



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 13637.000057/98-61
Recurso nº. : 118.170
Matéria : IRF - Anos: 1991 a 1994
Recorrente : EMPRESA BARRACA TURISMO LTDA.
Recorrida : DRJ em JUIZ DE FORA - MG
Sessão de : 10 de dezembro de 1999
Acórdão nº. : 104-17.322

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS - INCOMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS - Os órgãos administrativos judicantes estão impedidos de declarar a inconstitucionalidade de lei ou regulamento, em face à inexistência de previsão constitucional.

IRF - IMPOSTO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - ART. 35 DA LEI 7.713/88 - SOCIEDADES POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF - O art. 43 do CTN estabelece que o fato gerador do imposto é a disponibilidade econômica ou jurídica da renda. Assim, à falta de previsibilidade nos contratos sociais das empresas, da imediata disponibilidade econômica ou jurídica, pelos sócios, do lucro líquido apurado na data do encerramento dos períodos-base, configura a inexistência do fato gerador do imposto sobre o lucro líquido, previsto no art. 35 da Lei nº 7.713/88.

IRF - IMPOSTO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - PAGAMENTO INDEVIDO - RESTITUIÇÃO - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL - O prazo prescricional do direito à restituição do imposto só começa a fluir após o decurso de cinco anos, contados da data do pagamento ou recolhimento indevido, somados, quando for o caso, de mais cinco anos, contados da data em que houve a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da lei em que se fundamentou o gravame.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por EMPRESA BARRACA TURISMO LTDA.

ACORDAM os Membros da Quarta 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.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13637.000057/98-61
Acórdão nº. : 104-17.322

LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
PRESIDENTE

NELSON MALLMANN
RELATOR

FORMALIZADO EM: 28 JAN 2000

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros MARIA CLÉLIA PEREIRA DE ANDRADE, ROBERTO WILLIAM GONÇALVES, JOSÉ PEREIRA DO NASCIMENTO, ELIZABETO CARREIRO VARÃO, JOÃO LUIS DE SOUZA PEREIRA e REMIS ALMEIDA ESTOL.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13637.000057/98-61
Acórdão nº. : 104-17.322
Recurso nº. : 118.170
Recorrente : EMPRESA BARRACA TURISMO LTDA.

RELATÓRIO

EMPRESA BARRACA TURISMO LTDA, contribuinte inscrito no CGC/MF n.º 20.290.896/0001-06, com sede na cidade de Barbacena, Estado de Minas Gerais, à Av. Governador Bias Fortes, n.º 1.083, jurisdicionado à DRF em Juiz de Fora - MG, inconformado com a decisão de primeiro grau de fls. 95/98, prolatada pela DRJ em Juiz de Fora - MG, recorre a este Conselho pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 100/107.

A requerente apresentou, em 31/03/98, pedido de restituição de imposto sobre o lucro líquido, conforme se constata às fls. 01/03, onde, em síntese, expõe o seguinte:

- que nos meses de abril, maio e junho de 1992, a requerente recolheu as cotas de ILL - Imposto Sobre o Lucro Líquido (art. 35 da Lei n.º 7.713/88), código de receita 0764 relativas ao exercício de 1992;

- que a requerente celebrou com a Secretaria da Receita Federal, 25/06/91, o parcelamento de n.º 13.637.000071/91-15, relativo a débito de ILL para pagamento em 36 parcelas mensais, vencendo-se a primeira em 25/06/91 e a última em 25/05/94, tendo liquidado todas as parcelas, consoante comprovantes de quitação anexos;



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 13637.000057/98-61
Acórdão nº. : 104-17.322

- que verifica-se, contudo, que várias empresas se insurgiram contra a sua cobrança, arguindo a inconstitucionalidade da exação, o que levou o Poder Judiciário a decidir pela improcedência da exigência em determinados casos;

- que não bastasse, a par das inúmeras decisões proferidas pelos Tribunais, a Receita Federal fez editar a Instrução Normativa SRF n.º 63, de 24/07/97, dispondo em seu artigo 1º, § Único "que o disposto neste artigo se aplica às demais sociedades nos casos em que o contrato social, na data do encerramento do período base da apuração, não previa a disponibilidade, econômica ou jurídica, imediata ao sócio";

- que as decisões do Poder Judiciário, bem como os termos da Instrução Normativa SRF 63/97 se amoldam à situação de fato da requerente, em cujo contrato social a distribuição fica condicionada à deliberação dos sócios, conforme se vê do final da cláusula quinta. E, efetivamente, não ocorreu nenhuma distribuição conforme se comprova pelos documentos anexos, balanços que demonstram a acumulação de lucros até o último exercício incorrido.

De acordo com a Portaria 4.980/94, o Delegado da Receita Federal em Juiz de Fora, apreciou e concluiu que o presente pedido de restituição é improcedente, com base, em síntese, nas seguintes considerações:

- que importa esclarecer que a arguição de inconstitucionalidade, conforme orientação do Parecer Normativo CST n.º 329/70, é uma questão não oponível na esfera administrativa, por transbordar o limite de sua competência o julgamento da matéria do ponto de vista constitucional;



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 13637.000057/98-61
Acórdão nº. : 104-17.322

- que ademais, vale a pena ressaltar que, segundo dispõe o Decreto n.º 73.529/74, em seus artigos 1º e 2º "é vedada a extensão administrativa dos efeitos de decisões judiciais contrárias à orientação estabelecida para a administração direta e autárquica em atos de caráter normativo ou ordinário". Tais decisões "produzirão seus efeitos apenas em relação às partes que integram o processo judicial e com estrita observância do conteúdo dos julgados";

- que a IN SRF 63/67, assim como os Decretos 2.194/97 e 2.346/97 que consolidam normas de procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais e regulamentam os dispositivos legais que mencionam, não aludem à restituição de quantias regularmente constituídas e pagas;

- que convém lembrar, que o parcelamento efetuado pela contribuinte, configurado como denúncia espontânea às fls. 10 e 55, se traduz em concordância do sujeito passivo com a exigência fiscal, confessada está a dívida, tornando-se líquida e certa a exigibilidade do crédito tributário. A dívida fiscal somente se extingue em proporção idêntica àquela em que o pagamento a amortiza. Estando o pagamento completo, o ato tornou-se perfeito e acabado e a situação definitivamente constituída. Estendendo-se o mesmo raciocínio para os 3 pagamentos efetuados durante o ano-base de 1992.

Irresignada com a decisão da autoridade administrativa singular, a requerente, apresenta, tempestivamente, em 26/06/98, a sua peça impugnatória de fls. 61/65, instruída com os documentos de fls. 66/92, solicitando que seja acolhida a impugnação para que seja declarado procedente o pedido de restituição, com base, em síntese, nos seguintes argumentos:



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 13637.000057/98-61
Acórdão nº. : 104-17.322

- que as razões colocadas pelo fisco para lastrear o indeferimento não são o bastante para infirmar o direito do contribuinte de ser restituído daquilo que efetivamente pagou indevidamente, como ocorre nos presentes autos;

- que tem o administrador o dever de avaliar a constitucionalidade de cada lei. Se é assim, não pode recusar a apreciar um pedido de restituição de imposto pago indevidamente, eis que, nos termos da decisão do E. STF (RE n.º 172.058-1/210/SC), somente será devido o imposto sobre o lucro líquido se estiver expresso no contrato social a plena disponibilidade do lucro por parte dos sócios, o que não houve, comprovadamente, no caso concreto;

- que assim, porque o imposto sobre o lucro líquido não era devido, quando o contrato social não previa a disponibilidade econômica ou jurídica imediata, pelos sócios, do lucro líquido apurado na data de encerramento do período-base;

- que no caso concreto, essa disponibilidade está comprovada que não houve, conforme documentos que ora são juntados e que se somam aos documentos já existentes e que demonstram a liquidez do crédito, o indébito cuja restituição se pede, em valores conhecidos;

- que entende a impugnante que a IN SRF n.º 63/97 por si só determine a inexigência do ILL, bastando para tanto que o contrato social, da data do encerramento do período-base da apuração, não preveja a disponibilidade econômica ou jurídica do lucro ao sócio;

- que inobstante, atendendo ao princípio da eventualidade, para comprovação de que não ocorreu nenhuma distribuição de lucros desde o exercício inicial da postulação de restituição até o último exercício incorrido, junta em anexo, cópias



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 13637.000057/98-61
Acórdão nº. : 104-17.322

autenticadas das declarações de IRPJ dos anos calendários de 1990 até 1997, onde, no Anexo "A", que discrimina as contas do "ativo" e "passivo" do contribuinte consta ainda toda a movimentação da conta de lucros ou prejuízos acumulados.

Após resumir os fatos constantes do pedido de restituição e as razões apresentadas pelo impugnante, a autoridade julgadora singular resolveu julgar improcedente a reclamação apresentada contra o Despacho Decisório da DRF/JFA/SASIT, com base, em síntese, nas seguintes considerações:

- que não obstante a corrente doutrinária citada pela contribuinte, em que a autoridade administrativa deve apreciar a arguição de inconstitucionalidade, a Carta Magna de 1988 acolheu o sistema de controle judicial da constitucionalidade das leis, distinguindo-se nesse sistema a via de ação (método concentrado) e a via de exceção ou defesa (método difuso);

- que a via de ação tem por objetivo expelir do ordenamento a lei ou o ato normativo contrário à Constituição, bem como declarar a omissão inconstitucional. Nestes casos, tem competência, na esfera federal, um único órgão: o Supremo Tribunal Federal, conforme determinado no art. 102, I, "a", e no art. 103, § 2º da CF/88;

- que já na via de exceção, que ataca a validade da lei no caso concreto, a arguição dá-se no curso do processo comum, tendo competência para conhecer e decidir da inconstitucionalidade qualquer órgão judicante. No processo, a questão de inconstitucionalidade é chamada de "incidental" e pode chegar ao Supremo através do recurso ordinário ou do extraordinário. A decisão faz coisa julgada apenas entre as partes, não vinculando outras decisões, mesmo quando emanada do próprio STF, enquanto a lei não tiver suspensa a sua executoriedade, o que compete ao Senado Federal, por força do art. 52, X, da CF/88;



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 13637.000057/98-61
Acórdão nº. : 104-17.322

- que assim, no caso em comento, embora haja decisão do Supremo no sentido de que somente é devido o ILL se estiver expresso no contrato social que o lucro apurado será destinado à distribuição, tal pronunciamento se deu na via incidental, não tendo seus efeitos estendidos "erga-omnes", isto é, a todos os contribuintes, uma vez que ainda não há Resolução do Senado Federal suspendendo a execução da normal legal declarada inconstitucional;

- que quanto ao julgamento nesta Delegacia, cabe lembrar que a Portaria SRF n.º 3.608/94, em seu inciso IV, dispõe que os Delegados de Julgamento devem obedecer preferencialmente em seus julgados o entendimento da Administração da Secretaria da Receita Federal. Saliente-se, ainda, que a manifestação de inconformidade da contribuinte refere-se ao indeferimento da restituição solicitada, se caracterizando como uma reclamação de decisão denegatória, e não como uma impugnação ou recurso contra a constituição do crédito tributário, ou seja, contra o lançamento, o que afasta de imediato a aplicação do art. 4º, parágrafo único, do Decreto n.º 2.346/97;

- que quanto à aplicação dos dispositivos contidos na IN SRF n.º 63/97, convém esclarecer que o citado diploma legal determina a dispensa da constituição de créditos da Fazenda Nacional e o cancelamento nos casos ali especificados. No caso em pauta, o lançamento não só já foi constituído, como também extinto pelo pagamento. Quanto aos lançamentos a serem cancelados, tratados no art. 3º, são aqueles pendentes de julgamento, o que não se aplica ao caso, uma vez que, conforme exposto acima, o que se discute no presente processo é o direito à restituição e não a validade, na época, dos lançamentos efetuados;

- que por último, apenas para efeito de argumentação, se fossem admitidas como pertinentes as alegações da requerente, haveria de se considerar que segundo o art.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 13637.000057/98-61
Acórdão nº. : 104-17.322

168, I, c/c o art. 165 I e II, ambos do Código Tributário Nacional, o direito de pleitear a restituição, nos casos de cobrança ou pagamento espontâneo do tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, extingue-se com o decurso do prazo de 05 (cinco) anos, contados da data de extinção do crédito tributário. Saliente-se que o art. 150, § 1º, do CTN, que trata dos lançamentos por homologação, estabelece que o pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento. Embora, a extinção do crédito tributário se dê, neste caso, sob condição resolutória, após o pagamento (extinção) corre o prazo decadencial, uma vez que o contribuinte tem direito à restituição do tributo pago indevidamente ou a maior, independente de homologação. Sendo assim, tendo em vista que o pedido de restituição, às fls. 01/03, foi entregue à repartição pela requerente em 31/03/98, todos aqueles créditos extintos antes de 31/03/93, ou seja, cinco anos antes do pedido, estão com o direito de pleitear a restituição já decaídos.

A ementa que consubstancia os fundamentos da decisão singular é a seguinte:

**“IMPOSTO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO
SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL
COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA**

Arguição de Inconstitucionalidade - Salvo disposição expressa em contrário, na esfera administrativa cabe a autoridade julgadora rejeitar a preliminar de arguição de constitucionalidade, por transpor os limites de sua competência o julgamento da matéria do ponto de vista constitucional.

**NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO
PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR**

Restituição de tributos e contribuições - Incabível a restituição do Imposto sobre o Lucro Líquido, com fulcro na IN SRF n.º 63/97, de quantias regularmente constituídas e pagas.

Reclamação improcedente.”



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 13637.000057/98-61
Acórdão nº. : 104-17.322

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 29/09/98, conforme Termo constante às folhas 98-verso, e, com ela não se conformando, a recorrente interpôs, em tempo hábil (28/10/98), o recurso voluntário de fls. 100/107, no qual demonstra irresignação contra a decisão supra ementada, baseado, em síntese, nas mesmas razões expendidas na fase impugnatória, reforçado pelas seguintes considerações:

- que sobre a alegação de extinção do direito do contribuinte é preciso ficar assentado que os recolhimentos indevidos ocorreram em abril, maio e junho de 1992 e, em relação ao parcelamento de 36 meses, entre junho de 1992 até maio de 1994;

- que logicamente, não teria ocorrido a prescrição, como quer a autoridade recorrida, pelo menos em relação aos pagamentos indevidamente feitos a partir de março de 1993, ainda que se não entenda que o prazo inicial dos cinco anos da prescrição sejam contados do julgamento da inconstitucionalidade da exigência do ILL sobre lucros de cuja disponibilidade não dispõem os sócios;

- que ainda, segundo ensinam os doutos, baseados em decisões do STJ, se a homologação não ocorreu, expressamente, no prazo de cinco anos do pagamento efetuado, somente ao final desse prazo é que conta a prescrição para o contribuinte reaver o que tem direito.

É o Relatório.





**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 13637.000057/98-61
Acórdão nº. : 104-17.322

VOTO

Conselheiro NELSON MALLMANN, Relator

O recurso é tempestivo e preenche as demais formalidades legais, dele tomo conhecimento.

Não há arguição de qualquer preliminar.

No que se refere ao argumento da admissibilidade da questão da constitucionalidade na esfera administrativa, ou seja, o dever do Colegiado Administrativo de avaliar a constitucionalidade de cada lei, é entendimento deste Relator e dos demais Membros componentes desta Quarta Câmara, que quanto a discussão sobre a inconstitucionalidade de normas legais, os órgãos administrativos judicantes estão impedidos de declarar a inconstitucionalidade de lei ou regulamento, face à inexistência de previsão constitucional.

No sistema jurídico brasileiro, somente o Poder Judiciário pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, através dos chamados controle incidental e do controle pela Ação Direta de Inconstitucionalidade.

No caso de lei sancionada pelo Presidente da República é que dito controle seria mesmo incabível, por ilógico, pois se o Chefe Supremo da Administração Federal já fizera o controle preventivo da constitucionalidade e da conveniência, para poder promulgar a lei, não seria razoável que subordinados, na escala hierárquica administrativa,



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13637.000057/98-61
Acórdão nº. : 104-17.322

considerasse inconstitucional lei ou dispositivo legal que aquele houvesse considerado constitucional.

Não há a violação ao princípio constitucional (inciso LV do art. 5º da Constituição Federal), posto que a alegação de presumíveis inconstitucionalidades da legislação tributária não pode ser apreciada na esfera administrativa, justamente pelo argumento que os órgãos e poderes têm e exercem jurisdição no limite de sua competência.

Exercendo a jurisdição no limite de sua competência, o julgador administrativo não pode nunca ferir o princípio de ampla defesa, já que esta só pode ser apreciada no foro próprio.

A ser verdadeiro que o Poder Executivo deva inaplicar lei que entenda inconstitucional, maior insegurança teriam os cidadãos, por ficarem à mercê do alvedrio do Executivo.

O poder Executivo haverá de cumprir o que emana da lei, ainda que materialmente possa ela ser inconstitucional. A sanção da lei pelo Chefe do Poder Executivo, afasta - sob o ponto de vista formal - a possibilidade da arguição de inconstitucionalidade, no seu âmbito interno. Se assim entendesse, o chefe de Governo vetá-la-ia, nos termos do artigo 66, § 1º da Constituição. Rejeitado o veto, ao teor do § 4º do mesmo artigo constitucional, promulgue-a ou não o Presidente da República, a lei haverá de ser executada na sua inteireza, não podendo ficar exposta ao capricho ou à conveniência do Poder Executivo. Faculta-se-lhe, tão-somente, a propositura da ação própria perante o órgão jurisdicional e, enquanto pendente a decisão, continuará o Poder Executivo a lhe dar execução. Imagine-se se assim não fosse, facultando-se ao Poder Executivo, através de seus diversos departamentos, desconhecer a norma legislativa ou simplesmente negar-lhe executoriedade por entendê-la, unilateralmente, inconstitucional.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13637.000057/98-61
Acórdão nº. : 104-17.322

A evolução do direito, como quer a suplicante, não deve pôr em risco toda uma construção sistêmica baseada na independência e na harmonia dos Poderes, e em cujos princípios repousa o Estado Democrático.

Não se deve a pretexto de negar validade a uma lei pretensamente inconstitucional, praticar-se inconstitucionalidade ainda maior, consubstanciada no exercício de competência de que este Colegiado não dispõe, pois que deferida a outro Poder.

Ora, o Estado não possui qualquer interesse subjetivo nas questões, também no processo administrativo fiscal. Daí, os dois pressupostos basilares que o regulam: a legalidade objetiva e a verdade material.

Sob a legalidade objetiva, o lançamento do tributo é atividade vinculada, isto é, obedece aos estritos ditames da legislação tributária, para que, assegurada sua adequada aplicação, esta produza os efeitos colimados (artigos 3º e 142, parágrafo único do Código Tributário Nacional).

Nessa linha, compete, inclusive, à autoridade administrativa, zelar pelo cumprimento de formalidade essenciais, inerentes ao processo. Daí, a revisão do lançamento por omissão de ato ou formalidade essencial, conforme preceitua o artigo 149, IX da Lei n.º 5.172/66. Igualmente, o cancelamento de ofício de exigência infundada, contra a qual o sujeito passivo não se opôs (artigo 21, parágrafo 1º, do Decreto n.º 70.235/72).

Sob a verdade material, citem-se: a revisão de lançamento quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado (artigo 149, VIII, da Lei n.º 5.172/66); as diligências que a autoridade determinar, quando entendê-las necessárias ao deslinde da



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 13637.000057/98-61
Acórdão nº. : 104-17.322

questão (artigos 17 e 29 do Decreto n.º 70.235/72); a correção, de ofício, de inexatidões materiais devidas a lapso manifesto (artigo 32, do Decreto n.º 70.235/72).

Como substrato dos pressupostos acima elencados, o amplo direito de defesa é assegurado ao sujeito passivo, matéria, inclusive, incita no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988.

A lei não proíbe o ser humano de errar: seria antinatural se o fizesse; apenas comina sanções mais ou menos desagradáveis segundo os comportamentos e atitudes que deseja inibir ou incentivar.

Todo erro ou equívoco deve ser reparado tanto quanto possível, da forma menos injusta tanto para o fisco quanto para o contribuinte.

Nesse contexto, passo ao exame da questão principal da lide.

Como se vê do relatório, cinge-se a discussão do presente litígio em torno de restituição de imposto sobre o lucro líquido, que a requerente entende ter recolhido indevidamente.

É líquido e certo, que o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, declarou a inconstitucionalidade da exigibilidade contida no artigo 35 da Lei n.º 7.713/88, para as sociedades anônimas, já que a distribuição de lucros depende, principalmente, da manifestação da assembléia geral, bem como para as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, quando não há, no contrato social, cláusula para a destinação e distribuição do lucro apurado.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13637.000057/98-61
Acórdão nº. : 104-17.322

É de se ressaltar ainda que, no caso em comento, além da decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de que somente é devido o ILL se estiver expresso no contrato social que o lucro apurado será destinado à distribuição existe a Resolução do Senado Federal n.º 82/96 suspendendo a execução da norma legal declarada inconstitucional, estendendo os seus efeitos para toda a sociedade, ou seja efeitos "erga-omnes".

Esse entendimento do mais alto órgão do Poder Judiciário, estabelecendo a inconstitucionalidade do dispositivo em questão importa em reconhecer que o imposto sobre o lucro líquido, nunca existiu para estas empresas, e nunca poderiam ser exigidos, já que o valor jurídico de um ato inconstitucional é desprovido de qualquer eficácia no pleno de direito, não produzindo qualquer efeito desde a sua origem, conforme pacífico entendimento do Supremo Tribunal Federal (ADIN n.º 1.434/SP - DJU em 22/11/96 e ADIQUO n.º 652/MA - DJU em 02/04/93).

Declarada pelo Supremo Tribunal Federal - seja em Ação Direta, seja incidentalmente em qualquer outro processo - a inconstitucionalidade de Lei, tal declaração passa imediatamente a ter validade para todos os cidadãos, por se tratar de decisão final, irrecorrível e imutável.

Já não há mais como se manter tal ônus para a requerente, primeiro porque a Corte Máxima já se pronunciou pela inconstitucionalidade da matéria em questão e, de outro lado o próprio Conselho de Contribuintes já vem acolhendo a tese esposada pelo STF, por razões de economia processual, excluindo estas empresas do campo de incidência do artigo 35 da Lei n.º 7.713/88, ou seja, o ILL só será devido pelos sócios-quotistas, quando, no contrato social, houver dispositivo expresso, expondo que o lucro apurado será destinado à distribuição.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13637.000057/98-61
Acórdão nº. : 104-17.322

Do exposto, observa-se que não só na esfera judicial foi acolhida a tese de inconstitucionalidade da matéria, mas também já na própria esfera administrativa, o que, inclusive, redundaria em economia processual, pois evita o recurso dos contribuintes ao Judiciário para haver seus direitos.

A citada decisão do Supremo Tribunal Federal interpretou, em caráter definitivo, a legislação vigente sobre a matéria de que trata o artigo 35 da Lei n.º 7.713/88, de modo que, adotar a decisão antes referida, não caracteriza a extensão dos efeitos da mesma contrários à orientação estabelecida pela administração a que se refere o art. 1º do Decreto n.º 73.529/74. Adotar a decisão do STF, significa, apenas, interpretar a lei na conformidade da interpretação dada pelo mais alto tribunal do País.

Por último, prospera o argumento da requerente quanto a prescrição, já que a princípio segundo o art. 168, I, c/c o art. 165 I e II, ambos do Código Tributário Nacional, o direito de pleitear a restituição, nos casos de cobrança ou pagamento espontâneo do tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, extingue-se com o decurso do prazo de 05 (cinco) anos, contados da data de extinção do crédito tributário.

Por outro lado, é bom lembrar que o pedido de restituição ocorreu em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei que institui tal imposto, sendo que neste caso se faz necessário acrescentar as normas acima citadas, que somente ocorrerá o prazo prescricional do direito à restituição do imposto se houver decorrido mais de cinco anos contados da data da declaração de inconstitucionalidade da lei em que se fundamentou o gravame.

Ora, o imposto sobre o lucro líquido – art. 35 da Lei n.º 7.713/88 – foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na Sessão Plenária de 30/06/95,



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 13637.000057/98-61
Acórdão nº. : 104-17.322

cuja ementa foi publicada no Diário da Justiça em 13/10/95. Como se vê o pedido de restituição de fls. 01/03 está dentro do prazo legal de solicitação.

Em razão de todo o exposto e por ser de justiça, voto no sentido de dar provimento ao recurso para reconhecer o direito à restituição do imposto sobre o lucro líquido.

Sala das Sessões - DF, em 10 de dezembro de 1999.



NELSON MALLMANN