

COORDENADORES

Darlan Barroso

Marco Antonio Araujo Junior

# Prática TRIBUTÁRIA

AUTORES

- Darlan Barroso
- Marcos Oliveira

- Aspectos teóricos sobre as principais peças
- Modelos de peças e análise de casos concretos
- Quadros-resumos

**8<sup>a</sup>**  
edição

Revista,  
atualizada  
e ampliada

# AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL

## 6.1. INTRODUÇÃO E ASPECTOS GERAIS

A Ação Anulatória de Débito Fiscal constitui um dos instrumentos judiciais mais relevantes à disposição do contribuinte para o controle da legalidade dos atos administrativos de constituição do crédito tributário. Sua finalidade é desconstituir o lançamento tributário, total ou parcialmente, sempre que houver vício de legalidade, erro material, formal ou de direito, ou ainda quando o crédito tiver sido constituído em desacordo com os princípios constitucionais da tributação.

Ao contrário dos embargos à execução fiscal, que pressupõem a existência de um processo executivo já instaurado, a ação anulatória é autônoma podendo ser manejada antes do ajuizamento da execução fiscal. Trata-se, pois, de ação de conhecimento, com natureza desconstitutiva, cujo objetivo é anular um ato administrativo concreto – o lançamento tributário.

A anulatória insere-se no contexto das garantias constitucionais de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF) e de devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, da CF), funcionando como meio de defesa do contribuinte contra a exigência arbitrária de tributos.

Por sua natureza, a Ação Anulatória não busca o reembolso de valores pagos indevidamente, mas sim a invalidação de um ato que gera obrigação tributária. Caso o contribuinte já tenha efetuado o pagamento, o meio adequado será a ação de repetição de indébito, embora, como veremos, seja excepcionalmente admitida a cumulação de ambos os pedidos, quando coexistirem os pressupostos de cada uma.

## 6.2. FUNDAMENTO LEGAL E NATUREZA JURÍDICA

A ação anulatória tem fundamento principal no art. 38 da Lei nº 6.830/1980 (Lei de Execuções Fiscais – LEF):

Art. 38. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as ações de mandado de segurança, de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, que só podem ser propostas com o depósito do valor do débito, monetariamente atualizado e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

O dispositivo revela que a regra geral é que a discussão judicial da dívida ativa ocorra na execução fiscal. Entretanto, admite-se excepcionalmente o ajuizamento de ação anulatória, de mandado de segurança e de repetição de indébito, cada uma com finalidades próprias.

O depósito integral do valor do débito fiscal é uma das hipóteses legais de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, conforme dispõe o art. 151, II, do Código Tributário Nacional (CTN).

Contudo, é importante enfatizar que o depósito não constitui requisito obrigatório para a propositura da ação anulatória de débito fiscal. Trata-se de faculdade do contribuinte, que pode ajuizar a demanda com ou sem o depósito do valor controvertido. O efeito do depósito é meramente suspensivo, e não condicionante do direito de ação.

Dessa forma, o depósito tem dupla natureza:

- a) processual, como ato que confere ao contribuinte a vantagem de suspender a exigibilidade do crédito; e
- b) material, como forma de garantia da dívida, assegurando que, caso o pedido judicial seja julgado improcedente, a Fazenda possa levantar o valor depositado.

A ausência do depósito não impede o contribuinte de ingressar com a ação anulatória, mas mantém a exigibilidade do crédito, permitindo que a Fazenda prossiga com os atos de cobrança, inclusive propondo ação de execução fiscal. Assim, o depósito judicial é uma faculdade estratégica, que pode ser substituída por pedido de tutela provisória (art. 300 do CPC), caso o contribuinte demonstre probabilidade do direito e perigo de dano.

A Súmula Vinculante nº 28 do Supremo Tribunal Federal reforça esse entendimento ao declarar:

*“ é inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário ”*

Em razão disso, é vedado ao Poder Judiciário condicionar o ajuizamento da ação anulatória de débito fiscal à realização de depósito prévio, sob pena de violação do direito de acesso à Justiça.

O STF, ao editar a Súmula Vinculante nº 28, buscou assegurar que o contribuinte possa exercer plenamente o seu direito de petição e de revisão judicial, sem que a efetividade desses direitos dependa de prévio desembolso financeiro.

Em síntese, o ordenamento jurídico brasileiro protege o direito de ação do contribuinte, afastando qualquer exigência prévia que inviabilize o controle jurisdicional da atividade tributária.

A regra do art. 151, II, do CTN e o teor da Súmula 112/STJ devem ser interpretados em harmonia com os princípios constitucionais assegurados pela Súmula Vinculante nº 28/STF, de modo que:

- o depósito integral e em espécie tem efeito de suspender a exigibilidade do crédito;
- mas não é requisito para o ajuizamento da ação anulatória, sendo faculdade do contribuinte e não condição de procedibilidade.

A natureza da ação é desconstitutiva, pois visa anular o lançamento tributário ou outro ato que constitua o crédito. Todavia, também pode assumir caráter declaratório, ao reconhecer a inexistência da relação jurídico-tributária, conforme o pedido deduzido.

### 6.3. CABIMENTO, TEMPESTIVIDADE E LEGITIMIDADE

#### A) Cabimento

A ação anulatória de débito fiscal é cabível quando o contribuinte pretende anular o lançamento tributário já constituído definitivamente na esfera administrativa, seja por:

- erro de fato ou de direito no lançamento;
- nulidade do procedimento administrativo;
- vício de competência da autoridade lançadora;
- violação à legalidade, anterioridade ou tipicidade tributária;
- prescrição ou decadência não observada pela Fazenda;
- ou ausência de notificação regular do sujeito passivo.

É, portanto, a ação adequada para discutir a validade do crédito tributário após a constituição definitiva (art. 142 do CTN).

## B) Tempestividade

A ação anulatória não tem prazo específico na LEF ou no CTN. Todavia, o STJ firmou o entendimento de que deve respeitar o prazo prescricional de 5 anos, previsto no art. 1º do Decreto nº 20.910/1932, que regula as pretensões contra a Fazenda Pública. O termo inicial é a constituição definitiva do crédito tributário, isto é, o momento em que se encerra o processo administrativo fiscal, tornando-se exigível o débito.

Assim, se o contribuinte deixar transcorrer cinco anos sem propor a ação, opera-se a prescrição, impedindo a anulação judicial do crédito.

## C) Legitimidade

São partes legítimas:

- Ativa: o sujeito passivo do lançamento (contribuinte, responsável ou substituto tributário);
- Passiva: o ente federativo competente para instituir o tributo (União, Estado, DF ou Município), representado por sua respectiva Procuradoria.

A legitimidade é, portanto, direta e derivada da relação jurídico-tributária originária.

## 6.4. RENÚNCIA À VIA ADMINISTRATIVA

Nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei n.º 6.830/80, “a propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto”.

Tema recorrente na prática e em provas da FGV, a renúncia à via administrativa ocorre quando o contribuinte, após instaurar processo administrativo fiscal, ajuíza ação judicial com o mesmo objeto. Nesse caso, entende-se que há renúncia tácita ao procedimento administrativo.

O fundamento é o princípio da unicidade de jurisdição e a vedação à duplicidade de instâncias para o mesmo litígio. Uma vez levada a controvérsia ao Judiciário, não cabe manter a discussão no âmbito administrativo, sob pena de decisões conflitantes.

Desse modo, a ação anulatória de débito fiscal, quando ajuizada, extingue a discussão administrativa sobre o mesmo crédito, devendo o contribuinte formalizar a desistência se houver processo administrativo em curso.

Essa renúncia é irrevogável e constitui condição para o prosseguimento da ação, sob pena de indeferimento da petição inicial por falta de interesse de agir.

### **6.5. CUMULAÇÃO DA AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL COM A REPETIÇÃO DE INDÉBITO**

A ação anulatória de débito fiscal e a ação de repetição de indébito são instrumentos processuais distintos, ainda que ambos sirvam à tutela de direitos do contribuinte frente à exigência ou à cobrança de tributos indevidos.

A ação anulatória visa desconstituir o lançamento tributário ou ato administrativo que constituiu o crédito fiscal, impedindo seus efeitos executivos e evitando a inscrição em dívida ativa. Por outro lado, a ação de repetição de indébito possui caráter repressivo e restitutivo, voltado à devolução de valores pagos indevidamente ao Fisco, nos termos do art. 165 do CTN.

Do ponto de vista jurídico-teórico, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite, em tese, a cumulação de pedidos anulatórios e de repetição, desde que presentes os requisitos do art. 327 do CPC (compatibilidade entre os pedidos e identidade de partes e causa de pedir). Nessa linha, o STJ já reconheceu que é possível, em certos casos, formular pedido de restituição dentro da própria ação anulatória, sobretudo quando a declaração de nulidade do crédito fiscal implica, logicamente, o direito de reaver o valor pago indevidamente.

Todavia, no contexto do Exame de Ordem (FGV), essa cumulação não é aceita como técnica processual adequada. A banca examinadora adota entendimento rigoroso e didático, exigindo que o candidato eleja expressamente uma única via processual, de acordo com o momento fático narrado no enunciado.

Assim, se o tributo ainda não foi pago, o meio adequado é a ação anulatória de débito fiscal, pois o objetivo do contribuinte é impedir a consolidação da cobrança. Já se o pagamento já ocorreu, o instrumento cabível é a ação de repetição de indébito, pois há interesse na devolução da quantia paga, e não mais na desconstituição do lançamento.

A razão dessa exigência é pedagógica e técnica: a cumulação de pedidos pode gerar ambiguidade quanto à natureza da ação, prejudicando a identificação da peça processual e, conseqüentemente, a pontuação do candidato. A FGV entende que cada uma dessas ações tem objeto, causa de pedir e efeitos jurídicos distintos, o que impede sua reunião na mesma peça para fins de correção.

Em termos práticos, ainda que a doutrina e o STJ admitam a cumulação, na prova da OAB o candidato deve optar por uma via específica, demons-

trando domínio técnico sobre o cabimento da medida. Essa escolha é determinante para a obtenção de pontuação integral na estrutura da peça, que inclui o endereçamento correto, a causa de pedir adequada, os pedidos compatíveis e o fechamento apropriado.

## 6.6. TUTELA PROVISÓRIA E EFEITOS DA AÇÃO

### ▶ Tutela de urgência

A tutela de urgência pode ser concedida em caráter cautelar ou antecipado, desde que demonstrados, cumulativamente, os requisitos do art. 300 do CPC:

1. Probabilidade do direito – deve ser demonstrada mediante elementos que evidenciem que a tese jurídica do contribuinte é plausível, como inconstitucionalidade da norma, vício de lançamento, prescrição, decadência ou erro de fato no lançamento;
2. Perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo – deve ser demonstrado que a manutenção da exigibilidade do crédito pode causar prejuízo grave, como a negativação fiscal, a inscrição indevida em dívida ativa ou a constrição patrimonial indevida.

A concessão da tutela de urgência, portanto, suspende a exigibilidade do crédito tributário enquanto perdurar a discussão judicial, funcionando como alternativa ao depósito integral previsto no art. 151, II, do CTN.

Nesse ponto, é importante destacar que a tutela de urgência não se confunde com o efeito suspensivo dos embargos à execução fiscal: enquanto o efeito suspensivo decorre de previsão legal (art. 16, §1º, da LEF), a tutela provisória na ação anulatória depende de decisão judicial fundamentada, conforme o caso concreto.

### ▶ Tutela de Evidência (art. 311 do CPC)

Além da tutela de urgência, o CPC prevê, no art. 311, a possibilidade de concessão da tutela de evidência, independente da demonstração do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

A tutela de evidência é cabível quando o direito do autor se apresenta manifestamente evidente.

No campo tributário, a tutela de evidência é aplicável, por exemplo, quando a tese defendida pelo contribuinte já foi firmada em jurisprudência pacífica do STF ou do STJ, em regime de repercussão geral ou de recursos repetitivos, ou quando há prova documental robusta de que o lançamento é indevido.

Os incisos II e IV do art. 311 são particularmente relevantes para as ações anulatórias tributárias:

*“Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:*

*II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;*

*IV – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.*

*Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.”*

Assim, a tutela de evidência pode ser requerida, por exemplo, quando o contribuinte demonstra, documentalmente, que a cobrança afronta entendimento do STF plasmado em Súmula Vinculante, como é o caso da Súmula Vinculante n.º 31:

*“Súmula Vinculante 31: É inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis.”*

Nessas hipóteses, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorre da força da evidência do direito, não sendo necessário demonstrar risco de dano ou urgência.

#### ► **Natureza e efeitos**

Tanto a tutela de urgência quanto a de evidência produzem, no âmbito da ação anulatória, efeito suspensivo da exigibilidade do crédito tributário, enquanto perdurar sua eficácia.

A decisão que concede a tutela provisória deve ser fundamentada e proporcional, podendo o juiz exigir garantia (como depósito, fiança ou seguro garantia) quando entender necessário para proteger o interesse público, desde que observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em síntese:

| Tipo de Tutela             | Requisitos  | Efeito   | Fundamento Legal                       |
|----------------------------|---|--|--|
| <b>Tutela de Urgência</b>  | Probabilidade do direito + Perigo de dano               | Suspende a exigibilidade do crédito tributário                     | Art. 300 do CPC e art. 151, V, do CTN  |
| <b>Tutela de Evidência</b> | Prova documental + Direito pacificado ou não contestado | Suspende a exigibilidade do crédito tributário, mesmo sem urgência | Art. 311, do CPC e art. 151, V, do CTN |

**► Orientação FGV – 2ª Fase da OAB**

Na prova prático-profissional, o examinando deve formular pedido expresso de concessão de tutela provisória quando o enunciado indicar risco de dano (urgência) ou direito já consolidado (evidência).

**Exemplo de redação adequada:**

*“Requer, nos termos do art. 300 e art. 311 do CPC, a concessão de tutela provisória de urgência ou, subsidiariamente, de evidência, para determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário objeto da presente ação, evitando-se a inscrição em dívida ativa e o ajuizamento de execução fiscal, até o julgamento final da lide.”*

*Dessa forma, o candidato demonstra domínio técnico dos institutos e sensibilidade quanto ao momento processual adequado de sua aplicação, evitando perda de pontos por omissão de pedido essencial.*

## 6.7. POSSÍVEIS TESES NA AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL

**► Certidões de Regularidade Fiscal**

Em diversas ocasiões, o exercício de direitos pelo contribuinte pressupõe sua regularidade fiscal perante o Fisco. É o que se dá, por exemplo, na participação de licitações, na celebração de contratos com a administração pública etc.

Por isso, é importantíssimo conhecer em que situações o contribuinte terá direito subjetivo à obtenção de tais certidões, a fim de identificar as recusas ilegais e utilizar o meio processual adequado para ataca-las.

As Certidões Fiscais se dividem em:

- a) Certidões Positivas: aquelas emitidas em face de sujeitos passivo que tenham créditos constituídos e vencidos em seu nome.
- b) Certidões Negativas: atestam a inexistência de débitos, podendo ser requeridas pelo contribuinte como forma de dar cumprimento a exigência legal de prova de quitação de tributos. É o caso, por exemplo, da necessidade de regularidade fiscal na hipótese em que o contribuinte deseja participar de licitação junto à administração pública.

Impõe o CTN que o prazo para apreciação do pedido do contribuinte é de 10 (dez) dias a contar da data da entrada do requerimento na repartição fiscal.

- c) Certidões Positivas com Efeito de Negativa

Prevê, ainda, o CTN as chamadas certidões positivas com efeito de negativa, as quais devem ser expedidas nas situações em que, embora o contribuinte possua créditos em seu nome, estes ainda não estão vencidos, ou estão garantidos por penhora (bem imóvel, bem móvel, faturamento, carta fiança etc.), ou, ainda, estão com exigibilidade suspensa (parcelamento, tutela antecipada em ação ordinária, depósito do montante integral etc.).

Tendo em vista a expressa dicção do CTN (art. 206), tal certidão positiva com efeito de negativa possui os mesmos efeitos da certidão negativa. Portanto, nas situações em que a lei exige certidão negativa como condição para o exercício de um direito, produzirá os mesmos efeitos a apresentação pelo contribuinte de uma certidão positiva com efeito de negativa.

### Já caiu

No XV Exame de Ordem Unificado foi exigida questão relativa às certidões.

#### ► ENUNCIADO

O Município Z ajuizou execução fiscal em face da pessoa jurídica X para cobrança de valores de Imposto sobre Prestação de Serviços (ISS), referentes ao ano-calendário 2013, recolhidos a menor. Verificando a improcedência de referida cobrança, o contribuinte apresenta embargos à execução, nos quais se insurge contra a pretensão da Fazenda e requer que lhe seja garantida a obtenção de certidão negativa de débitos. Em garantia da execução, o contribuinte realiza o depósito do montante integral do tributo cobrado. Os embargos à execução são julgados procedentes em primeira instância e, em face da sentença, a Fazenda interpõe apelação, que aguarda julgamento pelo Tribunal.

Diante do caso apresentado, responda, fundamentadamente, aos itens a seguir.

- A) O contribuinte tem direito à certidão negativa de débitos (ou à certidão positiva com efeitos de negativa) antes da sentença de primeira instância que lhe foi favorável? (Valor: 0,80)
- B) O contribuinte, durante o curso da apelação interposta pela Fazenda, tem direito à mesma certidão? (Valor: 0,45)

*O examinando deve fundamentar suas respostas. A mera citação do dispositivo legal não confere pontuação.*

#### **Gabarito Comentado:**

- A) *A certidão positiva com efeitos de negativa é cabível por força do depósito integral do montante exigido pela Fazenda na Execução Fiscal. Já a certidão negativa não é cabível, uma vez que o crédito tributário já está constituído. Isso é fruto da conjugação dos artigos 205 e 206, do Código Tributário Nacional (CTN), combinados com o Art. 151, inciso II, do mesmo Código.*

- B) *Como o fundamento do direito do contribuinte à certidão positiva com efeitos de negativa é o depósito do montante integral do débito discutido (que não é alterado pela superveniente interposição da apelação por parte da Fazenda), o contribuinte continua tendo direito à certidão em questão.*

*O item B somente será pontuado se a certidão correta for identificada no item A.*

### Já caiu

#### ▶ EXAME XXV - REAPLICAÇÃO PORTO ALEGRE

Por ocasião da importação de equipamentos eletrônicos realizada pela pessoa jurídica PJ, a União entendeu que o recolhimento do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) por parte da contribuinte havia sido realizado de forma incorreta. De acordo com a União, no caso de desembaraço aduaneiro, o IPI deveria incidir sobre o valor correspondente a 200% do preço corrente dos equipamentos no mercado atacadista da praça do remetente, acrescido do Imposto de Importação (II), das taxas exigidas para a entrada do produto no país e dos encargos cambiais efetivamente pagos pelo importador. Assim, considerando equivocado o recolhimento do tributo, a União determinou a apreensão dos equipamentos, bem como a interdição do estabelecimento da pessoa jurídica, até pagamento integral do montante devido. Lavrado auto de infração para a cobrança dos valores supostamente devidos, a pessoa jurídica PJ, inconformada com esta situação, decide apresentar medida judicial para a desconstituição do crédito tributário e, nesse sentido, contestar as medidas adotadas pela Fazenda Nacional. 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, que pretende ver a União condenada em honorários de sucumbência.

#### **Gabarito Comentado:**

*O examinando deverá elaborar Ação Anulatória, que deverá ser endereçada à Vara Federal da Seção Judiciária do Estado. A possibilidade de Mandado de Segurança é afastada pela informação de que a PJ pretende ver a União condenada em honorários – o que não seria possível em caso de MS, bem como porque as medidas adotadas pela Fazenda Nacional datam de mais de 120 dias, o que atrai a incidência do prazo decadencial previsto no Art. 23 da Lei nº 12.016/09. A autora é a pessoa jurídica PJ e, a ré, a União. No mérito, o examinando deverá sustentar que a base de cálculo do imposto considerada pela União está incorreta, pois, no caso do desembaraço aduaneiro, será o preço normal do produto, acrescido do Imposto de Importação (II), das taxas exigidas para a entrada do produto no país e dos encargos cambiais efetivamente pagos pelo importador ou dele exigíveis, conforme o Art. 47, inciso I, alíneas a, b e c, do CTN, OU A base de cálculo do imposto (IPI) é o valor aduaneiro (ou a base de cálculo do II, AVA*

*GATT) acrescido do Imposto de Importação (II) e dos encargos cambiais pagos pelo importador ou dele exigíveis, Art. 14, inciso I, alínea "b" da Lei 4.502/64. Tendo isso em vista, o examinando deve alegar que é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos, conforme a Súmula 323 do STF, e que é inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo, segundo a Súmula 70 do STF. O examinando deve formalizar pedido de concessão de tutela de urgência para (i) a imediata liberação das mercadorias apreendidas, (ii) para cessar a interdição do estabelecimento e (iii) para suspender a exigibilidade do crédito tributário durante o trâmite desta Ação. Deve o examinando requerer a procedência do pedido para: (i) a desconstituição do crédito tributário, (ii) a liberação dos equipamentos apreendidos e (iii) cessar a interdição de seu estabelecimento. Por fim, o fechamento da peça.*

## 6.8. ESTRUTURA DA AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL

### ► Ação Anulatória de Débito Fiscal ou Ação Anulatória de Lançamento tributário

Procedimento: comum – segue os requisitos do art. 319, do CPC

|  |   |
|--|---|
| <b>Endereçamento</b>                   | Domicílio do Autor<br><br>Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da ...Vara da Fazenda Pública ou Vara Cível ou Vara Única (se indicado no enunciado a existência de vara única) da Comarca do Município xxxx do Estado xxx (Justiça Estadual – se réu for Estado ou Município)<br><br>Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz Federal da ...Vara Federal da Subseção Judiciária ...da Seção Judiciária ... (Justiça Federal – se a ré for a União) |
| <b>Preâmbulo</b>                       | Nome da Peça: Ação Anulatória de Débito Fiscal<br>Fundamento Legal da Peça: art. 38, da Lei n.º 6.830/80 e art. 319, do CPC<br><br>(é possível indicar a existência de pedido de tutela provisória no preâmbulo – nesse caso indicar o respectivo fundamento legal – art. 300 ou 311, do CPC)<br><br>Qualificação das Partes – Nome, CPF ou CNPJ, endereço e endereço eletrônico  |
| <b>I – Dos Fatos</b>                   | Síntese dos fatos   |
| <b>II – Do Cabimento</b>               | Indicar o art. 38 da Lei n.º 6.830/80, esclarecendo que já foi realizado o lançamento tributário OU que já houve a constituição do crédito tributário   |
| <b>III – Dos fundamentos Jurídicos</b> | Teses Jurídicas   |

|  |   |
|--|---|
| <b>IV – Da tutela provisória (de urgência ou de evidência)</b> | Comprovar o cumprimento dos requisitos da tutela de urgência (art. 300, do CPC) ou de evidência (art. 311, do CPC) e indicar a necessidade de suspensão do crédito tributário, conforme art. 151, V, do CTN.  |
| <b>V – Dos pedidos</b>   | a) Citação da Fazenda Pública para defesa;<br>b) Concessão da tutela de urgência ou de evidência, conforme art. 300, do CPC ou art. 311, do CPC;<br>c) Julgamento procedente para o fim de anular o lançamento tributário, com o reconhecimento da extinção do respectivo crédito;<br>d) Produção de provas;<br>e) Opção ou não pela realização de audiência de conciliação e mediação;<br>f) Condenação da ré no ressarcimento das custas e honorários advocatícios, conforme art. 82, §2º e art. 85, §3º, do CPC. |
| <b>Valor da causa R\$...</b>                                   |   |
| <b>Termos em que pede deferimento.</b>                         |   |
| <b>Encerramento</b>  | Local, data, advogado, OAB.   |

### Atenção:

- Se o enunciado indicar alguma prova específica a ser produzida, indicá-la expressamente no pedido de produção de provas  
“d) Produção de provas, especialmente a prova...;
- Caso se opte pela não realização de audiência de conciliação e mediação, indicar o art. 334, §4º, II, do CPC, indicando que não comporta autocomposição.
- No valor da causa, não indicar valores fictícios. Apenas se o enunciado indicar valores, deverá ser atribuído o montante no item.
- No encerramento não indicar nenhum local, data, nome, número sob pena de haver identificação da peça e sua respectiva anulação.
- Não assinar, sob pena de haver identificação de peça e sua respectiva anulação.

### Já caiu

#### ▶ EXAME 42

A sociedade empresária *ABC Ltda.*, com estabelecimento no Município X (sede de comarca de Vara Única), especializada em reciclagem de lixo, foi contratada para prestar serviços de remoção, tratamento e reciclagem de lixo no Município Y, local onde recolheu o Imposto sobre Serviços (ISS) devido naquela operação.

Meses após, recebeu uma notificação de débito da Secretaria de Fazenda do Município X cobrando o ISS daquele serviço prestado no Município Y, sob a alegação de possuir estabelecimento fixo em seu território. Na notificação, foi aplicada uma multa de 150% do valor do imposto cobrado e a sociedade empresária foi advertida de que, caso não pagasse a dívida no prazo de 30 (trinta) dias, teria o seu estabelecimento interditado.

A sociedade empresária o(a) contratou, como advogado(a), para defender seus interesses e promover a medida judicial cabível, tendo urgência sobretudo em razão da ameaça de interdição do estabelecimento. Por se tratar de serviço de reciclagem de lixo, a sociedade empresária precisará comprovar o exato local em que o realizou, devendo juntar fotos e requerer prova pericial.

Diante dos fatos expostos, redija a medida judicial cabível para que seu cliente não tenha que pagar tal tributo e respectiva multa, nem tenha seu estabelecimento interditado, ciente de que será necessária dilação probatória.

(Valor: 5,00)

*Obs.: a peça deve abranger todos os fundamentos de Direito que possam ser utilizados para dar respaldo à pretensão. A simples menção ou transcrição do dispositivo legal não confere pontuação.*

### **Gabarito Comentado:**

*A medida judicial cabível é a ação anulatória, dada a sua natureza desconstitutiva, tendo por objetivo desconstituir lançamento tributário que já está definitivamente constituído reputado ilegal ou irregular pelo contribuinte. Não cabe mandado de segurança, pois o enunciado deixa claro que haverá necessidade de dilação probatória no curso do processo. O objetivo da ação é desconstituir o lançamento referente ao ISS descrito no enunciado, conforme o Art. 38 da Lei nº 6.830/1980.*

*A ação deve ser endereçada à Vara Única da Comarca do Município X, ente federado que lavrou o auto de infração e também onde tem sede a empresa, sendo de competência da Justiça Estadual por se tratar de tributo municipal (ISS).*

*A autora é a ABC Ltda., enquanto o réu é o Município X, ente federado que está a cobrar indevidamente o tributo.*

*Os fatos devem ser descritos brevemente nos termos colocados pelo enunciado.*

*No mérito, o examinando deve ser capaz de identificar que:*

- 1) *O ISS é devido ao Município Y, local da efetiva prestação do serviço de remoção, tratamento e reciclagem de lixo, por expressa exceção prevista no Art. 3º, inciso VI, da LC 116/2003: Art. 3º. “O serviço considera-se prestado, e o imposto, devido, no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXV, quando o imposto será devido no local: VI – da execução da varrição, coleta, remoção, incineração, tratamento, reciclagem, separação e destinação final de lixo,*

rejeitos e outros resíduos quaisquer, no caso dos serviços descritos no subitem 7.09 da lista anexa.”

- 2) *A multa de 150%, que ultrapassa o próprio valor do imposto cobrado, ostenta natureza confiscatória, em violação ao Art. 150, inciso IV, da CRFB/88: Art. 150. “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: IV – utilizar tributo com efeito de confisco.”*
- 3) *A ameaça de interdição do estabelecimento constitui sanção política e meio coercitivo indireto ilegal de cobrança de tributos, por impedir o livre exercício da atividade econômica da empresa, conforme a Súmula 70 do STF: “É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo” ou Súmula 547 do STF: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.*

*Considerando-se que a sociedade empresária está em vias de ter seu estabelecimento interditado caso não pague a ilegal dívida e respectiva multa, o examinando deve requerer antecipação de tutela (tutela de urgência), demonstrando a existência dos requisitos de fumus boni iuris e periculum in mora, de modo a poder se abster de efetuar qualquer recolhimento a título deste imposto e multa sem que tenha seu estabelecimento interditado, suspendendo-se a exigibilidade do crédito tributário, conforme o Art. 151, inciso V, do CTN.*

*Nos pedidos, deve o examinado requerer aquilo que tipicamente é previsto no CPC para uma ação anulatória tributária, indicando também o pedido de produção de provas, sobretudo a pericial, além de respeitar as normas de fechamento da peça.*

# AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO

## 7.1. ASPECTOS GERAIS

A ação de repetição de indébito tributário é o instrumento processual destinado a reaver valores pagos indevidamente a título de tributo. Prevista no art. 165 do Código Tributário Nacional (CTN), ela decorre diretamente do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa do Estado, consagrado no art. 884 do Código Civil, aplicável subsidiariamente ao Direito Tributário.

O fundamento lógico-jurídico da repetição é simples: se o Estado recebeu quantia indevida, está obrigado a restituí-la, seja porque o pagamento foi feito por erro, porque o tributo foi declarado inconstitucional, porque o lançamento foi anulado ou, ainda, porque houve bitributação ou pagamento a maior.

Dispõe o art. 165 do CTN:

*“Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, nos seguintes casos:*

*I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido;*

*II - erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;*

*III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.”*

O pagamento é, portanto, condição essencial para o cabimento da ação de repetição de indébito: não há restituição sem prévio desembolso.

## 7.2. CABIMENTO, TEMPESTIVIDADE E LEGITIMIDADE ATIVA

### A) Cabimento

A ação de repetição de indébito é cabível sempre que o contribuinte comprovar ter efetuado pagamento indevido ou em valor superior ao devido. O pagamento pode decorrer de erro de fato, erro de direito, cobrança inconstitucional, ilegalidade no lançamento, bitributação, duplicidade de arrecadação, ou revogação de decisão administrativa ou judicial que impôs o recolhimento.

A ação de repetição de indébito pode ser proposta após o pagamento espontâneo do tributo, quando o contribuinte, por erro de fato ou de direito, efetua o recolhimento de valor que não era devido. O direito à restituição nasce exatamente no momento em que se realiza o pagamento indevido, sendo irrelevante se houve ou não protesto, reclamação ou impugnação administrativa prévia.

O art. 165 do Código Tributário Nacional é claro ao assegurar ao sujeito passivo o direito de reaver quantias pagas indevidamente, “independentemente de prévio protesto”. Essa previsão confere à repetição de indébito natureza de ação autônoma e declaratória com efeito condenatório, voltada a recompor o patrimônio do contribuinte lesado por cobrança indevida.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também consolidou o entendimento de que não há necessidade de exaurimento da via administrativa nem de manifestação anterior de inconformismo para que o contribuinte possa ingressar diretamente em juízo. Basta demonstrar que o pagamento foi efetivamente realizado e que a exação carecia de base legal ou constitucional.

Dessa forma, a ação de repetição de indébito se apresenta como o instrumento adequado para recuperar valores pagos indevidamente, reafirmando o princípio da *restitutio in integrum* no campo tributário e concretizando o direito de propriedade (art. 5º, XXII, da CF) e o devido processo legal substancial (art. 5º, LIV, da CF).

Não se exige o prévio esgotamento da via administrativa.

Nos casos em que há solidariedade passiva tributária, o direito à restituição do indébito deve ser analisado à luz do art. 124 do CTN, que prevê a solidariedade entre pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador ou que estejam expressamente designadas por lei como solidárias.