



MINISTÉRIO DA FAZENDA

cvgc/LRC

Sessão de 26 de março de 1990

ACÓRDÃO Nº 103-10.183

Recurso nº 51.329 - IRF - ANO 1985

Recorrente CONVAÇO - CONSTRUTORA VALE DO AÇO LTDA.

Recorrid DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL EM GOVERNADOR VALADARES - MG

IRPJ - ELIMINAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS.

Uma vez que a lei não determina como deva ser efetuada a eliminação da participação recíproca após as operações de fusão, incorporação ou cisão, nada impede que essa eliminação tenha ocorrido com relação a uma só empresa, de tal sorte que a escrituração deste fato se opere mediante débito à conta de passivo, sem que isto envolva distribuição de lucros entre as empresas envolvidas.

Recurso a que se dá provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por CONVAÇO - CONSTRUTORA VALE DO AÇO LTDA.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.

Sala das Sessões-DF., em 26 de março de 1990.

ANTONIO DA SILVA CABRAL

PRESIDENTE E RELATOR

VISTO EM ZAINITO HOLANDA BRAGA

PROCURADOR DA FAZENDA NA

SESSÃO DE: 29 MAR 1990

CIONAL

Participaram, ainda, do presente julgamento os seguintes Conselheiros: AYRES DE OLIVEIRA, LÓRGIO RIBEIRO, DÍCLER DE ASSUNÇÃO, FRANCISCO XAVIER DA SILVA GUIMARÃES, BRAZ JANUÁRIO PINTO e LUIZ ALBERTO CAVAS MACEIRA. Ausente por motivo justificado o Conselheiro ANTONIO PASSOS COSTA DE OLIVEIRA.

SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL Processo nº 13629/000.063/87-28
Recurso nº 51.329
Acórdão nº 103-10.183
Recorrente: CONVAÇO - CONSTRUTORA VALE DO AÇO LTDA.

R E L A T Ó R I O

CONVAÇO - CONSTRUTORA VALE DO AÇO LTDA., empresa com sede na cidade de Ipatinga, Estado de Minas Gerais, solicita a reforma da decisão de primeiro grau.

Trata-se de litígio surgido com a impugnação feita ao auto de infração de fls. 01, no qual a fiscalização apurou, no exercício de 1986, ano-base de 1985, distribuição de lucros da au tuada para a ex-sócia pessoa jurídica CONEMPAR- Convaço Empreendi mentos e Participações Ltda., sob a forma de crédito em favor da beneficiária, contabilizado no exigível a longo prazo, no valor de Cr\$ 3.371.444.479, valor este componente do patrimônio líquido vertido da empresa INTEGRAL MINERAÇÃO LTDA., o qual era composto dos seguintes valores:

1. Capital	Cr\$ 188.000.000
2. Reserva de capital	Cr\$ 1.232.309.536
3. Lucros Acumulados	Cr\$ 383.314.447
4. Lucro do Exercício não tributado	<u>Cr\$ 2.988.130.032</u>

Total de PL vertido em
favor da sócia: Cr\$ 4.791.754.015

Lucros distribuídos a
Tributar:

Lucros Acumulados	Cr\$ 383.314.447
Lucro do Exercício	<u>Cr\$ 2.988.130.032</u>

A tributar: Cr\$ 3.371.444.479

F

Acentuou o autuante que nos documentos de Incorporação de Cisão constam como motivo para o crédito a eliminação de participação recíproca entre CONVAÇO e CONEMPAR. O motivo não desfigura a distribuição de lucros ocorrida de fato com as operações, além do que a referida eliminação consistiria em ajuste entre as contas de Investimentos e Capital das empresas envolvidas, o que não ocorreu.

O enquadramento legal foi baseado no art. 544, inciso III, do RIR/80, combinado com o art. 1º, inciso I, alínea "b", do Decreto-lei nº 2.065/83.

Na impugnação a empresa tentou provar que não ocorreu qualquer distribuição de lucros entre empresas, mas mera eliminação de participação societária recíproca que surgira com a operação de cisão da INTEGRAL MINERAÇÃO LTDA. e incorporação da CONVAÇO - CONSTRUTORA VALE DO AÇO LTDA., conforme consta dos itens 7 e 9 do Protocolo de Incorporação e Cisão. Lembrou que o art. 244, § 5º, da Lei nº 6.404/76, exige a eliminação de participação recíproca ocorrida em razão de incorporação e fusão, devendo ser efetuada no prazo máximo de um ano.

Segundo a impugnante, a eliminação de participação recíproca somente pode ser feita eliminando-se a participação de uma empresa em outra ou, ainda, opcionalmente, reduzindo-se as participações de ambas, de sorte que somente uma delas continue a participar da outra. E acrescentou: "Evidentemente, optando-se pela eliminação da participação de uma delas, a sociedade que tiver a participação eliminada deverá ser indenizada pela baixa procedida em sua conta de investimentos. Essa indenização poderá ser feita em dinheiro, em bens, ou, ainda, em créditos formados para liquidação oportuna."

Acrescentou que, na prática, aconteceu o seguinte: a CONEMPAR baixou sua conta de investimentos em Cr\$ 4.793.675.582 e criou um Realizável a Longo Prazo nesse mesmo valor contra CONVAÇO, pela indenização devida por esta última pela eliminação da participação detida. A seu tempo, a CONVAÇO baixou de sua conta de Capital o valor de Cr\$ 4.793.675.582 e criou um Exigível a Lon

go Prazo pela indenização devida à CONEMPAR.

Em outros termos, houve uma baixa na conta Capital da CONVAÇO contra uma baixa na conta Investimentos da CONEMPAR. É de se notar que a baixa ocorrida na conta Capital da CONVAÇO nada tem a ver com as rubricas mencionadas pelo autuante, pois o que se deu baixa foi na conta Capital. Na verdade a fiscalização, sem o dizer, pretendeu aplicar ao caso o art. 377 do RIR/80, embora mencionando o art. 544, esquecendo-se que esses dispositivos se aplicam aos casos de distribuição de lucros e dividendos, não se estendendo à eliminação de participação recíproca. De outro lado, por expressa disposição da Instrução Normativa nº SRF 8/79, seção III, item 5, VIII, no ajuste do capital por eliminação de participações recíprocas entre companhias e suas coligadas ou controladas, de conformidade com o § 3º do art. 296 da Lei nº 6.404, não se aplica a regra do art. 377 do RIR/80.

Às fls. 39/40 foi inserida a respectiva informação fiscal, propondo-se a confirmação do auto.

O julgador singular manteve a autuação, sob os seguintes fundamentos, que se passa a resumir:

a) o art. 244 da Lei nº 6.404/76 proíbe a participação recíproca entre a sociedade e suas coligadas ou controladas e seu § 5º estabelece prazo para essa eliminação;

b) a lei em nenhum momento dispôs que a sociedade poderia optar pela eliminação de participação recíproca de uma delas, nem disse o legislador que a sociedade que tiver a participação eliminada deverá ser indenizada pela baixa procedida em sua conta de investimento;

c) apoiou o entendimento dos fiscais autuantes , quando escreveram, às fls. 40:

"as participações recíprocas entre CONENCO (atual CONVAÇO) e CONEMPAR, poderiam ser naturalmente eliminadas se fossem efetuadas as avaliações dos investimentos pela equivalência patrimonial com os

L

consequentes ajustes das quotas possuídas reciprocamente, consoante regras do item XII da Instrução CVM nº 01/78 (aplicável ao caso, face a vinculação da matéria com a Lei das S/A e ao silêncio da Legislação Tributária), e que se resumiria em lançamentos contábeis nas contas de Capital e Investimentos de cada empresa".

d) no seu entender, a CONEMPARG alienou sua participação na INTEGRAL via CONVAÇO, sendo que, do patrimônio líquido transferido, parte estava sujeita à tributação na fonte, pelo comando do art. 544 do RIR/80;

e) a respeito da expressão "outros interesses" constante do art. 544, a IN 87/80 dispôs em seu item 1 que: "os interesses referidos nos arts. 1º e 2º do Decreto-lei nº 1.790/80 compreendem rendimentos da mesma natureza de lucros, dividendos e bonificações em dinheiro, resultantes de participação no capital..."

f) A IN 8/79, na seção III trata da redução do capital e determina que o ajuste do capital, por eliminação de participação recíproca entre companhias, deve ocorrer de acordo com o § 3º do art. 296 da Lei nº 6.404/76. Logo, a tributação não está sendo feita por aplicação dissimulada do art. 377 do RIR/80.

No recurso voluntário a empresa suscitou as seguintes considerações:

a) a respeito do primeiro ponto abordado pelo julgador, a saber, não vedação pela legislação fiscal e sim pela legislação comercial de participações recíprocas, parece que as autoridades fiscais entendem ser possível que essas participações recíprocas sejam mantidas só para se evitar distribuição de lucros, o que é um absurdo, pois o art. 377 do RIR/80, a não ser aplicado no caso das participações recíprocas é prova de que a própria legislação fiscal adotou a mesma postura da legislação comercial;

b) a respeito da afirmação de que as participações recíprocas foram levadas a efeito intencionalmente não merece acolhida, pois tal fenômeno só poderá ocorrer quando uma sociedade

adquire participação de outra e vice-versa. A aquisição só se verifica por operações do tipo compra e venda, permuta, doação, dação em pagamento, etc. e, incidentalmente, nas operações de cisão, incorporação e fusão. Todas elas, operações voluntárias, posto que contratuais e/ou estatutárias. Poucos são os casos em que as participações recíprocas podem ser geradas ocasionalmente como no caso de desapropriação, mesmo assim sob garantia de justa indenização.

Ao que parece, o fisco apresenta, como alternativa à geração e eliminação de participações recíprocas, a impossibilidade de realização de operações de incorporação e cisão, o que é um absurdo, pois contraria frontalmente o art. 244, § 5º, da Lei nº 6.404/76. Ao eliminar as participações recíprocas, a recorrente não praticou um ato voluntário, mas fê-lo por imposição legal, sem cogitar de distribuição de lucros;

c) a respeito da inobservância da prévia equivalência patrimonial, conforme estabelece a Instrução CVM nº 1/78, cum pre esclarecer que a equivalência patrimonial não elimina participações recíprocas, mas apenas avalia o investimento de acordo com o patrimônio líquido da investida (art. 248 da Lei nº 6.404/76). Fosse assim, por que a lei exigiria a eliminação das participações recíprocas? Acrescente-se que, no caso, a eliminação da participação recíproca foi feita pelo valor patrimonial do investimento detido pela CONEMPARG nas empresas CONENCO (com patrimônio líquido negativo) e INTEGRAL MINERAÇÃO, conforme esclarece, com detalhes, o item 9 do Protocolo de Incorporação e Cisão.

Em segundo lugar, não procede a expectativa do Fisco de exigir prévia equivalência patrimonial, eis que não prevista em legislação tributária e, se procedida, conduziria ao mesmo valor patrimonial dos investimentos. Além disso, a obrigação prévia avaliação para baixa do investimento influente e relevar foi instituída pelo art. 27 do Decreto-lei nº 2.341/87, após a prolação da recorrente. A edição desta norma prova exatamente antes não havia obrigação de as empresas assim procederem. Não permitida a aplicação retroativa da lei.

L

Em terceiro lugar, o item XII da Instrução CVM não estabelece, como parece crer a autoridade fiscal, qualquer procedimento de eliminação de participações recíprocas, mas, apenas, a forma de determinação do percentual de participação na hipótese de existência de participação recíproca. Ao que parece, as autoridades recorridas desejam que a participação recíproca seja eliminada em ambas as empresas, de sorte a manter apenas o excesso da participação de uma das empresas. A legislação, no entanto, não obriga que se faça semelhante coisa. Não proíbe que a eliminação se faça com relação à participação de um só empresa, como no caso presente. Se a CONEMPARG passou a participar da CONVAÇO e vice-versa, foi baixada a participação da CONEMPARG na CONVAÇO, mediante criação nesta de um exigível a longo prazo a favor daquela. Na CONEMPARG, a participação na CONVAÇO, constante do subgrupo investimentos, foi baixada (creditada) em contrapartida à criação de um realizável a longo prazo contra a referida CONVAÇO. Houve, como se observa, alienação da participação societária resultante da operação de incorporação/cisão, de sorte que a CONEMPARG alienou à CONVAÇO, a valores patrimoniais, sua participação societária, sendo que esta, a seu tempo, adquiriu e cancelou as próprias quotas em contrapartida, à conta de capital social.

Em quarto lugar, não é possível aplicar-se uma legislação feita para o caso de sociedades anônimas a uma limitada. O item XII da Instrução CVM é inaplicável ao caso presente porque os objetivos são diversos: enquanto a questão, nos autos, se refere à eliminação de participações recíprocas, a orientação da CVM refere-se à forma de determinação do percentual de participação, na hipótese de manutenção de tais participações. Isto sem contar com o fato de que as instruções da CVM são destinadas a sociedades anônimas de capital aberto e não a todas as companhias;

d) a respeito dos lançamentos contábeis, observa-se que a CONVAÇO (incorporada) participava na CONENCO (incorporadora) e na CONEMPARG, que, a seu tempo, participava na CONENCO (incorporadora) e na INTEGRAL (empresa cindida, cujo patrimônio foi vertido na CONENCO). Na CONEMPARG, a conta de investimentos não mais possuía qualquer subconta relativa ao investimento na CONENCO, já que essa empresa apresentava patrimônio líquido negativo

desde a última avaliação pela equivalência patrimonial, no balanço do exercício anterior. Sendo negativo o patrimônio líquido no balanço anterior, o investimento foi baixado, não sendo registrada toda a avaliação patrimonial, pois resultaria numa conta credora de investimentos, o que contraria princípios contábeis geralmente aceitos. O investimento, portanto, foi desvalorizado a zero, apresentando saldo zero por ocasião da operação. Já o investimento na INTEGRAL apresentava saldo positivo, eis que o patrimônio líquido era positivo. Como a baixa foi feita a valores patrimoniais, resultou, na CONEMPAR, criação de um Realizável a Longo Prazo idêntico ao valor patrimonial do investimento até então detido na INTEGRAL, diminuído do valor patrimonial (negativo) de CONENCO, conforme esclarecido no item 9 do protocolo. Por conseguinte, a subconta CONENCO não poderia ser baixada pelo valor de Cr\$ 4.793.675.582, porquanto apresentava saldo zero, sendo o valor baixado na subconta INTEGRAL, em atendimento aos princípios contábeis;

e) finalmente, a expressão "outros interesses", a autoridade julgadora confundiu operação volitiva com operação feita por determinação legal, pelo que não há como aplicar-se ao caso o art. 544 do RIR/80. A eliminação de participações recíprocas não transferiu recursos de uma empresa para outra. Houve mera movimentação de contas, na contabilidade.

Terminou seu recurso solicitando a punição dos autuantes, por excesso de exação.

É o relatório.

V O T O

Conselheiro ANTONIO DA SILVA CABRAL, Relator:

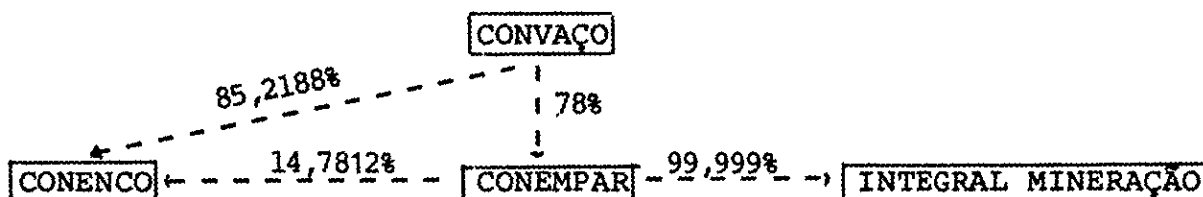
O recurso é tempestivo, eis que a ciência da decisão recorrida se deu em 09.07.88 (AR de fls. 52), enquanto a pro -

h

TOCOLIZAÇÃO do presente ocorreu em 09.08.88 (doc. de fls. 53).

I - OS FATOS E SUA INTERPRETAÇÃO

Conforme se depreende do Protocolo firmado pelas partes, CONEMPAR - CONVAÇO EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÃO LTDA. (CONEMPAR), CONVAÇO - CONSTRUTORA VALE DO AÇO LTDA (CONVAÇO), CONENCO - CONVAÇO ENGENHARIA DE CORROSÃO LTDA. (CONENCO) e INTEGRAL MINERAÇÃO LTDA. (INTEGRAL) faziam parte de um grupo com a seguinte estrutura (fls. 60):



Do acordo com o Protocolo, a CONVAÇO seria incorporada pela CONENCO que, no mesmo ato, alteraria sua determinação social para CONVAÇO - CONSTRUTORA VALE DO AÇO LTDA. Em seguida, a INTEGRAL seria parcialmente cindida, sendo parte de seu patrimônio vertido para a sociedade resultante da operação anterior. Os patrimônios das empresas envolvidas seriam avaliados por empresa especializada.

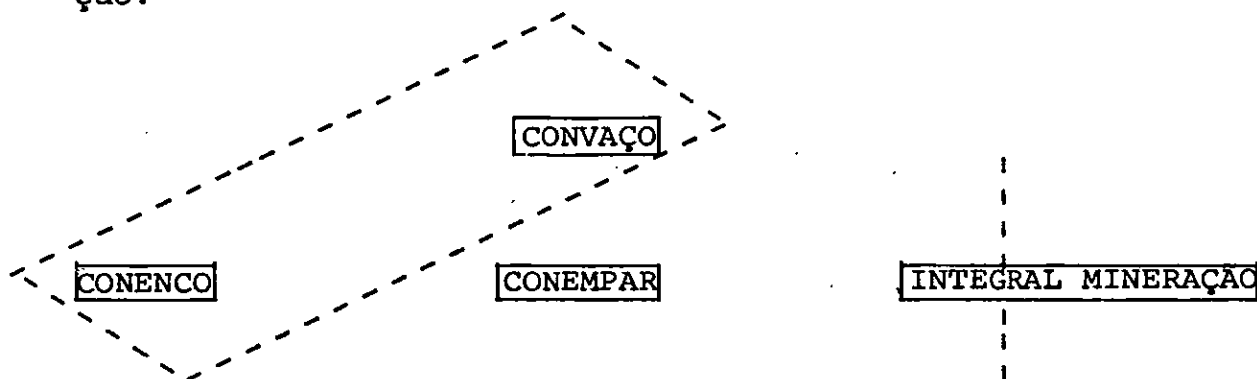
A respeito dos procedimentos de incorporação e cisão, o capital a ser subscrito na CONENCO corresponderia ao capital, da CONVAÇO. As demais contas integrantes do patrimônio recebido por incorporação seriam registradas em contas específicas da CONENCO e não representariam aumento de capital. A participação da CONVAÇO na CONENCO seria baixada no momento da incorporação mediante crédito à conta de capital, em contrapartida a um débito a resultados, no montante de Cr\$ 11.078.433.

No tocante à cisão, as contas vertidas seriam capitalizadas ou mantidas em contas específicas da incorporadora. Assim, a parcela do patrimônio líquido cindido da INTEGRAL,

Acórdão nº 103-10.183

31.08.85, representaria o montante de Cr\$ 4.950.979.093; a parte que representaria aumento de capital na CONENCO seria da ordem de 4.791.754.015 e a parte que seria contabilizada na mesma CONENCO em contas de igual natureza representaria o total de Cr\$ 159.225.078.

Uma vez que a CONENCO incorporaria a CONVAÇO e a empresa resultante receberia a parte do patrimônio líquido vertido da INTEGRAL, a composição passaria a ter a seguinte configuração:



A seguir, para satisfação das normas de ordem societária e fiscal, haveria eliminação das participações recíprocas.

A CONEMPAR passaria a participar da CONENCO em nível maior do que o anterior. A CONEMPAR, no entanto, era investida pela CONVAÇO que, ao ser absorvida pela CONENCO, transferiria a esta sua participação na CONEMPAR. Desta forma, a CONEMPAR participaria de CONENCO que, por sua vez, participaria da CONEMPAR, caracterizando participação recíproca.

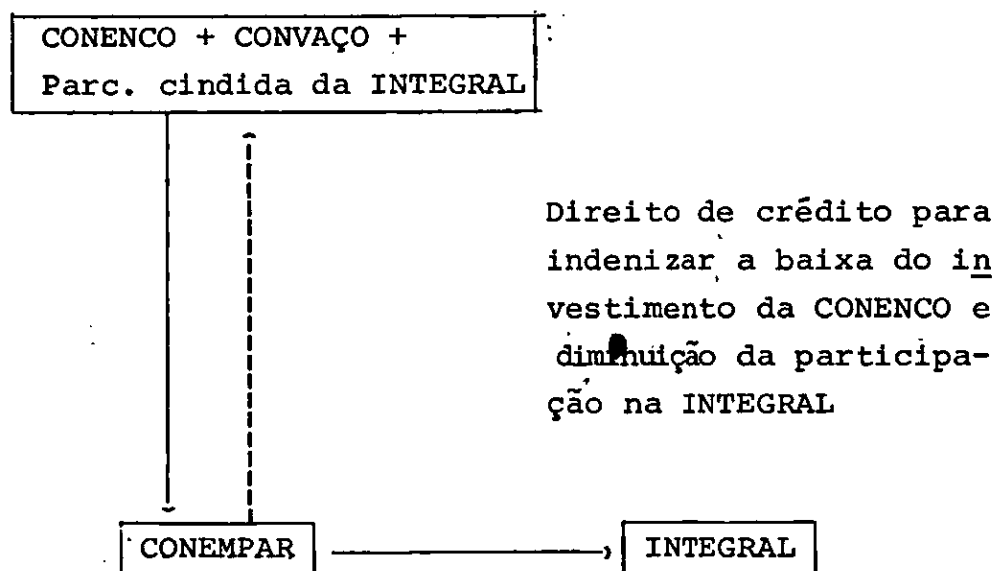
A participação recíproca seria eliminada mediante criação de um exigível a longo prazo na CONENCO, em contrapartida ao débito na conta de capital social, eliminando a CONEMPAR como sua sócia. O valor a ser reduzido no capital da CONENCO corresponderia ao valor patrimonial das quotas possuídas na parcela vertida do patrimônio da INTEGRAL, diminuída sua participação no patrimônio líquido negativa da CONENCO, a saber:

Participação (valor patrimonial) na
CONENCO antes da operação.....(157.303.511)

Participação (valor patrimonial) na INTEGRAL - apenas
parcela cindida, antes de sua incorporação
à CONENCO.....4.950.979.093

Valor a ser baixado no capital da
CONENCO contra a formação de um exigível
a longo prazo.....4.793.675.582

Após a eliminação das participações societárias, o
quadro ficaria como segue:



A empresa CONVAÇO (incorporada) participava na CONENCO (incorporadora) e na CONEMPAR, que, a seu tempo, participava na CONENCO (incorporadora) e na INTEGRAL (cindida, cuja parcela do capital foi vertida na CONENCO). Entendeu a recorrente que na CONEMPAR a conta de investimentos não mais possuía qualquer subconta relativa ao investimento na CONENCO, já que esta empresa apresentava patrimônio líquido negativo desde a última avaliação pela equivalência patrimonial. Em razão de ser negativo o patrimônio líquido no balanço anterior, o investimento foi baixado, não sendo registrada toda a avaliação patrimonial, pois resultaria numa conta credora de investimento, o que contraria os princípios contábeis. Por isso o investimento foi reduzido a zero. Já o investimento na INTEGRAL apresentava saldo positivo. Como a baixa

foi levada a efeito por valores patrimoniais, resultou, na CONEM-PAR, criação de um realizável a longo prazo idêntico ao valor patrimonial do investimento até então detido na INTEGRAL, diminuído do valor patrimonial negativo da CONENCO.

Aqui começa a discussão entre o Fisco e o contribuinte. Entendeu o Fisco, conforme analisado no processo principal, que:

1. a empresa CONVAÇO - CONSTRUTORA VALE DO AÇO LTDA. continuou a existir, de fato, inclusive sob a mesma razão social;

2. na incorporação e cisão a incorporadora de fato foi a antiga CONVAÇO em razão de a razão social ter permanecido, a sede ser a mesma, etc.

3. a empresa que se pretendeu extinguir (CONVAÇO) participava com 85,2188% do capital da CONENCO, avaliação esta com base em equivalência patrimonial;

b) a situação patrimonial da antiga CONVAÇO se comparada com a da empresa resultante de incorporação e cisão (nova CONVAÇO) é praticamente a mesma;

c) com a redução do capital social da antiga CONENCO a zero, esta é que foi a verdadeira empresa extinta.

Em razão de tudo isto e considerando que a antiga CONENCO possuía prejuízos fiscais a compensar passíveis de dedução pela situação deficitária irreversível, o autuante glossou os prejuízos fiscais compensados na declaração do exercício 1986 e tributou, na fonte, parte do patrimônio líquido verificado creditado à sócia da CONVAÇO, saber:

Lucros Acumulados	Cr\$ 383.31
Lucro do exercício	Cr\$ 2.988.1
Total considerado distribuído	Cr\$ 3.371.

Esta Câmara, ao apreciar o feito principal, entendeu que não se poderia falar, pelo menos de acordo com a legislação vigente à época dos fatos, em "incorporação de fato" ou em "cisão de fato". As empresas apenas se aproveitaram de "elisão fiscal" para organizar seus negócios como melhor lhes convinha.

Examina-se, agora, um outro aspecto da questão: a operação pela qual as empresas interessadas eliminaram a participação recíproca envolveu distribuição de lucros?

Provarei que isto não ocorreu. Aliás, se os lucros eram da INTEGRAL, a autuação deveria ter sido contra a INTEGRAL e não contra a CONVAÇO. Houve erro na identificação do sujeito passivo, o que já invalida, in limine, o auto de infração.

II - O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

É importante não perder de vista que estamos diante de caso situado no campo societário, onde predomina o princípio da autonomia da vontade.

A cisão, a incorporação e a fusão são institutos de direito privado, o que significa estarem as partes envolvidas a salvo de tantas limitações como acontece com as operações que são reguladas pelo direito público. No direito tributário, que é um ramo do direito público, predomina a lei sobre a vontade dos particulares.

WALINE e outros muitos administrativistas, ao se referirem ao princípio da legalidade tiraram várias conclusões para compor este princípio com o da autonomia da vontade, esclarecendo que a regra segundo a qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, da Constituição da República Federativa do Brasil), leva, entre outras, às seguintes consequências:

a) ao particular é lícito fazer tudo o que desejar, exceto o que for proibido por lei;

b) o Estado só poderá exigir do particular o que estiver previsto em lei. Ao que parece, os autuantes não se adequaram ao princípio da autonomia da vontade, quando escreveram às fls. 40:

"c) Dessa forma, fica evidente (além das evidências apontadas no TV, fls. 04) que a verdadeira intenção do grupo empresarial foi beneficiar com disponibilidade econômica (ou, usando as próprias palavras da impugnante, com justa INDENIZAÇÃO, fls.17) a empresa "holding" do grupo CONEMPARG, pela sua saída do quadro de sócios da CONENCO (fls. 31), através das arquitetadas operações de incorporação e cisão que, em resumo, visaram encobrir a oculta distribuição de lucros e outros interesses, ocorrida de fato e detectada pela fiscalização."

Ora, que lei proíba as partes intervenientes "nos negócios de cisão e incorporação de agir como agiram? Vale aqui, portanto, o princípio da autonomia da vontade, que permite ao particular organizar seus negócios como melhor lhe convier.

Ainda que se quisesse penetrar na intenção das partes e admitir que as operações foram "arquitetadas" para proporcionar justa indenização à CONEMPARG, que agiria como holding, pela sua saída do quadro dos sócios da CONENCO, que lei proibia tal coisa?

Nesse trecho da informação fiscal, aliás, houve confusão entre justa indenização e oculta distribuição de lucros, coisas completamente distintas. Se a CONEMPARG iria perder sua participação societária não teria direito a receber justa indenização por isto? Afinal, estamos no mundo dos negócios, onde predomina o lucro e não a liberalidade. De resto, o sentido da palavra indenização foi esclarecido pela impugnante, às fls. 17:

"Evidentemente, optando-se pela eliminação da participação de uma delas, a sociedade que tiver a participação eliminada deverá ser indenizada pela baixa procedida em sua conta investimentos. Essa indenização poderá ser feita em dinheiro, em bens, ou, ainda, em créditos formados para liquidação oportuna."

Os autuantes, no entanto, entenderam que a palavra "indenização" era sinônimo de "oculta distribuição de lucros" e daí toda a confusão gerada no presente processo.

III - A QUESTÃO DA PARTICIPAÇÃO RECÍPROCA

Tanto o Fisco quanto o contribuinte concordam em aplicar ao caso o art. 244 da Lei nº 6.404/76, que proíbe a participação recíproca entre a sociedade e suas coligadas ou controladas, sendo que o § 5º desse dispositivo estabelece o prazo de um ano para a eliminação da participação recíproca.

A disputa entre as partes, no entanto, surge a partir da maneira como se deva eliminar a participação recíproca. A recorrente entendeu que basta eliminar-se a participação de uma empresa na outra, sem ser necessário que esta outra, por sua vez, também elimine a participação na primeira. O Fisco, ao que parece, entende se deva proceder a essa dupla eliminação. Veja-se, por exemplo, o que disse o julgador, às fls. 48:

"A lei em nenhum momento dispôs que a sociedade PODERÁ OPTAR "pela eliminação de participação de uma delas" e que "a sociedade que tiver a participação eliminada deverá ser indenizada pela baixa procedida em sua conta de investimento."

Como a lei não impõe a maneira pela qual se haverá de eliminar a participação recíproca vale o velho princípio da autonomia da vontade. Uma das maneiras de se proceder a essa eliminação seria cada sociedade baixar em sua contabilidade o valor do investimento até o montante da participação da outra, em seu capital. Outra maneira, não proibida por lei, naquela ocasião, era eliminar-se a participação de uma empresa na outra sem que esta outra eliminasse sua participação na primeira, como fez a recorrente. Em ambos os casos alcança-se o fim almejado na lei, que é a eliminação de participação recíproca.

O que levou o legislador a criar o art. 244 da Lei nº 6.404/76, que proibiu a participação recíproca, foi, entre outras possíveis razões, a dificuldade de escrituração de ações em

tesouraria. Com efeito, se ambas as empresas atingidas pela participação recíproca contabilizarem o investimento pelo método de patrimônio líquido as ações que uma possui na outra, o valor de patrimônio líquido de uma vai depender do da outra, o que tornaria impraticável esse valor. Por outro lado, a circunstância de duas sociedades serem consideradas, mutuamente, controladas e controladoras causaria balbúrdia insuperável.

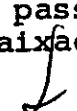
Entendo caber razão a BULHÕES PEDREIRA (Imposto sobre a Renda - PJ - I, Justec, 1979, p. 528, nº 275), quando escreveu:

"O tratamento da participação recíproca requer, portanto, dois ajustes diferentes: (a) na porcentagem de participação que a investidora possui, direta ou indiretamente, no capital em circulação das controladas ou coligadas depois de eliminados os efeitos, sobre essa porcentagem, das participações recíprocas entre controladas e coligadas; e (b) no valor de patrimônio líquido das controladas e coligadas, para excluir a participação da investidora nas ações existentes nos patrimônios destas sociedades que constituam participação recíproca (tanto com a investidora quanto entre as próprias controladas e coligadas)."

Este, creio eu, é o verdadeiro espírito do art.244 da Lei nº 6.404/76. Ora, o fato de se eliminar uma só das pernas da participação recíproca já alcança o fim da lei, que é justamente a eliminação da participação recíproca. Conforme salientou o mesmo BULHÕES, os efeitos da participação recíproca sobre o patrimônio da sociedade são os mesmos da compra, pela companhia, de suas ações, ou de aquisição de suas quotas, isto é, o preço pago pelas ações ou quotas é transferência de capital para os sócios, que diminui o patrimônio líquido da sociedade, com a simultânea redução do número de ações ou quotas em circulação (idem, p. 526).

Entendo que a recorrente alcançou esse mesmo efeito ao utilizar a metodologia que utilizou. Conforme escreveu às fls. 58:

"... se a CONEMPAR passou a participar da CONVAÇO e vice-versa, foi baixada a participação de CONEMPAR



na CONVAÇO, mediante criação nesta de um exigível a longo prazo a favor daquela. Na CONEMPAR, a participação na CONVAÇO, constante do subgrupo investimentos, foi baixada (creditada) em contrapartida à criação de um realizável a longo prazo contra a referida CONVAÇO. Houve, como se observa, "alienação de participação societária, resultante de operação incorporação/cisão", de sorte que a CONEMPAR alienou à CONVAÇO, a valores patrimoniais, sua participação societária, sendo que esta, a seu tempo, adquiriu e cancelou as próprias quotas em contrapartida à conta de capital social, tudo de acordo com a legislação de regência, que, aliás, é expressa no sentido de sugerir a eliminação de participações recíprocas mediante "alienação".

IV - AVALIAÇÃO PRÉVIA PELO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL

Outra questão disputada nos autos diz respeito ao valor da participação recíproca, para efeitos de sua eliminação. O julgador singular (fls. 48) adotou entendimento dos fiscais (fls. 40), no seguinte sentido:

"as participações recíprocas entre CONENCO (atual CONVAÇO) e CONEMPAR, poderiam ser naturalmente eliminadas se fossem efetuadas as avaliações dos investimentos pela equivalência patrimonial com os consequentes ajustes das quotas possuídas reciprocamente, consoante regras do item XII da Instrução CVM nº 01/78 (aplicável ao caso, face a vinculação da matéria com a Lei das S/A e ao silêncio da Legislação Tributária), e que se resumiria em lançamentos contábeis nas contas de Capital e Investimentos de cada empresa."

Mais uma vez verifica-se que os autuantes e o julgador só concebem a eliminação da participação recíproca mediante dupla eliminação de participações.

O item XII da Instrução CVM nº 1, de 27.04.78, não se aplica ao caso, já que tal orientação, embora leve à eliminação de participação recíproca, não teve por fim regular a eliminação em si, mas fixar a porcentagem de participação no capital social da coligada ou controlada, nos casos em que se verificar participação recíproca, o que não é a hipótese dos autos. O capítulo, aliás, é intitulado: AVALIAÇÃO DO INVESTIMENTO BASEADA NA EQUIVA-

F

LÊNCIA PATRIMONIAL. Não se reporta, especificamente, à eliminação de participação recíproca.

Pelo contrário, a lei abriu possibilidade de as empresas procederem como a recorrente que, por exemplo, no art... 224, a respeito do conteúdo do Protocolo, determinou que este deveria conter:

"IV - a solução a ser adotada quanto às ações ou quotas do capital de cada uma das sociedades possuídas pela outra."

Em momento nenhum a Lei nº 6.404/76 determinou que a avaliação se realizasse, apenas, pelo método da equivalência patrimonial. Determinou, isto sim, que o Protocolo contivesse os critérios de avaliação do patrimônio líquido (art. 224, III), como seria lógico. A lei deixou, ao contrário, a cargo dos peritos a avaliação do patrimônio líquido (art. 227, § 3º e art. 229, § 2º).

O art. 244, § 5º, da Lei nº 6.404/76 simplesmente diz que a participação recíproca, quando ocorrer em virtude de incorporação, fusão ou cisão deverá ser eliminada no prazo máximo de um ano, mas não estabelece como se fará essa eliminação.

V - SOBRE A APLICAÇÃO DO ART. 544 DO RIR/80

Os autuantes basearam a exigência no art. 544, inciso III, do RIR/80, cujo teor é o seguinte:

"Art. 544 - Os dividendos, bonificações em dinheiro, lucros e outros interesses, ressalvados os referidos nos incisos I, III e IV do art. 37, e os de que trata o caput do art. 547, estão sujeitos ao desconto do imposto de renda na fonte à alíquota de:

.....

III - 15% (quinze por cento) quando distribuídos pelas pessoas jurídicas a outras pessoas jurídicas domiciliadas no País."

h

O Fisco entende que a hipótese se enquadraria na categoria de "outros interesses", que, segundo a Instrução Normativa SRF nº 87/80, compreenderia os rendimentos da mesma natureza de lucros, dividendos e bonificações em dinheiro, resultantes de participação no capital.

Entendo que o equívoco, no caso, está em se confundir eliminação de participação recíproca com recebimento de lucros, dividendos, etc. Os fiscais autuantes partiram da suposição de que a eliminação da participação teve como objetivo beneficiar a CONEMPAR pela saída do grupo, o que provocou distribuição de lucros. Ora, o raciocínio não tem amparo legal, pois faltou demonstrar por que a eliminação da participação recíproca implicou em distribuição oculta de lucros.

O maior argumento contra a recorrente poderia ser sintetizado nesta observação dos autuantes, às fls. 40:

"b.3) os lançamentos efetuados, ao contrário das regras acima, foram: Na CONENCO: débito conta Capital e crédito conta Exigível a Longo Prazo; Na CONEMPAR: débito conta Realizável a Longo Prazo e crédito conta Investimento subconta Integral Mineração Ltda. Observe-se, portanto, que a conta creditada na CONEMPAR não foi subconta CONENCO como insiste e alega a impugnante."

A observação dos autuantes levaria à conclusão de a recorrente não ter, realmente, eliminado a participação recíproca na CONEMPAR, eis que a baixa se deu em relação ao investimento na INTEGRAL, e não na CONENCO.

Em primeiro lugar, cabe ressaltar que a alteração contratual assinalou, na cláusula la., alínea "d", o seguinte:

"Ficou também deliberada a eliminação da participação recíproca gerada com a operação, já que a CONEMPAR era participada pela CONVAÇO, que foi absorvida por esta sociedade. A eliminação da participação recíproca se fará mediante a exclusão da CONEMPAR-CONVAÇO Empreendimentos e Participações Ltda. do quadro de sócios desta sociedade sendo o valor de sua participação, Cr\$ 4.793.675.582 baixado da conta capital social e transferido para contas do

exigível a longo prazo ora criado, enquanto não liquidado, ficará sujeito à atualização monetária de acordo com a variação das ORTNs, sendo o principal e as atualizações capitalizadas a favor da CONEMP-CONVAÇO Empreendimentos e Participações Ltda."

Por conseguinte, houve eliminação real da participação recíproca.

No tocante à maneira de contabilizar o fato, a empresa deu explicação plausível, ao demonstrar que, restando o investimento na CONENCO reduzido a zero, a baixa se deu na conta de investimentos na INTEGRAL. Essa baixa teria que ser levada a efeito na CONEMPA, eis que seria decorrência lógica da operação de cisão. Poder-se-ia, talvez, alegar não ter sido feita uma escrituração perfeita sob o aspecto contábil, mas o efeito que isso se pretendeu foi conseguido: a eliminação da participação societária.

É o caso de se perguntar: por que este tipo de escrituração estaria a indicar distribuição de lucros?

Se a CONENCO debitou a conta Capital, simplesmente reduziu o capital e ainda que o tenha "distribuído", distribuiu "capital" e não "lucro", que são coisas diversas. Por outro lado, ao criar uma conta no Exigível a Longo Prazo, aceitou uma obrigação de pagar, que, até prova em contrário, não envolve distribuição de lucros.

Cabe, por fim, consideração sobre o excesso de exação, que, segundo a recorrente, se verificou neste processo com infringência dos §§ 1º e 2º do art. 650 do RIR/80 e art. 316, §1º, do Código Penal.

Antes do mais, cabe ressaltar que não é missão do Conselho examinar esta matéria, eis que se trata de infração no campo meramente administrativo e não faz parte do contencioso fiscal. Desta forma, caso a autuada queira insistir na punição dos autuantes deverá dirigir-se à autoridade que jurisdiciona a sede da empresa.

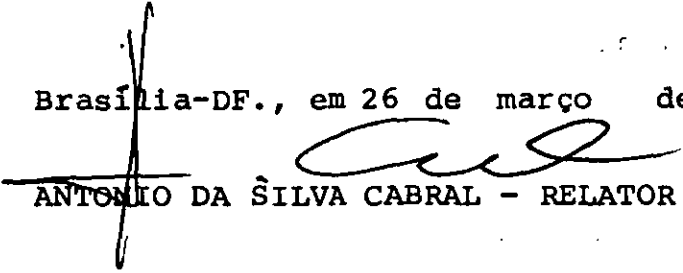
De minha parte, caso fosse examinar a questão deixaria de lado o aspecto subjetivo para, pelo contrário, tecer um elogio aos fiscais autuantes. Afinal, eles levantaram uma tese que tem seu fundamento, quando partiram da observação de que, para eles, as empresas envolvidas praticaram uma incorporação de fato e uma cisão de fato e não de direito, isto é, a CONVAÇÃO teria se utilizado de estratégia para compensar prejuízos e distribuir lucros. Embora este Colegiado tenha divergido da tese levantada pelos fiscais, há de se respeitar, sob o aspecto científico, a posição deles.

Enquanto a maioria dos processos que chegam a este Colegiado para julgamento trata de matérias fáceis de serem auditadas como "passivo fictício", "suprimentos não comprovados", "estouro de caixa", etc., os autuantes, no presente caso, penetraram a fundo na excrituração da empresa, investigaram a complicada correção monetária, e, sem participar das tratativas a respeito dos negócios e contratos realizados pela autuada, realizaram um trabalho sério.

Quem já se debruçou sobre a teoria tridimensional de SAUER ou sobre a tradução brasileira conhecida como "Fórmula Reale", pôde perceber que os jusfilósofos explicam não só a nomogênese como a própria aplicação do direito de acordo com a tríade: FATO-VALOR-NORMA. Se o VALOR ANTECEDE A NORMA, estamos no campo da nomogênese; se o VALOR é exigido após a consideração dos FATOS e da NORMA, tem-se a aplicação da lei. Ora, o VALOR é algo subjetivo, que está dentro de cada um e é fruto de sua educação, de seus princípios, crenças, vivências, etc. Cada um tem sua VALORAÇÃO própria e o cientista há de respeitar a VALORAÇÃO do outro. Quem tem conhecimento vivencial da JURISPRUDÊNCIA sabe muito bem que uma tese, vencida hoje, pode ser vencedora no julgamento seguinte, dependendo, justamente, da VALORAÇÃO de cada juiz, ainda que o FATO seja o mesmo e a NORMA aplicável seja a mesma.

Assim sendo, por tudo o que foi dito o por tudo mais que do processo consta, voto no sentido de se dar provimento ao recurso.

Brasília-DF., em 26 de março de 1990.


ANTONIO DA SILVA CABRAL - RELATOR