

VI Exame OAB – 2ª FASE – Padrão de correção Direito Tributário

Peça

GABARITO COMENTADO

O Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) é imposto de competência municipal, cabendo à lei complementar estabelecer as alíquotas máximas e mínimas para fins de incidência. Nessa linha, a Lei Complementar no. 116/2003 somente disciplinou, em seu art. 8º., a alíquota máxima de 5% para o ISS, estando a alíquota mínima de 2% prevista no art. 88, inciso I, do ADCT.

Houve obediência pela Lei Municipal, ora analisada, quanto aos limites mínimos e máximos da alíquota do imposto. Todavia, restou violado o princípio da anterioridade previsto no art. 150, III, letras b e c, da CFRB/88, o qual determina a vedação quanto à cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, bem como deverá ser observado o prazo da noventena, o qual proíbe a cobrança de tributos, antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

Desse modo, tendo sido a lei publicada em 01/06/2010 e vigorado em 01/07/2010, é flagrante a violação ao princípio da anterioridade tributária, o que resulta na possibilidade de o contribuinte requerer a repetição dos valores recolhidos a maior pelo contribuinte decorrente do aumento indevido de tal cobrança.

Estrutura da Peça:

Fato – Lei Municipal, publicada em 01/06/2010, ao estabelecer a majoração da alíquota para os serviços de hospedagem, turismo, viagens e congêneres de 3% para 5%, para vigorar a partir de 01/07/2010 alcançou a atividade econômica do Hotel Boa Hospedagem Ltda. que se submeteu ao aumento deste imposto durante o período relativo ao mês de agosto a dezembro/2010, passando a recolher indevidamente por mês o valor a maior de R\$20.000,00.

Direito – Aplica-se o art. 165 do CTN. O Fisco, apesar de estar em conformidade com a legislação tributária ao fixar a alíquota mínima e máxima para os serviços de vigilância e segurança, violou o princípio da anterioridade tributária, previsto no art. 150, III, letras b e c, da CFRB/88, vez que não poderia aumentar no mesmo exercício financeiro a alíquota do ISS.

Desfecho- O contribuinte poderá ingressar com pedido de repetição do indébito tributário, com base na cobrança indevida acima apontada.

Pedido –

- a) citação do réu para querendo, contestar a demanda, no prazo legal sob pena de revelia
- b) seja o réu condenado a restituir o valor a maior de ISS no total de R\$ 100.000,00, pago pelo contribuinte, com juros e correção monetária na forma do art. 167 do CTN,
- c) seja o réu condenado em custas e honorários advocatícios (art. 20 do CPC);

d) Protesta pela produção de todas as provas em direito admitidas.

Valor da Causa – R\$ 100.000,00.

DISTRIBUIÇÃO DOS PONTOS

Item	Pontuação
Endereçamento da ação	0 / 0,1
Qualificação das partes Autor (0,1) / Réu (0,1)	0 / 0,1 / 0,2
Exposição dos fatos	0 / 0,2
Tempestividade OU CTN 168, I.	0 / 0,5
Violação do princípio da anterioridade tributária, previsto no art. 150, III, “b” (1,0) e “c” (0,5), da CRFB.	0 / 0,5 / 1,0 / 1,5
Fundamentação com base no art. 166 do CTN OU súmula 546 do STF.	0 / 0,5
Fundamentação com base no art. 165, I, do CTN.	0 / 0,5
Condenação do réu a restituir o valor a maior de ISS, pago pelo contribuinte (0,5), com juros e correção monetária (0,5).	0 / 0,5 / 1,0
Pedido de provas (0,1) / Citação do réu para contestar (0,2) / Sucumbência (0,1) / Valor da causa (0,1)	0 / 0,1 / 0,2 / 0,3 / 0,4 / 0,5

Questão 1

COMENTÁRIO SOBRE A QUESTÃO:

Não. Vide Súmula 424 do STJ “É legítima a incidência de ISS sobre os serviços bancários congêneres da lista anexa ao DL 406/68 e à LC 56/87.”

A lista da LC 116/03 é taxativa, mas admite interpretação extensiva, de acordo com o sentido do termo “congêneres” contido na LC 116/03, devendo prevalecer não a literalidade da denominação utilizada pelo banco, mas a efetiva natureza do serviço prestado por ele.

Pontuação:

ITEM DA QUESTÃO	PONTUAÇÃO
Fundamentação (0,25) com base no enunciado 424 da Súmula do STJ (0,25)	0 / 0,25 / 0,5
Em regra, a lista da LC 116/03 é taxativa	0 / 0,4

No caso, deve ser dada interpretação extensiva (natureza semântica do termo “congênera”)	0 / 0,35
--	----------

Questão 2

COMENTÁRIO SOBRE A QUESTÃO:

Súmula 432 STJ: “As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais”.

A construtora ao adquirir material de construção em Estado de origem, que exigiu o ICMS, ao utilizar as mercadorias como insumo em suas obras, não estará compelida à satisfação do diferencial de alíquota de ICMS do Estado destinatário.

Logo, a empresa de construção civil que comprar material a ser utilizado em sua atividade comercial em outro Estado, tendo em vista não ser contribuinte do ICMS, deve se sujeitar tão somente à alíquota interna.

“É assente na Corte que as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS, salvo nas situações que produzam bens e com eles pratiquem atos de mercancia diferentes da sua real atividade, como a pura venda desses bens a terceiros; nunca quando adquirem mercadorias e as utilizam como insumos em suas obras. (...). Conseqüentemente, é inadmissível a retenção, pelos Estados, do diferencial de alíquotas relativo à operações interestaduais efetuadas por empresa de construção civil para aquisição de mercadorias sem objetivo de comercialização. 4. Agravo Regimental desprovido.” (AgRg no Ag 687.218/MA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04.05.2006, DJ 18.05.2006)”

Pontuação:

ITEM DA QUESTÃO	PONTUAÇÃO
Não incidência de qualquer outro imposto estadual ou municipal	0 / 0,5
Fundamentação (0,4) com base no enunciado 432 da súmula do STJ (0,35)	0 / 0,35 / 0,4 / 0,75

Questão 3

COMENTÁRIO SOBRE A QUESTÃO:

O art. 25, parágrafo 1º. da LC 87/96 é expresso ao conferir ao contribuinte detentor de saldos credores de ICMS acumulados desde a edição da lei, em razão de operações de exportação, a faculdade de aproveitá-los mediante a transferência a qualquer estabelecimento seu no mesmo Estado (inciso I) e, havendo saldo remanescente, mediante transferência a outro contribuinte do mesmo Estado (inciso II), utilizando-se, nessa segunda hipótese, de documento expedido pela Fazenda reconhecendo a existência de crédito. Trata-se, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça (RMS 13.969/PA), de norma de eficácia plena que dispensa regulamentação por lei estadual. A lei estadual somente seria obrigatória para a hipótese prevista no parágrafo 2º. do art. 25 da LC 87/96.

Assim, não é dado ao legislador estadual qualquer vedação ao aproveitamento dos créditos do ICMS, sob pena de se violar a não-cumulatividade, quando este aproveitamento se fizer em benefício do contribuinte, no mesmo Estado.

Ademais, o art. 155, parágrafo 2º., inciso X, letra a, da CFRB/88 dispõe que nas operações de exportação será, ao contribuinte: "...assegurada a manutenção e aproveitamento do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores", o que resulta em plena eficácia do direito ao aproveitamento do crédito por força da aplicação do princípio da não-cumulatividade, previsto no art. 155, , parágrafo 2º., inciso I, da CFRB/88.

PONTUAÇÃO:

ITEM DA QUESTÃO	PONTUAÇÃO
Aplicação do art. 25, §1º, da LC 87/96 (0,3). Norma de eficácia plena (0,2).	0 / 0,2 / 0,3 / 0,5
Art. 155, §2º, X, "a", da CFRB (0,2). Princípio da não cumulatividade (art. 155, §2º, I, da CFRB) (0,3).	0 / 0,2 / 0,3 / 0,5
A exigência de lei estadual tem pertinência apenas na hipótese do §2º do art. 25 da LC 87/96.	0 / 0,25

Questão 4

COMENTÁRIO SOBRE A QUESTÃO:

De acordo com o art. 166 do CTN, a restituição da quantia paga a título de tributo indireto deve ser feita ao potencial sujeito passivo da obrigação correspondente, quando o mesmo demonstre, de forma inequívoca, que não repassou o encargo respectivo, ou, tendo havido a transferência do ônus a terceiro, contribuinte de fato, deverá ser por este autorizado a receber a quantia a maior que tiver sido paga.

No caso do IPI, tributo indireto, legitimada a requerer a repetição do indébito tributário será a pessoa que estaria no polo passivo da relação obrigacional correspondente, caso a tributação tivesse ocorrido de forma regular (contribuinte de direito), na hipótese da questão, a Fábrica de Refrigerantes Super Refri Ltda.

Em resumo, a fábrica que industrializa o refrigerante se enquadra como contribuinte do IPI, visto praticar o fato gerador deste imposto resultante do processo de industrialização com posterior venda, sendo certo que o IPI compõe o preço final do produto a ser vendido, ocorrendo, portanto, o repasse da carga econômica do imposto a terceiro (contribuinte de fato).

Pelo exposto, conclui-se que a Distribuidora de Bebidas não tem legitimidade para propor ação de repetição do indébito tributário, visto não se enquadrar como contribuinte de direito, na forma da legislação tributária (art. 46, parágrafo único c/c art.51, ambos do CTN);

Artigos 46, II, e 51, II, do CTN;

O contribuinte de fato é aquele que arca com o pagamento do tributo, que está embutido no preço do produto. A Distribuidora efetivamente não pode assim ser qualificada, visto que não está no fim do ciclo de produção, mas sim o consumidor final.

A distribuidora não tem com o Fisco qualquer relação jurídica, não participa da relação jurídica tributária.

PONTUAÇÃO:

ITEM DA QUESTÃO	PONTUAÇÃO
Não, nos termos do art. 166 do CTN (0,35). <i>Obs.: A mera resposta “não” ou a mera menção ao artigo não são pontuadas.</i>	0 / 0,35
IPI. Tributo indireto (0,25). Diferença entre contribuinte de fato e de direito para fins de repetição do indébito tributário (0,25).	0 / 0,25 / 0,5
Fundamentação com base no art. 46, II (0,2), e 51, II (0,2), ambos do CTN.	0 / 0,2 / 0,40