



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO, FINANCEIRO E
TRIBUTÁRIO

Disciplina: TRIBUTOS ESTADUAIS, MUNICIPAIS E PROCESSO TRIBUTÁRIO (DEF 0516)
Professor: PAULO AYRES BARRETO
Turma: 5º ANO – 2º SEMESTRE DE 2015
Local: SALA JOÃO ARRUDA (TÉRREO – PRÉDIO HISTÓRICO)
Horário: QUARTAS-FEIRAS, DAS 07H25 ÀS 10H00 (MANHÃ)

TRIBUNAL II

▪ **ATIVIDADE PROPOSTA (METODOLOGIA):**

A presente atividade consiste na simulação de um “Tribunal”, cujo escopo é, a um só tempo, realizar uma aproximação entre teoria e prática, bem como estimular o raciocínio jurídico do aluno perante a complexidade de um caso prático, preparando-o para o enfrentamento de questões tributárias em suas atividades profissionais.

➤ **Divisão de Grupos**

A classe será dividida em **10 grupos** de até **06 pessoas** (preferencialmente 05 pessoas). Cada grupo receberá, aleatoriamente, uma numeração de 01 a 10.

Os **grupos 01, 03, 05 e 07** representarão o **Contribuinte** e deverão tecer argumentos que sustentem o ponto de vista dos contribuintes.

Os **grupos 02, 04, 06 e 08** representarão o **Fisco** e deverão tecer argumentos que sustentem o ponto de vista da autoridade administrativa.

Os **grupos 09 e 10** representarão o **Órgão Julgador** e deverão analisar os argumentos sustentados nas manifestações dos demais grupos e cada Julgador, individualmente, deverá votar fundamentadamente a favor do Fisco ou do Contribuinte, proferindo seu entendimento durante a “sessão de julgamento”.

➤ **Preparação para a Sessão de Julgamento**

Os grupos representantes do **Fisco** e do **Contribuinte** terão **15 minutos** para debaterem o caso concreto e formular uma *tese* que fundamente seu ponto de vista. É importante que cada grupo se atente, no final da descrição do caso proposto, ao enfoque específico de sua análise.

ATENÇÃO: Será necessário entregar um memorial ao final da atividade, de aprox. 1-3 laudas, que contará para fins de atribuição de nota.

Os grupos representantes do **Órgão Julgador** deverão igualmente debater o caso, identificando os temas e as controvérsias relacionadas com a matéria constitucional tributária no caso proposto.

➤ Sessão de Julgamento

Os grupos representantes do **Fisco** e do **Contribuinte** escolherão, cada um, voluntariamente, 01 de seus componentes para realizar *defesa oral* da tese elaborada. O tempo para a realização da defesa oral será de no mínimo 03 e no máximo 05 minutos. A ordem de apresentação será a ordem numérica dos grupos.

ATENÇÃO: Metade da nota do grupo inteiro será dada com base na sustentação oral do representante do grupo.

Cada representante do **Órgão Julgador** receberá 01 cédula de voto, onde deverá indicar (i) se seu voto é a favor do Fisco ou do Contribuinte; e (ii) o fundamento jurídico de seu voto, de forma concisa. Após todas as manifestações dos representantes do Fisco e do Contribuinte, serão concedidos 05 minutos para que sejam elaborados os votos.

Na sequência, os grupos representantes do **Órgão Julgador** julgarão, cada um, o mérito do caso, primeiramente o Grupo 09 e depois o Grupo 10. Cada membro do grupo julgador deverá ler seu voto brevemente, em 01-02 minutos.

Para cada grupo representante do Órgão Julgador será distribuída aleatoriamente 01 cédula de voto com a inscrição “Presidente”, que, no caso de empate, decidirá o mérito naquele Grupo.

ATENÇÃO: Metade da nota será atribuída a partir da avaliação dos votos e de sua fundamentação, e a outra metade será atribuída pelo desempenho do aluno ao proferir seu voto.

➤ Debates e Comentários

Após a sessão de julgamento, serão abertos os debates em sala. O Professor e os monitores participarão do debate, expondo seus pontos de vista e esclarecendo eventuais dúvidas, bem como analisarão os posicionamentos e os fundamentos jurídicos suscitados durante a atividade.

CASO PROPOSTO

“FUN N’WHERE S/A” é uma empresa sediada em São Paulo que, até 2012, se dedicava exclusivamente à atividade de TV por assinatura, via satélite, oferecendo um pacote de canais de programação infantil de reconhecida qualidade, atuando mais fortemente no Estado do Mato Grosso do Sul, onde se localiza a maior parte de seu mercado consumidor, equivalente a 65% de sua receita, totalizando R\$ 100.000.000,00 anuais de faturamento.

A partir de 2013, verificando a expansão do mercado de smartphone/tablets e das dificuldades de empresas de TV por assinatura de menor porte competirem no mercado, a “FUN N’ WHERE S/A” alterou sua forma de atuação, passando a atuar exclusivamente no mercado de filmes por *streaming*: (i) inicialmente, o cliente deve se cadastrar gratuitamente em seu *website*, registrando informações pessoais, do cartão de crédito e de preferências de programação infantil; (ii) após o cadastro, o usuário recebe um login e uma senha; (iii) o usuário deve, então, baixar gratuitamente o App “FunEveryWhere!”; (iv) ao inserir o login, passa a ser debitado uma mensalidade no valor de R\$ 25,00, passando a ter acesso pelo celular a qualquer quantidade de filmes e séries de TV de seus canais parceiros e conveniados, que poderão ser baixados e armazenados em modo off-line até o final do período da mensalidade. Inclusive, os programas assinalados como preferência são automaticamente baixados para o celular do assinante quando o aparelho se conectar a um sinal wi-fi Há,

ainda, uma opção pelo “*pacote full*” (custo de R\$ 40,00 mensais), no qual é instalado um aparelho receptor no domicílio do assinante, permitindo o acesso ilimitado de filmes também nos aparelhos de televisão em sua casa. Pela instalação do receptor e adesão ao pacote é cobrada uma tarifa única de R\$ 150,00.

A “FUN N’WHERE S/A” está cadastrada como contribuinte do ICMS no Estado de São Paulo, recolhendo o ICMS prestado na fração de 50% ao Estado de São Paulo e 50% ao Estado em que estiver localizado o tomador do serviço, em virtude de sua interpretação do art. 11, §6º da Lei Complementar nº 87/96. Também tem se apropriado do ICMS pago na aquisição de energia elétrica em seu estabelecimento, com fundamento no art. 155, §2º, I e II da CF/88, uma vez que sem ela, energia elétrica, não seria sequer possível realizar a sua prestação de serviços de comunicação, que demanda o constante funcionamento de seus servidões e equipamentos para transmissão via satélite de sua programação.

Em 2015, o Estado do Mato Grosso do Sul lavrou Auto de Infração e Imposição de Multa no valor de R\$ 8.000.000,00 (oito milhões de reais). O fisco daquele Estado autuou a empresa “Fun N’Where S/A” em razão do não pagamento do ICMS integralmente em seu Estado, com fundamento no art. 11, inc. III, “c-1” da Lei Complementar nº 87/96, que se trataria de norma especial a ser aplicada no caso concreto, exigindo o R\$ 5.500.000,00 que deixou de ser recolhido (aplicação da alíquota nominal de 27%). Na base de cálculo estão incluídos os valores de “taxas de adesão” pagas pelos tomadores de serviço localizados no Estado do Mato Grosso do Sul, representativo de R\$ 1.000.000,00 daquele montante, bem como valores cobrados, mas não adimplidos pelo consumidor, representativo de R\$ 500.000,00 daquele montante. Ademais, negou o direito a crédito de ICMS do contribuinte, pois a LC nº 87/96, em seu art. 33, com fundamento no art. 155, §2º, inc. XII, “c”, não autoriza o creditamento do ICMS hipótese acima, resultando em uma cobrança adicional de R\$ 2.500.000,00.

Inconformada, a empresa “FUN N’WHERE S/A” impugnou o auto de infração, que, em sede de processo administrativo, foi mantido integralmente. Assim, busca agora anular o crédito tributário, mediante o ajuizamento de ação anulatória.

Como **Representante do Contribuinte (Grupos 01, 03, 05 e 07)**, desenvolva argumentos que combatam o Auto de Infração lavrado, com foco no antecedente da Regra-Matriz de Incidência (inclusive sobre a própria materialidade da exação) (**grupos 01 e 05**) ou no consequente da Regra-Matriz de Incidência e nos aspectos relevantes do Princípio da Não-Cumulatividade (**grupos 03 e 07**). Também deverão ser explorados argumentos subsidiários, caso existentes, ainda que contrariem a tese principal.

Como **Representante do Fisco (Grupos 02, 04, 06 e 08)**, desenvolva argumentos que fundamentem o Auto de Infração lavrado, com foco no antecedente da Regra-Matriz de Incidência (inclusive sobre a própria materialidade da exação) (**grupos 02 e 06**) ou no consequente da Regra-Matriz de Incidência e nos aspectos relevantes do Princípio da Não-Cumulatividade (**grupos 04 e 08**). Também deverão ser explorados argumentos subsidiários, caso existentes, ainda que contrariem a tese principal.

Como **Representante do Órgão Julgador (Grupos 09)**, analise os argumentos desenvolvidos durante as manifestações dos representantes dos grupos representantes do Fisco e do Contribuinte e julgue o mérito da causa, fundamentadamente.

Ao contrário dos grupos que representarão o Fisco e o Contribuinte, a análise do mérito deverá ser integral, abrangendo a exação tributária como um todo.

BIBLIOGRAFIA

Cada grupo deve fundamentar seu posicionamento com base em, pelo menos, 04 (quatro) das leituras indicadas abaixo, sendo pelo menos 02 (duas) da bibliografia base e 02 (duas) da bibliografia específica. A indicação expressa da bibliografia utilizada pelo grupo na atividade escrita será levada em consideração na atribuição da nota.

BIBLIOGRAFIA BASE (ICMS-COMUNICAÇÃO)

- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 3ª Edição. São Paulo: Noeses, 2009, Segunda Parte, Capítulo 3, itens 3.3.6.4, pp. 739-749.
- MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS – teoria e prática*. 11ª Edição. São Paulo: 2009, Capítulo 3, pp. 138-175.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 13ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009, Capítulo IV, Item 4.1, pp. 173-201.

BIBLIOGRAFIA BASE (NÃO-CUMULATIVIDADE)

- ATALIBA, Geraldo; GIARDINO, Cleber. ICM e IPI: direito de credito, producao e mercadorias isentas ou sujeitas a aliquota "zero". *Revista de Direito Tributario*. Sao Paulo. v.12. n.46. p.73-89. out./dez. 1988.
- COSTA, Alcides Jorge. ICM, créditos, natureza jurídica, correção monetária. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo. v.12. n.45. p.37-44. jul./set. 1988.

BIBLIOGRAFIA ESPECÍFICA

- ÁVILA, Humberto . ICMS como imposto sobre o consumo. Inocorrência de prestação onerosa de serviço de comunicação no caso de inadimplemento do consumidor. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 186. São Paulo: Dialética, 2011, pp. 110-125.
- CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS-comunicação: sua não-incidência sobre a denominada tarifa de assinatura básica mensal - questões conexas. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 155. São Paulo: Dialética, 2008, pp. 84 e ss.
- CARRAZZA, Roque Antonio; BOTTALLO, Eduardo Domingos. Direito ao crédito de ICMS pela aquisição de energia elétrica utilizada na prestação de serviços de comunicação. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 119. São Paulo: Dialética, 2005, pp. 70 e ss.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Critério espacial e sujeição ativa no ICMS incidente nas atividades de TV por assinatura. In. *Derivação e positivação no direito tributário*. Volume II. São Paulo: Noeses, 2013, pp. 341-360
- CEZAROTI, Guilherme. A incidência (ou não) do ICMS sobre o serviço de TV a cabo. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 83. São Paulo: Dialética, 2002, pp. 43 e ss.
- SILVA, Rômulo Cristiano Coutinho da. O Alcance Constitucional da não Cumulatividade do ICMS. *Direito Tributário Atual*, n. 31. São Paulo: Dialética, 2014, pp. 162-176.
- WALD, Arnoldo; NISHIOKA, Alexandre Naoki. Da definição de serviços de comunicação para efeitos de incidência do icms: o caso da habilitação de telefone móvel celular. . *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 102. São Paulo: Dialética, 2004, pp. 22 e ss