



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SÉTIMA CÂMARA

Lam-4  
Processo nº : 10283.006556/90-46  
Recurso nº : 116.387  
Matéria : IRPJ – Ex.: 1990  
Recorrente : INDÚSTRIA DE BEBIDAS ANTÁRCTICA DA AMAZÔNIA S/A  
Recorrida : DRJ em MANAUS-AM  
Sessão de : 21 de agosto de 1998  
Acórdão nº : 107-05.256

IMPOSTO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - ARTIGO 35 DA LEI N.º 7.713. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO RECOLHIDO POR EMPRESA SOCIEDADE ANÔNIMA. O tributo pago indevidamente decorre de uma violação ao princípio da legalidade tributária inscrito no inciso I do artigo 150 da Constituição Federal. As normas inseridas nos artigos 165 e 166 do Código Tributário Nacional são infraconstitucionais. Considerando tratar-se de um recebimento indevido não considerado tributo, a União é obrigada a devolver o que recebido indevidamente.

Recurso provido.

Vistos relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por INDÚSTRIA DE BEBIDAS ANTÁRCTICA DA AMAZÔNIA S/A.

ACORDAM os Membros da Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

  
FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QUEIROZ  
PRESIDENTE

  
MARIA DO CARMO SOARES RODRIGUES DE CARVALHO  
RELATORA

FORMALIZADO EM

25 SET 1998

Processo nº : 10283.006556/90-46  
Acórdão nº : 107-05.256

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros MARIA ILCA CASTRO LEMOS DINIZ, NATANAEL MARTINS, PAULO ROBERTO CORTEZ, EDWAL GONÇALVES DOS SANTOS, FRANCISCO DE ASSIS VAZ GUIMARÃES e CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES.

Processo nº : 10283.006556/90-46  
Acórdão nº : 107-05.256

Recurso nº : 116387  
Recorrente : .INDÚSTRIA DE BEBIDAS ANTARCTICA DA AMAZÔNIA S/A

## RELATÓRIO

INDÚSTRIA DE BEBIDAS ANTARCTICA DA AMAZÔNIA S/A, empresa industrial estabelecida à Avenida Constantino Nery 2575, - Flores, Manaus - AM, devidamente caracterizada nos autos do presente processo, recorre a este Egrégio Conselho de Contribuintes da decisão prolatada pela Autoridade "a quo" que indeferiu sua solicitação de restituição de parte do Imposto de Renda Retido na Fonte relativo ao lucro líquido, apurado no ano-base de 1989, correspondente à parcela da distribuição que coube ao FINAM - Fundo de Investimento da Amazônia.

Inicialmente houve a apresentação das cópias dos DARF's comprovando o efetivo recolhimento do Imposto sobre o Lucro Líquido.

Posteriormente a requerente solicitou a cópia do referido DARF à repartição. Este documento está acostado aos autos às fls. 18 e em seu verso está confirmado o efetivo recolhimento do imposto.

O Serviço de Tributação da DRF de Manaus indeferiu o pleito sem a apreciação do mérito, embasado nas orientações contidas na Circular nº 10/34 e IN 96/85 que disciplinam o pedido de restituição, no sentido de que, para instruir o pedido de restituição é indispensável a apresentação do documento de arrecadação original.

Cientificado desta informação, apresentou recurso ao Delegado da Delegacia da Receita Federal de Julgamento - documento de fls. 37/38 que indeferiu a restituição pleiteada fundamentada na ementa transcrita:

**EMENTA: RESTITUIÇÃO - A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la (Código Tributário Nacional, art. 166).**

Processo nº : 10283.006556/90-46  
Acórdão nº : 107-05.256

Cientificado desta decisão apresentou recurso a este Egrégio Conselho de Contribuintes perseverando nas razões iniciais.

É o Relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and strokes, positioned to the right of the text 'É o Relatório.'

Processo nº : 10283.006556/90-46  
Acórdão nº : 107-05.256

## VOTO

Conselheira MARIA DO CARMO S.R. DE CARVALHO - Relatora

O recurso é tempestivo e assente em lei. Dele tomo conhecimento.

O indébito tributário reclamado é referente ao Imposto sobre o Lucro Líquido instituído através do artigo 35 da Lei nº 7.713, declarado inconstitucional Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 173490-6, com referência às Sociedades Anônimas.

Deste voto peço vênia ao Exm. Ministro Marco Aurélio para extrair excertos que transcrevo:

".....

**A conclusão a que se chega é que, na verdade, o artigo 35 da Lei nº 7.713/88, ao desprezar a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica como fato gerador do imposto sobre a renda, acabou por trazer à balha fato gerador diverso, ou seja, o consubstanciado na simples apuração do lucro líquido na data do encerramento do período-base. Ao fazê-lo, mostrou-se distanciado da regra que impõe, como veículo próprio à constituição quer de fato gerador, quer de base de cálculo dos tributos previstos na Carta Federal, a lei complementar.**

**Quanto às sociedades por cotas de responsabilidade limitada, o vetusto e lacunoso Decreto nº 3.708/19, ao regular a constituição de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, remete às normas das sociedades anônimas: "serão observadas quanto às sociedades por cotas de responsabilidade limitada, no que não for regulado no estatuto social e na parte aplicável, as disposições da lei das Sociedades Anônimas".**

**Relativamente a tais sociedades, cumpre sempre perquirir, à luz do contrato social, a disciplina do lucro líquido. Prevista a imediata disponibilidade**

Processo nº : 10283.006556/90-46  
Acórdão nº : 107-05.256

**econômica ou mesmo jurídica ou, ainda, definição diversa a exigir a manifestação de vontade de todos os sócios, tem-se o fato gerador fixado no artigo 43 do Código Tributário Nacional. No caso, não se abre campo propício à aplicação da lei das Sociedades Anônimas, porque sempre subsidiária, a depender do silêncio do contrato social e da compatibilização ante as regras mínimas constantes do Decreto nº 3.708/19.**

**Quanto ao titular de empresa individual, com a apuração do lucro líquido, exsurge a disponibilidade. É que a destinação depende somente dele, titular, confundindo-se as vontades. O quadro sugere a despersonalização.**

.....

A matéria está pacificada.

Sobre a matéria GABRIEL LACERDA TROIANELLI, professor Auxiliar de Legislação Tributária e Mestre na Faculdade Cândido Mendes, assim se refere quando leciona sobre os FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO AO RESSARCIMENTO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO - Revista Dialética do Direito Tributário, nº 27, pag. 21:

".....

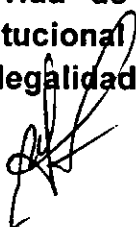
**Por fim, não pode decorrer o indébito tributário do poder de tributar do Estado, pois, como já visto, indébito tributário não é tributo.**

.....

**Ora, não se enquadrando o indébito tributário em nenhuma dessas hipóteses, há que se concluir que o pagamento indevido de tributo decorrerá sempre de um *undue process of law*, constitucionalmente vedado.**

### **3. OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA MORALIDADE**

**Se a exigência indevida de quantia a título de tributo viola, genericamente, a cláusula constitucional do *due process of law*, viola, especificadamente, o princípio da legalidade tributária inscrito no inciso I do artigo 150 da Constituição Federal.**



Sendo vedado aos entes tributantes "exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça", a interpretação dessa cláusula constitucional conduz, necessariamente, ao dever de ressarcir o contribuinte pelo indébito tributário, pois não seria razoável imaginar um princípio da legalidade temporalmente limitado, pelo qual o Estado não pudesse, tranqüilamente, após eventual cobrança do tributo ilegal, manter em sua posse os recursos oriundos desse tributo. Em virtude do princípio hermenêutico da máxima efetividade da norma constitucional, a interpretação do princípio da legalidade tributária deverá conduzir, necessariamente, à impossibilidade de que o Estado guarde para si tributo indevidamente pago, que se dará tanto pela abstenção de exigir tributo indevido, quanto, caso já efetuado o pagamento indevido, pelo seu ressarcimento ao contribuinte.

Há que se considerar, ainda, o princípio hermenêutico da unidade da Constituição, pelo qual, segundo Canotilho:

*'..... o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios'.*

Para tanto, deverá o artigo 150, inciso I, da Constituição Federal integrar-se ao princípio constitucional da isonomia, seja a genérica, expressa no artigo 5º, seja a tributária, expressa no artigo 150, inciso II. Com efeito, caso não se entendesse que o dever de ressarcir o contribuinte pelo indébito tributário decorra do princípio da legalidade, ter-se-ia uma situação anti-isonômica, iníqua: o contribuinte que, por pretender indevido determinado tributo, não o tivesse pago, encontrar-se-ia abrigado pelo princípio da legalidade tributária: já o contribuinte que, de boa fé, tivesse pago o tributo indevidamente exigido pelo Estado, não poderia se valer do princípio da legalidade tributária para reavê-lo.

.....

Ora, tratando-se o direito do contribuinte ao ressarcimento do indébito tributário de um corolário do princípio da legalidade, goza aquele direito do mesmo grau de eficácia deste princípio. Assim sendo, no que se refere à eficácia positiva, independe o direito ao ressarcimento do indébito tributário da existência de qualquer norma infraconstitucional, sendo portanto, desnecessário o artigo 165 do Código Tributário Nacional, que meramente explicita um direito constitucionalmente assegurado: o direito fundamental de não pagar tributos exigidos em desconformidade com a Constituição ou a lei, que é reintegrado pelo

Processo nº : 10283.006556/90-46  
Acórdão nº : 107-05.256

**ressarcimento do indébito tributário, como ensina aliás, Rui de Medeiros, para quem:**

**'..... a restituição das quantias pagas pelos contribuintes, após a declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade das normas legislativas que criam um determinado imposto, reintegra, com eficácia *ex tunc*, o direito fundamental a não pagar impostos que não tenham sido criados nos termos da Constituição".**

**.....".**

As regras contidas nos artigos 165 e 166 do Código Tributário Nacional são regras contidas em norma infraconstitucional e portanto não devem ser acatadas quando se trata de restituição de indébito tributário.

É de se esclarecer ainda que, se o recorrente, uma Sociedade Anônima, recolheu espontaneamente o tributo declarado inconstitucional, razão não teríamos para não lhe restituir este indébito porque não se trata de tributo recolhido, mas sim de uma importância que pertence à empresa e deve compor o seu lucro.

Fundamentada no princípio da estrita legalidade, entendo correto a restituição do indébito nos termos requeridos, razão pela qual voto no sentido de dar provimento ao recurso.

Sala das sessões (DF), 21 de Agosto de 1998.

  
MARIA DO CARMO S.R. DE CARVALHO.