

Acórdão : 14.823/01/3^a
Impugnação : 40.010053629-38
Impugnante : Recomvisa Materiais de Construção Ltda
PTA/AI : 16.000006967-61
Advogado : Benedito Antônio Dinis Leite/Outros
IE/SEF : 186.274932.0090
Origem : AF/Contagem
Rito : Ordinário

EMENTA

RESTITUIÇÃO - AIR - Caracterizada a ilegitimidade da Impugnante para postular a restituição do AIR, consoante o artigo 166 do Código Tributário Nacional, por não restar devidamente comprovado que a mesma suportou o ônus financeiro da tributação sem repassá-lo a terceiros. Correto o indeferimento da restituição pleiteada. Impugnação improcedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Recomvisa Materiais de Construção Ltda, por seu procurador, apresentou junto à AF/Contagem, em 25/11/96, pedido de restituição de AIR, retido sobre os rendimentos das aplicações financeiras e quitado em razão do IRPJ.

O pedido foi analisado pelas repartições fazendárias competentes e o indeferimento comunicado ao Requerente em 04/05/98.

Inconformada com o indeferimento da restituição, a requerente impugna tempestivamente o ato, fls.43/46, por intermédio de procurador regularmente constituído.

- Afirma que a Impugnante interpôs perante a AF/Contagem o pedido de restituição de AIR incidente sobre os rendimentos de aplicações financeiras, bem como sobre quantias relativas ao IRPJ;
- Diz que a ocorrência dos recolhimentos foi devidamente provada nos autos e que, da mesma forma, ficou demonstrado o direito da Impugnante à restituição do tributo, uma vez que a Lei n.º 9.751/88 foi declarada inconstitucional pelo STF;
- Cita Acórdão do CC/MG, onde a Egrégia “Câmara Superior” realça o entendimento de que a decisão do STF tem eficácia erga omnes, com efeitos ex tunc, “o que

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

equivale dizer que a norma assim declarada inconstitucional desaparece do mundo jurídico, como se nunca houvesse existido”;

- Afirma que, de forma indevida, o Fisco classificou o AIR como imposto indireto, conforme doutrina, sendo o IRPJ imposto classificado como direto, nada mais lógico que o AIR também o seja, dentro do princípio de que o acessório segue o principal, sentencia que, sendo o AIR tributo direto, não há que se provar a repercussão financeira, uma vez que o contribuinte é quem suporta o encargo do imposto;
- CC/MG em várias decisões têm se manifestado pela procedência do pedido, pela análise do repertório jurisprudencial juntado aos autos, apresenta pedido de prova pericial, formalizando quatro quesitos e requer a procedência da Impugnação.

O Fisco, em manifestação de fls. 62/63, refuta as alegações da defesa:

- Argumenta que a discussão no processo está centrada na legitimidade da empresa postular a restituição do AIR, a teor do artigo 166 do CTN, todo ato ou fato ocorrido na empresa é levado a lançamento na escrita contábil, e que, desta forma, a despesa inerente ao recolhimento do imposto foi lançada a crédito da empresa, evidenciando, assim, pelo princípio da repercussão econômica, que a Requerente não sofreu o ônus do pagamento, transferindo-o ao custo operacional e/ou mercadoria e, conseqüentemente, pulverizando-o entre seus clientes e pede a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal indeferiu o pedido de prova pericial e, em parecer conclusivo e fundamentado opina pela improcedência da impugnação.

DECISÃO

A decisão acatou os fundamentos da Auditoria Fiscal, bem como suas razões. “Versa o presente processo sobre Pedido de Restituição de Valores recolhidos a título de Adicional no Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza – AIR, instituído em Minas Gerais pela Lei nº 9.751/88, posteriormente declarada inconstitucional pelo STF.

O indeferimento ao pedido teve como premissa o não atendimento ao disposto no art. 166 do CTN, cuja regra determina que “a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferências 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 este expressamente autorizado a recebê-la.”

O Impugnante insurgiu contra o ato por entender que o AIR é imposto classificado como direto, uma vez que o IRPJ assim se classifica e o AIR dele é acessório.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco, citando o Professor Aliomar Baleeiro, diz que “a repercussão é condicionada por diversas variáveis, das quais as mais importantes se prendem à lei da oferta e da procura e às circunstâncias da conjuntura econômica”, “de modo que, o repasse do encargo pode acontecer ou não, em relação a um mesmo imposto, sendo pois um fenômeno mutável, em que o contribuinte de direito transfere a carga para o contribuinte de fato, que vai suportar, em definitivo, o fardo do tributo”.

Tratando-se, portanto, de empresa comercial, o contribuinte ao formular sua política de preços, leva em consideração os custos das mercadorias e os encargos que deverão ser repassados aos cofres públicos dos entes tributantes. Desta forma, ao estabelecer a margem de lucro para o seu mix de produtos, o comerciante, ainda que de rudimentar organização, imbutirá no seu custo todas as despesas, inclusive aquelas que serão apuradas no futuro, ainda não realizadas, sob pena de não o fazendo, deixar o caixa sem suporte financeiro para cumprimento das obrigações comerciais, fiscais e sociais. Desta forma, em última análise, quem suporta todos os encargos é o consumidor, tornando-se, portanto, o contribuinte de fato.

Assim, “para que possa o comerciante postular a repetição do que pagou indevidamente não basta que comprove o ilícito enriquecimento do fisco, mas que tal haja acarretado seu empobrecimento ou que expressamente autorizado a fazê-lo pelo contribuinte *de facto* a quem repassado o encargo.”¹

Não vieram aos autos a comprovação de que a prática comercial da Requerente desonerava o seu cliente da carga tributária, ainda que a pagar após o fechamento contábil. Neste caso, não restou comprovada a assunção do ônus do pagamento do AIR, devendo ser mantido o indeferimento ao pleiteado. Neste sentido, decidiu o TJSP:

RT 638/102, TJSP:

NEGANDO A REPERCUSSÃO MAS NÃO COMPROVANDO POR LIVROS CONTÁBEIS E FISCAIS, O CONTRIBUINTE ESTABELECE PREMISSE POSITIVA – A DE QUE SEU PATRIMÔNIO FOI ATINGIDO PELOS ENCARGOS FISCAIS – QUE A ELE CABE DEMONSTRAR, POIS QUE FATO CONSTITUTIVO DE SEU DIREITO (ART. 333, I, DO CPC, C/C O ART. 166 DO CTN). ABSTENDO-SE DESSA PROVA, SERÁ CARECEDOR DA AÇÃO REPETITÓRIA.

Se alguma dúvida ainda persistir quanto ao enquadramento do AIR, no tocante à sua classificação e suporte financeiro do tributo pelo contribuinte-consumidor, vale a pena transcrever o voto do Eminentíssimo Desembargador Rubens Xavier Ferreira, na Apelação nº 44.233/5, do TJEM, a saber:²

“DIANTE DO DILEMA IRREDUTÍVEL ENTRE ENRIQUECER-SE SEM CAUSA A FAZENDA COM A NÃO DEVOUÇÃO DO TRIBUTO, INDEVIDAMENTE COBRADO, E ENRIQUECER-SE SEM CAUSA O CONTRIBUINTE, QUE NÃO TIVESSE SUPORTADO, COM A TRIBUTAÇÃO ILEGÍTIMA, QUALQUER

¹ In Anotações ao Código Tributário Nacional – Decomain Pedro Roberto - São Paulo – Saraiva – 2000.

² Citado pelo Fisco à fl. 30.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DIMINUIÇÃO EM SEU PATRIMÔNIO, SER SEMPRE PREFERÍVEL OPTAR-SE PELO ENRIQUECIMENTO DA FAZENDA, JÁ QUE A ATUAÇÃO DO ESTADO TEM PÔR FIM A SATISFAÇÃO DO INTERESSE DA COLETIVIDADE E CONSTITUI, PORTANTO, DOS MALES O MENOR.

SERIA MENOS JUSTO PROPORCIONAR-LHE UM SOBRELUCRO SEM CAUSA, PARA SEU PROVEITO PESSOAL, DO QUE DEIXAR ESSE VALOR EM PODER DO ESTADO, QUE PRESUMIVELMENTE JÁ O TERÁ EMPREGADO NA MANUTENÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS E NA SATISFAÇÃO DOS ENCARGOS DIVERSOS QUE ONERAM O TESOIRO EM BENEFÍCIO DA COLETIVIDADE.

SE O DILEMA É SANCIONAR O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA, QUER A FAVOR DO ESTADO, COM A CARÊNCIA OU IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO, QUER A FAVOR DO CONTRIBUINTE, SE FOR JULGADO PROCEDENTE O PEDIDO, NÃO HÁ QUE HESITAR: IMPÕE-SE A PRIMEIRA ALTERNATIVA, POIS O ESTADO REPRESENTA, POR DEFINIÇÃO, O INTERESSE COLETIVO, A CUJA PROTEÇÃO SE DESTINA, NO CONJUNTO DA RECEITA, IMPORTÂNCIA RECLAMADA PELO PARTICULAR PARA SEU PROVEITO PESSOAL."

No tocante aos Acórdãos juntados pela defesa, esclarece-se que inúmeras outras decisões emanadas do CC/MG, foram favoráveis ao Fisco.

Correto o indeferimento ao Pedido de restituição, uma vez que tal ato se estribou nas regras de direito pertinentes”.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar improcedente a impugnação, vencido o Conselheiro Antônio César Ribeiro que a julgava procedente. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia e Cleusa dos Reis Costa.

Sala das Sessões, 10/07/01.

**Antônio César Ribeiro
Presidente/Revisor**

**Maria de Lourdes Pereira de Almeida
Relatora**

MLPA/G