

OAB/SP

3º EXAME DA ORDEM DE 2008

PROVA PRÁTICO PROFISSIONAL

DIREITO TRIBUTÁRIO

Data de Aplicação: 15/2/2009

PADRÃO DE RESPOSTA

PEÇA PROFISSIONAL

PONTO 1

Espera-se que o(a) examinando(a) impetre mandado de segurança, com pedido de medida liminar, contra ato do delegado tributário da receita estadual. Deverá alegar: **a)** malferimento ao princípio da isonomia; **b)** que não se sustenta a alegação da autoridade fazendária de que a diferenciação de alíquotas encontra respaldo no princípio da capacidade contributiva, na medida em que o proprietário de carro importado certamente pagará mais imposto, se o bem tiver valor venal elevado, pois este é que será considerado na apuração da base de cálculo; **c)** que a discriminação de alíquotas em função da origem do veículo viola os artigos 150 e 152 da Constituição Federal. Não se pode concluir que a vedação de tratamento tributário diferenciado não prevalece quando o bem é oriundo do exterior, na medida em que a citada norma não faz essa distinção, não sendo permitido ao intérprete distinguir onde a lei não distingue. Em casos similares, o Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido que não podem os Municípios estabelecer alíquotas diferenciadas do IPVA, em função da procedência do veículo, conforme revelam os seguintes arestos: “*MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. IPVA. ALÍQUOTAS DIFERENCIADAS. VEÍCULO AUTOMOTOR IMPORTADO. CF. ARTIGOS 150, I E II, E 152. CTN. ARTIGO 97. LEI ESTADUAL Nº 948/85 (ART. 5.º). I – O Estado-membro não tem competência para fixar alíquotas diferenciadas para o cálculo do IPVA incidente na operação regularizadora do licenciamento de veículo automotor de procedência estrangeira. II – Precedentes jurisprudenciais. III – Recurso provido.*” (ROMS nº 9.867/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira). “*TRIBUTÁRIO. IPVA. ALÍQUOTA. CARRO IMPORTADO. A Constituição Federal, artigos 150 e 152, proíbe os Estados de estabelecer alíquotas diferenciadas do IPVA para carros importados. Recurso provido.*” (ROMS 10906/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira). “*PROCESSUAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. IPVA. ALÍQUOTA DIFERENCIADA PARA AUTOMÓVEIS IMPORTADOS. ILEGALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS MODIFICATIVOS. (...) Os Estados não podem estabelecer alíquotas de IPVA diferenciadas para carros importados. Precedentes. Embargos acolhidos.*” (EDROMS nº 10353/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão).

PONTO 2

Espera-se que o(a) examinando(a) ingresse com exceção de pré-executividade, nos autos da execução fiscal, alegando: (a) que houve ocorrência da decadência de parte do débito, visto que a notificação foi lavrada em 1.º/1/2006 e cobrava débitos de contribuições já extintas (mais de 5 anos); (b) que, com relação à cobrança das contribuições não extintas, ou seja, aquelas referentes a período inferior a 5 anos, os sócios não são solidários e que agiram corretamente, ou seja, a empresa foi encerrada legalmente, e não ocorreram as hipóteses previstas no artigo 135 do CTN (excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatutos); (c) que existe súmula no Supremo Tribunal Federal que confirma que o prazo para cobrança de contribuições sociais extingue-se em 5 anos, e não em 10.

PONTO 3

Espera-se que o(a) examinando(a) proponha uma ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária movida contra o secretário da fazenda estadual ou o delegado tributário da receita estadual. *(A ação declaratória é concernente ao processo de conhecimento e segue o procedimento ordinário. É, portanto, também uma ação ordinária. Distingue-se da ação anulatória em razão do pedido. Naquela, pede-se o anulamento do procedimento administrativo de constituição do crédito tributário. Nesta, pede-se apenas a declaração da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica. Machado, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 27ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 476.). Deve, ainda, destacar: a) Não é cabível a cobrança de taxa pela prestação do serviço de segurança pública, prestado em eventos esportivos: “APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO CAUTELAR. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. TAXA PARA REALIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE SEGURANÇA PÚBLICA EM ESTÁDIOS DE FUTEBOL (EVENTOS ESPORTIVOS). LEI ESTADUAL Nº 8.109/85. ILEGALIDADE. 2. RECURSO ADESIVO. AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. NÃO-CONHECIMENTO. ARTIGO 500, DO CPC. O serviço de segurança pública, prestado em eventos esportivos, não constitui serviço público específico e divisível que possibilite a cobrança de taxa. O recurso adesivo pode ser conhecido somente nas hipóteses de sucumbência recíproca. Artigo 500 do CPC. APELO PROVIDO E NÃO-CONHECIDO O RECURSO ADESIVO, POR MAIORIA”. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70024565590, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arno Werlang, Julgado em 12/11/2008). É inviável a cobrança de taxas, quando o serviço não preenche os requisitos previstos no art. 79 do CTN: “Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se: I - utilizados pelo contribuinte: a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título; b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento; II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de unidade, ou de necessidades públicas; III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.”. O serviço de segurança pública, por força do que dispõe o artigo 144 da Constituição Federal, é dever do Estado, devendo ser prestado em favor de toda a sociedade, modo indistinto, não havendo meios de se individualizar quem sejam aqueles que se beneficiam do serviço em questão ou o utilizam. Em suma, por serem as taxas tributos vinculados, resta incabível sua incidência a serviços que não apresentem cômoda divisão entre os contribuintes, sob pena de violação ao artigo 79, III, do Código Tributário Nacional; b) O serviço de segurança pública deve ser custeado pela receita dos impostos: “Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Lei n.º 13.084, de 29.12.2000, do Estado do Ceará. Instituição de taxa de serviços prestados por órgãos de Segurança Pública. 3. Atividade que*

somente pode ser sustentada por impostos. Precedentes. 4. Ação julgada procedente” STF. Tribunal Pleno. ADI 2424/CE – CEARÁ. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ 18-06-2004, PP-00044; c) Ofensa ao princípio constitucional tributário da anterioridade “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III - cobrar tributos: [...] b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;”

Além das ilegalidades retrocitadas, a Lei n.º 123, de 4/6/2008, só poderia entrar em vigor em 2009, e não, 90 dias após a publicação (princípio de anterioridade — não existe o p. da anualidade, no dia Direito Tributário (após a CF/88). Apenas subsiste no Direito Orçamentário (financeiro).

QUESTÃO 1

Espera-se que o(a) examinando(a) afirme: **a)** que é legítima a cobrança da COFINS sobre as operações relativas a energia elétrica: “É legítima a cobrança da COFINS, do PIS e do FINSOCIAL sobre as operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do país”, conforme a Súmula 659 do STF. A COFINS é devida, mas a forma como a fazenda pública efetuou a cobrança afronta a lei, pois: **b)** A alíquota da COFINS é de 7,6%: “Art. 2º Para determinação do valor da COFINS aplicar-se-á, sobre a base de cálculo apurada conforme o disposto no art. 1º, a alíquota de 7,6% (sete inteiros e seis décimos por cento)”, Lei n.º 10.833/2003; **c)** A base de cálculo da COFINS é a receita bruta mensal das pessoas jurídicas: “Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil. § 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica. § 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do faturamento, conforme definido no caput”, Lei n.º 10.833/2003. Se, porventura, a concessionária for optante do lucro presumido, a alíquota será de 3%.

QUESTÃO 2

Espera-se que o(a) examinando(a) afirme que: **a)** Não cabe medida provisória nos casos em que se exige lei complementar. “Art. 148. A União, **mediante lei complementar**, poderá instituir empréstimos compulsórios: I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;”, [sem grifo no original] CF/88; **b)** A aplicação dos recursos provenientes do empréstimo compulsório é vinculada à despesa que fundamentou sua instituição. “Art. 148. [...] **Parágrafo único**. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição”, CF/88.

QUESTÃO 3

A ordem judicial estará em consonância com os artigos 124, II, e 134, VII, do CTN, desde que ocorram os requisitos constantes no art. 135, I, do CTN. Ocorrendo, Damião será solidariamente responsável, não comportando benefício de ordem neste caso. *In Verbis*: “Art. 124. São solidariamente obrigadas: [...] II - as pessoas expressamente designadas por lei. Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem. [...] Art. 134 do CTN - Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: [...] VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.” e “Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias, resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Item I - as pessoas referidas no artigo 134 (sócios, no caso de liquidações de sociedade de pessoas).”

QUESTÃO 4

Espera-se que o(a) examinando(a) responda com base no art. 140 do Código Tributário Nacional, o qual dispõe que “as circunstâncias que modificam o crédito tributário, sua extensão ou seus efeitos, ou as garantias ou os privilégios a ele atribuídos, ou que excluem sua exigibilidade não afetam a obrigação tributária que lhe deu origem”, concluindo, portanto, que a autoridade fiscal poderá efetuar novo lançamento desde que dentro do prazo decadencial previsto no art. 173 do Código Tributário Nacional.

“Vício formal no lançamento. Se há vício formal no lançamento, resta invalidada a constituição do crédito. Mas isso não afeta a obrigação tributária, de forma que novo lançamento poderá ser efetuado, desde que antes de expirado o prazo decadencial”. (Leandro Paulsen. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 10 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora : ESMAFE, 2008, pág. 970).

QUESTÃO 5

Espera-se que o (a) examinando (a) responda com base no artigo 186, I, do Código Tributário Nacional, deixando claro que o crédito com garantia real, na falência, prefere ao crédito tributário, até o limite do valor do bem gravado: “Art. 186. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho. (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005) Parágrafo único. Na falência: (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005) I – o crédito tributário não prefere aos créditos extraconcursais ou às importâncias passíveis de restituição, nos termos da lei falimentar, nem aos créditos com garantia real, no limite do valor do bem gravado; (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)”.