



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

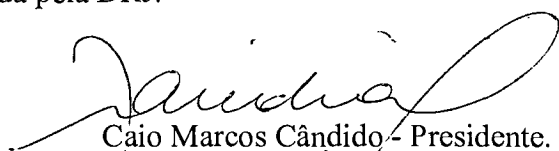
Processo nº 13971.000626/2005-01
Recurso nº 156.202 Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-000.904 – 1ª Turma
Sessão de 28 março de 2011
Matéria IRPJ e CSLL
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado QUIMISA S/A

Ementa: INCORPORAÇÃO ATÍPICA - SIMULAÇÃO RELATIVA

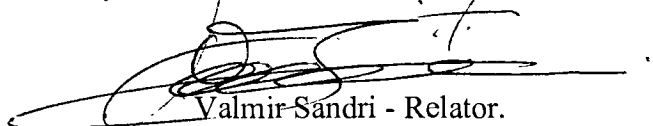
A incorporação de empresa superavitária por outra deficitária não é vedada por lei, mas se restar demonstrado que a declaração de vontade expressa nos atos de incorporação era enganosa para produzir efeito diverso do ostensivamente indicado, a autoridade fiscal não está jungida aos efeitos jurídicos que os atos produziram, mas à verdadeira repercussão econômica dos fatos subjacentes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso para restabelecer o lançamento de ofício, nos termos da decisão proferida pela DRJ.



Caio Marcos Cândido - Presidente.



Valmir Sandri - Relator.

Editado em: 05 MAI 2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Caio Marcos Cândido, Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz, Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho, Alberto Pinto Souza Junior, Alexandre Antônio Alkmim Teixeira (Suplente Convocado), Claudemir Rodrigues Malaquias, Orlando José Gonçalves Bueno (Suplente Convocado), Viviane Vidal Wagner, Valmir Sandri e Susy Gomes Hoffmann.

Relatório

A Fazenda Nacional, inconformada com a decisão contida no Acórdão nº 105-16.677, de 16 de outubro de 2007, que, por maioria de votos deu provimento ao recurso voluntário, impetrou RECURSO ESPECIAL com fulcro no art. 56, II, do RICC, e artigos 7º inciso I e 15, §1º do RICSRF, ambos aprovados pela Portaria MF nº 147, de 25 de junho de 2.007.

O crédito exigido resultou da glosa de compensação de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas de CSLL de empresa incorporada, por ter a fiscalização concluído que, na realidade, a verdadeira incorporadora foi a empresa superavitária, e não a deficitária. A decisão de primeira instância manteve a exigência, mas a Quinta Câmara do antigo Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, deu provimento ao recurso, sob a tese de que, não regulamentado o § único do artigo 116 do CTN, não existem meios legais para tornar nulo, no âmbito tributário, negócio jurídico praticado em conformidade com a lei.

Em seu apelo, argumenta a PFN que a decisão proferida contraria o artigo 514 do RIR/99, que veda o aproveitamento de prejuízos fiscais e bases negativas de CSLL da sucedida pela sucessora.

A presidência da antiga Quinta Câmara deu seguimento ao recurso, por tempestivo e por ter a recorrente demonstrado fundamentadamente a contrariedade à lei que entendeu ter ocorrido.

É o relatório.



Voto

Conselheiro Valmir Sandri, Relator

Como visto do relatório, o presente recurso foi interposto com base nos permissivos do art. 7º, inciso I, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais (RICSRF), aprovado pela Portaria MF nº 147 - Anexo II, sob alegação de que a decisão recorrida seria contrária à lei e as provas dos autos, consoante o disposto no §1º, art. 15, do RICSRF.

A questão levantada pela PFN é a contrariedade ao art. 514 do RIR/99, que veda a compensação de prejuízos fiscais da sucedida pela sucessora (e art. 22 da Medida Provisória nº 1.991/00, no que se refere às bases negativas da CSLL). As empresas envolvidas são Quimisa S/A. Indústria e Comércio e Eloquímica Anilinas e Produtos Químicos Ltda.

Preliminarmente, alega a contribuinte que o presente recurso não deve ser conhecido por intempestivo, eis que no seu entender, a ciência formal da Fazenda Nacional ocorreu na data de 24/01/2008 pelos seus servidores, e o protocolo do recurso especial deu-se no dia 13.02.2008, portanto, depois de transcorridos 15 dias para a sua protocolização.

Não é bem assim. Conforme disposto no art. 44, da Lei n. 11.457/2007, nos casos em que os respectivos autos forem remetidos e entregues, mediante protocolo, à Procuradoria da Fazenda Nacional, para fins de intimação, tem o prazo de 30 (trinta) dias contados da data em que os respectivos autos forem entregues à Procuradoria, e sendo assim, o prazo para a interposição do recurso encerrar-se-ia apenas no dia 23.02.2008, não havendo, portanto, no que se falar em intempestividade para o presente recurso.

No mérito, conforme narrado pelo autor do procedimento, a empresa Eloquímica Anilinas e Produtos Químicos Ltda., tinha sede no Município de Jandira - São Paulo, desempenhava suas atividades desde 01/06/1973, e até 11/04/2003 não possuía qualquer vínculo com a empresa Quimisa S/A. Indústria e Comércio que, por sua vez, opera no mercado desde junho de 1966.

Até 11/04/2003, as empresas japonesas Nicca e Emori eram as únicas sócias da empresa Eloquímica. Pelas alterações de Contrato Social ocorridas em 11/04/2004, o capital social da Eloquímica foi transferido quase que integralmente para a Quimisa (11.878.393 quotas para Quimisa e 20 quotas para duas pessoas físicas, sendo 10 para cada uma).

Em junho de 2004 foi firmado Protocolo de Intenção e Justificação de Incorporação, segundo o qual a controlada (Eloquímica) incorpora a controladora (Quimisa). Uma vez que a incorporada detinha 99,99% do capital da incorporadora, a incorporação seria feita mediante simples substituição das ações que compõem o capital social da empresa a ser incorporada, pelas quotas que compõem o capital social da incorporadora.

Os motivos declinados no Protocolo para a referida incorporação estão assim descritos: *"analisando com profundidade as dificuldades conjunturais, entendem que é mais conveniente, por motivos de ordem econômica e financeira, bem como administrativa, a*

junção das duas empresas, especialmente para redução de custos operacionais e de efeitos Tributários".

Na primeira Assembléia Geral da Eloquímica realizada em 30/06/2004, foi decidida a alteração da denominação social da empresa, que passou a ser Quimisa S. A., sendo alterada também a sede social da empresa incorporadora, que passou a ser aquela correspondente à da incorporada, sendo as instalações operacionais e a sede da empresa incorporadora transformada na filial 01. O item 7 da Ata descreve os nomes dos membros do Conselho de Administração da empresa incorporadora (fl. 197), os quais são os mesmos da empresa que foi incorporada (fl. 231).

Questionada pela fiscalização, a fiscalizada destacou dois aspectos que entende relevantes à incorporação da Quimisa pela Eloquímica, o primeiro relacionado com a transferência de tecnologia e o segundo seria a economia tributária de ICMS, IPI, PIS, Cofins, IRPJ e CSLL, pois desapareceriam as vendas e revendas entre as sociedades, que deixariam de existir com a concentração das atividades em uma única pessoa jurídica. Sobre a questão da tecnologia, alegou que a Nicca, que detém tecnologia de ponta a nível mundial para produção de anilinas e pigmentos para fios sintéticos, mantinha acordos tácitos de fornecimento de tecnologia e assistência técnica, essenciais para o desenvolvimento/produção de produtos pela Eloquímica e que a incorporação da Quimisa pela Eloquímica implicou a continuidade da pessoa jurídica portadora do CNPJ nº43.683.069/0001-70, mantendo o registro histórico da origem da tecnologia já transferida pelos antigos controladores da Eloquímica, que ao final passariam a condição de acionistas minoritários da atual Quimisa, e preservou a absoluta necessária continuidade de transferência de tecnologia, bem como mantendo a continuidade dos acordos vigentes e a origem histórica da tecnologia já transferida originalmente à Eloquímica.

Analisando as explicações do contribuinte, a fiscalização argumentou que, ao passar o controle da Eloquímica para a Quimisa, a Nicca demonstrou não mais acreditar nos destinos econômicos da Eloquímica, não havendo justificativa para manter a alegada transferência de tecnologia da Nicca para a Eloquímica, além do quê a mencionada transferência de tecnologia não constava de qualquer contrato escrito, tratando-se apenas de acordos tácitos. Conclui a fiscalização que a explicação dada constitui uma alegação vazia que, por isso, presta-se apenas a escamotear o principal motivo.

Sobre a questão tributária, argumenta a fiscalização que a Quimisa não se incluía entre os maiores destinatários de produtos da Eloquímica, nem entre os seus maiores fornecedores de insumos, para que pudesse ser considerado como relevante o aspecto de vendas e revendas entre as referenciadas empresas. Ressalta que mais de 50% dos insumos da Eloquímica eram adquiridos via importação.

A Autoridade Fiscal, entendendo que a reorganização societária efetivada pela contribuinte visou burlar a lei que veda o aproveitamento de prejuízos fiscais/bases negativas da sucedida pela sucessora, considerou ter havido simulação na incorporação da contribuinte pela empresa Eloquímica Anilinas e Produtos Químicos Ltda. (a verdadeira operação teria sido incorporação da Eloquímica pela Recorrente), e lavrou o auto de infração com multa qualificada.

A decisão de primeira instância considerou ter, de fato, ocorrido simulação, representada por *vício de causa ou motivo*, mantendo a exigência, mas reduziu a multa ao percentual de 75%.

A antiga Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes cancelou a exigência. Assim se expressou o Relator, Conselheiro Wilson Fernandes:

Nessa linha, se a autoridade de primeira instância, pronunciando-se, de forma definitiva no âmbito administrativo, ex vi do disposto no parágrafo único do I art. 42 do Decreto nº 70.235, de 1972, reduz a multa qualificada aplicada por entender que, no caso dos autos, se o intento doloso de fraude ou sonegação pode ser colocado em dúvida não há como subsistir o lançamento tributário, visto que, aqui, o feito fiscal tem suporte na prática de atos tidos como simulados.

Ainda que se interprete o decidido em primeiro grau por outra ótica, qual seja, a de que a constatação de atos simulados não impõe, necessariamente, a aplicação de multa qualificada, eis que tais práticas não estariam absorvidas pelas disposições dos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, (com o que, em particular, não concordamos), o lançamento tributário principal (e, por decorrência, os seus reflexos) não pode subsistir, eis que, considerada a legislação vigente à época da ocorrência dos fatos e, até mesmo a atual, não existe meios legais capazes de tomar nulo, ao menos no âmbito tributário, o negócio jurídico praticado em conformidade com a lei. Para isso, como bem sustentou a recorrente, seria necessária a regulamentação da disposição constante do parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional.

Vê-se assim que, considerados os termos da decisão recorrida, a única possibilidade de sustentação dos lançamentos ora apreciados seria considerar que, apesar da ilicitude dos atos praticados pela recorrente, inexistiria base legal para se aplicar a multa qualificada. Quanto a isso, em convergência com o decidido em primeira instância, entendemos que não se encontra nos autos qualquer indicação de violação à lei por parte da recorrente, repousando o feito fiscal, tão-somente, na ilação de que o objetivo único da empresa, ao se reorganizar societariamente, era reduzir a sua carga tributária.

Diante de todo o exposto, conduzo meu voto no sentido de dar provimento a recurso voluntário interposto.

A Fazenda Nacional alega que a reorganização societária implicou violação a lei que veda a compensação de prejuízos da sucedida pela sucessora.

Portanto, o que se deve ser objeto de análise são os procedimentos utilizados pelo contribuinte, os seus propósitos e os resultados alcançados, e se o conjunto de atos e fatos jurídicos implementados constituem infração à legislação fiscal.

Em síntese, tem-se uma empresa superavitária incorporada por outra deficitária e, segundo entendeu a fiscalização, o propósito foi contornar a proibição legal de a incorporadora compensar os prejuízos da incorporada.

Essa estruturação de reorganização societária ensejou que os prejuízos acumulados pela deficitária (incorporadora), fossem compensados com resultados dos períodos subsequentes.

A fiscalização acusa a empresa de ter praticado simulação relativa, em que o verdadeiro ato querido e praticado (dissimulado) teria sido a incorporação da Eloquímica (deficitária) pela Quimisa, porém, para contornar a vedação legal quanto à compensação de prejuízos da incorporada, formalizou-o sob a roupagem de incorporação da Quimisa pela Eloquímica.

Os elementos apontados pela fiscalização me conduzem à convicção de que, realmente, as operações realizadas configuram simulação relativa. Veja-se que no mesmo mês em que foi firmado o protocolo de intenção e justificação da incorporação (junho 2004), 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. A sede social da empresa também foi alterada para a sede da incorporada (Quimisa), e os membros do Conselho de Administração da incorporadora passaram a ser os mesmos da incorporada.

As alegações trazidas pela interessada quanto à motivação do ato (manutenção do registro histórico da origem da tecnologia, necessidade de continuidade de transferência de tecnologia, continuidade dos acordos vigentes, etc.) são frágeis e insuficientes para abalar essa convicção, mesmo porque, o Contrato de Transferência de Tecnologia firmado em fevereiro de 2003, só reforça a tese de que o que iria subsistir era a Quimisa e não a Eloquímica.

Portanto, caracterizado o procedimento dissimulatório para mascarar situação que se tipifica no art. 514 do RIR/99 (vedação à compensação de prejuízos da incorporada), o fisco fica autorizado a rever o lançamento, para ajustá-lo ao verdadeiro ato praticado, como autoriza o art. 149, inciso VII, do CTN, *verbis*:

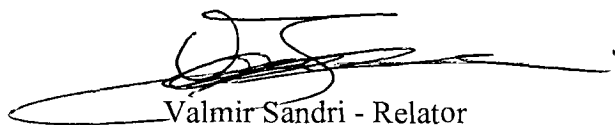
“Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

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

Dessa forma, entendo que merece reforma a r. decisão recorrida, eis que as operações estruturadas para compensar os prejuízos fiscais configuram simulação relativa, e sendo assim, CONHEÇO do recurso especial da D. Procuradoria da Fazenda Nacional por tempestivo, para no mérito, DAR-LHE provimento.

Sala das Sessões, 28 março de 2011.



Valmir Sandri - Relator