

Acórdão: 14.266/00/3^a
Impugnação: 40.10048617-61
Impugnante: Irmãos Abrão Ltda
PTA/AI: 16.000006473-53
Inscrição Estadual: 701.027438.0030
Origem: AF/Uberaba
Rito: Ordinário

EMENTA

Restituição - AIR - Arguição pelo Fisco de Decadência do direito de ação relativamente a parte do pedido e de ilegitimidade ativa da Requerente relativamente à parte restante. Constatado ter ocorrido Decadência no período de 04/1989 a 01/1991, ilegitimidade ativa da Requerente relativamente aos pagamentos efetuados por empresa sucessora (10 e 12/1991) e procedência do pedido referente ao período remanescente de setembro/1991, em razão de ter a Requerente suportado o encargo do tributo. Impugnação parcialmente procedente para reconhecer a repetição do indébito do AIR referente apenas à parcela relativa ao período de setembro/1991. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A ora Impugnante pleiteia da Fazenda Pública Estadual, a restituição da importância de R\$ 38.266,66 , ao argumento de que recolheu o AIR (Adicional do Imposto de Renda) nos anos de 1989, 1990 e 1991. Não obstante, o recolhimento tornou-se indevido uma vez que o imposto em questão, a partir de ADIn, foi declarado inconstitucional em 1993.

O Superintendente da SRF/Baixo Rio Grande, referendando parecer de sua Assessoria, indefere o Pedido, conforme despacho de fls. 33.

O Chefe da AF/III Uberaba, em despacho de fls. 28, decide indeferir o Pedido.

Inconformada com a decisão supra, a Requerente, tempestivamente, por intermédio de seus representantes legais, apresenta Impugnação de fls. 36/41, requerendo a sua procedência, sob os seguintes argumentos.

Em preliminar, alega que, quando da protocolização do pedido, não eram decorridos 5 (cinco) anos do prazo decadencial, nos termos do artigo 168 do CTN.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sustenta que o tributo em questão não comporta transferência de ônus financeiro a terceiros.

Aduz, a Impugnante, que o prazo prescricional só deveria começar a ser contado, nos casos de lei tributária declarada inconstitucional pelo STF, a partir da referida decisão, motivo pelo qual, no caso em tela, o termo inicial de contagem seria 08.10.93 e o termo final em outubro de 1998.

Menciona ainda Resp. no qual o STJ decidiu que o prazo decadencial começa a contar da data do provimento da arguição de inconstitucionalidade ou da suspensão da executoriedade da lei pelo Senado Federal.

Aduz que se o AIR é um apêndice, um adicional do Imposto de Renda, o qual é um imposto direto, tal característica seria inerente ao adicional, não comportando, por conseguinte, nenhuma transferência de ônus financeiro a terceiros. Esse fato legitimaria a competência da ora Impugnante para pleitear a restituição em questão.

O Fisco, apresenta a manifestação de fls. 43/47, refutando as alegações da defesa, requerendo a improcedência da Impugnação, sob os seguintes argumentos.

Alega que o prazo decadencial, nos termos do artigo 168 do CTN, extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos a contar, no caso sob análise, da data da extinção do crédito tributário, qual seja, da data do pagamento.

Nesse raciocínio, sustenta o Fisco restarem, para efeito de restituição, as guias referente aos períodos de jan, set, out e dez, todas do exercício de 1991.

No que tange às guias referentes aos meses de out e dez/91, pondera o Fisco que as referidas foram recolhidas em nome de outra empresa, motivo pelo qual ilegítima é a titularidade ativa da Impugnante para requerer a restituição em comento.

Portanto, segundo o Fisco, de acordo com a constatação do parágrafo anterior, restariam apenas as guias referentes aos períodos de jan e set/91.

Contudo, no que concerne às guias remanescentes, o Fisco sustenta o fenômeno da repercussão, segundo o qual, por ser o AIR um imposto indireto, a Impugnante transferiria seu ônus para o preço de suas mercadorias, sendo, por conseguinte, o consumidor final o legítimo titular para o pedido de restituição.

Assim, pelos argumentos supra, o Fisco conclui pela total improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 49/52, opina pela procedência parcial da Impugnação.

DECISÃO

A matéria tratada nestes autos versa sobre repetição de indébito do Adicional do Imposto de Renda - AIR - representada, em parcelas, pelos documentos acostados a fls. 15/25.

Insere-se o pagamento indevido no contexto do enriquecimento sem causa, o que não se coaduna com a consciência jurídica, que consagra a moralidade como valor supremo da sociedade.

O Código Tributário Nacional assegura ao sujeito passivo o direito à restituição total ou parcial do tributo, independentemente de prévio protesto (artigo 165, CTN). Para tanto, não importa a modalidade do seu pagamento.

O caso vertente se resolve na referida norma, inciso I.

Com efeito, mencionada norma prevê a restituição do indébito tributário decorrente de erro de direito. Assim, verifica-se *in limine* que a hipótese é de ilegalidade, tendo em vista que o dispositivo aplicável não socorre a Fazenda Pública. Neste caso, o tributo não guarda compatibilidade com a legislação pertinente, é inconstitucional sua cobrança, por isso que o contribuinte deve receber o que indevidamente foi recolhido.

A outra hipótese aventada também no inciso I, *in fine*, caracteriza-se como erro de fato, porque a situação de fato configurada na lei, pensada pelo contribuinte, não enseja o nascimento da obrigação tributária. Segundo lição do Mestre Aliomar Baleeiro, “a natureza ou as circunstâncias do fato gerador efetivamente ocorrido não se enquadra na lei”. (Direito Tributário Brasileiro, 10ª Edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1981, p. 563).

Inarredavelmente conclui-se, a *prima face*, aplicável à questão em exame ter-se incorrido em erro de direito.

O lapso de tempo para o pleito do contribuinte é estabelecido no artigo 168, inciso I, CTN. Neste compasso, verifica-se que para o caso em exame extingue-se o direito com o decurso do prazo de cinco anos, contados da extinção do crédito tributário (entenda-se extinção do crédito tributário pelo pagamento deste espontaneamente, ainda que decorrente de erro de direito - artigo 156, inciso I, CTN). “A decadência ou caducidade é tida como o fato jurídico que faz perecer um direito pelo seu não-exercício durante certo lapso de tempo. Para que as relações jurídicas não permaneçam indefinidamente, o sistema positivo estipula certo período a fim de que os titulares de direitos subjetivos realizem os atos necessários à sua preservação, e perante a inércia manifestada pelo interessado, deixando fluir o tempo, fulmina a existência do direito, decretando-lhe a extinção”. (Paulo de Barros Carvalho, Curso de Direito Tributário, 5ª Edição, Ed. Saraiva, 1991, p.310).

O protocolo do pedido de restituição data de 10.09.96, entretanto, as parcelas pleiteadas compreendem os meses 04, 05, 09, 10, 11 e 12/89; 01 a 12/90; 01,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

09 e 10/91. Os pagamentos ou melhor a extinção dos créditos tributários pelo pagamento ocorreram em 1989, 1990 e 1991, obrigando-nos a reconhecer sem muito esforço que os indêbitos relativo aos meses 04, 05, 09, 10, 11 e 12/89; 01 a 12/90 e 01/91, ter operado a decadência.

Relativamente à solicitação referente aos períodos de outubro e dezembro de 1991, em que pese não se ter operado a decadência, verifica-se que o pagamento do AIR foi realizado pela empresa Abrahão Com. Imp. e Exp. Ltda, sucessora da ora Impugnante. Não obstante as empresas sucessoras serem responsáveis pelos tributos devidos pelas sucedidas até a data do ato relativo à sucessão, nos termos do artigo 132 do CTN, não há previsão legal para que a sucedida proponha repetição de indébito referente à crédito tributário recolhido pela sucessora.

Dessa forma, exclui-se do deferimento do pedido de restituição pleiteado os períodos de outubro e dezembro de 1991, por ilegitimidade da parte solicitante.

Para o pagamento realizado no mês 09/91, fls. 24, apresenta-se justo o pleito da Impugnante.

Um, não foi alcançado pela decadência.

Dois, inaplicável ao AIR o disposto no artigo 166, CTN. O AIR incidia sobre o valor do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza (IR) pago à União em razão de lucros, ganhos e rendimentos de capital (artigo 1º, RAIR, aprovado pelo Decreto nº 29.252/89). O lucro líquido de um exercício, segundo a técnica contábil aceita, é obtido no cotejamento das parcelas seguintes, resumidamente:

- (+) Receita Operacional Bruta
- (-) Deduções da Receita Bruta
- (=) Receita Operacional Líquida
- (-) Custo dos Produtos Vendidos e dos Serviços Prestados
- (=) Lucro Bruto
- (-) Despesas Operacionais
- (+/-) Outras Receitas e Despesas Operacionais
- (=) Lucro Operacional
- (+/-) Resultado Não-Operacional
- (=) Resultado do Exercício antes do IR/Contribuição Social
- (-) Provisão IR/Contribuição Social/Participações
- (=) Lucro Líquido do Exercício

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, não se pode falar em repasse do imposto a terceiros, pois o AIR incide sobre o IR, e este por sua vez sobre o lucro líquido do exercício, não se permitindo dizer que o consumidor ou contribuinte de fato suportou o gravame do tributo (AIR), no processo de formação de preços da mercadoria, eis que a apuração destes se dá numa etapa anterior. Ademais, se o IR é um imposto direto, igual conceito merece o AIR, vez que aquele é a base de cálculo deste e uma vez deixando este de existir, só fez aumentar o lucro líquido das empresas e não representou uma diminuição na formação do preço das mercadorias.

Portanto, de acordo com os argumentos expostos, reconhece-se legítima a repetição do indébito pleiteado referente apenas à parcela relativa ao período de setembro de 1991.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a argüição de que não ocorrera a decadência do direito de pleitear a restituição, nos termos do art. 168, inciso I do CTN. No mérito, também à unanimidade, julgou-se parcialmente procedente a Impugnação, reconhecendo-se a repetição do indébito do AIR referente apenas à parcela relativa ao período de setembro de 1991. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia e Vander Francisco Costa.

Sala das Sessões, 17/08/00.

**Mauro Heleno Galvão
Presidente**

**Edwaldo Pereira de Salles
Relator**

/H