

Guilherme Pedrozo da Silva

Tributário

TEORIA, PRÁTICA, PEÇAS E QUESTÕES

2ª FASE
EXAME DE ORDEM
Prática e Treino

**9ª
edição**

revista,
atualizada e
ampliada



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

(Provisório)

PARTE I

TEORIA

CONCEITO DE TRIBUTO

Ao iniciarmos o estudo do direito tributário, parte material, compreende-se necessário estudar o conceito de tributo e suas repercussões em face da matéria que será objeto de análise na presente obra. Leciona o art. 3º do CTN que tributo é:

Art. 3º [...] toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Logo, compreende-se que tributo é toda prestação pecuniária compulsória, ou seja, obrigação disposta em norma (taxatividade/hipótese de incidência) que uma vez criada pelo respectivo ente competente e ocorrendo o fato gerador – inobstante excepcionalmente existir dispensa prevista na CF (imunidades) ou em norma infraconstitucional (isenções, convênios, benefícios) – o tributo terá que ser pago obrigatoriamente. Diante disso, o pagamento de tributo é obrigatório, compulsório.

Outrossim, o pagamento do referido tributo previsto em norma deverá ser realizado, normalmente, em dinheiro (pecúnia). Entretanto, excepcionalmente, o próprio Código Tributário Nacional faculta a possibilidade de pagamento de tributo mediante a dação em pagamento de bem imóvel, desde que exista lei específica do respectivo ente competente para tanto. Assim, não esqueça que dação em pagamento de bem

imóvel não será opção do contribuinte, bem como somente poderá ser realizada observados os requisitos dispostos na lei específica do ente competente.

Da Dação de Pagamento em Bem Imóvel

Lei Específica

Do Ente Competente

Não Gera Direito Adquirido

Ainda, além do ponto anteriormente exposto, pergunta-se: poderão os entes competentes criar norma infraconstitucional que estabeleça novas formas de extinção do crédito tributário, por exemplo, dação em pagamento de bem móvel? Mediante análise legalista e constitucionalista, compreende-se que não, visto que a CF, no seu art. 146, é bastante clara ao afirmar que as normas gerais de direito tributário somente poderão ser realizadas pela União mediante lei complementar.

Entretanto, cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já compreendeu, mais precisamente mediante a ADI no 2.405-MC, que os entes competentes poderão criar novas formas de extinção desde que observados os preceitos constitucionais. Igualmente diante deste

contexto fático, compreendeu-se que poderão os entes públicos criar a extinção do crédito tributário mediante dação em pagamento de bem móvel desde que não venha fraudar, por exemplo, o sistema licitatório, infringindo assim o art. 37, XXI, da CF.

Leciona ainda o art. 3º do CTN que nenhum tributo poderá ter caráter sancionatório, ou seja, ousar na roupagem de punição a qualquer pessoa (não pode ser sanção política). Por esta razão compreende-se que se alguém vende drogas, pratica o jogo do bicho ou realiza crime ambiental, para este jamais poderá ser criado um tributo como espécie de sanção política ou punição pelo ato realizado. Entretanto, inobstante não ser possível a tributação da atividade ilícita, os frutos decorrentes desta atividade poderão ser tributados por meio do famigerado princípio da pecúnia *non olet*. Sobre isso leciona com magnitude Ricardo Alexandre¹:

[...] se alguém obtém disponibilidade econômica ou jurídica de rendimentos, passa a ser devedor do imposto de renda (CTN, art. 43), mesmo se esses rendimentos forem oriundos de um ato ilícito, ou até criminoso, como a corrupção, o tráfico ilícito de entorpecentes e etc. A justificativa para

o entendimento é que, nesses casos, não se está punindo o ato com o tributo (a punição ocorrerá na esfera penal e, se for o caso, na administrativa e civil). A cobrança ocorre porque o fato gerador (obtenção de rendimentos) aconteceu e deve ser interpretado abstraindo-se da validade jurídica dos atos praticados (CTN, art. 118, I).

Por fim, vale ressaltar que nenhum tributo será pago, sem lei anterior que o estabeleça, atendendo ao princípio máximo da legalidade estrita, na forma do art. 150, I, da CF, bem como o administrador público deverá analisar objetivamente o que contido na norma (vinculação total) para tributar o contribuinte, não podendo, assim, realizar nenhum ato discricionário para a sua cobrança.

Depois de compreendermos o que é tributo, resta ainda afirmar quais são as espécies de tributo que os entes competentes poderão criar. Logo, diante desta análise, devemos compreender que tributo é um gênero em que se apresentam cinco espécies tributárias: impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições especiais e empréstimos compulsórios. Tudo isto na forma dos arts. 145, 148 e 149 da CF.

1.1. MAPA PARA FIXAÇÃO



2

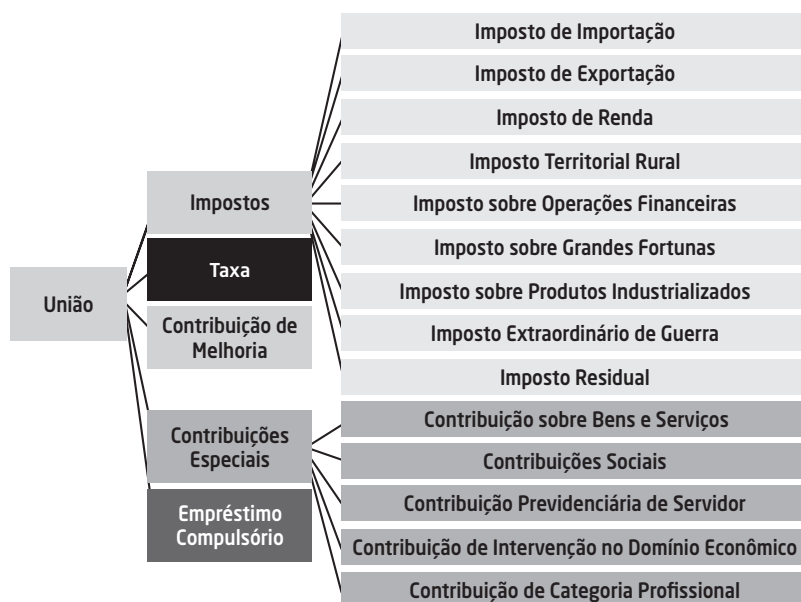
COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

2.1. COMPETÊNCIA PARA INSTITUIR TRIBUTOS

Mas, afinal de contas, quem poderá criar tributo? Lembre-se, inicialmente, que a Constituição Federal não criará nenhum tributo e/ou sequer fará sua exigência, mas tão somente a nossa Carta Mãe entregará (outorgará) poderes para que os respectivos entes competentes (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) venham a criar/majorar as espécies de tributo. Leciona sobre isto Ricardo Alexandre¹:

[...] a CF não cria tributos, apenas atribui competência para que os entes políticos o façam. Da mesma forma que os penalistas dizem que não há crime sem lei anterior que o defina, pode-se afirmar que não há tributo sem lei anterior que o defina. Enfim, para que sejam criados tributos, o ente tributante deve editar lei (ou ato normativo de igual hierarquia, diga-se, Medida Provisória) instituindo-os abstratamente, ou seja, definindo seus fatos geradores, bases de cálculo, alíquotas e contribuintes.

Após verificar o conceito de competência tributária, temos de saber quais são os tributos que os entes (União, Estados, DF e Municípios) poderão criar, conforme texto constitucional, a iniciar pela “mãe de todos”, a União.



1. ALEXANDRE, op. cit., p. 106.

3

LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR – PRINCÍPIOS

Para que o ente público, por intermédio dos seus poderes constituídos, exerça a sua competência tributária, será necessário balizar suas atividades com a observância das limitações ao exercício do poder de tributar dispostos na CF. Assim, podemos considerar que a nossa Carta Magna pode ser uma espécie de filtro para o exercício da competência, servindo tais limitações, assim, precipuamente, para a defesa dos contribuintes de qualquer tipo de cobrança arbitrária, desleal e, portanto, inconstitucional.

Lembrando que tais limitações, uma vez desrespeitadas, irão gerar a inconstitucionalidade do ato ou da lei realizada pelo ente público competente ou até mesmo incompetente. Ademais, vale ressaltar que tais limitações dividem-se entre princípios e imunidades.

3.1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Reza o art. 150, I, da CF que:

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

I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça [...]

Logo, conforme exposto, nenhum tributo poderá ser criado ou majorado sem lei que o estabeleça. Portanto, em geral, somente o Poder Legislativo poderá criar ou majorar tributo, sempre mediante observação do devido processo legislativo.

E o Poder Executivo não poderá atuar na criação ou majoração de tributos? Obviamente que a CF lhe reservou possibilidades, excepcionais é verdade, até como forma de controlar a economia e o mercado. Diante disso podemos afirmar que houve mitigação ao princípio da legalidade.

3.1.1. 1ª Exceção ao Princípio da Legalidade

Poderá o Poder Executivo (União), mediante decreto, portaria ou resolução, alterar as alíquotas dos impostos (II, IE, IOF e IPI) abaixo descritos. O fundamento está no art. 153, § 1º, da CF. Veja que alterar na aceção constitucional significa promover qualquer movimentação nas alíquotas, seja majorar, reduzir ou restabelecer.

4

LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR – IMUNIDADES

Dentro do estudo das limitações ao poder de tributar torna-se igualmente importante em termos de Exame da Ordem a análise das imunidades. Mas afinal de contas, o que é uma imunidade? Imunidade é a dispensa constitucional de pagar tributo, ou seja, trata-se de hipóteses as quais a constituição “libera” o contribuinte do pagamento do crédito tributário. Ademais vale ressaltar que se apresentam dois tipos de imunidades: as específicas e as genéricas.

Antes de adentrarmos as espécies de imunidades, cabe afirmar que elas são garantias constitucionais ao contribuinte, portanto, verdadeiras cláusulas pétreas, não se admitindo revogações ou extinções, bem como admitem todas as possibilidades de interpretação.

4.1. IMUNIDADES ESPECÍFICAS

As imunidades específicas são todas aquelas dispostas (estão espalhadas) no texto constitucional, dizem respeito a determinado caso concreto e poderão albergar qualquer espécie tributária. Aqui, exemplificando, apresentam-se os casos no texto constitucional: não incidir ISS de serviço destinado ao exterior, não incidir contribuição social para as entidades de assistência social sem fins lucrativos, entre outros.

4.2. IMUNIDADES GENÉRICAS

Outrossim, também se apresentam na Carta Magna as imunidades genéricas dispostas todas no art. 150, VI, da CF e apresentam dispensa constitucional ao dever de pagar tributo apenas no que tange aos impostos. São as seguintes espécies de imunidades genéricas:

4.2.1. Genérica – Art. 150, VI, a, da CF – Imunidade Recíproca

Os entes públicos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) não poderão cobrar impostos entre si, sobre os seus respectivos patrimônios, rendas e serviços. Assim, exemplificando, a União não poderá cobrar IR sobre a renda auferida pelo Município, bem como o Estado não poderá cobrar IPVA dos automóveis da União.

Sobre a presente espécie de imunidade genérica vale ressaltar que elas são extensivas às autarquias e fundações públicas, na forma do art. 150, § 2º, da CF, desde que atendidos aos seguintes requisitos dispostos no artigo 150, §§ 2º e 3º da CF:

- 1º) Serem criadas ou mantidas pelo Poder Público;

PARTE II

PRÁTICA

PETIÇÃO INICIAL

Quando do estudo da prática processual em direito tributário, algumas questões iniciais são relevantes e precisam ser citadas a fim de que exista nexo e lógica no aprendizado didático da referida matéria.

Inicialmente cabe afirmar que não existe nenhuma codificação especial sobre processo tributário e sua formatação, fazendo-se, portanto, utilização tanto de normas específicas (Lei de Execução Fiscal, Lei do Mandado de Segurança, entre outras), quanto as gerais, leia-se, Código de Processo Civil.

E, considerando a inexistência de legislação especial, costuma-se dividir as peças processuais tributárias em três grandes grupos: processo subjetivo, objetivo e peças recursais. Logo, inclusive em face da maior utilização na prática, o presente capítulo irá trabalhar sobre a petição inicial sob a égide do processo subjetivo, levando em consideração precipuamente a defesa do contribuinte.

Mas, afinal, de contas, qual a motivação de elaborar-se uma petição inicial junto ao Poder

Judiciário? O que motiva o contribuinte (que é a regra) a requerer prestação jurisdicional certamente é a existência de litígio ou a impossibilidade de solução administrativa de uma pendência fiscal.

Diante desse contexto, o contribuinte poderá inaugurar a esfera judicial por meio das seguintes ações e peças subjetivas: Mandado de Segurança, Ação Declaratória, Ação Anulatória, Ação de Consignação em Pagamento, Ação de Repetição de Indébito, Ação de Embargos à Execução Fiscal e a Petição de Exceção de Pré-Executividade.

E o que as presentes peças apresentam em comum? A sua estrutura. Lembrando aqui que, muito embora a presente obra seja dirigida para quem está estudando para a 2ª Fase da OAB em Direito Tributário, em nada obsta utilizar-se desta estrutura para a prática diária da advocacia tributária. Portanto, qual é a estrutura básica destas peças processuais do processo subjetivo:

Estrutura Básica do Processo Subjetivo
1) Endereçamento
2) Qualificação do Requerente
3) Fundamento da Peça
4) Nome da Peça
5) Qualificação do Requerido
6) Cabimento
7) Fatos
8) Direitos
9) Pedidos
10) Valor da Causa
11) Local ... Data ...
12) Advogado ... OAB ...

Após visualizarmos a estrutura básica de uma petição inicial do processo subjetivo, faz necessário compreender cada tópico acima exposto, ratificando-se que na análise dos tópicos de peça será utilizada como parâmetro – ação judicial contra o fisco – que terá como requerente o contribuinte e como requerido o fisco.

22.1. ENDEREÇAMENTO

O endereçamento normalmente é o grande ponto nevrálgico dos examinandos do Exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Certamente é uma das questões campeã de questionamentos em cada certame.

Mas o que é o endereçamento? Endereçamento será o destinatário da demanda, ou seja, será o juízo responsável pelo julgamento do litígio, da causa controversa em que o contribuinte buscará a solução para os seus problemas. Tal previsão encontra-se disposta no art. 319, I, do Código de Processo Civil.

Normalmente a grande regra no direito tributário é de que as causas serão ajuizadas em 1º Grau (quem julga será um juiz singular)

podendo ser remetidas para a Justiça Federal (Subseção) se houver interesse da União, Autarquia Federal ou Empresa Pública Federal, na forma do art. 109, I, da CF, ou como critério residual, na Justiça Estadual (Comarca) caso não haja a incidência da regra do artigo abaixo copiado.

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

Assim, como primeiro critério de endereçamento faz-se necessário estabelecer se o seu processo será dirigido para a Justiça Federal ou Estadual. Após analisado o presente critério, deverá ser analisado pelo representante do contribuinte se não existe a possibilidade de a petição inicial ser dirigida à Vara dos Juizados Especiais.

Mas existe possibilidade de o endereçamento ser para os Juizados Especiais? Sim, seja para Justiça Federal quanto para a Justiça Estadual, visto que ambos apresentam seus

PARTE III

PEÇAS E QUESTÕES NA PRÁTICA

36.9. GABARITO DO TREINAMENTO

1	Douto Juízo de Direito da Vara ... (Cível/Fazenda Pública) da Co-
2	marca ... do Estado de Minas Gerais
3	
4	João da Silva, estado civil ..., servidor público, inscrito no CPF sob
5	o nº ..., endereço eletrônico ..., por meio de seu advogado (procuração
6	em anexo), estabelecido ..., local onde receberá intimações, vem res-
7	peitosamente perante Vossa Excelência, com fulcro no artigo 19, I do
8	CPC bem como no artigo 165, I, do CTN, ajuizar a presente:
9	
10	AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO
11	JURÍDICA TRIBUTÁRIA COM PEDIDO DE TUTELA PROVI-
12	SÓRIA DE URGÊNCIA
13	
14	Em face do Estado de Minas Gerais, pessoa jurídica de direito públi-
15	co, inscrita no CNPJ sob o nº ..., endereço eletrônico ..., estabelecida
16	..., neste ato representada por seu representante legal, nos termos do
17	artigo 75, II, do CPC, pelos fatos e fundamentos abaixo aduzidos.
18	
19	I - Do Cabimento
20	Reza o artigo 19, I, do CPC que caberá ação declaratória para de-
21	clarar a inexistência de relação jurídica tributária. Ocorre no pre-
22	sente caso, tendo em vista a iminência do requerente ser tributado de
23	forma indevida, deseja a parte que seja declarada a impossibilidade
24	de o ato ocorrer, diante da ilegalidade e inconstitucionalidade da
25	Medida Provisória criada pelo Estado de Minas Gerais. Diante disto
26	compreende-se cabível o ajuizamento da ação declaratória.
27	
28	II - Dos Fatos
29	O Estado de Minas Gerais, preocupado com a crise financeira, criou
30	uma nova contribuição de seguridade incidente sobre servidores de

PEÇA SUBJETIVA – ANULATÓRIA

37.1. INTRODUÇÃO & FUNDAMENTO LEGAL

A Ação Anulatória trata-se de demanda que será ajuizada pelo contribuinte quando ele tem por objetivo a desconstituição do lançamento e/ou ato administrativo de infração lavrado pela autoridade fazendária.

Tal demanda é um procedimento do rito comum processual e não está prevista em legislação própria o seu rito ou forma de atuação. Portanto, para efeitos da presente demanda utiliza-se do CPC (rito comum) e da Lei no 6.830/1980 como fundamento da presente demanda.

Apresenta como fundamento legal o artigo 38 da Lei 6.830/1980.

37.2. ENDEREÇAMENTO

- Douto Juízo de Direito da ... Vara (Cível/Fazenda Pública) da Comarca ... do Estado ...
- Douto Juízo de Direito da ... Vara dos Juizados Especiais da Fazenda Pública da Comarca ... do Estado ...
- Douto Juízo Federal da ... Vara (Federal/Fazenda Pública) da Subseção Judiciária ... da Seção Judiciária ...
- Douto Juízo Federal da ... Vara dos Juizados Especiais Federais da Subseção Judiciária ... da Seção Judiciária ...

37.3. QUANTAS VEZES JÁ FOI COBRADA NO EXAME DA ORDEM

3 (três) vezes.

37.4. COMO IDENTIFICAR NO ENUNCIADO?

A Ação Anulatória será ajuizada pelo contribuinte quando ele foi notificado do lançamento ou recebeu em seu domicílio fiscal um auto de infração. Daí outra pergunta pode ser realizada: se o contribuinte recebe o lançamento, não seria mais fácil ele simplesmente recorrer administrativamente visto que este ato suspenderá a exigibilidade? Sim, é verdadeira a afirmação que o contribuinte poderá recorrer, mas nada o impedirá de dirigir-se diretamente ao Poder Judiciário, sem necessidade de recorrer administrativamente, em face do que previsto no art. 5o, XXXV, da CF.

A FGV, quando cobrou a presente demanda finalizou o enunciado da seguinte forma:

- a) “Diante dos fatos narrados, sabendo que as medidas adotadas pela Fazenda Nacional datam de mais de 120 dias e estão causando prejuízos irreparáveis e que não há processo judicial em trâmite a respeito desse caso, redija a peça processual adequada para a garantia dos direitos da pessoa jurídica PJ,

37.8. FOLHA PARA DESENVOLVIMENTO

1	
2	
3	
4	
5	
6	
7	
8	
9	
10	
11	
12	
13	
14	
15	
16	
17	
18	
19	
20	
21	
22	
23	
24	
25	
26	
27	
28	
29	
30	