



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 13707.002682/2001-79
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2802-01.089 – 2ª Turma Especial
Sessão de 25 de outubro de 2011
Matéria IRPF
Recorrente GLOBEX ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA..
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

ANO-CALENDÁRIO: 1991, 1992, 1993

INCORPORAÇÃO. COMPROVAÇÃO.

A existência legal das Pessoas Jurídicas de Direito Privado começa com a inscrição do ato constitutivo no respectivo órgão responsável pelo Registro Público de Empresas Mercantis, devendo-se averbar nesse registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo. Com o registro da Incorporação, dá-se publicidade e autenticidade ao ato .

INCORPORADORA. LEGITIMIDADE

A incorporadora se sub-roga nos direitos e obrigações da incorporada.

ILL. RETENÇÃO INDEVIDA.

A Instrução Normativa SRF nº 63/1997 vedou 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 nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, em relação às sociedades por quotas de responsabilidade limitada, no caso de o contrato social, na data do encerramento do período-base de apuração, não prever a disponibilidade, econômica ou jurídica, imediata ao sócio cotista, do lucro líquido apurado. Apresentado o Contrato social que não previa a distribuição automática dos lucros, indevida a retenção.

Solicitação Deferida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos DAR
PROVIMENTO ao recurso nos termos do voto do(a) relator(a).

(assinado digitalmente)

Jorge Cláudio Duarte Cardoso - Presidente.

(assinado digitalmente)
Lucia Reiko Sakae - Relator.

EDITADO EM:

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Lúcia Reiko Sakae, Sidney Ferro Barros, Dayse Fernandes Leite, Carlos André Ribas de Mello, German Alejandro San Martin Fernandez e Jorge Cláudio Duarte Cardoso (Presidente).

Relatório

O presente processo iniciou com pedido de restituição (fl. 01 e 05/10), cumulado com o pedido de compensação (fl. 02), no valor de R\$ 32.515,87, com alegação de que o referido valor fora recolhido indevidamente, no período de 30/04/91 a 31/03/93, a título de Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido — ILL, sob o fundamento de que a norma contida no art. 35 da Lei n.º 7.713/1988 foi declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal — STF, e teve sua aplicação suspensa pelo Senado Federal, mediante a Resolução n.º 82/1996.

Tal pedido fora indeferido pela Delegacia jurisdicionante, considerando extinto o direito de peticionar tal crédito. Proposta a Manifestação de Inconformidade a Delegacia Federal de Julgamento do Rio de Janeiro indeferiu, em 05/05/2.005, a solicitação entendendo estar decaído o direito à restituição perpetrada, vez que decorridos mais que cinco anos entre a data do recolhimento do tributo e a protocolização do pedido de restituição.

Proposto Recurso Voluntário (fls. 54/76), a Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes decidiu por afastar a decadência do direito de pedir e determinar o retorno dos autos à origem para análise do mérito.

A Unidade da Receita Federal jurisdicionante, indeferiu o pleito considerando que os valores reclamados foram recolhidos pela Univer Participações Administração e Serviços Ltda, que está com situação cadastral no sistema CNPJ como "inapta" por motivo de "omissa não localizada". Considerando que a Globex, que protocolizou o pedido de restituição, juntando documentação na qualidade de Incorporadora, até o presente momento não baixou o CNPJ da empresa UNIVER, entendeu-se que, perante a Receita Federal, essa incorporada (Univer) continua a existir no mundo jurídico, e em relação a incorporadora continua sendo um terceiro, e enquanto a interessada (incorporadora) não concluir a baixa no CNPJ da incorporada (Univer), é vedada a utilização de créditos da incorporada para quitar débitos próprios.

Diante desse entendimento, o contribuinte apresentou pedido de suspensão da carta de Cobrança (fls. 129/139) , além de nova Manifestação de Inconformidade (fls. 141/152)

Na sequência a Delegacia da Receita Federal de Julgamento, 7º Turma da DRJ/RJ-I, indeferiu a solicitação, decidindo às fls. 212 / 224 , por unanimidade de votos, pelo “NÃO RECONHECIMENTO DO DIREITO CREDITÓRIO e pela NÃO-HOMOLOGAÇÃO DA COMPENSAÇÃO

Nessa decisão de 1ª instância, manteve-se, ao final, o lançamento nos seguintes termos de ementa:

“DIREITO CREDITÓRIO. Incumbe ao interessado a demonstração, com documentação comprobatória, da existência do crédito, líquido e certo, que alega possuir junto à Fazenda Nacional (art. 170 do Código Tributário Nacional).

INCORPORAÇÃO. NÃO CONCLUÍDA. CRÉDITOS DE TERCEIROS. Uma vez que a incorporação não foi concluída, com a baixa do CNPJ da incorporada, é vedado que os créditos supostamente possuídos pela empresa ainda não incorporada por serem créditos de terceiros, sejam restituídos ao interessado.

ILL. SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. AUSÊNCIA DO CONTRATO SOCIAL. NÃO PREVISÃO DE DISTRIBUIÇÃO AUTOMÁTICA DOS LUCROS. NÃO COMPROVAÇÃO. FALTA DE LIQUIDEZ E CERTEZA DO CRÉDITO. A Instrução Normativa SRF nº 63/1997 vedou 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 nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, em relação às sociedades por quotas de responsabilidade limitada, no caso de o contrato social, na data do encerramento do período-base de apuração, não prever a disponibilidade, econômica ou jurídica, imediata ao sócio cotista, do lucro líquido apurado.

Uma vez que o interessado não juntou o contrato da sociedade, vigente à época da retenção/recolhimento do ILL, não é possível saber se o mesmo previa ou não a distribuição automática dos lucros, o que tornaria devida ou indevida a retenção do ILL. Não comprovada, pelo interessado, a liquidez e certeza do crédito pleiteado, não deve ser reconhecido o direito creditório.

ILL. RECONHECIMENTO DO DIREITO CREDITÓRIO. LEGITIMIDADE.

Tratando-se de Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido - ILL, o titular da renda, no caso o sócio quotista, é quem possui a legitimidade para requerer o reconhecimento de direito creditório, na hipótese de retenção indevida.”

A ciência de tal julgado se deu por via postal em 29/09/2009, consoante o AR – Aviso de Recebimento – de fl. 226, verso.

À vista da decisão, foi protocolizado, em 29/10/2009, recurso voluntário de fls. 227/, no qual o pólo passivo questiona a decisão proferida.

Na peça recursal, o contribuinte informa inicialmente os fatos, para na sequência apresentar as razões do recurso, a saber:

-Da Incorporação

... a) a empresa UNIVER PARTICIPAÇÕES ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA foi incorporada pela CIA UNIVERSAL DE ADMINISTRAÇÃO DE BENS, que assim absorveu os bens; direitos e obrigações da UNIVER, tendo a sua baixa, perante a Secretaria da Receita Federal, sido formalizada por meio do protocolo realizado perante a ARF/RJ-Centro Norte, aos 22-03-

1996, fatos estes referidos na decisão recorrida como anexados as fls. 160; 161; 182/184; 185; 186/187; 188/189; 191/192.

b) a empresa CIA UNIVERSAL E ADMINISTRAÇÃO DE BENS foi incorporada pela empresa GLOBEX ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA. que assim absorveu os bens; direitos e obrigações da CIA UNIVERSAL tendo a sua baixa, perante a Secretaria da Receita Federal, sido formalizada por meio do protocolo realizado perante a ARF/Madureira, aos 16-03-1995;

c) A certidão N° 95-4509, expedida pela JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, aos 14/03/1995, anexada as fls. 208 comprova o registro das incorporações acima referidas, e assim a publicidade dos referidos atos perante terceiros, no que inclui a Secretaria da Receita Federal., não podendo referida documentação ser considerada como estranha aos fatos afirmados nos autos.

Em decorrência da incorporação da CIA UNIVERSAL pela GLOBEX, a ora **RECORRENTE** assumiu os direitos e obrigações da UNIVER, detentora dos créditos ora objeto do Pedido de Restituição, Portanto, com a juntada da documentação acima referida, a **RECORRENTE** demonstrou que as suas incorporadas cumpriram a sua obrigação de solicitar a baixa do CNPJ, cabendo a obrigação da baixa, a partir de então, ao órgão público.

Cumpre evidenciar que nem mesmo a **SRF** justificou a ausência da baixa no **CNPJ** das referidas empresas incorporadas, não tendo referido órgão sequer apresentado uma única intimação que comprovasse estar a regularização de baixa do CNPJ condicionada a alguma providência por parte da empresa incorporadora, não podendo, desta forma ser a **RECORRENTE** penalizada pela inexecução desta baixa por referido órgão

No que tange ao instituto da incorporação, a **RECORRENTE** pede venia para salientar que trata-se de uma operação em que uma ou mais empresas são absorvidas por outra, e todos os direitos e obrigações com elas incidem.

A incorporação transfere para a sociedade incorporadora todos os direitos e obrigações da sociedade incorporada, que neste momento deixa de existir, ou seja, se a incorporação ocorrer, a sociedade incorporada, se extinguirá nos termos da lei e, conseqüentemente, não terá capacidade para efetivar quaisquer pleitos administrativos e/ou judiciais, pois não mais possuirá personalidade jurídica.

No presente caso, conforme evidenciado nos autos, a **RECORRENTE** adquiriu os direitos de crédito da empresa UNIVER —Participações Administração e , Serviços Ltda., em decorrência da incorporação da CIA UNIVERSAL DE ADMINISTRAÇÃO DE BENS.

Pois bem, embora a **RECORRIDA** afirme que perante a Receita Federal a incorporada UNIVER continua a existir no mundo jurídico, e que a incorporadora é um terceiro na relação

jurídico-tributária, tal argumento para o não reconhecimento do direito creditório não pode prosperar, já que há expressa previsão legal que nos casos de incorporação, a incorporadora se subroga integralmente nos direitos e obrigações da incorporada, senão vejamos:

...

*A legislação supra mencionada não deixa dúvidas quanto à plausibilidade do direito invocado pela **RECORRENTE**, o que fragiliza o entendimento da **RECORRIDA**, já que à mesma alega como impeditivo para o reconhecimento do pleiteado, o fato de não constar a baixa do CNPJ nos arquivos da Secretaria da Receita Federal do Brasil, quando, **frise-se, referida baixa é um ato administrativo que deve ser praticado Pela administração e não do contribuinte**, que com o protocolo do pedido de baixa cumpriu a sua obrigação perante o órgão responsável.*

*Assim, obstar o direito da **RECORRENTE** que sempre se mostrou zelosa e cumpridora de seus deveres na condição de incorporadora soa destoante a quaisquer preceitos normativos, pois como já explanado, a UNIVER não poderia pleitear os valores recolhidos a maior e/ou indevidamente a título de ILL, pois, quando do protocolo do Pedido de Restituição, já não possuía mais capacidade jurídica para tal.*

*Conforme esposado, bem como pela análise dos documentos acostados, verifica-se que não existe ausência de baixa no CNPJ, assim não pode a **RECORRENTE** sofrer quaisquer prejuízos, pois os atos referentes à incorporação foram integralmente praticados, eliminando a incorporada do mundo jurídico.*

*Insta salientar que a incorporação é evidente, e a **RECORRENTE** é a real detentora dos direitos e obrigações advindas da incorporada, conforme o disposto nos enunciados legais já descritos, estando referido entendimento de conformidade com o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende do trecho do acórdão proferido no Recurso Especial nº 349.379 - Minas Gerais, publicado no dia 29/09/2003, do seguinte teor:*

...

*Neste diapasão, verifica-se o equívoco proferido pela **RECORRIDA**, pois a jurisprudência e textos legais são maciços em afirmar que a incorporação de uma empresa por outra é causa de extinção da empresa incorporada, a qual é absorvida em direitos e obrigações pela empresa incorporadora, podendo os créditos resultantes da incorporada, serem utilizados pela incorporadora, caso necessário.*

*Diante do exposto, face ao contido nas legislações e jurisprudência aplicáveis, resta demonstrado o direito da **RECORRENTE** à restituição e conseqüente compensação dos*

*créditos advindos do recolhimento de ILL pela incorporada UNIVER, no período compreendido entre os anos de 1991, 1992 e 1993, posto que após a incorporação, todos os seus direitos e deveres foram transferidos à incorporadora CIA UNIVERSAL e posteriormente à ora **RECORRENTE**, descabendo para a desconstituição do seu crédito, a ausência de baixa do CNPJ das incorporadas por inércia da administração.*

II.. DA LIQUIDEZ E CERTEZA DO CRÉDITO A COMPENSAR

*Outro argumento ofertado pela **RECORRIDA** para negar à **RECORRENTE** o seu direito de crédito, foi o de que o crédito ora objeto do pedido de restituição não se revestia da liquidez e certeza determinada pelo artigo 170 do CTN.*

*Segundo a decisão recorrida a ausência de liquidez adviria da falta de comprovação, por parte da **RECORRENTE**, quanto a forma de distribuição dos lucros por ventura apurados no exercício, situação esta somente comprovada com a juntada do respectivo contrato social, não apresentado pela **RECORRENTE**, fato este comprobatório da iliquidez do crédito de ILL.*

Contudo, referido argumento não pode prosperar.

***PRIMEIRO** porque o direito de crédito do ILL adveio da sua declarada inconstitucionalidade e do seu comprovado pagamento, que restou provado com a juntada dos DARFs pagos em nome da incorporada UNIVER.*

***SEGUNDO**, porque, ainda que órgão julgador entendesse que os documentos acostados pelo contribuinte não eram insuficientes para comprovar o seu direito de crédito, caberia a ela então, proceder de conformidade com determinação contida no artigo 39 e parágrafo único da lei 9.784/99, do seguinte teor:*

..

*Tais argumentos são ofertados no intuito de salientar ao órgão julgador que a ele caberia, antes de persistir na negativa de reconhecimento do direito de crédito, assegurar ao contribuinte a garantia constitucional ao amplo direito de defesa e produção de provas, pois bem sabe a administração que o crédito buscado pela **RECORRENTE** não foi aproveitado pela incorporada.*

*Outrossim, e considerando que à **RECORRENTE** jamais foi dada a oportunidade de apresentar provas complementares do seu direito, cumpre trazer aos autos o documento societário de constituição da empresa UNIVER, que evidencia a ausência de previsão de distribuição automática e lucros. Neste sentido é a previsão contida na CLÁUSULA 10, do seu Contrato Social de Constituição, celebrado aos 21 de dezembro de 1978, ora anexado (doc. 1):*

...

*"10. O exercício social terminará em 31 de janeiro de cada ano, ocasião em que proceder-se-á ao levantamento do Balanço Geral da sociedade, observadas as determinações legais. Do resultado auferidos ou prejuízos verificados, participarão os sócios na proporção de suas respectivas quotas de capital. **Na ocorrência de lucro, em cada exercício, após satisfeitos os***

encargos e obrigações sociais, será facultado aos sócios optar entre a respectiva distribuição entre si dos resultados auferidos, ou a constituição de fundos de reservas a serem utilizados pela própria sociedade no desenvolvimento de suas atividades ou ainda terem a destinação que a maioria vier a deliberar."

*As alterações posteriores do contrato social e ora anexadas, evidenciam que referida cláusula jamais foi alterada, restando comprovado assim que os lucros da empresa UNIVER não eram automaticamente distribuído aos sócios, fato este comprobatório do direito de repetição relacionado ao ILL recolhido pela incorporada da **RECORRENTE**.*

*No intuito de comprovar a ausência de alteração desta cláusula contratual a **RECORRENTE** protesta por anexar oportunamente uma pesquisa de BREVE RELATO que estará providenciando na JUNTA COMERCIAL DO RIO DE JANEIRO, cuja oportuna juntada por ora se protesta.*

*Em razão do acima exposto e uma vez comprovada a ausência de determinação contratual quanto a distribuição automática dos lucros, aguarda a **RECORRENTE** pela reforma do acórdão recorrido, para o fim de reconhecer o seu direito de crédito.*

DA LEGITIMIDADE DA EMPRESA RETENTORA DE PLEITEAR A RESTITUIÇÃO

*Outra questão abordada pelo acórdão recorrido, e que foi apresentada pelo órgão julgador, com o intuito de vedar o direito de crédito da **RECORRENTE**, fundamentou-se na questão da legitimidade ativa para pleitear a repetição do pagamento indevido decorrente de retenção na fonte.*

Afirma o douto julgador que o sujeito passivo do ILL, não seria a empresa retentora e sim o acionista, que sofreu a retenção e portanto o ônus financeiro da obrigação, não sendo a empresa retentora o sujeito passivo direto desta relação, fundamentando o seu argumento nas disposições contidas no artigo 165 do CTN e artigos 35 e 36 da Lei 7.713/88.

Contudo, referido argumento também não merece prosperar, conforme se verificará dos argumentos abaixo apresentados e do pacificado entendimento do próprio Conselho de Contribuintes, atual CARF.

Inicialmente cabe salientar que a empresa UNIVER sempre esteve vinculada diretamente à relação intersubjetiva tributária, do dever de pagar os valores devidos a título de tributos.

*Assim, a **UNIVER** sempre esteve, por ocasião dos recolhimentos, como responsável escolhida pela lei, para retenção e pagamento do tributo, sendo assim legítima para requerer a restituição do que foi pago indevidamente ou a maior, conforme disciplina o artigo 121 inciso II do CTN:*

....

Já a Lei 7.713/88, em seu artigo 35, foi interpretada erroneamente pelo douto julgador, pois a mesma certifica como legítimo para tanto o contribuinte de direito e de fato, conforme transcrito a seguir:

"Art. 35 — O sócio quotista, o acionista ou o titular da empresa individual ficará sujeito ao imposto de renda na fonte, à alíquota de oito por cento, calculado com base no lucro apurando pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base". (sem grifos no original).

Assim não há de se falar em ilegitimidade da parte, tendo como conduta imediata a desconsideração da aludida assertiva como medida de íntegra justiça.

Ao contrário do entendimento manifestado pela decisão recorrida têm-se as ementas abaixo transcritas e que foram extraídas do site do Conselho de Contribuintes, atual CARF:

...

*i) seja o presente **RECURSO VOLUNTARIO** acolhido em todos os seus termos, determinando-se a reforma do Acórdão 12-18.095, proferido pela 7ª Turma da DRJ/RJOL, aos 30 de janeiro de 2008 e ora rebatido, a fim de se dar por procedente o Pedido de Restituição 13707.002682/2001-79 formulado pela **RECORRENTE**, reconhecendo, assim, definitivamente o seu direito na restituição dos valores recolhidos imediatamente a título de Imposto de Renda na Fonte Sobre o Lucro líquido - ILL, relativo aos anos de 1991, 1992 e 1993, corrigidos monetariamente por índices que reflitam a real variação inflacionária do período, conforme pleiteado em sua inicial, homologando-se, por consequência, as compensações realizadas pela **RECORRENTE** valendo-se dos créditos constantes do referido Pedido de Restituição;*

ii) Sejam obstados quaisquer atos de cobrança ou atos constritivos de direito, especialmente o encaminhamento dos supostos débitos tributários para inscrição em Dívida Ativa da União, inclusive no que se refere ao impedimento da expedição de Certidão Conjunta Positiva com efeito de Negativa de Débitos Relativos a Tributos Federais e à Dívida Ativa da União, tudo por ser da mais colimada ordem de direito."

É o relatório.

Voto

Conselheiro Lucia Reiko Sakae, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e presentes, ainda, os demais requisitos formais de admissibilidade, dele conheço.

Na decisão de primeira instância constou como razões de decidir o entendimento de que a incorporação não fora concluída pela falta da baixa perante a Receita

Federal...(Fl. 219) , a falta de liquidez e certeza do crédito, uma vez que o impugnante não juntara o contrato social, comprovando que o lucro não seria automaticamente distribuído, além da ilegitimidade para pleitear a restituição, afirmando que apenas os sócios cotistas detem essa legitimidade .

Diante das afirmações de que a recorrente tem a legitimidade para requerer a restituição em virtude da incorporação alegada e de que a baixa não fora concluída por problemas apenas da Receita Federal, passo a análise do litígio.

De início, cabe verificar a legislação de regência.

O texto do artigo que ocasionou a retenção na fonte

“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)

...

§ 4º O imposto de que trata este artigo:

a) será considerado devido exclusivamente na fonte, quando o beneficiário do lucro for pessoa física;

b) ~~poderá ser compensado, pela beneficiária pessoa jurídica, com o imposto incidente na fonte sobre o seu próprio lucro líquido;~~ (Revogada pela Lei nº 7.759, de 1989)

c) poderá ser compensado com o imposto incidente na fonte sobre a parcela dos lucros apurados pelas pessoas jurídicas, que corresponder à participação de beneficiário, pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliado no exterior.

~~§ 5º É dispensada a retenção na fonte do imposto a que se refere este artigo sobre a parcela do lucro líquido que corresponder à participação de pessoa jurídica imune ou isenta do imposto de renda, fundos em condomínio e clubes de investimento.~~

§ 5º É dispensada a retenção na fonte do imposto a que se refere este artigo sobre a parcela do lucro líquido que corresponder à participação de pessoa jurídica imune ou isenta do imposto de renda. (Redação dada pela Lei 7.730, de 1989)

§ 6º O disposto neste artigo se aplica em relação ao lucro líquido apurado nos períodos-base encerrados a partir da data da vigência desta Lei.

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.

Parágrafo único. Incide, entretanto, o imposto de renda na fonte;

a) em relação aos lucros que não tenham sido tributados na forma do artigo anterior;

b) no caso de pagamento, crédito, entrega, emprego ou remessa de lucros, quando o beneficiário for residente ou domiciliado no exterior.

Art. 37. O imposto a que se refere o art. 36 desta lei será convertido em número de OTN, pelo valor desta no mês de encerramento do período-base e deverá ser pago até o último dia

útil do quarto mês subsequente ao do encerramento do período-base.”

O artigo 35 da Lei nº 7.713/88 foi considerada inconstitucional apenas no que tange ao termo “acionista”, resultando na Resolução do Senado Federal de nº 82 de 1.996.

Em consequência foi editada a IN SRF nº 63, 1997 que dispôs:

“Art. 1º 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 nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, em relação às sociedades por ações.

Parágrafo único. O disposto neste artigo se aplica às demais sociedades nos casos em que o contrato social, na data do encerramento do período-base de apuração, não previa a disponibilidade, econômica ou jurídica, imediata ao sócio cotista, do lucro líquido apurado.” (grifei)

De plano, há que se verificar o contrato social da UNIVER Participações.

Fl. 285 == > . 10. O exercício social terminara em 31 de janeiro de cada ano, ocasião em que proceder-se-á ao levantamento do Balanço Geral da sociedade, observadas as determinações legais. Do resultado auferidos ou prejuízos verificados, participarão os sócios na proporção de suas respectivas quotas de capital.. Na ocorrência de lucro, em cada exercício, após satisfeitos os encargos e obrigações sociais, Será facultado aos sócios optar entre a respectiva distribuição entre si dos resultados, auferidos, ou a constituição de fundos e reservas a serem utilizados pela própria sociedade no desenvolvimento de suas atividades ou Ainda terem a destinação que a maioria vier deliberar.,”

Confirma-se, então, que a distribuição dos lucros não seria automática, sendo, portanto, indevida a retenção efetivada.

À medida que o lucro não seria distribuído e a retenção realizada pela Pessoa jurídica considerada indevida, equivocado o entendimento de que apenas os sócios teriam legitimidade para pleitear a restituição, principalmente porque o próprio dispositivo legal fora retirado do mundo jurídico e o ônus fora suportado pela Pessoa Jurídica que não distribuindo os lucros, fez a retenção, assim a Pessoa Jurídica tem a legitimidade para pleitear o valor indevidamente retido.

Passo então à análise da legitimidade da Globex Adm. para pleitear a restituição.

Primeiramente verifica-se que o Código Civil estabelece em seu artigo 45:

“Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito

do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro.” (grifei)

Pelos documentos acostados aos autos, em 16 de janeiro de 1.995, a Cia Universal de Administração de bens incorporou a UNIVER Participações Administração e Serv. Ltda, conforme Ato de Extinção e Distrato social às fls. 185/187. Verifica-se às fls. 193/194 que, nessa mesma data, a Cia Universal foi incorporada pela sua única acionista a Globex Adm. E Serviços Ltda, constando às fls. seguintes as devidas alterações contratuais. À fl. 203 encontra-se o ato de extinção da UNIVER, também em razão da incorporação da Cia Universal pela Globex Adm. No verso das fls. 202, 204 encontra-se o carimbo indicando os registros na JUCERJA efetuado em 15/02/95.

Além disso, a Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro certificou as incorporações através da “Certidão Simplificada- Sistema Nacional de Registro no Comércio (fl.208, frente e verso).

Com a efetivação dos registros dessas incorporações na Junta Comercial, ficam atendidas as exigências estabelecidas quanto ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, regidas pela Lei nº 8.934/94.

Realmente, a documentação juntada, referente à baixa perante à Receita Federal, se refere à Cia Universal (fl. 162), documento esse em que além da aposição do carimbo da unidade, consta o do agente responsável pela emissão; fato que não se verifica no Recibo de Entrega de Documento de Baixa à fl. 160, em que falta a assinatura do agente receptor.

Ocorre que o registro público para efeito de comprovação da incorporação é o exigido pela Lei nº 8.934/94; assim, embora a baixa nos sistemas da Receita Federal não tenha se concretizado, ou finalizado, com o registro na Junta, a incorporação se efetivou, passando a incorporadora a subrogar-se nos direitos e obrigações da incorporada, como dispõe o artigo 11.116 do Código Civil.

“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.

Da mesma forma o Código Tributário Nacional - CTN em seu artigo 132, previu e responsabilidade da incorporadora relativamente aos débitos da incorporada, como a seguir:

“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.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.”

Deve-se esclarecer, também, que a situação de inapta da UNIVER, registrada em 20/07/2004, decorreu da condição “Omissa Não localizada” (fl. 115-vol), fato compreensível, uma vez que a incorporação se deu em 1995.

Desta feita, apesar da Instrução Normativa que regia à época ser outra, analisando a que ora vige (IN SRF 1.183/2011) verifica-se, no tocante aos impedimentos de Baixa, o disposto no caput do artigo 26 dessa Instrução, com a ressalva de que tais impedimentos não se aplicam nos casos de incorporação. Considero que a tal entendimento resulta da responsabilidade atribuída à incorporadora legalmente.

“Dos Impedimentos à Baixa

Art. 26. Impede a baixa da inscrição da entidade no CNPJ:

I - existência de débito tributário, inclusive contribuição previdenciária, não extinto;

II - omissão quanto à entrega, em caso de obrigatoriedade, da:

a) Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ);

b) Declaração Anual do Simples Nacional (DASN);

c) Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica (DSPJ) - Simples;

d) Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica (DSPJ) - Inativa;

e) Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF);

f) Declaração do Imposto de Renda Retido na Fonte (Dirf);

g) Declaração do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (DITR); ou h) Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP);

III - estar na situação cadastral suspensa, nas hipóteses dos incisos IV e V do art. 36, ou inapta, na hipótese do inciso III do art. 37;

IV - estar sob procedimento fiscal, com processo administrativo que implique apuração de crédito tributário ou sob procedimento administrativo de exclusão do Simples, regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 1996, ou do Simples Nacional em andamento na RFB ou em qualquer dos órgãos convenientes;

V - existência de obra de construção civil não regularizada na RFB; ou VI - não atendimento das demais condições restritivas estabelecidas em convênio com a RFB.

§ 1º Os impedimentos listados no caput não se aplicam à baixa:

I - decorrente de incorporação, fusão ou cisão total da entidade;

II - de estabelecimento filial, ficando suas pendências fiscais sob responsabilidade da entidade.

Desta feita, diante dos documentos de incorporação registrados juntados, discordo do entendimento da primeira instância que afirmara que a incorporação não estava concluída.

Divergindo do entendimento da primeira instância, a Globex Administração e Serviços Ltda, com a incorporação devidamente registrada na Junta Comercial, órgão com função administradora dos serviços de registros, assumiu os direitos e obrigações da UNIVER Participações (primeira incorporada) e, desta forma se subrogou no direito à restituição do valor indevidamente retido pela incorporada, razão do deferimento do pleito.

Processo nº 13707.002682/2001-79
Acórdão n.º **2802-01.089**

S2-TE02
Fl. 293

Por outro lado, da mesma forma que a Globex assumiu os direitos, também se subrogou nas obrigações, caso haja, fato, no entanto, que não está contemplado neste litígio.

Conclusão.

Ante o exposto, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso interposto.

(assinado digitalmente)
Lucia Reiko Sakae

CÓPIA

Processo nº 13707.002682/2001-79
Acórdão n.º 2802-01.089

S2-TE02
Fl. 294



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
**SEGUNDA CÂMARA DA SEGUNDA SEÇÃO DE
JULGAMENTO**

Processo nº: 13707.002682/2001-79 .

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 3º do art. 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o (a) Senhor (a) Procurador (a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à **Segunda Câmara da Segunda Seção**, a tomar ciência do Acórdão nº 2802-001.089.

Brasília/DF, 15 de fevereiro de 2012

(assinado digitalmente)

JORGE CLAUDIO DUARTE CARDOSO

Presidente

Segunda Turma Especial da Segunda Câmara/Segunda Seção

Ciente, com a observação abaixo:

(.....) Apenas com ciência

(.....) Com Recurso Especial

(.....) Com Embargos de Declaração

Data da ciência: ____/____/____

Procurador(a) da Fazenda Nacional

CÓPIA