

OAB/SP – 136.º EXAME DE ORDEM/2008

PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL

Direito do Tributário

PEÇA PROFISSIONAL – PONTO 1

Espera-se que o(a) examinando(a) oponha **embargos à execução fiscal** promovida pelo município de São Paulo, abordando: a) imunidade tributária do partido político, com fulcro no art. 150, VI, “c”, da Constituição Federal; b) Súmula 724 do STF: “Ainda que alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, c, da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades”.

O examinando deve justificar, nos termos do CPC (art. 739-A, § 1º, CPC), a necessidade de que os embargos à execução fiscal deve ser recebido no efeito suspensivo.

PEÇA PROFISSIONAL – PONTO 2

Espera-se que o(a) examinando(a) proponha uma ação anulatória de débito fiscal e requeira depósito integral e liminar que suspenda a exigibilidade do crédito tributário. “A ação anulatória de débito fiscal pode ser promovida pelo contribuinte contra a Fazenda Pública, tendo, como pressuposto, a preexistência de um lançamento fiscal, cuja anulação se pretende pela procedência da ação, com a sentença de resolução do mérito que o declare inexigível” (Cleide Previtalli Cais. **O processo tributário**. 2007, p. 517-18). Deve o examinando alegar a não-incidência do ISS sobre os serviços dos sócios-gerentes (LC 116/2008, art. 2.º: “ O imposto não incide sobre: [...] II a prestação de serviços em relação de emprego, dos trabalhadores avulsos, dos diretores e membros de conselho consultivo ou de conselho fiscal de sociedades e fundações, bem como dos sócios-gerentes e dos gerentes-delegados;”). Deve ser requerido o depósito do montante em dinheiro, a fim de garantir a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (Súmula 112, STJ: “O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro”. Segundo Cleide Previtalli Cais, em O processo tributário, p. 518, “sua propositura, nos limites do art. 585, § 1.º, do CPC e do art. 38 da Lei 6.830/80, não inibe a Fazenda Pública de promover a execução fiscal de sua dívida regularmente inscrita, salvo se a ação anulatória estiver precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros, multa de mora e demais encargos, consoante o disposto pelo inc. II do art. 151 do CTN”).

É possível, também, Mandado de Segurança contra ato da autoridade fiscal de lançamento tributário, com pedido de liminar de suspensão de exigibilidade do crédito objeto do lançamento guerrreado.

Na ação anulatória, o depósito não depende de autorização do juiz e é alternativo, pois, no caso, o examinando também poderá opinar por pedido de liminar de tutela antecipada para a suspensão da exigibilidade do tributo, objeto do lançamento em testilha.

PEÇA PROFISSIONAL – PONTO 3

Espera-se que o(a) examinando(a) proponha uma ação de repetição do indébito tributário (“Art. 165 do CTN: O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4.º do artigo 162, nos seguintes casos: I cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;”). Deve, ainda, destacar: a) a competência do juízo, no caso, o município de Caxipó; b) o fato de que o ITBI tem como fato gerador a transmissão da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis, consoante dispõe o art. 35 do Código Tributário Nacional. A propriedade imóvel é adquirida somente pelo registro imobiliário, que é o momento no qual se consuma a transmissão do bem imóvel (art. 530, inciso I, do Código Civil de 1916 e art. 1245 do novo Código). A celebração de um “contrato de compra e venda” ou de uma “cessão de direito” não são meios hábeis para transferência da propriedade, constituem apenas pré-contratos que geram obrigação de fazer. Nessa linha de raciocínio tem decidido também a Eg. Corte Superior de Justiça, conforme se observa do V. Acórdão proferido no REsp. 12.546-RJ, 1.ª Turma, relator min. Humberto Gomes de Barros: “A propriedade imobiliária apenas se transfere com registro do respectivo título (C. Civil, art. 530). O registro imobiliário é o fato gerador do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis. Assim, a pretensão de cobrar o ITBI antes do registro imobiliário contraria o ordenamento jurídico”.

QUESTÃO 1

Espera-se que o(a) examinando(a) afirme que a União não deve cobrar o ITR em razão da incidência da imunidade tributária prevista no art. 153, § 4.º, da Constituição. “Art. 2.º Nos termos do art. 153, § 4.º, *in fine*, da Constituição, o imposto não incide sobre pequenas glebas rurais, quando as explore, só ou com sua família, o proprietário que não possua outro imóvel. Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, pequenas glebas rurais são os imóveis com área igual ou inferior a : I 100 ha, se localizado em município compreendido na Amazônia Ocidental ou no Pantanal mato-grossense e sul-mato-grossense; II 50 ha, se localizado em município compreendido no Polígono das Secas ou na Amazônia Oriental; III 30 ha, se localizado em qualquer outro município”(Lei n. 9393/96). Imunidade – técnica legislativa constitucional que qualifica situações que não podem ser atingidas por alguns ou por qualquer tipo de tributo, em vista de especificações eleitas pelo constituinte como de proteção objetiva ou subjetiva do alcance de normas tributárias, com objetivo de deixá-las fora do campo em que se autoriza a instituição de tributos.

Isenção – trata-se de caso de desoneração tributária prevista em lei.

Não incidência tributária – situação em que a regra jurídica de tributação não incide porque não se realiza a sua hipótese de incidência, ou, em outras palavras, não se configura o seu suporte fático – MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 242.

QUESTÃO 2

Espera-se que o(a) examinando(a) afirme que se trata do instituto da denúncia espontânea, previsto no art. 138 do CTN, que apenas exclui a incidência de multa: “Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia

espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração. Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração”. Segundo Leandro Paulsen (**Direito tributário. Constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 10.^a Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 962 e 965), “O objetivo da norma é estimular o contribuinte infrator a colocar-se em situação de regularidade, resgatando as pendências deixadas e ainda desconhecidas por parte do Fisco, com o que este recebe o que lhe deveria ter sido pago e cuja satisfação, não fosse a iniciativa do contribuinte, talvez jamais ocorresse (...) Correção monetária e juros moratórios. A correção monetária integra o valor do tributo devido. O pagamento dos juros moratórios, por sua vez, está previsto no próprio *caput* do art. 138 como requisito para a exclusão da responsabilidade pelas infrações. Não são, pois, afastados pela denúncia espontânea”.

QUESTÃO 3

Espera-se que o(a) examinando(a) afirme que a taxa de fiscalização do ar é inconstitucional, por afronta ao princípio da irretroatividade tributária (Art. 150 da , CF: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;”). A taxa de fiscalização do ar é taxa de polícia (Art. 77 do CTN: “As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas”) e somente o efetivo poder de polícia enseja taxa de polícia (“Interpretando essa norma, assim como as que a precederam, seja na Constituição anterior, seja no Código Tributário Nacional, a jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que só o exercício efetivo, por órgão administrativo, do poder de polícia, na primeira hipótese, ou a prestação de serviços, efetiva ou potencial, pelo Poder Público, ao contribuinte, na segunda hipótese, é que legitimam a cobrança de taxas, como a de que se trata neste Recurso: taxa de localização e funcionamento” – RREE 140.278). Por fim, a taxa não pode ser calculada em função do capital das empresas (Parágrafo único do art. 77 do CTN, *in fine*).

QUESTÃO 4

Espera-se que o(a) examinando(a) responda com base no § 4.º do art. 3.º da Lei Complementar n.º123, de 14 de dezembro de 2006, ou seja, que conclua que Ronaldo poderá ser sócio de Alfa, desde que a receita bruta anual de Alfa seja inferior a R\$ 1.900.000,00, no caso de Alfa ser beneficiária do regime do “simples nacional” ou, não sendo beneficiária deste regime, que Ronaldo adquira menos de 10% do capital de Alfa.

Art. 3.º da Lei Complementar n.º 123/2006.

Art. 3.º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei n.º 10.406,

de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde de:

(...)

§ 4.º Não se inclui no regime diferenciado e favorecido previsto nesta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

I de cujo capital participe outra pessoa jurídica;

II que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior;

III de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

IV cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

V cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

VI constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo;

VII que participe do capital de outra pessoa jurídica;

VIII que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;

IX resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores;

X constituída sob a forma de sociedade por ações.

QUESTÃO 5

Espera-se que o(a) examinando(a) responda com base nos artigos 186, 187 e 188 do Código Tributário Nacional, deixando claro que a cobrança dos créditos tributários será efetivada por intermédio de ação específica, sem a necessidade de habilitação na falência. Em relação ao segundo questionamento, o candidato deverá discorrer que o pagamento será feito com preferência dos créditos tributários da União sobre os demais, e em relação aos créditos de titularidade do estado e município de São Paulo, conjuntamente e *pro rata*, ou seja, o saldo remanescente será distribuído entre tais entes, em conjunto e partes iguais. No tocante aos créditos extraconcursais, estes preferem sobre os créditos tributários decorrentes de fatos geradores ocorridos antes do decreto falimentar.

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 n.º 118, de 2005](#)).

Parágrafo único. Na falência: ([Incluído pela Lcp n.º 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; [\(Incluído pela Lcp n.º 118, de 2005\)](#)

II a lei poderá estabelecer limites e condições para a preferência dos créditos decorrentes da legislação do trabalho; e [\(Incluído pela Lcp n.º 118, de 2005\)](#)

III a multa tributária prefere apenas aos créditos subordinados. [\(Incluído pela Lcp n.º 118, de 2005\)](#)

Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento. [\(Redação dada pela Lcp n.º 118, de 2005\)](#)

Parágrafo único. O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem:

I União;

II Estados, Distrito Federal e Territórios, conjuntamente e pró rata;

III Municípios, conjuntamente e pró rata.

Art. 188. São extraconcursais os créditos tributários decorrentes de fatos geradores ocorridos no curso do processo de falência. [\(Redação dada pela Lcp n.º 118, de 2005\)](#).