



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10880.720795/2006-65
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-005.586 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de maio de 2021
Recorrente MONTANA QUÍMICA S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 2003

ILL. COMPENSAÇÃO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO DIRETO. ARTIGO 166, DO CTN. NÃO APLICAÇÃO.

Como a recorrente é uma sociedade por ações, não se sujeita ao disposto no artigo 35, da Lei nº 7.713/1988, tendo em vista o decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 172.058-1-SC que declarou a inconstitucionalidade da alusão feita ao termo “o acionista”.

No mesmo sentido, a Resolução do Senado Federal nº 82/96 que suspendeu, em parte, a execução do mencionado dispositivo, naquilo em que faz menção ao referido vocábulo.

Tendo comprovadamente efetuado, às suas expensas, o recolhimento do tributo declarado inconstitucional, a recorrente é parte legítima para pleitear a repetição do indébito, via compensação com obrigações tributárias de sua responsabilidade perante a Fazenda Federal, não se lhe aplicando as disposições do artigo 166, do CTN, posto enquadrar-se o Imposto de Renda Retido na Fonte sobre o Lucro Líquido (ILL) na categoria dos “tributos diretos”, não atingidos pelo dispositivo do Código, conforme pacificado na jurisprudência do CARF e do STJ.

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO
DIREITO CREDITÓRIO. ÔNUS DA PROVA.**

Incumbe ao sujeito passivo a demonstração, acompanhada de provas hábeis, da composição e existência do crédito que alega possuir junto à Fazenda Nacional para que sejam aferidas sua liquidez e certeza pela autoridade administrativa, na forma do que dispõe o artigo 170 do CTN.

**PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL
DIREITO CREDITÓRIO. ANÁLISE. COMPETÊNCIA.**

Afastado o óbice imposto pelo Despacho Decisório inicial e ratificado pela decisão recorrida, imperioso que os autos voltem à unidade de origem competente para a análise do direito creditório pleiteado e prolatação de nova decisão, retomando-se, a partir daí, o rito procedimental previsto no PAF (Decreto nº 70.235/1972).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, **por unanimidade de votos**, dar provimento parcial ao recurso voluntário no sentido de anular o Acórdão n.º 16-25.130, de 29/04/2010, da 3ª Turma da DRJ/SP1 e o Despacho Decisório EQPIR/PJ da DIVISÃO DE ORIENTAÇÃO E ANÁLISE TRIBUTÁRIA – DIORT/DERAT/SP (fls. 39/41), determinando o retorno dos autos à Unidade de Origem a fim de que seja analisado o direito creditório pleiteado e a compensação pretendida pela recorrente, prolatando-se novo Despacho Decisório, retomando-se, a partir daí, o rito procedimental previsto no Decreto n.º 70.235/1972 (PAF).

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marco Rogério Borges, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Iágaro Jung Martins, Luciano Bernart, Marcelo Jose Luz de Macedo (suplente convocado) e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

MONTANA QUÍMICA S/A recorre a este Colegiado em face de decisão prolatada pela 3ª Turma da DRJ/SP1 em sessão de 29 de abril de 2010 (fls. 82/88) que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada (fls. 44/50) contra o Despacho Decisório EQPIR/PJ da DIVISÃO DE ORIENTAÇÃO E ANÁLISE TRIBUTÁRIA – DIORT/DERAT/SP (fls. 39/41) que indeferiu o pleito de repetição de indébito, via compensação acostado pela interessada (fls. 4/25), direito creditório originário de recolhimento de Imposto de Renda Retido na Fonte sobre o Lucro Líquido (ILL), tributo posteriormente declarado inconstitucional pelo STF, cujo valor, à época, somava R\$ 349.826,80, resumido nos seguintes PER/DCOMP (Despacho de 31/07/2008 da EQITD/DIORT - fls. 38)¹:

PER/DCOMP	VALOR TOTAL DÉBITO	DT TRANSMISSÃO
22670.97914.030903.1.3.57-5548	160.873,25	03/09/2003
10919.06418.150903.1.7.57-8105	185.761,44	15/09/2003
27500.80864.170903.1.3.57-2777	3.192,11	17/09/2003

No DD a Autoridade Tributária expôs os motivos para o indeferimento:

Relatório
<p>A empresa em epígrafe formalizou declarações de compensação, cujas cópias se encontram às fls. 03/24.</p> <p>No demonstrativo de fl. 03/04, o interessado indica que o crédito que pretende utilizar é oriundo da Ação Ordinária nº 96.0006394-0/DF, da Seção Judiciária do Distrito Federal, e Apelação Cível nº 1997.01.00.047209-6, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.</p>
Fundamentação
<p>Segundo as informações prestadas no despacho de fl. 36, baseadas na pesquisa ao site da Justiça Federal juntada às fls. 26/30 e 32/35, o acórdão que negou provimento às apelações interpostas pelas autoras já transitou em julgado.</p> <p>Sendo assim, não há como se homologar as compensações vinculadas a este alegado crédito que não se confirmou.</p> <p>ISTO POSTO, e considerando tudo o mais que dos autos consta, proponho o indeferimento do pedido e a não homologação das compensações declaradas nas DCOMPs relacionadas a seguir:</p>

PER/DCOMP
22670.97914.030903.1.3.57-5548
10919.06418.150903.1.7.57-8105
27500.80864.170903.1.3.57-2777

¹ A numeração referida das fls., quando não houver citação em contrário, é sempre a digital do e-processo.

Em brevíssima síntese, os fatos:

- a) A contribuinte intentou compensar tributos federais de sua responsabilidade com créditos que entendeu possuir contra a Fazenda Pública pertinentes a recolhimentos de ILL (tributo declarado inconstitucional).
- b) Para tanto, adentrou com ação judicial (Processo nº 1999.03.99.105192-5/SP), tendo seu pleito, formulado na “*ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária cumulada com pedido de compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de imposto de renda retido na fonte de outubro de 1992 a março de 1993, à alíquota de 8% (oito por cento), incidente sobre o lucro líquido apurado no seu balanço por imposição do art. 35, da Lei nº 7713/88*”, sido negado pelo Magistrado da 9ª Vara Federal de São Paulo, que extinguiu o feito “*sem conhecimento do mérito, com fundamento no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil*”, decretando a “*carência da ação, por falta de legitimidade ativa*”.
- c) Em grau recursal, o TRF-3 reformou a decisão e determinou o retorno dos autos à origem para enfrentamento do mérito (fls. 72):

Nesse passo, atento à necessidade de ser observado o duplo grau de jurisdição, bem como considerando que o MM. Juiz "a quo" não julgou o mérito do pedido, entendo que a r. sentença recorrida não merece subsistir, daí porque devem os autos baixarem à Vara de origem, a fim de que outra seja proferida, agora com adentramento da matéria de fundo.

- d) Na sequência, prolatou-se nova decisão, agora favorável à contribuinte, tendo o MM juiz “a quo”, nos termos do Art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil:

d.1 julgado procedente a ação, declarando a inexistência de relação jurídica entre as partes no que se refere ao recolhimento do Imposto de Renda na Fonte instituído pelo Art. 35, da Lei nº 7.713/88, sobre os lucros líquidos auferidos e apurados anualmente;

d.2 reconhecido o direito de compensação das importâncias indevidamente pagas, comprovadas nos autos, com valores de prestações vencidas e/ou vincendas do Imposto de Renda, corrigidas monetariamente, desde os recolhimentos, nos termos do Provimento nº 26/2001 da E. Corregedoria Geral da Justiça Federal da 3ª Região, com aplicação de juros de mora, os quais, a partir de janeiro de 1996, deverão ser calculados nos termos da taxa SELIC, incidentes a partir do trânsito em julgado da sentença;

d.3 condenado a União ao pagamento de honorários advocatícios, no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa e determinado o reexame necessário.

- e) Reexaminada a matéria pelo TRF-3, naquilo que mais interessa ao que aqui se discute, a decisão foi mantida, ou seja, o reconhecimento de ter havido pagamento indevido de tributo inconstitucional (cf. 60/65).

- f) Com fundamento nesta decisão acostou os PER/DCOMP citados preambularmente visando o reconhecimento de seu direito creditório e homologação das compensações intentadas, pleito indeferido pela DERAT/SP
- g) Em MI (fls. 44/50) a contribuinte deduz sobre seu direito ao indébito que teria sido reconhecido judicialmente e, na outra via, acerca das compensações não homologadas e consequente cobrança dos débitos ali informados, argumenta estarem “prescritos”.
- h) A DRJ/SP1, por sua 3ª Turma, negou provimento à MI e manteve o decidido no DD (Ac. - fls. 82/88), assentando:

h.1 sobre a prescrição alegada pela defendente, “no caso presente, o prazo que deve ser aferido é aquele que, legalmente, a Autoridade Administrativa dispõe para a homologação da compensação, qual seja, cinco anos, contados a partir da entrega da DCOMP, nos termos do art. 74, §5º, da Lei 9.430/96, com a redação dada pela Lei 10.833/2003. Como as DCOMP foram enviadas no período 03/09/2003 a 17/09/2003, e a ciência do Despacho Decisório, que decidiu pela não homologação da compensação, deu-se, em 21/08/2008, conforme comprova o Aviso de Recebimento-AR (verso da fl. 40), verifica-se que a decisão administrativa ocorreu dentro do prazo legal, não cabendo, sob tal aspecto, contestar a sua validade”;

h.2 sobre o mérito, afirma que “a Manifestante teria obtido o reconhecimento do direito à compensação, nos autos do processo judicial nº 95.0046348-2 (AC 1999.03.99.105192-5), com trâmite pela 9ª Vara da Justiça Federal de São Paulo. Conforme documentação juntada aos autos pela Manifestante, referido processo trata de Ação de rito ordinário, ajuizada em 23 de agosto de 1995, objetivando a declaração de inexigibilidade do ILL, incidente à alíquota de 8%, sobre o lucro líquido, bem como a compensação das quantias pagas indevidamente com o IRRJ, corrigidas monetariamente. O Acórdão proferido pelo TRF, da 3ª Região, com trânsito em julgado em 08/06/2006, deu provimento parcial à apelação e à remessa oficial, e garantiu o direito da Autora de compensar os pagamentos indevidos do ILL, com a aplicação do Art. 170-A”;

h.3 entretanto, “na data da propositura da ação judicial, ambas as empresas [Montana Química S/A e Montana S/A Indústria e Comércio] tinham existências distintas, dado que a incorporação ainda não havia se realizado”;

h.4 prossegue afirmando que, dessa forma, “não há como estender, à Incorporada, os efeitos da decisão definitiva, exarada na ação promovida pela Incorporadora, tendo em vista que os efeitos da coisa julgada restringem-se às partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros, conforme dispõe o art. 472, do CPC”.

h.5 a decisão a quo teve a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2003

DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. PRAZO DE HOMOLOGAÇÃO.

A compensação declarada à RFB extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação. O prazo para

homologação da compensação declarada pelo sujeito passivo será de 5 (cinco) anos, contado da data da entrega da declaração de compensação.

AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. JULGAMENTO DA MATÉRIA DIFERENCIADA.

A propositura de ação judicial, antes ou depois de constituído o crédito, importa, quando idênticos os pedidos, em renúncia ao contencioso administrativo, razão pela qual o julgamento deve ater-se à matéria diferenciada.

ILL. AÇÃO JUDICIAL. DIREITO CREDITÓRIO NÃO RECONHECIDO.

A decisão judicial, transitada em julgado, que não reconhece a Autora como parte legítima para requerer a restituição e a compensação de pagamentos indevidos, a título de ILL, implica, no âmbito do contencioso administrativo, o não reconhecimento do direito creditório e, conseqüentemente, a não homologação da compensação declarada nas DCOMP.

COISA JULGADA EM FAVOR DA INCORPORADORA. EXTENSÃO DOS EFEITOS A INCORPORADA.

A coisa julgada que beneficia a empresa incorporadora não operará efeitos nas relações jurídicas da empresa incorporada anteriores à incorporação, tendo em vista a ausência do elemento “identidade de partes”.

*Manifestação de Inconformidade Improcedente
Direito Creditório Não-Reconhecido*

i) Inconformada, a interessada acostou RV (fls. 91/98) praticamente repisando, literalmente, os argumentos já expendidos.

É o relatório do essencial.

Voto

1. Conselheiro Paulo Mateus Ciccone - Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo (ciência do acórdão recorrido em 21/05/2010 – fls. 90 – protocolização do RV em 31/05/2010 – fls. 91), a representação da recorrente está corretamente formalizada (fls. 51/59) e os demais pressupostos para sua admissibilidade foram atendidos, pelo que o recebo e dele conheço.

Basicamente discute-se a possibilidade de a recorrente repetir-se de indébito que teria surgido por pagamentos indevidos de Imposto de Renda Retido na Fonte sobre o Lucro Líquido (ILL), declarado inconstitucional pela Suprema Corte

Há notícia nos autos de que os recolhimentos foram confirmados (relatório da decisão judicial – fls. 61 – “*reconheceu o direito de compensação das importâncias indevidamente pagas, comprovadas nos autos*”).

Portanto, incontroversos os recolhimentos.

Também incontroverso que o ILL foi declarado inconstitucional pela Suprema Corte e expungido do mundo jurídico pela Resolução n.º 82/1996, do Senado Federal, com efeitos *erga omnes*, de modo que comprovado indébito, cabe a repetição a favor da parte que arcou com o recolhimento do tributo indevido, desde que, óbvio, se observem e se cumpram os requisitos exigidos para tanto.

Pois bem, **nestes autos** foram suscitados ou arguidos os seguintes pontos (pela interessada, pelas autoridades fiscais e pela decisão recorrida):

1. houve interposição de ação judicial pela contribuinte visando ver declarado a inexistência de relação jurídica em relação ao ILL e conseqüente direito à repetição do indébito surgido, tendo seu pleito sido provido.
2. sequencialmente transmitiu três PER/DCOMP para utilizar o referido indébito, compensando-o com débitos de sua responsabilidade, tudo resumido abaixo:

PER/DCOMP	VALOR TOTAL DÉBITO	DT TRANSMISSÃO
22670.97914.030903.1.3.57-5548	160.873,25	03/09/2003
10919.06418.150903.1.7.57-8105	185.761,44	15/09/2003
27500.80864.170903.1.3.57-2777	3.192,11	17/09/2003

3. analisado pela Autoridade Tributária, o pleito foi improvido sob o argumento de ter sido lançado mão de “*crédito oriundo de Ação Judicial cuja decisão de indeferimento já transitou em julgado*”.
4. em MI, a pessoa jurídica rebateu o despacho da DERAT/SP, reafirmou seu direito ao indébito, aduziu que a decisão judicial foi reformada pelo TRF-3, passando a lhe ser favorável, e contestou os débitos surgidos por força da não homologação da compensação, alegando estarem prescritos.

5. a DRJ/SP1 não acolheu a MI e ratificou a decisão da DERAT/SP.

Postos os fatos, ao voto.

Inegável que o ILL foi expurgado do mundo jurídico. Sobre isso, desnecessárias maiores digressões.

Quanto aos demais pontos, inicio pela alegação de “prescrição” feita pela recorrente em relação aos débitos surgidos em face da não homologação das compensações intentadas.

Abstraindo o fato de que muito se tem debatido neste Colegiado acerca da competência do Tribunal Administrativo Tributário Federal para analisar “débitos” (a princípio, matéria mais afeta às Unidades da RFB), fato é que, neste caso concreto, como bem alertado pela decisão *a quo*, a contagem para eventual contagem prescricional flui a partir da constituição do crédito tributário, no caso, via DCTF e, depois, apresentada a DCOMP, há a interrupção do prazo prescricional. Nesse tom, transmitidos as DCOMP em setembro/2003 e proferido o DD em agosto/2008, não há que se falar em prescrição, decadência ou homologação tácita.

Afastado este aspecto, cabe ver se o indébito, oriundo do ILL recolhido indevidamente de outubro/1992 a março/1993, comportaria deferimento, isto é, se os demais requisitos para seu cancelamento foram cumpridos.

O primeiro deles, a tempestividade do pedido.

A respeito, via de regra, excetuados casos específicos, a restituição/ressarcimento deve ser buscada dentro do quinquênio a partir do pagamento/recolhimento indevido, na forma do artigo 165, do CTN:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

No caso, o manuseio dos autos mostra que em 23/08/1995 a contribuinte Montana Indústria e Comércio S/A, que viria a ser posteriormente incorporada pela recorrente MONTANA QUÍMICA S/A, interpôs ação judicial visando ver declarada a inexistência de relação jurídica em relação ao ILL e consequente direito à repetição dos valores indevidamente recolhidos.

A princípio foi prolatada sentença negando o pedido, porém devidamente reformada pelo TRF-3 (que determinou julgamento de mérito), a decisão final foi favorável a recorrente.

Desse modo, protocolizada petição em 23/08/1995, mostrando a intenção do sujeito passivo de repetir-se de indébitos nascidos de outubro/1992 a março/1993, indubitavelmente o prazo de cinco anos não foi vencido, por isso, não há óbice decadencial/prescricional a ser suscitado.

Outro aspecto abordado tanto pela Autoridade Tributária da DERAT/SP quanto pela Turma Julgadora de 1º Grau nas razões de decidir foi a possível “ilegitimidade ativa” da demandante no processo judicial de repetição do indébito, isso porque, primariamente, a ação foi

proposta pela empresa Montana S/A Indústria e Comércio e a recorrente tem a denominação de MONTANA QUÍMICA S/A.

Ocorre que a primeira demandante, Montana S/A Indústria e Comércio, foi incorporada pela recorrente, MONTANA QUÍMICA S/A, como atesta a própria decisão *a quo* (Ac. DRJ – fls. 87/88):

4.10. Todavia, cabe tecer algumas considerações sobre a alegação de que, afora a ação promovida pela Incorporada, a Manifestante teria obtido o reconhecimento do direito à compensação, nos autos do processo judicial n.º 95.0046348-2 (AC 1999.03.99.105192-5), com trâmite pela 9ª Vara da Justiça Federal de São Paulo.

4.11. Conforme documentação juntada aos autos pela Manifestante, referido processo trata de Ação de rito ordinário, ajuizada em 23 de agosto de 1995, objetivando a declaração de inexigibilidade do ILL, incidente à alíquota de 8%, sobre o lucro líquido, bem como a compensação das quantias pagas indevidamente com o IRPJ, corrigidas monetariamente.

4.12. O Acórdão proferido pelo TRF, da 3ª Região, com trânsito em julgado em 08/06/2006, deu provimento parcial à apelação e à remessa oficial, e garantiu o direito da Autora de compensar os pagamentos indevidos do ILL, com a aplicação do Art. 170-A.

4.13. Ocorre, contudo, que, na data da propositura da ação judicial, ambas as empresas tinham existências distintas, dado que a incorporação ainda não havia se realizado.

4.14. Assim, não há como estender, à Incorporada, os efeitos da decisão definitiva, exarada na ação promovida pela Incorporadora, tendo em vista que os efeitos da coisa julgada restringem-se às partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros, conforme dispõe o art. 472, do CPC, abaixo transcrito:

Pois bem, como se sabe, incorporação é uma operação pela qual uma sociedade existente é incorporada por outra, que recebe todo o seu patrimônio líquido, em seu mais amplo e clássico conceito: bens + direitos – obrigações, e a sucede para todos os fins e direitos. Em contraparte, a outra (incorporada), é extinta.

Legislativamente, a Lei n.º 6.404/1976, define:

Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

Registre-se novamente, “*sucede em todos os direitos e obrigações*”, ou seja, não há meio termo, nem exceções.

Nesse patamar, não há como impedir que a incorporadora, ao receber em transmutação o acervo patrimonial da incorporada e dentro dele conste um direito contra a Fazenda Pública, reconhecido por decisão transitada em julgado, não possa dele usufruir. Seria o mesmo que impedir a incorporadora de cobrar uma duplicata de um cliente por venda feita pela incorporada e que foi trazida ao patrimônio da sucessora.

Conclusão em sentido diverso é desprovida de lógica.

No entender do legislador cível:

“Art. 1.116. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos”. (Código Civil/2002).

Então, na incorporação há uma sucessão universal de bens, direitos e obrigações, de tal forma que o conjunto do patrimônio vertido da incorporada se agregará de forma una à sociedade incorporadora, dele fazendo parte indissociável, e tudo isso sem necessidade de notificação formal e individual a cada um dos credores ou devedores da pessoa jurídica extinta² e que agora terão que se relacionar com a sucessora por incorporação.

Dizendo de outro modo, os contratos, negócios, compromissos fiscais, relações empregatícias e todo o universo de interesses das empresas abrangidas na operação continuarão a fluir, sem que nem mesmo se torne necessário qualquer providência em relação a terceiros, salvo a comunicação do evento³, existindo, *in casu*, a chamada “teoria da absorção”, pela qual uma empresa é assimilada por outra, que lhe sucede.

No caso concreto, aqui apreciado, está-se diante da **incorporação** da empresa Montana S/A Indústria e Comércio, gerando o deslocamento de seu patrimônio para a recorrente, MONTANA QUÍMICA S/A, respeitado naturalmente o que foi avençado no “protocolo” e na “justificação” do evento incorporativo⁴.

Deste modo, é inquestionável que a recorrente recebeu os bens, direitos e obrigações da incorporada e dentre eles, certamente, além de todas as outras rubricas, possíveis créditos contra a Fazenda Pública Federal.

Em outro dizer, se a incorporadora assume, por expressa disposição legal, as “obrigações tributárias” da incorporada (art. 5º, do DL nº 1.598/1977) e artigo 132, do CTN (“Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas”), **nada mais justo e coerente que a balança, que pende para um lado a favor do Poder Público, também penda para o outro (contribuinte), desde que, por evidente, o evento se revista de plena legalidade.**

Neste tribunal Administrativo Tributário Federal:

**COMPENSAÇÃO. INCORPORAÇÃO. DIREITO CREDITÓRIO
DA INCORPORADA. DÉBITOS DA INCORPORADORA.**

² Observadas, no que couber, as disposições do artigo 232, da Lei nº 6.404/1976 e artigo 1.122, do Código Civil – Lei nº 10.406, de 10/01/2002.

³ BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 10. ed. rev., aum., e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 498-499

⁴ Conforme lição de Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro, o objetivo desses dois institutos (protocolo e justificação) é assegurar aos sócios o conhecimento de todas as condições da operação, das repercussões sobre os seus direitos e do valor de reembolso que lhes caberá, caso prefiram usar do direito de retirada (in Das Sociedades Anônimas no Direito brasileiro. São Paulo: Bushatsky, 1979, p. 663.

Se os atos societários atinentes à incorporação foram devidamente arquivados na Junta Comercial, se foi feita a entrega da respectiva DIPJ declarando o evento da incorporação e providenciada a baixa do CNPJ da incorporadora dos sistemas internos da RFB, não há como negar os efeitos jurídicos dessa incorporação, dentre os quais o direito da incorporadora de compensar créditos antes pertencentes à incorporada. (Ac. 3401-005.428 – sessão de 25/10/2018 – Rel. Tiago Guerra Machado)

Enfim, confirmada a operação societária, penso ser inadmissível negar o acesso a um direito creditício que veio transportado no bojo de uma incorporação, a exemplo de outros bens e obrigações que pertenciam à incorporada e vieram a compor o patrimônio da incorporadora.

Dito isto, entendo factível que o crédito (indébito) reconhecido judicialmente a favor da incorporada, Montana S/A Indústria e Comércio seja aproveitado pela sua incorporadora, MONTANA QUÍMICA S/A (recorrente).

Já em relação à possível exigência de que os acionistas tivessem que dar autorização específica para que a sociedade propusesse ação visando a repetição do indébito, por se estar diante de tributo (ILL) que comportaria transferência do respectivo encargo financeiro (art. 166, do CTN)⁵, cabe a análise abaixo.

Dispõe o artigo 35 acerca da instituição do nominado Imposto de Renda Retido na Fonte sobre o Lucro Líquido (popularmente, “ILL”), naquilo que é pertinente:

Art. 35. O sócio quotista, o acionista ou titular da empresa individual ficará sujeito ao imposto de renda na fonte, à alíquota de oito por cento, calculado com base no lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base. [\(Vide RSF nº 82, de 1996\)](#)

§ 1º Para efeito da incidência de que trata este artigo, o lucro líquido do período-base apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela:

a) adição do valor das provisões não dedutíveis na determinação do lucro real, exceto a provisão para o imposto de renda;

b) adição do valor da reserva de reavaliação, baixado no curso do período-base, que não tenha sido computado no lucro líquido;

c) exclusão do valor, corrigido monetariamente, das provisões adicionadas, na forma da alínea a, que tenham sido baixadas no curso do período-base, utilizando-se a variação do BTN Fiscal. [\(Redação dada pela Lei nº 7.799, de 1989\)](#)

⁵ Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

d) *compensação de prejuízos contábeis apurados em balanço de encerramento de período-base anterior, desde que tenham sido compensados contabilmente, ressalvado do disposto no § 2º deste artigo.*

e) *exclusão do resultado positivo de avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; [\(Incluída pela Lei nº 7.959, de 1989\)](#)*

f) *exclusão dos lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita; [\(Incluída pela Lei nº 7.959, de 1989\)](#)*

g) *adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido. [\(Incluída pela Lei nº 7.959, de 1989\)](#)*

Pois bem, taxativamente a imposição (incidência) dar-se-ia sobre “**o lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base (...) com observância da legislação comercial (...) ajustado (...)**”.

Ou seja, a tributação ocorreria: **i)** sempre que houvesse lucro líquido (ajustado, conforme citado nas alíneas do § 1º); **ii)** independentemente de sua distribuição.

Então, passou-se a ter uma figura presuntiva de “obtenção de renda”, isto é, **mesmo que “o acionista” não recebesse um centavo ou não lhe fosse creditado qualquer valor em conta corrente no passivo da empresa para futura distribuição, haveria incidência do IRRF à alíquota de 8%.**

Em outras palavras, só o fato de a pessoa jurídica obter lucro já era motivo da tributação, independentemente do *animus* de sua distribuição (isso foi depois reparado com a decisão do Supremo ao considerar inconstitucional parte do dispositivo).

Todavia, abstraindo esta decretação de inconstitucionalidade (para fins de desenvolvimento do raciocínio) e firmando posição apenas na situação fática que se estampava na entrada em vigor e vigência de tal dispositivo, o que se tinha era uma tributação sem que houvesse um “plus” no patrimônio do beneficiário, muito ao contrário, na esmagadora maioria das vezes não havia esse acréscimo patrimonial porque não havia distribuição do lucro, que era levado a “Reservas” da sociedade (no PL) e no futuro incorporado ao capital social, procedimentos sem qualquer tributação.

Em contraparte, CASO a companhia optasse por DISTRIBUIR lucros ou dividendos, haveria tributação na fonte das pessoas físicas beneficiárias às alíquotas de 23% a 25%, dependendo de quem fizesse a distribuição e 15% se as fontes pagadoras fossem empresas rurais; sendo beneficiária uma pessoa jurídica, a alíquota básica era de 23%, com exceções pontuais (bases legais – Decreto-lei nº 1790/1980, artigos 1º e 2º e Decreto-lei nº 2065/1983, artigo 1º, I).

Nesta hipótese (acima elencada), por haver efetiva disponibilização dos lucros e dividendos aos beneficiários, **i)** a tributação na fonte era imperativa, **ii)** à fonte pagadora cabia

efetuar a retenção e **iii**) ao interessado competia dar-lhe o tratamento de antecipação do imposto devido na sua declaração de ajuste ou, alternativamente, optar pela tributação exclusiva (pessoas físicas) e compensá-lo com o que tivesse de reter na distribuição que fizesse a título de dividendos, bonificações em dinheiro, lucros e outros interesses (pessoas jurídicas).

Então, naquele contexto, precedente ao ILL, **era indiscutível** que o contribuinte do tributo era o beneficiário, posto que recebia o rendimento (lucro/dividendos) **JÁ COM DESCONTO NA FONTE**.

Assim, tencionasse a pessoa jurídica (fonte pagadora) repetir-se de eventual indébito tributário por qualquer motivo (recolhimento a maior, por exemplo), necessitaria de expressa autorização do contribuinte que arcou com o ônus da imposição tributária, consoante disposto no artigo 166, do CTN:

Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Em claro dizer, o beneficiário recebia (ou lhe era creditado) o valor do lucro/dividendo, seu patrimônio aumentava e, naturalmente, na forma do art. 43, do CTN, a tributação do Imposto de Renda, na fonte e/ou na declaração anual, era impositiva.

Sendo assim, só ele é que poderia autorizar um terceiro a pugnar pela repetição.

Diferentemente ocorreu com a mudança trazida pelo artigo 35, da Lei nº 7.713/1988 que não impunha distribuição alguma (efetiva ou mediante crédito a favor do beneficiário) para exigir o tributo. Quer dizer, **bastava a empresa obter lucro para se impor uma tributação** na fonte! E sobre valores que poderiam JAMAIS ser distribuídos!

Nesta estampa, era irrelevante a efetiva distribuição dos lucros, bastando para a incidência do imposto a sua simples apuração pela companhia e que poderia nunca distribuí-lo, pois dependente de uma decisão dos acionistas.

Tanto assim era que, na sequência, dispôs o artigo 36, da Lei nº 7.713/1988:

Art. 36. Os lucros que forem tributados na forma do artigo anterior, quando distribuídos, não estarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte.

Então,

- i) Os lucros (apurados pela entidade);
- ii) Que fossem tributados na forma do artigo anterior (art. 35, por simples apuração de lucro da empresa);

- iii) QUANDO (e SE) DISTRIBUÍDOS;
- iv) , não estariam sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte.

Ou seja, para a legislação que criou o ILL, não haveria tributação quando EFETIVAMENTE o beneficiário recebesse os lucros e assim tivesse realmente um “plus” em seu patrimônio (artigo 43, do CTN) e tudo pelo simples fato de que, **antes e presuntivamente**, já sofrera uma tributação sem que lhe fosse distribuída/creditada qualquer importância.

Então, na dicção do artigo 36, ocorrendo a efetiva distribuição já não haveria o que se tributar, posto que tributado **antes e ainda que o beneficiário não houvesse recebido valor algum**, já que, consoante artigo 35, havendo lucro, automaticamente a empresa deveria calcular 8% sobre ele e recolher como IRRF às suas expensas, posto que a ela foi imposta tal obrigação.

Em suma, quem apurava o imposto de renda na fonte e o recolhia era a pessoa jurídica.

Pois bem, no caso tratado, temos como fonte pagadora uma sociedade anônima, cujos partícipes são “acionistas”, os quais, por força da decisão do Supremo, não poderiam sofrer a imposição de fonte, justamente porque não haveria essa “disponibilidade automática”.

Então, nesse cenário, sem nunca ter recebido qualquer valor de lucros ou dividendos, sem nunca ter arcado ou despendido um único centavo a título de Imposto de Renda na Fonte (totalmente assumido e recolhido pela Fonte Pagadora, às suas expensas), sem nunca ter sofrido o ônus de um **tributo que não pagou, de uma renda que não recebeu**, seria obrigatória a autorização deste acionista para que a fonte pagadora, que recolheu o imposto, às suas expensas, intentasse uma repetição de indébito? Penso que não.

Na verdade, e já caminhando para a conclusão do pensamento e para o desfecho do caso concreto, neste caso do ILL, não houve distribuição de lucro ou dividendo, os beneficiários não foram contemplados com verba alguma e não arcaram com nenhum tributo, ao revés, quem o assumiu foi integralmente a recorrente, como mostram os documentos encartados aos autos.

A ela, por raciocínio lógico, cabe a legitimidade de buscar a repetição de tal indébito expurgado do mundo jurídico.

A propósito e dando mais suporte a este entendimento, veja-se o disposto no artigo 1º, da Instrução Normativa (SRF) n.º 63, de 24 de julho de 1997, que tratou da matéria após a decisão do STF:

“Art. 1.º Fica vedada a constituição de créditos da Fazenda Nacional, relativamente ao imposto de renda na fonte sobre o lucro

líquido, de que trata o art. 35 da Lei n.º 7.713, de 22 de dezembro de 1988, em relação às sociedades por ações.

Pois bem, se o próprio Órgão Tributário determinou ficasse **“vedada a constituição de créditos em relação às sociedades por ações a partir de 1997”**, em razão da decisão do STF, óbvio que, antes disso, tal lançamento poderia ser feito (e deve tê-lo sido pela Receita Federal), de modo que, **se a fonte pagadora poderia ser autuada por não ter retido o imposto, na mesma senda e mesmo raciocínio dele pode se repetir se o reteve, recolheu e sua imposição foi declarada inconstitucional.**

Em síntese, se era o sujeito passivo para arcar com um auto de infração pela não retenção, igualmente é parte legítima para requerer o quanto recolheu de tributo inconstitucional.

Precedentes do CARF conduzem nesta linha:

LEGITIMIDADE DA SOCIEDADE ANÔNIMA

Nas sociedades anônimas, os acionistas somente adquirem disponibilidade financeira ou jurídica em relação ao lucro da empresa, após a deliberação de assembléia geral ordinária. Como o imposto incide sobre os lucros apurados e não distribuídos, o ônus econômico deste é suportado pela empresa, que, conseqüentemente, tem legitimidade para pleitear a restituição. Recurso provido. (Primeiro Conselho, Quarta Câmara, acórdão n.º 104-22.023, Relator Conselheiro Remis Almeida Estol, julgado em 08/11/2006)

IMPOSTO DE RENDA SOBRE O LUCRO LÍQUIDO RESTITUIÇÃO ARTIGO 166 DO CTN NÃO APLICAÇÃO

A regra prevista no artigo 166 do Código Tributário Nacional somente se aplica aos chamados tributos indiretos. O imposto de renda previsto no artigo 35, da Lei n.º 7.713, de 1988, é tributo direto, não lhe sendo aplicável a aludida condição por ocasião da apresentação de requerimento de restituição (Acórdão n.º 104-18.984, de 18/09/2002)

ILL – RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS POR SOCIEDADE ANÔNIMA – LEGITIMIDADE PARA PLEITEAR A RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO – INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 166 DO CTN.

A empresa que recolheu indevidamente valores a título de ILL tem legitimidade para pleitear a restituição do indébito, não se aplicando ao caso a regra do artigo 166 do Código Tributário Nacional (Acórdão n.º 106-16.587, de 07/11/2007)

IMPOSTO DE RENDA SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (ILL). RESTITUIÇÃO. ARTIGO 166 DO CTN. NÃO APLICAÇÃO.

A regra prevista no artigo 166 do Código Tributário Nacional somente se aplica aos chamados tributos indiretos. O imposto de renda previsto no artigo 35, da Lei n.º 7.713, de 1988, é tributo direto, não lhe sendo aplicável a aludida condição por ocasião da apresentação de requerimento de restituição. É pacífica a

jurisprudência do CARF a respeito da legitimidade da empresa que tenha recolhido indevidamente valores a título de ILL para pleitear a restituição do respectivo indébito. (Ac. 2201003.509 –2ª Câmara/1ª Turma Ordinária Sessão de 15 de março de 2017- Relator – Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim)

Deste Acórdão, vale ver o preciso voto condutor do seu I. Relator, aqui adotado como uma das razões de decidir:

“A questão em discussão nestes autos reside em saber se a RECORRENTE possui direito à restituição do ILL pleiteada.

Não merece prosperar o entendimento da autoridade julgadora de primeira instância que negou o direito de restituição do ILL pleiteada pela RECORRENTE, tendo em vista a não comprovação da negativa de assunção do ônus do imposto e à falta da autorização dos terceiros que porventura tenham assumido este encargo (art. 166 do CTN).

Contudo, o artigo 166 do CTN somente se aplica aos chamados tributos indiretos, em que há transferência do encargo financeiro. Os tributos diretos, a exemplo do imposto de que aqui se trata (ILL), não estão sujeitos ao comando do dispositivo enfocado.

No caso do ILL, não há a chamada transferência do encargo financeiro a terceiros, na medida em que referido tributo incidia sobre o lucro líquido das pessoas jurídicas apurado na data de encerramento do período. Ou seja, nos termos do art. 35, da Lei nº 7.713/88, a incidência do ILL ocorria antes mesmo da distribuição, não havendo que se falar em incidência do ILL sobre valores recebidos pelos sócios.

A própria RECORRENTE demonstra por meio de suas DIPJs que não houve distribuição de lucros no período objeto do pedido de restituição e, mesmo assim, foi recolhido o ILL relativo a cada ano-calendário”.

No STJ, a linha é a mesma:

RECURSO ESPECIAL ALÍNEAS "A" E "C" IMPOSTO DE RENDA – RETENÇÃO NA FONTE SOCIEDADE ANÔNIMA – LEGITIMIDADE PARA PLEITEAR A RESTITUIÇÃO OU COMPENSAÇÃO – AUSÊNCIA DE DISPONIBILIDADE ECONÔMICA DA RENDA AOS ACIONISTAS DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA

É legítima a sociedade anônima para pleitear a repetição/compensação do recolhimento indevido do imposto de renda na fonte (artigo 35 da Lei n.7.713/88), uma vez que os acionistas não tiveram disponibilidade econômica dos valores, a depender de manifestação da assembléia geral. Não se pode invocar o artigo 166 do CTN em amparo à pretensão fazendária. Nesse sentido, dentre outros, o REsp 29.579/SC, relator Min. Humberto

Gomes de Barros, DJU 18.09.00. Recurso especial não conhecido. (RESP 266.491/RS, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 19.11.2002, DJ 19.05.2003 p.159)

TRIBUTÁRIO IMPOSTO DE RENDA LUCRO LÍQUIDO – SOCIEDADE ANÔNIMA IMPOSTO RECOLHIDO ANTES DE O LUCRO SER POSTO À DISPOSIÇÃO DO SÓCIO REPETIÇÃO DO INDÉBITO LEGITIMIDADE DA PESSOA JURÍDICA – NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 166 DO CTN.

Se a sociedade anônima, antes de autorizada a distribuição de lucros aos acionistas, recolheu, em atenção ao Art. 35 da Lei 7.713/88, imposto de renda na fonte, ela está legitimada a repetir o indébito, sem necessidade da autorização prevista no Art. 166 do CTN. (RESP 229.579/SC, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17.08.2000, DJ 18.09.2000 p. 102).

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. LUCRO NÃO DISTRIBUÍDO. LEI 7.713/1988. LEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM" DA EMPRESA RECORRENTE.

I O art. 35 da Lei 7.713/1988 atribui a empresa a retenção do tributo em análise, fato que a transforma em responsável pelo pagamento do imposto, conforme dicção do par.único do art. 45, combinado com o art. 121, II, ambos do CTN. Dessa forma, a recorrente possui legitimidade para impetrar mandado de segurança.

II Recurso especial conhecido e provido. (RESP 68.216/MG, Rel. Ministro ADHEMAR MACIEL, SEGUNDA TURMA, julgado em 03.03.1998, DJ 23.03.1998 p. 61).

TRIBUTÁRIO IMPOSTO DE RENDA LEI 7.713/88, ART. 35 – LEGITIMIDADE ATIVA DA EMPRESA. PRECEDENTES.

A pessoa jurídica, sujeito passivo da obrigação tributária, tem legitimidade ativa para impugnar a cobrança do imposto a que se refere o art. 35 da LEI 7.713/88. Recurso provido (RESP 67.409/MG, Rel. MIN. PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02.06.1997, DJ 18.08.1997 p.37811)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ARTIGO 35 DA LEI NUM. 7.713/88. LEGITIMIDADE ATIVA DA EMPRESA PARA AFASTAR A EXIGÊNCIA.

Exigindo-se da pessoa jurídica, sujeito passivo da obrigação tributária, o pagamento do tributo, tem ela legitimidade ativa para se insurgir contra a cobrança. (RESP101.219/PB, Rel. Ministro HÉLIO MOSIMANN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21.10.1996, DJ 18.11.1996 p. 44885).

PROCESSO CIVIL IMPOSTO DE RENDA RETENÇÃO NA FONTE – LUCROS ATRIBUÍDOS AOS SÓCIOS LEGITIMIDADE DA PESSOA JURÍDICA PARA IMPETRAR MANDADO DE SEGURANÇA.

A pessoa jurídica obrigada a recolher imposto de renda retido na fonte, incidente sobre lucros atribuídos a seus sócios, tem

legitimidade para impetrar mandado de segurança impugnando a exação. Inteligência da Lei 7.713/88 (art. 35) e do CTN (art. 121). (RESP 79.372/MG, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07.03.1996, DJ 20.05.1996 p.16676)

Concluindo, penso ser inteiramente coerente e consentâneo com os fatos narrados e documentos acostados que a recorrente tinha plena legitimidade ativa para propor a repetição do indébito, sem necessidade da autorização prévia dos acionistas, não se aplicando, portanto, o disposto no artigo 166, do CTN.

Por fim, apenas como registro e para que não parem dúvidas, embora seja matéria já pacificada na jurisprudência no sentido de que o ILL não é tributo indireto, o que levaria à sua submissão ao mencionado artigo do Código, vale ver a decisão dada pelo STJ ao antigo e já expurgado do mundo jurídico “Adicional de Imposto de Renda”, em tudo bastante semelhante ao ILL e **igualmente declarado “inconstitucional” pelo STF:**

TRIBUTÁRIO. ADICIONAL DE IMPOSTO DE RENDA. ART. 166, DO CTN. REPETIÇÃO DE INDEBITO. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA.

- 1- A prova de ausência da translação cogitada no art. 166 do CTN só se relaciona com tributos que comportam a incorporação direta ao preço, o que não é o caso do adicional de imposto de renda julgado inconstitucional pelo colendo STF.**
- 2- Nem todos os tributos, por sua própria natureza, comportam transferência do respectivo encargo financeiro.**
- 3- A identificação dos tributos que não comportam transferência do respectivo encargo financeiro dar-se-á com base em critérios normativos hauridos do ordenamento posto e não em razões de ciência econômica.**
- 4- A transferência a que se refere o art. 166 do CTN e a transferência jurídica do encargo financeiro por agregação a relação subjacente de natureza civil, comercial ou semelhante, vinculando as partes (transferidor e destinatário da transferência).
- 5- A natureza do tributo é fornecida pelo seu fato gerador (aspecto material da hipótese de incidência), portanto na Constituição Federal, no Código Tributário e na legislação ordinária específico e que serão encontrados os elementos necessários a caracterização do critério a ser utilizado nessa identificação.**
6. Comportam transferência:
 - 6.1 Tributos cujo fato gerador envolve uma dualidade de sujeitos, ou seja, o fato gerador e uma operação, e
 - 6.2 Cujo contribuinte e pessoa que impulsiona o ciclo econômico podendo transferir o encargo para o outro partícipe do mesmo fato gerador. (Março

Aurélio Greco, in "repetição de indébito tributário - o IOF operações de cambio ou importação de bens", citado por Lindemberg da Mota Silveira, pg. 77, Caderno de Pesquisas Tributárias, vol. 8, Editora Resenha Tributária).

- 7- Os juros de mora, em se tratando de repetição de indébito, devem ser calculados a partir do trânsito em julgado da decisão que reconheceu precedente o pedido.
- 8- A correção monetária dos tributos deve ser feita pelo índice que melhor reflita o fenômeno inflacionário.
- 9- Recurso especial parcialmente provido apenas para se determinar a contagem dos juros de mora a partir do trânsito em julgado do decisório.

(STJ - REsp: 118488 RS 1997/0008688-7, Relator: Ministro JOSÉ DELGADO, Data de Julgamento: 04/09/1997, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 06.10.1997 p. 49888)

Finalmente, lembro que a recorrente é uma sociedade por ações e o decidido pela Suprema Corte a ela se aplica sem qualquer restrição, que somente permanece em relação às sociedades limitadas, dependendo do que for disposto em seus contratos sociais, e aos titulares de firmas individuais:

RECURSO EXTRAORDINARIO N. 172.058-1
ORIGEM : SANTA CATARINA
RELATOR : MIN. MARCO AURELIO
RECTE. : UNIAO FEDERAL
ADV. : PFN - CEZAR SALDANHA SOUZA JUNIOR
RECD. : LAMINADOS ARAUCARIA LTDA
ADVS. : AIRTON LUIZ ZOLET E OUTROS

Decisão: Por unanimidade de votos, a Turma deliberou afetar ao Plenário o julgamento do recurso extraordinário. 2ª Turma, 25.4.95.

Decisão: Por unanimidade de votos, o Tribunal conheceu do recurso extraordinário. Decidindo a questão prejudicial da validade do art. 35 da Lei nº 7.713/88, nele, declarou-se a inconstitucionalidade da alusão a "o acionista" e a constitucionalidade da expressão "o titular de empresa individual". Quanto às palavras "o sócio cotista", o Tribunal declarou sua constitucionalidade, salvo quando, segundo o contrato social, não dependa do assentimento de cada sócio a destinação do lucro líquido a outra finalidade que não a de distribuição. No mérito, deu-se, provimento parcial ao recurso para devolver o caso ao Tribunal a quo, a fim de que o decida, conforme o julgamento de prejudicial de inconstitucionalidade e os fatos relevantes do caso concreto. Vencido, em parte, o Ministro Ilmar Galvão, que declarava a constitucionalidade integral do dispositivo questionado. Votou o Presidente. Falou: pela recorrente, a Dra. Sílvia Maria Carneiro Ribeiro, Procuradora da Fazenda Nacional, e pela recorrida, o Dr. André Martins de Andrade. Plenário, 30.06.95.

Precedentes da Câmara Superior do CARF, dentre outros:

**IMPOSTO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO IL
INCONSTITUCIONALIDADE.**

A exação foi declarada inconstitucional pelo STF em relação às sociedades anônimas porque, nesse caso, não há distribuição

automática de lucros. A mesma decisão foi adotada com relação aos sócios de sociedades por quotas de responsabilidade limitada, quando não estiver prevista no contrato social a distribuição automática de lucros. (Ac. 9101-001.520, Relatoria Conselheiro Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz, unânime)

CONCLUSÃO

Diante do contexto presente nos autos, indubitoso caber direito à recorrente de buscar a utilização de direito creditório originalmente pertencente a sociedade por ela incorporada.

Igualmente indubitoso ser parte legítima para requerer o indébito nascido por força de recolhimentos que fez de tributos indevidos.

Todavia, impossível nesta instância de julgamento validar ou invalidar aspectos materiais, ou seja, aferir os valores dos créditos, sua contraposição aos débitos, se houve utilização parcial, se há outro processo envolvendo tais montantes, etc., procedimento afeto diretamente às Unidades da Receita Federal, que têm acesso a todas as informações e sistemas e podem intimar a recorrente a apresentar documentos entendidos necessários.

Assim, voto por DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário no sentido anular o Acórdão nº 16-25.130, de 29/04/2010, da 3ª Turma da DRJ/SP1 e o Despacho Decisório EQPIR/PJ da DIVISÃO DE ORIENTAÇÃO E ANÁLISE TRIBUTÁRIA – DIORT/DERAT/SP (fls. 39/41), determinando o retorno dos autos à Unidade de Origem a fim de que seja analisado o direito creditório pleiteado e a compensação pretendida pela recorrente, prolatando-se novo Despacho Decisório, retomando-se, a partir daí, o rito procedimental previsto no Decreto nº 70.235/1972 (PAF).

É como voto.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone