

Acórdão: 14.910/02/2^a
Impugnação: 40.10100574-47
Impugnante: Lamar Engenharia e Comércio Ltda.
Proc. do Sujeito Passivo: Ana Paula Machado de Oliveira/Outros
PTA/AI: 16.000007286-04
Inscrição Estadual: 062.150160-0051
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

RESTITUIÇÃO – AIR. Pedido de restituição de valores pagos a título de Adicional no Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza (AIR), em função da declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 9.571, de 29 de dezembro de 1988, que instituiu tal tributo. Inaplicável ao caso a disposição contida no Artigo 166 do Código Tributário Nacional, vez que, sendo o AIR um tributo direto, não se configura o repasse de seu encargo financeiro a terceiros. Reconhecido à Impugnante o direito à restituição pleiteada, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Impugnação procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A ora Impugnante pleiteia da Fazenda Pública Estadual, a repetição de indébito no importe de R\$ 10.920,41, relativo ao recolhimento de AIR referente ao período de março de 1989 a julho de 1993.

O Superintendente da SRF/Metropolitana, referendando parecer de sua Assessoria, indefere o Pedido, conforme despacho de fl. 74.

Inconformada com o indeferimento de seu pleito, a Recorrente apresenta, regular e tempestivamente, por meio de procurador regularmente constituído, peça impugnatória, às fls. 78/81 dos autos, aos seguintes argumentos:

- recolheu indevidamente o Adicional de Imposto de Renda – AIR incidente sobre os rendimentos de aplicações financeiras, IRPJ, ILL, serviços prestados por pessoa jurídica, bem como inerentes ao pedido de parcelamento de débito fiscal;

- juntou aos autos as guias de recolhimento do AIR, bem como os demonstrativos que discriminam o restante dos recolhimentos objetos de seu pedido de restituição;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- através da ADIN nº 619-3, o AIR instituído pela Lei nº 9.751/88 foi declarado inconstitucional, tendo esta decisão efeito *erga omnes e ex tunc*;

- também foi considerada indevida a cobrança deste tributo na ação anulatória de débito fiscal que propôs contra o Estado de Minas Gerais;

- o imposto que se busca a restituição não pode ser considerado imposto indireto, na realidade é ele um imposto direto, tendo em vista que um único contribuinte é contribuinte de fato e de direito;

- por ser o AIR um imposto direto, não é necessário cumprir os ditames do artigo 166 do Código Tributário Nacional.

Ao final pede a procedência da Impugnação e a produção de prova pericial.

A fiscalização manifesta-se às fls. 104/106 dos autos, aos seguintes fundamentos:

- é questão incontroversa o recolhimento do AIR bem como sua declaração de inconstitucionalidade posterior, tornando possível a repetição de indébito;

- entretanto, a não observância do disposto no artigo 166 do Código Tributário Nacional não permite a efetivação desta restituição;

- por ser o AIR um imposto indireto, é necessária a comprovação de que a Impugnante suportou o encargo tributário, fato este que não ocorreu.

Por fim, pede a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal determina a realização de Diligência à fl. 111 que resulta na juntada de documentos de fls. 112/117 e 121/366. Promove, à fl. 373, o indeferimento do requerimento de prova pericial por entender ser a mesma desnecessária para o deslinde da matéria. Não tendo sido apresentado Recurso de Agravo contra esta decisão.

Finalizando a instrução processual a Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 378/385, propugna pela procedência da Impugnação, para se conceder à Impugnante a restituição de AIR por ela pleiteada, no total de 13.308,75 UFIR.

DECISÃO

O presente Processo Tributário Administrativo versa sobre o indeferimento do pedido de repetição de indébito no importe de R\$ 10.920,41, relativo ao recolhimento de Adicional de Imposto de Renda – AIR referente ao período de março de 1989 a julho de 1993, instaurando o correspondente contencioso administrativo, nos termos do artigo 94, inciso I, alínea “b”, da CLTA/MG.

Da Preliminar

Inicialmente cumpre esclarecer a preliminar de impedimento de julgamento levantada pelo procurador da Fazenda Estadual em sustentação oral no sentido de ser o crédito tributário discutido nos presentes autos de natureza não contenciosa, tendo em vista que houve confissão do débito, bem como seu parcelamento e o recolhimento das parcelas confessadas.

No entanto, não merece prosperar esta preliminar em face da declaração por parte do Supremo Tribunal Federal de que a Lei que instituiu o Adicional de Imposto de Renda – AIR é inconstitucional. Desta forma temos que referida declaração tornou indevida qualquer cobrança por parte da Fazenda Pública do AIR.

Como bem ensina o Prof. José Afonso da Silva ao tratar dos efeitos da decisão na ação direta de inconstitucionalidade *“a sentença aí faz coisa julgada material, que vincula as autoridades aplicadoras da lei, que não poderão mais dar-lhe execução sob pena de arrostar a eficácia da coisa julgada, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade em tese visa precisamente atingir o efeito imediato de retirar a aplicabilidade da lei.”*

Portanto, é inquestionável que a sentença que considerou determinada lei inconstitucional visa desfazer os efeitos normativos gerais da lei, ou seja a eficácia da sentença tem justamente o efeito de atingir tudo que foi praticado sob vigência da lei considerada inconstitucional.

A lei inconstitucional é inexistente e inaplicável. A declaração de inconstitucionalidade em sede de ação direta tem o condão de expurgar do ordenamento jurídico o dispositivo desde seu nascedouro. Assim, não sendo a lei declarada inconstitucional aplicável, não é possível admitir-se confissão ou reconhecimento de débito de tributo nela embasados.

Não deve ainda ser admitido como tal o reconhecimento de débito fundado em lei posteriormente declarada inconstitucional e feito anteriormente à declaração de inconstitucionalidade. Note-se que no momento em que estamos analisando este Processo inexistente fundamentação legal que ampare o reconhecimento anteriormente feito. Nesta mesma linha não vemos como considerar de natureza não contenciosa o crédito tributário ora em discussão pois, na realidade, inexistente tributo a ser recolhido, e conseqüentemente crédito tributário. A inconstitucionalidade da lei que instituiu o Adicional de Imposto de Renda - AIR tornou o tributo indevido.

Pelas razões acima expostas não merece acolhida a preliminar argüida pela representação da Fazenda Estadual.

Do Mérito

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O presente pedido de repetição de indébito encontra-se regularmente instruído, conforme diversos documentos acostados aos autos (artigo 36, § 1º, itens 1 e 2, CLTA/MG, aprovada pelo Decreto nº 23.780/84).

A repetição de indébito do tributo se dá nos casos de recolhimento de tributo indevido em face da legislação, erros de fato propriamente ditos e cassação de decisão condenatória. Nestas hipóteses a restituição total ou parcial de valor pago a título de tributo dá lugar à restituição, na mesma proporção do valor das penalidades, salvo as referentes a infração de caráter formal não prejudicadas pela causa assecuratória da restituição (artigo 37 da CLTA/MG).

Cumprе inicialmente destacar que o Fisco firmou ser devida a restituição tendo em vista que referido tributo foi declarado inconstitucional, entretanto a mesma não poderá ocorrer, segundo seu entendimento, por não ter havido comprovação de que um único contribuinte é o contribuinte de fato e de direito por ser este tributo um imposto indireto. Observa ainda que esta comprovação de assunção do encargo financeiro é necessária por força do disposto no artigo 166 do Código Tributário Nacional, que trata da restituição de impostos indiretos.

O cerne da presente discussão, qual seja a possibilidade de haver restituição ou não dos valores recolhidos a título de AIR reside na consideração de ser este um tributo que guarde em sua natureza a possibilidade de repasse de seu ônus a terceiros que não o contribuinte eleito pela legislação considerada inconstitucional.

Entretanto, antes de abordarmos esta questão é importante esclarecermos que a Lei nº 9.751/88, que instituiu o AIR em Minas Gerais foi declarada inconstitucional por meio da ADIN nº 619-3 (publicada no Diário do Judiciário, de 08/10/1993), tendo sido esta declaração reconhecida e aceita pelo Fisco mineiro.

Acrescente-se ainda que a declaração de inconstitucionalidade opera efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, atingindo a norma inconstitucional desde sua publicação. Desta forma, se a lei instituidora de um tributo foi declarada inconstitucional, não pode ser negado o direito que o contribuinte tem de ver restituído os valores recolhidos à época da vigência desta lei.

Quanto à natureza do tributo em análise, qual seja, direto ou indireto, insta esclarecer que consideramos ser a mesma de tributo direto, pois contribuinte de fato e de direito residem na mesma pessoa.

Não vislumbramos na natureza deste tributo a possibilidade de haver transferência do encargo financeiro para outra pessoa, que figuraria como contribuinte de fato.

Note-se que a própria Lei nº 9.751/88 estabelecia que o AIR incidia sobre o valor do "Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza - IR" pago à União em razão de *lucros, ganhos e rendimentos de capital*, e sua cobrança se dava na forma, prazos e condições estabelecidos para tal tributo federal (Artigos 1º e 4º da Lei nº

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

9.751/88, abaixo transcritos), o que permite concluir que as características deste último prevalecem também para o seu Adicional:

"Art. 1º - Fica instituído o Adicional no Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza - AIR - pago à União por pessoas físicas e jurídicas domiciliadas neste Estado, e incidente sobre lucros, ganhos e rendimentos de capital.

.....
Art. 4º - O Adicional no Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza - AIR - será cobrado na forma, prazo e condições estabelecidos para o Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza - IR - devido à União."

Assim, de maneira alguma o Imposto de Renda e, via de consequência, o AIR, podem ser classificados como *indiretos*, sendo incabível a incidência do artigo 166 do Código Tributário Nacional sobre indêbitos que envolvam tais tributos. Na obra "Caderno de Pesquisas Tributárias nº 8 - Repetição de Indêbito" (Editora Resenha Tributária - São Paulo - 1983), "José Carlos Graça Wagner" salienta que tal dispositivo "*se aplica aos tributos por sua natureza não-cumulativos*", e "Marco Aurélio Greco" preleciona que:

"É forçoso concluir que o artigo 166 do CTN contempla hipóteses de tributos cujo fato gerador, pelas suas peculiaridades, vincula duas pessoas que nele encontram o elemento de aproximação."

Sendo tributo direto não há que se falar em comprovação de assunção do encargo financeiro, conforme deve ocorrer para que seja possível a restituição dos impostos indiretos nos termos do artigo 166 do Código Tributário Nacional.

Lembramos ainda que o fato gerador do AIR é o pagamento de outro imposto, ou seja, configura o agravamento de uma alíquota preexistente, desta forma incabível sua classificação como tributo indireto.

Em face da declaração de inconstitucionalidade da Lei instituidora do AIR e do fato de ser este tributo de natureza direta, deve haver restituição dos valores recolhidos a este título por força do disposto no artigo 165 do Código Tributário Nacional, que determina a restituição do tributo indevidamente pago nos casos expressamente previstos na legislação, e nos quais se enquadra a situação em tela.

Voltamos a salientar que por ter sido a própria Impugnante quem suportou o ônus tributário temos como preenchidas todas as exigências para que seja efetuada a restituição pleiteada.

Relativamente ao prazo para que seja pleiteada a restituição de tributo recolhido indevidamente temos que nos termos do artigo 168, inciso I do Código Tributário Nacional, o direito de pleitear restituição extingue-se do decurso do prazo de cinco anos contados da data da extinção do crédito tributário.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso em tela temos que a extinção do crédito tributário ocorreu com a decisão de inconstitucionalidade da norma tributária, nos termos do inciso X do artigo 156 do Código Tributário Nacional.

Referida ADIN foi publicada em 08/10/93, desta forma teria a Impugnante até 08/10/98 para pleitear a restituição tributária, como este pedido foi feito em 08/01/1997, temos que foi respeitado o prazo previsto na legislação tributária.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, rejeitar a argüição da Procuradoria da Fazenda Estadual em sustentação oral, de impedimento de julgamento da Impugnação por parte do Conselho de Contribuintes, em face de se tratar de crédito tributário não contencioso uma vez reconhecido o débito quando do pedido de parcelamento nos termos do parágrafo 1º do artigo 64 e 89, inciso III da CLTA/MG. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente a Impugnação para se conceder à Impugnante a restituição de AIR por ela pleiteada, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Pela Impugnante sustentaram oralmente a Dra. Ana Paula Machado de Oliveira e o Dr. Afonso Celso Bretas de Vasconcelos e, pela Fazenda Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros Roberto Nogueira (Revisor), Luiz Fernando de Castro Trópia e José Eymard Costa.

Sala das Sessões, 09/05/02.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente/Relatora

LMMP/EJlmc