

Acórdão: 2.569/02/CE
Recurso de Revista: 40.050105128-06
Recorrente: Recomvisa Materiais de Construção Ltda.
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. do S. Passivo: Benedito Antônio Dinis Leite/Outro(s)
PTA/AI: 16.000006967-61
Inscrição Estadual: 186.274932.0090 (Autuada)
Origem: AF/Contagem
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), face a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 9.571, de 29/12/1988, que instituiu tal tributo. Inaplicável ao caso a disposição contida no Artigo 166 do CTN, vez que, sendo o AIR um imposto *direto*, não se configura o repasse de seu encargo financeiro a terceiros. Reformulada a decisão anterior. Recurso de Revista conhecido e provido. Decisões unânimes.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre pedido de restituição de AIR retido sobre os rendimentos de aplicações financeiras e quitado em razão de Imposto sobre a Renda de Pessoas Jurídicas (IRPJ), relativos ao período de "janeiro de 1992 a outubro de 1993", que é indeferido pelo Fisco em 07/04/1998, resultando na contestação de tal negativa por parte da Requerente.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 14.823/01/3.^a, por maioria de votos, manteve integralmente a decisão anterior da autoridade competente que indeferiu a restituição pleiteada.

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente, e por intermédio de procurador legalmente habilitado, o Recurso de Revista de fls. 82/89, afirmando que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos seguintes acórdãos indicados como paradigmas: 1.651/96/CS, 11.786/96/1.^a, 11.236/95/2.^a, 1.586/96/CS e 12.791/98/2.^a. Requer, ao final, o conhecimento e provimento do Recurso de Revista.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 108/113, opina em preliminar, pelo conhecimento do Recurso de Revista e, quanto ao mérito, pelo seu provimento.

DECISÃO

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no inciso II do art. 138 da CLTA/MG, também, atendida a condição estatuída no inciso I do citado dispositivo legal, revela-se cabível o Recurso de Revista ora em discussão.

Trata a lide da discordância da Recorrente sobre a decisão deste Conselho, prolatada no Acórdão nº 14.823/01/3ª e sustentada no Artigo 166 do CTN, que manteve o indeferimento do pedido de restituição de AIR por ela apresentado.

Dadas as peculiaridades do caso, e levando-se em conta a declaração de *inconstitucionalidade* da norma regente de tal tributo - Lei nº 9.751, de 29/12/1988, na ADIn nº 619-3 (STF), mister se faz abordar alguns efeitos de tal medida.

É majoritária na doutrina nacional a tese de que o julgamento de *inconstitucionalidade* tem natureza declaratória, gerando efeitos *ex tunc*, ou seja, atingindo a norma assim considerada desde a sua publicação, como pontificou "Francisco Campos" (citado por "Themístocles Brandão Cavalcanti", na obra "Do Controle da Constitucionalidade" - Rio de Janeiro - Editora Forense - 1ª Edição - 1996):

"Um ato ou uma lei inconstitucional é um ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é lei apenas aparentemente, pois que, de fato ou na realidade, não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou é para o direito como se nunca houvesse existido."

E por ser o AIR um tributo cujo lançamento ocorre por homologação, há de se considerar o prazo decadencial de cinco anos para o ajuizamento do pedido de sua restituição, nos termos do Artigo 168, Inciso I, c/c Artigos 150, § 4º, e 156, Inciso VII, todos do CTN, cuja contagem inicia-se na data de provimento da ação que declarou *inconstitucional* a norma criadora de tal imposto (Lei nº 9.751/88) - Outubro de 1993, como reiteradamente tem decidido os tribunais superiores (destaque para o Recurso Especial nº 51.685-4-RJ, do STJ).

Isto determina a possibilidade jurídica de repetição de todos os valores recolhidos ao Erário a título de pagamento de AIR, a contar do início da vigência da lei que o instituiu (01/03/1989), desde que pleiteada até o mês de outubro de 1998, o que abarca os recolhimentos efetuados pela Envolvida, ocorridos entre "janeiro de 1992 e outubro de 1993", cujo pedido de devolução foi apresentado em 25/11/1996 (fls. 02).

Resta, então, a discussão acerca da necessidade de comprovação do não-repasse do ônus financeiro do AIR ou do assentimento dos contribuintes *de fato* (Artigo 166 do CTN), como sentenciou este órgão julgador, impossibilitando a procedência do pleito repetitório.

Pela referida lei mineira, o AIR incidia sobre o valor do "Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza - IR" pago à União em razão de *lucros*,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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.**" (n. n.)

Impera na melhor doutrina que, na definição de *tributos diretos e indiretos*, o efeito confiscatório só é possível, além do caso de imposto sobre o patrimônio, nos impostos que têm como base de cálculo fenômeno posterior à definição do preço das mercadorias, não havendo possibilidade de repasse do ônus tributário para o consumidor, pois, aumentando o preço, eleva-se automaticamente a base de cálculo e, assim, o valor devido a título de tributo. Nisto se enquadra perfeitamente a "renda" (= lucro), que é um fenômeno posterior à definição do preço dos produtos vendidos ou dos serviços prestados pelo contribuinte.

Assim sendo, de maneira alguma o Imposto de Renda e, via de consequência, o AIR, podem ser classificados como *indiretos*, sendo incabível a incidência do Art. 166 do CTN sobre a situação em tela. Na obra "Caderno de Pesquisas Tributárias nº 8 - Repetição de Indébito" (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."

Demais disso, a legislação do IR define, entre seus contribuintes, a "pessoa jurídica que auferir lucro", a quem cabe a restituição de seu indébito, nos termos dos Artigos 95, Inciso I, 153 e 716, *Caput* e § 1º, todos do "Regulamento para a Cobrança e Fiscalização do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza", aprovado pelo Decreto Federal nº 85.450, de 04/12/1980 (RIR/80 - em vigor até o exercício de 1994), a seguir reproduzidos:

"Art. 95 - São contribuintes do imposto e terão seus lucros apurados de acordo com este Regulamento (Decreto-lei nº 5.844/43, art. 27):

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - as pessoas jurídicas (Capítulo I);

(...)

Art. 153 - A base de cálculo do imposto é o lucro real (Subtítulo II), presumido (Subtítulo III) ou arbitrado (Subtítulo IV), correspondente ao período-base de incidência (Decreto-lei nº 5.844/43, art. 43, e Lei nº 5.172/66, art. 44).

(...)

Art. 716 - A restituição de imposto pago ou recolhido a maior poderá ser feita de ofício ou a requerimento do credor (Lei nº 4.155/62, art. 1º, e Lei nº 4.862/65, art. 24).

§ 1º - A restituição e o ressarcimento em espécie, a título de incentivo ou benefício fiscal, dedutíveis da arrecadação, mediante anulação de receita, serão efetuados através de documento próprio a ser instituído pelo Ministério da Fazenda (Decreto-lei nº 1.755/79, art. 5º)."

Tal entendimento se confirma diante da hipótese de "compensação" do pagamento indevido do aludido tributo federal, prevista no Artigo 943, *Caput* e §§ 2º, 5º e 8º, do Regulamento do IR, aprovado pelo Decreto nº 1.041, de 11/01/1994, que sucedeu o citado RIR/80:

"Art. 943 - Nos casos de pagamento de imposto indevido ou a maior, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a períodos subsequentes (Lei nº 8.383/91, art. 66).

(...)

§ 2º - A compensação só poderá ser efetuada com débitos supervenientes ao recolhimento ou pagamento indevido ou a maior.

(...)

§ 5º - A compensação somente poderá ser efetuada pelo contribuinte titular do crédito oriundo do recolhimento ou pagamento indevido ou a maior.

(...)

§ 8º - É facultado ao contribuinte optar pelo pedido de restituição (Lei nº 8.383/91, art. 66, § 2º).

(...)"

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cabe, portanto, modificação na decisão hostilizada, com o acatamento da impugnação outrora interposta, deferindo-se à Contribuinte a restituição dos valores de AIR por ela quitados, no importe total.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revista, por estar caracterizada a divergência jurisprudencial prevista no art. 138, inciso I, da CLTA/MG, Decreto nº 23.780/84. No mérito, também à unanimidade, em dar provimento ao mesmo, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão, José Eymard Costa, Aparecida Gontijo Sampaio (Revisora) e Windson Luiz da Silva.

Sala das Sessões, 25/03/02.

José Luiz Ricardo
Presidente

Francisco Maurício Barbosa Simões
Relator

MLR