder entregar no domicílio do executado.

A jurisprudência vem considerando válidas as citações na LEF que contrariam a lei ou a norma integrada, com fundamento nos princípios da transcendência, que só cabe a nulidade se houver prejuízo, e instrumentalidade, que não cabe nulidade se a mesma alcançou sua finalidade.

Não resta razão a elas, haja visto que estes princípios não têm aplicação nas citações ilegais, que são nulidade absoluta, logo, não se aplica o princípio da transcendência; e não se aplica o da instrumentalidade, porque o CPC comina nulidade para citação em desconformidade com a lei.

No tocante ao princípio da convalidação, não terá aplicação, porque o juiz pode decretar ex officio a nulidade da citação e a parte poderá requerer a qualquer momento, desde que prove justo impedimento, não ocorrendo a preclusão. O princípio da proteção deverá ser aplicado, já que a nulidade não deve ser declarada quando a decisão de mérito for a favor da pessoa que sofreu a nulidade processual ou a causou.

Depois de constatada a nulidade absoluta pelo juiz e não houver aplicação dos princípios moderadores, ou então, não houver as supressões do artigo 214 do CPC, deverá, nos termos do art. 249 do CPC, 1ª parte, decretar a nulidade, especificar quais os atos que serão afetados, mandar repetir os atos sem os vícios que os contaminou. Imperioso consignar, que o comparecimento espontâneo, nos termos do art. 214 do CPC, não dá eficácia à citação, mas apenas substitui os efeitos produzidos, conforme os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior.

Por outra via, se a citação for completamente válida, produzirá vários efeitos processuais e materiais, dentre eles: os do artigo 219 do CPC com outros diversos do ordenamento. Senão, se a citação for decretada nula, ou seja, sem a aplicação das mitigações, não gerará tais efeitos; nessas hipóteses, esses ocorrerão somente a partir da nova citação válida.

Para o remate da questão é imperioso deixar consignado que a citação postal na LEF deve ser pessoal, nos termos do artigo 223, parágrafo único, além da aplicação subsidiária de todos aqueles dispositivos compatíveis com o CPC. Assim, depois de integrada, garante a completude e coerência do ordenamento jurídico e, se violada, acarretará nulidade absoluta, perpetuando, assim, a ordem e a paz social.

Referências bibliográficas

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973, vol. II: arts. 154-269. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ASSIS, Araken de. Manual do processo de execução. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 8ª ed. Brasília: Editora Universidade Brasília, 1996.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido. Teoria geral do processo. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

FLAKS, Milton. Comentários à Lei de execução fiscal. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 4ª ed. São Paulo: Atlas S/A, 1998.

LEVENHAGEM, Antônio José de Souza. Nova lei de execução fiscal. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 1982.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil: volume II. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários ao Código Tributário Nacional: v.2.arts. 96 a 218. São Paulo: Saraiva, 1998.

NEGRÃO, Theotonio. Código de processo civil e legislação processual em vigor. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

PACHECO, José da Silva. Comentários à Nova Lei de Execução fiscal. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

ROCHA FILHO, J. Virgílio Castelo Branco. Execução fiscal Lei nº 6830/80 e títulos executivos extrajudiciais. 1ª ed. São Paulo: Eud, 1998.

SANSEVERINO, Milton. KOMATSU, Roque. A citação no direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997.

SILVA, Nanci de Melo e. Da citação no processo civil. Belo horizonte: Del Rey, 1996.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. A citação na nova lei de execução fiscal exegese do artigo 8º da lei n. 6.830/80. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo. 1981.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Cadernos de processo civil: nulidades processuais, 5. São Paulo: Ltr, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: Processo de execução e processo cautelar. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____ Curso de Direito Processual Civil: volume I. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de processo civil. 2ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

_____ Curso Avançado de processo civil: processo de execução. v.2. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998.

Notas

[1] "A eliminação dos conflitos ocorrentes na vida em sociedade pode-se verificar por obra de um ou de ambos os sujeitos dos interesses conflitantes, ou por ato de terceiro. Na primeira hipótese, um dos sujeitos (ou cada um deles) consente no sacrifício total ou parcial do próprio interesse (autocomposição) ou impõe o sacrifício do interesse alheio (autodefesa ou autotutela). Na segunda hipótese, enquadram-se a defesa de terceiro, a mediação e o processo." (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada

Pellegrini; DINAMARCO, Cândido. Teoria geral do processo. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 20).

[2] Diz o artigo 213 do CPC, in verbis:

Art. 213. Citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender.

[3] "... a citação, no entanto, refere-se à instauração da demanda e à continuação do processo, daí dizer-se que é continuativa.(SILVA, Nanci de Melo e. Da citação no processo civil. Belo horizonte: Del Rey, 1996. p. 69).

[4] "No Anteprojeto(art. 240) e no projeto(art. 218) a citação estava assim definida:" ato pelo qual se chama a juízo o réu, a fim de se defender da ação que lhe move o autor". Através de emenda do Senado Federal, passou a ser esta definição:" ato pelo qual se chama a juízo o réu a fim de se defender". Modificou-a, depois a Lei nº 5.925, de 1º de outubro de 1973, da qual provém a redação do texto."(ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. vol. II: arts. 154-269. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.157.)

[5] Diz o artigo 652 do CPC, in verbis:

Art. 652. O devedor será citado para, no prazo de vinte e quatro horas, pagar ou nomear bens à penhora.

[6] "o fim da citação do processo de execução não é convocar o devedor para se defender, mas sim para confirmar o inadimplemento".(CARNELLUTI. Apud. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo de execução e processo cautelar: Curso de direito processual civil. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v.2. p. 75.)

[7] "O processo executivo se forma com a simples distribuição da demanda executória, ou seu despacho, conforme reza o art. 236, mas a relação se angulariza e se completa mediante a citação do executado. A citação é ato básico. Invalidez ou ausência

deste ato acarreta, ipso facto, a inexistência dos atos subsequentes."(ASSIS, Araken de. Manual do processo de execução. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 435).

[8] Diz o artigo 598 do CPC, in verbis:

Art. 598. Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento.

[9] Diz o artigo 1º da LEF, in verbis:

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.

[10] WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de processo civil. 2ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999, p. 327.

[11] Diz o artigo 247 do CPC, in verbis:

Art. 247. As citações e as intimações serão nulas, quando feitas sem observância das prescrições legais.

[12] "No desempenho da atividade executiva, o juiz expede atos de natureza radicalmente diversa daqueles proferidos no âmbito da função cognitiva. Nesta última, a relevância do ato judicial se mede pelo conteúdo decisório, conforme a previsão dos arts. 162 e 163 do CPC. O motivo da diferença se deve à diversidade das tarefas atribuídas ao juiz. Em sede cognitiva, a missão judicial transforma o fato em direito; na execução, o direito, ou seja, a regra jurídica concreta, há de traduzir-se em fatos." (ASSIS, Araken de. Manual do processo de execução. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 81).

[13] V. nota 07.

[14] Nos termos do artigo 652 do CPC e art. 8º da LEF.

[15] Nos termos dos artigos 10, 11 da LEF e artigos 653 e ss. do CPC.

[16] A execução é contra os contribuintes e nunca contra a Fazenda Pública, haja vista a execução pelo artigo 730 e ss. do CPC, e restrições do art. 1º e ss. da LEF.

[17] "Em se tratando de projeto de codificação, não poderia tramitar com urgência no Congresso Nacional, porque é muito claro o art. 51 da Constituição Federal, que trata desta espécie de projetos e que prevê, no seu §6º"(Sr. Dr. Odacir. Klein. PMDB. PL 14/80: Discurso para encaminhar a votação, sem revisão do orador. Diário do Congresso Nacional. Publicado em 11 de setembro de 1980. p.2394).

[18] "O Projeto de Lei nº 14, de 1980, que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências, é um projeto ruim, é um mau projeto, produto de um regime e de um Governo autoritários que não tem o hábito e o costume salutar de respeitar o Poder Legislativo, a sociedade brasileira, discutindo profundamente as matérias mais importantes para o nosso desenvolvimento.". "...O projeto é cheio de aberrações...".(Sr. Dr. José Carlos Vasconcelos. PMDB. PL 14/80: Discurso para encaminhar a votação, sem revisão do orador. Diário do Congresso Nacional. Publicado em 11 de setembro de 1980. p.2393).

[19] "Descuida-se, no projeto em questão, do problema fundamental da capacidade contributiva do cidadão e das empresas. ...". "...Mais uma vez, o que acontecerá é o Congresso Nacional ficar à mercê de julgamentos errôneos, injustos e contraditórios, pela promulgação de lei que, poucos se darão conta no futuro, lhe foi imposta." (Sr. Dr. Felipe Penna. PP/RJ. PL 14/80: Discurso para encaminhar a votação. Diário do Congresso Nacional. Publicado em 11 de setembro de 1980. p.2391 à 2392).

[20] "Anima o Estado brasileiro, às vezes, certo espírito caviloso, que avulta no tratamento diferenciado conferido, de um lado, ao crédito da Fazenda Pública, e, de outro, ao crédito contra a Fazenda. Investiu-se o Estado na primeira hipótese, de procedimento especial dotados de inúmeras e radicais simplificações, algumas duvidosas no merecimento e beliscando a constitucionalidade, e no qual os expedientes hábeis à rápida realização do

crédito, princípio comum a toda execução (retro, 10.4), se mesclam a privilégios descabidos.

Mostra-se acertada a crítica clara, honesta e transparente de Theodoro Jr. à Lei 6830/80, de 22.09.80. Ela padece de tantos defeitos que chega a "repugnar à tradição e à consciência jurídica do direito nacional", diz o acatado processualista. ...".

"A dificuldade particular do comentário da Lei 6.830/80 repousa no despreço, que a cada passo, ela atrai. O diploma combina idéias autoritárias e rançosas a uma linguagem obscura e confusa, denotando, já no projeto, insanáveis vícios de origem. A tarefa do intérprete e do órgão judiciário adquire a maior importância, cabendo-lhes suavizar os traços inaceitáveis da lei."(ASSIS, Araken de. Manual do processo de execução. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 711).

[21] "Art. 8º: 1. Esta lei corrige um erro de técnica do CPC, que chama o "executado" de "devedor"(v. CPC 568, nota 5."(NEGRÃO, Theotonio. Código de processo civil e legislação processual em vigor. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.p.920).

[22] "Art. 8º:9. É cabível execução fiscal contra sociedade de economia mista(RJTJESP 91/187). ..." (NEGRÃO, Theotonio. Código de processo civil e legislação processual em vigor. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.p.920).

[23] Nos termos do artigo 652 do CPC, in verbis:

Art. 652. O devedor será citado para, no prazo de vinte e quatro horas, pagar ou nomear bens à penhora.

[24] "Conta-se o quinquídio na forma do art. 184 do CPC, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento. Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil se o vencimento se cair em feriado, em dia que for determinado o fechamento do foro ou o expediente forense se encerrar antes da hora normal. O prazo somente começa a correr a partir do primeiro dia útil após a citação."(FLAKS, Milton. Comentários à Lei de Execução Fiscal. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1981. p. 181).

[25] Neste sentido: "Se a dívida ativa é inscrita, e se esta há de constar do termo, o pagamento que se pede é daquela constante do termo e respectiva certidão ajuizada. A discriminação das parcelas, em diversos dispositivos, pode levar à falsa idéia de que em cada caso só se pode pedir aquilo que o dispositivo mencionar. Sem razão, contudo, uma vez que, ao citar-se, pede-se o pagamento ou a garantia, em relação a tudo que constar do termo como dívida ativa, na forma estabelecida no § 5º. do art. 2º, cujos elementos são, sob esse aspecto, mandatórios. Não se pode pedir mais do que do termo constar; nem parcela nele não consignada; ..." (PACHECO, José da Silva. Comentários à Nova Lei de Execução Fiscal. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 60).

[26] "Se a Fazenda ou autarquia a indicar, expressamente, na petição, ou se houver omissão quanto à indicação de qualquer forma, faz-se a citação pelo correio, com aviso de recepção." (PACHECO, José da Silva. Comentários à Nova Lei de Execução Fiscal. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 60).

[27] "Trata-se, aqui, de norma especial, em absoluto contrastada pela novel redação do citado art. 222." (ASSIS, Araken de. Manual do processo de execução. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 749).

[28] Tribunal Regional Federal. Quarta Turma. Ementa: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CITAÇÃO POSTAL. ... 1. Na execução fiscal, em primeiro lugar, a citação deve ser realizada pelo correio, a menos que a Fazenda Pública requeira a adoção de outra modalidade, conforme o art. 8º, I, da Lei 6.830/80. ... ". AG 1998.01.00.047168-7/MG. Relatora Juíza Selene Almeida. Data da decisão: 17/09/1999 no DJ. de 17/03/2000, p. 381.

[29] Tribunal Regional Federal. Terceira Turma. Ementa: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. DO RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO VIA POSTAL. LEI 6.830/80, Art. 8º. 1. Não pode, o juiz, indeferir o pedido de citação pelo correio, com aviso de recepção, do responsável tributário. Agravo provido". AG 1997. 01. 00.040793-0/MG. Relatora Juiz Eustáquio Silveira. Data da decisão: 27/04/1999 no DJ. de 08/11/1999, p. 396.

[30] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Lei de Execução Fiscal: Comentários e Jurisprudência. 3ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 46.

[31] "Art. 8º: 15. v. art. 12 § 3º; v. tb. CPC 223, que exige a entrega pessoal da carta ao citando. 'Aperfeiçoa-se a citação pelo correio com a entrega da carta no endereço da executada. São os claros termos da lei. Não valerá de nada ao executado, nos seus embargos, alegar que o AR foi assinado por outra pessoa que não ele. Se o endereço está correto, ou melhor, se ainda é o mesmo e a carta foi entregue, aperfeiçoou-se a citação'(RJTJESP, 130/117, citação da p. 118). Neste sentido: RT 599/88, RJTJESP 101/39, 106/49, Lex-JTA 152/171. Esta jurisprudência é perigosa, embora decorra de interpretação literal de lei. Mais prudente será seguir o disposto no CPC 223." (Grifos nossos)(NEGRÃO, Theotonio. Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 920.).

[32] "A Fazenda Pública não se apresenta imune aos riscos da citação pessoal. Não se realizando o chamamento na pessoa do citando, ou do representante legal da pessoa jurídica citanda, o chamamento é nulo. Alegado o vício - e a nulidade, no caso, é cominada pelos arts. 247 e 618, II - antes dos embargos, se torna ao citando imperioso praticar o ato a que se propõe - pagar, nomear ou garantir a execução -, porquanto o comparecimento equivale à citação(art. 214, § 1º); após, nos embargos caber-lhe-á pleitear a invalidação do processo." (Grifos nossos)(ASSIS, Araken de. Manual do processo de execução. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 749).

[33] BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 8ª ed. Brasília: Editora Universidade Brasília, 1996. p.91.

[34] "O objetivo da citação, no Executivo fiscal, é chamar o executado a juízo, a fim de que pague a dívida acrescida dos juros e multa de mora, bem como os encargos constantes da certidão da dívida ativa; ou para, se não se dispuser a efetuar o pagamento, garantir o juízo de execução, para que possa discutir a dívida em cobrança, o que fará por meio de embargos. ..." (LEVENHAGEM, Antônio José de Souza. Nova Lei de Execução Fiscal. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 1982, p. 46).

[35] BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 8ª ed. Brasília: Editora Universidade Brasília, 1996. p. 117.

[36] "... "É pacífico, na doutrina e na jurisprudência, que, na citação pelo correio, com aviso de recepção, exige-se seja a entrega feita, contra recibo, pessoalmente ao citando ou a quem tenha poderes para receber a citação em seu nome"(STJ - 1ª Turma, Resp. 57.370-0/RS ...)"(NEGRÃO, Theotonio. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 219).

[37] Lei originada do PL nº 2.654/92, na Câmara dos Deputados.

[38] A comissão de Constituição, justiça e Cidadania diz na aprovação desta lei: "O presente projeto de lei tem por finalidade simplificar a forma tanto do chamamento do réu a juízo para se defender como das intimações em geral feitas às partes e às testemunhas."(Comissão de Constituição, justiça e Cidadania. Justificação para aprovação do PL 192/91 do Senado. Diário do Congresso Nacional. 05/06/1991. p. 2.891).

[39] Neste sentido: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRIMEIRA TURMA Ementa: EXECUÇÃO FISCAL - CITAÇÃO - CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA - RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO.1. EM SE TRATANDO DE EXECUÇÃO FISCAL, PROCEDIMENTO ESPECIAL, QUE PREVÊ MEIO DE CITAÇÃO ESPECÍFICA, VIA POSTAL, SE A FAZENDA PÚBLICA NÃO A REQUERER POR OUTRA FORMA, VÁLIDO É O ATO DE CHAMAMENTO EM JUÍZO, NA PESSOA DE EMPREGADO, DOTADO DE PODERES PARA ADMINISTRAR E REPRESENTAR A SOCIEDADE. 2. NÃO É NECESSÁRIA A MENÇÃO NOMINAL DOS RESPONSÁVEIS, CO-DEVEDORES, DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. PRECEDENTES. 3. RECURSO IMPROVIDO. POR UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. RESP 55962/SP. RELATOR Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS Data da Decisão 06/02/1995 publicado no DJ de 13/03/1995. P. 05259.

[40] v. art. 1º LEF. nota 9.

[41] "Art. 214:6."Se o advogado não tinha poderes para receber a citação, a simples retirada dos autos de cartório pelo mesmo não induz a aplicação da norma inserta no art. 214 parágrafo único, do CPC."(STJ 3º Turma, Resp 47.715-8-RS,...)"(NEGRÃO, Theotonio. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.p. 212)

[42] "Art. 225:6. Ou para oferecimento de embargos à execução ..."(NEGRÃO, Theotonio. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.p219).

[43] "Concluindo, a completude é uma condição necessária para os ordenamentos em que valem estas duas regras: o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que se apresentarem a seu exame; deve julgá-las com base em uma norma pertencente ao sistema." (BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 8ª ed. Brasília: Editora Universidade Brasília, 1996. p.118).

[44] Em sentido contrário, é a Escola do direito livre que defende: "Os sustentadores da nova escola afirmam que o direito constituído está cheio de lacunas e, para preenchê-las, é necessário confiar principalmente no poder criativo do juiz, ou seja, naquele que é chamado a resolver os infinitos casos que as relações sociais suscitam, além e fora de toda a regra pré-constituída." (BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 8ª ed. Brasília: Editora Universidade Brasília, 1996. p.123).

[45] Em sentido contrário: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRIMEIRA TURMA. Ementa: CITAÇÃO - NULIDADE - RESCISORIA - DESNECESSIDADE.A NULIDADE DA CITAÇÃO, POR SER ABSOLUTA, PODE SER DECRETADA EM EMBARGOS A EXECUÇÃO OU EM AÇÃO DECLARATORIA, NÃO SENDO NECESSARIO O AJUIZAMENTO DA AÇÃO RESCISORIA PARA TAL FIM.RECURSO PROVIDO. POR UNANIMIDADE, DAR PROVIMENTO AO RECURSO. RESP 138725/SP. Relator Min. GARCIA VIEIRA. Data da Decisão: 07/11/1997. PUBLICADO NO DJ DE 16/02/1998. P. 00038. (Grifos nossos).

[46] "Art. 214: 3.a A nulidade do processo por falta de citação pode ser reconhecida até em mandado de segurança(RSTJ 46/528 e ...)." (NEGRÃO, Theotonio. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.p. 212).

[47] Diz o artigo 214, in verbis:

Art. 214. Para a validade do processo, é indispensável a citação inicial do réu.

§ 1º. O comparecimento espontâneo do réu supre, entretanto, a falta de citação.

§ 2º. Comparecendo o réu apenas para argüir a nulidade e sendo esta decretada, considerar-se-á feita a citação na data em que ele ou seu advogado for intimado da decisão.

[48] Diz o art. 245 § único do CPC, in verbis:

Parágrafo único. Não se aplica esta disposição às nulidades que o juiz deve decretar de ofício, nem prevalece a preclusão, provando a parte legítimo impedimento.

[49] "Na verdade, a lei complementar é hierarquicamente superior à lei ordinária. É certo que a Constituição estabelece que certas matérias só podem ser tratadas por lei complementar, mas isto não significa de nenhum modo que a lei complementar não possa regular outras matérias e, em se tratando de norma cuja aprovação exige quorum qualificado, não é razoável entender-se que pode ser alterada, ou revogada, por lei ordinária" "O Código Tributário Nacional trata de matéria reservada às leis complementares. Por isto há de ser considerado uma lei complementar. ..., não pode o Código Tributário Nacional ser modificado ou revogado por lei ordinária. ...".(MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 62 e 63).

[50] No sentido contrário: "Não são hierarquicamente superiores às leis ordinárias, que extraem sua validade diretamente da Constituição Federal com total

prescindência das leis complementares." (HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 4ª ed. São Paulo: Atlas S/A, 1998. p. 201).

[51] Ainda neste sentido: "Em outras palavras, pode-se dizer que o princípio *lex posterior derogat priori* não vale quando a *lex posterior* é hierarquicamente inferior à *lex prior*."(BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 8ª ed. Brasília: Editora Universidade Brasília, 1996. p. 107).

[52] Em sentido contrário: "Não há incompatibilidade entre a Lei nº 6830 e o Código Tributário Nacional, antes se ajustam perfeitamente"(SZKLAROWSKY, Leon Frejda. A citação na nova lei de execução fiscal exegese do artigo 8º da lei n. 6.830/80. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo. 1981. p. 188).

[53] "Nada obstante o Supremo Tribunal Federal tem entendido que não há fluência de prazo prescricional entre a constituição definitiva do crédito tributário e o encerramento do processo administrativo, com o que só a partir deste momento passa a correr a prescrição . E a Lei n. 6830/80, embora em nível ordinário, pretendeu estender tal prazo além do CTN, com alguns juizes entendendo que poderia fazê-lo. A matéria ainda está, portanto, em aberto."(MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários ao Código Tributário Nacional: v.2.arts. 96 a 218. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 428).

[54] "Daí resulta que a Lei 6.830/80, dada a sua natureza de lei processual ordinária, haveria que submeter-se aos parâmetros da Lei Complementar 5.172/66, que lhe é hierarquicamente superior. Se esta nada dispôs sobre a causa suspensiva da prescrição, não era dado àquela fazê-lo, daí porque a inovação criada mostra-se inoperante, como de resto acontece com o disposto no artigo 2º § 3º, e parte final do artigo 40, da Lei 6.830/80."(ROCHA FILHO, J. Virgílio Castelo Branco. Execução fiscal Lei nº 6830/80 e títulos executivos extrajudiciais. 1ª ed. São Paulo: Eud. 1998. p. 47). (Grifos nossos).

[55] Neste sentido: Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Ementa: "...Em execução fiscal, o despacho que ordenar a citação não interrompe a prescrição. Somente a citação tem este efeito, devendo prevalecer o disposto no artigo 174 do CTN sobre o artigo 8º, parágrafo 2º da Lei 6.830/80. Recurso improvido". RESP nº 235.202/RO.

Relator Min. Garcia Vieira. Data da decisão: 07/12/1999 no DJ. de 28/02/2000, p. 00068)(Grifos nossos).

[56] Neste mesmo sentido, que apesar de não tratar especificamente da citação pessoal, caminha para tal sentido: Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Ementa: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. PRESCRIÇÃO. INTERRUÇÃO. CITAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR. 1. ...". RESP nº 218.286/SP. Relator Min. José Delgado. Data da decisão: 05/10/1999 no DJ. de 29/11/1999, p. 00131)(Grifos nossos).

[57] Em sentido contrário: Tribunal Regional Federal. Quarta Turma. Ementa: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CITAÇÃO PELO CORREIO. ... 1. A citação pelo correio prescinde da ciência pessoal do Executado ou seu representante legal, sendo suficiente à regularidade do ato que a entrega da correspondência tenha observado-se no endereço daquele, consoante previsto pelo artigo 8º, II, da lei 6.830/80 AC nº 95.01.18705/MG. Relator Convocado Juiz Alexandre Vidigal de Oliveira. Data da decisão: 18/06/1999 no DJ. de 25/06/1999, p. 524.

[58] Em sentido contrário: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SEGUNDA TURMA Ementa: PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. PRESCRIÇÃO. INTERRUÇÃO. LEI 6.830/80, ART. 8º.1. Na execução fiscal prevalece o disposto no § 2º, art. 8º, da Lei 6.830/80, consoante o qual "o despacho do juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição". 2. Recurso especial conhecido e provido. Decisão Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Vencido o Sr. Ministro Relator que dele não conhecia. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Adhemar Maciel e Ari Pargendler. RESP 151638/SP. Relator Min. HELIO MOSIMANN. Data da Decisão 12/05/1998 no DJ de 13/12/1999. P. 00132.

[59] Diz o artigo 219 do CPC, in verbis:

Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

[60] "No processo civil encontra-se prerrogativas, como as concedidas à Fazenda e ao Ministério Público, instituídas com vistas ao interesse público e em razão da natureza e organização do Estado. Mas a tarefa de equilibrar processualmente os litigantes que não se encontram em igualdade de condições é delicada. As prerrogativas não devem superar, o estritamente necessário para restabelecer o equilíbrio. Por isso, freqüentemente, a doutrina considera inconstitucional o tratamento privilegiado dispensado às partes."(CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido. Teoria Geral do Processo. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.p. 55)

[61] "Está superada a noção de execução como processo sem contraditório, procedimento de que apenas o credor poderia participar ativamente. "(WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil: Processo de Execução. v.2. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998)

[62] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido. Teoria Geral do Processo. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.p. 57.

[63] "Em virtude da natureza constitucional do contraditório, deve ele ser observado não apenas formalmente, mas sobretudo pelo aspecto substancial, sendo de se considerar inconstitucionais as normas que não o respeitam."(CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido. Teoria Geral do Processo. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.p. 57).

[64] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido. Teoria Geral do Processo. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.p. 85.

[65] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo de execução. São Paulo: Eud. p. 55 e 65.

[66] TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Cadernos de processo civil: nulidades processuais, 5. São Paulo: Ltr, 1999. p. 27.

[67] Diz o artigo 249 § 1º do CPC, in verbis:

§ 1º. O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte.

[68] Esta jurisprudência, a seguir, adota a teoria de que o princípio da transcendência deve ser aplicado, independente da nulidade ser absoluta ou não: Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Ementa: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTARIO. EMBARGOS DO DEVEDOR A EXECUÇÃO FISCAL DE DEBITO DE ICMS DECLARADO E NÃO PAGO. (1) CITAÇÃO. INEXISTENCIA DE NULIDADE. ... I - O COMPARECIMENTO ESPONTANEO DA PARTE SUPRE A CITAÇÃO (ART.214, PARAG. 1, CPC). ADEMAIS, POR REGRA GERAL DO CODIGO DE PROCESSO CIVIL, NÃO SE DA VALOR A NULIDADE, SE DELA NÃO RESULTOU PREJUIZO PARA AS PARTES, POIS ACEITO, SEM RESTRIÇÕES, O VELHO PRINCIPIO: PAS DE NULITTE SANS GRIEF. POR ISSO, PARA QUE SE DECLARE A NULIDADE, E NECESSARIO QUE A PARTE ALEGUE OPORTUNAMENTE E DEMONSTRE O PREJUIZO QUE ELA LHE CAUSA. ... ". RESP 57329/SP. Relator Min. CESAR ASFOR ROCHA. Data da Decisão 06/03/1995 no DJ de 20/03/1995. p. 06098. (Grifos nossos).

[69] "Isto não quer dizer que o ato nulo, embora insanável, não possa ser suprido por outro de igual efeito. Assim a citação nula, ou mesmo inexistente, pode ser suprida pelo comparecimento do réu ao processo. Mas este comparecimento não dá eficácia à citação, mas sim a substitui e os efeitos produzidos são do próprio comparecimento e só atuam a partir dele, gerando inclusive reabertura do prazo de defesa."(THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: volume I. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.p. 283)

[70] Veja jurisprudência que adota a teoria de que se aplica o princípio da instrumentalidade, independentemente da lei cominar nulidade; já que no caso de citação sem as prescrições legais, a lei comina a nulidade, como se pode ver no artigo 247 do CPC: Superior Tribunal de Justiça. PRIMEIRA TURMA. Ementa: "EXECUÇÃO FISCAL - PROCESSO CIVIL - DEVEDORA E BENS NÃO ENCONTRADOS ARRESTO DE BEM PARTICULAR DE SOCIO - FALTA DE CITAÇÃO E INTIMAÇÃO - APESAR DE FALTANTES A SUA CITAÇÃO E INTIMAÇÃO PESSOAL, "SPONTE SUA", ADEMAIS, SOB A SALVAGUARDA DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS, ACOLHER O RECURSO PARA NOVOS EMBARGOS, SERIA CONSTITUIR VERDADEIRO ONUS PROCESSUAL, SO COM A FINALIDADE DO EMBARGANTE REANIMAR A ARGUMENTAÇÃO JA TECIDA E OBJETO DE APRECIÇÃO E JULGAMENTO. NULIDADE DESPREZADA. ..."RESP 75337/SP. Relator Min. MILTON LUIZ PEREIRA. Data da Decisão 04/12/1995 no DJ de 04/03/1996. p. 05379.(Grifos nossos).

[71] Neste sentido, também: Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Ementa: PROCESSUAL CIVIL. COBRANÇA. PROCEDIMENTO SUMÁRIO. CONTESTAÇÃO. PRAZO. 10(DEZ) DIAS ENTRE A CITAÇÃO E A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. INOBSERVÂNCIA. NULIDADE. IRRELEVÂNCIA NO CASO CONCRETO. COMPARECIMENTO DO RÉU. APRESENTAÇÃO DE CONTESTAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE NÃO CARACTERIZADA. CPC, ARTS. 214, § 1º, 249, 277. PRECEDENTES. DOUTRINA. RECURSO DESACOLHIDO. I - O réu, no procedimento sumário, será citado para comparecer à audiência, que não se realizará em prazo inferior a 10(dez) dias. Em outras palavras, o prazo para contestar - mais exatamente, o prazo para preparar a defesa - no procedimento sumário, é o que medeia entre a citação e a audiência, não podendo ser inferior a dez dias. II - Contestada a causa, não há que se invocar nulidade de citação, segundo dispõe o art. 214, § 1º, CPC. III - Em obséquio ao princípio da instrumentalidade das formas, que caracteriza o processo civil moderno, não se deve declarar nulidade processual que a lei não haja expressamente cominado, quando a parte que a argúi não demonstra a ocorrência de qualquer prejuízo processual, em concreto. IV - Proclamou com aguda sensibilidade o IX Congresso Mundial de Direito Processual "C'est d'ailleurs au droit judiciaire brésilien que

nous devons la plus belle règle en droit judiciaire, celle que ordonne que le juge à considérer un acte comme valide, dès que cet acte ait atteint son objectif". RESP 200490/SP. Relator Min. SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA Data da Decisão: 13/04/1999 no DJ de 17/05/1999. p.00217.(Grifos nossos).

[72] TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Cadernos de processo civil: nulidades processuais, 5. São Paulo: Ltr, 1999. p. 28.

[73] Diz o artigo 244 do CPC, in verbis:

Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

[74] Diz o artigo 154 do CPC, in verbis:

Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial.

[75] TEIXEIRA FILHO, op. cit. p. 29.

[76] Diz o artigo 245 do CPC, in verbis:

Art. 245. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

[77] Diz o § único do artigo 245 do CPC, in verbis:

Parágrafo único. Não se aplica esta disposição às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão, provando a parte legítimo impedimento.

[78] "A citação pelo correio é uma solução viável, já utilizada no Judiciário e não oferece, como querem alguns, qualquer lesão aos direitos do devedor, em face do disposto no § 3º do art. 12, ..." (QUEIROZ, Cid Heráclito de. Coletânea de palestras: A nova lei das execuções fiscais. Brasília: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, 1981. p. 45).

[79] Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Ementa: EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. CITAÇÃO DESTE E INTIMAÇÃO DA PENHORA. PROCEDIMENTOS DISTINTOS. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DO RÉU. INOCORRÊNCIA. LEI 6.830/80. 1. Não se há de confundir a citação regular do executado com a intimação da penhora, a partir de quando poderá oferecer embargos à execução. A inexistência da primeira acarreta a nulidade do processo executivo. 2. Violação de dispositivo de lei federal não caracterizada. 3. Recurso especial não conhecido. Decisão Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros Ari Pargendler e Hélio Mosimann. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Júnior. RESP 163814/MG. Min. PEÇANHA MARTINS. Data da Decisão: 01/12/1998 no DJ de 10/05/1999. p. 00136. (Grifos nossos).

[80] " Alguns dos efeitos enumerados no art. 219, como o da constituição em mora, só dizem respeito ao réu, porém não é concebível que a res in indicium deducta se torne litigiosa quanto a terceiros, em momento diverso, o que acarretaria sérias dificuldades quando da apreciação da eficácia de atos de disposição, ...". (SILVA, Nanci de Melo e. Da citação no processo civil. Belo horizonte: Del Rey, 1996. p. 83)

[81] v. nota nº 55 e 56.

* Consultor Jurídico em Brasília/DF

Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=463 > Acesso em.: 11. 04. 08