



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo n° 13807.003144/2001-73
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão n° 9101-004.437 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 08 de outubro de 2019
Recorrente TYCO ELETRONICS BRASIL LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 1996, 1997, 1998, 1999

COMPENSAÇÃO. “INCORPORAÇÃO ÀS AVESSAS”. GLOSA DE PREJUÍZO FISCAL. MANTIDA.

Subsiste a glosa de prejuízos fiscais e bases negativas da CSLL nas hipóteses em que configurada a “incorporação às avessas”, ou seja, quando se constata que incorporada e incorporadora assumiram na prática os papéis trocados, ou seja, quando se comprova nos autos que empresa de patrimônio líquido reduzido incorpora empresa mais lucrativa do que ela e, na sequência, assume a denominação social da incorporada e passa a ser administrada pela incorporada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, em negar-lhe provimento. Votaram pelas conclusões as conselheiras Cristiane Silva Costa, Livia De Carli Germano e Amélia Wakako Morishita Yamamoto.

(documento assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

DEMETRIUS NICHELE MACEI - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Edeli Pereira Bessa, Demetrius Nichele Macei, Fernando Brasil de Oliveira Pinto (suplente convocado), Livia de Carli Germano, Amélia Wakako Morishita Yamamoto e Viviane Vidal Wagner (Presidente em Exercício). Ausente a conselheira Andrea Duek Simantob, substituída pelo conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

Relatório

A Contribuinte foi submetida a procedimento fiscal que resultou no ajuste do saldo de prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa da CSLL do período, bem como na determinação da exigência relativa às contribuições de PIS e COFINS e demais acréscimos legais.

Conforme Termo de Verificação e Constatação Fiscal (e- fls. 491 a 509), foram constatadas as irregularidades, a saber:

- a) Não comprovação de aquisições de Ativo Imobilizado — glosa de depreciação.
- b) Manutenção no passivo de obrigações (Fornecedores e Contas a Pagar) cuja exigibilidade não restou comprovada.
- c) Não comprovação de serviços prestados por pessoas jurídicas.
- d) Compensação indevida de prejuízo fiscal de empresa incorporada Cablesa do Brasil Autopeças Ltda.

Com relação ao item “d” acima, foi lavrado Termo de Constatação Fiscal/Prejuízo Acumulado, onde se consignou que:

a) Em 29/03/1996, a empresa AMP Incorporated/EUA adquiriu a maioria das quotas do capital social da Cablesa do Brasil Autopeças Ltda, CNN 00.907.845/0001-65.

b) Em 31/03/1997, a sede social da CABLESA foi alterada de Diadema/SP para Rod. Consfancio Cintra, km 82, Itatiba/SP, e, nesta mesma data, foi determinada a abertura de uma filial em Diadema/SP.

c) Em 04/03/1998, a AMP Incorporated/EUA, que também era sócia majoritária da AMP do Brasil Conectores Elétricos e Eletrônicos Ltda, CNPJ 43.057.934/0001-72, resolveu, por meio de seus representantes, promover a incorporação da AMP do Brasil pela CABLESA. Destaque-se que, em 31/12/1997, o ativo total da AMP do Brasil era de R\$ 97.117.562,33 e da CABLESA, de R\$ 17.401.704,66, conforme balanço levantado na mesma data.

d) Nessa ocasião, alterou-se a razão social da incorporadora CABLESA para AMP do Brasil Conectores Elétricos e Eletrônicos Ltda, bem como o endereço da sede, passando a operar no mesmo endereço, funcionários e maquinário da incorporada.

e) Em 20/12/1999, a AMP do Brasil constituiu a empresa Chicotes Elétricos Brasil Ltda, CNPJ 03.574.096/0001-90, com sede na Rod. Constâncio Cintra, km 82, em Itatiba/SP, antiga sede da CABLESA, a qual passou a operar com a inscrição estadual antes utilizada pela CABLESA (n.º 382.054.733.110).

f) Em 01/03/2000, os quotistas de Chicotes Elétricos Brasil Ltda (AMP do Brasil e Altamiro 136scoli) deliberaram aumentar o capital social da empresa, constituída com apenas R\$ 1.000,00, para R\$ 4.135.526,00, integralizando o valor correspondente mediante a conferência de bens moveis oriundos da divisão Chicotes da AMP do Brasil, ou seja, com máquinas e equipamentos que integravam o ativo permanente da CABLESA.

g) Em 13/03/2000 a Tyco Electronics Co. (nova denominação da AMP Inc.), na qualidade de quotista majoritária da AMP do Brasil, transferiu suas quotas da Chicotes Elétricos Brasil Ltda para a empresa Kromberg & Schubert S. A., ficando deliberado a transferência de operação de fabricação de chicotes, atividade anteriormente exercida pela CABLESA. O ato praticado foi o inverso do que aparenta, tendo havido efetivamente a extinção da empresa Cablesa do Brasil Autopeças Ltda, tida como incorporadora, enquanto a AMP do Brasil Conectores Elétricos e Eletrônicos Ltda manteve sua identidade, sede, maquinário, pessoal e atividade, sendo ela, portanto, a verdadeira incorporadora.

4 Foram citadas as seguintes disposições legais infringidas:

1. IRPJ - artigos 195, inciso I e II, 196, inciso III, 197, parágrafo único, 226, 228, 242, 243, 247, 248, 250, 253, 256 e 509 do RIR/1994, artigo 24 da Lei 9.249/1995 e artigo 40 da Lei 9.430/1996.

2. PIS - artigo 3º, alínea "b", da LC 07/1970, artigo 1º, parágrafo da LC 17/1973, Título 5, capítulo 1, alínea "b", itens I e II, do Regulamento do PIS/PASEP, aprovado pela Portaria MF 142/1982, artigo 24, § 2º, da Lei 9.249/1995 e artigos 2º, inciso I, 3º, 8º, inciso I, e 9º da MP 1.212/1995 e suas reedições, convalidadas pela Lei 9.715/1998.

3. COFINS - artigos 1º e 2º da LC 70/1991 e artigo 24, § 2º, da Lei 9.249/1995.

4. CPLL - artigo 2º, caput e §§, da Lei 7.689/1988, artigo 10 da Lei 9.316/1996, artigo 28 da Lei 9.430/1996 e artigos 19 e 24 da Lei 9.249/1995.

Em 19/04/2001, a Contribuinte tomou ciência dos autos de infração, e em 18/05/2001, apresentou Impugnação (e-fls. 577 a 599), alegando, em síntese, as razões abaixo:

1. Preliminarmente, volta-se a impugnar contra a total ausência de fundamentação para a afirmação da fiscalização de que a Cablesa do Brasil Autopeças Ltda "desapareceu".

2 Ressalte-se que o Decreto 70.235/1972 estabelece expressamente os requisitos essenciais do auto de infração, sem os quais este ato administrativo merece anulação.

3 A descrição adequada do fato pressupõe não apenas a sua mera "indicação", como fez o autuante; exige que a sua ocorrência seja demonstrada e que devidamente explicitados. No entanto, a autoridade fiscal omitiu os motivos que o levou a adotar a presunção de que a CABLESA teria sido incorporada pela AMP do Brasil Conectores Elétricos e Eletrônicos Ltda., quando se verifica, no documento societário, que ocorreu o inverso.

4 O lançamento não observou os requisitos legais e essenciais para sua formação, especificamente quanto a descrição dos fatos, devendo o mesmo ser declarado nulo.

5 Em 30/03/1998, os quotistas da CABLESA aprovaram a incorporação da AMP do Brasil e por razões exclusivamente mercadológicas, no mesmo ato, foi aprovada alteração da razão social da incorporadora para a incorporada, com a adoção da razão social desta última.

6 Ambas as atividades, da CABLESA e da AMP do Brasil, foram mantidas após a incorporação, sem que tenha havido confusão de seu processo produtivo.

7 Saliente-se que qualquer incorporação implica uma racionalização de custos. Em função disso, parte dos empregados da incorporada e da incorporadora foi mantida, não tendo sido dispensados os empregados da CABLESA.

8 A incorporação efetuada se deu nos exatos termos da Lei das Sociedades Anônimas, que determina ser esta "a operação pela qual urna ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações".

9 A legislação em regência não exige que a incorporadora seja necessariamente lucrativa e a incorporada deficitária, nem que a incorporadora tenha patrimônio líquido superior ao da incorporada.

10 Conforme manifestações do Conselho de Contribuintes transcritas a fl. 297, a interpretação econômica não prevalece em nosso Direito, que também repudia a desconsideração da forma jurídica de atos lícitamente praticados e, principalmente, que a "aliança" entre interpretação econômica e desconsideração de atos lícitos pretendida pelo Fisco não encontra amparo legal e fere profundamente o ordenamento jurídico.

11 Os princípios da estrita legalidade, tipicidade fechada e reserva absoluta da lei, expressos nos artigos 5º, 150 e seguintes da Constituição Federal e artigo 97 do CTN dispõem que a instituição ou majoração de tributos somente se faz mediante lei em sentido formal.

12 Não há qualquer impedimento legal que vede à impugnante (incorporadora) a manutenção e a compensação de seus próprios prejuízos fiscais. A pretensão da contribuinte encontra arrimo no artigo 227 da Lei 6.404/1976 e artigos 508 e 509 do RIR/1994, os quais reproduzem os artigos 32 e 33 do Decreto-lei 2.341/1997.

O Acórdão n.º 08.741, de 1 de fevereiro de 2006 (e-fls. 688 a 702), por unanimidade de votos, rejeitou a preliminar de nulidade e considerou procedente o feito fiscal. Veja a ementa de tal decisão:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/1995, 31/12/1996, 31/12/1997, 28/02/1998

Ementa: NULIDADE. Incabível cogitar-se sobre nulidade do Auto de Infração, se o lançamento foi efetuado com observância dos pressupostos legais.

COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS EM INCORPORAÇÃO. Se empresa incorporadora perdeu a sua identidade, assumindo todas as características da incorporada, conclui-se que ela (incorporadora) é que foi extinta, e quem remanesceu, na verdade, foi a empresa incorporada. Portanto, é vedada a compensação de prejuízos de empresa extinta pela incorporadora de fato.

AUTOS REFLEXOS. Aplica-se aos lançamentos reflexos de PIS, COFINS e CSLL o que foi decidido quanto à exigência matriz, devido íntima relação de causa e efeito existente entre eles.

Inconformada, a Contribuinte interpôs Recurso Voluntário (e-fls. 714 a 735) reiterando seus argumentos e requerendo a declaração da insubsistência da glosa de prejuízos fiscais (e, de forma reflexa, bases negativas de CSLL) que deu origem ao presente processo administrativo, determinando-se o seu cancelamento e arquivamento dos respectivos autos.

O Acórdão n.º 1801-00.160, de 08 de dezembro de 2009, (e-fls. 754 a 762), por maioria de votos, negou provimento ao recurso voluntário. Veja a ementa de tal decisão:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ
Exercício: 1996, 1997, 1998, 1999

NULIDADE.

No caso de o enfrentamento das questões na peça de defesa denotar perfeita compreensão da descrição dos fatos que ensejaram o procedimento não há que se falar em nulidade do ato em litígio.

PREJUÍZO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE DA COMPENSAÇÃO PELA PESSOA JURÍDICA SUCESSORA.

A legislação de regência expressamente prevê que a pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão, não pode compensar prejuízos fiscais da sucedida.

DOCTRINA JURISPRUDÊNCIA.

Somente devem ser observados os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais para os quais a lei atribua eficácia normativa.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

LANÇAMENTO DECORRENTE.

Os lançamentos de CSLL sendo decorrente da mesma infração tributária, a relação de causalidade que o informa leva a que o resultados do julgamento deste feito acompanhe aquele que foi dado à exigência de IRPJ.

Mais uma vez inconformada, interpôs a Contribuinte Recurso Especial (e-fls. , alegando divergência jurisprudencial que a pessoa jurídica sucessora por incorporação às avessas, não pode compensar prejuízos fiscais da sucedida.

Apresentou os seguintes acórdãos paradigma:

Acórdão n.º 105-15.822

INCORPORAÇÃO AS 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.

Acórdão CSRF/01-05.413

IRPJ — INCORPORAÇÃO AS AVESSAS — GLOSA DE PREJUÍZOS — IMPROCEDÊNCIA — A denominada "incorporação às avessas", não proibida pelo ordenamento jurídico, realizada entre empresas operativas e que sempre estiveram sob controle comum, não pode ser tipificada como operação simulada ou abusiva, mormente quando, a par da inegável intenção de não perda de prejuízos fiscais acumulados, teve por escopo a busca de melhor eficiência das operações entres ambas praticadas.

O Despacho de Admissibilidade (e-fls. 846 a 849) entendeu estar presente a divergência apontada e deu seguimento ao recurso.

A Fazenda Nacional, por sua vez, apresentou Contrarrazões (e-fls. 853 a 858) reafirmando a impossibilidade de a empresa sucessora por incorporação proceder à compensação de prejuízos fiscais da sucedida. E que a incorporação em questão apresentou finalidade exclusiva de possibilitar a compensação de prejuízos de empresa deficitária por empresa operacional, em burla ao art. 514 do RIR/99.

É o relatório.

Voto

Conselheiro DEMETRIUS NICHELE MACEI, Relator.

Conhecimento

O Recurso Especial do Contribuinte (e-fls. 766 a 791) busca reformar o v. acórdão n.º 1801-00.160, de 08 de dezembro de 2009, que manteve o v. acórdão exarado pela DRJ-SPO n.º 08.741, de 01 de fevereiro de 2006, admitindo que:

“é inaceitável a compensação de seus próprios prejuízos, por parte da pessoa jurídica incorporadora, quando a referida incorporação se deu de forma apenas aparente, tendo, de fato, sido extinta a pessoa jurídica que aparece com a roupagem de incorporadora e sobrevivido a que é tida como incorporada”, para concluir, após a desconsideração da operação formalmente realizada, que:

“os prejuízos compensáveis, de acordo com a legislação, são os sofridos pela própria pessoa jurídica, sendo vedada a compensação de prejuízos da pessoa jurídica incorporada com os lucros da incorporadora. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se da validade jurídica dos atos efetivamente praticados”.

Para demonstrar a divergência jurisprudencial sobre o tema, a Recorrente apresentou dois acórdãos paradigmas, n.º 105-15822, proferido em 22/06/2006, pela 5ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes; e, n.º CSRF/01-05.413, proferido em sessão de 20/03/2006, pela 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF.

O Despacho de Admissibilidade (e-fls. 846 a 849) concluiu que, enquanto para os acórdãos paradigmas não existe vedação legal para a compensação de prejuízo fiscal da sucedida pela incorporadora, mesmo no caso de “incorporações às avessas”, ou seja, a empresa com prejuízo incorporar a empresa lucrativa, o v. acórdão recorrido, em posicionamento diametralmente oposto ao dos paradigmas, entendeu que há vedação legal expressa para tal compensação. Identificada a divergência, deu-se seguimento ao recurso especial.

Registro, por oportuno, que a Procuradoria não questionou a admissibilidade do recurso em suas Contrarrazões (e-fls. 853 a 858).

Desta forma, por concordar com a análise realizada pelo r. despacho de admissibilidade, valendo-me do permissivo do artigo 50, §1º da Lei n.º 9.784/99, tomo conhecimento do Recurso Especial do Contribuinte.

Mérito

Em síntese, o v. acórdão recorrido, em concordância com a fiscalização e decisão da DRJ, ao analisar o conjunto de contratos disponibilizados pela contribuinte, ora Recorrente, concluiu que teria ocorrido, no caso concreto, operação de incorporação formal que não se coaduna com a incorporação de fato ocorrida.

Segundo o v. acórdão recorrido, “o que caracteriza legalmente a incorporação é a extinção da pessoa jurídica incorporada”. E, no caso, a pessoa jurídica supostamente incorporadora perdeu sua identidade no evento, pois adotou a mesma denominação, o mesmo

endereço, a mesma atividade e funciona com o mesmo maquinário e pessoal da incorporada, concluindo, assim, que é a suposta incorporadora que foi extinta.

Nessas condições, é inaceitável a compensação de seus próprios prejuízos (da incorporadora formal), pois a referida incorporação se deu de forma apenas aparente, tendo, de fato, sido extinta a pessoa jurídica que aparece com a roupagem de incorporadora e sobrevivido a que é tida como incorporada.

Prossegue o v. acórdão recorrido: “o conjunto probatório produzido nos autos evidencia de forma inequívoca que a declaração de vontade expressa nos autos de incorporação é enganosa para produzir efeito diverso do ostensivamente indicado”, concluindo que “a autoridade fiscal não está jungida aos efeitos jurídicos que os atos produziram, mas à verdadeira repercussão econômica dos fatos subjacentes”, fundamentando tal posicionamento no art. 33, do DL 2.341/87, art. 227, da Lei 6.404/76 e arts. 118 e 119, do CTN.

Há, como se vê, uma completa desconsideração dos atos jurídicos praticados pelas empresas para manter-se, ao final, para fins de tributação, “a verdadeira repercussão econômica dos fatos subjacentes”.

Essa interpretação criou uma situação de fato, no mínimo, estranha: a Recorrente, CNPJ nº 00.907.845/0001-65, não pode utilizar os prejuízos fiscais que detinha na época da operação de incorporação, pois, não é economicamente a incorporadora, mas a incorporada e os prejuízos da incorporada não podem ser aproveitados pela incorporadora, conforme a legislação (art. 509, RIR/94, vigente na época).

É justamente em cima dessa desconsideração econômica das operações societárias formalmente ocorridas que a Recorrente fundamentou o seu recurso especial, alegando que:

“houve erro de fato na lavratura do auto (mantida pelo Acórdão ora recorrido), quando da percepção do pretense evento que motivou a autuação (i.e. a suposta ‘incorporação às avessas’), o qual conduziu também a erro de direito: a aplicação à hipótese do art. 509 do RIR/94 (...), com a conseqüente glosa do saldo remanescente dos prejuízos fiscais acumulados pela Recorrente”. (sublinhado no original)

Para fundamentar a necessária divergência jurisprudencial e corroborar o seu entendimento, a Recorrente trouxe à colação os v. acórdãos 105-15.822 e CSRF/01-05.413.

Inicialmente, verifica-se que o precedente trazido à colação, oriundo deste E. Conselho, analisou situação fática idêntica à existente neste processo, qual seja, a incorporação de uma empresa lucrativa por uma empresa com prejuízo fiscal acumulado e, ao contrário do v. acórdão recorrido, entendeu que

“a denominada ‘incorporação às avessas’, não proibida pelo ordenamento jurídico, realizada entre empresas operativas e que sempre estiveram sob controle comum, não pode ser tipificada como operação simulada ou abusiva, mormente quando, a par da inegável intenção de não perda de prejuízos fiscais acumulados, teve por escopo a busca de melhor eficiência das operações entre ambas praticadas”.

Trata-se de decisão proferida em 20 de março de 2006, por maioria, relatada pelo i. Conselheiro Dorival Padovan.

Em relação ao segundo paradigma, o entendimento é exatamente o mesmo. A decisão é de 22 de junho de 2006, unânime, relatada pelo i. Conselheiro Irineu Bianchi.

Pois bem. A legislação do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica é clara no sentido de que a pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão, não poderá compensar prejuízos fiscais da sucedida. Este regramento não só estava disposto no artigo 509 do RIR/94, bem como tem sua raiz no Decreto-Lei nº 2.341/1987 (artigo 33), sendo mantido no RIR/99 (art. 514) e no atual RIR/2018 (art. 585), sendo acolhido tanto no âmbito deste E. Conselho, como no âmbito do E. STJ.(REsp 1.107.518/SC)

Ocorre que, no caso concreto, para aplicar a regra do artigo 509 do RIR/94, a fiscalização desconsiderou o planejamento realizado pela Recorrente, entendendo que os papéis de empresa incorporadora e de empresa incorporada estavam trocados. Para que fique mais claro, acompanhe-se a fundamentação da fiscalização (Termo de Constatação Fiscal/Prejuízo Acumulado – e-fl. 491):

1 - Em 29/03/1996 a empresa AMP INCORPORATED/EUA, adquiriu a maioria das quotas do capital social da empresa CABLESA DO BRASIL AUTOPEÇAS LTDA, CNPJ 00.907.845/0001-65, conforme alteração contratual. (cópia anexa)

2 — Em 31/03/1997, foi alterado o endereço da sede social da empresa CABLESA, de DIADEMA/SP para a Rodovia Constâncio Cintra, KM 82, ITATIBA/SP, e ao mesmo tempo foi determinada a abertura da filial de DIADEMA/SP, conforme alteração contratual. (cópia anexa)

3 - Em 04/03/1998, a AMP INCORPORATED/EUA, que era também sócia majoritária da empresa AMP DO BRASIL CONECTORES ELÉTRICOS E ELETRÔNICOS LTDA, resolveu, por meio de seus representantes, mais uma vez por alteração contratual (cópia anexa):

3.1. promover a "incorporação" da empresa AMP DO BRASIL CONECTORES ELÉTRICOS E ELETRÔNICOS LIDA, CNPJ 43.057.934/0001-72, com ativo total de R\$ 97.117.562,23, no balanço levantado em 31.12.1997, pela empresa CABLESA DO BRASIL AUTOPEÇAS LTDA, CNPJ 00.907.845/0001-65, com ativo total de R\$ 17.401.704,66 na mesma data;

3.2. alterar a razão social da "incorporadora" CABLESA para dar a ela a razão social da "incorporada" AMP DO BRASIL CONECTORES ELÉTRICOS E ELETRÔNICOS LTDA;

3.3. alterar o endereço da sede da "incorporadora" CABLESA, Rodovia Engenheiro Constâncio Cintra, KM 82, ITATIBA/SP para o endereço da "incorporada" AMP DO BRASIL, Rua Ado Benatti, 53, SAO PAULO/SP, fazendo com que a "incorporada", em vez de ser extinta, continuasse a operar no mesmo endereço, com o mesmo nome, com os mesmos funcionários e com o mesmo maquinário, mudando apenas o seu CNPJ que passou a ser o da CABLESA, esta sim com o nome e o endereço extintos.

4— Em 20/12/1999, a AMP DO BRASIL constituiu a empresa CHICOTES ELÉTRICOS BRASIL LTDA, CNPJ 03.574.096/0001-90, com sede em ITATIBA/SP, no mesmo endereço da sede da empresa CABLESA (Rodovia Engenheiro Cintra, KM 82), a qual passou a operar com a mesma Inscrição Estadual antes utilizada pela CABLESA (número 382.054.733.110).

5 — Em 01/03/2000, os quotistas de CHICOTES ELÉTRICOS BRASIL LTDA (AMP DO BRASIL e ALTAMIRO BOSCOLI) deliberaram aumentar o capital social da empresa, constituída com apenas R\$ 1.000,00 (um mil reais), para R\$ 4.135.526,00 (quatro milhões, cento e trinta e cinco mil, quinhentos e vinte e seis reais), integralizando o valor correspondente mediante a conferência de bens móveis discriminados em Laudo de Avaliação, a maior parte deles oriundos da Divisão Chicotes da AMP DO BRASIL, que significa dizer, máquinas e equipamentos que integravam o ativo permanente da empresa CABLESA, tida como "incorporadora".

6- Em 13/03/2000, TYCO ELECTRONICS CORPORATION/EUA (NOVA DENOMINAÇÃO DE AMP INCORPORATED/EUA), na qualidade de Quotista Majoritária da sociedade comercial AMP DO BRASIL, transferiu as quotas da empresa CHICOTES ELÉTRICOS BRASIL LTDA à empresa KROMBERG & SCHUBERT S.A. (PANAMA), negociando, de fato, a TRANSFERENCIA DA OPERAÇÃO CHICOTES, atividade que era exercida pela empresa CABLESA, a qual "incorporou" a empresa AMP DO BRASIL e depois passou a ter a razão social e o endereço desta.

Da análise do conjunto de alterações contratuais e contratos CONSTATAMOS QUE O ATO PRATICADO FOI O INVERSO DO QUE APARENTA, TENDO HAVIDO EFETIVAMENTE A EXTINÇÃO DA EMPRESA CABLESA DO BRASIL AUTOPEÇAS LTDA, TIDA COMO INCORPORADORA, ENQUANTO A EMPRESA AMP DO BRASIL CONECTORES ELÉTRICOS E ELETRÔNICOS LTDA, TIDA COMO INCORPORADA, MANTEVE SUA IDENTIDADE, SUA SEDE, SEU MAQUINARIO, SEU PESSOAL E SUA ATIVIDADE, sendo ela, portanto, a VERDADEIRA INCORPORADORA.

O Regulamento do Imposto de Renda, RIR/94, aprovado pelo Decreto 1.041, de 11/01/1994, dispõe sobre a compensação de prejuízos nos casos de incorporação:

Art. 509. A pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão, não poderá compensar prejuízos fiscais da sucedida (Decreto-lei no. 2.341/87, art. 33).

Assim, ficou a verdadeira empresa incorporadora, AMP DO BRASIL CONECTORES ELETRICOS E ELETRONICOS LTDA, sujeita ao lançamento de ofício para a GLOSA do valor total do saldo do prejuízo fiscal acumulado pela incorporada CABLESA DO BRASIL AUTOPEÇAS LTDA.

(...)

O v. acórdão recorrido corroborou com a fiscalização, sob o argumento de que o que caracterizara legalmente uma incorporação é a extinção da pessoa jurídica incorporada. Porém, nos casos em que a pessoa jurídica supostamente incorporadora perde sua identidade no evento, pois adota a mesma denominação, o mesmo endereço, a mesma atividade e funciona com o mesmo maquinário e pessoal ela é que foi extinta e não a suposta incorporada.

O mesmo acórdão ainda explicita (e-fl. 760):

Os prejuízos compensáveis, de acordo com a legislação, são os sofridos pela própria pessoa jurídica, sendo vedada a compensação de prejuízos da pessoa jurídica incorporada com os lucros da incorporadora. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se da validade jurídica dos atos efetivamente praticados. Caso o conjunto probatório produzidos nos autos evidenciam de forma inequívoca que a declaração de vontade expressa nos autos de incorporação é 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.

A razão de ser da vedação da incorporadora utilizar os prejuízos da incorporada, existente desde o Decreto-lei nº 2.341, de 29 de junho de 1987, é evitar planejamentos fiscais abusivos para diminuição da carga tributária.

No presente caso, ao realizar a incorporação de empresa lucrativa, com ativo total de R\$ 97.117.562,23, por uma empresa que possui prejuízos fiscais e ativo total de R\$ 17.401.704,66, com ambas vinculadas a uma mesma controladora - AMP INCORPORATED/EUA, vê-se que se a incorporação tivesse ocorrido de maneira inversa, os resultados operacionais seriam os mesmos, mas os prejuízos fiscais seriam perdidos.

Em sentido semelhante, pode-se citar o v. acórdão 9101-003.008, julgado por esta C. Turma que, por voto de qualidade, sob a relatoria da i. Conselheira Adriana Gomes Rêgo, decidiu que:

“INCORPORAÇÃO ÀS AVESSAS. DESCONSIDERAÇÃO DOS EFEITOS TRIBUTÁRIOS. Deve ser mantida a glosa de prejuízos fiscais e bases negativas da CSLL nas hipóteses de incorporação às avessas, quando uma empresa extremamente deficitária, com patrimônio líquido reduzido, com o intuito de redução de pagamento de tributos, incorpora uma empresa lucrativa, com patrimônio líquido seis vezes maior que sua incorporadora, e na sequência assume a denominação social da incorporada e passa a ser administrada pela incorporada.”

Por outro lado, ressalte-se que o artigo 227 da Lei das Sociedades Anônimas define a incorporação como uma operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, ou seja, de fato, não há especificações nesta lei, no sentido de que para que a incorporação seja válida uma empresa com prejuízo não possa incorporar outra que seja mais lucrativa, ou que para validar a incorporação, a empresa sucessora não possa adotar o nome da sucedida, ou exercer suas atividades no endereço da sucedida.

Seguindo esta linha de raciocínio, atendo-se à detalhes práticos, a recorrente explica que a fabricação de seu principal produto – chicotes elétricos – necessitava de maquinário específico, o qual foi mantido após a incorporação e que, pelo fato de as atividades da incorporadora AMP serem distintas, foram “somadas” a fabricação de chicotes elétricos, sem confusão do processo produtivo de tais produtos.

É neste sentido, pois, que a recorrente defende por meio de seus paradigmas que não há impedimento legal quanto às operações por ela praticadas.

Vê-se, pelo até aqui exposto, que há argumentos jurídicos para manter-se o v. acórdão recorrido, bem como para reformá-lo, acolhendo o entendimento firmado nos v. acórdãos paradigmas. Contudo, as razões do v. acórdão recorrido me parecem mais razoáveis por levarem em consideração também – mas não unicamente – o aspecto econômico (e seus efeitos) das operações realizadas pela recorrente, o que não pode deixar de ser considerado em situações como a que aqui se examina.

Diante do exposto, voto para NEGAR provimento ao recurso especial do contribuinte, mantendo íntegro o v. acórdão recorrido.

É o voto.

(documento assinado digitalmente)

DEMETRIUS NICHELE MACEI