



MINISTÉRIO DA ECONOMIA, FAZENDA E PLANEJAMENTO

LADS/

Sessão de 26 agosto de 19 91

ACORDÃO Nº 105-5.904

Recurso nº: - 99.364 - IRPJ - EX: 1989

Recorrente: - RACINE ALBARUS HIDRÁULICA LTDA.

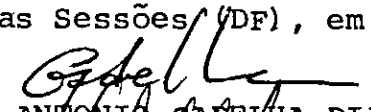
Recorrida: - DRF EM PORTO ALEGRE - RS.

IRPJ-INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADES - COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS. Não obstante as exageradas operações de arrumação de organização societária, quase esgotando as possibilidades legais para tanto, o certo é que a incorporação de que se trata resultou sem ofensa à lei de regência, no exercício de 1986, de modo a permitir a compensação de prejuízos da incorporadora com os resultados da incorporada, no exercício seguinte àquele correspondente ao ano-base da incorporação.

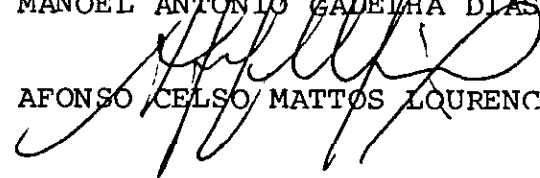
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por RACINE ALBARUS HIDRÁULICA LTDA.,

ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, em DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Ursula Hansen (Relatora) e José do Nascimento Dias que negavam provimento ao recurso. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Afonso Celso Mattos Lourenço.

Sala das Sessões (DF), em 26 de agosto de 1991

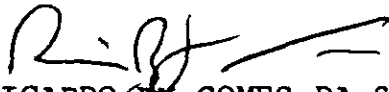

 MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS

- PRESIDENTE


 AFONSO CELSO MATTOS LOURENÇO

- REDATOR-DESIGNADO

V.V


VISTO EM RICARDO GOMES DA SILVEIRA - PROCURADOR DA FAZEN
SESSÃO DE: 24 OUT 1991 DA NACIONAL

RECURSO DA FAZENDA NACIONAL: RP/105-0.244

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: José Roberto Moreira de Melo, Geraldo Agosti Filho e Sebastião Rodrigues Cabral.



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL

PROCESSO Nº 11080-015.812/89-38

RECURSO Nº: 99.364

ACORDÃO Nº: 105-5.904

RECORRENTE: RACINE ALBARUS HIDRÁULICA LTDA.

R E L A T Ó R I O

RACINE ALBARUS HIDRÁULICA LTDA., tempestivamente recorre de decisão de fls. 207 a 212, do Delegado da Receita Federal em Porto Alegre-RS, que manteve Auto de Infração de fls. 129.

2. Em decorrência de ação fiscal, a empresa foi autuada por infringência do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.341 de 29.06.87, por compensação indevida de prejuízo do exercício de 1987, atualizado até a data de compensação Cz\$ 328.131.242,00 da Incorporada (de fato) - Transhid Indústria Oleodinâmica, Brasileira S.A., com lucros da Incorporadora (de fato)

Do Termo de Verificação Fiscal de fls. 3 a 5 consta:

TRANSHID Indústria Oleodinâmica Brasileira S.A., estabelecida em Piracicaba em 10.06.87 teve modificado seu capital social.

ALBARUS S.A., Ind. & Comércio adquire dos acionistas individuais 49% dos votos através de Contrato de Promessa de Compra e Venda, condicionada a operação a que a empresa norte americana do mesmo grupo, adquirisse o controle de CESSNA B.A. nos Estados Unidos. Os 51% dos votos da TRANSHID já pertenciam a CESSNA Indústria e Comércio Ltda.

Em 10.06.87, ALBARUS S.A., Indústria e Comércio, de Porto Alegre, assume o controle da TRANSHID, empresa deficitária e com prejuízos acumulados desde 1984 e concordatária desde 08.05.1987. Através de maciça injeção de recursos, TRANSHID passa de situação de quase falência para empresa com lucro real em 31.12.87, lucro este compensado com os prejuízos anteriores, permanecendo, ainda, o montante de 68.491,08 OTN a compensar. RACINE HIDRÁULICA Ltda., tinha no seu capital a seguinte composição - ALBARUS Ind. e Comércio - 51% DANA Equipamentos - 47,98% e outros - 1,02%. Trata-se de empresa altamente lucrativa - em 31.12.87 registra lucros acumulados de Cz\$ 377.711.485,00.

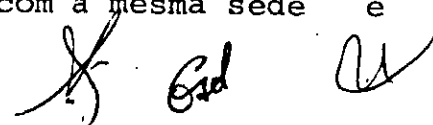
Em 29.02.88 ocorre cisão em RACINE Hidráulica Ltda., sendo 99,99% de seu patrimônio incorporado por TRANSHID S.A., O capital de TRANSHID é elevado com a incorporação do patrimônio de RACINE Hidráulica, a companhia é transformada em sociedade por cotas de responsabilidade limitada; a denominação social passa de TRANSHID S.A., para RACINE Albarus Hidráulica Ltda., e a sede da empresa é transferida de Piracicaba, SP para Cachoeirinho, RS (mesmo endereço de Racine Hidráulica).

Em 31.12.88 todos os prejuízos de TRANSHID S.A., são compensados por RACINE ALBARUS Hidráulica Ltda., reduzindo o lucro real - Cz\$ 328.133.242,00.

De fato, quem foi incorporada foi a empresa que nos documentos formais constou como incorporadora, buscando, com isto o art. 33 do Decreto-Lei 2.341/87, que veda a compensação de prejuízos da incorporada pela incorporadora.

3. Em sua impugnação de fls. 131 a 188, a interessada não contesta os fatos historiados pela autuante considerando, no entanto, totalmente descabida a presunção de que faticamente a operação se processou às avessas do instrumento ligado nos atos formais.

Esclarece que após a cisão, RACINE HIDRÁULICA LTDA., prosseguiu com os mesmos registros, com a mesma sede e



Acórdão nº 105-5.904

com capital reduzido, e que TRANSHID muda sede e altera denominação para RACINE ALBARUS HIDRÁULICA LTDA., para incluir o nome da controladora - ALBARUS e manteve RACINE, dado que os produtos dessa marca gozavam de excelente nome no mercado e, para desvincular da empresa nome a té há pouco indicativo de indústria em situação pré-falimentar

Ressalta que os atos societários foram devidamente arquivados nas Juntas Comerciais de São Paulo e no Rio Grande do Sul.

Afirma, ainda, que para um lançamento tributário' não são suficientes as presunções e/ou meros indícios.

O Fisco não junta nenhuma prova material que justifique a autuação, ao contrário, a prova da impugnante demonstra a ocorrência de uma série de atos e fatos jurídicos perfeitos, registrados em órgãos competentes que demonstram a licitude dos mesmos.

Anexa voto vencedor no acórdão da 5a. Câmara deste Conselho - Processo nº 13603-000.382/86-78 - (fls. 174) Acórdão nº 105-2.607 ou 25.04.88.

"LUCRO REAL - Compensação de prejuízos verifica-se a legalidade da operação de incorporação da empresa, com a conseqüente compensação dos prejuízos fiscais acumulados da incorporadora, pelo que indevida a exigência tributária."

4. Na Informação Fiscal, o autuante considera tratar-se a operação, não de elisão fiscal, mas de evasão ilícita, através de clara simulação jurídica.

Anexa decisão do Tribunal Federal de Recurso em Apelação Civil nº 115.478 de 18.02.87 sobre caso absolutamente semelhante, e com a seguinte Ementa:

"Ação anulatória de débito Fiscal. Imposto de Renda - Lucro Presumido. Omissão de Receita. Legitimidade da autuação do Fisco, em face dos elementos constantes dos autos."

O Conselho de Contribuintes já havia se pronunciado sobre a matéria, em 25.02.86 - Acórdão nº 103-07.260.



Acórdão nº 105-5.904

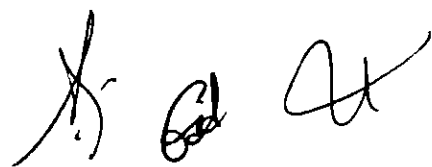
"IRPJ - Transferência de Receitas - Evasão Fiscal - Há evasão ilegal de tributos quando se criam oito sociedades de uma só vez, com os mesmos sócios que, sob a aparência de servirem à revenda de produtos da recorrente, têm, na realidade, o objetivo admitido de evadir tributo, ao abrigo de regime de tributação mitigada (lucro presumido)."

5. Na decisão de fls. 207 a 212, a autoridade julgadora de primeira instância, considera que a incorporação inlida não pode ser considerada como um negócio jurídico perfeito e acabado que possa produzir todos os efeitos decorrentes de sua validade visto estar eivado do vício da simulação. Considera que as partes pactuaram um ato com o objetivo de encobrir outro: a incorporação da Transhid pela RACINE.

Não se pode confundir simulação fiscal com a elisão, como pretende a interessada. Não se trata de apenas evitar, por meios lícitos, a ocorrência do fato gerador, que é o pressuposto básico de figura da elisão, mas sim de revestir um negócio jurídico com roupagens de outro, com o objetivo de induzir terceiros, no caso o próprio fisco, em enganos.

Cita Sampaio Dória (Elisão e Evasão Fiscal, BET, 1977), que aponta como uma das principais características da simulação, a incompatibilidade lógica entre a forma e o conteúdo do negócio jurídico, que é sempre mero pretexto, de modo que o "nomen juris" pretende moldar e identificar uma realidade factual, cujas características essenciais discrepam radicalmente daquelas que devem ser próprias do negócio, com a evidente violação da forma jurídica dos fatos.

Afirma não se poder considerar próprio nem usual, na figura da incorporação, o fato da empresa recém saída de uma situação concordatária, mantendo ainda uma situação contábil de insolvência (Patrimônio Líquido de Cr\$ 349.164.052 e total do passivo de Cr\$ 420.269.225 (fls. 97) incorporar uma empresa de maior lucratividade e de patrimônio bem superior. Tal fato contraria princípio fundamental da economia de mercado: o da absorção de uma empresa por outra de maior solidez patrimonial.



A respeito das configurações jurídicas da incorporação e difusão cita Carlos Fulgêncio Peixoto (A Sociedade por Cotas de Responsabilidade Ltda., vol. II) que diz serem as mesmas quase abandonadas, no Brasil, pelas dificuldades de ordem legal, hoje substituídas pela forma jurídica de "holding".

Rui Carneiro Guimarães - citando Alfredo Russel e Carvalho de Mendonça (Sociedade por Ações, vol. III, Forense 1960 p. 273) define que "a incorporação para a sociedade subsistente não é mais do que um aumento de capital e para a absorvida apenas um modo cômodo, econômico e rápido de liquidação".

Face à doutrina citada, demonstra-se a inversossimilitude do presente processo de incorporação. Valendo-se de configuração jurídica dificultosa, e sem intensão de liquidar a empresa absorvida, a empresa de menor solidez patrimonial incorpora a parte inválida de RACINE hidráulica. Verifica-se que TRANSHID, controlada pela ALBARUS S.A., sócia majoritária também de RACINE Hidráulica engendrou a incorporação em causa, apenas para não perder o direito de compensar os prejuízos fiscais a tal compensação não seria possível caso o procedimento seguisse a forma material e lógica.

Com relação à arguição de falta de prova material no lançamento, nem sempre passível de ser obtida nos casos de simulação, destaca que a presunção é meio de prova admitida no nosso ordenamento jurídico, arrolada no art. 116 do Código Civil e utilizado no Direito Tributário. Tal fato já se incorporou à jurisprudência administrativa, o que redundou, inclusive, na fixação de alguns critérios legais de tributação com base em presunções e indícios, como é o caso de Decreto Lei 1598/77.

6. Em suas razões e Recurso, fls. 216 a 221, reitera os argumentos apresentados na fase impugnatória, alegando, ainda, que, quando a ALBARUS S.A., Indústria e Comércio, controladora da RACINE Hidráulica Ltda., adquiriu o controle da TRANSHID, projetou constituir no futuro, uma só empresa; porém, ao adquirir a TRANSHID, sua nova controladora injetou recurso suficiente para retirá-la da condição de concordatária, transformando-a em uma empresa lucrativa e que o prejuízo acumulado a ser compensado no futuro seria 4 vezes me

Acórdão nº 105-5.904

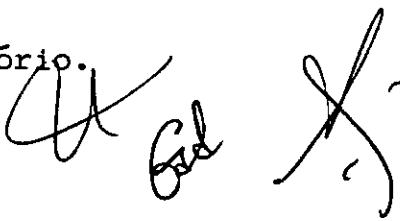
no do que o lucro apurado, em um semestre, pela TRANSHID, sendo, portanto, previsível que continuaria a ter lucratividade ' capaz de compensar este prejuízo.

Pergunta "se os administradores da controladora ti vessem decidido de forma inversa, ou seja, se a RACINE incorporou a TRANSHID perdendo conseqüentemente o direito de compensar o saldo de prejuízos acumulados, não seriam eles passíveis de responsabilização por decisão prejudicial aos interesses da Companhia?".

Destaca que, se a legislação não permitisse que uma empresa de menor porte incorporasse outra de maior porte, não se teria efetuado a incorporação. A incorporação como efetiva da não está proibida por nenhuma norma legal, sendo de outra parte garantido pelo Direito Tributário, que o contribuinte for malize os seus negócios de maneira mais vantajosa possível, em termos de tributação.

Conclui lembrando que não resta dúvida de que a incorporação, em termos societários, foi instrumentalizada legalmente, estando corretos seus procedimentos e registros.

É o relatório.



Acórdão nº 105-5.904

V O T O V E N C I D O

Conselheira URSULA HANSEN, Relatora:

Considerando que, acompanhado-se as diversas etapas, desde a aquisição do controle de TRANSHID empresa em estado pré falimentar (em junho de 1987) pela ALBARUS S.A., controladora de RACINE Hidráulica, cisão de RACINE, incorporação e RACINE, aumento de capital de TRANSHID, sua transformação de sociedade anônima para empresaportocotas de responsabilidade Ltda., alteração de razão social, transferência da sede para a sede da RACINE (fatos todos ocorridos em 01.03.88), compensação do prejuízo de TRANSHID com o lucro acumulado da RACINE embora formalmente certos, demonstram claramente a efetiva operação, ou seja a incorporação de TRANSHID por RACINE Hidráulica;

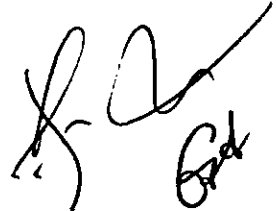
Considerando que a afirmação da recorrente de que, como TRANSHID tivera lucros em 1987 certamente também o teria em 1988 e em volume suficiente para absorver o prejuízo acumulado, na da acrescenta à presente lide;

Considerando que a própria Recorrente, afirma que, se os administradores da controladora tivessem decidido que RACINE incorporasse TRANSHID, perderiam o direito de compensar o saldo do prejuízo acumulado, sendo passíveis de responsabilização por decisão prejudicial aos interesses da companhia;

Considerando todo o embasamento doutrinário da tese defendida e adotada pela autoridade julgadora de primeira instância;

Considerando que a interpretação do fato gerador é feito com base em uma situação de fato (art. 118 do Código Tributário Nacional) e não em uma situação que se apresente como verdadeira, valendo à operação tributada não pelo nome ou forma jurídica que se lhe atribua, mas sim pelo conteúdo que se lhe revele;

Considerando, ainda, tudo o mais que consta dos autos,



Acórdão nº 105-5.904

Voto no sentido de que seja negado provimento ao recurso.

Brasília (DF), em 26 de agosto de 1991

URSULA HANSEN - RELATORA

Acórdão nº 105-5.904

VOTO VENCEDOR

Do Conselheiro AFONSO CELSO MATTOS LOURENÇO, Redator-Designado

Recurso tempestivo, dele tomo conhecimento.

Discordo totalmente da posição da ilustre Conselheira Ursula Hansen, ora vencida.

Fundamento minha posição com base nos termos do voto proferido por mim no Acórdão 105-2.607, de 25.04.88, relativo a processo análogo.

O acórdão supracitado foi ratificado pela E grégia Câmara Superior de Recursos Fiscais, através do Acórdão CSRF/01-0.892, de 28.06.89, com Voto do insigne Conselheiro Ur gel Pereira Lopes, de cujo teor destaco o seguinte texto:

"Ora, o instituto jurídico da incorporação de sociedade está claramente regulado no art. 227 da Lei nº 6.404/76, a saber:

"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."

Não se conhece outro dispositivo legal, no Direito Privado Brasileiro, que acrescente ou retire algo ao conceito legal desse art. 227.

Nada, por exemplo, que limite a incorporação aos casos em que a sociedade incorporadora seja maior que a incorporada, econômico, patrimonialmente, ou segundo qualquer outro indicador que se use para medir a grandeza das sociedades envolvidas na incorporação.

Nada existe na lei, também, que restrinja a incorporação capaz de ensejar incorporação de prejuízos, às hipóteses em que seja a incorporadora, e não a incorporada, que tenha prejuízos a compensar.

Despicienda, por igual, a pretensa distinção entre incorporação de fato e incorporação de direito. Essa distinção, com o caráter que lhe emprestou o Fisco, simplesmente não existe

X. Gd

Também merecedor de reparos o recurso à interpretação econômica, na amplitude com que foi utilizada. A interpretação das leis há de ser, acima de tudo, jurídica.

Se a lei foi mal elaborada, como não é raro, infelizmente, no âmbito da legislação tributária, por modo a permitir expedientes destinados a alcançar, com facilidade, a chamada "elisão fiscal", não se pode consertá-la com soluções de circunstâncias."

Pelo exposto, dou provimento ao recurso.

É o meu voto.

Brasília (DF), em 26 de agosto de 1991

AFONSO CELSO MATTOS LOURENÇO - REDATOR-DESIGNA
DO

Cal