MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Processo N.º 10.168/000.886/85-13

MAPS

Sessão de 19 de maio de 19 86 ACORDÃO N.º CSRF/02-0.199

Recurso n.º RP/201-0.191

Recorrente FAZENDA NACIONAL

Recorrida 1ª CÂMARA DO 2º CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Sujeito Passivo: BANCO FRANCÊS E BRASILEIRO S/A

IOF - OPERAÇÕES DE SEGURO - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - A transferência do encargo financeiro (CTN, art. 166), tendo em vista a natureza do tributo, deve ser resolvida em termos jurídicos, observada a legislação específica. Não comportando o IOF sobre seguros, por sua natureza jurídica, transferência do crédito tributário, é de ser aceita a presunção de que o ônus foi suportado pelo contribuinte. Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto pela FAZENDA NACIONAL.

ACORDAM os Membros da Câmara Superior de Recurso Fiscais, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso especial, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Sala das Sessões, em 19 de maio de 1986

AMADOR OUTEREIRO FERNÁNDEZ - PRESIDENTE

ROBERTO BARBOSA DE CASTRO - RELATOR

LUIZ FERNANDO O. DE MORAES - PROCURADOR-REPRESENTANTE DA FAZENDA NACIONAL

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros HAROLDO BRAGA LOBO, SÉRGIO GOMES VELLOSO, HAMILTON DE SÁ DANTAS, JOSÉ FAÇANHA MAMEDE, SEBASTIÃO BORGES TAQUARY e SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Processo N.º 10.168/000.886/85-13

Recurso n.º: RP/201.0.191

Acordão n.º: CSRF/02-0.199

Recorrente: FAZENDA NACIONAL
Recorrida: 1ª Câmara do 2º Conselho de Contribuintes
Sujeito Passivo: BANCO FRANCÊS E BRASILEIRO S/A

R E L A T Ó R I O

Recorre o Procurador-representante da Fazenda Nacional, em nome do Banco Central do Brasil, da decisão majoritária da 1ª Câmara do 2º Conselho de Contribuintes que, acolhendo pleito fundado no entendimento jurisprudencial de inconstitucionalidade, autorizou repetição de IOF pago com alíquota majorada no exercício de 1980 relativamente a contratação de seguro para cobertura de equipamentos.

A decisão recorrida tem a seguinte ementa:

"IOF - RECOLHIMENTO INDEVIDO (inconstitucionalidade da exigência, no ano da instituição- princípio da anterioridade). Presunção de que o encargo tributário foi suportado pelo contribuinte. Restituição devida. Recurso provido".

Insurge-se o Procurador-representante apenas quanto à parte que aceitou a presunção de que o encargo tributário foi suportado pelo contribuinte. Argumenta ter havido distorção do sentido do art.166 do CTN, corroborado pela Súmula 546 do STF, pelos quais, quando for o caso de tributos que comportem transferência do respectivo encargo financeiro, a restituição somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo. E que se exige disso prova concreta e não presunção, somente sendo esta admissível quando prevista pela própria lei, o que não é o caso. Cita comentários doutrinários de Jorge Saadi Filho e por último discorda do relator, que atribui à fiscalização a obrigação de provar

que o contribuinte não arcou com o tributo. Seria isso uma inversão do ônus da prova.

O sujeito passivo apresentou tempestivas contra-razões, em que defende ser o artigo 166 do CTN voltado para o caso dos impostos chamados indiretos, enquanto que o imposto de que se trata não é indireto e incidiu sobre o financiamento de seguro de bens incorporados ao seu patrimônio, com a finalidade exclusiva de assegurar bens de uso próprio, protegendo-os de eventuais danos.

Assim, não vê como o tributo seja repassado pelo contribuinte de fato. Cita Aliomar Baleeiro, para quem se configura o imposto indireto quando há o repasse do imposto mediante acréscimo do seu valor no preço do produto vendido, no caso não há que falar em presunção pois os bens assegurados pertencem ao contribuinte de jure, o que, por si só, exclui a repercussão do ônus do tributo para o contribuinte de fato.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR, CONSELHEIRO ROBERTO BARBOSA DE CASTRO

Como visto no relatório, o objeto do recurso limita-se à habilitação do contribuinte para receber a devolução do indébito, nos termos do artigo 166 do CTN. Ultrapassada está, mesmo porque declaradamente não discutida pelo recorrente, a tese da cobrança indevida do IOF, por inconstituicional, no ano de 1980. O que o recorrente demanda desta Câmara é o pronuciamento acerca da presunção, acolhida pelo relator do acórdão recorrido, de que o recorrente assumiu o ônus do tributo indevido, não o repassando a terceiros.

Poder-se-ia dizer, para abreviar a querela, que a preocupação do digno Procurador se prende mais a matéria de prova que de direito. Como se viu, inconforma-se ele por ter o relator decidido pela devolução do IOF a partir de presunção de prejuízo do "solvens", dispensando-se de buscar elementos materiais probantes satisfatórios (a Juízo do recorrente). Mais precisamente, o

segue

dissídio decorre das seguintes palavras do relator:

> *"Não é o caso dos autos, porém. O câmbio para contratação de seguros para cobertura de equipamentos implica em presunção, não afastada pela fiscalização, de que o próprio contribuinte arcou com o ônus do tributo, o qual, indevido, lhe deve ser restituído".*

Das duas, uma. Ou bem o recorrente não se conforma com a idéia do relator, de que, supostamente aceitando as provas dos autos de que se trataria de seguros de equipamentos de uso próprio e que isso automaticamente estabelece a presunção - não contestada pela instrução - de oneração do contribuinte, ou bem o recorrente desvaloriza as provas (documentos de seguro, apólice,etc) como suficientes para provar o uso próprio dos bens segurados.

Parece-me que se trata bem mais da primeira hipótese, pois o Procurador-representante não contesta ou avalia especificamente a documentação , baseando sua argumentação a partir do relator. Este, a sua vez, enseja a dúvida ante o laconismo de sua expressão.

Diz ele: " o câmbio para contratação de seguros para cobertura de equipamentos implica a presunção..." Partiu ele da premissa, logicamente assentada na documentação autuada,de que a operação de seguro se fez para cobertura do equipamento - daí por diante, tudo seria decorrência.

Diz ele também, provocando a reação do recorrente que a presunção da assunção dos ônus pelo contribuinte não fora afastada pela fiscalização. Vejo às fls. 59, documento de informação assinado por Auditor do Banco Central,denominado "Estudo-resumo", onde se vê: II-dados passíveis de comprovação, quesito 2:"o contribuinte foi ressarcido do valor do imposto? Resposta: "não".

Em suma, se a preocupação do ilustre Procurador se prende à matéria de prova, creio ser o caso de se lhe não dar razão. Pelos documentos acostados se vê que ocorreu o seguro de equipamentos e que o Auditor do órgão fiscalizador declarou que o contribuinte não foi ressarcido do valor do imposto.

Verdade, porém, que a questão de fundo, a meu ver muito, mais doutrinária que jurídica, vem suscitando controvérsia entre os tributaristas.

segue-

Reza o artigo 166 do Código Tributário Nacional:

> *"A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-lo".*

Costuma-se ver, aí, a preocupação legislador em evitar a expressão "imposto indireto", provavelmente por conta das próprias imprecisões conceituais dela decorrentes. De fato, a maioria dos estudiosos indica a circunstância de que muitos impostos podem ser ora diretos, ora indiretos, ficando o estudo particular das características legais de cada um - ou seja, de "sua natureza" - como meio e a oportunidade de estabelecer sua natureza singular. Quer uma respeitável corrente que, em essência, todos os impostos comportam transferência de seus encargos financeiros. Integrando direta ou indiretamente a estrutura de custos dos produtos e afetando a margem de lucro do vendedor, na generalidade dos tributos se poderia encontrar o fenômeno da translação, em princípio reservado apenas aos tributos indiretos.

Em primeira abordagem, tem-se que tal pensamento levaria a dois corolários conflitantes com a ordem jurídica particular para a espécie.

Primeiro, o de que o artigo 166 labora no vácuo ao discriminar o comando em relação àqueles "tributos, que comportem, por sua natureza ..." Ora, se todos os tributos, "por sua natureza", do ponto de vista estritamente econômico, comportam transferência dos ônus respectivo, não heveria motivo para o legislador preocupar-se em discriminar o que não é discriminável. Por outro lado, sabe-se que a lei não contém, em princípio, palavras inúteis.

O segundo corolário seria o de que, dispondo o Código que não se restitui tributo indevido cujo encargo finan-

segue ...

financeiro se transfere, seguir-se-ia o absurdo jurídico que à Fazenda Pública seria lícito repelir com razão a pretensão do contribuinte "de jure" de reaver qualquer tributo indevidamente pago. É evidente que essa conclusão, embora lógica, não atenderia à finalidade prática da norma, que estaria, ademais, em conflito com o disposto no artigo 165 do próprio CTN, que assegura o direito à restituição.

Quer outra corrente que sempre há a repercussão de qualquer tributo - seja direto ou indireto - no custo dos produtos, mas não necessariamente no preço dos produtos, que este é função das forças intervenientes no mercado, o que levaria à conclusão, também juridicamente inválida, por desmentir a disposição legal, de que jamais há transferência do encargo financeiro do tributo, qualquer que seja a sua natureza.

Assim vistos de maneira extremamente sumária, são contudo suficientes os principais argumentos dos que pretendem a interpretação puramente "econômica" do artigo 166 do CTN, para reforçar a convicção do relator de perfilhar, ao contrário, com a tese predominante entre os tributaristas (ver Caderno de Pesquisas Tributárias nº 08 - Repetição do Indébito - Ed. Resenha Tributária, 1983) de que a determinação da transferência do encargo financeiro, tendo em vista a natureza do tributo, deve ser resolvida em termos jurídicos, atenta à legislação de cada imposto, irrelevante o fato econômico da repercussão que, como visto, se levada a seus últimos efeitos, atinge - ou, contraditoriamente, não atinge - todos os impostos, invalidando a distinção proposta no Código Tributário.

A propósito, sustenta JOSÉ CARLOS GRAÇA WAGNER:

> *"A norma (art. 166), por sua vez, não se refere à natureza do fenômeno econômico que dá base a tributação, mas se refere aos tributos cuja natuza, ou seja, refere-se à natureza do tributo e, por tanto, à sua própria definição jurídica - aquilo que o identifica juridicamente" (obra citada, pag. 94).*
>
> *"O artigo 166 não se refere à repercussão econômica mas encargo financeiro. Não se refere também a contribuinte de fato a consumidor ou adqui*

segue -

adquirente, mas a terceiro ao qual tenha sido transferido o encargo " (obra citada, pág. 97).

"O IOF não comporta por sua natureza jurídica a transferência do pagamento do crédito tributário a terceiro, nem a assunção por terceiro, de seu pagamento, automaticamente" (obra citada, pág. 100).

Na mesma linha de argumentação, ZELMO DENARI cita GIANINI:

"Com o habitual descortínio, GIANINI observa que a translação, vale dizer, a transferência do encargo financeiro, se diz manifesta quando é possível dissociar o imposto incorporado ao preço da mercadoria, permitindo reembolso da soma paga a título do tributo; se diz oculta quando o imposto compõe o preço da mercadoria, sem a possibilidade de dissociação". (obra citada, pág. 124).

LEO KRAKOWOIAK faz a seguinte distinção entre tributos repercutíveis ou não:

"Em conclusão entendemos que o critério jurídico para identificar os tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro, é determinado pelo exame do respectivo fato gerador, em cada situação concreta, de modo que:

a) só comportarão transferência os "tributos cujo fato gerador envolva uma dualidade de pessoas que revistam a condição de contribuinte de direito e de fato, de modo que quando de sua ocorrência o ônus financeiro do imposto é transferido diretamente do contribuinte de direito para o contribuinte de fato.

A contrário senso, não havendo essa dualidade de contribuintes, de sorte que o contribuinte de direito assume também a qualidade de contribuinte de fato, não há que se falar em transferência do encargo financeiro do imposto" (obra citada, pág. 211).

E conclui, especificamente quanto ao IOF:

"Com efeito, por ocasião da venda da moeda estrangeira que caracteriza o pressuposto fático da incidência do IOF, o vendedor que poderia em tese ser o contribuinte de direito que transladaria o ônus do imposto ao comprador da moeda estrangeira, é mero responsável, de tal sorte que o comprador, tendo sido eleito contribuinte de direito reveste, também, a condição de contribuinte de fato, pois é ele o único contribuinte que participa da operação tributada.

Em consequência, o IOF incidente sobre opera-

segue-

operações de câmbio e imposto ao qual não se aplica o art. 166 do CTN, pois em virtude do seu fato gerador e da indicação do contribuinte, o imposto em causa não comporta, por sua natureza, a transferência do respectivo encargo financeiro.

Portanto, se eventual repercussão ocorre, não será direta ou jurídica, mas indireta e meramente econômica, o que é irrelevante para os fins do artigo 166 do CTN em causa".

De colher também a opinião de Brandão Machado (Repetição do Indébito no Direito tributário, in DIRETO TRIBUTÁRIO, Editora Saraiva, 1984), quando discorre sobre a incompatibilidade do preceituado no CTN com as interpretações econômicas do artigo 166:

"Para salvar o texto do código, a norma do artigo 166 há de entender-se no sentido de que a transferência do ônus financeiro a que se refere há de ser a que pode ocorrer num negócio bilateral, em que o contribuinte cobra, integrado ou diluído no preço do negócio, o montante do tributo. Mas só essa condição não seria suficiente para definir o tributo restituível, poque, se até o imposto de renda é transladável, bastaria que o contribuinte o computasse no custo de seus bens ou serviços para tornar injustificável a sua devolução. Para que o terceiro seja co-titular do direito ao tributo restituendo, (o Código exige a sua autorização se não provar a sua absorção), é necessário que o tributo tenha origem no negócio bilateral de que tenha participado. Em outras palavras: a norma do Código confere ao terceiro co-titularidade, porque presume juris-tantum a transferência do tributo indevido que resultou do negócio em que se envolveram contribuinte e terceiro isto é se do fato gerador do tributo restituendo não participa o terceiro, não se aplica a restrição do código. Assim, entre outras hipóteses, não se aplica na repetição do imposto sobre operações de câmbio, porque, ainda quando o contribuinte possa transferir o ônus financeiro, os terceiros não participam do evento que constituiu o seu fato gerador".

São as razões mais que suficientes, às quais, mesmo assim, poderiam ser agregadas dezenas de outras consubstanciadas em opiniões de doutos tributaristas, que me levam a negar fundamento ao RE do ilustre representante da Fazenda Nacional, na parte que se insurge quanto à admitida presunção de que o "solvens" suportou o encargo financeiro do tributo que ele mesmo concordou ter sido indevidamente pago, porque inconstitucional sua

segue ...

cobrança no mesmo exercício da instituição.

A presunção, a meu modo de ver, decorre da própria natureza jurídica do tributo. Se se trata de imposto incidente sobre seguro realizado para proteger o patrimônio do próprio contribuinte, concordo em que ele foi provavelmente lançado como despesa da empresa, vale dizer, como parcela de custo de seus produtos-como, aliás autoriza a legislação do imposto de renda de modo geral, com relação a outros tributos, mas nem por isso concordo em que o contribuinte tenha que provar que não transferiu o seu encargo.

Mesmo porque, cairíamos no círculo vicioso já abordado em páginas atrás, de que todo tributo é transferível na estrutura de custos mas a valoração jurídica puramente do reconhecimento desse fato econômico, levaria à negação do comando legal.

Nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 19 de maio de 1986

ROBERTO BARBOSA DE CASTRO