

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI

Julgado em

15/11/1980

IMPOSTO SOBRE SERVIÇO LANÇADO POR DECLARAÇÃO — SE À HIPÓTESE SE APLICA O PRINCÍPIO SIMULADO

RESUMO

- O venerável acórdão recorrido deu por suposto tratar-se de uma sociedade prestadora de serviços médicos, e como tal beneficiário de tratamento tributário especial, qual o previsto no § 3º do art. 9 do Decreto-lei nº 406/68, que tem réplica na lei estadual incidente, importando em que a base do cálculo se faça por meio de alíquotas, em relação a cada profissional associado. Daí ter tido como indevido o imposto cobrado, em demasia, pelo município, à revelia dessa preceituação, com base no preço do serviço, isto é, no faturamento global, e reconhecido, em consequência o direito à sua repetição. - Pretende a recorrente que o acórdão recorrido teria violado o art. 166 do CTN, ao dizer irrelevante a prova da restituição. Decerto, o venerável acórdão quis dizer recuperação, mas não veio efetivamente a equacionar o problema da repercussão do tributo, nem mesmo emergente dos termos da "litiscontestatio", devendo entender-se a sua proposição no particular como lógica decorrência da inexistência da premissa sobre a transferência do encargo tributário a terceiro, precedente necessário daqueloutra colocação. - Sem dúvida, nos termos do art. 166 do Código Tributário Nacional a exigência de prova de assunção do encargo tributário, para efeito de repetição do indébito, somente se dará nos tributos que comportem, por natureza, a sua transferência, ou seja, os impostos necessariamente indiretos. Daí a formulação da Súmula nº 546 que condiciona a restituição ao reconhecimento pela decisão de que o contribuinte "de jure" não tenha recuperado do contribuinte "de facto o quantum" respectivo. Mas, na verdade, o que se tem como implícito no acórdão recorrido, como antes referido, é que não se trata de caso de repercussão do imposto, por isso, fazendo-se valer a aplicação do princípio do art. 164, pelo simples fato do pagamento indevido pelo sujeito passivo. - Não seria possível, evidentemente, examinar, nesta instância, a matéria de fato. É permitido, porém, sob o crivo da interpretação do art. 166 do Código Tributário Nacional, estabelecer que bem andou o acórdão recorrido, pois embora o imposto sobre serviços possa, de modo genérico, suscitar a transferência do encargo a terceiro, essa hipótese não é passível de verificar-se na modalidade de incidência tributária que se tem em vista. O ilustre tributarista BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, em sua "Doutrina e Prática do ISS", excepciona, da caracterização indireta o imposto de serviço pessoal do contribuinte ou de atividades constantes da lista de serviço, exercidas por sociedades, concluindo a exposição sobre a repercussão desse imposto com a seguinte afirmação: "Tal classificação do ISS, como imposto indireto leva em conta a técnica normal de sua exigência: cada prestação de serviços exige uma nova fiscal de serviços e o pagamento do imposto. Na hipótese do ISS ser lançado por declaração caso dos profissionais liberais, v.g., não teremos as características, no ISS, de um imposto indireto, mas, sim, direto" (ob. cit., pág. 463, nota). - Esse correto entendimento deixa claro que é próprio mecanismo da espécie tributária que se mostra incompatível com o fenômeno da transferência do encargo, o que, portanto, afasta a incidência do art. 166 do CTN, como resulta do acórdão recorrido, sem que importe ter-lhe negado vigência. - - Pelo exposto, não conheço do recurso. Julgado em 16-11-1980 Revista Trimestral de Jurisprudência. Agosto, 1981 - Vol. 97 - Pág. 921 (*) "Cabe a restituição do imposto pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte de jure não recuperou do contribuinte "de facto o quantum respectivo"."

("EMENTÁRIO FOR

EMENTA

Tratando-se, no caso, de ISS lançado por declaração, não há que falar em transferência do encargo tributário, afastada a incidência do art. 166 do Código Tributário Nacional.

NOTA DA REDAÇÃO

Revista Trimestral de Jurisprudência