

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP**

THIAGO MANSUR MONTEIRO

**Reestruturação societária e planejamento tributário
Uma breve análise da incorporação reversa**

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO EMPRESARIAL

São Paulo
2011

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP**

THIAGO MANSUR MONTEIRO

**Reestruturação societária e planejamento tributário
Uma breve análise da incorporação reversa**

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO EMPRESARIAL

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do título de especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (“PUC/SP”), sob orientação do Prof. Dr. Marcus Elidius Michelli de Almeida.

São Paulo
2011

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	04
2. REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA	08
2.1. Formas previstas em Lei	08
2.1.1. Transformação	09
2.1.2. Fusão	13
2.1.3. Cisão	16
2.1.4. Incorporação	21
2.2. Considerações Finais	25
3. INCORPORAÇÃO REVERSA	26
3.1. Descrição	26
3.2. Finalidade	27
3.3. Considerações Finais	30
4. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO – LICITUDE E ILICITUDE	32
4.1. Aspectos Legais	33
4.2. O Entendimento do Fisco	39
4.2.1. Posicionamento até 2003	39
4.2.2. Posicionamento após 2003	41
4.3. Incorporação Reversa – Posicionamento do Fisco	44
4.4. Considerações Finais	48
5. ESTUDO DE CASO	49
5.1. Histórico da Operação	49
5.2. Medidas Preparatórias	51
5.3. Processos de Incorporação	56
5.4. Ganhos Diretos e Indiretos	58
5.5. Considerações Finais	60
6. CONCLUSÕES	62
7. BIBLIOGRAFIA	64

RELAÇÃO DOS GRÁFICOS

Gráfico 1 – Transformação	12
Gráfico 2 – Fusão	14
Gráfico 3 – Cisão Total	17
Gráfico 4 – Cisão Parcial	18
Gráfico 5 – Incorporação	24

RELAÇÃO DOS APÊNDICES (DECISÕES ADMINISTRATIVAS)

Apêndice 1 – Acórdão 103-21046	65
Apêndice 2 – Acórdão 101-94127	91
Apêndice 3 – Acórdão 105-15822	106

1. INTRODUÇÃO

A carga tributária brasileira é mundialmente reconhecida como uma das mais onerosas existentes, impondo aos contribuintes nacionais a observância não só de um dos mais caros sistemas tributários, como também de um dos mais complexos, do ponto de vista do cumprimento das obrigações acessórias e apresentação de declarações às autoridades fiscais.

Nesse contexto, não é novidade que os setores empresariais buscam dia a dia a reformulação das estruturas econômico, contábil e fiscal, de maneira a excluir ou minimizar os efeitos da tributação, tornando seus negócios mais rentáveis em uma clara competição contra as autoridades fiscalizadoras.

De igual maneira, as autoridades fiscais, em especial as autoridades federais, capitaneadas pela Receita Federal do Brasil, buscam incansavelmente garantir a eficiência de suas atividades, permitindo ampliar a arrecadação de tributos por meio de sistemas de fiscalização cada vez mais informatizados e unificados.

Dentro desse cenário, as operações de planejamento tributário são cada vez mais coibidas pelas autoridades fiscais, as quais tendem a considerar toda e qualquer atuação privada como uma afronta ao sistema tributário nacional, vedando e coibindo práticas voltadas a redução da carga tributária.

Uma das formas mais eficientes de operacionalizar planejamentos tributários deriva de projetos de reestruturação societária das sociedades empresárias, nas quais se busca aperfeiçoar as estruturas empresariais e reduzir sensivelmente os custos operacionais desses negócios, bem como os custos tributários relacionados.

Conforme já destacado acima, tais reestruturações societárias tendem a reduzir os valores a serem arrecadados pelas autoridades fiscais, razão pela qual não é incomum a atuação dessas autoridades para buscar coibir, ao máximo, a realização dessas reestruturações, criando impedimentos a execução de planejamentos que tenham por fundamento central a redução ou exclusão de obrigações tributárias.

Essa verdadeira batalha entre os contribuintes e as autoridades fiscais torna relevante a análise proposta pelo presente estudo, que tem por objeto central analisar como o planejamento societário e tributário devem estar alinhados, de maneira a garantir eficiência e segurança jurídica aos contribuintes na execução de projetos de reestruturação de seus negócios.

De fato os aspectos relacionados à tributação decorrente de uma reorganização societária são uma preocupação que afeta todos os operadores do direito envolvidos nessas operações, sendo que, as palavras de MARCO AURÉLIO GRECCO são bastante esclarecedoras:

“A variável tributária aparece seja como preocupação quanto ao peso de impostos e contribuições que a reorganização irá gerar, seja como objeto de estudos quanto à possibilidade de minimizá-la através do denominado ‘planejamento tributário’.

O planejamento tributário tem sido preocupação constante dos que atuam na área tributária, mas ganhou novos contornos na última década em função do surgimento de temas jurídicos de cunho teórico que passaram a ocupar os textos que sobre ele se dedicaram.

Preocupação que também alcançou o legislador na medida em que sucessivas regras específicas foram

editadas buscando explicitar ou eliminar possíveis válvulas de não-tributação e culminou com a alteração do artigo 116 do Código Tributário Nacional para o fim de introduzir um parágrafo único que tem sido denominado de uma norma geral anti-elisão.”¹

Nota-se que o tema em análise é relevante tanto sob a ótica do contribuinte como também sob a ótica do Estado como entidade arrecadadora de tributos, razão pela qual, as operações de reestruturação societária, que impliquem em ganhos fiscais, ou decorram de planejamentos tributários, devem ser cuidadosamente analisadas e avaliadas antes de sua efetivação.

Analisaremos essas preocupações por meio da análise mais detalhada da chamada “incorporação reversa” ou “incorporação às avessas”, ou seja, aquela em que uma empresa lucrativa e superavitária é incorporada por sociedade com largo prejuízo financeiro e fiscal acumulado, permitindo o aproveitamento desses prejuízos na redução da carga tributária federal com a redução do Imposto de Renda e Contribuição Social sobre o Lucro devido pela sociedade incorporada.

Para elaboração do presente estudo serão utilizados três métodos distintos de trabalho, os quais unificados permitirão a criação de uma sólida argumentação, no sentido de ser viável e lícita a realização de processos de incorporação reversa, sendo que os benefícios tributários daí advindos são perfeitamente legais, não podendo ser objeto de desconsideração pela Receita Federal do Brasil.

Inicialmente, analisaremos de maneira teórica quais as formas de reestruturação societárias previstas na lei, bem como destacaremos as condições e procedimentos a serem adotados na realização de operações de incorporação, inclusive na sua “modalidade” reversa.

¹ GRECCO, Marco Aurélio, *Reorganização societária e planejamento tributário*, In CASTRO, Rodrigo R.M. de (Coord.), *Reorganização Societária*, Quartier Latin, 2005, p. 30

Em um segundo momento, buscaremos verificar as condições impostas pela legislação, bem como pela jurisprudência administrativa e judicial, para caracterização das operações de reestruturação societária em planejamento tributário lícito ou ilícito.

Nesse momento, serão analisados os artigos 167 do Código Civil Brasileiro e artigo 116 do Código Tributário Nacional.

Ao final, apresentaremos nossas conclusões com base nos seguintes critérios: (i) legalidade do planejamento societário; (ii) requisitos para caracterização dessa legalidade; e (iii) entendimento das autoridades fiscais e judiciárias em relação à matéria.

2. REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA

2.1. Formas previstas em Lei

As operações de reestruturação societária, dentre elas as operações de incorporação, estão expressamente previstas em lei, sendo que tanto o Código Civil vigente como a Lei das Sociedades por Ações (“Lei das S.A.”) preveem as condições e procedimentos que devem ser observados pelos sócios e acionistas na execução dessas reestruturações.

FÁBIO ULHOA COELHO esclarece que são quatro os tipos de operações societárias previstas em lei, ensinando:

“Operações societárias são mutações no tipo ou na estrutura da sociedade empresária. Compreendem a transformação, incorporação, fusão e cisão. Se envolverem uma sociedade anônima, essas operações seguem a disciplina da LSA (arts. 220 a 234); caso a operação não envolva sociedades desse tipo, aplicam-se as regras do Código Civil de 2002 (arts. 1.113 a 1.122).”²

Verifica-se que tanto a lei societária como o Código Civil estabelecem condições específicas para cada um dos tipos de operação societária ali descritos. Ocorre que, no caso da cisão total, o Código Civil, por um dos inúmeros vícios legislativos existentes nesse diploma legal, deixou de regular essa forma de reestruturação.

² COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de direito comercial*, Vol.2, 6ª Ed., Saraiva, 2003, p. 480

Nesse sentido, nas hipóteses de cisão total das sociedades, independentemente do tipo societário envolvido, deverão ser aplicadas as regras previstas na Lei das S.A.

Nessa linha esclarece RUBENS REQUIÃO que:

“O Código Civil não definiu nem regulou a cisão, embora a ela faça singela referência nos arts. 1.122 e 2.033, o que não significa que o instituto desapareça para as demais sociedades, que não as sociedades por ações. Poderão ser realizadas cisões de sociedades limitadas e de outros tipos, seguindo-se o regime estabelecido na Lei n° 6.404/76 [Lei das S.A.]”³.

Podemos concluir, portanto, que as formas de reestruturação societárias possuem expressa previsão legal, sendo necessária, a qualquer planejamento que as envolva, a estrita observância das condições descritas na lei.

2.1.1. Transformação

A transformação é a operação pela qual a sociedade, seja ela limitada ou por ações, altera seu tipo societário modificando a estrutura de responsabilidade dos sócios.

Basicamente, configuram-se na alteração de uma sociedade limitada em uma sociedade por ações, ou vice-versa, não ocorrendo nenhuma outra alteração na estrutura da sociedade.

³ REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Comercial*, Vol. 2, 23ª Ed., Saraiva, 2003, p. 259

Obviamente, são necessárias algumas adaptações, tais como cancelamento de quotas e emissão de novas ações (transformação de uma sociedade limitada em sociedade por ações), bem como adequações no nome empresarial, o qual refletirá o novo tipo societário escolhido pelos sócios.

A Lei das S.A. define a transformação da seguinte maneira:

“Art. 220. A transformação é a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro”.

A operação de transformação é assim conceituada por ALFREDO SÉRGIO LAZZARESCHI NETO:

“Art. 220: nota 1c. Transformação é a operação pela qual a sociedade muda de tipo jurídico, sem sofrer dissolução e liquidação, obedecendo as normas reguladoras da constituição e do registro da nova forma a ser adotada. A transformação não constitui mera modificação do estatuto social, mas alteração do tipo societário.”⁴

Já ao Código Civil falta a necessária tecnicidade jurídica, não havendo propriamente uma definição clara de transformação. Porém pelo contexto legislativo verifica-se claramente que a definição constante na Lei das S.A. aplica-se igualmente aos demais tipos societários, sendo necessário, nesse caso, observar os requisitos previstos na lei civil.

⁴ LAZZARESCHI Neto, Alfredo Sérgio, *Lei das sociedades por ações anotadas*, 2ª Ed., Saraiva, 2008, p. 628

Ressalte-se, contudo, que a transformação não implica em extinção ou alteração na estrutura da sociedade, que permanece sendo a mesma pessoa jurídica, não extinguindo ou alterando as obrigações e direitos por ela detidos em relação a terceiros.

Em relação a sobrevivência da sociedade após as operações de transformação, RUBENS REQUIÃO nos ensina que a sociedade transformada é *“a antiga sociedade mantendo a mesma personalidade jurídica, porém com outras vestes. Os livros comerciais não se encerram e neles deve apenas ser lançado um termo de averbação da nova feição jurídica adotada pela sociedade.”*⁵

Por sua vez, JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA esclarece que:

“Quando a sociedade passa de um tipo a outro, opera-se como que uma metamorfose.

A transformação muda-lhe as características, mas não a individualidade, que permanece a mesma, mantendo-se íntegros a pessoa jurídica, o quadro de sócios, o patrimônio, os créditos e os débitos.

*Não se verifica, na transformação, a extinção da sociedade para a criação de outra, porquanto a sociedade transformada representa a continuidade da pessoa jurídica preexistente, apenas com uma roupagem jurídica diversa.”*⁶

⁵ REQUIÃO, Rubens, *Curso de direito comercial*, Vol. 2, 23ª Ed., Saraiva, 2003, p. 254;

⁶ BORBA, JOSÉ E. T., *Direito societário*, 11ª Ed., Renovar, 2008, p. 479

A título ilustrativo reproduzimos abaixo, por meio de uma ferramenta visual, o processo de transformação de uma sociedade limitada em sociedade por ações.

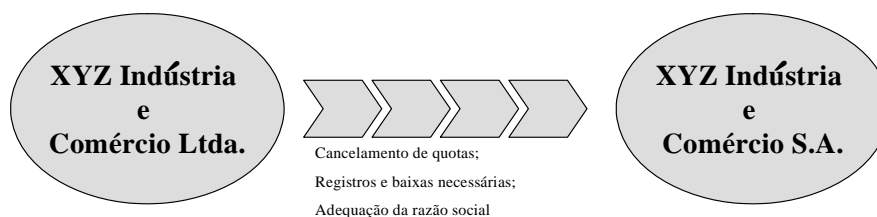


Gráfico 1 - Transformação

A transformação das sociedades não é propriamente uma forma de planejamento tributário, uma vez que não altera as estruturas básicas da sociedade, não sendo, portanto, capaz de gerar reflexos de natureza fiscal.

Por outro lado, a transformação é utilizada, usualmente, como forma de reestruturação das sociedades no sentido de facilitar uma ampliação de suas atividades pela transformação de uma limitada em uma sociedade por ações. De igual maneira, serve como mecanismo para redução de custos administrativos de uma sociedade por ações que transformada em limitada deixa de estar compelida a uma série de obrigações acessórias de natureza não tributárias, tais como publicação de atas e registro de uma série incontável de livros.

FÁBIO ULHOA COELHO destaca a utilidade da operação de transformação da seguinte maneira:

“Se uma limitada pretende financiar a ampliação da empresa, mediante a emissão de debêntures, no mercado de capitais, ela só poderá fazer se, antes de pleitear o registro da emissão na CVM, for transformada em

anônima. De outro lado, a companhia fechada, que precisa cortar custos de manutenção (funcionamento de órgãos, registros de atos, publicações etc.), pode interessar-se em adotar a forma de limitada.”⁷

2.1.2. Fusão

Nas operações de fusão duas ou mais sociedades, independentemente do seu tipo societário, se reúnem para constituição de uma nova sociedade, mediante a transferência de todos os seus ativos, direitos e obrigações, concretizando a operação com a extinção das sociedades originais.

Note-se que não se trata da constituição de uma sociedade na qual as sócias serão as sociedades fusionadas, mas sim da transferência de toda atividade social das empresas fusionadas para uma nova empresa, que terá como sócios os antigos detentores de participação societária nas sociedades extintas.

Tanto a Lei das S.A. como o Código Civil possuem uma definição legal para a operação de fusão, sendo muito similares as disposições contidas em ambos os diplomas legais. Vejamos:

Na Lei das S.A.

Art. 228. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedades novas, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.

No Código Civil a dicção legislativa é semelhante.

⁷ COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de direito comercial*, Vol.2, 6ª Ed., Saraiva, 2003, p. 480

Art. 1.119. A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações.

Comentando o acima transcrito dispositivo legal, ALFREDO SÉRGIO LAZZARESCHI NETO explica:

“Art. 228: nota 1e. Fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades, de tipos jurídicos iguais ou diferentes, constituindo nova sociedade que as sucederá em todos os direitos e obrigações, deliberada na forma prevista para a alteração dos respectivos estatutos ou contratos sociais.”⁸

Mais uma vez, para facilitar a visualização desse tipo de reestruturação, apresentamos uma representação visual da operação acima descrita.

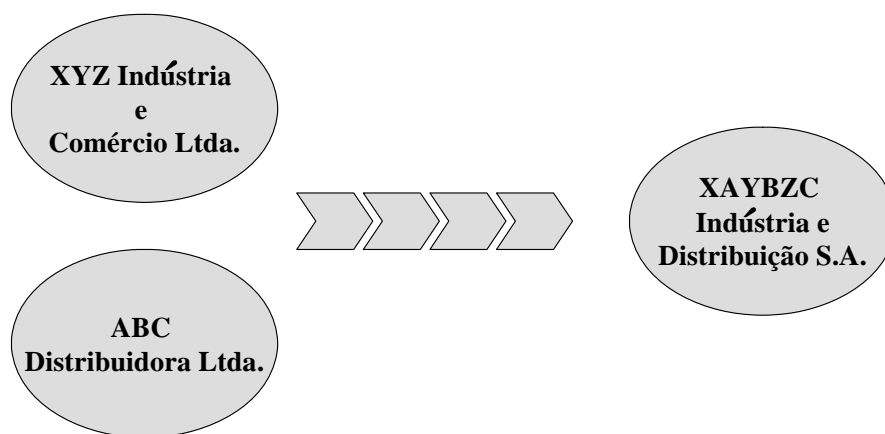


Gráfico 2 - Fusão

⁸ LAZZARESCHI Neto, Alfredo Sérgio, *Lei das sociedades por ações anotadas*, 2ª Ed., Saraiva, 2008, p. 649

Nesse contexto, JOSÉ E. TAVARES BORBA ensina que:

“Com a fusão, a nova sociedade sucede às sociedades fusionadas em todos os seus direitos e obrigações, sendo este também um caso de sucessão universal. O capital da nova sociedade correspondente à soma dos patrimônios líquidos das sociedades fusionadas. As ações representativas desse capital são entregues, observadas as devidas proporções, aos sócios das várias sociedades extintas em virtude da fusão.”⁹

Nas operações de fusão se buscam as chamadas economias em escala pela redução dos setores administrativos e operacionais das empresas fusionadas, reduzindo postos de trabalho e áreas comuns às empresas objetos da operação, consolidando as atividades em uma única estrutura jurídica gerando uma redução dos custos de ambos os negócios.

Entretanto, esse tipo de operação gera alguns problemas operacionais, em especial por depender da criação e formalização de uma nova pessoa jurídica, o que torna desvantajosa sua operacionalização, especialmente se comparada às operações de incorporação. Nesse sentido FÁBIO ULHOA COELHO, comenta:

“Como a lei considera a sociedade resultante da fusão uma nova pessoa jurídica, ela deve, concluída a operação, regularizar-se na Junta Comercial e nos diversos cadastros fiscais (CNPJ, FGTS, INSS, estado e prefeitura). Ora, essas providências demandam tempo, durante o qual a nova sociedade não pode realizar

⁹ BORBA, JOSÉ E. T., *Direito societário*, 11ª Ed., Renovar, 2008, p. 490

nenhum negócio regular; como, por outro lado, as sociedades participantes da operação, com a fusão, deixam de existir, a empresa fica simplesmente paralisada.”¹⁰

2.1.3. Cisão

Nas operações de cisão ocorre exatamente o oposto das operações de fusão. O objetivo não é reunir sociedades e negócios em uma única entidade jurídica, e sim transformar um único negócio jurídico em duas ou mais sociedades distintas para as quais será entregue parte dos ativos da empresa cindida.

Conforme analisado anteriormente, a cisão não está legal descrita na legislação civil, estando apenas prevista na Lei das S.A., conforme se depreende da leitura do dispositivo legal abaixo transcrito:

“Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.”

Sobre a cisão, comentando o artigo 229 da Lei das S.A., ALFREDO SÉRGIO LAZZARESCHI NETO leciona:

“Art. 229: nota 1c. A cisão é o processo pelo qual a sociedade, por deliberação tomada na forma prevista para alteração do estatuto ou contrato social, transfere

¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de direito comercial*, Vol.2, 6ª Ed., Saraiva, 2003, p. 481

todo ou parcela do seu patrimônio para sociedades existentes ou constituídas para esse fim, com a extinção da sociedade cindida, se a versão for total, ou redução do capital, se parcial. ¹¹

Da leitura do texto acima verifica-se que existem duas formas de cisão estabelecidas em lei: a primeira dá-se o nome de cisão total; e a segunda nomeia-se cisão parcial.

Na cisão total a sociedade cindida, ou seja, a sociedade que sofrerá a divisão de seu patrimônio, tem sua personalidade jurídica extinta, sendo todos os seus bens, direitos e deveres transferidos para novas sociedades (ou sociedades existentes), que sucedem a empresa cindida conforme os direitos e obrigações que lhes foram transferidos.

Visualmente temos a seguinte situação:

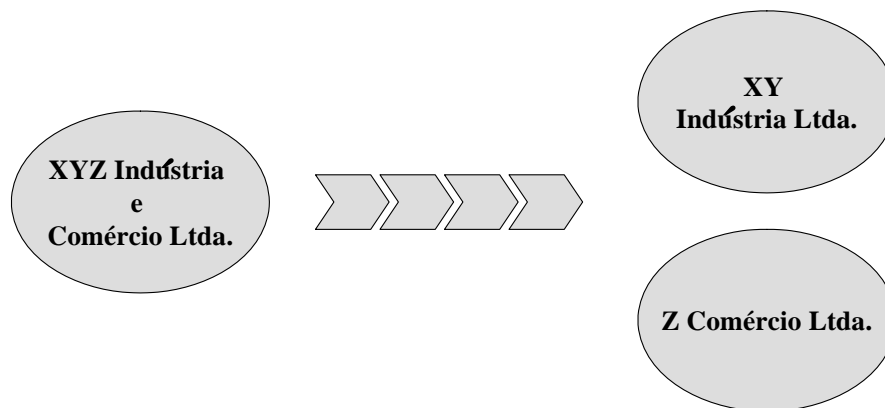


Gráfico 3 – Cisão Total

De maneira oposta, na cisão parcial, apenas parte do patrimônio da sociedade cindida é destacado e transferido para outra sociedade, a qual sucede a empresa cindida apenas nos direitos e deveres referentes a parcela de patrimônio recebida.

¹¹ LAZZARESCHI Neto, Alfredo Sérgio, *Lei das sociedades por ações anotadas*, 2ª Ed., Saraiva, 2008, p. 652-653

Nessas operações a sociedade original permanece existente e ativa tendo, apenas, sido parcialmente reduzido seus ativos vertidos em favor da outra sociedade. A título ilustrativo verifica-se a seguinte representação visual da operação de cisão parcial:

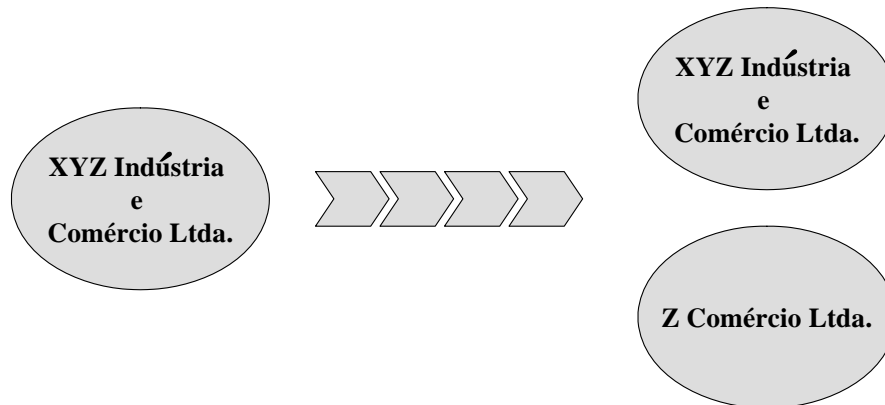


Gráfico 4 – Cisão Parcial

Sobre os tipos de cisão leciona JOSÉ E. TAVARES BORBA o seguinte:

“Diversamente da incorporação e da fusão que são fenômenos de aglutinação, a cisão opera por cissiparidade.

Na cisão, a sociedade se fragmenta , dividindo-se em duas ou mais parcelas.

Essas parcelas patrimoniais (valores de ativos e passivos) tanto poderão originar novas sociedades como integrar-se em sociedades existentes. (...)

As sociedades que absorvem parcelas do patrimônio da cindida sucedem a esta nos direitos e obrigações relacionadas ao ato da cisão; as obrigações e os direitos não relacionados permanecerão com a sociedade primitiva, mas se a cisão se fizer com a extinção, àquelas sociedades se transferirão na proporção dos patrimônios líquidos para elas deslocados.”¹²

As operações de cisão são utilizadas quando há necessidade de divisão da estrutura empresarial, seja para acomodação de negócios em entidades jurídicas diferentes, seja em razão de interesses divergentes dos sócios que impõem a divisão da sociedade, sem que haja a necessidade de sua dissolução.

RUBENS REQUIÃO indica que, antes da Lei das S.A., que veio regular as operações de cisão, a *“divergência entre os sócios acionistas, sendo grave e definitiva, obrigava inexoravelmente à dissolução sociedade, como única forma legal de separação entre o patrimônio e os sócios desavindos”*¹³.

Com as operações de cisão surgem as formas mais eficientes de planejamento tributário, porém, justamente por isso, são as operações societárias mais visadas pelo Fisco, uma vez que são utilizadas como mecanismos de fraude à lei fiscal.

Nesse contexto, verificam-se as operações de cisão simulada (tais como as operações de “separa e casa”), e as operações de distribuição disfarçada de resultados, dentre outras formas na qual a operação de cisão tem por finalidade exclusiva evitar total, ou parcialmente, a incidência de tributos, os quais, a princípio, seriam devidos.

¹² BORBA, JOSÉ E. T., *Direito societário*, 11ª Ed., Renovar, 2008, p. 490, 491-492

¹³ RUBENS, Requião, *Curso de Direito Comercial*, Vol. 2, 23ª Ed., Saraiva, 2003, p. 258.

Além de fraudes de natureza fiscal, as cisões também são utilizadas como mecanismos para fraudar credores e terceiros. É bastante comum nas operações de cisão, nas quais os ativos relevantes da sociedade são vertidos em favor de uma nova sociedade, remanescendo na antiga sociedade apenas os ativos imprestáveis e as obrigações junto ao fisco e a terceiros.

Por essas razões as operações de cisão, quando não estão devidamente fundadas em necessidades econômico-operacionais de negócio, são normalmente mal vistas no mercado, sempre recaindo dúvidas quanto a sua veracidade.

Por outro lado, as operações de cisão podem ser mecanismos eficientes para segregação de atividades que não mais podem estar reunidas em uma única entidade jurídica, facilitando a administração das sociedades e permitindo, algumas vezes, ganhos tributários interessantes.

Temos, por exemplo, o caso de uma sociedade que desenvolvendo vários negócios distintos, opera em razão do seu volume de negócios, dentro do lucro real, apurando seu lucro pela contabilização das receitas tributáveis, descontadas as despesas legalmente dedutíveis.

Ocorre que um desses negócios, por sua natureza, não implica na geração de muitas despesas dedutíveis, o que impacta negativamente na apuração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (“IRPJ”) e Contribuição Social Sobre o Lucro (“CSLL”), devidos pela sociedade.

Nessa hipótese, verifica-se conveniente a segregação da sociedade, com a cisão desse negócio em uma nova sociedade que poderá, conforme os volumes de faturamento, operar no lucro presumido que, em regra para as sociedades com baixo índice de despesas dedutíveis, é financeiramente mais vantajoso.

Ademais, a divisão da sociedade permitiria maior controle das atividades e especialização do negócio, o que garantiria justificativas operacionais e econômicas para a operação de cisão.

As operações de cisão são bastante interessantes, sendo um amplo e vasto campo de estudo tanto nos aspectos societários, como também nos meandros tributários, podendo qualquer pesquisador jurídico investir longas e minuciosas considerações sobre o tema.

Infelizmente, considerando que o objeto central desse estudo são as operações de incorporação, entendemos conveniente não adentrarmos mais nesse assunto, sob pena de nos perdermos nos objetivos propostos para essa monografia.

2.1.4. Incorporação

A incorporação é o processo de reestruturação societária, pelo qual uma sociedade absorve uma ou mais sociedades, as quais deixam de existir no mundo jurídico, passando suas atividades a serem desenvolvidas pela sociedade incorporadora.

Em muitos aspectos a incorporação se confunde com a fusão, no sentido em que nas operações de incorporação busca-se, também, consolidar negócios, reduzindo o número de entidades jurídicas.

Ocorre que, nas incorporações, diferentemente das operações de fusão, a sociedade incorporadora não se une a outras entidades jurídicas para criação de uma nova sociedade, com a extinção das antigas pessoas jurídicas; pelo contrário, a incorporadora continua existindo no mundo jurídico absorvendo os bens, direitos e deveres da sociedade incorporada, que se extingue ao final da operação de incorporação.

Nesse sentido, RUBENS REQUIÃO, citando o entendimento de WALDIRO BUGARELLI, esclarece que:

“se tem perfeitamente identificadas, as figuras da fusão propriamente ditas e a da incorporação (fusão por absorção ou anexação). Com esse tratamento específico de cada forma devidamente denominada, evitam-se, afinal, sutis distinções entre a fusão imprópria e fusão própria. Louva o legislador nacional que afastou as confusões, permitindo-nos utilizar, com clareza e precisão, os termos fusão e incorporação”¹⁴.

Conforme se nota, a incorporação não difere muito da operação de fusão, sendo, porém, mais conveniente que esta última, tendo em vista que não implica na extinção da sociedade original, o que permite o regular prosseguimento dos negócios mesmo durante o processo de incorporação.

FÁBIO ULHOA COELHO tece comentários específicos quanto à vantagem acima mencionada ensinando que:

“Na incorporação, a sociedade incorporadora sucede a incorporada, proporcionando, assim, o regular desenvolvimento dos negócios das duas, sem solução de continuidade. Em virtude dessa considerável diferença, a fusão praticamente não existe.”¹⁵

¹⁴ REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Comercial*, Vol.2, 23ª Ed., Saraiva, 2003, p. 255

¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de Direito Comercial*, Vol.2, 6ª Ed., Saraiva, 2003, p. 481

Tal como a fusão, a incorporação está definida e caracterizada tanto na Lei das S.A., conforme artigo 227 da lei societária, como também no Código Civil, nos termos do artigo 1.116, ambos abaixo transcritos:

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.

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.

Nesse exato sentido, JOSÉ E. TAVARES BORBA ensina que:

“Com a incorporação, a incorporadora sucede a incorporada em todos os direitos e obrigações, operando-se uma sucessão universal. O patrimônio líquido da incorporada, que passa à incorporadora, gera nesta um aumento de capital equivalente e, como consequência, a emissão das ações a serem entregues aos acionistas da incorporada em substituição às de que eram titulares. A sociedade incorporada extingue-se sem se liquidar, posto que a sua realidade econômico-jurídica (ativo, passivo e acionistas) integra-se na incorporadora.”¹⁶

¹⁶ BORBA, JOSÉ E. T., *Direito societário*, 11ª Ed., Renovar, 2008, p. 490, 488

Ainda sobre o tema, o magistério de MARLON TOMAZETTE nos dá o conceito de incorporação:

“A incorporação é a operação pela qual uma sociedade absorve outra, que desaparece. A sociedade incorporada deixa de operar, sendo sucedida em direitos e obrigações pela incorporadora, que tem um aumento no seu capital social. Tal tipo de operação está ligado ao fenômeno da expansão empresarial, sendo pouco usada nos últimos tempos”¹⁷

Uma vez mais, para garantir a correta interpretação da operação de incorporação, apresentamos abaixo a representação gráfica de sua estrutura:

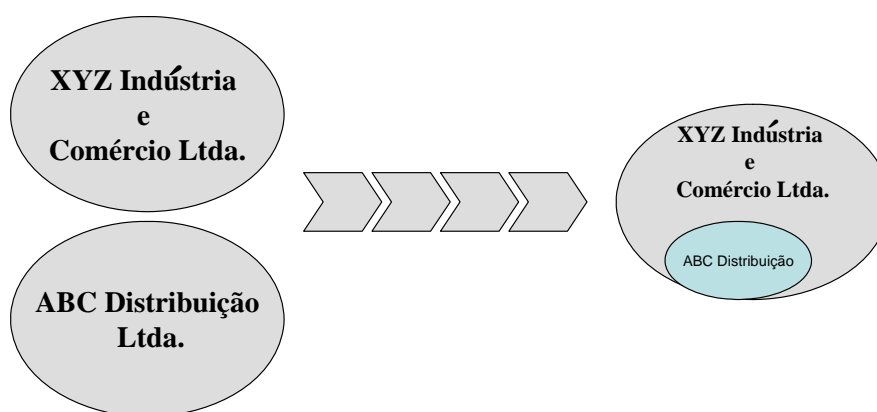


Gráfico 5 – Incorporação

As operações de incorporação são usualmente utilizadas para garantir a redução do número de entidades jurídicas, sendo bastante comuns no meio jurídico e negocial.

¹⁷ TOMAZETTE, Marlon, *Direito societário*, Juarez de Oliveira, p. 435

As vantagens tributárias são bastante convenientes nesse tipo de operação. Porém, considerando o objeto central do nosso trabalho, não teceremos, nesse momento, maiores detalhes sobre o assunto.

Ressaltamos apenas que, dentre as operações societárias voltadas ao planejamento operacional e tributário das sociedades empresariais, os processos de incorporação são os mais comuns, e muitas vezes eficientes mecanismos de consolidação de negócios com grandes vantagens para os sócios das sociedades incorporadoras e incorporadas.

2.2. Considerações Finais

Conforme analisado nos itens acima, verificamos que a lei apresenta diversas maneiras para que as sociedades empresárias se reestruturem, visando a otimização de suas estruturas societárias e, conseqüentemente, tornem mais efetivas as atividades produtivas, permitindo a adequação das sociedades às necessidades de mercado.

De igual maneira, algumas operações podem ser legitimamente utilizadas como mecanismos de planejamento tributário, permitindo às sociedades uma melhor situação em relação às obrigações fiscais decorrentes de suas atividades.

Nos itens seguintes analisaremos as operações de incorporação reversa, suas características e as vantajosas operações tributárias daí decorrentes.

3. INCORPORAÇÃO REVERSA

3.1. Descrição

Analisamos nos itens anteriores as formas de reestruturação societária previstas nas legislações civilista e societária brasileira, sendo que por último descrevemos a incorporação de sociedades, pela qual uma sociedade, a incorporadora, absorve outras sociedades, mantendo sua personalidade jurídica com a extinção das demais sociedades, as incorporadas.

A incorporação reversa, ou “às avessas”, nada mais é que um processo regular de incorporação, o qual segue todos os preceitos descritos na Lei das S.A. para as incorporações que envolvam sociedades por ações, e os dispositivos constantes do Código Civil, no caso de operações entre outros tipos societários.

É chamada reversa em razão das partes envolvidas, ocorrendo a incorporação de uma sociedade por outra que, em regra, não teria condições econômicas ou financeiras para execução dessa operação.

De maneira geral, as incorporações são operações em que uma sociedade lucrativa incorpora sociedades de menor porte, anexando-as à sua “carteira” de negócios.

Na incorporação reversa a incorporadora é pessoa jurídica de menor porte, usualmente deficitária, que absorve as empresas lucrativas e de maior porte, sendo que, apesar da estrutura jurídica da incorporada ser extinta, a estrutura de negócio torna-se a nova forma operacional da sociedade incorporadora.

Essa forma de incorporação, em geral, tem uma fundamentação operacional, permitindo a incorporada absorver estrutura para ampliação de seus negócios, anexando novos ativos aos antigos negócios desenvolvidos.

Porém, o ponto central dessas operações, na perspectiva da incorporada, usualmente é a possibilidade dos ganhos tributários daí decorrentes, sendo mecanismo eficiente para garantir a redução dos custos fiscais relacionados aos tributos federais, como analisaremos mais detalhadamente no item seguinte.

3.2. Finalidade

Conforme destacamos acima, na perspectiva da incorporada, a incorporação às avessas tem clara finalidade tributária, sendo mecanismo eficaz de planejamento tributário, com o aproveitamento de prejuízos fiscais, que a princípio seriam perdidos caso a incorporação fosse efetuada de maneira regular.

Na contabilidade fiscal, as empresas que apresentam pagamento de tributos em montantes superiores aos valores devidos por lei podem utilizar esses créditos para compensação de tributos vincendos, ou podem requerer administrativa ou judicialmente sua repetição.

Tendo em vista que a repetição de indébito é mecanismo moroso e pouco prático, as empresas, em regra, utilizam o instrumento da compensação para garantir a restituição dos tributos pagos a maior.

Ocorre que, uma empresa, após longos períodos de “déficit”, não possui grandes volumes de tributos a recolher, o que inviabiliza a compensação dos tributos recolhidos a maior criando largos montantes de prejuízos fiscais acumulados, que não podem ser liquidados dentro da rotina normal de negócios.

Nesse sentido, a incorporação de uma empresa deficitária, com grande volume de prejuízos fiscais acumulados, por uma empresa lucrativa poderia ser considerada uma solução, pois poderíamos imaginar que, havendo a incorporação de todos os bens, direitos e deveres pela incorporadora os prejuízos fiscais também seriam absorvidos e poderiam ser utilizados pela incorporadora para redução de seus próprios tributos devidos.

Esse seria um raciocínio válido, salvo o fato de que a lei vedou essa conclusão lógica, impedindo que a sucessora absorva os prejuízos fiscais da empresa sucedida. Vejamos o que regula o Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (“RIR/99”), em seu artigo 514, abaixo transcrito:

Art. 514. A pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão não poderá compensar prejuízos fiscais da sucedida (Decreto-Lei nº 2.341, de 1987, art. 33).

Verifica-se claramente que o RIR/99 vedou tal possibilidade, impedindo aos contribuintes que estruturassem operações de incorporação, nas quais grandes empresas lucrativas reduzissem sua carga tributária, buscando no mercado a incorporação de empresas deficitárias e com grandes prejuízos fiscais acumulados.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou recentemente quanto a aplicação do mencionado dispositivo legal, sendo relevante a leitura desse julgado para melhor interpretação da matéria.

TRIBUTÁRIO – COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS – SUCESSÃO DE PESSOAS JURÍDICAS – INCORPORAÇÃO E FUSÃO - VEDAÇÃO - ART. 33 DO DECRETO-LEI 2.341/87 - VALIDADE - ACÓRDÃO -

OMISSÃO: NÃO-OCORRÊNCIA. (...) 3. A limitação à compensação na sucessão de pessoas jurídicas visa evitar a elisão tributária e configura regular exercício da competência tributária quando realizado por norma jurídica pertinente. (...) – sem grifos no original (REsp 1107518/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 25/08/2009)

Do voto da Ministra Relatora ELIANA CALMON, destacamos o seguinte trecho:

“A regra do art. 33 do Decreto-lei 2.341/87 foi editada nesse diapasão: para vedar a compensação de prejuízos fiscais nas operações de transformações da pessoa jurídica. Depreende-se de tal proceder que o objetivo foi impedir a elisão tributária, pois muitas empresas viram a reorganização societária como instrumento de planejamento tributário e passaram a se reorganizar com o único intuito da economia de tributos. Passou a ser um negócio vantajoso incorporar ou fundir a empresa deficitária como forma de reduzir a carga tributária.”

Obviamente entendemos o raciocínio desenvolvido pelo Fisco, e validado pelo Superior Tribunal de Justiça, que buscou reduzir as possibilidades de utilização indevida de prejuízos fiscais, criando uma barreira legal para o que seria um “comércio” de prejuízos.

Por outro lado, a vedação legal acima descrita não é aplicável nos casos das operações de incorporação reversa, uma vez que a lei veda que a

sucessora se utilize dos prejuízos fiscais da sucedida, porém não veda que uma empresa deficitária, após absorver uma empresa lucrativa, passe a utilizar seus próprios prejuízos para compensar os tributos a serem recolhidos em razão de suas novas atividades.

Nesse momento, surge a principal finalidade, do ponto de vista tributário, para a realização de operações reversas, passando tal forma de reestruturação societária a ser um mecanismo eficiente para o planejamento tributário das sociedades no Brasil.

3.3. Considerações Finais

Conforme verificamos nesse capítulo, a lei veda que a empresa incorporadora absorva prejuízos fiscais oriundos da empresa incorporada que serviriam para redução da carga tributária da empresa sucessora, e que não poderiam ser utilizados pela sucedida, empresa normalmente deficitária.

Nesse contexto surgem as operações de incorporação reversa, ou às avessas, nas quais a empresa incorporadora é a sociedade deficitária, e os prejuízos fiscais estão acumulados e poderão ser utilizados para abatimento dos tributos que passarão a serem devidos em razão dos novos negócios absorvidos, ou seja, negócios de uma sociedade lucrativa e operacional.

Do ponto de vista estritamente societário a operação de incorporação reversa em nada difere das operações de incorporação regular. Ocorre que, por se tratar de operação com claros ganhos tributários, a atenção do Fisco é maior, sendo necessários cuidados no momento de sua execução, tornando relevante a devida instrumentalização das razões justificadoras da reestruturação.

No capítulo seguinte analisaremos, de maneira geral e ampla, a interpretação das operações de reestruturação societária do ponto de vista das

autoridades fiscais, verificando as condições para que sejam consideradas lícitas, ou eventualmente lhes falte requisitos de validade, sendo, portanto, desconsideradas pelo Fisco em seus procedimentos fiscalizatórios.

4. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO – LICITUDE E ILICITUDE

De maneira a subsidiar uma análise quanto à viabilidade e legalidade das operações de incorporação reversa, como mecanismo de reestruturação societária com claras feições de planejamento tributário, é necessária uma análise das premissas aplicáveis a quaisquer planejamentos tributários a serem operados no Brasil.

Como sabemos o Fisco atua dia a dia buscando coibir de todas as formas planejamentos empresariais que visem a gerar ganhos tributários. Entretanto, não é livre a ação da autoridade fiscal que deve estar restrita as condições estabelecidas em lei.

Uma vez mais MARCO AURÉLIO GRECCO nos traz uma sábia e sintética explicação quanto ao cerne do planejamento tributário, sendo relevante a leitura do seguinte trecho:

“O cerne do debate sobre o planejamento tributário está em identificar quando as operações realizadas pelo contribuinte serão oponíveis ao Fisco, no sentido de não poder recusar os efeitos de menor carga tributária e quando a atividade realizada será considerada planejamento “contaminado” a significar que os atos ou negócios realizados não produzirão os efeitos fiscais pretendidos pelo contribuinte e que o Fisco – ex officio – poderá negar-lhes eficácia e, frequentemente, trata-los segundo o perfil real (e não meramente formal) que apresentem.”¹⁸

¹⁸ GRECCO, Marco Aurélio, *Reorganização societária e planejamento tributário*, In CASTRO, Rodrigo R.M. de (Coord.), *Reorganização Societária*, Quartier Latin, 2005, p. 36

Dentro desse contexto, analisaremos as normas legais que regulamenta a matéria, sempre buscando posicionar tais textos legais junto aos julgamentos administrativos e judiciais que dão a interpretação mais recente sobre o assunto.

4.1. Aspectos Legais

As autoridades fiscais brasileiras sempre estiveram preocupadas em coibir e impedir atividades particulares voltadas à redução da carga tributária. Porém, somente após 2001 foi estabelecido o primeiro marco legal sobre o tema, com a introdução do parágrafo único ao artigo 116 do Código Tributário Nacional (“CTN”), abaixo transcrito:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

(...)

*Parágrafo único. **A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária**”.*

Com a introdução do mencionado dispositivo legal, foi facultado às autoridades fiscais analisar substância dos atos e negócios jurídicos praticados pelos particulares, visando a verificar as reais intenções do contribuinte, desconsiderando atividades que, pela sua real natureza, tenham por objeto reduzir ou excluir a ocorrência de fatos geradores tributários.

Nesse sentido, vejamos comentário de LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA sobre o tema:

“Preocupado com a prática de atos ou negócios jurídicos realizados no afã de encobrir a ocorrência do fato gerador, o legislador introduziu, através da Lei Complementar 105, de 10.01.2001, o parágrafo único ao artigo em comento estabelecendo que tais atos de negócios poderão ser desconsiderados pela autoridade administrativa (...).”¹⁹

Ainda sobre o tema temos as palavras de JOÃO DÁCIO ROLIM:

“A norma geral antielisiva positivada no parágrafo único do art. 116 do CTN aproxima-se da modalidade de intenção negocial no sentido de ser considerado dissimulado o ato do contribuinte e, portanto, inoponível ao fisco, se for praticado com a intenção elisiva exclusiva. Em função do princípio da proporcionalidade. Ou esta norma aparentemente geral deve ser aplicada somente a casos excepcionais em função de outros princípios que justifiquem um afastamento do Direito Privado, tal como ocorre com os preços de transferência, ou deve ser restrito aos casos de simulação, uma vez que o próprio conceito consagrado no Direito Privado de dissimulação é o de simulação relativa. A positivação dessa norma geral como intenção

¹⁹ FARIA, Luiz Alberto Gurgel de, In FREITAS, Vladimir Passos (Coord.), *Código tributário nacional comentado*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, 2005, p.559.

negocial afasta também a aplicação de normas específicas fechadas, em havendo propósito comercial não exclusivamente elisivo do contribuinte na prática de determinados atos.”²⁰

Ressalte-se, porém, que a despeito das autoridades fiscais efetivamente utilizarem a prerrogativa de desconsiderar os negócios jurídicos que entendam simulados, inexistente a expressa e necessária regulamentação exigida pela parte final do referido parágrafo.

Em outras palavras, a atividade estatal não está devidamente delimitada na legislação ordinária, havendo uma grande lacuna legal que imponha os limites dessa atuação. Por essa razão, é importante fixarmos os limites de atuação da atividade fiscalizadora, servindo como base para tal restrição as regras de direito civil, que impõe a nulidade de atos jurídicos.

O Código Civil, em seu artigo 166, VI, dispõe:

“Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

(...)

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;”

Ademais, o artigo 167 do mesmo diploma legal estabelece:

“Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

²⁰ ROLIM, João Dácio, *Normas antielisivas tributárias*, Dialética, 2001, p. 357

§ 1o Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.”

Para melhor entendermos a definição de simulação, que autorizaria a aplicação do parágrafo único do artigo 116 do CTN, é essencial a leitura dos esclarecimentos trazidos pelo grande mestre WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO:

*“**Simulação traduz uma inverdade. Ela caracteriza-se pelo intencional desacordo entre a vontade interna e a declarada, no sentido de criar, aparentemente, um ato jurídico que, de fato, não existe, ou então oculta, sob determinada aparência, o ato realmente querido**”²¹*

Nesse mesmo sentido, MARIA HELENA DINIZ traz a seguinte definição a dissimulação:

“A dissimulação oculta o conhecimento de outrem uma situação existente, pretendendo, portanto, incutir no espírito de alguém a inexistência de uma situação real (...)”²²

²¹ MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de direito civil, parte geral*, 34ª Ed., Saraiva, 1996, p.212.

²² DINIZ, Maria Helena, *Curso de direito civil brasileiro*, Vol. 1, 18ª Ed., Saraiva, 2002, p. 404.

Por sua vez o conceito de dissimulação é dado por DE PLACIDO E SILVA da seguinte maneira:

“(...) embora tendo conceito equivalente a simulação (disfarce, fingimento) é mais propriamente indicado como ocultação. É mais próprio à terminologia do Direito Fiscal, para indicar (...) sonegação do imposto”

23

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO esclarece, ainda, que a “*simulação (...) é feita no sentido de iludir terceiros*”²⁴, ou seja, na simulação as partes contratantes se unem de maneira a gerar um prejuízo ou uma desvantagem para terceiros, alheios a operação, porém intensamente interessados em sua concretização.

Nesse sentido, para que o negócio seja considerado simulado para fins de descon sideração pelas autoridades fiscais, a atuação do contribuinte deve ter por cerne lesar o erário público com a nítida criação de estrutura societária, **unicamente** desenvolvida para redução da carga tributária.

Novamente, as palavras de MARIA HELENA DINIZ são elucidativas:

*“Na simulação a vontade se conforma com a intenção das partes que combinam entre si no sentido de manifestá-la de determinado modo, com escopo de prejudicar terceiro que ignora o fato.”*²⁵

²³ Conceito do *Vocabulário Jurídico* de De Plácido e Silva, Forense, 1990.

²⁴ MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de direito civil, parte geral*, 34ª Ed., Saraiva, 1996, p.213.

²⁵ DINIZ, Maria Helena, *Curso de direito civil brasileiro*, Vol. 1, 18ª Ed., Saraiva, 2002, p. 403.

Nota-se que, apesar da legislação tributária não ter recebido a devida e correta regulamentação, o Código Civil é suficiente para estabelecer os limites da atuação estatal na desconsideração de negócios jurídicos simulados.

Nesse contexto, podemos concluir que as autoridades fiscais **somente** poderão desconsiderar as operações societárias que tenham por objeto a clara violação de norma estatal imperativa, e pelas quais os contribuintes se valham de atos aparentemente lícitos que, por outro lado, sejam destinados **exclusivamente** a reduzir ou excluir fato gerador de obrigação tributária.

Corroborando esse entendimento recorreremos uma vez mais às palavras de JOÃO DÁCIO ROLIM:

“Por exemplo as operações de incorporação de empresas com prejuízos fiscais, em não havendo a intenção exclusiva do contribuinte em obter uma vantagem de compensar prejuízo da empresa incorporada, a norma proibitiva da compensação prevista na lei ordinária será inaplicável.”²⁶

Em outras palavras, as operações societárias que **não tenham por objeto exclusivo** a redução da carga tributária, porém pela sua estrutura gerem ganhos tributários, não poderão ser desconsideradas, uma vez que não tem por objeto lesar as autoridades estatais (terceiros) e, por essa razão, não se enquadram na definição legal de simulação.

²⁶ ROLIM, João Dácio, *Normas antielisivas tributárias*, Dialética, 2001, p. 357

4.2. O Entendimento do Fisco

Analisadas as premissas legais que regulamentam a matéria, podemos passar para uma análise mais prática do tema, verificando o posicionamento da Receita Federal do Brasil (“Receita Federal”), e de seus órgãos julgadores, sobre a aplicação do instituto da desconsideração do negócio jurídico, em especial nas operações de reestruturação societária.

Em seguida, analisaremos as decisões administrativas exclusivamente voltadas as operações de incorporação reversa.

É relevante destacar que o entendimento da Receita Federal foi alterado a partir de 2003, sendo, portanto, necessária uma dupla análise do tema.

4.2.1. Posicionamento até 2003

Durante um longo período, a Receita Federal estabeleceu certas condições para que fossem desconsideradas as operações societárias destinadas a redução ou exclusão da carga tributária incidente.

Tinha-se por premissa que os atos jurídicos deveriam estar adstritos a tipicidade e legalidade estrita, ou seja, qualquer operação societária que fosse realizada sem expressa previsão legal seria considerada ilícita e seus efeitos poderiam ser revertidos.

Ademais, o cumprimento dos requisitos formais previstos na legislação para execução das operações societárias tornava lícita a operação,

independentemente da sua substância material. Em outras palavras, havia mera preocupação com a forma, mas não com seu conteúdo.

Por fim, qualquer negócio jurídico indireto, ou que se valia de interposta pessoa era considerado planejamento tributário ilícito e, portanto, passível de desconsideração.

Nesse contexto, selecionamos o abaixo transcrito julgado do Conselho de Contribuintes, que reflete o posicionamento vigente até 2003.

*IRPJ – SIMULAÇÃO NA INCORPORAÇÃO – Para que se possa materializar, é indispensável que o ato praticado não pudesse ser realizado, fosse por vedação legal ou por qualquer outra razão. **Se não existia impedimento para a realização da incorporação tal como realizada e o ato praticado não é de natureza diversa daquela que de fato aparenta, não há como qualificar-se a operação de simulada.** Os objetivos visados com a prática do ato não interferem na qualificação do ato praticado. **Portanto, se o ato praticado era lícito, as eventuais conseqüências contrárias ao fisco devem ser qualificadas como casos de elisão fiscal e não de “evasão ilícita”** (Ac. CSRF/01 – 01.874/94).²⁷*

Verifica-se claramente que a análise realizada pela autoridade fiscal era mais “frouxa”, uma vez que se prendia estritamente a forma e legalidade do ato, não considerando simulada ou ilícita operação societária na qual as regras jurídicas do

²⁷ Inteiro teor não disponibilizado pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

negócio jurídico fossem seguidas, independentemente da natureza ou interesse econômico do contribuinte.

Nesse cenário teríamos operações estruturadas com o fim exclusivo de redução da carga tributária, que poderiam ser consideradas lícitas, mesmo que destinadas a “prejudicar” as autoridades fiscais, desde que fossem observados todos os critérios legais e formais exigidos.

Essa visão simplista do negócio jurídico era muito favorável aos contribuintes, sendo que a partir de 2003, conforme analisaremos a seguir, as autoridades fiscais passaram a realizar uma análise mais completa e minuciosa, não sendo mais suficiente o mero cumprimento, pelos contribuintes, das características formais e legais da operação societária.

4.2.2. Posicionamento após 2003

No decorrer do tempo, as autoridades fiscais perceberam que uma posição conservadora e legalista do tema lhes era desfavorável. Dessa forma, passaram a analisar as estruturas societárias e suas reorganizações de uma maneira mais moderna, deixando de analisar somente a forma, e passando a buscar o real interesse dos contribuintes em sua execução.

Após 2003, a Receita Federal passou a analisar a substância dos atos jurídicos praticados, bem como sua adequação às definições e formas prescritas no direito civil.

Busca-se, agora, analisar e aferir os elementos do negócio jurídico típico, verificando sua relevância e conveniência para a atividade empresarial, em especial quanto ao real interesse em sua execução.

Não basta mais que a forma seja devidamente observada. As razões para a execução de uma reorganização societária devem ter por finalidades aspectos financeiros, comerciais e/ou operacionais, não sendo mais possível a utilização desses recursos com a finalidade exclusiva de planejamento tributário.

Os propósitos das operações são vistos em comparação com parâmetros normais de mercado, sendo que, havendo dissonância entre as atividades realizadas por certo contribuinte em relação à atuação de seus pares (concorrentes, parceiros, etc...), tais atividades poderão ser consideradas simuladas.

Dentro desse cenário, transcrevemos abaixo julgado que reflete a nova visão da Receita Federal sobre a matéria:

“DESCONSIDERAÇÃO DE ATO JURÍDICO – Devidamente demonstrado nos autos que os atos negociais praticados deram-se em direção contrária a norma legal, com o intuito doloso de excluir ou modificar as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária (art. 149 do CTN), cabível a desconsideração do suposto negócio jurídico realizado e a exigência do tributo incidente sobre a real operação. SIMULAÇÃO/DISSIMULAÇÃO – Configura-se como simulação, o comportamento do contribuinte em que se detecta uma inadequação ou inequivalência entre a forma jurídica sob a qual o negócio se apresenta e a substância ou natureza do fato gerador efetivamente realizado, ou seja, dá-se pela discrepância entre a vontade querida pelo agente e o ato por ele praticado para exteriorização dessa vontade, ao passo que a dissimulação contém em seu bojo um disfarce, no

qual se encontra escondida uma operação em que o fato revelado não guarda correspondência com a efetiva realidade, ou melhor, dissimular é encobrir o que é. IRPJ – GANHO DE CAPITAL – Considera-se ganho de capital a diferença positiva entre o valor pelo qual o bem ou direito houver sido alienado ou baixado e o seu valor contábil, diminuído, se for o caso, da depreciação, amortização ou exaustão acumulada. MULTA AGRAVADA – Presente o evidente intuito de fraude, cabível o agravamento da multa de ofício prevista no inciso II, art. 44, da lei nº 9.430/96. LANÇAMENTOS DECORRENTES – CSLL - A solução dada ao litígio principal, relativo ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica aplica-se, no que couber, ao lançamento decorrente, quando não houver fatos ou argumentos novos a ensejar conclusão diversa. Recurso provido parcialmente. (Acórdão 101-94771, Recurso nº 138166, Processo nº 10935.001212/2003-78, Relator(a) Valmir Sandri, Primeiro Conselho de Contribuintes, j. 11/11/2004).²⁸

Conclui-se que o novo e atual posicionamento da Receita Federal é mais rígido, sendo necessária a comprovação de que as operações de reestruturação societária realizadas pelos contribuintes são legítimas, ao passo que não se destinam exclusivamente a reduzir a carga tributária, porém possuem objetivos financeiros, comerciais ou operacionais legítimos.

²⁸ Inteiro teor não disponibilizado pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

4.3. Incorporação Reversa – Posicionamento do Fisco

A incorporação reversa, tal como as demais formas de planejamento tributário, foi analisada pela Receita Federal, tanto dentro de um posicionamento mais legalista (até 2003), como também vem sendo rotineiramente revista pelas autoridades fiscais, dentro de um contexto mais complexo e voltado ao real interesse dos contribuintes.

Em julgado baseado no antigo posicionamento da Receita Federal, assim se decidiu sobre a incorporação reversa:

INCORPORAÇÃO ATÍPICA - NEGÓCIO JURÍDICO INDIRETO - SIMULAÇÃO RELATIVA - *A incorporação de empresa superavitária por outra deficitária, embora atípica, não é vedada por lei, representando um negócio jurídico indireto, na medida em que, subjacente a uma realidade jurídica, há uma realidade econômica não revelada. Para que os atos jurídicos produzam efeitos elisivos, além da anterioridade à ocorrência do fato gerador, necessário se faz que revistam forma lícita, aí não compreendida hipótese de simulação relativa, configurada em face dos dados e fatos que instruíram o processo (...).*” (Acórdão 103-21046, Recurso nº 123729, Processo nº 11040.001472/96-36, Relator Paschoal Raucci, Primeiro Conselho de Contribuintes, j. 28.11.02).²⁹

²⁹ Inteiro teor como Apêndice 1

No mesmo sentido, temos julgado do próprio ano de 2003, que assim entendeu o tema:

*IRPJ – INCORPORAÇÃO ATÍPICA – A incorporação de empresa superavitária por outra deficitária, **embora atípica, não é vedada por lei, representando negócio jurídico indireto.***” (Acórdão 101-94127, Recurso nº 131.653, Processo nº 16327.001715/2001-26, Relator Sandra Maria Faroni, Primeiro Conselho de Contribuintes, j. 28.02.03)³⁰

Nota-se claramente que, independentemente da substância do ato jurídico, ou seja, mesmo havendo interesses econômicos e empresariais na realização da incorporação reversa, o posicionamento da Receita Federal era claro, a incorporação às avessas era uma forma atípica, caracterizando-se negócio jurídico indireto e, portanto, vedado pela legislação.

Conforme já se esclareceu anteriormente, após 2003 a Receita Federal passou a se posicionar de maneira mais técnica em relação às operações de planejamento societário, analisando não só a forma, mas principalmente seu conteúdo.

Com essa visão mais rígida era de se esperar decisões mais enfáticas contrárias às operações de incorporação reversa. Ocorre que, de maneira incomum, a Receita Federal passou a adotar uma visão mais realista, muitas vezes favorável ao contribuinte.

Obviamente que, ainda serão desconsideradas operações de incorporação reversa que tenham por objeto exclusivo o planejamento tributário. Porém, se

³⁰ Inteiro teor como Apêndice 2

houver fundamentação fática, comercial, financeira ou operacional para realização dessa reestruturação não haverá oposição ou desconsideração pela Receita Federal.

Sobre o tema verifica-se decisão, prolatada pela Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes:

“INCORPORAÇÃO ÀS AVESSAS - GLOSA DE PREJUÍZOS - IMPROCEDÊNCIA - A denominada “incorporação às avessas”, não é proibida pelo ordenamento jurídico. Realizada por empresas operativas e com objetivo social semelhante, não pode ser tipificada como operação simulada, mormente quando teve por escopo a busca de melhor eficiência das operações entre ambas praticadas. CSLL - DECORRÊNCIA - Tratando-se de exigência por irregularidade apontada no IRPJ, o decidido quanto ao principal deve nortear e ser estendido aos lançamentos reflexos. (Acórdão nº 105-15822, Recurso nº 142688, Processo nº 10730.001327/2003-69, Relator Irineu Bianchi, Primeiro Conselho de Contribuintes, j. 22.06.2006)³¹

Nota-se que, havendo fundamento prático para realização da operação de incorporação avessa, mesmo que haja os naturais ganhos tributários, decorrentes da utilização dos prejuízos fiscais, tais atos e negócios jurídicos serão efetivamente considerados pelas autoridades fiscais, não sendo considerados simulações.

³¹ Inteiro teor como Apêndice 3

Ressalte-se, porém, que não havendo fundamentação para a operação, os negócios poderão estar sujeitos à desconsideração pelas autoridades fiscais.

Nesse sentido, em recente decisão em processo de consulta, a Receita Federal se manifestou expressamente favorável ao aproveitamento de prejuízos fiscais da incorporadora quando da incorporação de empresa superavitária, não considerando ilegal ou simulada esse tipo de operação. Vejamos:

“SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 106 de 20.04.2010

ASSUNTO: Normas de Administração Tributária

EMENTA: INCORPORAÇÃO. PREJUÍZO FISCAL.

*Não é possível a utilização de créditos decorrentes de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL da incorporada para quitar multas e juros moratórios, da incorporadora ou mesmo da própria incorporada. **Todavia, não há óbice à utilização do prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa próprios da incorporadora para quitar juros e multas próprios ou da incorporada, recebidos por sucessão.**”*

Não há dúvidas que a operação de incorporação reversa é mecanismo eficiente para aproveitamento de prejuízos fiscais, desde que fundada em aspectos não só tributários. Em outras palavras, os ganhos fiscais decorrentes de uma operação de incorporação às avessas são permitidos, salvo se forem a única razão para realização da operação, quando serão considerados simulados.

4.4. Considerações Finais

Podemos concluir esse tópico verificando que as operações de reestruturação societária são mecanismos eficientes de planejamento tributário, e poderão ser utilizadas legitimamente desde que haja razão financeira, comercial ou operacional que as justifiquem.

As operações meramente voltadas para o planejamento tributário serão consideradas ilícitas e, conseqüentemente, desconsideradas pelas autoridades fiscais.

De igual maneira, as operações de incorporação reversa estão sujeitas a essa análise mais criteriosa das autoridades fiscais. Porém, os ganhos tributários não serão considerados ilícitos caso haja fundamento para a efetivação da operação societária.

De fato, a alteração de posicionamento da Receita Federal, a partir de 2003, foi bastante favorável aos contribuintes nacionais, uma vez que alterou o antigo e contrário posicionamento, passando tal operação a ser autorizada e reconhecida pelas autoridades fiscais.

5. ESTUDO DE CASO

De maneira a ilustrar as opções de planejamento tributário decorrentes das operações de incorporação reversa, torna-se relevante a análise de um caso concreto, no qual empresa multinacional reestrutura suas operações no Brasil, obtendo ganhos diretos no aproveitamento de prejuízos fiscais da sociedade incorporadora na redução dos tributos devidos pelas sociedades incorporadas.

Ademais, no decorrer do processo de reorganização foi possível verificar ganhos secundários, a princípio não esperados, que permitiram uma maior eficiência gerencial e financeira do grupo no Brasil.

Nesse sentido, passaremos a analisar a operação em suas mais variadas vertentes, apresentando ao final algumas considerações quanto aos riscos tributários existentes, bem como as medidas paliativas utilizadas.

5.1. Histórico da Operação

Conforme já mencionado, a operação ora analisada foi desenvolvida e operacionalizada por grupo multinacional, com atuação em diversos mercados consumidores, em especial, nas áreas de construção civil e infraestrutura.

Dentro desse grupo, por definição estratégica da matriz estrangeira, a atuação nos diversos segmentos do mercado brasileiro era efetivada por pessoas jurídicas distintas, com participação direta do capital estrangeiro nas empresas nacionais, sem que existisse a figura de uma “holding” controladora.

Por outro lado, existiam empresas de participação e gestão, que apoiavam as operações do grupo no Brasil com a prestação de serviços gerenciais,

financeiros e jurídicos, porém, sem que houvesse efetivo controle das sociedades operacionais por intermédio dessas sociedades voltadas para a gestão administrativa do grupo.

O grupo contava, antes do processo de incorporação, com aproximadamente doze empresas operacionais, totalizando mais de cento e cinquenta estabelecimentos empresariais espalhados por todos os estados brasileiros, e sete empresas de participação e gestão administrativa.

Além disso, o grupo era controlado por seis sociedades estrangeiras, domiciliadas em países europeus, sendo que tais controladores, por sua vez, eram controlados por sociedade anônima de capital aberto, também domiciliada na Europa.

No decorrer dos anos de atuação das empresas no Brasil, grande parte dos negócios vivenciaram significativos e sólidos lucros em seus respectivos mercados de atuação, sendo sempre os principais e mais importantes *players* em cada mercado consumidor.

Dentre essas diversas empresas uma delas, atuante no mercado da construção civil, vivenciou por diversos anos significativos prejuízos, decorrentes, em regra, do acirrado mercado competidor e das alterações legislativas brasileiras, que impuseram restrições e dificuldades a fabricação e comercialização dos principais produtos produzidos por essa sociedade.

Nos diversos exercícios fiscais criou-se um prejuízo fiscal acumulado de aproximadamente cem milhões de reais, que não poderia ser absorvido pela sociedade, ainda que o mercado da construção civil tivesse em franca expansão, e a empresa já tivesse começado a vivenciar lucros em suas operações.

Nesse contexto, iniciou-se o estudo e execução de operações de incorporação reversa, com a absorção, pela sociedade deficitária, das demais sociedades integrantes do grupo, garantindo o aproveitamento do prejuízo fiscal acumulado.

Tecidas as considerações acima, podemos passar a analisar os processos de incorporação realizados, bem como os preparativos realizados e as dificuldades vivenciadas.

5.2. Medidas Preparatórias

Tendo em vista os diversos ramos de atuação das empresas objetos dos processos de incorporação, bem como a complexidade dos negócios no Brasil (valores de faturamento, grandes mercados de atuação, pulverização territorial, etc.), foram necessárias diversas medidas preparatórias que garantiram o sucesso da operação.

Inicialmente, foi necessária uma extensa análise das diversas sociedades a serem incorporadas, analisando seus ramos de atuação, a localização dos estabelecimentos empresariais e as especificidades de regulamentação das atividades desenvolvidas.

Nesse aspecto, cabe uma breve digressão sobre algumas dificuldades preliminares vivenciadas. As empresas, por atuarem em ramos muito distintos, possuíam particularidades operacionais que, a princípio, impediriam a sua reunião em uma única entidade jurídica.

A título exemplificativo, uma das sociedades atuando no mercado de infraestrutura possuía clientes específicos que somente eram atingidos por meio da participação em leilões e licitações, sendo, portanto, necessário a essa sociedade a correta e sempre eficiente manutenção de suas obrigações fiscais (certidões negativas) em dia.

Verificou-se, de pronto, que a absorção dessa sociedade dentro de uma única entidade jurídica criaria dificuldades operacionais quase que intransponíveis para manutenção da necessária regularidade fiscal.

Nesse caso, optou-se por manter essa empresa fora do escopo da operação a ser desenvolvida por: (i) não ser significativo o ganho tributário na operação; e (ii) ser desaconselhável para esse tipo de mercado a atuação em uma única e gigantesca pessoa jurídica suscetível aos mais diversos percalços para manutenção de sua regularidade fiscal.

O exemplo acima ilustra as dificuldades iniciais verificadas nos estágios de planejamento da operação, sendo que, para todo o processo de estruturação, foram necessários aproximadamente oito meses de pesquisa, e levantamento das informações e necessidades peculiares de cada negócio.

Levantadas as especificidades de cada negócio, iniciou-se as primeiras medidas jurídicas para pôr em prática as operações de incorporação.

Como primeiro movimento jurídico, foi alterado o contrato social da sociedade incorporadora com a alteração da razão social, para adequá-la a nova realidade da empresa, bem como foi realizada ampla revisão das cláusulas contratuais, para inclusão dos diversos objetos sociais a serem absorvidos pela incorporadora.

Realizadas as alterações acima, foram necessárias outras providências preparatórias que se resumiam na abertura de todos os estabelecimentos (filiais da incorporadora), nos mesmos endereços nos quais os atuais estabelecimentos das incorporadas estavam localizados.

Nesse momento foram vivenciadas as mais diversas e *sui generis* dificuldades, que iam desde a completa ignorância das autoridades locais quanto ao processo que vinha a ser realizado, chegando ao ponto de ser sumariamente indeferidos os pedidos de abertura dos estabelecimentos por diversas municipalidades.

O processo de abertura (constituição jurídica, registro nas autoridades competentes e emissão da documentação fiscal) se deu de acordo com cronograma das incorporações, ou seja, eram providenciados os novos estabelecimentos com uma antecedência em relação ao processo de incorporação a ser realizado.

Em regra, o processo de constituição dos novos estabelecimentos eram providenciados com três meses de antecedência em relação a incorporação. Ocorre que, na grande maioria dos casos, a finalização desse processo preparatório se estendia até a semana da incorporação, gerando grandes dificuldades na gestão do cronograma de incorporação.

Nesse ponto, cumpre destacar dificuldade vivenciada junto às municipalidades para constituição de dois estabelecimentos em uma mesma área física.

Conforme é sabido, as autoridades fiscais, em regra, exigem corretamente que estabelecimentos localizados em um mesmo espaço físico mantenham uma clara e eficiente divisão de suas operações e estoques, de maneira a dificultar a ocorrência de procedimentos fiscais ilícitos como, por exemplo, desvio de estoque e movimentação de mercadoria sem nota-fiscal.

Nesse sentido, os esclarecimentos prestados às autoridades estaduais (preocupadas com questões relativas ao ICMS) transcorriam com bastante tranquilidade, sendo vez ou outra necessária a prestação de garantias adicionais ao Fisco Estadual para que fosse autorizada a constituição de dois estabelecimentos em um mesmo endereço.

De maneira diversa as municipalidades criaram diversos problemas, sendo temerária a atuação dessas autoridades que não entendiam, ou não tinham interesse político em entender, a operação que vinha sendo desenvolvida.

Nos piores casos a municipalidade determinou a construção de barreiras físicas para separação dos estabelecimentos, sendo inútil a demonstração de que os estabelecimentos somente conviveriam por um curto espaço de tempo, em regra não mais que poucas semanas.

Tais dificuldades demonstram a precariedade do serviço público brasileiro que não está preparado para suportar as necessidades e complexidades do mercado e do setor empresarial nacional, o que implica em maiores custos para efetivação das operações desejadas pelas empresas no Brasil.

De toda sorte, a despeito dos percalços, foi possível a constituição e abertura de todos os estabelecimentos em tempo hábil, a fim de que as operações de incorporação fossem concretizadas com o mínimo de atraso possível.

Por fim, ainda de maneira preliminar, foi necessária a obtenção, pelas empresas a serem incorporadas, das respectivas certidões negativas exigidas pela legislação para a realização dos processos de incorporação.

Conforme é sabido, são necessárias três certidões negativas fiscais exigidas pelas Juntas Comerciais dos Estados no ato de registro dos documentos sociais de baixa por incorporação, a saber: (i) Certidão Negativa Conjunta de Tributos Federais e Débitos Inscritos em Dívida Ativa; (ii) Certidão Negativa de Débitos Previdenciários; (iii) Certificado de Regularidade do FGTS.

Em relação às certidões descritas nos itens (i) e (iii) supra, tais documentos são rotineiros na vida empresarial, sendo que as sociedades empresárias já conhecem seus trâmites e suas dificuldades.

Ocorre que, no tocante ao documento descrito no item (ii), a despeito de ser usualmente providenciado pelas empresas no Brasil, para fins de extinção da sociedade empresária (em razão da incorporação), exige-se a emissão de documento em tipo específico, o chamado “tipo 3”, cuja obtenção junto às autoridades previdenciárias é bastante difícil e demorado, impondo, em alguns casos, a análise dos últimos dez anos de recolhimentos previdenciários das sociedades empresárias.

Desde logo se destaca a dificuldade na obtenção dos documentos fiscais acima descritos, sendo que as tentativas de registro das incorporações sem tais documentos, embora possíveis com a obtenção de ordens judiciais em sede de mandados de segurança, não se demonstram eficientes, sendo que qualquer sociedade que deseje realizar processos de incorporação deve, a todo custo, buscar tais certidões, evitando longas discussões com as Juntas Comerciais e com as autoridades fiscais.

No caso ora analisado foi utilizado, em uma das incorporações, mandado de segurança para garantir o registro da incorporação sem a apresentação da Certidão Negativa de Débitos Previdenciários (modelo 3), o que implicou em problemas administrativos na Junta Comercial do Estado de São Paulo, que perduraram por mais de um ano após a concretização do processo de incorporação.

Por essa razão, deve-se focar a atenção na obtenção do documento fiscal, inclusive se valendo de medidas judiciais contra o Fisco Federal, porém, evitando-se a utilização de ferramentas contenciosas em relação às Juntas Comerciais.

Tal expediente facilita os processos e evita a ocorrência dos mais diversos problemas administrativos nas Juntas Comerciais locais, que vão desde o

registro equivocado de atos até o registro de “bloqueios administrativos”, que impedem o registro de atos societários subsequentes.

Conforme se verifica dos parágrafos anteriores, o planejamento das operações de incorporação reversa é medida essencial para o sucesso do empreendimento, devendo ser esperados contratemplos e atrasos decorrentes das mais variadas exigências formuladas pelas autoridades públicas e registrárias.

5.3. Processos de Incorporação

Realizadas as medidas preparatórias acima descritas, foram executados os procedimentos necessários para efetivação dos processos de incorporação com a absorção pela sociedade incorporadora (deficitária) dos demais negócios do grupo no Brasil.

Nesse sentido, para cada processo de incorporação foram necessários no mínimo os seguintes documentos e/ou providências: (i) Elaboração de Protocolo de Incorporação e Justificativas das Operações; (ii) Elaboração de Laudo Contábil de Avaliação da Sociedade Incorporada; (iii) Reunião de Sócios, ou Assembleia Geral de Acionistas, de cada uma das sociedades, aprovando as justificativas e os Laudos de Avaliação; (iv) Elaboração da Alteração do Contrato Social da Incorporadora com a absorção dos negócios e eventual aumento de capital; (v) Elaboração da Alteração do Contrato Social da Incorporada com a baixa definitiva da sociedade por incorporação.

Todos os documentos foram objeto de registro na Junta Comercial da sede da sociedade incorporadora e, posteriormente, o documento foi levado a registro nas diversas Juntas Comerciais para baixa dos antigos estabelecimentos das incorporadas.

Tendo em vista que a incorporadora já possuía estabelecimentos nos mesmos locais que a incorporada, efetivada a incorporação, iniciavam-se as atividades operacionais utilizando os dados cadastrais e fiscais dos novos estabelecimentos, descontinuando-se os estabelecimentos antigos, ainda que tais estabelecimentos permanecessem ativos até a efetiva baixa perante às autoridades governamentais.

Dentre os diversos documentos societários elaborados, cumpre-nos dar destaque para os Protocolos de Incorporação e Justificativas, uma vez que tal documento é de suma importância para a efetividade e regularidade dos processos de incorporação realizados.

Conforme analisamos no capítulo anterior, as justificativas econômicas e operacionais são essenciais para garantir a regularidade dos processos de incorporação às avessas, sendo que a mera operação para fins de aproveitamento fiscal é considerada sem base econômica e, portanto, irregular.

No caso em tela, muito mais do que os ganhos tributários diretos, conforme melhor se detalhará mais adiante, os ganhos estruturais e operacionais eram mais significativos e garantiam a base econômica e operacional necessária para a operação.

Os Protocolos de Incorporação e Justificativas foram minuciosa e cuidadosamente elaborados, para que ficassem claras as razões operacionais e econômicas justificadoras das operações de incorporação realizadas.

Por obrigações de sigilo e confidencialidade, as quais o autor desse trabalho está vinculado, não será possível a apresentação de maiores detalhes quanto às justificativas operacionais e econômicas que fundamentaram as incorporações, Porém pode-se destacar que os ganhos na gestão administrativa unificada do grupo no Brasil, bem como os ganhos com a redução em escala das despesas e custos operacionais das

empresas incorporadas, foram os fatores determinantes na realização das operações societárias descritas nesse capítulo.

Dessa maneira, a despeito dos ganhos tributários vivenciados, restaram claramente demonstrado, nos documentos que fundaram as operações, as razões econômicas e operacionais que justificaram a operação, sendo, por essa razão, perfeitamente lícito o planejamento societário realizado pelo grupo no Brasil.

Os processos de incorporação transcorreram de maneira tranquila e sem maiores problemas junto às autoridades fiscais, sendo necessários, aproximadamente, dezoito meses para que todas as operações de incorporação fossem concretizadas, com a transferência definitiva dos negócios para uma única entidade jurídica.

5.4. Ganhos Diretos e Indiretos

Tendo em vista o escopo do presente estudo, ou seja, analisar os reflexos tributários decorrentes das operações de planejamento societários, não nos deteremos na análise dos ganhos operacionais decorrentes das operações realizadas, focando nosso interesse nos ganhos tributários decorrentes das incorporações.

De maneira direta, verificou-se a possibilidade de aproveitamento dos prejuízos fiscais da sociedade incorporadora, em contraponto aos lucros tributáveis existentes e constituídos dentro das sociedades incorporadas.

Tal ganho foi utilizado para abatimento do Imposto de Renda e Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido, devido pelas sociedades incorporadas, valendo-se a incorporadora de seus prejuízos para redução do imposto devido, observados os limites de abatimento anual.

Considerando os lucros apurados pelas sociedades incorporadas, foi possível o rápido e eficiente aproveitamento dos prejuízos fiscais com a imediata verificação de ganhos tributários na contabilidade fiscal da incorporadora.

Entretanto, ganhos tributários secundários foram vivenciados, não tendo sido, a princípio, esperados ou planejados pelas empresas do grupo analisado.

As diversas empresas incorporadas eram por óbvio contribuintes do ICMS nos Estados em que atuavam de maneira autônoma, apurando seus débitos e créditos fiscais dentro de suas contabilidades individuais.

Nesse sentido, algumas empresas apuravam significativos créditos de ICMS que se acumulavam e não podiam ser plenamente absorvidos, em especial pelas empresas com grandes volumes de exportação, nas quais em razão dos benefícios fiscais, surgiam todos os meses grandes volumes de créditos tributários.

Com a concentração das operações em uma única pessoa jurídica, empresas distintas passaram a ser diferentes estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica, ou seja, os créditos do ICMS não mais pertenciam a pessoas jurídicas diferentes, mas apenas a estabelecimentos distintos.

Dentro dessa nova sistemática foi possível o aproveitamento desses créditos por outros estabelecimentos da incorporadora no mesmo Estado, utilizando-se créditos gerados em um estabelecimento na compensação de débitos surgidos em outros estabelecimentos no mesmo Estado da federação.

Verificaram-se nessas operações significativos ganhos com o melhor aproveitamento dos créditos de ICMS e, conseqüentemente, ganhos financeiros

(redução da carga tributária) e operacionais (melhoria no fluxo de caixa) que, apesar de inesperados, foram bastante bem vindos para o grupo objeto desse estudo.

5.5. Considerações Finais

O presente estudo de caso não tinha por finalidade analisar todas as considerações pertinentes às operações de incorporação realizadas, mas, por outro lado apresentar as noções gerais, dificuldades e ganhos decorrentes de uma operação de incorporação às avessas, desde que sejam adotadas as medidas preliminares e avaliação da efetiva viabilidade dessa operação para as empresas interessadas nesse tipo de planejamento.

Os ganhos apurados são perceptíveis, porém geram riscos de fiscalização e autuação pelas autoridades fiscais que podem entender a operação como ilícita e meramente voltada para o planejamento tributário.

Devem ser adotadas medidas preventivas para garantir a correta operacionalização desse tipo de processo de incorporação, bem como deve haver fundamentos operacionais e econômicos que garantam a licitude do planejamento societário proposto.

Ademais, devem ser observadas as condições específicas das sociedades incorporadas que podem inviabilizar esse tipo de planejamento ou podem impor restrições e cuidados adicionais.

De fato, a efetivação de processos de reestruturação societária sempre dependerá da análise criteriosa da conveniência e oportunidade dessas operações, nesse sentido lemos as palavras de MARCO AURÉLIO GRECCO:

“Diante de reorganizações societárias em etapas e que tenham o efeito de reduzir o impacto da carga tributária, por vezes examina-se separadamente cada uma delas. Diante de uma situação complexa, é essencial considerar o conjunto como um todo, examinando os vários aspectos que o cercam. A postura metodológica mais adequada é aquela que – sem perder de vista as peculiaridades de cada etapa ou dos seguimentos de que a operação se compõe – visualiza o conjunto formado e busca determinar o enquadramento que este, globalmente considerado, deve ter perante o ordenamento tributário. Vale dizer, ao invés de analisar cada fotografia (etapa) é importante analisar o filme (conjunto). Mais do que um evento (etapa) é importante interpretar a estória (conjunto).”³²

Conforme já dito, observados esses cuidados e realizado o devido planejamento, esse tipo de operação é perfeitamente lícito devendo ser cuidadosamente avaliado pelos empresários antes de sua execução.

³² GRECCO, Marco Aurélio, *Reorganização societária e planejamento tributário*, In CASTRO, Rodrigo R.M. de (Coord.), *Reorganização Societária*, Quartier Latin, 2005, p. 47-48

6. CONCLUSÕES

Pelo todo exposto no presente trabalho, verificamos que uma íntima relação entre as operações de reestruturação societária e os projetos de planejamento tributário, sendo que não buscamos encerrar a discussão sobre o tema, tratando-se de mera análise inicial da matéria.

Nota-se que as autoridades fiscais estão constantemente buscando meios para coibir a utilização de mecanismos societários, como instrumento para redução da carga tributária incidente sobre a atividade empresarial.

Nesse contexto, a análise realizada pelas autoridades fiscais tem sido cada vez mais voltada para a substância dos atos jurídicos realizados, sendo menos preocupada com os aspectos meramente formais, coibindo planejamentos societários, que tenham por único escopo a redução ou exclusão de fatos geradores dos tributos.

No tocante às incorporações reversas, nas quais empresas deficitárias e normalmente com grande volume de prejuízos fiscais incorpora sociedades lucrativas, o posicionamento inicial das autoridades fiscais era no sentido de serem negócios jurídicos indiretos e, portanto, ilícitos.

Por outro lado, as decisões administrativas mais recentes tem sido favoráveis a manutenção dessas operações, desde que tenham fundamentos econômicos e operacionais para serem efetivadas, e não sejam mero planejamento tributário ilícito.

Podemos concluir que as operações de incorporação reversa são mecanismos eficientes para aproveitamento de prejuízos fiscais acumulados, porém, somente serão consideradas lícitas se houver fundamentos para sua realização. De

toda maneira, devidamente fundamentadas, garantem retornos tributários interessantes e altamente desejados pelos contribuintes brasileiros.

7. BIBLIOGRAFIA

- BORBA, JOSÉ E. T., *Direito societário*, 11ª Ed., Renovar, 2008;
- CARVALHO, Paulo de Barros, *Curso de direito tributário*, 23ª Ed., Saraiva, 2010;
- CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de (Coord.), *Reorganização societária*, Quartier Latin, 2005;
- COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de direito comercial*, Vol.2, 6ª Ed., Saraiva, 2003;
- DINIZ, Maria Helena, *Curso de direito civil brasileiro*, Vol. 1, 18ª Ed., Saraiva, 2002;
- LAZZARESCHI Neto, Alfredo Sérgio, *Lei das sociedades por ações anotadas*, 2ª Ed., Saraiva, 2008;
- MELO, José Eduardo Soares de , *Curso de direito tributário*, 9ª Ed., Dialética, 2010;
- MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de direito civil, parte geral*, 34ª Ed., Saraiva, 1996;
- FREITAS, Vladimir Passos (Coord.), *Código tributário nacional comentado*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, 2005;
- REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Comercial*, Vol.2, 23ª Ed., Saraiva, 2003;
- SANTI, Eurico Marcos Diniz de, e outros, *Direito societário – estratégia tributária, planejamento tributário e sucessório*, Série GVLaw, 1ª Ed., Saraiva, 2009;
- TOMAZETTE, Marlon, *Direito societário*, Juarez de Oliveira.

APÊNDICE 1

(Acórdão 103-21046, Recurso nº 123729, Processo nº 11040.001472/96-36, Relator Paschoal Raucci, Primeiro Conselho de Contribuintes, j. 28.11.02)



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11040.001472/96-36
Recurso nº : 123.729
Matéria : IRPJ – Ex(s): 1996
Recorrente : JOSAPAR JOAQUIM OLIVEIRA S/A PARTICIPAÇÕES
Recorrida : DRJ-PORTO ALEGRE/RS
Sessão de : 16 de outubro de 2002
Acórdão nº : 103- 21.046

INCORPORAÇÃO ATÍPICA - NEGÓCIO JURÍDICO INDIRETO - SIMULAÇÃO RELATIVA - A incorporação de empresa superavitária por outra deficitária, embora atípica, não é vedada por lei, representando um negócio jurídico indireto, na medida em que, subjacente a uma realidade jurídica, há uma realidade econômica não revelada.

Para que os atos jurídicos produzam efeitos elisivos, além da anterioridade à ocorrência do fato gerador, necessário se faz que revistam forma lícita, aí não compreendida hipótese de simulação relativa, configurada em face dos dados e fatos que instruíram o processo.

EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE - A evidência da intenção dolosa, exigida na lei para agravamento da penalidade aplicada, há que aflorar na instrução processual, devendo ser incontestada e demonstrada de forma cabal.

O atendimento a todas as solicitações do Fisco e observância da legislação societária, com a divulgação e registro nos órgãos públicos competentes, inclusive com o cumprimento das formalidades devidas junto à Receita Federal, ensejam a intenção de obter economia de impostos, por meios supostamente elisivos, mas não evidenciam má-fé, inerente à prática de atos fraudulentos.

PENALIDADE - SUCESSÃO - A incorporadora, como sucessora, é responsável pelos tributos devidos pela incorporada, até a data do ato de incorporação, não respondendo por penalidades aplicadas posteriormente a essa data e decorrentes de infrações anteriormente praticadas pela sucedida (CTN, art. 132).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do recurso voluntário interposto por JOSAPAR JOAQUIM OLIVEIRA S/A PARTICIPAÇÕES.,



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11040.001472/96-36
Acórdão nº : 103- 21.046

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para excluir a multa de lançamento *ex officio*, por sucessão, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


CANDIDO RODRIGUES NEUBER
PRESIDENTE


PASCHOAL RAUCCI
RELATOR

FORMALIZADO EM: 08 NOV 2002

Participaram ainda, do presente julgamento, os Conselheiros MÁRCIO MACHADO CALDEIRA, ALEXANDRE BARBOSA JAGUARIBE, JULIO CEZAR DA FONSECA FURTADO, EZIO GIOBATTA BERNARDINIS e VICTOR LUÍS DE SALLES FREIRE.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11040.001472/96-36
Acórdão nº : 103- 21.046

Recurso nº : 123.729
Recorrente : JOSAPAR JOAQUIM OLIVEIRA S/A PARTICIPAÇÕES

RELATÓRIO

1. Contra a empresa acima identificada foi lavrado o Auto de Infração de fls. 02/06, por meio do qual é exigida a importância de R\$ 1.593.749,14, mais acréscimos legais, perfazendo um crédito tributário total de R\$ 6.593.658,94. Como se vê a fls. 06, foi aplicado o percentual de 300% para cálculo da multa de ofício.

2. A exigência decorreu de fiscalização levada a efeito na sede da autuada, quando foi constatada simulação de incorporação de outra pessoa jurídica para aproveitamento de prejuízos fiscais, e o conseqüente afastamento da incidência de IRPJ.

3. Irresignada, a empresa apresentou a impugnação de fls. 453/466, mas, às fls. 512/516, a DRJ/Porto Alegre determinou retificação da descrição dos fatos, por constatar que o texto da descrição (fls. 03) apresentava-se truncado, podendo prejudicar a defesa. Como não havia a comprovação de que a autuada tomara ciência do Relatório Fiscal de fls. 437/442, a DRJ determinou, também, que fosse dada ciência tanto da mencionada retificação quanto do referido Relatório. Tais providências foram adotadas, como se verifica a fls. 520, onde se lê que o texto correto da descrição dos fatos é o que segue:

"Em 30.03.95, conforme as ATAS DE ASSEMBLÉIAS GERAIS EXTRAORDINÁRIAS, anexas às fls. 395 e 408 deste processo, a empresa SUPRARROZ S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO, CGC 87.452.181/0001-75, com patrimônio de R\$ 33.383.666,70 e lucros acumulados no total de R\$ 11.510.746,99, foi incorporada pela "empresa" SUPREMA INDUSTRIAL E COMERCIAL S/A, CGC 92.291.293/0001-21, com patrimônio de R\$ 3.532.170,97 e com expressivo valor acumulado de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11040.001472/96-36
Acórdão nº : 103- 21.046

prejuízos fiscais, em 28.02.95, no valor de R\$ 3.289.435,23. No mesmo ato assumiu a denominação social da incorporada. Entretanto, os fatos conforme estão descritos e demonstrados no RELATÓRIO FISCAL (fls. 437 a 442), que passa a ser peça deste processo, mostram indícios de simulação nessa operação, ou seja, economicamente a incorporadora seria a empresa SUPRARROZ S/A, CGC 87.452.181/0001-75, e a forma adotada pretendeu aproveitar em evento futuro prejuízos que agora não poderiam ser compensados.

Em 30.11.95 a empresa SUPRARROZ S/A – IND. E COM., CGC 92.291.293/0001-21 (EX-SUPREMO), foi incorporada por JOSAPAR JOAQUIM OLIVEIRA S/A PARTICIPAÇÕES. Na Declaração dessa incorporação, entregue na Receita Federal, a incorporada compensou indevidamente todo o saldo (100%) de PREJUÍZOS FISCAIS com origem no LALUR da empresa SUPREMA INDL E COML, CGC 92.291.293/0001-21, conforme demonstrativo abaixo:

**PREJUÍZOS INDEVIDAMENTE COMPENSADOS
EM 31.10.95:**

*Ref. ao exercício de 1991.....R\$ 2.852.214,92
Ref. ao exercício de 1992.....R\$ 81.649,28
Ref. ao exercício de 1993.....R\$ 931.598,91
TOTAL A TRIBUTAR.....R\$ 3.865.463,11"*

4. Foi reaberto o prazo para impugnação e, as fls. 530/549, o contribuinte apresentou novo apelo, alegando que:

- o lançamento, objeto da impugnação anterior, era nulo, inexistente, pois não se pode considerar ter havido mera ocorrência de correção, ajuste ou complementação do lançamento, já que até aquela data, lançamento não houve;

- não caberia ao fiscal efetuar substancial alteração na descrição dos fatos após aberta a fase impugnatória;

- não há comprovação do evidente intuito de fraude que justifique a imposição da multa em percentual agravado;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11040.001472/96-36
Acórdão nº : 103- 21.046

- se tal multa fosse mantida, deveria ser aplicado o percentual de 150%, e não de 300%, em face da Lei nº 9.430/96;
- quanto às incorporações, inexistiu qualquer ocorrência que pudesse ensejar a sua não validade, pois seguiram os ditames legais.

5. Na decisão recorrida (fls. 560/575), o julgador de primeira instância declarou a ação fiscal parcialmente procedente, concluindo que:

"Incorre em exercício anormal de direito, abuso de direito, aquele que promove incorporação com a finalidade única de compensar prejuízos, sem se calcar em qualquer razão de natureza econômica, ou ligada ao desenvolvimento da empresa, melhoria de sua eficiência, etc.

A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se da validade jurídica dos atos efetivamente praticados. Se a documentação acostada aos autos comprova de forma inequívoca que a declaração de vontade expressa nos autos de incorporação era enganosa para produzir efeito diverso do ostensivamente indicado, a autoridade fiscal não está jungida aos efeitos jurídicos que os atos produziram, mas à verdadeira repercussão econômica dos fatos subjacentes."

6. Reduziu, todavia, a multa de ofício, de 300% para 150%, em decorrência do art. 44 da Lei nº 9.430/96, c/c alínea "c", inciso II, do art. 106 do CTN.

7. Às fls. 578/598, a interessada interpõe recurso voluntário, alegando, em síntese que:

- a) não é correta a conclusão a que chegou o Julgador Singular, pois ambos os procedimentos – a incorporação e a compensação de prejuízos – configuraram práticas perfeitamente legítimas;
- b) é fato notório que o grupo JOSAPAR, nos últimos anos, passou por uma série de reestruturações, mudanças essas, de certa forma, impostas pela conjuntura econômica pátria, que vieram a alterar não



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11040.001472/96-36
Acórdão nº : 103- 21.046

só o seu âmbito de atuação, mas também a composição acionária de diversas empresas que o integravam;

- c) a incorporação questionada é apenas mais uma dessas alterações, e teve como finalidade simplificar e racionalizar a organização JOSAPAR, da qual tanto a SUPREMA S/A quanto a SUPRARROZ S/A faziam parte, pouco importando aos acionistas se, como efeito reflexo, viria o Fisco, num primeiro momento, a arrecadar mais ou menos;
- d) a toda evidência, houve a efetiva incorporação da SUPRARROZ S/A, não tendo nenhuma procedência as alegações da fiscalização de que a incorporação teria sido apenas formal, porque materialmente teria ocorrido o inverso;
- e) o suposto benefício fiscal decorrente da incorporação não é vedado pela legislação tributária;
- f) ou se apresenta prova efetiva capaz de justificar a atuação, ou se admite que o referido fato não é suficiente para dar continuidade ao procedimento fiscal;
- g) de fato, SUPRARROZ S/A teve sua personalidade jurídica extinta pela incorporação a SUPREMA S/A em atos societários devidamente registrados na Junta Comercial e que, uma vez que a sociedade incorporada foi extinta, deixou de existir tanto no mundo jurídico como no fático;
- h) praticados todos os atos requeridos para a incorporação, não pode o Fisco pretender efeitos inversos daqueles produzidos, chegando ao cúmulo de afirmar que a incorporada incorporou a incorporadora tão-somente porque, se assim fosse, poderia ele cobrar mais impostos;
- i) a jurisprudência administrativa, quando chamada a se manifestar a respeito em caso semelhante, confirma o posicionamento da Recorrente; cita o Acórdão CSRF nº 01-0892;
- j) quando em processo de incorporação, deve a empresa incorporada compensar integralmente seus prejuízos fiscais acumulados, de modo a quantificar corretamente sua carga fiscal e, conseqüentemente, seu patrimônio líquido a ser incorporado, ficando-lhe vedada,



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11040.001472/96-36
Acórdão nº : 103- 21.046

posteriormente, a compensação desses prejuízos com lucros da empresa incorporadora; cita dispositivos do RIR/94 que cuidam de compensação de prejuízos fiscais;

- k) não se aplica ao processo a ordem inscrita no art. 118 do CTN, porque a conduta da recorrente não pode ser enquadrada como fraudulenta;
- l) não pode o Decisor Singular afirmar que a incorporação não ocorreu, pois os acionistas das empresas envolvidas seguiram integralmente as disposições legais que definem e conceituam a incorporação, nem caracterizar como fraude uma prática que é prevista legalmente;
- m) do mesmo modo, descabe a aplicação da multa de 150%, pois em momento algum ficou evidenciado o *"evidente intuito de fraude"*.

8. A fls. 606/608 foi juntado *"memorial de julgamento"*, no qual o defensor da autuada assinala que:

- 8.1- ao tempo das operações de incorporação inexistia tal dispositivo legal impeditivo de uma empresa deficitária incorporar outra superavitária, circunstância até hoje presente, não se lhe aplicando a recente alteração do art. 116 do CTN;
- 8.2- a matéria era regrada pelo art. 508 do RIR/94, que vedava à pessoa jurídica a compensação de seus próprios prejuízos, se entre a data da apuração e da compensação houvessem ocorrido, cumulativamente, modificações no controle acionário e do ramo de atividade;
- 8.3- o art. 509 do RIR/94 obstava à pessoa jurídica sucessora (por incorporação, fusão ou cisão) compensar prejuízos da sucedida;
- 8.4 nenhuma das hipóteses preceituadas nos arts. 508 e 509 do RIR/94 se ajustam aos procedimentos utilizados pelo recorrente;
- 8.5 o Conselho de Contribuintes vem acolhendo, em diversos julgados, a hipótese de incorporação de empresas lucrativas por deficitárias, reportando-se ao Acórdão CSRF/01-1.756 (DOU de 13/10/96);



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11040.001472/96-36
Acórdão nº : 103- 21.046

- 8.6- apoiado na doutrina, o E. Conselho de Contribuintes vem admitindo *"como lícitas operações que, não infringindo a lei, são realizadas com finalidades meramente fiscais"* (fls. 608, "in limine);
- 8.7- não houve simulação, pois foram observadas todas as formalidades que regem a matéria;
- 8.8- há negócio indireto quando as partes praticam determinado ato, com observância da forma e disposições pertinentes, mais com o propósito de alcançar objetivos diversos;
- 8.9- a legislação tributária observa o princípio da estrita legalidade, tanto que o critério econômico na interpretação da lei exigiu a edição da Lei Complementar nº 104/2001, e só é aplicável aos atos praticados a partir dela e desde que devidamente regulamentada, não podendo ser utilizada ao caso dos autos;
- 8.10- concluindo o memorial, o recorrente requer seja decretada a improcedência da autuação e desconstituído o crédito tributário lançado.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11040.001472/96-36
Acórdão nº : 103- 21.046

VOTO

Conselheiro PASCHOAL RAUCCI, Relator

9. O contribuinte tomou ciência da decisão de primeiro grau em 03/12/97 (AR de fls. 577, verso) e interpôs o recurso voluntário de fls. 578/598 em 23/12/97, tempestivamente.

10. O depósito recursal foi instituído pelo art. 32 da MP nº 1621, de 12/12/97, publicada no DOU de 15/12/97, que deu nova redação ao art. 33 do Decreto nº 70.235/72.

11. A Coordenação do Sistema Tributário - COSIT, no Boletim Central nº 9, de 23/01/98, a respeito do depósito recursal, fixou as seguintes diretrizes:

"Com o objetivo de uniformizar os procedimentos no âmbito da Secretaria da Receita Federal, tendo em vista as disposições sobre o depósito recursal previstas no art. 32 da Medida Provisória nº 1621-30, de 12 de dezembro de 1997, orientamos como segue:

1)"omissis"

6) *A presente orientação alcança os recursos voluntários interpostos a partir de 15 de dezembro de 1997, não se aplicando, porém, àqueles recursos contra decisões das quais o contribuinte foi cientificado até 12 de dezembro de 1997, inclusive.*

(Grifos acrescentados)

Fonte: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - VERSÃO 5 - JANEIRO/2000, fls. 44/45.

Autor: GILSON WESSLER MICHELS.

12. Portanto, procedente a informação de fls. 602, da DRF/Pelotas, de que o recorrente estava desobrigado do depósito recursal.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11040.001472/96-36
Acórdão nº : 103- 21.046

13. Por ser tempestivo o recurso e reunir condições de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

14. O que se discute nos presentes autos são os procedimentos utilizados pelo contribuinte, os seus propósitos e os resultados alcançados, se o conjunto de atos e fatos jurídicos implementados constituem infração à legislação fiscal e, em caso positivo, se estaria caracterizado o evidente intuitivo de fraude, tal como preceituado nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4502/64.

15. O tema em questão comporta ao menos uma breve incursão em correntes doutrinárias antagônicas sobre elisão e evasão fiscal. Tributaristas consagrados, em nível nacional e internacional, dissentem sobre o assunto, todos apoiados em teorias e raciocínios solidamente construídos, e as citações e opiniões que forem mencionadas adiante têm, como única e exclusiva finalidade, fundamentar e justificar o voto que a final será proferido.

16. Como já relatado, uma empresa superavitária foi incorporada por outra deficitária. Segundo se noticia nos autos, o propósito foi contornar a proibição legal da incorporadora compensar os prejuízos da incorporada.

17. Contudo, no mesmo ato de incorporação, a empresa incorporadora assumiu a denominação social da incorporada, de tal sorte que para o mundo dos negócios a empresa extinta continuou a operar, pois o nome é o elemento distintivo da pessoa (física ou jurídica), enquanto que a empresa incorporadora teve sua razão social eliminada.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11040.001472/96-36
Acórdão nº : 103- 21.046

18. A forma adotada ensejou que os prejuízos acumulados pela deficitária (incorporadora) fossem compensados com resultados dos períodos subseqüentes ou, mais precisamente, em 31/10/95, isto é, dentro do mesmo exercício da incorporação, que foi realizada em 30/03/95.

19. O recorrente aditou o seu recurso com o memorial de fls. 606/608, alegando que a incorporação foi realizada com observância formal a todas as normas que regem a matéria, não se podendo falar em simulação. Diz que *"há negócio indireto, portanto, quando as partes recorrem a negócio jurídico, a cuja forma e disciplina se sujeitam, com o objetivo de alcançar consciente e consensualmente, finalidades diversas das que lhe são típicas"*, reportando-se a decisões do Conselho de Contribuintes que admitem *"como lícitas, operações que, não infringindo a lei, são realizadas com finalidades meramente fiscais"* (fls. 608).

20. No memorial citado, o defendente assevera que o princípio da estrita legalidade respalda o procedimento do contribuinte, tanto que o critério econômico para interpretação e aplicação da legislação tributária exigiu a edição da Lei Complementar nº 104/2001, sem efeito retroativo, ficando tacitamente convalidadas as operações lícitas praticadas pelo autuado e não aceitas pelo Fisco.

21. Depreende-se do exposto que a recorrente reconhece o objetivo de auferir uma economia tributária, sob a alegação de que teria sido praticada sob o manto da legalidade, e por isso perfeitamente legítima e lícita.

22. A análise adequada da questão deve ser precedida do exame de premissas maiores, estabelecidas na Magna Carta e complementadas pelo CTN. A Profª. Dra. DIVA PRESTES MARCONDES MALERBI, em seu magnífico trabalho "ELISÃO



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11040.001472/96-36
Acórdão nº : 103- 21.046

TRIBUTÁRIA", publicado na obra "Textos Selecionados para o XI CURSO DE APERFEIÇOAMENTO EM DIREITO CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO" - Ed. Resenha Tributária - 1985, reportando-se a KARL LENS (Metodologia de la Ciencia del Derecho, Ariel, Barcelona, 1966), assim se manifesta:

"... os tipos descritos nas hipóteses de incidência podem ser "abertos" ou "fechados"; no tipo aberto, o fato ocorrido apenas deve-se coordenar ao tipo legal descrito na hipótese da norma, enquanto que no tipo fechado deve haver perfeita e rigorosa correspondência entre os aspectos essenciais do fato ocorrido com os definidos no tipo legal da norma, para que possa operar-se a subsunção."

23. No sistema "aberto" há normas que estabelecem diretrizes de caráter geral para aplicação da legislação tributária, onde predomina o resultado econômico, com vistas à observância dos princípios da capacidade contributiva e da isonomia.

24. O conteúdo econômico, no sistema "aberto", prevalece sobre os meios jurídicos utilizados, especialmente quando se verificar *"abuso de formas"*, como expressamente previsto no Código Tributário Alemão de 1977: *"Sempre que ocorrer abuso, a pretensão do imposto surgirá, como se para os fenômenos econômicos tivesse sido adotada a forma jurídica adequada"* (§ 42).

25. O Código Tributário Germânico de 1977 também acolhe, em relação aos negócios e atos simulados, o conceito da consideração econômica: *"São irrelevantes para os fins da tributação os negócios e atos simulados. Se por meio de um negócio simulado se encobre outro negócio, leva-se em conta para fins de tributação o negócio encoberto."* (§ 41, inc. 2°).

26. Portanto, no sistema "aberto" caberá ao intérprete *"... ater-se a "intentio facti" ou intenção empírica e, assim, se for o caso, concluir pela incidência do tributo toda*



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11040.001472/96-36
Acórdão nº : 103- 21.046

vez que ficar demonstrada a propositada alteração da "intentio juris" correspondente, a utilização de forma jurídica não típica ou atípica em relação ao fim visado, o abuso da forma jurídica ." (A.A. Falcão, in Fato Gerador da Obrigação Tributária, Ed. Revista dos Tribunais, 1971).

27. O tipo denominado "fechado" está fundado no "*princípio da legalidade estrita, implicando na reserva da lei formal ("lex scripta") e na reserva absoluta da lei ("lex stricta"). Disso se infere o princípio da tipicidade, do qual decorrem os subprincípios da seleção, do "numerus clausus", do exclusivismo e da determinação.*" (A.P. Xavier).

28. O sistema "fechado" implica, pois, numa adequada e exata justaposição dos atos e negócios praticados pelo sujeito passivo, em harmonia com a descrição e conteúdo da lei tributária, pautando-se a interpretação ao enfoque exclusivamente jurídico da hipótese de incidência. Só interessam ao exegeta, no fato concreto subsumido à hipótese de incidência, os caracteres que tenham sido contemplados pela lei (h.i.); os demais são desprezíveis por irrelevantes (Geraldo Ataliba, mencionado por Diva Malerbi, op. cit.).

29. Para encerrar essa confrontação, é oportuno registrar o magistério de Gilberto de Ulhoa Canto:

"O legislador deve formular a norma de tal maneira que ela tenha o máximo de eficácia, abrangendo todas as situações econômicas de cada tipo. Entretanto, se ele não o faz, ao aplicador da norma falece poder para estender a sua incidência a hipóteses que, embora de conteúdo econômico parecido, não foram juridicizadas por dispositivo legal. O imposto deve levar em conta a capacidade contributiva do sujeito passivo; mas, sendo sua exigibilidade a resultante necessária da lei, somente desta poderá emanar obrigação tributária, já que o fato gerador é ato, negócio ou situação por ela definido, e não o resultado da respectiva dimensão econômica enquanto não tenha por ela sido encampado."



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11040.001472/96-36
Acórdão nº : 103- 21.046

(ELISÃO E EVASÃO FISCAL, Cad. Pesq. Trib. nº 13, Ed. Resenha Tributária, 1988, fls. 49/50).

30. Após a minguada síntese para cotejo dos sistemas "aberto" e "fechado", cabe assinalar que muitos dos doutrinadores, que acredito serem maioria, entendem que o Sistema Tributário Brasileiro é do tipo "fechado", sendo inadmitida a interpretação econômica na aplicação da legislação fiscal, tanto que o art. 74 do projeto do CTN, que a admitia, foi excluído do texto final. Referido dispositivo, que integrava o Capítulo IV – Da Interpretação da Legislação Tributária, estabelecia:

"A interpretação da legislação tributária visará sua aplicação não só aos atos, fatos ou situações jurídicas nela nominalmente referidos, como também àqueles que produzam ou sejam suscetíveis de produzir resultados equivalentes."

31. Na justificativa referente ao texto supra, expressamente constava: " A interpretação da legislação tributária visará sua aplicação em função dos resultados, efetivos ou potenciais, ainda que não nominalmente referidos na própria lei."

32. Deixando de integrar o Código Tributário Nacional as disposições supra, vários são os autores que entendem não haver respaldo para a consideração econômica na interpretação e aplicação da legislação tributária.

33. A. A.BECKER, referindo-se à interpretação das normas tributárias segundo a realidade econômica, informa que essa interpretação é também chamada de "construtiva", mas que *"na verdadeira realidade faz é a demolição do que há de jurídico no direito tributário. Em nome da defesa do direito tributário, eles matam o "direito" e ficam apenas com o "tributário" "(in Teoria Geral do Direito Tributário).*



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11040.001472/96-36

Acórdão nº : 103- 21.046

34. Majoritariamente a doutrina admite, nos sistemas tributários fechados, a prática de procedimentos elisivos.

35. O sempre lembrado Rubens Gomes de Souza, *in* Pareceres - 3 - Imposto de Renda, Ed. Resenha Tributária, 1976, ao distinguir "elisão" de "evasão", cita Randolph E. Paul, que define a "elisão" ("tax avoidance") como a atividade do contribuinte que procura, por meios lícitos, amoldar os fatos **futuros** ao objetivo de excluir ou reduzir a respectiva tributação; e como "evasão" ("tax evasion"), a atividade do contribuinte que procura, por meios que podem ser objetivamente lícitos, excluir ou reduzir o débito tributário decorrente de fatos **pretéritos** e, portanto, já existentes.

36. E o mestre Rubens G. Souza, na mesma obra citada, consigna (pág. 215):

"Para resumir: a elisão consiste em evitar (portanto antecipadamente) obrigação tributária ainda não existente; evasão consiste em escapar-se (portanto posteriormente) de obrigação tributária já existente. O professor espanhol Narciso Amoros disse isso numa fórmula extremamente feliz: "A elisão é não entrar na relação fiscal. A evasão é dela sair: exige, portanto, estar, haver estado, ou podido estar dentro dela em algum momento."

37. Nas palavras do respeitado tributarista Ricardo Mariz de Oliveira, "a melhor doutrina, surpreendendo esta distinção básica entre elisão e evasão, também acrescenta que a economia, para ser legítima, deve decorrer de atos ou omissões que não contrariem a lei, e de atos ou omissões efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal." (Evasão e Elisão Fiscal, Cad. Pesq. Trib. - Vol.13, pág. 150).

38. Outrossim, R. Mariz de Oliveira, acompanhando a posição de renomados tributaristas, aponta que a interpretação da lei tributária pelos efeitos econômicos dos atos



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11040.001472/96-36

Acórdão nº : 103- 21.046

praticados é inviável como regra geral no sistema brasileiro, nem existe como norma expressa, a exemplo do que ocorre em outros regimes, observando, ainda, que o intuito de economizar tributos não é ilegal, sendo mesmo obrigação dos administradores das empresas, aos quais incumbe gerir os negócios sociais da forma mais rentável possível, na conformidade dos arts. 153 e 154 da Lei 6404/76, advertindo que a linha divisória entre o lícito e o ilícito em muitas situações é extremamente tênue, o que exige cuidadosa análise de cada caso em particular. (Op.cit., págs. 152, 156, 157 e 164).

39. Luiz Carlos Andrezani, citado por R. Mariz, em parecer de sua lavra, a respeito do tema, fez as judiciosas considerações:

"Afastadas as discussões sobre aspectos periféricos da questão, o ponto central que merece análise mais demorada, diz respeito à identificação da hipótese limite da chamada economia lícita, e correspondente ingresso no campo da simulação, já que é este o possível argumento que pode ser utilizado para questionamento do negócio pretendido.

A contextura da hipótese legal da simulação prevista no artigo 102 do Código Civil dá-se pela discrepância entre a vontade querida pelo agente e o ato por ele praticado para exteriorização dessa vontade.

A par disso, subdivide-se doutrinariamente a simulação em absoluta e relativa. Diz-se absoluta, a simulação originada de ato praticado com o fito de nenhuma eficácia produzir e, para tanto, contém cláusula, declaração ou confissão não verdadeira. A simulação é relativa quando, o ato praticado tem por objetivo encobrir, dissimular, um outro ato que possui natureza diversa.

No âmbito tributário, as situações encontradas suscitam, normalmente, as simulações da segunda espécie mencionada: pratica-se um ato – que irrompe legal e formalmente perfeito no mundo físico – mas que serve somente como embalagem e veículo para consecução de outro – dissimulado – este sim em conformidade com a real e interior vontade do agente." (Op. cit., págs. 165/166).



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11040.001472/96-36
Acórdão nº : 103- 21.046

40. No que tange à simulação, Washington de Barros Monteiro ensina que a doutrina distingue duas espécies de simulação: a absoluta e a relativa. É **absoluta** quando a declaração de vontade exprime aparentemente um ato jurídico, não sendo intenção das partes efetuar ato algum (*"colorem habens, substantiam vero nullam"*). É **relativa** quando efetivamente há intenção de realizar algum ato jurídico, mas este é de natureza diversa daquele que, de fato, se pretende ultimar (*"colorem habens, substantiam vero alteram"*). (Curso de Direito Civil, Vol. I, Ed. Saraiva, 1993, pág. 209).

41. O conceituado civilista diz que a **simulação** difere da **dissimulação**, mas em ambas o agente quer o engano; na simulação, quer enganar sobre a existência de situação não-verdadeira, na dissimulação, sobre a inexistência da situação real. Se a simulação é um fantasma, a dissimulação é uma máscara. (Op. Cit., pág. 213).

42. Conforme consta a fls. 520, os fatos *"descritos e demonstrados no RELATÓRIO FISCAL (fls. 437 a 442), que passa a ser peça deste processo, mostram indícios de simulação nessa operação, ou seja, economicamente a incorporadora seria a empresa SUPRARROZ S/A, CGC 87.452.181/0001-75, e a forma adotada pretendeu aproveitar em evento futuro prejuízos que agora não poderiam ser compensados."* (O grifo foi acrescentado).

43. Como já mencionado anteriormente, é praticamente unânime o entendimento de que as situações que envolvem propósitos elisivos devem ser examinadas caso a caso, com ênfase para os elementos de prova carreados para os autos.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11040.001472/96-36
Acórdão nº : 103- 21.046

44. Nesse sentido, acho de especial significação e relevância, para fins de análise e adequada apreciação da matéria, pôr em destaque parte do texto do Relatório Fiscal, "in verbis" (fls 438):

"Fatos referidos na Ata da AGE que revelam indícios de evasão fiscal, considerando-se as conseqüências tributárias:

- 1.- No mesmo ato de incorporação, a **empresa incorporada foi declarada extinta**, tendo a incorporadora sido autorizada pela AGE a alterar sua razão social, por motivos comerciais, para **SUPRARROZ S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO, exatamente a razão social da incorporada**. É lógico concluir-se que o motivo dessa alteração se deve à importância e qualidade dos produtos industrializados pela "SUPRARROZ" no mercado de cereais de todo o país e, por conseqüência, para preservar a empresa que não poderia morrer para o mundo econômico;
- 2.- A incorporadora, com sede anteriormente na Rua Lobo da Costa, nr. 1.877, mudou seu endereço para a Rua Professor Dr. Araújo, nº: 1.653, neste Município, **exatamente o endereço da sede da incorporada**, onde está instalado o complexo administrativo do grupo, e em outros prédios vizinhos a este, as instalações industriais da empresa extinta;

Por pertinente, cabe lembrar que a empresa incorporadora já não possuía mais sede, tampouco equipamentos industriais, por tê-los vendido.

Para renascer como empresa produtiva, necessitava de novas instalações, ou seja, ocupar a planta industrial e a identidade da empresa que de fato continuou a existir;

- 3.- As antigas filiais da incorporada, no total de dezesseis (16) empresas, todas citadas na ATA da AGE de 30.03.95, passam a ser as novas filiais da incorporadora;
- 4.- Renunciaram os membros do Conselho de Administração da incorporadora e assumiram os da incorporada.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11040.001472/96-36
Acórdão nº : 103- 21.046

Neste ponto cabe perguntar-se: o que restou, enfim, da incorporadora? E como resposta teríamos: **só o CGC, nada mais."**

45. Outro aspecto de transcendental importância é que, embora o ato de incorporação tenha se realizado ao final do mês de março/95, a empresa incorporadora SUPREMA S/A já havia, de fato, encerrado suas atividades em 1994, subsistindo apenas nominalmente, conforme descrito a fls. 439, "in fine":

"PARALISAÇÃO DA ATIVIDADE OPERACIONAL

A "incorporadora", segundo pode-se concluir pelo exame de seus livros fiscais, havia encerrado suas atividades no mês de JULHO/94, tendo logo a seguir em AGOSTO/94, celebrado contrato particular de compra e venda com a empresa CANGURU EMBALAGENS RIOGRANDENSE LTDA., tendo por objeto a venda de parte do seu ativo imobilizado (máquinas e equipamentos), conforme documento a fls. 127, e comodato do prédio onde estava instalada sua planta industrial, localizada na Rua Lobo da Costa, nr. 1.877, nesta Cidade, e prevendo também que a citada empresa passaria a fornecer as embalagens plásticas para os produtos fabricados pela SUPRARROZ. Portanto, na data da incorporação, a empresa só existia no papel."

46. Neste ponto, é válido ressaltar que o percuciente trabalho fiscal atribuiu ao ato de incorporação características de simulação, sendo oportuno, para efeito de evitar remissão e de não quebrar a seqüência expositiva, reproduzir texto de L.C.Andrezani, anteriormente transcrito:

"No âmbito tributário, as situações encontradas suscitam, normalmente, as simulações da segunda espécie (relativa) mencionada: pratica-se um ato – que irrompe legal e formalmente perfeito no mundo físico – mas que serve somente como embalagem e veículo para consecução de outro – dissimulado – este sim em conformidade com a real e interior vontade do agente."

47. Prossequindo e complementando essa linha de raciocínio, anote-se a lição de W.B. Monteiro (op. cit., pág. 210):

jma - 29/10/02



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11040.001472/96-36
Acórdão nº : 103- 21.046

"Passemos agora aos casos de simulação relativa, principiando pelo da ocultação do caráter jurídico do ato. Vislumbram-se, nesse caso, dois aspectos distintos, o do ato que se aparentou fazer e do ato que na realidade foi feito, o fingido e o real, o invólucro e o conteúdo. Desfeito o ato aparente, roto o invólucro, cumpre examinar a validade do que restou, do conteúdo."

48. Retirada a roupagem jurídica emprestada ao ato de absorção da empresa incorporada, o quadro que se me apresenta é o seguinte:

- I- A SUPREMA (incorporadora), como entidade econômica, já sucumbira em 1994 (por força dos resultados adversos sofridos nos últimos anos), anteriormente, portanto, ao ato formal da incorporação que implicou na absorção da SUPRARROZ em 1995.
- II- As provas de que a incorporadora já não mais existia no mundo econômico encontram-se a fls.127/160, compreendendo contrato de venda do imobilizado da SUPREMA, notas fiscais referentes à venda do imobilizado, "cadastro patrimonial" dos bens vendidos e fichas de razão contendo a baixa dos ativos alienados. O contrato é datado de 16/06/94 e as notas fiscais de venda do imobilizado são de 01/08/94 (fls. 127/133 e 135/149, respectivamente).
- III- Ademais, o imóvel da Rua Lobo Costa, nº 1877 - Pelotas/RS, fora entregue em comodato, também em 1994, abrangendo as instalações físicas que eram ocupadas pela SUPREMA (incorporadora), conforme cláusula terceira do contrato de fls. 127/133.
- IV- Portanto, restou provado que não só as entranhas da incorporadora foram removidas em 1994 (alienação do ativo imobilizado operacional), mas também o próprio corpo físico onde as mesmas estavam localizadas foi retirado de sua posse, passando a ser ocupado por terceiros. A SUPREMA não mais existia antes da incorporação, não há dúvidas.
- V- E desse ato de verdadeira liquidação participaram, como intervenientes, a SUPRARROZ (incorporada) e JOSAPAR ("holding") que, portanto, tinham plena ciência de que a SUPREMA (incorporadora) já não mais existia em 1994.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11040.001472/96-36
Acórdão nº : 103- 21.046

VI- Outro aspecto relevante, expressamente consignado no contrato, é que a CANGURU, empresa compradora dos ativos da SUPREMA, pagaria sua dívida, referente ao ato de aquisição, mediante vendas mensais mínimas de 80 (oitenta) toneladas de embalagens plásticas, que a SUPRARROZ se obrigaria a adquirir da compradora. Em outras palavras: os valores a receber, que a SUPREMA fazia jus pela venda do imobilizado, seriam recebidos não por ela, mas pela SUPRARROZ, mediante "compras" mensais de embalagens plásticas (cláusulas 6ª e 7ª do contrato de fls. 127/133).

VII- Assim, sob o enfoque da realidade factual, praticamente era a SUPRARROZ que já havia absorvido os ativos da SUPREMA, isto ainda em 1994, e a incorporação "oposta" efetivada em 1995 - não vislumbro dúvida alguma - teve *"por objetivo encobrir, dissimular, outro ato que possui natureza diversa"*, isto é, o aproveitamento dos prejuízos fiscais acumulados de empresa inoperante e fisicamente desconstituída, emprestando-lhe contornos de ressuscitação, a fim de incorporar outra e logo a seguir decretar-lhe final sepultamento.

49. Esses fatos, associados a:

- a) renúncia dos membros do Conselho de Administração da incorporadora, para que assumissem os membros do Conselho de Administração da incorporada;
- b) troca da razão social da incorporadora pela denominação da incorporada;
- c) mudança do domicílio da incorporadora para o então detido pela incorporada,

permitiram-me formar convicção que o negócio jurídico indireto encetado pelo recorrente não contempla figura de elisão, eis que os atos jurídicos caracterizam hipótese de simulação.

50. E nem se alegue que, "in casu", haveria que se postular judicialmente a anulabilidade dos negócios jurídicos encetados nos termos da lei civil, pois o direito positivo brasileiro autoriza, expressamente, o lançamento de ofício quando configurada



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11040.001472/96-36
Acórdão nº : 103- 21.046

hipótese de simulação, conforme dispõe o art. 149, "caput" e seu inciso VII, do Código Tributário Nacional, "in verbis":

"Art. 149 - O lançamento é efetivado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos :

*.....
VII- quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação."*

(Grifos acrescentados).

51. Segundo Ruy Barbosa Nogueira, a interpretação da lei tributária não há de ser nem a que mais favoreça ao Fisco, nem a que mais favoreça ao contribuinte. Mas "pro lege". (Da Interpretação e Aplicação das Leis Tributárias - Ed. Revista dos Tribunais, 1965).

52. No caso dos autos, com muita argúcia e rara felicidade, conseguiram os autuantes instruir o processo com uma série de dados e fatos mais do que suficientes para a caracterização de procedimento dissimulatório, para mascarar situação que se ajusta à tipificação contida nos artigos 508 e 509 do RIR/94, tal como capitulado no auto de infração contestado.

53. No que concerne à penalidade imposta, esta foi a cominada no art. 992, inc. II, do RIR/94, aplicável "*nos casos de evidente intuito de fraude, definidos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4502, de 30 de novembro de 1964*", os quais, expressamente, contemplam hipóteses de intenção dolosa do agente, a saber:

"Art. 71 - Sonegação é toda ação ou omissão dolosa....."

"Art. 72- Fraude é toda ação ou omissão dolosa....."

"Art. 73 - Conluio é o ajuste doloso ..."



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11040.001472/96-36
Acórdão nº : 103- 21.046

54. O comando legal que remete aos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4502/64, delimita a aplicação da multa agravada aos casos de evidente intuito de fraude.

55. A "evidência" indicada na lei exige que o intuito de fraude aflore com tal clareza que não se possa pôr em dúvida ter havido má-fé nos atos praticados, com inequívoco propósito de violar disposição legal.

56. A matéria objeto destes autos compreende caso de "simulação relativa" ou "dissimulação", e a doutrina maciçamente alerta para a dificuldade de definir, com precisão, a linha fronteira que separa o ato elisivo do negócio dissimulado.

57. Também é comum recomendação de cautela, por parte do intérprete e aplicador da lei, pelas dificuldades práticas de se concluir por hipótese de evasão ou elisão, pois é insuficiente o elemento temporal (antes ou depois de ocorrência do fato gerador), especialmente em casos de simulação relativa, cuja determinação vincula-se, via de regra, a fatos, indícios e presunções, por isso que cada situação deve ser analisada isoladamente.

58. Em face de tais circunstâncias, vejo-me diante de muitas dificuldades para caracterizar a "evidência" exigida pela lei, cumulada com o "intuito de fraude" (este de caráter manifestamente subjetivo), pelas seguintes razões:

- a) as empresas envolvidas nas operações acoimadas de simulatórias são todas sociedades anônimas, em razão do que os atos praticados impõem divulgação e registro nos órgãos públicos, o que foi feito;
- b) todas as operações estavam devidamente lançadas na escrituração comercial e fiscal, não se vislumbrando qualquer hipótese de ocultação ou resistência a fornecimento de informações ou documentos solicitados pela Fiscalização;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11040.001472/96-36
Acórdão nº : 103- 21.046

c) foram cumpridas, junto à Receita Federal e demais órgãos públicos, as formalidades próprias aos atos de incorporação.

59. O que não padece de dúvidas é a intenção do contribuinte em economizar imposto, tendo ele praticado todos os atos que entendeu válidos, na forma da lei. Se conseguiu o "desideratum" é outro aspecto da questão, mas daí a afirmar-se estar configurado um "evidente" intuito de fraude há, no meu juízo, um considerável distanciamento.

60. Em assim sendo, não se pode olvidar que o Código Tributário Nacional, em seu Livro II - Normas Gerais de Direito Tributário, no capítulo IV que trata da interpretação e Integração da Legislação Tributária, acha-se incluído no art. 112, que dispõe:

"Art. 112 - A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

à capitulação legal do fato;

à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

à autoria, imputabilidade ou punibilidade;

à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação."

(Os grifos foram acrescentados).

61. Em face das diretrizes estabelecidas pelo art. 112 do CTN, acima transcrito, e ante as circunstâncias apontadas, entendo não estar configurada a evidência do intuito de fraude, exigência legal para agravamento da penalidade, a recomendar a aplicação da multa destinada às infrações não dolosas, prevista no art. 992, inciso I, do RIR/94, então vigente.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11040.001472/96-36
Acórdão nº : 103- 21.046

62. Contudo, no decorrer da exposição dos argumentos formulados por este relator, alguns dos Ilustres Membros deste Colegiado ponderaram que a penalidade objeto da autuação hostilizada não foi aplicada a qualquer das empresas investigadas pela Fiscalização - nem à SUPREMA, nem à SUPRARROZ - mas à empresa "holding", que já as houvera absorvido à época do lançamento fiscal.

63. Nessas circunstâncias, lembraram a existência de diversos julgados perfilhando a tese de que o artigo 132 do CTN restringe a responsabilidade da incorporadora aos tributos devidos pela incorporada, não podendo imputar-se à sucessora penalidades aplicadas posteriormente à data da sucessão, e decorrentes de infrações anteriormente praticadas pela sucedida e somente apuradas e lançadas após o ato de incorporação.

64. Em face dessas condições, o posicionamento do Colegiado fixou-se no sentido de que entendimento contrário, a par de não se harmonizar com as diretrizes estabelecidas no art. 132 do Código Tributário Nacional, conflitaria com o princípio de que a pena não deve atingir terceiros pessoas que não o infrator.

65. Entretanto, no caso de penalidade pecuniária, se esta pré-existisse ao ato de absorção, a incorporadora não poderia ignorar o ônus financeiro já devido, devendo por ele responder. Mas este não é o caso dos autos, conforme já esclarecido.

CONCLUSÃO:

Ante as razões fáticas e jurídicas supra e retro expostas, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário, para excluir a multa aplicada.

Sala das Sessões - DF, em 16 de outubro de 2002


PASCHOAL RAUCCI

APÊNDICE 2

(Acórdão 101-94127, Recurso nº 131.653, Processo nº 16327.001715/2001-26, Relator Sandra Maria Faroni, Primeiro Conselho de Contribuintes, j. 28.02.03)



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº. : 16327.001715/2001-26
Recurso nº. : 131.653
Matéria: : IRPJ - Exercícios 1998 e 1999
Recorrente : FOCOM TOTAL FACTORING LTDA.
Recorrida : 8ª Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo
Sessão de : 28 de fevereiro de 2003
Acórdão nº. : 101-94.127

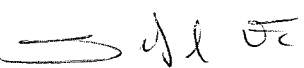
IRPJ - SIMULAÇÃO NA INCORPORAÇÃO.- Para que se possa materializar, é indispensável que o ato praticado não pudesse ser realizado, fosse por vedação legal ou por qualquer outra razão. Se não existia impedimento para a realização da incorporação tal como realizada e o ato praticado não é de natureza diversa daquela que de fato aparenta, não há como qualificar-se a operação de simulada. Os objetivos visados com a prática do ato não interferem na qualificação do ato praticado. Portanto, se o ato praticado era lícito, as eventuais conseqüências contrárias ao fisco devem ser qualificadas como casos de elisão fiscal e não de "evasão ilícita." (Ac. CSRF/01-01.874/94).

IRPJ- INCORPORAÇÃO ATÍPICA- A incorporação de empresa superavitária por outra deficitária, embora atípica, não é vedada por lei, representando negócio jurídico indireto.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por FOCOM TOTAL FACTORING LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira 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.


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE


SANDRA MARIA FARONI
RELATORA

FORMALIZADO EM: 25 MAR 2003

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: VALMIR SANDRI, KAZUKI SHIOBARA, RAUL PIMENTEL, PAULO ROBERTO CORTEZ, CELSO ALVES FEITOSA e SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL.

Recurso nº. : 131.653
Recorrente : FOCOM TOTAL FACTORING LTDA.

RELATÓRIO

Contra Focom Total Factoring Ltda. foi lavrado o auto de infração de fls. 12/13 (ciência em 28/08/2001), por meio do qual está sendo exigidos crédito tributário referente ao Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) correspondente aos fatos geradores ocorridos em 31/12/98 e 31/12/99, compreendendo, além do imposto, juros de mora e multa por lançamento de ofício aplicada no percentual de 150%.

De acordo com a descrição constante do Termo de Verificação Fiscal de fls. 16 a 27, a fiscalização apurou os seguintes fatos:

1- A empresa Focom Total Factoring Ltda., empresa com prejuízo fiscal acumulado, incorporou a empresa Focom Fomento Comercial Ltda., empresa lucrativa, e passou a compensar aqueles prejuízos com os lucros apurados nos anos-calendário de 1998 e 1999.

2- A empresa incorporada Focom Fomento Comercial Ltda. fora constituída em 31/08/87, originalmente denominada Enfoc Empresa de Fomento Comercial Ltda., e tinha como objeto social a *assessoria na intermediação de operações de financiamento e compra de faturamento, compreendendo esta a aquisição, administração e garantia de liquidez dos direitos creditórios de pessoas jurídicas decorrentes de faturamento da venda de bens e serviços ("factoring")*.

3- A empresa incorporadora Focom Total Factoring Ltda, cuja denominação anterior era Philco Tatuapé Rádio e Televisão Ltda., fora constituída com o seguinte objeto social : *a) fabricação, montagem, compra e venda, consertos e instalação de produtos elétricos, mecânicos e eletrônicos, bem como a fabricação e comercialização de móveis ou artigos de mobiliário para acondicionamento e exposição de tais produtos; b) importação e exportação de tais produtos; c) representação de outras empresas, nacionais ou estrangeiras; participação em outras sociedades, como sócia, acionista ou cotista.*

3- A partir de informações contidas na DIPJ/98, constatou-se que a incorporadora:
(a) estava desativada, pois não possuía receita da atividade principal, custos de

mercadorias vendidas ou serviços prestados, e não lançava despesas operacionais, tais como despesas com remuneração, salários, ordenados, corretagens, prestação de serviços ou qualquer outra que justificasse suas atividades;(b) não possuía ativo permanente como máquinas, equipamentos, veículos, o que não é comum a uma empresa de fabricação, montagem, compra e venda, consertos e instalação de produtos elétricos; (c) apresentava prejuízo acumulado no valor de R\$ 30.217.575,96.

4- Intimada a prestar esclarecimentos, informou que: (a) seus ativos voltados à produção industrial haviam sido vendidos em agosto de 1994 à Itautec Philco Industrial S.A., encerrando naquela data as atividades operacionais de produção e comercialização de produtos eletrônicos; (b) não possuía funcionários em 31/12/97; (c) passou a realizar operações de *factoring* após 30/03/98, data da incorporação da Focom Fomento Comercial Ltda; (d) devido a essa mudança no seu objeto social, a razão social da Philco Tatuapé Rádio e Televisão Ltda. Foi alterada para Focom Total Factoring Ltda.; (e) a partir de fevereiro de 1998 o quadro de diretores da Focom Total Factoring Ltda passou a ser o mesmo da Focom Fomento Comercial Ltda; (f) a possibilidade de aproveitamento dos prejuízos fiscais não foi cogitada no instrumento de incorporação de 30/03/98; (g) a motivação para a transformação societária foi a *racionalização da estrutura societária do conglomerado a que ambas as empresas pertenciam, racionalização esta que tem reflexos econômicos e financeiros, na medida em que a incorporação de empresas reduz os custos de sua manutenção.*

5- Nos anos-calendário de 1998 e 1999 a Focom Total Factoring Ltda. Apurou lucro real de, respectivamente, R\$ 51.576.959,78 e R\$ 12.582.570,47, e compensou 30% desses lucros com prejuízos acumulados.

A compensação dos prejuízos fiscais foi considerada irregular, enquadrada a infração nos artigos 196, III, 197, parágrafo único e 509 do RIR/94; 250, inciso III, 251, parágrafo único e 514 do RIR/99.

A interessada impugnou tempestivamente a exigência, dando origem ao litígio, julgado em primeira instância pela 8ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo, conforme Acórdão 00.797, de 29/04/2002, assim ementado:

“ Assunto: Imposto de Renda de Pessoa Jurídica-IRPJ
Ano-calendário: 1999, 1999



Ementa: COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS. INCORPORAÇÃO. Os prejuízos compensáveis são os sofridos pela própria pessoa jurídica, sendo defeso à incorporadora a compensação dos prejuízos fiscais advindos da incorporada quando referida transformação societária se deu de modo apenas aparente, viciada pela simulação, tendo de fato sido extinta a empresa que aparece com roupagem de incorporadora e sobrevivido a que é tida como incorporada.
MULTA DE OFÍCIO. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. Restando comprovado o evidente intuito de fraude, cabível a aplicação da multa de ofício qualificada.

Lançamento Procedente.

Inconformada, a entidade recorre a este Conselho, conforme petição de fls. 620 a 631.

Inicia por ressaltar que tanto o voto vencedor como o vencido acentuam que *“não prospera a alegação da impugnante de que o mesmo efeito poderia ser obtido mediante aumento de seu capital e a conferência de ativos da incorporada. Ou seja, a **escolha da reestruturação societária por meio da incorporação implica em conseqüências jurídicas que vão além da mera integralização de capital com ativos da incorporada**”*.

Acrescenta que embora a assertiva de que a incorporação implica conseqüências jurídicas que vão além da mera integralização de capital com ativos da incorporada e pode irradiar conseqüências societárias que lhe são próprias, diversas da correspondente a um aumento de capital com transferência dos ativos operacionais pelo subscritor, a assertiva deduzida em ambos os votos padece de dislate no enfoque que se procurou evidenciar.

Afirma que, não tendo ocorrido a concreção cumulativa dos suportes fáticos previstos no art. 32 do Decreto-lei 2.341/87, não incide a norma legal proibitiva nele contida, e por isso sequer a autoridade fiscalizadora o lançou

como suporte de incidência. Assim, o efeito fiscal de compensação de prejuízos da Recorrente poderia ser fruto de um aumento de capital da Recorrente pela empresa do mesmo controle (Focom Fomento Mercantil Ltda.), conferindo-se ao capital da Recorrente seus ativos operacionais, ou por força de um aumento de capital da Recorrente, por uma cisão parcial da empresa do mesmo controle (Focom Fomento Mercantil Ltda.), com a versão dos ativos operacionais da cindida, nos termos do art. 229, § 3º da Lei 6.404/76, ou mesmo ser fruto de uma incorporação, nos termos do art. 227 da Lei 6.404/76, como o foi.



Pondera que, se o efeito fiscal da compensação de prejuízos da Recorrente poderia resultar de quaisquer dos negócios jurídicos acima descritos, não haveria razão para a Recorrente querer dar causa a uma simulação relativa. Na simulação, o querer declarado não é verdadeiro e não se produz o efeito do querer declarado. Se na simulação relativa se mostra o “não ser”, escondendo-se o “ser”, o recurso ao expediente da simulação relativa se dá quando o “ser” não pode ser praticado. Aí, finge-se o “não ser”. No caso, a Recorrente poderia perfeitamente praticar a operação de incorporação, não havendo porque fingir que a praticou. Os documentos anexados aos autos comprovam que a operação de incorporação foi feita na exata conformidade do que prescrevem os artigos 224 a 227 da Lei 6.404/76, a incorporada extinguiu-se *pleno iure*, operando-se a sucessão a título universal de seus direitos e obrigações pela incorporadora. Não há, nos dispositivos legais de regência, nenhuma restrição: para mudança do ramo de atividade da incorporadora, para que o quadro de diretores da incorporada seja aproveitado pela incorporadora, a que a incorporadora não tivesse funcionários, nem que a incorporadora apresente prejuízos fiscais. No caso, todos os requisitos legais foram cumpridos, a vontade querida e o efeito produzido foram exatamente a extinção da incorporada. Além disso, a incorporadora não mudou seu endereço, vale dizer, não se instalou no endereço da incorporada.

Afirma a Recorrente que quis e concretizou a incorporação, encontrando-se presentes todos os requisitos legais para seu aperfeiçoamento, inexistindo, pois, simulação relativa, podendo-se, no máximo, falar em negócio jurídico indireto.

Ressalta que o voto vencedor procura sustentar a autuação na presunção de que o objetivo final visado pelas partes foi permitir que os prejuízos fiscais da antiga Philco (incorporadora) fossem compensados com lucros futuros decorrentes da incorporação, e portanto, o efeito econômico do negócio é o correspondente ao de uma compensação de prejuízos fiscais da incorporada, e, portanto, a incorporação foi simulada. Juridicamente, o que o julgador disse, corresponde a negócio jurídico indireto, com violação do art. 33 do Decreto-lei 2.341/87. Porém isso corresponde a acolher a interpretação econômica mais radical, dando igual tratamento tributário a fatos econômicos diversos, bastando que haja

JCF

identidade de seus efeitos econômicos, o que é repellido por nosso ordenamento jurídico, que proclama o princípio da tipicidade cerrada ou da estrita legalidade.

Aponta que optou pela incorporação porque o único objetivo final não era o fiscal. Dentre as diversas opções de reestruturação societária fraqueadas, optou pela incorporação visando a racionalizar a estrutura societária, pois com o aumento de capital da Recorrente pela incorporada, esta permaneceria na estrutura societária. Visou-se à extinção da incorporada; a motivação da incorporação feita foi negocial, em relação às demais opções de reestruturação descritas.

Traz a colação ementas de acórdãos da CSRF e deste Primeiro Conselho de Contribuintes para corroborar sua tese (Acórdãos CSRF-01-01.874/95, 01-0.982/89, 01-1.756/94; Acórdãos 1ºCC 108-06.537/01, 101-92.3111/98, 101-83.870/92, 101-83.894/92 e 101-592/92, este último citado no voto do relator).

Insurge-se, ainda, quanto à acusação de fraude, nos termos do art. 72 da Lei 4.502/64. Pondera que para a fraude há que haver o elemento subjetivo, o dolo. A incorporação foi efetuada sem nenhum vício. Não há dolo quando existem dois caminhos entre dois igualmente lícitos para o desencadeamento de iguais efeitos fiscais, e se escolhe um deles que, por algum acaso é decretado injurídico, sendo certo que, se tivesse escolhido outro caminho, certamente este não seria questionado. A escolha pelo caminho que gerou o questionamento fiscal não foi por dolo, mas por motivação negocial.

Finaliza requerendo o provimento integral do recurso.

É o relatório.



VOTO

Conselheira SANDRA MARIA FARONI, Relatora

O recurso é tempestivo e foi efetuado o depósito de que trata o art. 33. § 2º do Decreto 70.235/72, com a redação dada pela MP 1.621/97 e suas reedições. Dele conheço .

Cuida-se de caso conhecido na jurisprudência administrativa, envolvendo duas empresas ligadas, Focom Total Factoring Ltda. (antiga Philco Tatuapé, e doravante designada por Focom Total) e Focom Fomento Mercantil Ltda. (doravante designada por Fomento). Apresenta alguma semelhança aos conhecidos como *incorporação às avessas*, embora com eles não se identifique, porque naqueles ocorre a incorporação da controladora pela controlada, e no presente, ocorreu a incorporação da controlada (subsidiária integral) superavitária pela controladora deficitária.

Segundo consta dos autos, os fatos retratados são os seguintes:

- 1- As empresas Focom Fomento Comercial, constituída em 31/08/87, tendo por objeto social a *assessoria na intermediação de operações de financiamento e compra de faturamento, compreendendo esta a aquisição, administração e garantia de liquidez dos direitos creditórios de pessoas jurídicas decorrentes de faturamento da venda de bens e serviços ("factoring")*, e a empresa Philco Tatuapé Rádio e Televisão Ltda., constituída em 10/12/92 e tendo por objeto social a *fabricação, montagem, compra e venda, consertos e instalação de produtos elétricos, mecânicos e eletrônicos, bem como a fabricação e comercialização de móveis ou artigos de mobiliário para acondicionamento e exposição de tais produtos;* *importação e exportação de tais produtos;* *representação de outras empresas, nacionais ou estrangeiras;* *participação em outras sociedades, como sócia, acionista ou cotista*, pertenciam ao mesmo conglomerado (Grupo Itaú).
- 2- Em agosto de 1994 a Philco Tatuapé vendeu para a Itaotec Philco S.A. seus ativos voltados para a produção industrial, encerrando naquela data as

105

atividades operacionais de produção e comercialização de produtos eletrônicos.

- 3- Em 10/12/97 a Philco Tatuapé adquiriu de Itaú Promotora de Vendas Ltda 189.620 quotas de capital da Focom Fomento Comercial, passando a ser sua controladora, com 99,80% do seu capital votante. *(Segundo observou a autoridade fiscal que a liquidação financeira desta compra nunca se concretizou, por ter sido objeto de inúmeras cessões de crédito entre empresas do grupo).*
- 4- Em 31/12/97 a Philco Tatuapé se apresentava inativa, não apresentando receita da atividade principal nem despesas operacionais, e não possuía funcionários.
- 5- Em 27/02/98 a Philco Tatuapé alterou sua denominação social para Focom Total Factoring Ltda., alterou seu objeto social para empresa de factoring e alterou seu quadro de diretores, que passou a ser o mesmo da Focom Fomento Mercantil. O quadro societário permaneceu o mesmo.
- 6- Em 30/03/98 a Focom Fomento Comercial tornou-se subsidiária integral Focom Total Factoring (antiga Philco Tatuapé).
- 7- Nessa mesma data (30/03/98), a Focom Total Factoring (antiga Philco Tatuapé), sendo proprietária de 100% do capital da Focom Fomento Comercial, incorporou-a.

Ocorreu, portanto, a incorporação de pessoa jurídica superavitária por pessoa jurídica deficitária e que, de fato, estava desativada.

Não há, na lei, qualquer restrição, quer a que sociedade controlada incorpore controladora, quer a que sociedade deficitária incorpore uma superavitária, quer a que uma sociedade incorpore outra com patrimônio líquido negativo. Sendo o evento motivado por legítimos desígnios de reorganização societária, e desde que respeitados os direitos da minoria, não há obstáculos à incorporação. E isso tanto é mais verdadeiro quando o evento envolve sociedades de um mesmo grupo empresarial, quando essas modalidades de incorporação, talvez insólitas, trazem vantagens para o grupo.

Na jurisprudência administrativa não são raros os exemplos que reconhecem não haver óbice a incorporações nessas condições.



No voto condutor do Acórdão que decidiu o litígio referente ao Recurso nº.120.696 (Processo nº.10980.006561/97-68), o ilustre Conselheiro Natanael Martins registra:

“ se dúvidas no passado existiram quanto à possibilidade de incorporação de sociedade com patrimônio negativo, estas hoje não mais têm razão ser.

Deveras, indagado a propósito da referida operação, em alentado parecer cuja ementa abaixo transcrevo, respondeu o Consultor Jurídico do Ministério de Estado da Indústria, do Comércio e do Turismo no Parecer CONJUR n. 129, de 26.12.96 (D.O.U. de 09.01.97), pela absoluta possibilidade de sua realização:

“Ementa: Registro do Comércio. Sociedade Anônima. Incorporação de sociedade em liquidação, com patrimônio líquido negativo. Possibilidade jurídica. Ressalvados os direitos de acionistas e terceiros, é possível a incorporação de sociedade com patrimônio líquido negativo. Não obsta à incorporação o fato de estar em liquidação a sociedade incorporanda”

Assim, dado ser a operação possível, as conseqüências contábeis são as que naturalmente resultam do ato, e as fiscais aquelas previstas na legislação de regência, vigente ao tempo em que esta se realizou”.

Também os acórdãos 1º CC-101-83.870/92, 101- 83.894/92 e 101-92.311/98 - (DOU de 08/03/95, 13/03/95 e 27/10/98) e CSRF/01-1.756/94 (DOU de 13/09/96) manifestam-se no sentido de que nada impede que uma sociedade deficitária incorpore uma superavitária.

No presente, a empresa é acusada de ter infringido o art. 33 do Decreto-Lei 2.341/87, que veda à sucessora por incorporação, fusão ou cisão, compensar os prejuízos fiscais da sucedida. Para tanto, o acórdão recorrido, corroborando a conclusão da autoridade fiscal, entendeu que, embora formalmente tenha havido incorporação da Focom Fomento pela Focom Total, (empresa com prejuízos a compensar), na realidade, ocorrera a operação inversa, e a empresa extinta teria sido a Focom Total (que tinha prejuízos a compensar), e não a Fomento.

Essencial, pois, para o deslinde da questão, é a caracterização, ou não, da operação como simulada.

A doutrina distingue a simulação absoluta - quando não há relação negocial efetiva entre as partes - da simulação relativa- quando dois negócios se sobrepõem : o simulado ou aparente, que não espelha o íntimo querer das partes, e o *dissimulado*, oculto ou real, que as partes efetivamente desejam celebrar. A presente acusação, em síntese, é de que a Focom Fomento incorporou a Focom Total, dissimulando a operação através da incorporação aparente da Focom Fomento pela Focom Total.

A jurisprudência deste Conselho tem se firmado no sentido de que, para que se possa caracterizar a simulação em atos jurídicos, é indispensável que os atos praticados não pudessem ser realizados, fosse por vedação legal ou por qualquer outra razão. No caso, não havia qualquer impedimento para que fosse concretizado a ato jurídico que a fiscalização aponta como dissimulado (incorporação da Focom Fomento pela Recorrente). Apenas não conseguiria, a nova empresa, a economia tributária via compensação de prejuízos.

Pondera o redator do voto condutor do acórdão que o objetivo final visado pelas partes foi permitir que os prejuízos fiscais da incorporadora Focom Total (antiga Philco) fossem compensados com lucros futuros decorrentes da incorporação, e portanto, o efeito econômico do negócio é o correspondente ao de uma compensação de prejuízos fiscais da incorporada, e, conseqüentemente, a incorporação foi simulada. Porém, o fato de objetivar compensar prejuízos que seriam perdidos com a extinção da empresa não é suficiente para caracterizar como simulada uma operação lícita, que efetivamente se concretizou com observância de todos os requisitos legais. O empresário tem o direito de, entre dois caminhos igualmente lícitos, escolher o que lhe traga maior economia de tributos.

Alberto Xavier¹ faz uma distinção entre *negócio indireto* e *simulação*, e destaca:

“ A característica essencial do negócio indireto está na utilização de um negócio típico para realizar um *fim* distinto do que corresponde à sua *causa-função* objetiva: daí a referência dos autores ao seu caráter ‘indireto’ ou oblíquo, anômalo ou inusual.

.....ASCARELLI – a quem se deve uma das mais sólidas investigações no campo do negócio indireto – observa que ele podia assumir relevância no Direito Fiscal quando a realização indireta dos fins das partes é determinada pela intenção de evitar a aplicação do

¹ XAVIER, Alberto. “Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva - Dialética, S. Paulo

W=

regime tributário mais oneroso, correspondente à direta realização daqueles mesmos fins. O resultado econômico ou empírico alcançado pelas partes é análogo ou praticamente equivalente ao que resultaria da adoção da forma negocial normalmente escolhida para o obter. Só que a eleição pelas partes da estrutura do negócio indireto permite obter esse resultado análogo ou equivalente sem se submeter ao regime tributário aplicável ou negócio direto que economicamente lhe corresponde.

.....
A distinção entre o negócio simulado, por um lado, e os negócios indiretos (...), por outro, corresponde à fronteira que separa a *mentira* da *verdade*. Os negócios indiretos (...) são verdadeiros; os negócios simulados são *falsos e mentirosos*.

Na simulação há uma divergência entre a vontade real e a vontade declarada – e daí o seu caráter mentiroso ou enganatório. No negócio indireto não há divergência entre a vontade real e a declarada – e daí o seu caráter verdadeiro; há, isso sim, uma divergência entre a causa-função típica e os motivos ou fins perseguidos pelas partes, divergência essa querida realmente e revelada às claras.

Por outras palavras: há a utilização de uma estrutura ou de uma forma para atingir *indiretamente* um resultado que não é o típico daquela estrutura e daquela forma. O fim típico, porém, é realmente querido pelas partes; só que se limita a funcionar como condição para a realização de um fim ulterior que é essencial na determinação volitiva das partes.

.....
Se os negócios em fraude à lei são realizados por via de atos simulados, aplica-se-lhes o regime de simulação. Mas não assim se são realizados por via de negócios verdadeiros, sejam estes ou não negócios indiretos...”

A hipótese enquadra-se perfeitamente na caracterização de negócio indireto descrita pelo Professor Alberto Xavier. Efetivamente, as partes queriam e realizaram a reestruturação societária, com extinção de uma das empresas, mediante sua absorção por outra. Apenas, em lugar de extinguir a empresa deficitária, extinguiram a superavitária, para atingir indiretamente economia de tributos. O fim típico da incorporação (absorção de uma sociedade por outra) foi realmente querido, só que funcionou como condição ulterior de economia de tributos, essencial na determinação volitiva das partes.

A previsão legal para a tributação de operações como a objeto do presente litígio só surgiu no direito pátrio com a Lei Complementar nº 104/2001, que acrescentou um parágrafo ao art. 116 do Código Tributário Nacional, com a seguinte dicção:



"Art. 116. (...)

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária."

A exposição de motivos que acompanhou o Projeto que resultou na Lei Complementar nº 104/2001 assim justifica a criação de uma norma antielisiva:

"A inclusão do parágrafo único ao art. 116 faz-se necessária para estabelecer, no âmbito da legislação brasileira, norma que permita à autoridade tributária desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de elisão, constituindo-se, dessa forma, em instrumento eficaz para o combate aos procedimentos de planejamento tributário adotados com abuso de forma ou de direito".

Como se vê, a inclusão do parágrafo único do art. 116 teve por escopo criar uma possibilidade de descaracterizar negócios lícitos, praticados com o objetivo de economizar tributos, a fim de submetê-los à tributação que adviria caso os negócios tivessem sido outros, aqueles preteridos em face do planejamento tributário. Para esses, necessário o procedimento prévio, mais tarde regrado pelos artigos 13 a 19 da MP nº 66/2002 e não convertidos em lei (Lei 10.637/2002). O art. 14 da nº MP 66/2002 estabelecia :

"Art. 14. São passíveis de desconsideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

§ 1º Para a desconsideração de ato ou negócio jurídico dever-se-á levar em conta, entre outras, a ocorrência de:

I - falta de propósito negocial; ou

II - abuso de forma.

§ 2º Considera-se indicativo de falta de propósito negocial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato.

§ 3º Para o efeito do disposto no inciso II do § 1º, considera-se abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado. "

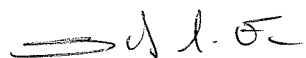
Não restou, assim, caracterizada a *declaração enganosa de vontade*, essencial na simulação, mas sim, um planejamento tributável,

JW

possivelmente enquadrável na hipótese descrita no art. 14 da Medida Provisória nº 66/2002, não vigorante à época e não mais em vigor hoje.

Pelas razões declinadas, dou provimento ao recurso.

Sala das Sessões - DF, em 28 de fevereiro de 2003



SANDRA MARIA FARONI

APÊNDICE 3

(Acórdão n° 105-15822, Recurso n° 142688, Processo n° 10730.001327/2003-69, Relator Irineu Bianchi, Primeiro Conselho de Contribuintes, j. 22.06.2006)



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 10730.001327/2003-69
Recurso nº. : 142.688 - EX OFFICIO e VOLUNTÁRIO
Matéria : IRPJ e OUTRO - EX.: 1999
Recorrentes : 9ª TURMA/DRJ no RIO DE JANEIRO/RJ I e DSND CONSUB S/A
Sessão de : 22 DE JUNHO DE 2006
Acórdão nº. : 105-15.822

RECURSO DE OFÍCIO - Decisão de primeira instância pautada dentro das normais legais que regem a matéria e de conformidade com o que consta nos autos não merece qualquer reparo. Recurso de ofício a que se nega provimento.

REAVALIAÇÃO DE BENS - ÁGIO EM INVESTIMENTO - INOBSERVÂNCIA - RESERVA DE REAVALIAÇÃO - Uma vez não comprovada a ocorrência de ágio em investimento, motivado por suposta mais-valia de bens do ativo permanente de coligada, bem ainda, observado que quando da incorporação da investidora pela coligada esta última reavalia esses mesmos bens, sem contudo constituir a competente reserva de reavaliação, obriga-se a pessoa jurídica que tem os bens reavaliados a realizar, no momento da reavaliação, a receita decorrente de tal aumento patrimonial.

DEPRECIÇÃO - AMORTIZAÇÃO - DEDUTIBILIDADE - LUCRO REAL ✓
Condiciona-se a dedutibilidade de depreciação ou de amortização à comprovação do encargo mediante a perfeita identificação na contabilidade dos bens e dos fatos que sofreram e sofrem tais eventos.

INCORPORAÇÃO ÀS AVESSAS - GLOSA DE PREJUÍZOS - IMPROCEDÊNCIA - A denominada "incorporação às avessas", não é proibida pelo ordenamento jurídico. Realizada por empresas operativas e com objetivo social semelhante, não pode ser tipificada como operação simulada, mormente quando teve por escopo a busca de melhor eficiência das operações entre ambas praticadas.

CSLL - DECORRÊNCIA - Tratando-se de exigência por irregularidade apontada no IRPJ, o decidido quanto ao principal deve nortear e ser estendido aos lançamentos reflexos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos dos recursos de ofício e voluntário interpostos pela 5ª TURMA DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO NO RIO DE JANEIRO/RJ I E DSND CONSUB S/A



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 10730.001327/2003-69
Acórdão nº. : 105-15.822

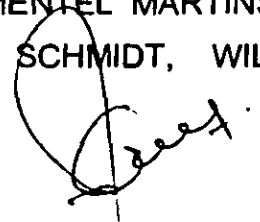
ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes: Recurso de ofício: Por unanimidade de votos, NEGAR provimento. Recurso voluntário: Por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, nos termos do voto do relator.


JOSÉ CLÓVIS ALVES
PRESIDENTE


IRINEU BIANCHI
RELATOR

FORMALIZADO EM: 02 AGO 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: LUÍS ALBERTO BACELAR VIDAL, DANIEL SAHAGOFF, CLÁUDIA LÚCIA PIMENTEL MARTINS DA SILVA (Suplente Convocada), EDUARDO DA ROCHA SCHMIDT, WILSON FERNANDES GUIMARÃES, e JOSÉ CARLOS PASSUELLO.





Processo nº : 10730.001327/2003-69
Acórdão nº. : 105-15.822

Recurso nº. : 142.688 - EX OFFICIO e VOLUNTÁRIO
Recorrentes : 5ª TURMA/DRJ no RIO DE JANEIRO/RJ I e DSND CONSUB S/A

RELATÓRIO

Adoto o relatório da decisão recorrida, como segue:

"O presente processo cuida de autos de infração para exigir do interessado em epígrafe os seguintes tributos: a) o Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), no valor de R\$ 3.129.742,50 (fls. 05/13); e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), no valor de R\$ 1.032.466,76 (fls. 17/22). Sobre esses valores incidiu a multa de ofício de 75%, além dos juros moratórios.

"2. Segundo o Termo de Verificação e Constatação de fls. 09/11 foram constatadas as infrações abaixo, arroladas segundo a ordem do referido Termo:

"Infração 1. Reavaliação de bens. Inobservância dos requisitos legais.

"3.1 Informa o autuante que de acordo com a Ata da Assembléia Geral Extraordinária realizada em 30/03/1998 (fls. 95/119), a Consub S/A incorporou a sua acionista majoritária e controladora DSND Serviços Marítimos Ltda., bem como alterou a sua razão social para DSND Consub S/A.

"3.2 Que de acordo com o item 2 do Protocolo e Justificação de Incorporação (fls. 98/101), Documento I da Ata da AGE já referida, a incorporação se deu a valor de mercado, sendo que, conforme item 5 do Protocolo, parte foi atribuída a mais valia dos bens pertencentes à incorporadora (Consub S/A) e parte à expectativa de rentabilidade futura do investimento.

"3.3 A mais valia dos bens da incorporadora (Consub S/A), que era controlada pela incorporada (DSND Serviços Marítimos Ltda.), consubstanciou-se especificamente na reavaliação de embarcações que estavam em seu ativo permanente já totalmente depreciadas, ou seja, com valor contábil zero, e materializou-se por meio do documento intitulado Laudo de Avaliação Parcial do Ativo da Consub S.A. (fls.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº. : 10730.001327/2003-69
Acórdão nº. : 105-15.822

86/90), preparado pela empresa PLAE Planejamento S/C Ltda. e firmado, em 26/03/1998, por três (3) técnicos do seu quadro de funcionários.

"3.4 O fiscal dá conta de que os novos valores foram lançados, em 30/03/1998, na conta 1.3.2.3.01 – embarcações, fls. 393 do livro diário 184, com o histórico de "reavaliação", mas não houve a constituição da reserva de reavaliação.

"3.5 Assim procedendo, entende o fiscal que o interessado deixou de cumprir um dos requisitos para ter direito ao diferimento da tributação da reavaliação, que é a constituição da correspondente reserva, com o que o total da reavaliação, no valor de R\$ 9.517.968,00, foi adicionado ao lucro líquido do ano-calendário de 1998, para apuração do lucro real, com fulcro no que dispõem os artigos 195, inciso II, 197, parágrafo único, 382, e seus parágrafos, e 388 do RIR/1994.

"4. Infração 2. Depreciação de bens do ativo imobilizado. Cotas de depreciação não dedutíveis.

"4.1 Segundo o autuante, o interessado, mesmo quando intimado em 27/03/2002 (fls. 81/82) e reintimado em 28/06/2002 (fl. 83), não apresentou os controles de depreciação/amortização e os controles patrimoniais das referidas contas de ativo, inclusive quando, em 10/07/2002, respondeu à reintimação de fls. 84/85, preferindo, pois, silenciar.

"4.2 Quanto à depreciação das embarcações reavaliadas, tratadas acima, e à amortização do ágio por rentabilidade futura, ambas originadas da incorporação, foram apresentados demonstrativos que foram aceitos porque a incorporação ocorreu em 1998 e não havia valores remanescentes a gerar encargos, com o que os encargos de depreciação das embarcações, no valor de R\$ 828.175,00, (conta 3.1.1.7.01) e de amortização do ágio, no valor de R\$ 2.223.584,50 (conta 3.1.5.6.99.11072), não foram tributados, por se tratar de situação excepcional que teve marco inicial no período de 1998.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº. : 10730.001327/2003-69
Acórdão nº. : 105-15.822

*4.3 Que os encargos dos demais bens, lançados nas contas 3.1.1.7 e 3.1.5.6 no valor total de R\$ 892.378,74, constantes das fls. 39, 40, 63 e 64 do balancete de dezembro de 1998, foram considerados indedutíveis, tendo em vista a não apresentação das informações que permitem a correta análise da situação de cada um desses bens, como a data de aquisição, taxa de depreciação, percentual já depreciado etc. Fundamentou o procedimento no que dispõem os artigos 195, inciso I, 197, parágrafo único, 242, 248 e 253 do RIR/1994.

"5. Infração 3. Exclusões/compensações não autorizadas na apuração do lucro real. Exclusões indevidas.

"5.1 Segundo o autuante, na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, no LALUR, o interessado fez a exclusão, a título de provisão de receita a maior, de R\$ 1.960.476,66. Intimada, em 21/03/2003 (fl. 133), a esclarecer a origem da provisão e a razão da exclusão, o interessado respondera, em 27/03/2003 (fls. 134/136), que os valores eram referentes a contratos com a Petrobrás e que correspondiam à margem de lucro. Apresentou, então, demonstrativo denominado Anexo 2.1.a (fl. 141), com os cálculos dos valores envolvidos para demonstrar a exatidão da exclusão no LALUR.

"5.2 Entendeu o fiscal autuante que as explicações não procedem e que os critérios adotados não atendem aos dispositivos legais que regem a matéria. O valor excluído, pelo critério adotado pelo interessado, corresponde à diferença entre a provisão de receitas e o custo contabilizado, ou seja, a receita reconhecida é igual ao custo. Assim, a receita do período, nos dois contratos, apenas cobre os custos, uma vez que o restante foi excluído do lucro líquido para apuração do lucro real. Enfatiza o fiscal que, pelo citado demonstrativo, e segundo o critério adotado pelo interessado, o valor total a diferir seria de R\$ 2.300.499,39 (1.910.367,39 + 390.081,76) e não R\$ 1.960.476,66.

"5.3 Por outro lado, o autuante entende que nas explicações apresentadas não se encontra qualquer referência à composição dos valores lançados como provisão de receitas, restando comprovado que tais valores foram fixados por



Processo nº. : 10730.001327/2003-69
Acórdão nº. : 105-15.822

critérios próprios do interessado, que não guardam qualquer relação com os critérios fixados na legislação para usufruto da faculdade para diferimento do lucro. E que em se tratando de contratos com a Petrobrás, empresa sob controle público, caberia diferir o lucro correspondente às receitas não recebidas, e não, como fez, diferir o reconhecimento da parcela das receitas provisionadas que excederam ao custo incorrido no período.

"5.4 Conclui o fiscal, nessa parte, que ao optar por critérios próprios para reconhecimento das receitas de contratos firmados com a Petrobrás, conflitantes com os critérios previstos na legislação para diferimento do lucro daqueles contratos, o interessado deixou de ter direito ao diferimento, com o que foram desconsideradas as exclusões efetuadas na apuração do lucro real, no valor total de R\$ 1.960.476,66, com fundamento no disposto nos artigos 196, inciso I, 358 e 360 do RIR/1994, na IN 21/1979 e na IN 46/1989.

6. Infração 4: Modificação de controle e atividade. Prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL

"6.1 Segundo o autuante, o interessado, no ano-calendário de 1998, compensou prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL, além de manter saldos a compensar registrados no LALUR.

"6.2 Dá conta ainda que os prejuízos e bases negativas tiveram origem na empresa Norsul Offshore S.A., e, em razão disto, não poderiam ter sido compensados, por circunstâncias duplamente impeditivas.

"6.3 Segundo o autuante o primeiro impedimento decorreria do fato de que, conforme ata da AGE de incorporação, datada de 30/12/1996, foi aprovada a incorporação da Consub S.A. (incorporada) pela Norsul (incorporadora), com a simultânea alteração da razão social para Consub S.A., mudança do objetivo social e manutenção do mesmo endereço, já compartilhado por ambas. Em resumo, a Norsul incorporou a Consub para, no mesmo ato, transformar-se nesta, com o claro objetivo de aproveitar os prejuízos da incorporada. Entende o autuante que o que houve, na prática, foi a incorporação da Norsul pela Consub S/A, uma vez que esta sobreviveu e aquela foi



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº. : 10730.001327/2003-69
Acórdão nº. : 105-15.822

extinta no ato da incorporação.

"6.4 Na voz do fiscal, o segundo impedimento decorre da cumulatividade da mudança de atividade e do controle societário, conforme consta da já referida ata da AGE de incorporação, de 30/12/1996, bem como do protocolo de incorporação, que foi registrado juntamente com a ata na JUCERJA.

"6.5 No que tange à mudança de controle societário, o fiscal autuante informa que, em 30/03/1998, por meio de AGE, a Consub S/A incorporou a empresa DSND Serviços Marítimos Ltda., então sua controladora, e mudou sua razão social para DSND Consub S.A. O controle acionário havia sido adquirido antes, entre outubro de 1997 e março de 1998, como se verifica do demonstrativo de composição acionária DSND Consub S.A. Neste demonstrativo aparece, após a AGE de 30/03/1998, em que a Consub S/A incorporou a DSND, a empresa controladora que detinha a quase totalidade de quotas desta: DSND Sondenfeldske ASA, sediada na Noruega, que passou a deter 93,97% do capital da DSND Consub S.A.

"6.6 Assim sendo, o interessado não poderia compensar os resultados negativos registrados no LALUR da Norsul Offshore S.A. no valor de R\$ 148.146,60, com fulcro no que dispõem os artigos 193, 196, inciso III, 197, parágrafo único, 502, 508 e 509 do RIR/1994.

"7. Como se observa nos autos, o lançamento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, de fls. 17/22, é mera decorrência do lançamento IRPJ, no qual foram apuradas as infrações acima descritas. De resto, os fundamentos legais para o lançamento de tal contribuição podem ser vistos às fls. 19/22.

"8. Inconformado, o interessado apresentou a impugnação de fls. 200/233, com anexos de fls. 234/1.264. Seus argumentos, em síntese, são aqui relatados conforme as infrações a ele reputadas.

"9. No que diz respeito à infração que trata da reavaliação de bens sem observância dos requisitos legais, "Infração 01" do relatório, ele diz:

7



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº. : 10730.001327/2003-69
Acórdão nº. : 105-15.822

"9.1 que quando incorporou a sua controladora DSND, reavaliou seus ativos sem a correspondente constituição de reserva de reavaliação, o que não corresponde à realidade, vez que a Consub S/A não reavaliou seu ativos quando da referida incorporação;

"9.2 que o autuante olvidou o fato de a DSND possuir ágio relativamente ao seu investimento na Consub S/A, como demonstra o Balanço Patrimonial de 31/12/1997, confirmado no Balanço Patrimonial Proforma de 28/02/1998 (docs. nºs 05 e 06);

"9.3 que quando incorporou a sua controladora DSND (incorporada) à Consub S/A (incorporadora) debitou nos respectivos ativos a parcela do ágio que a DSND havia atribuído a eles, seguindo a prática contábil vigente, a legislação fiscal e a doutrina;

"9.4 que no item 5 do Protocolo de Justificação de Incorporação consta esclarecimento acerca do tratamento do ágio até então registrado pela DSND (doc. nº 7), a saber:

"5. Em decorrência da incorporação, será cancelado o investimento que a INCORPORADA detém na INCORPORADORA, no valor de R\$ 9.952.285,08 (nove milhões, novecentos e cinquenta e dois mil, duzentos e oitenta e cinco reais e oito centavos), pelo método do patrimônio líquido, atribuindo-se ao ágio pago na aquisição desse investimento, o seguinte tratamento:

"5.1 A parte do ágio com fundamento em mais valia de bens pertencentes à investida, no caso a INCORPORADORA, será atribuído a tais ativos, observados os valores de mercado apurados no laudo de avaliação que servir de base à incorporação;

"5.2 A parte do ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura do investimento será registrada como perda de capital e amortizada nos prazos e condições da legislação aplicável." (grifos nossos);

"9.5 que o Laudo de Avaliação Parcial do Ativo da Consub S/A, elaborado pela PLAE Planejamento S/C Ltda. (doc. nº 08), era fundamental para quantificar a parcela do ágio atribuída a ativos da Consub, para que no momento da



Processo nº. : 10730.001327/2003-69
Acórdão nº. : 105-15.822

incorporação da DSND, essa parcela de ágio fosse registrada pelo interessado diretamente em contrapartida das contas desses ativos, conforme exigido pelo art. 7º da Lei nº 9.532/1997, percebendo-se, portanto, que o laudo elaborado pela PLAE decorre de uma exigência legal de registro do ágio atribuído a ativos diretamente na conta desses ativos, e não de uma faculdade do interessado em reavaliar seus ativos;

“9.6 que a Consub, em nenhum momento, realizou os atos legais imprescindíveis para a reavaliação de ativos, isto é, prévia nomeação de peritos em assembléia geral e, posteriormente, aprovação também por assembléia do laudo apresentado pelos peritos avaliadores, pelo fato de que ela não reavaliou ativos quando incorporou a DSND, como fica claro da AGE realizada no dia 30/03/1998 (doc. Nº 07), na qual foram nomeados três peritos para avaliar os acervos líquidos da DSND, nada mais;

“9.7 que a incorporação da DSND (incorporada e controladora) pela Consub (incorporadora e controlada) é que originou a necessidade de reconhecimento do custo dos ativos, que antes da incorporação estava refletido no ágio registrado contabilmente pela DSND;

“9.8 que o fato inconteste é que ao se proceder a uma operação de incorporação de uma sociedade, cujo ágio pago na aquisição do investimento tem como fundamento econômico a mais-valia de bens, nos termos da Lei nº 9.532/1997, deve o contribuinte, obrigatoriamente, alocar ou agregar o dito ágio nos respectivos bens, como fez a Consub ao incorporar a DSND;

“9.9 que ainda que o interessado tivesse a obrigação de constituir reserva de reavaliação em relação a esses ativos quando da incorporação da DSND, o que se aduz apenas por amor à argumentação, já que contábil ou tecnicamente não há maneira ou forma de proceder ao lançamento contábil de reserva de reavaliação, já que não haveria lançamento de contrapartida, mesmo assim tal reserva de reavaliação não poderia ser tributada, por força do art. 4º da Lei nº 9.959, de 27/01/2000, porque não ocorreu a efetiva realização dos bens supostamente reavaliados, isto é, a Consub não alienou nem transferiu para terceiros seus bens.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº. : 10730.001327/2003-69
Acórdão nº. : 105-15.822

"10. No que diz respeito a infração relativa à glosa de despesas de depreciação, visto que não comprovadas, "Infração 02" deste relatório, diz o interessado:

"10.1 que o autuante aceitou as despesas referentes aos encargos de depreciação relativos às contas 3.1.1.7.01 e 3.1.5.6.99.11072 do balancete de dezembro de 1998, que dizem respeito, respectivamente, às embarcações (no valor de R\$ 828.175,00) e ao ágio da incorporação da DSND (no valor de R\$ 2.223.584,50), e glosou as despesas referentes aos encargos de depreciação sem identificação da data de aquisição, depreciação acumulada, etc., relativamente aos ativos registrados nas contas 3.1.1.7 e 3.1.5.6;

"10.2 que a glosa do autuante não procede, pois possui controle dos encargos de depreciação, incorridos nesse período, relativos a todos os bens e equipamentos adquiridos, especificamente os registrados nas contas 3.1.1.7 e 3.1.5.6, como demonstram os Relatórios de Depreciação, o Balancete de 1998 e o Balanço de 1998 anexados (docs nºs 09 e 10), pelos quais fica evidente que ele individualizava os ativos sujeitos à depreciação, fundamentando os respectivos encargos incorridos no ano-calendário de 1998, no valor de R\$ 892.378,74.

"11. No que diz respeito à infração relativa às exclusões/compensações não autorizadas na apuração do lucro real do período, "Infração 03" deste relatório, alega o autuado:

"11.1 que o autuante, sob o fundamento de que ele teria adotado critério de diferimento de lucro distinto daquele previsto em lei, o que impediria o reconhecimento do lucro para o momento de sua efetiva realização, lançou o IRPJ e a CSLL, acrescidos de multa e juros de mora, no ano-calendário de 1998, sobre o montante de R\$ 1.960.476,66;

"11.2 que esse fundamento decorre de erro na interpretação dos números que apresentou, bem como de erro na interpretação da legislação que permite o diferimento da tributação do lucro em contratos firmados com sociedade de economia mista;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº. : 10730.001327/2003-69
Acórdão nº. : 105-15.822

"11.3 que o disposto no artigo 360 do RIR/1994 permite que o contribuinte difira a tributação do lucro decorrente de contrato firmado com sociedade de economia mista, que pode ser exercido ou não, sem qualquer tipo de restrição quanto ao modo de exercício, ou seja, o contribuinte é livre para diferir a tributação de todo o lucro ou de parte do lucro realizável em períodos de apuração futuros;

"11.4 que no ano-calendário de 1998 diferiu o montante de R\$ 1.960.476,66, sendo que o próprio autuante indica que ela teria direito de diferir R\$ 2.300.449,39, o que significa dizer que ele teria oferecido à tributação em 1998 parte do lucro realizável em exercícios futuros, o que deveria ser louvado e não penalizado pela autoridade fiscal;

"11.5 que o autuante foi incapaz de mencionar o dispositivo legal que fundamenta sua pretensão de vedar o direito ao diferimento da tributação do lucro no ano-calendário de 1998 ou da norma impeditiva do procedimento por ele adotado, que foi o de diferir, para efeitos fiscais, a parte do lucro do ano-calendário de 1998 realizável em exercícios futuros, conforme permitido pelo artigo 360 do RIR/1994;

"11.6 que apenas para efeitos de argumentação, na hipótese de que se mantenha o entendimento do autuante, ainda assim o lançamento efetuado estaria viciado de ilegalidade, pois implicaria aplicação de penalidade – vedação ao direito de diferimento de tributação do lucro – sem base legal, o que viola o artigo 97, inciso V, do Código Tributário Nacional.

"12. Por fim, no que toca à infração que trata do prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa da CSLL, "Infração 04" deste relatório, pugna o autuado:

"12.1 que essa acusação de infração diz respeito a uma suposta utilização indevida de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL para compensar o lucro líquido no ano-calendário de 1998, resultando na adição de R\$ 148.146,60 na base de cálculo de determinação do lucro real e de R\$ 535.011,21 na base de cálculo da CSLL, com lançamento, respectivamente, do IRPJ e da CSLL, acrescidos de multa e de juros de mora;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº. : 10730.001327/2003-69
Acórdão nº. : 105-15.822

*12.2 que o autuante considera que não poderia ter sido compensado o lucro-líquido do ano-calendário de 1998 com prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL, pois: (i) a incorporação da Consub pela Norsul deve ser caracterizada como incorporação da Norsul pela Consub, uma vez que aquela adotou o nome desta, e (ii) por ter ocorrido entre a data de apuração do prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa da CSLL, modificação de controle societário e mudança no ramo de atividade da empresa;

*12.3 que a incorporação da Consub pela Norsul está devidamente formalizada em atos societários registrados perante a Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro, e todas as exigências legais foram cumpridas para dar força a esse ato jurídico, portanto, não houve dolo ou fraude, pois nem o ato nem a intenção das partes eram vedados em lei (e ainda não o são), ou seja, o ato de incorporação e a intenção das partes na incorporação, devidamente fundamentada na Justificação de Incorporação datada de 30/12/1996 (doc nº 07), são lícitos;

*12.4 que não há fundamento legal para afirmar que a incorporação de uma empresa por outra, com a incorporadora adotando o nome da incorporada, deva ser tratada, de fato, como incorporação da incorporadora pela incorporada;

12.5 que não tendo ocorrido dolo, fraude ou simulação na incorporação da Consub pela Norsul, esse ato jurídico deve ser respeitado, sendo descabida a tentativa de sua desconsideração pela autoridade fiscal;

*12.6 que a DSND Serviços Marítimos Ltda. sempre foi controlada pela DSND Sondenfeldske ASA, conforme se depreende do seu Contrato Social, quando de sua constituição (doc. nº 11) e a Consub S.A. era controlada pela DSND Serviços Marítimos Ltda., com o que, quando a Consub S.A. incorporou a DSND Serviços Marítimos Ltda., não houve modificação no controle societário, pois antes da incorporação ocorrida em 30/03/1998 este já era detido indiretamente pela DSND Sondenfeldske ASA;

*12.7 que não procede a afirmação de que na incorporação da Consub pela Norsul, ocorrida em 30/12/1996, houve modificação no ramo de atividade, pois



Processo nº. : 10730.001327/2003-69
Acórdão nº. : 105-15.822

houve interesse econômico legítimo para a realização deste ato societário, confirmado no Protocolo de Incorporação de 20/12/1996 (doc. nº 07), considerando a sinergia entre ambas as empresas e considerando a redução de despesas operacionais resultantes de sua união;

"12.8 que no caso de decisão pela manutenção de algum crédito tributário, requer sejam excluídos do montante cobrado aqueles valores referentes à aplicação de multa de ofício abusiva no percentual de 75% e dos juros de mora calculados com base na variação da taxa SELIC.

"13. O processo, então, foi baixado em diligência, nos termos da Resolução DRJ/RJO-I nº 4, de 29/09/2003, fls. 1.267/1.268. Resumidamente, a diligência objetivava que o fiscal autuante analisasse a documentação de fls. 644/748, trazida pelo autuado, e informasse se ela comprovaria ou não, total ou parcialmente, a dedutibilidade dos encargos lançados nas contas 3.1.1.7 e 3.1.5.6, considerados indedutíveis pelo autuante por falta de apresentação das informações pertinentes solicitadas pelo Fisco.

"14. Tem-se então a Informação Fiscal de fl. 1270, onde o fiscal autuante emite o seguinte parecer sobre o que lhe foi requisitado:

"Os documentos apresentados (fls. 644/746 e 747/748), que à exceção do balancete de dezembro de 1998, abrangem apenas parte do ano-calendário de 1998, não fornecem todas as informações imprescindíveis para que a fiscalização comprove a procedência dos valores lançados como encargos de depreciação. A falta de informações decorre não apenas da parcialidade do período abrangido como também da falta de individualização dos bens e de suas respectivas datas de aquisição.

"Assim sendo, mantenho o entendimento expresso no item 2 do Termo de Verificação e Constatação de fls. 9/11, de que a falta de individualização dos bens e de suas respectivas datas de aquisição impedem a correta verificação da exatidão da taxa adotada e da dedução dos encargos dentro do limite de 100% do custo de cada bem."



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº. : 10730.001327/2003-69
Acórdão nº. : 105-15.822

“15. Cientificado de tal informação fiscal, o contribuinte adita razões nos termo da peça de fls. 1.274/1.279, onde em resumo alega:

“15.1 que a diligência na foi cumprida pelo fiscal autuante, dado que esse não diligenciou junto a impugnante, e simplesmente manteve seu entendimento inicial;

“15.2 que em vista disso, oferece, novamente, a documentação comprobatória das deduções a título de encargos de depreciação incorridas no ano-calendário de 1998, com explicação pormenorizada dessas deduções;

“15.3 que possui controle dos encargos de depreciação incorridos nesse período relativo a todos os bens e equipamentos adquiridos, especificamente os registrados nas contas 3.1.1.7 e 3.1.5.6, como demonstram os Relatórios de Depreciação, o Balancete de 1998 e o Balanço de 1998 (documentos 09 e 10 anexados por ela na impugnação), pelos quais ficaria evidente que ela individualiza os ativos sujeitos a depreciação, fundamentando os respectivos encargos incorridos no ano-calendário de 1998;

“15.4 que, corroborando os documentos já juntados, anexa outros discriminados às fls. 1.276/1.278, que entende demonstrarem a regularidade das contas de depreciação glosadas, no valor de R\$ 892.378,74, constantes das fls. 39, 40, 63 e 64 do balancete de 1998, fazendo que reitere seus argumentos de que a depreciação realizada se deu dentro dos ditames legais;

“15.5 que, sem prejuízo de todo o alegado, protesta por apresentação posterior de documentação que eventualmente não tenha sido acostada à presente impugnação, por falta de tempo hábil a tanto; e

“15.6 que pede a prorrogação do prazo, por mais trinta dias, nos termos do § 2º, do art. 18 do decreto nº 70.235/72, para apresentação de outros documentos que poderão contribuir para a análise do caso.



Processo nº. : 10730.001327/2003-69
Acórdão nº. : 105-15.822

Seguiu-se a decisão colegiada de fls. 1616/1642, que julgou procedente em parte o lançamento, apresentando-se o respectivo acórdão assim ementado:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – PAF – PROVAS – APRESENTAÇÃO – MOMENTO - Os momentos e situações destinados à apresentação de provas pelo o contribuinte são aqueles definidos na legislação, inexistindo, portanto, poder discricionário que permita ao julgador criar prazo para que o contribuinte apresente novas provas.

IRPJ - REAVALIAÇÃO DE BENS - ÁGIO EM INVESTIMENTO – INOBSERVÂNCIA - RESERVA DE REAVALIAÇÃO - Uma vez não comprovada a ocorrência de ágio em investimento, motivado por suposta mais-valia de bens do ativo permanente de coligada, bem ainda, observado que quando da incorporação da investidora pela coligada esta última reavalia esses mesmos bens, sem contudo constituir a competente reserva de reavaliação, obriga-se a pessoa jurídica que tem os bens reavaliados a realizar, no momento da reavaliação, a receita decorrente de tal aumento patrimonial.

DEPRECIÇÃO – AMORTIZAÇÃO – DEDUTIBILIDADE - LUCRO REAL - Condiciona-se a dedutibilidade de depreciação ou de amortização à comprovação do encargo mediante a perfeita identificação na contabilidade dos bens e dos fatos que sofreram e sofrem tais eventos.

DIFERIMENTO DE LUCROS - CONTRATOS LONGO PRAZO. -ENTIDADES GOVERNAMENTAIS - No caso de empreitada ou fornecimento contratado, com sociedade de economia mista, poderá ser excluída do lucro líquido do período de apuração, para efeito de determinar o lucro real, parcela do lucro da empreitada ou fornecimento computado no resultado do período de apuração, proporcional à receita dessas operações consideradas nesse resultado e não recebida até a data do balanço de encerramento do mesmo período de apuração.

INCORPORAÇÃO - ATRIBUTOS DE FATO - PREJUÍZO FISCAL – COMPENSAÇÃO – VEDAÇÃO - Uma vez observado que a incorporação de fato ocorreu da dita incorporadora pela dita incorporada, e não de forma inversa como consignado nos registros formais do evento, a pessoa jurídica que de fato posiciona-se como sucessora por incorporação não poderá compensar prejuízos fiscais da sucedida.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº. : 10730.001327/2003-69
Acórdão nº. : 105-15.822

CSLL - LANÇAMENTO REFLEXIVO - Ressalvados os casos especiais, o lançamento reflexivo colhe a sorte daquele que lhe deu origem, na medida em que não há fatos ou argumentos novos a ensejar conclusões diversas.

Da decisão em apreço, a Turma Julgadora recorreu de ofício ao Primeiro Conselho de Contribuintes, na forma do art. 34, inciso I, do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, com as alterações introduzidas pela Lei 9.532/97, c/c Portaria do Ministro da Fazenda n.º 375, de 07 de dezembro de 2001.

Cientificada da decisão (fls. 1649), a interessada, tempestivamente, interpôs o recurso voluntário de fls. 1651/1674, reavivando os termos da impugnação.

O arrolamento de bens acha-se concretizado no processo número 10730.001457/2003-00, em apenso.

É o Relatório.



Processo nº. : 10730.001327/2003-69
Acórdão nº. : 105-15.822

VOTO

Conselheiro IRINEU BIANCHI, Relator

O recurso necessário deve ser conhecido à vista de a exoneração do crédito tributário ter sido superior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Por sua vez, estando presentes os pressupostos de admissibilidade, o recurso voluntário também merece ser conhecido.

RECURSO EX OFFICIO

Quanto à exigência exonerada e objeto do recurso oficial, a Turma Julgadora assim se pronunciou:

"41. Enfrento agora a "Infração 03", que diz respeito à exclusão do lucro líquido, a título de provisão de receita a maior, de R\$ 1.960.476,66, haja vista o diferimento do lucro oriundo de contratos com a Petrobrás. Entendeu o fiscal atuante que os critérios adotados pelo atuante não atendem aos dispositivos legais que regem a matéria. De sua vez, o contribuinte, como já relatado, objeta tal assertiva argumentado que a referida exclusão do lucro se deu em estrita obediência aos ditames da legislação.

"42. Pois bem, a legislação do IR consigna instituto que dá tratamento especial aos lucros que as empresas obtêm de relação contratual (de serviços ou de venda) com entes de natureza pública ou com empresas de controle público. A legislação nesse caso atenua a regra geral do regime de competência para permitir que as empresas contratadas por esses entes da administração pública possam diferir parte de seu lucro até o momento do efetivo ingresso dos valores correspondentes. Tem-se então o que diz o artigo 358 do RIR/94, o qual dispõe:

Contratos Com Entidades Governamentais

"Art. 360. No caso de empreitada ou fornecimento contratado, nas condições dos arts. 358 ou 359, com pessoa jurídica de direito público, ou empresa sob seu controle, empresa pública, sociedade de economia



Processo nº. : 10730.001327/2003-69
Acórdão nº. : 105-15.822

mista ou sua subsidiária, o contribuinte poderá diferir a tributação do lucro até sua realização, observadas as seguintes normas (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 10, § 3º, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso I):

I - poderá ser excluída do lucro líquido do período de apuração, para efeito de determinar o lucro real, parcela do lucro da empreitada ou fornecimento computado no resultado do período de apuração, proporcional à receita dessas operações consideradas nesse resultado e não recebida até a data do balanço de encerramento do mesmo período de apuração;

II - a parcela excluída nos termos do inciso I deverá ser computada na determinação do lucro real do período de apuração em que a receita for recebida.

*(...)**

*43. Nesse caso, o diferimento não alcançaria o montante integral das receitas auferidas em um contrato de empreitada ou fornecimento de bens e de serviços, mas sim o lucro resultante da confrontação dessas receitas com os custos a elas associados. Assim, a tributação do lucro decorrente de um contrato da espécie evidenciada no art. 360 do RIR/94 só pode ser integralmente diferida caso todas as receitas dele decorrentes sejam recebidas em períodos outros que não aquele em que se deu a contabilização das receitas e custos.

*44. O item 10.5 da IN SRF nº 21/79, a qual disciplina a aplicação do art. 10 do Decreto-lei nº 1.598, modificado pelo art. 1º do Decreto-lei nº 1.648/78 (dispositivos estes que compõem a matriz legal do art. 360 do RIR/94), evidencia o cálculo do montante da exclusão, ao assim preceituar:

10. Diferimento de Lucros Não Realizados de Contratos com Entidades Governamentais

(...)

10. 5 - O montante da exclusão corresponderá à parcela de lucro da empreitada ou fornecimento computado no resultado do exercício, proporcional à receita dessas operações consideradas nesse resultado e não recebida até a data do balanço de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº. : 10730.001327/2003-69
Acórdão nº. : 105-15.822

encerramento do mesmo exercício social, e será determinado pela aplicação das seguintes fórmulas:

Resultado computado na determinação do lucro líquido (dividido por) receita correspondente ao período-base (itens 8 e 9) (x) multiplicado por 100 é igual (=) a % (percentagem) de resultado sobre a receita.

Receita correspondente ao período-base (itens 8 e 9) (-) menos: receita recebida no período-base e a ele correspondente (=) igual a receita não recebida.

Receita não recebida (x) multiplicada pelo % (percentual) de resultado sobre a receita (=) é igual ao montante da exclusão.

"45. Pois bem, a teor do que dispõe tal legislação e dos documentos e assentamentos contábeis acostados aos autos, entendo ser indevida a glosa da exclusão do lucro líquido nos moldes perpetrados pelo fiscal autuante. Isto porque o contribuinte no curso da ação fiscal, em resposta a uma das intimações (fls. 135/136), informou que o valor que excluiu do lucro líquido trata *".. de margem de lucro apurada nos contratos com a Petrobrás (...), considerando que a provisão de receitas teve a realização efetiva da receita somente a partir de 1999, e custos incorridos em 1998, excluimos assim a margem de lucro."* (sic).

"46. Mais ainda, o próprio fiscal juntou aos autos os demonstrativos de fls. 141/142 e as cópias do balancete relativo ao mês de dezembro de 1998, fls. 143/146, onde se verificam os valores correspondentes às receitas relativas aos dois contratos com a Petrobrás (OS 306 Manifold e OS 192 Câmara Hiperbárica) que deram ensejo à exclusão do lucro líquido. Essa receita foi tratada pelo interessado como "provisão de receita" sujeita à baixa quando do ingresso dos valores correspondentes. Com base em tais dados, mais a informação de que, com relação a esses dois contratos, não houve ingresso de numerário no ano de 1998, observo que não somente parte, mas a totalidade da margem de lucro dessas avenças poderia ter sido diferida. Essa conclusão é obtida a partir da fórmula consignada no subitem 10.5, da antes citada IN SRF nº nº 21/79, haja vista que o percentual obtido da relação entre o resultado do contrato e sua receita incorrida, multiplicado pela receita não recebida (neste caso



Processo nº. : 10730.001327/2003-69
Acórdão nº. : 105-15.822

idêntica à receita incorrida) nada mais é que a própria margem de lucro ali encontrada. O montante então que poderia ter sido diferido era de R\$ 2.300.449,39, quando o interessado só excluiu do lucro líquido o valor de R\$ 1.960.476,66. Portanto, excluiu menos do que podia.

"47. De resto não vejo nos autos argumentos ou elementos que pudessem ilidir a força probante dos assentamentos contábeis da autuada. Ao contrário do que pensa o fiscal, o critério de avaliação da parcela a diferir por parte do contribuinte não foi equivocado, visto que, mensurando-se - segundo a norma - a parcela de lucro a diferir, o montante encontrado apresenta-se em valor maior do que o utilizado pelo interessado.

"48. Diante dessas evidências, sou pela improcedência do lançamento neste ponto, devendo ser cancelada a exigência de IRPJ e CSLL nessa parte.

Observa-se, assim, que a decisão recorrida deu solução adequada ao litígio, não merecendo qualquer reparo.

RECURSO VOLUNTÁRIO

Passo a examinar os itens do auto de infração cujo lançamento foi mantido pela decisão recorrida.

Reavaliação de Bens

Extraio do Termo de Verificação e Constatação (fls. 9), a seguinte descrição fática:

Em Assembléia Geral Extraordinária realizada em 30/03/98, cuja ata foi registrada na Jucerja em 27/05/98, a fiscalizada, então sob a razão social CONSUB S/A, incorporou a sua acionista majoritária e controladora DSND Serviços Marítimos Ltda., CNPJ 02.094.335/0001-41, e alterou a razão social para DSDN CONSUB S/A.

A incorporação processou-se a valor de mercado, conforme item 2 do Protocolo e Justificação de Incorporação, documento I da ata da AGE, sendo que parte foi atribuída a mais valia de bens



Processo nº. : 10730.001327/2003-69
Acórdão nº. : 105-15.822

pertencentes à Incorporadora e parte à expectativa de rentabilidade futura, conforme item 5 do citado Protocolo.

A mais valia de bens do ativo da fiscalizada consubstanciou-se em reavaliação de parte dos bens, mais especificamente de embarcações que estavam totalmente depreciadas, ou seja, com valor contábil zero, e materializou-se através do documento intitulado Laudo de Avaliação Parcial do Ativo da Consub S.A., de lavra da empresa PLAE Planejamento S/C Ltda. e firmado por três (03) técnicos do seu quadro em 26/03/98.

Note-se que as embarcações pertenciam à controlada incorporadora e estavam registradas em seu ativo permanente.

Os novos valores foram lançados em 30/03/98 à conta 1.3.2.3.01 – embarcações, nas fls. 393 do livro diário 184, com o histórico reavaliação, mas não houve a constituição da reserva de reavaliação.

Assim procedendo a empresa deixou de cumprir um dos requisitos para ter direito ao diferimento da tributação da reavaliação, que é a constituição da correspondente reserva.

Em consequência, o total da reavaliação, no valor de R\$ 9.517.968,00, será adicionado ao lucro líquido do período para apuração do lucro real.

Embora não conste da descrição dos fatos, consigno que a contrapartida para a reavaliação dos bens deu-se através da conta transitória 2.2.2.2.01.31013 – “incorporação DSND”.

Na impugnação, a interessada alegou que não em nenhum momento reavaliou ativos seus quando da incorporação de sua controladora, e disse que a empresa incorporada possuía ágio relativamente ao seu investimento na incorporadora, conforme demonstrou com o Balanço Patrimonial de 31.12.1997, confirmado no Balanço Patrimonial Proforma de 28.02.1998 (fls. 397 e 399).

Porém, no documento de fls. 410, Balanço da incorporada utilizado no processo de Incorporação, o item referente à participação societária surgiu desdobrado em duas contas: Investimentos em Coligadas – Consub S/A – R\$ 18.861.359,55, e Ágio em Investimentos coligadas – Consub S/A – R\$ 13.221.548,79 – Total R\$



Processo nº. : 10730.001327/2003-69
Acórdão nº. : 105-15.822

32.102.908,34. A diferença com o valor constante do balanço de 31.12.1997 deve decorrer de resultado de equivalência patrimonial, mas não foi comentado no processo.

O exame das cópias do Livro Diário (fls. 92) apresentam lançamentos contábeis onde os valores relativos à reavaliação dos bens estão contabilizados e com o histórico referenciado a "REAVALIAÇÃO", inseridos tais valores que somam R\$ 9.517.968,00 no conjunto de lançamentos relativos a "INCORPORAÇÃO DSND" sugerindo advirem eles da incorporação mencionada.

Como consignado nas diversas peças processuais, a empresa CONSUB S/A incorporou, pela AGE de 30.03.1998, a sua controladora DSND SERVIÇOS MARÍTIMOS LTDA, tendo seus patrimônios líquidos sido avaliados em R\$ 20.126.677,60 e R\$ 10.097.028,46 respectivamente.

O Laudo de Avaliação do patrimônio da DSND encontra-se a fls. 408 e 409 e afirma corresponder o valor de R\$ 10.097.028,46 à sua avaliação pelo método da equivalência patrimonial ajustado para refletir o valor de mercado.

Os valores contábeis utilizados foram aqueles obtidos nos balanços de 28.02.1998 e serviram de base para o cancelamento de ações da incorporada e atribuição de residual patrimonial e capital à incorporadora.

O protocolo de intenções definiu que o acervo líquido incorporado corresponderia àquele da data-base de 28.02.1998, definindo ainda que os valores corresponderiam a valores de mercado, sendo nomeados três peritos, todos Contadores.

Definiu ainda (cláusula 10), que "As operações e variações patrimoniais verificadas na INCORPORADA entre a data-base e as datas das efetivas incorporações, e todas aquelas decorrentes das operações de incorporação, serão apropriadas diretamente aos resultados da INCORPORADORA, independentemente do fato de que a INCORPORADA possa continuar provisoriamente a conduzir as operações em seu nome, até que tenham sido formalizados os registros e obtidas todas as autorizações requeridas pela lei e pelos órgãos reguladores, o que deverá ocorrer no prazo estimado



Processo nº. : 10730.001327/2003-69
Acórdão nº. : 105-15.822

de 120 dias a contar da data de registro dos respectivos atos na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro.”

A cláusula acima deixa claro que são atinentes à incorporação aqueles valores constantes dos balanços levantados em 28.02.1998, correndo as ações e atividades posteriores por conta da INCORPORADORA.

O Laudo técnico que determinou o valor reavaliado dos bens pertencentes ao patrimônio da INCORPORADORA foi concluído e datado de 26.03.1998 e indicou novo valor de diversas embarcações com acréscimo de R\$ 9.517.968,00, que foi contabilizado em 30.03.1998 como integrante dos lançamentos relativos à incorporação (fls. 92).

Portanto a nova avaliação ocorreu sob a responsabilidade da INCORPORADORA, na forma do protocolo.

Ainda, é de se verificar o contido na cláusula 5 do Protocolo (fls. 405):

5. Em decorrência da incorporação, será cancelado o investimento que a INCORPORADORA detém na INCORPORADA, no valor de R\$ 9.952.285,08 (...), pelo método de patrimônio líquido, atribuindo-se ao ágio pago na aquisição desse investimento o seguinte tratamento:

5.1. A parte do ágio com fundamento em mais valia de bens pertencentes à investida, no caso a INCORPORADORA, será atribuído a tais ativos, observados os valores de mercado apurados no laudo de avaliação que servir de base à incorporação;

5.2. A parte do ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura do investimento será registrada como perda de capital e amortizada nos prazos e condições da legislação aplicável.”

A primeira observação é que o valor do investimento constante do balanço da INCORPORADA é de R\$ 32.102.908,34 após o cômputo da equivalência patrimonial em 28.02.1998, data base e balanço de incorporação. É valor dissociado daquele apontado de R\$ 9.952.285,08.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº. : 10730.001327/2003-69
Acórdão nº. : 105-15.822

A correlação de valores que se poderia fazer entre a reavaliação espontânea de 26.03.1998 e o fundamento em mais valia de bem diz respeito ao laudo de avaliação que serviu de base à incorporação, portanto aquele referido a 28.02.1998, aprovado que foi pela AGE especialmente realizada para o evento da incorporação.

E naquele laudo não constou qualquer mais valia, sendo que a afirmativa de que se tratava de avaliação a valor de mercado foi empregada sem características próprias, uma vez que apontou o valor exato constante da contabilidade, tendo o laudo sido firmado por três contadores.

Dessa forma é de se concluir que no procedimento de incorporação nenhuma reavaliação foi procedida, sendo ela ocorrido, portanto, posteriormente aos balanços adotados.

No recurso a empresa afirma objetivamente que nenhum ativo foi reavaliado, porquanto não houve a contrapartida contábil da referida reavaliação. Isso confirma a conclusão anterior contida no presente voto de que não houve reavaliação no procedimento de incorporação.

Alega, ainda, a recorrente que a teor do artigo 4º da Lei nº 9.959/2000, a contrapartida de reavaliação de quaisquer bens da pessoa jurídica somente poderia ser computada em conta de resultado ou na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL quando correr a efetiva realização do bem reavaliado.

Dita norma legal data de 2000, enquanto os fatos sob exame ocorreram em 1998, quando não havia a restrição citada, que foi traduzida em texto legal visando eliminar o procedimento corriqueiro de proceder à reavaliação de bens para absorver, na contrapartida, os prejuízos fiscais existentes, o que provocava ganhos futuros relativamente à limitação de sua compensação.

A despeito de alegar não ter havido a contabilização da reavaliação, ou sua existência, o livro diário da Cosnub S/A registra (fls. 92) lançamentos incluídos no conjunto que registra a incorporação que aumentam o saldo da conta 1.3.2.3.01,



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº. : 10730.001327/2003-69
Acórdão nº. : 105-15.822

exatamente pelos valores constantes do laudo.

Apenas não corresponde sua contrapartida em valores discriminados, mas possivelmente englobados. Examinando os valores constantes do livro diário (fls. 93) se observa que o único lançamento que poderia corresponder à sua contrapartida é R\$ 22.088.351,18, mas corresponde ele à conta 2.2.2.2.01 – Empréstimos e Financiamento Estrangeiro, o que não é razoável ou tecnicamente aceitável.

Visando ilustrar, o conjunto de lançamentos mencionado tem os seguintes valores:

	R\$	R\$
		900,00
		86.298,69
Reavaliação	1.966.896,00	
Reavaliação	1.966.896,00	
Reavaliação	1.186.920,00	
Reavaliação	1.073.880,00	
Reavaliação	1.073.880,00	
Reavaliação	350.424,00	
Reavaliação	779.976,00	
Reavaliação	779.976,00	
Reavaliação	339.120,00	
Outros diferimentos	13.221.548,79	
		65,33
		1,10
		4.639,34
		22.088.351,58
		380.178,79
		353.479,34
Totais	22.826.715,48	22.826.715,48

Observe-se que a soma de R\$ 22.826.715,48 não coincide com o montante do ativo constante da avaliação trazido ao processo na operação de incorporação, que era de R\$ 32.190.107,03 (os valores que coincidem estão destacados em negrito).

Uma possibilidade seria a tentativa da empresa em utilizando-se do laudo de avaliação com a reavaliação (fls. 87 a 90) procurar operar verdadeira realização



Processo nº. : 10730.001327/2003-69
Acórdão nº. : 105-15.822

do fundamento econômico do ágio na aquisição da participação societária. Isso porém deveria corresponder a lançamentos contábeis no contabilidade da própria INCORPORADA e obedecendo a rito contábil e técnico próprio, o que não aconteceu, uma vez que isso não constou do balanço adotado para a incorporação – 28.02.1998.

Tal hipótese levaria, ainda, à conclusão de que o valor da participação societária, ao ser refletida nos lançamentos contábeis (fls. 92) corresponderia ao equilíbrio entre o valor englobando a participação societária e o ágio, que somaram R\$ 32.102.908,34. Isso também não é razoável porquanto a soma dos valores (fls. 92) contábeis indica a soma de R\$ 22.793.516,79, que considera a reavaliação e a conta de outros diferimentos.

Dessa forma a única conclusão possível é que os lançamentos de fls. 92 apresentam um componente dissociado do laudo técnico utilizado na incorporação, tendo ocorrido um verdadeiro lançamento por diferença, concluindo-se que houve diferença também no registro do acervo líquido, que no laudo se apresentou como sendo de R\$ 10.097.049,68 enquanto nos lançamentos acima apenas corresponderam aos valores de R\$ 380.178,79 – Capital e R\$ 353.479,34 – Alienação de Investimento. As diferenças não são explicadas.

A discriminação dos valores acima procedida buscou apenas confirmar os valores envolvidos na incorporação procurando testar os argumentos da recorrente.

Mesmo que se pretendesse considerar a hipótese de realização do ágio, isso somente poderia ser aceito à vista do laudo técnico que justificou a sua formação, na forma do art. 20, § 2º, do Decreto-lei nº 1.598/77, quando da aquisição da participação societária, com observância do § 3º do referido artigo.

É de se ver então que, objetivamente não ocorreram procedimentos correspondentes à realização do ágio mencionado; a reavaliação não ocorreu na contabilidade da INCORPORADA, mas da INCORPORADORA, datada posteriormente ao balanço-base da incorporação, e, o lançamento efetuado a fls. 92 mediante elevação dos valores registrados no ativo permanente da incorporadora correspondem à efetiva



Processo nº. : 10730.001327/2003-69
Acórdão nº. : 105-15.822

reavaliação espontânea, tanto que respaldada em laudo técnico (fls. 87 a 90, no qual consta claramente tratar-se de avaliação de parte do ativo da Consub S/A.

É até possível que tudo tenha decorrido de equívoco ou erro contábil, mas quando se trata de figuras fiscais e contábeis que impliquem em diferimento de tributos ou procedimentos de sofisticada técnica contábil e fiscal, se impõe a obediência às normas formais, como ocorre no presente caso.

Se realização do ágio tivesse havido, deveria ela ter se expressado em registros contábeis próprios, apoiados nos instrumentos exigidos pela lei.

Ademais, os lançamentos de contrapartida dos valores correspondentes à reavaliação calcada em laudo técnico, para que fossem beneficiados com o diferimento de sua tributação, deveriam ser formalizados obrigatoriamente em reserva de reavaliação.

Não o foram e ocorreram após a formação dos valores adotados na incorporação (28.02.1998) e corresponderam a mutações patrimoniais indicadas na cláusula 10 do Protocolo.

Portanto, houve o laudo com a conseqüente reavaliação espontânea refletida no aumento de saldo das contas individuais correspondentes às embarcações da empresa, o que representa sua contabilização.

Se bem a contrapartida ficou oculta no conjunto de lançamentos realizado (fls. 92) mas seguramente não ocorreu em conta de Reserva de Reavaliação.

Sendo procedimento anterior à vigência do artigo 4º da Lei nº 9.959/2000, sua restrição não é aplicável, já que anteriormente não existia.

Diante disso não vejo como afastar a constatação da existência da reavaliação, registrada contabilmente que foi nas contas correspondentes aos bens reavaliados, como também não há como se desconhecer o não registro da contrapartida em conta de reserva de reavaliação, mesmo que isso possa ter ocorrido devido a erro



Processo nº. : 10730.001327/2003-69
Acórdão nº. : 105-15.822

contábil, mas corresponde a descumprimento formal essencial ao diferimento da tributação.

Não ocorreu ainda o procedimentos de realização do ágio com as formalidades exigidas pela legislação de regência.

Nessa linha de raciocínio não há como censurar o procedimento fiscal nem reformar a decisão recorrida, mesmo que apoiado em argumentos diferenciados.

Voto, portanto, pela manutenção da tributação relativamente a este item.

Encargos de Depreciação

Quanto a este item, acha-se descrito no Termo de Verificação e Constatação, às fls. 9/11:

A fiscalizada foi intimada em 27/03/02 e reintimada em 28/06/02 a apresentar os controles de depreciação e os controles patrimoniais da empresa. Não apresentou os controles citados e também não respondeu, em sua resposta de 10/07/02, ao item da intimação que os solicitava, preferindo silenciar.

Relativamente à depreciação das embarcações reavaliadas, tratadas no item acima, e a amortização do ágio por rentabilidade futura, ambas oriundas da incorporação, foram apresentados demonstrativos que estão sendo aceitos porque a incorporação foi feita em 1998 e não havia valores remanescentes a gerar encargos. Assim, estão sendo considerados os encargos de depreciação das embarcações, no valor de R\$ 828.175,00 (conta 3.1.1.7.01) e de amortização do ágio, no valor de R\$ 2.223.584,50 (conta 3.1.5.6.99.11072), que não serão tributados, por se tratar de situação excepcional que teve marco inicial no período de 1998.

Não há, entretanto, como aceitar os encargos dos demais bens, tendo em vista que a falta de controles não permite a correta análise da situação de cada um desses bens, por impossibilitar o acesso a informações vitais como data de aquisição, taxa de depreciação, percentual já depreciado etc.

São considerados indedutíveis, portanto, os valores lançados à conta 3.1.1.7 e 3.1.5.6, no valor total de R\$ 892.378,74, constantes das fls. 39, 40, 63 e 64 do balancete de dezembro de 1998.



Processo nº. : 10730.001327/2003-69
Acórdão nº. : 105-15.822

Com a impugnação, a recorrente acostou os documentos de fls. 644/746, como sendo o Relatório de Depreciação, o que ensejou a conversão do julgamento em diligência com a finalidade de um auditor-fiscal a ser designado, "*...emitir sua opinião, fundamentada, se ela [documentação] comprova ou não, total ou parcialmente, que são dedutíveis os encargos lançados nas contas 3.1.1.7 e 3.1.5.6, considerados indedutíveis pelo autuante por falta de apresentação das informações pertinentes solicitadas pelo fiscal...**".

A diligência consistiu apenas na seguinte manifestação do auditor-fiscal que lavrou o auto de infração:

O contribuinte trouxe ao processo, instruindo a impugnação, os documentos que entende necessários e suficientes para comprovar a correção da dedução dos encargos de depreciação. Tais documentos haviam sido apresentados no curso da fiscalização e seu conteúdo considerado insuficiente.

Os documentos apresentados (fls. 644/746 e 647/748), que, à exceção do balancete de dezembro de 1998, abrangem apenas parte do ano calendário de 1998, não fornecem todas as informações imprescindíveis para que a fiscalização comprove a procedência dos valores lançados como encargos de depreciação. A falta de informações decorre não apenas da parcialidade do período abrangido como também da falta de individualização dos bens e de suas respectivas datas de aquisição.

Assim sendo, mantenho o entendimento expresso no item 2 do Termo de Verificação e Constatação de fls. 9/11, de que a falta de individualização dos bens e de suas respectivas datas de aquisição impedem a correta verificação da exatidão da taxa adotada e da dedução dos encargos dentro do limite de 100% do custo de cada bem.

Às fls. 1274/1279, a recorrente manifestou-se sobre a diligência realizada e acostou os documentos de fls. 1282/1611, pretendendo demonstrar com eles, a existência dos controles de depreciação, nos termos exigidos pela fiscalização.

Tais documentos não foram aceitos pela decisão recorrida, imputando-lhes a mesma deficiência já apresentada anteriormente, nos seguintes termos:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº. : 10730.001327/2003-69
Acórdão nº. : 105-15.822

Os documentos trazidos (somente após a diligência) que mais se aproximariam da adequada individualização das descrições e amortizações efetuadas são os demonstrativos intitulados "Razão Analítico" (fls. 1.422/1.611). Esses documentos, contudo, não oferecem a qual deles se vale uma fiel identificação da natureza dos bens ali listados. As descrições do que poderiam ser esses bens debitados no Ativo Imobilizado – sobre os quais incidiria a depreciação – não trazem nenhuma indicação do que seria a natureza desses bens. As expressões ali observadas, assim suponho, parecem apenas indicar o nome da empresa vendedora do bem, mas nem essa certeza tenho.

Efetivamente, dos controles apresentados constam apenas o número da nota fiscal, sem a descrição da natureza do objeto da aquisição, circunstância que não permite a identificação dos mesmos e por conseqüência, se pertinente ou não a dedutibilidade.

Assim, mantenho a glosa.

Prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL

Consta do Termo 9/11:

A fiscalizada compensou prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL, no ano calendário de 1998, além de manter saldos a compensar registrados no Lalur.

Os prejuízos e bases negativas tiveram origem na empresa Norsul Offshore S.A., CNPJ 27.596.568/0001-73, e, em razão dessa origem, como se verá a seguir, não poderiam ter sido compensados pela fiscalizada por circunstâncias duplamente impeditivas.

Um dos impedimentos decorreu da incorporação pela Norsul Offshore da empresa Consub S.A., CNPJ 01.581.312/0001-07, cuja ata da AGE de incorporação datada de 30/12/96 foi registrada na Jucerja em 09/01/97. Na AGE foi aprovada a incorporação com a simultânea alteração da razão social para Consub S.A. (razão social da incorporada), mudança do objetivo social e manutenção do endereço, já compartilhado por ambas, na rua Pesqueira, 108, parte, RJ. Em resumo, a Norsul Offshore S.A. incorporou a Consub S.A. para, no mesmo ato, transformar-se nesta, com o claro objetivo de aproveitar os prejuízos da incorporada. O que houve,,



Processo nº. : 10730.001327/2003-69
Acórdão nº. : 105-15.822

na prática, foi a incorporação da Norsul Offshore pela Consub, uma vez que esta sobreviveu e aquela foi extinta no ato de incorporação.

Em segundo lugar, como impeditiva, está a circunstância da cumulatividade da mudança da atividade e do controle societário. Na já citada AGE de 30/12/96 houve mudança da atividade, como descrito na própria ata e no protocolo de incorporação, que foi registrado juntamente com a ata na Jucerja. No que tange à mudança do controle societário devem ser feitas algumas considerações.

Em 30/03/98, através de AGE cuja ata foi registrada na Jucerja em 27/05/98, a fiscalizada incorporou a empresa DSND Serviços Marítimos Ltda., CNPJ02.094.335/0001-41, então sua controladora como se comprova da lista de presença de acionistas registrada juntamente com a ata da AGE, e mudou sua razão social para DSND Consub S.A. O controle societário havia sido adquirido antes, entre outubro de 1997 e março de 1998, como se verifica do demonstrativo composição acionária DSND Consub S/A. Neste demonstrativo aparece, após a AGE de 30/03/98 que incorporou a DSND Serviços Marítimos, a empresa controladora que detinha a quase totalidade das quotas desta: DSND Sondenfeldske ASA, sediada na Noruega, que passou a deter 93,97% do capital da DSND Consub S.A.

Do exposto, conclui-se que a fiscalizada não poderia compensar os resultados negativos registrados no lalur da Norsul Offshore S.A. porque houve mudança cumulativa do controle societário e da atividade e também porque não houve a incorporação da Consub S.A. pela Norsul Offshore S.A., e sim o inverso, pois, como visto, a "incorporadora" desapareceu e a "incorporada" subsistiu.

Resumindo, dois foram os motivos que ensejaram o lançamento em questão, a saber:

- a) a incorporação da Consub pela Norsul deve ser caracterizada como incorporação da Norsul pela Consub;
- b) ocorrência, entre a data de apuração do prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa da CSLL e da compensação, modificação de controle societário e mudança no ramo de atividade da empresa.

A decisão recorrida afastou o segundo motivo, mantendo o lançamento,



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº. : 10730.001327/2003-69
Acórdão nº. : 105-15.822

contudo, em face do primeiro, pelas seguintes razões:

Ao ser realizada a operação societária, a incorporadora NORSUL passou a chamar-se CONSUB, mesma denominação da incorporada. Ambas as empresas operavam no mesmo endereço e tinham objetivos sociais semelhantes, consoante reconhecido na decisão recorrida. A incorporada CONSUB foi extinta e o seu CNPJ também. A incorporadora CONSUB, ex-NORSUL, continuou operando sob o CNPJ original da NORSUL.

Assentou a decisão recorrida, no item 59, *in fine* que "...quanto à primeira, Consub S/A, seu nome, seu fundo de comércio, sua existência física etc., indicam que continuou existindo, malgrado sua 'extinção' enunciada formalmente".

Assim, a manutenção do lançamento foi fundamentada numa suposta simulação, acusação inexistente na denúncia fiscal e sem o respaldo de um conjunto probatório mínimo.

Com efeito, toda a operação societária levada a efeito foi precedida das providências elencadas no art. 227 da Lei das Sociedades Anônimas nº 6.505/76. A incorporação tem justificativa no documento de fls. 173/174, e se traduz na conjugação de esforços com vistas a economia de despesas operacionais.

De outra parte, nenhum dos atos formais apresentados pela recorrente restaram impugnados na ação fiscal, de modo que a ilação de que houve uma operação simulada é meramente subjetiva.

Em tais condições, improcede a glosa.

LANÇAMENTOS REFLEXOS

No lançamento reflexo, aplica-se *mutatis mutandis* o que foi decidido quanto à exigência matriz (IRPJ), devido à íntima relação de causa e efeito entre elas.

ISTO POSTO, e por tudo o mais que dos autos consta, conheço de ambos os recursos e voto no sentido de: I) NEGAR PROVIMENTO ao recurso de ofício;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº. : 10730.001327/2003-69
Acórdão nº. : 105-15.822

e II) DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário para afastar a glosa relativa aos prejuízos fiscais e base de cálculo negativa da CSLL, mantidas as demais exigências.

Sala das Sessões - DF, em 22 de junho de 2006.

IRINEU BIANCHI