

MANDADO DE SEGURANÇA

PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO

Tribunal

TFR

TRIBUTÁRIO — VENDA DE REVISTAS E PERIÓDICOS - ISS - RECOLHIMENTO INDEVIDO - IMUNIDADE - RESTITUIÇÃO - ART. 165/CTN - ART. 166/CTN - ART. 150/CF

EMENTA

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DAª VARA DA FAZENDA PÚBLICA E CONCORDATAS DA COMARCA DE - ESTADO DO, pessoa jurídica de direito privado regularmente inscrita no CNPJ/MF sob n.º ..., inscrição Municipal, com sede na Rua n.º ..., na Comarca de ..., neste ato representado por seu sócio gerente Sr., RG n.º e CPF n.º ..., residente e domiciliado na Rua n.º ..., na Comarca de ..., por seu procurador infra-assinado, instrumento de mandato incluso (doc.), com escritório profissional na Rua n.º ..., na Comarca de ..., onde recebe notificações e intimações, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, ajuizar a presente AÇÃO ORDINÁRIA DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO em face da, Estado do, pessoa jurídica de direito público, com domicílio de conhecimento deste Juízo, com fundamento no inciso I do artigo 165 do CTN e nos termos dos artigos 282 e ss. do CPC, sem prejuízo das demais normas da legislação aplicável e dos doutos e indispensáveis suprimimentos do eminente julgador. I - DOS FATOS A Autora é empresa que atua no ramo de edição e publicação de periódicos, revistas para empresas, conforme pode-se extrair do objeto do contrato social (doc.). Assim, edita, publica e vende através de assinaturas suas revistas voltadas para o público empresarial, conforme modelo em anexo (doc.). Todavia, equivocadamente, durante o período de a emitiu Notas Fiscais de Prestação de Serviços, Série "F", destacando e recolhendo indevidamente o ISSQN, Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência Municipal, sem, todavia, qualquer respaldo legal para tal procedimento. Obrou, assim, em erro ao pagar um imposto o qual não era devido, vindo neste ato requerer a restituição dos valores recolhidos a título de ISSQN indevidamente pagos aos cofres Públicos do Município de II - DO DIREITO II.1 - DO FATO GERADOR DO ISSQN O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) tem por fundamento legal a Constituição Federal em seu artigo 156, inciso III, in verbis: Art.156 - "Compete aos Municípios instituir impostos sobre: Inciso III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art.155,II, definidos em lei complementar. " A venda de periódicos nada mais é do que venda de mercadorias e não prestação de serviços, não havendo que se falar em hipótese alguma em fato gerador do Imposto Municipal (ISSQN). Desta feita, as operações realizadas pela Autora (venda de periódicos, boletins, informativos, etc.) não constitui de forma alguma em fato gerador do Imposto Municipal (ISSQN), sendo o seu destaque e o posterior recolhimento completamente equivocados e indevidos, dando ensejo ao pedido de restituição dos valores recolhidos indevidamente aos cofres municipais. II.2 - DA LEGITIMIDADE ATIVA PARA PLEITEAR A REPETIÇÃO DE INDÉBITO Mister faz-se demonstrar a legitimidade da Autora para pleitear a repetição dos valores recolhidos indevidamente a título de ISS em favor do Município de Antes do advento do artigo 166 do CTN, o problema da restituição dos tributos chamados indevidos criou uma forte discussão. O Supremo Tribunal entendia inicialmente não caber a restituição do tributo indireto em virtude da Súmula 71: "Súmula 71 - Embora pago indevidamente, não cabe restituição de tributo indireto." Daí se entendia que sempre havia a translação para o consumidor a carga tributária, impossibilitando a restituição. Todavia este entendimento foi aperfeiçoado pela Súmula 546: "Súmula 546 - Cabe restituição do tributo pago, indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte de jure não recuperou do contribuinte de fato o quantum respectivo." O artigo 166 do CTN distanciou-se da Súmula 71, permitindo a restituição por quem assumiu o encargo, ou, se transferiu, estava autorizado para tanto. O citado artigo 166 do CTN prescreve o seguinte: "Artigo 166 - A restituição de tributos que comportem, por sua natureza,

transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido, estar por este expressamente autorizado a recebê-la." Para explicar a regra contida no artigo 166 do CTN fomos buscar o insigne mestre em direito Dr. Brandão Machado, em seu trabalho Repetição do Indébito no Direito Tributário (1984:86-87), citado por Dejalma de Campos, in Direito Processual Tributário, Editora Atlas, pág. 97, que nos ensina: "Se o 'SOLVENS', ao cobrar o preço de seus bens ou ser