



Acórdão nº 8.175

Sessão do dia 18 de novembro de 2004.

RECURSO VOLUNTÁRIO Nº 6.366

Recorrente: **CONSÓRCIO SITRAN-DATAPROM** (constituído pelas empresas **SITRAN – COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE ELETRÔNICA LTDA.** e **DATAPROM EQUIPAMENTOS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA INDUSTRIAL LTDA.**)

Recorrido: **COORDENADOR DA COORDENADORIA DE REVISÃO E JULGAMENTO TRIBUTÁRIOS**

Relator: Conselheiro **SANDRO MACHADO DOS REIS**

Representante da Fazenda: **SÉRGIO DUBEUX**

ISS – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – APLICAÇÃO DO ARTIGO 166 DO CTN

Comprovando-se a natureza do ISS envolvido na demanda, suportado diretamente pelo contribuinte, há de ser imposta a devolução do indébito, acrescido de correção monetária. Recurso Voluntário provido. Decisão unânime.

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS

R E L A T Ó R I O

Adoto o relatório da Representação da Fazenda, de fls. 296/297, que passo a transcrever:

“CONSÓRCIO SITRAN-DATAPROM (composto pelas empresas SITRAN COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE ELETRÔNICA LTDA. e DATAPROM EQUIPAMENTOS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA INDUSTRIAL LTDA.) já devidamente qualificado nos autos do presente, vem a este E. Conselho recorrer da decisão de 30/04/2003, às fls. 268, da Coordenadoria de Revisão e Julgamento Tributários, que **julgou improcedente** a impugnação apresentada ao despacho de fls. 222, denegatório de pedido de restituição do ISS.





Acórdão nº 8.175

DOS FATOS E DO DIREITO

O litígio originador do presente recurso voluntário inaugurou-se às fls. 222, quando a autoridade competente, a i. Senhora Diretora da 3ª Divisão de Fiscalização do ISS denegou o pedido de restituição de indébito do tributo, eventualmente existente a partir do pagamento à alíquota de 5% (cinco por cento), quando devido à base de 3% (três por cento), conforme o Ofício F/CIS n. 474, acostado, por cópia, às fls. 72/73.

Os serviços originadores do crédito tributário foram prestados à empresa municipal CET-RIO.

De se observar o quadro demonstrativo de fls. 76, que traduz, pormenorizadamente os elementos do indébito, ocorrido no período contínuo de abril de 1996 a janeiro de 1997.

Tal decisão teve por base a peça de fls. 205/215, aprovada pelo i. Sr. Procurador Geral do Município, que concluiu pela inviabilidade da restituição pleiteada. Tal conclusão se deu, em resumo, pela interpretação doutrinária e jurisprudencial do art. 166 do Código Tributário Nacional, dispositivo, esse, que obriga esteja o sujeito passivo autorizado pelo *contribuinte de fato* para a repetição do indébito ou prove não lhe ter havido o repasse do ônus tributário. O parecer acrescenta em suas conclusões que:

- 1) “ficou comprovada a assunção do encargo tributário pela empresa pública municipal;
- 2) “não há qualquer compensação financeira ou econômica concedida pelo requerente à CET-RIO, que permitisse cogitar-se da outorga de autorização ao mesmo, nos termos do artigo 166 do Código Tributário Nacional”;
- 3) “a outorga da autorização nos termos do artigo 166 do CTN à míngua de qualquer razoabilidade, estaria sujeita às sanções inerentes à improbidade administrativa ditadas pela Lei Federal 8.429/94”.

A Coordenadoria de Revisão e Julgamento Tributários, trilhando o mesmo caminho do parecer da Procuradoria, julgou improcedente a impugnação à negativa do pedido de restituição de indébito, o que resultou na peça de fls. 272/292, interposta a esta Colenda Corte como Recurso Voluntário, a qual passaremos a analisar.”

A Representação da Fazenda opina pelo improvimento do recurso voluntário.

É o relatório.





Acórdão nº 8.175

V O T O

Destacadas as questões de fato e de direito constantes do relatório, iniciemos o voto, sobretudo porque estamos diante de questão atípica, despida do critério razoável que comumente se encontra presente em teses jurídicas antagônicas.

Por primeiro, consignamos que abstinemo-nos de qualquer exame de mérito do tema, deixando de discutir quaisquer aspectos atinentes à efetiva viabilidade do pedido de restituição aqui tratado, cingindo-se apenas a questão processual atinente ao pedido de restituição de indébito; mais precisamente, a investigação acerca de quem possui capacidade postulatória para demandar, com o fito de repetir o indébito tributário, assim como sobre a aplicabilidade do art. 166 do Código Tributário Nacional à presente hipótese, como sustenta a Fazenda Municipal.

Ora, se de fato indevido o recolhimento, como já reconhecido pela própria administração (fls. 77/79), é claro que exsurge para o contribuinte o direito de repeti-lo, à luz do que dispõe o art. 165 do CTN. Mas que contribuinte: o "de fato" ou o "de direito"?

Entendemos, pois, que o sujeito passivo da obrigação tributária é quem pode requerer a restituição de tributo indevidamente pago. Nesse sentido, é esclarecedor o art. 121 do CTN:

"Art. 121 - Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei."

Assim, a sujeição passiva pode se dar tanto na hipótese de pessoa jurídica contribuinte, como no caso de mera responsável.





Acórdão nº 8.175

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, também já pacificou a questão referente à legitimidade para repetir. Entendeu a Corte, ao julgar os AGRESP nº 263.653 (pub. em DJ de 11/11/2002), que *o sujeito passivo (seja ele contribuinte ou responsável) é que está legitimado para repetir o indébito*. Confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - AGRAVO REGIMENTAL - IMPOSTO DE RENDA SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - LEGITIMIDADE ATIVA DO RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO - PRECEDENTES - NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL (ART. 557 DO CPC).

1. É pacífica a jurisprudência do STJ quanto à legitimidade da empresa, na condição de responsável pelo recolhimento do tributo, para propor ação visando a repetição do indébito (precedente da Primeira Seção no EREsp 152.044/SP."

2. Agravo improvido."

Portanto, a prevalecer o entendimento do STJ, só o sujeito passivo da obrigação tributária é que poderá repetir o indébito.

Com relação à autorização de que cuida o art. 166 do CTN, entendemos ser a mesma totalmente dispensável no caso sob exame, uma vez que estamos a tratar de Imposto sobre Serviços - ISS, imposto direto, no caso, não submetido à sistemática do aludido diploma legal. Resta pacificada na jurisprudência do STJ a premissa de que só os impostos indiretos (que, por sua própria natureza, comportam a transferência do encargo financeiro do tributo) é que se submetem à disciplina do art. 166 do CTN. Confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADICIONAL DO IMPOSTO DE RENDA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LEGITIMIDADE. RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO. INAPLICABILIDADE DO ART. 166, DO CTN.

(...)





Acórdão nº 8.175

2. O responsável tributário, que recolheu o adicional do imposto de renda, tem legitimidade para pleitear sua restituição, independentemente do cumprimento da imposição contida no art. 166 do CTN, que se dirige, apenas, aos tributos de natureza indireta. (...)”¹

É verdade que o STJ proferiu, em 24/05/2004 decisão – citada no Parecer da Representação da Fazenda – no sentido de que seria o art. 166 do CTN aplicável à hipótese de contribuição previdenciária. Nada obstante, entendemos que isso não significa uma mudança na orientação jurisprudencial da Corte, até porque é ela bastante tranqüila ao afastar a incidência da norma em caso de Impostos Diretos.

Observe-se, de toda forma, que a jurisprudência acima se amolda à perfeição ao caso ora em exame, visto que trata ela tanto da possibilidade de o responsável tributário requerer a restituição de imposto de renda indevidamente pago, como da dispensa da autorização tratada no art. 166 do CTN.

Ademais, a prevalecer a tese fazendária, estaríamos diante da negativa a todo e qualquer pedido de restituição de indébito, fazendo letra morta o art. 165 do Código Tributário Nacional, interpretação por demais irrazoável e assistêmica.

Também já entendeu o então Tribunal Federal de Recursos que a repercussão genérica aos consumidores, que suportam todos os componentes do preço, não equivale à transferência a que alude o art. 166 do Código Tributário Nacional.

Ademais, o item 7 da cláusula sétima do ajuste firmado é claro, bastante claro até, ao elucidar a quem coube o ônus do tributo.

Assim, por qualquer ângulo que se avalie a questão, mostra-se evidente, bastante até, o direito do contribuinte a obter a restituição daquilo que pagou a maior ou indevidamente, fazendo valer de forma efetiva princípios da Constituição que sujeitam o Estado a princípios de ordem pública, todos a recomendar a ação exemplar do Estado no cumprimento das normas jurídicas, notadamente daquelas que recomendar ao Estado a devolução daquilo que não lhe pertence.

Ante o exposto, e levando-se em consideração que o Estado deve servir ao cidadão e não dele se servir, DOU PROVIMENTO ao recurso voluntário, determinando a devolução da quantia pleiteada, acrescida de correção monetária, esta na forma da legislação de regência.

¹ AGRESP 469863/SP Ministro Relator: LUIZ FUX , publicado no DJ em 04.08.2003 p.00235





Acórdão nº 8.175

DECLARAÇÃO DE VOTO
Conselheiro **FERNANDO DA COSTA GUIMARÃES**

Entendo que o disposto no art. 166 do CTN se aplica ao ISS incidente sobre os serviços prestados por empresas e calculado sobre o respectivo faturamento.

Todavia, no caso, acha-se plenamente demonstrado que a própria recorrente suportou o encargo financeiro decorrente da utilização da alíquota mais elevada, uma vez que não majorou o preço cobrado pelos correspondentes serviços.

Voto, pois, pelo provimento do recurso voluntário, para determinar a restituição do valor pago indevidamente, ou seja, a diferença apontada, devidamente corrigida monetariamente, a partir do recolhimento indevido, e acrescida de juros não capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar, nos termos do parágrafo único do art. 167 do CTN.

DECLARAÇÃO DE VOTO
Suplente **EDUARDO LESSA BASTOS**
Subscrita pelo Conselheiro **PEDRO ANTONIO BATISTA MARTINS**

Acompanho o voto do ilustre Relator, entendendo, porém, que a repetição do indébito deva se realizar, não só com a correção monetária, como, também, com os juros legais de 1% ao mês, por aplicação analógica do artigo 161, § 1º, do CTN, entendimento este, inclusive, do próprio Supremo Tribunal Federal (RE 10.4309/SP. Relator Min. Moreira Alves):





Acórdão nº 8.175

“Taxa de juros da repetição do indébito fiscal. Ambas as Turmas desta Corte já firmaram o entendimento de que ‘aplicase a taxa de juros de mora, de um por cento ao mês, do parágrafo 1º do art. 161 do Código Tributário Nacional, não só ao crédito tributário, senão, ainda, a restituição do pagamento indevido’. Recurso Extraordinário conhecido e provido”.

Este é nosso entendimento.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que é Recorrente: **CONSÓRCIO SITRAN-DATAPROM** (constituído pelas empresas **SITRAN – COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE ELETRÔNICA LTDA.** e **DATAPROM EQUIPAMENTOS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA INDUSTRIAL LTDA.**) e Recorrido: **COORDENADOR DA COORDENADORIA DE REVISÃO E JULGAMENTO TRIBUTÁRIOS.**

Acorda o Conselho de Contribuintes, por unanimidade, dar provimento ao Recurso Voluntário, nos termos do voto do Relator.

O Conselheiro **FERNANDO DA COSTA GUIMARÃES** e o Suplente **EDUARDO LESSA BASTOS** apresentaram Declaração de Voto.

O Conselheiro **PEDRO ANTONIO BATISTA MARTINS** subscreveu a Declaração de Voto do Suplente **EDUARDO LESSA BASTOS**.





Acórdão nº 8.175

Ausente da votação o Conselheiro MARCO AURELIO ARRUDA DE OLIVEIRA, substituído pelo Suplente AQUILES FERRAZ NUNES.

Presente à votação o Suplente EDUARDO LESSA BASTOS, de acordo com o art. 30 combinado com o art. 27 do Regimento Interno do Conselho.

Conselho de Contribuintes do Município do Rio de Janeiro, 25 de novembro de 2004.

DENISE CAMOLEZ
PRESIDENTE

SANDRO MACHADO DOS REIS
CONSELHEIRO RELATOR

FERNANDO DA COSTA GUIMARÃES
CONSELHEIRO

EDUARDO LESSA BASTOS
SUPLENTE

