

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS

FORNECIMENTO MÚSICA EM RESTAURANTE

Recurso

RE 44.115

AÇÃO ORDINÁRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA — CUMULAÇÃO - QUANDO SE LEGITIMA

RESUMO

- O acórdão recorrido assim decidiu a questão: "... A autora busca com a procedência da ação a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que autorize a exigência do recolhimento do ICMS relativo à energia elétrica, condenada a Fazenda do Estado a restituir os valores pagos em março de 1989. A digna magistrada prolatora da r. decisão recorrida houve por bem decretar a carência da ação sob o fundamento de inexistir relação jurídico-tributária entre a autora e a E. e muito menos com a Fazenda do Estado, suportando a autora o ônus tributário como contribuinte de "facto", sendo a E. contribuinte de "jure".

- A r. decisão recorrida não pode, no entanto, subsistir. Como ensina RUY BARBOSA NOGUEIRA, "na impossibilidade de atingir o contribuinte natural, o legislador admite ainda como sujeito passivo, o 2º Responsável - quando sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei. Observe-se que o responsável é um terceiro em relação ao contribuinte, mas não alheio ao fato gerador. O art. 128 do CTN prevê que seja uma pessoa vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação e que indicado o responsável, a lei pode excluir a responsabilidade do contribuinte ou atribuir a este em caráter supletivo, o cumprimento total ou parcial da referida obrigação. Observe-se que o art. 128 ao se referir à pessoa vinculada ao fato gerador, compreende a vinculação tanto "de facto" como "de direito", pois não as distingue e no projeto estava mesmo vinculada de fato e ou de direito ao respectivo fato gerador (art. 164 do projeto) e foi apenas resumida a redação" ("Curso de Direito Tributário", pág. 149, Ed. Saraiva). - Nesse diapasão o Colendo Supremo Tribunal Federal decidiu que "a restituição dos tributos indiretos, pagos pelo primeiro consumidor, somente por este, ou mediante sua autorização pode ser reclamada" (R. E. 44.115). - Assim porque suporta ela o ônus ou encargo do tributo relacionado ao consumo de energia elétrica, é evidente que está legitimada e com exclusividade a pleitear a repetição do imposto que entende ser indevido. - Com propriedade, aduz a recorrida em suas contra-razões: "O "punctum pruriens" reside no reconhecimento da "legitimatío ad causam", nada mais. Não se discutiu a aplicação ou não aplicação do artigo 121 do Código Tributário Nacional. Todavia, admitindo que se traga à baila a discussão da figura do contribuinte, nota-se que a Recorrente contradiz a orientação dada pela C.T.S.F. SP através das Respostas à Consulta nº 001/90 e nº 500/90, sendo de ressaltar a atribuição que deu aquela da condição de contribuinte à consulente, nestes termos: "4.3 - Embora não haja norma a respeito na legislação tributária do Estado de São Paulo em vigor, é de todo conveniente que a consulente se muna de elementos capazes de justificar os cálculos que a levariam à cifra lançada, como crédito, nos livros fiscais, tais como: planilhas de apropriação dos quilowatts consumidos e laudo técnico emitido por perito. Desse modo, caso seja interpelado pelo Fisco, poderá o contribuinte justificar-se dos critérios utilizados, cabendo, entretanto, à autoridade fiscal, aprovar ou não os lançamentos efetuados." - Pedindo vênias, junta a publicação das respostas acima, constantes da IOB Informações Objetivas - Bol. 33/90-SP, págs. 567/568. - Se a Recorrida pode se valer - como a consulente acima referida - do princípio da não cumulatividade, é por não ser ela consumi dora, mera contribuinte de fato, mas legítima contribuinte!" - Inexistente a irrogada contrariedade ao acórdão, não conheço do recurso. Ac. de 07-11-1994 Revista do Sup. Tribunal de Justiça - Abril de 1995 - Nº 68 - Pág. 221 EMFOR 570

EMENTA

"A restituição dos tributos indiretos, pagos pelo primeiro consumidor, somente por este, ou mediante sua

autorização, pode ser reclamada" (RE 44.115). Assim, porque suporta a autora o ônus ou encargo do tributo relacionado ao consumo de energia elétrica está ela legitimada a pleitear a repetição do imposto que entende indevido.