



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Recurso nº. : 129.154
Matéria : IRF - Ano(s): 1996
Recorrente : NORCHEM HOLDINGS E NEGÓCIOS S.A.
Recorrida : DRJ em SÃO PAULO - SP I
Sessão de : 17 de setembro de 2002
Acórdão nº. : 104-18.930

PRELIMINAR DE NULIDADE – DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU – CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – Somente a inexistência de exame de todos os argumentos apresentados pelo contribuinte, em sua impugnação, cuja aceitação ou não implicaria no rumo da decisão a ser dada ao caso concreto é que acarreta cerceamento do direito de defesa do impugnante.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO SINGULAR POR MUDANÇA DE FUNDAMENTAÇÃO – Enfrentando o Julgador de Primeiro Grau as questões suscitadas na Impugnação, motivando devidamente suas conclusões, baseado na peça acusatória, não há de acolher-se alegada preliminar de nulidade da decisão por mudança de fundamentação.

CISÃO PARCIAL – TRANSFERÊNCIA DE PARCELAS DO PATRIMÔNIO PARA EMPRESA PREEXISTENTE SÓCIO DA EMPRESA CINDIDA – INEXISTÊNCIA DE AUMENTO DE CAPITAL NA EMPRESA RECEBEDORA DA TRANSFERÊNCIA - TRANSFERÊNCIA DE LUCROS ACUMULADOS EXISTENTES NA EMPRESA CINDIDA – ELIMINAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA – INEXISTÊNCIA DE DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS - Não desqualifica a figura da cisão e incorre a restituição de capital, quando a sociedade cindida transfere parcela do seu patrimônio para o sócio, mediante realização de cisão parcial, transferindo lucros acumulados, sem que haja o respectivo aumento no patrimônio líquido da empresa incorporadora, desde que a mesma tenha a sua participação societária reduzida na empresa cindida, até o limite dos lucros acumulados e reservas, exceto a legal.

Preliminar rejeitada.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por
NORCHEM HOLDINGS E NEGÓCIOS S.A.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade da decisão de Primeira Instância e, no mérito, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Ausente, no momento do julgamento, o Conselheiro João Luís de Souza Pereira.

LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
PRESIDENTE

NELSON MALLMANN
RELATOR

FORMALIZADO EM: 24 OUT 2002

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros MARIA CLÉLIA PEREIRA DE ANDRADE, ROBERTO WILLIAM GONÇALVES, JOSÉ PEREIRA DO NASCIMENTO, VERA CECÍLIA MATTOS VIEIRA DE MORAES e REMIS ALMEIDA ESTOL.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930
Recurso nº. : 129.154
Recorrente : NORCHEM HOLDINGS E NEGÓCIOS S.A.

RELATÓRIO

NORCHEM HOLDINGS E NEGÓCIOS S.A., contribuinte inscrito no CNPJ sob o nº 46.570.388/0001-67, com sede social na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, à Rua Verbo Divino, nº 1400 - Bairro Chácara Santo Antônio, jurisdicionado a DEINF São Paulo - SP, inconformado com a decisão de primeiro grau de fls. 260/273, prolatada pela DRJ em São Paulo – SP, recorre a este Primeiro Conselho de Contribuintes pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 278/317.

Contra o contribuinte acima mencionado foi lavrado, em 09/11/00, o Auto de Infração de Imposto de Renda na Fonte de fls. 07/11, com ciência em 09/11/00, exigindo-se o recolhimento do crédito tributário no valor total de R\$ 37.425.718,70 (padrão monetário da época do lançamento), a título de Imposto de Renda na Fonte, acrescidos da multa de lançamento de ofício de 75% e dos juros de mora de, no mínimo, 1% ao mês, calculados sobre o valor do imposto de renda relativo ao ano de 1996.

A exigência fiscal em exame teve origem em procedimentos de fiscalização externa, onde se constatou a falta de recolhimento do imposto de renda na fonte sobre os lucros acumulados pagos aos sócios - domiciliado no país e no exterior. Infração capitulada para sócio domiciliado no exterior artigo 756 do RIR/94; artigo 77, da Lei nº 3.470/58; artigo 100, do Decreto-lei nº 5.844/43; e para sócio domiciliado no País artigo 2º, da Lei nº 8.849/94; e artigo 1º, da Lei nº 9.064/95.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

O Auditor-Fiscal da Receita Federal, através do Termo de Verificação de fls. 141/152, esclarece, ainda, entre outros, os seguintes aspectos:

- que o contribuinte apresentou a Declaração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica, exercício de 1997, ano-calendário de 1996, pelo regime de apuração do Lucro Real no período – anual. Situação Especial: Cisão;

- que o percentual de participação no capital total da Norchem Holding e Negócios S/A, anteriormente denominado Banco Norchem S/A, estava assim distribuído: Chase Manhattan International Finance Ltda. 48,97% (EUA), Banco Noroeste S/A 21,75%, Arad Participações S/A 28,50%, MHT Serviços e Administração Ltda. 0,77% e Banco Chase Manhattan S/A 0,01%;

- que o Patrimônio Líquido, da referida empresa, estava assim composto em 31/08/96, antes da cisão: Capital Social R\$ 51.634.997,34; Reserva de Capital R\$ 7.053.545,42; Reserva de Lucros R\$ 0,00; Lucros Acumulados R\$ 121.994.260,26 = Total R\$ 180.682.803,02;

- que conforme Ata de Assembléia Geral Extraordinária (AGE) realizada em 16 de setembro de 1996 (fls. 41/43) os acionistas, por unanimidade de votos, deliberaram: a) aprovar, sem reservas, o Protocolo de Cisão Parcial celebrado em 05 de setembro de 1996 com transferência, por incorporação, das parcelas do patrimônio da aludida empresa avaliados pelo seu valor contábil com base na posição de 31 de agosto de 1996; b) aprovar o laudo de avaliação das parcelas do patrimônio a serem vertidas mediante cisão e incorporação; c) aprovar a cisão parcial da Companhia mediante versão das parcelas dos patrimônio para as mencionadas sociedades incorporadoras com decorrente redução do Capital da Companhia, passando o referido capital de R\$ 51.634.997,34 para R\$



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

3.910.230,99, sem alteração do número de ações existentes; d) ratificar o acordo entre as partes no sentido de que as sociedades incorporadoras assumirão a responsabilidade ativa e passiva relativa ao patrimônio a elas transferido; e) os (Senhores Leo Wallace Cochrane, Patrick Charles Morin Júnior, Jorge Wallace S. Júnior, Israel Klabin e Pedro José da Matta declaram renunciar, em favor dos demais acionistas, à parcela do patrimônio da Companhia que fariam jus em função da cisão parcial; e f) alterar o objeto social da Companhia, de modo que ela deixe de caracterizar-se como instituição financeira passando a exercer as atividades de "holding" e de prestação de serviços;

- que o contribuinte foi regularmente intimado, conforme termos de fls. 19, a prestar esclarecimentos quanto à operação de cisão, formação do patrimônio líquido ocorrido até a data da cisão parcial em 31 de agosto de 1996 e cópia dos recolhimentos do IRF da referida operação;

- que em atendimento à intimação fiscal o contribuinte, tempestivamente, apresenta planilha de demonstração da mutação do patrimônio líquido referente aos últimos cinco exercícios até a data da cisão; planilha de demonstração dos Lucros e Prejuízos acumulados período de 1991 a 1996, ata da assembléia realizada em 16/09/96 deliberando sobre a operação de cisão parcial e o respectivo Protocolo; laudo de avaliação do patrimônio líquido, Declaração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica do período relativa a cisão e declara que "tendo em vista que no processo de reestruturação do grupo Norchem houve a cisão da empresa em questão, não houve por parte da sociedade a retenção/recolhimento do imposto de renda." (fls. 20/23);

- que a Cisão Parcial é uma operação pela qual uma ou mais sociedades que não se dissolvem, mediante uma prévia redução do seu capital social, destinam parte de seu ativo patrimonial para a constituição de uma nova sociedade ou incorporação a uma



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

sociedade preexistente, passando os sócios da sociedade ou sociedades "escindidas" a serem sócios da sociedade nova ou preexistente;

- que com relação ao conceito de Cisão Parcial conclui que, juridicamente: a) não opera a dissolução de nenhuma sociedade; b) não há transferência a título universal do patrimônio, porque compreende apenas a parte ativa; c) o capital de apenas uma é reduzido (com conseqüente aumento do capital da empresa ou empresas que incorporarem esta parte cindida do capital); d) os sócios da sociedade "escindida" tornam-se consórcios da sociedade nova ou preexistente;

- que no caso em questão, conforme relatado na descrição dos fatos, constata-se que: a) não houve a extinção da empresa Norchem Holdings e Negócios S/A; b) a grande maioria do ativo, o Caixa, no valor de R\$ 167.000.000,00, foi transferido para empresa preexistentes ou seja devolvido aos sócios; c) O capital da empresa Norchem Holdings foi reduzido mas o Capital das empresas Chase Manhattan International Finance Ltda, Banco do Noroeste S/A, Arad Participações Ltda e SERVAD (sócios da empresa Norchem) não sofreram alterações, pois o ativo vertido, foi diretamente disponibilizado pelos sócios ou seja baixado da conta Investimento tendo como contrapartida à conta Caixa, o único sócio a receber passivos e ativos foi o Chase; d) nenhuma sociedade nova foi criada, ou os sócios da "escindida" tornaram-se sócios da sociedade preexistente, o que ocorreu foi que cada sócio recebeu isoladamente Caixa em detrimento da redução do Capital Social e dos Lucros acumulados da empresa cindida parcialmente;

- que isso tudo vem ratificar, que um dos maiores interesse dos sócios do Norchem era o de realmente receber ativo Caixa da empresa, pode ser comprovado no Protocolo de Cisão parcial (fls. 129/140) e transcrito na descrição dos fatos, onde na oportunidade foram elencados como justificativa para tal operação os seguintes itens: a) transformação do Norchem em instituição não financeira ensejando a conseqüente cessação



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

da totalidade das operações privativas de instituição financeira não havendo necessidade da manutenção de Caixa e outros ativos pelo Norchem e b) que os acionistas desejam receber parte do referido Caixa e outros ativos excedentes do Norchem, direta ou indiretamente através de outras sociedades das quais participem ou venham a participar;

- que cabe ressaltar que o valor vertido para os sócios a título de cisão foi de R\$ 167.000.000,00 acarretando não só uma diminuição do Capital Social da empresa mas também diminuição das contas de Reserva de Capital; Reserva Legal e Lucros Acumulados;

- que a operação de Cisão no valor de R\$ 167.000.000,00 realizada em setembro de 1996 foi lançada pela empresa Norchem Holdings, a crédito da conta caixa (reduzindo o saldo da conta) pelo pagamento em espécie, dinheiro, aos sócios/acionistas e como contrapartida a débito das contas de: Capital = R\$ 47.725.000,00; Reserva de Capital = R\$ 567.000,00; Reserva de Lucros = R\$ 5.952.000,00; e Lucros Acumulados = R\$ 112.756.000,00 = Total de R\$ 167.000.000,00;

- que conforme ficou demonstrado, nas tabelas acima, da parcela vertida para os sócios R\$ 167.000.000,00, o valor de R\$ 112.756.000,00 refere-se a lucros do período e acumulados de exercícios anteriores, que foram distribuídos aos sócios, pessoas jurídicas situadas no País e no exterior;

- que tendo em vista que com estas operações de "Cisão" a verdadeira intenção foi a de distribuir aos sócios ativos da empresa, no caso em questão Caixa, em detrimento de uma redução do capital social e distribuição dos lucros acumulados. Intimamos o contribuinte a comprovar a retenção do imposto de renda na fonte sobre os lucros distribuídos aos sócios, referente aos períodos de 1994 e 1995 pagos à pessoa jurídica situado no País e a retenção do imposto de renda na fonte sobre os lucros



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

distribuídos a pessoa jurídica situado no exterior. Em resposta a referida intimação o contribuinte declara não Ter recolhido o IRF por tratar-se de uma operação de cisão;

- que a tributação dos lucros ou dividendos distribuídos para pessoa física ou jurídica residentes no País é diferente dos distribuídos para pessoa física ou jurídica domiciliadas no exterior. Levando-se ainda em conta que essa tributação nos últimos anos sofreu inúmeras modificações o critério a ser utilizado para apuração da base de cálculo do imposto será feita por período de apuração do lucro, aplicando então a legislação vigente na época.

Inconformado com o lançamento o autuado apresenta a sua peça impugnatória de fls. 156/181, instruída pelos documentos de fls. 183/255, apresentada, tempestivamente em 11/12/00, após historiar os fatos registrados no Auto de Infração, se indispõe contra a exigência fiscal, requerendo que a mesma seja declarada insubsistente, com base, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que, em primeiro lugar, é necessário uma análise dos motivos da cisão. Conforme informado ao fiscais, tanto a impugnante quanto a Norchem Leasing decorriam basicamente de uma associação entre o Banco Noroeste e o Chemical Bank. Ocorre que, como público e notório, o Chemical Bank adquiriu o Grupo Chase Manhattan em nível mundial, Grupo este que já possuía uma forte atuação no Brasil. Com isso, tendo em vista que o Chemical Bank passou a possuir atividades próprias no Brasil, optou por encerrar sua parceria com o Banco Noroeste;

- que é importante que se diga que a cisão acabou por evitar, também, a necessidade de instrumento contratual entre as partes visando regular a responsabilidade na hipótese de que os ativos vertidos ao Chase se tomassem insuficientes para o adimplemento das obrigações;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

- que isto se deve ao fato de que, como efeito próprio da cisão, a responsabilidade solidária decorreria de lei, com a possibilidade de regresso em relação 1ª parcela remanescente e, assim, aos demais sócios, sem a necessidade de celebração de instrumentos quaisquer entre as partes;

- que dentro deste contexto, também em decorrência de negociação e análise dos fatos procedidas pelas partes, verificou-se que o Chase estaria assumindo as atividades da impugnante e, seria mantida uma parcela remanescente para a liquidação de passivos de difícil avaliação, de forma a evitar prejuízos futuros a qualquer das partes, decorrentes da realização incerta destes passivos;

- que conforme se verifica dos documentos envolvidos na operação de cisão, o acervo líquido do Banco no período era de R\$ 180.682.803,02, dos quais, R\$ 167.000.000,00 corresponderam à parcela cindida, ou seja, a parcela remanescente correspondeu a apenas 7,5% do total do acervo do Banco;

- que compunham o referido acervo líquido R\$ 320.785.706,55 em ativos e apenas R\$ 140.074.041,69 em passivos. Dos referidos ativos, por tratar-se de uma instituição financeira, 95,61% dos valores, ou seja, R\$ 306.703.662,00 eram relativos à circulante e realizável a longo prazo, deste valor, 70,93%, ou R\$ 217.533.568,93, eram compostos por disponibilidades ou aplicações financeiras de liquidez, as quais, como o próprio nome diz, poderiam ser facilmente convertidas em disponibilidades;

- que os demais valores registrados nos ativos circulante e realizável a longo prazo (R\$ 89.170.093,07) eram oriundos, em grande parte, de operações exclusivas de instituições financeiras. Apenas 4,39 dos ativos correspondiam a bens registrados no permanente;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

- que com relação ao passivo, R\$ 67.630.106,67, ou 48,28% era composto por provisões para riscos fiscais, ou seja, para contingências decorrentes de ações judiciais ainda em conclusão, e passivos diversos. Os demais valores referiam-se a passivos ligados às atividades operacionais, ou seja, em maioria, privativas de instituições financeiras;

- que conforme as denominações constantes do Protocolo de Cisão e incorporação, dos sócios da impugnante, apenas o BNSA e o Chase estariam aptos a receber a parcela do acervo correspondente as atividades operacionais, visto que em sua grande maioria eram compostas por atividades privativas de instituições financeiras, especialmente, de bancos comerciais, inclusive os passivos relacionados;

- que de acordo com o estabelecido entre as partes, o Chase ficou com a incumbência de assumir referida parcela do acervo. Dessa forma, conforme verificado no anexo ao protocolo, o Chase recebeu um acervo líquido total de apenas R\$ 16.700,01 composto por R\$ 55.007.176,55 de ativos e R\$ 54.990.476,54 de passivos;

- que quanto aos passivos, a conclusão não é diferente, podendo ser verificado pela listagem supra referida que o Chase assumiu inclusive os tributos correntes relacionados às atividades operacionais;

- que os passivos remanescentes eram compostos em sua grande maioria por provisões para contingências fiscais e, por se tratar de provisões que representavam apenas estimativas dos valores que poderiam ser realizados, não seria possível a sua distribuição entre os acionistas por ocasião da cisão;

- que, da possibilidade de realização de cisão sem aumento de capital na empresa que incorporar a parcela cindida, sendo que em primeiro lugar, ao proceder à



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

análise e conclusão quanto à alegação que não houve aumento de capital dos sócios CMIF, BNSA, SERVAD e ARAD, a digna autoridade fiscal acabou ignorando por completo os dispositivos legais que atualmente regulam às operações de cisão, ao atropelo da legalidade tributária;

- que houve, de fato, a incorporação direta de parcelas do acervo cindido por parte dos sócios, sem a ocorrência de qualquer aumento de capital. Contudo, longe de haver qualquer tipo de infração a dispositivo legal em vigor, o procedimento foi efetuado em estrita consonância com a legislação brasileira aplicável, o art. 226, da Lei das S/A;

- que, da possibilidade de realização de cisão sem que a composição acionária da incorporadora seja a mesma da empresa cindida, tem-se que não teria sido observado pela impugnante que a composição acionária da empresa incorporadora deveria ser a mesma da empresa cindida, ou seja, não foi verificado que os sócios da cindida tornaram-se consórcios da incorporadora, trata-se de assunto sem qualquer procedência no Brasil;

- que apenas com a finalidade de atender ao princípio da oportunidade, tendo em vista a cristalina demonstração da total improcedência do presente auto de infração, é relevante apontar que, ao proceder ao cálculo da suposta contingência, com relação ao CMIF (pessoa jurídica estrangeira), a autoridade fiscal acabou por cometer mais impropriedades, mesmo se considerarmos hipoteticamente que teria havido uma distribuição de lucros. Isto porque, ao calcular o IRRF que seria devido sobre a distribuição de lucros, os quais foram auferidos até o ano de 1993, utilizou a alíquota de 25%. Contudo, conforme é cristalino na legislação aplicável à época da suposta distribuição, 1996, a alíquota aplicável seria de 15%;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

- que conforme se verifica da clara redação do dispositivo a alíquota de 15% seria aplicável, independentemente do período em que foram gerados os lucros, visto que claramente, o fato gerador do imposto e a determinação da alíquota estão ligados diretamente e exclusivamente ao momento da distribuição, e não ao momento em que foram gerados os lucros;

- que o dispositivo legal que deu a redação ao art. 756 do RIR/94 não deixa margem de dúvidas, qualquer distribuição de lucros procedida a partir de 1º de janeiro de 1993 estará sujeita ao IRRF à alíquota de 15%, independentemente do ano em que foi gerado o lucro;

- que ainda que se quisesse dar uma interpretação mais restritiva ao disposto, mesmo sabidamente equivocada, não há como fugir do fato de que o dispositivo seria aplicável, ao menos, aos lucros gerados a partir de 1º de janeiro de 1993, o que também não foi considerado pela autoridade fiscal, a qual aplicou a alíquota de 25% a todos os lucros que não gerados nos anos-base de 1994 e 1995, ou seja, também aos lucros gerados no ano-base de 1993;

- que finalmente, mais uma vez atendendo ao princípio da oportunidade, é importante salientar que a aplicação da taxa SELIC para cômputo de juros moratórios de débitos fiscais viola flagrantemente diversos preceitos constitucionais e legais, sendo ilegítima sua aplicação.

Após resumir os fatos constantes da autuação e as principais razões apresentadas pelo impugnante, a autoridade singular conclui pela procedência da ação fiscal e pela manutenção integral do crédito tributário constituído, com base, em síntese, nas seguintes considerações:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

- que no "Protocolo de Cisão Parcial do Banco Norchem S/A" estão indicadas as justificações da operação, que podem ser assim resumidas: a) os acionistas pretendem dar seqüência ao processo necessário a que o Norchem deixe de caracterizar-se como instituição financeira; b) tendo em vista que serão finalizadas as operações privativas de instituições financeiras, não haverá necessidade de manutenção de caixa e outros ativos nos montantes em que o Norchem atualmente mantém; c) os acionistas pretendem receber parte do caixa e de outros ativos excedentes do Norchem, possibilitando, assim, o incremento de suas próprias atividades e operações;

- que em face das justificações acima elencadas, as partes entenderam, conforme conclusão exposta no mesmo documento, que o instrumento jurídico mais apropriado à composição dos interesses dos acionistas e do Norchem seria a cisão parcial deste, mediante a versão de parcelas de seu patrimônio, seguida de sua incorporação por ARAD, BNSA SERVAD, CHASE e Manufactures Hanover Arrendamento Mercantil S/A (doravante MHAM), devendo-se notar que a versão de parcela do patrimônio cindido a esta última sociedade decorre do fato de que o CMIF, detentor da quase totalidade das ações do capital desta, utilizará os recursos na integralização de novas ações desta companhia;

- que a Lei exige algumas formalidades para que a operação se concretize. Essas formalidades não são destituídas de sentido, pois têm por fim proteger não apenas os interesses dos sócios, mas também os interesses de terceiros, entre os quais encontram-se os credores e, como tal, o Fisco, quanto aos créditos tributários eventualmente existentes;

- que na justificação devem constar, como visto, os "motivos ou fins da operação", bem como o "interesse da companhia na sua realização". Os acionistas entenderam por bem incluir no corpo do "Protocolo de Cisão Parcial do Banco Norchem S/A" a justificação da operação, com os motivos e fins já descritos. Observa-se que em nenhum momento foi mencionada a extinção da Norchem, mas tão-somente o processo



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

visando sua transformação em instituição não financeira. O contribuinte, porém, ao prestar esclarecimentos à autoridade autuante (fls. 123/127) no tocante aos motivos da cisão, afirma que a Norchem decorria basicamente de associação entre o BNSA e o Chemical Bank, sendo que este adquiriu o Grupo Chase Manhattan, que, por sua vez, já possuía forte atuação no Brasil, de forma que, tendo em conta que o Chemical Bank passou a possuir atividades próprias no Brasil, optou por encerrar sua parceria com o Banco Noroeste. Ora, a operação de cisão aqui apreciada não encerrou a parceria entre as instituições, já que, não obstante o Banco Norchem S/A ter mudado sua denominação para Norchem Holdings e Negócios S/A, e passando a ter como objeto social, consoante o "Estatuto Social Consolidado"(fls. 44/51), a "prestação de serviços que não dependam de autorização especial de órgãos governamentais e a participação em outras sociedades, civis e comerciais, nacionais e estrangeiras, como sócia, quotista ou acionista", manteve a participação acionária existente na data da operação, de forma que houve apenas a exclusão das atividades tidas como típicas de instituições financeiras;

- que o contribuinte afirmou, ainda, nos mencionados esclarecimentos, que:

a) foram mantidos no Norchem passivos, que, por serem compostos em sua maioria por provisões fundadas em estimativas, eram valores incertos, fato este que explica a manutenção da parcela remanescente até sua futura liquidação; b) devido à manutenção de passivos remanescentes, foram mantidos ativos suficientes para o adimplemento das obrigações, acrescidos de uma margem segura, sendo esta a única forma de administração dos passivos, de modo a evitar possíveis distorções na segregação do acervo em relação à participação de cada um dos sócios; c) em virtude da assunção pelo Chase da parcela do acervo correspondente às atividades típicas de instituições financeiras, e da manutenção dos demais passivos (com ativos suficientes para sua liquidação) no Norchem, restou aos demais sócios apenas o remanescente acervo líquido, composto por aplicações interfinanceiras, que forma preliminarmente liquidadas e, posteriormente, entregues em caixa; d) tendo em conta a efetiva transferência, no acervo líquido atribuído ao Chase, de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

passivos, deve-se concluir que a cisão não foi uma tentativa de distribuir lucros sem tributação, nem tampouco se pode afirmar que a operação deveria ser efetuada mediante redução de capital, pois restou demonstrado que não haveria outra opção à segregação do patrimônio do Norchem senão a cisão;

- que os motivos e fins da operação indicados à autoridade autuante nos esclarecimentos prestados pelo contribuinte não foram incluídos na justificação de que trata a Lei das S/A, que se limitou, repita-se, a afirmar a intenção de descaracterizar o Norchem como instituição financeira, fato este que ensejaria a reversão de caixa e outros ativos, cuja manutenção não se justificaria nos montantes em que se encontravam à época. Em face do que consta no "Protocolo de Cisão Parcial do Banco Norchem S/A, pode-se concluir que não procede a afirmação de que não haveria outra opção à segregação do patrimônio, conforme será demonstrado;

- que o patrimônio líquido da Norchem em 31 de agosto de 1996 (exatamente antes da "cisão").conforme demonstrado na Tabela de fls. 142 do "Termo de Verificação", era composto, em sua maior parte (aproximadamente 67,50%), por lucros acumulados, estando a outra parcela dividida entre o capital social e as reservas de capital. Portanto, considerando a disposição dos acionistas, indicada no "Protocolo", de receber parte do caixa e de outros ativos da Norchem, bastaria a distribuição dos lucros para que o intento fosse quase totalmente atingido. Essa assertiva decorre da simples constatação de que a "cisão" operou a redução do patrimônio líquido do Norchem no montante de R\$ 167.000.000,00, enquanto os lucros acumulados na data da operação perfaziam total de R\$ 121.994.260,26;

- que destarte, para a consecução dos fins discriminados no "Protocolo" bastaria à adoção conjunta das seguintes medidas: a) distribuição dos lucros acumulados; b) redução do capital social no montante necessário à conclusão do desiderato dos



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

subscritores do "Protocolo"; c) cisão parcial com incorporação ao Chase, no tocante à parcela patrimonial pertinente às atividades tipicamente financeiras. Uma vez adotado o modelo aqui indicado, é evidente que seria devido o IRRF sobre os lucros acumulados distribuídos aos sócios, ou, melhor dizendo, sobre os dividendos distribuídos aos acionistas;

- que, porém, os acionistas optaram por outro instrumento jurídico, para o qual são aplicáveis certas formalidades, conforme disposto na lei comercial. A operação efetuada, contudo, não corresponde ao modelo traçado pela Lei nº 6.404/76, que, em seu art. 226, § 1º, determina que as "ações ou quotas do capital da sociedade a ser incorporada que forem de propriedade da companhia incorporadora poderão, conforme dispuser o protocolo de incorporação, ser extintas, ou substituídas por ações em tesouraria da incorporadora, até o limite dos lucros acumulados e reservas, exceto a legal". Conforme indicado no "Protocolo" da operação resultou redução do capital social, sem houvesse extinção de ações ou substituição por ações em tesouraria da incorporadora, mantendo-se o mesmo número de ações, com a mesma composição acionária da data do ato. A incompatibilidade entre a maneira como foi feita a operação e o disposto no art. 226, § 1º da Lei nº 6.404/76 torna indevida a qualificação do negócio jurídico como "cisão" com versão parcial da sociedade já existente";

- que quanto à repercussão tributária da operação denominada pelo impugnante de "cisão", cabe inicialmente considerar que a incidência da norma que define a hipótese de incidência do tributo, acarretando o surgimento da obrigação principal, independe da vontade do sujeito passivo, pois basta a verificação da ocorrência no mundo fático da situação definida em lei como necessária e suficiente à ocorrência do fato gerador para que se dê o surgimento da obrigação tributária principal, gerando para o contribuinte o dever de pagar o tributo ou penalidade pecuniária;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

- que em face do disposto no art. 655 do RIR/99, e tendo em conta que, conforme demonstrado, a operação levada a efeito não pode ser caracterizada tipicamente como uma cisão com versão parcial em sociedade existente que já seja sócia da cindida, deve-se concluir que, em virtude da constatação de pagamento ou crédito de lucros ou dividendos apurados nos anos-calendário 1994 e 1995, a incidência do IRRF é inexorável, razão pela qual a tributação é insofismável;

- que para os beneficiários domiciliados no exterior, aplicam-se, conforme o período, as regras do art. 692 e 693, do RIR/99;

- que há, ainda, no art. 441 do RIR/94 (correspondente ao art. 658, § 3º do RIR/99) regra específica de tributação para os casos de restituição do capital social aos sócios, nos casos em que houve, anteriormente, incorporação de lucros ou reservas, estando a mesma matéria, porém no tocante aos sócios estrangeiros regulada no art. 776, § 1º do RIR/94 (correspondente ao art. 700, § 1º do RIR/99);

- que os preceitos supracitados revelam que o contribuinte não obsta a incidência do IRRF utilizando o procedimento contábil e societário de incorporar ao capital social os lucros acumulados e, posteriormente, restituir estes mesmos valores aos sócios ou acionistas. A regra tem o evidente intuito de fazer prevalecer o princípio da isonomia, impedindo que sejam adotados procedimentos com o desiderato de evitar a incidência de tributos, procedimentos estes chamados por alguns de "planejamento tributário";

- que da mesma forma, ainda que se considerasse o procedimento adotado pelo contribuinte, no presente caso, como uma cisão parcial seguida de incorporação pelo sócio da cindida, é evidente que, nos termos em que foi efetuada, a operação configuraria flagrante violação ao princípio da isonomia, caso fosse acolhida à pretensão do impugnante, que considera indevido o IRRF, pois o contribuinte que, encontrando-se em situação



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

análoga, ou seja, a pessoa jurídica cujos sócios tenham interesse em receber parcela dos ativos, e que, cumulativamente, tenha considerável saldo credor na conta lucros acumulados, adotando o procedimento previsto em lei para a consecução do objetivo, consistente na distribuição de lucros ou dividendos, estaria sujeita ao recolhimento do IRRF;

- que aliás, uma vez reconhecida à procedência dos argumentos suscitados pelo impugnante, restariam legitimadas operações que configurariam verdadeiros absurdos jurídicos, pois, sob o pretexto de levar a efeito uma cisão parcial seguida de incorporação pelo sócio da cindida, qualquer pessoa jurídica afastaria a incidência do IRRF ao distribuir os lucros acumulados, transmitindo, simultaneamente, uma parcela irrisória do passivo, transferido com o intuito específico de legitimar a pretensa cisão. Os interesses envolvidos no negócio jurídico, como se vê, seriam completamente diversos dos interesses que o legislador pretendeu proteger ao prever a possibilidade de cisão, nos termos em que esta foi definida pela Lei nº 6.404/76. Nota-se, a propósito, que na operação de que cuida o presente processo houve versão de passivos apenas ao Chase, enquanto os demais envolvidos foram contemplados apenas com ativos (disponibilidades debitadas à conta caixa dos beneficiários);

- que em face do disposto no art.693 do RIR/99, conclui-se que não procede a objeção do impugnante à aplicação da alíquota de 25%, referente ao IRRF incidente sobre lucros ou dividendos apurados até 31 de dezembro de 1993 distribuídos a beneficiário domiciliado no exterior, máxime quando se considera que foi invocado o art. 756 do RIR/94, que se encontra revogado, consoante disposição expressa do art. 1.004 do RIR/99. Ademais, importa considerar que, para o IRRF sobre lucros ou dividendos distribuídos a sócios ou acionistas domiciliados no exterior, o tributo deve ser retido na data do pagamento, crédito, entrega, emprego ou remessa dos rendimentos, mas a alíquota aplicável é consequência do período em que foram apurados os lucros;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

- que o impugnante alega, ainda, que a autoridade autuante procedeu equivocadamente ao efetuar a composição dos dividendos supostamente distribuídos, em relação aos anos em que foram gerados os lucros que compunham o saldo de lucros acumulados, pois, diante da possibilidade de imputar os dividendos distribuídos para os períodos até 1993 (25% para residentes no exterior e isenção para residentes no Brasil), 1994 e 1995 (15% para ambos os casos) e 1996 (isentos para ambos os casos), optou pelo método mais oneroso ao contribuinte, quando deveria proceder de maneira oposta;

- que para a apreciação desse argumento é preciso, inicialmente, tecer algumas considerações a respeito de dados objetivos da operação. Conforme a tabela de fls. 142 incluída no "Termo de Verificação", havia, na data da operação, um saldo credor de R\$ 121.994.260,26 na conta lucros acumulados. Conforme a Tabela 01 (fls. 148) do mesmo "Termo", a conta lucros acumulados recebeu, em virtude da "cisão", lançamento a débito no valor de R\$ 112.756.000,00. De acordo com a Tabela 02 (fls. 148) do "Termo", foi apurado em 1996, até a data da operação, o lucro líquido de R\$ 26.085.000,00. Conclui-se, preliminarmente, que, para a totalização dos dividendos distribuídos, necessariamente deve ser incluída ao menos uma parcela dos lucros apurados no próprio ano-calendário de 1996. Resta perquirir se o procedimento adotado pela autoridade autuante é correto ou se, conforme pretende o impugnante, deve ser adotada a alternativa mais benéfica ao contribuinte;

- que se conclui que, em face das disposições societárias aplicáveis, os lucros apurados no próprio ano-calendário de 1996, no qual ocorreu a operação de "cisão", devem ser considerados distribuídos por último, pois tal procedimento constitui situação excepcional, de forma que a apuração do crédito tributário, nos moldes descritos no "Termo de Verificação" está em perfeita consonância com as normas aplicáveis, não assistindo razão ao impugnante em suas objeções;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

- que é improcedente a contestação da aplicação da taxa Selic, pois, repita-se, há fundamentação legal para sua utilização.

A ementa que consubstancia a presente decisão é a seguinte:

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte – IRRF

Data do fato gerador: 16/09/1996

Ementa: IRRF – DISTRIBUIÇÃO DE DIVIDENDOS – CISÃO SEGUIDA DE INCORPORAÇÃO PELO SÓCIO

A operação de cisão parcial seguida de incorporação pelo sócio está sujeita às formalidades da Lei nº 6.404/76. A tributação independe do nome dado à operação, bastando à ocorrência do fato gerador para que o IRRF incida. É legítima a aplicação da alíquota de 25% aos lucros apurados até 31 de dezembro de 1993 e distribuídos a beneficiário domiciliado no exterior. A distribuição de dividendos com base em lucros apurados no exercício corrente é situação excepcional. Selic aplicada de acordo com a legislação vigente.

LANÇAMENTO PROCEDENTE.”

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 28/08/01, conforme Termo constante às fls. 276/277, e, com ela não se conformando, o recorrente interpôs, em tempo hábil (25/09/01), o recurso voluntário de fls. 278/317, instruído pelos documentos de fls. 318/382, no qual demonstra irresignação contra a decisão supra ementada, baseado, em síntese, nos mesmos argumentos apresentados na fase impugnatória, reforçado/innovado pelas seguintes considerações:

- que, em preliminar, quanto à impossibilidade de correção do lançamento e da nulidade decorrente da não apreciação dos fundamentos da defesa, tem-se que em nenhum momento o julgador rejeitou os fundamentos trazidos pela recorrente quanto à



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

impropriedade das "razões" que embasaram a lavratura do auto de infração. Bem ao contrário, passando ao largo de toda a matéria controvertida nos autos;

- que não obstante sejam desprovidas de qualquer juridicidade essas "razões", sendo, por conseqüência, insuficientes para descaracterizar a operação de cisão, na verdade, acabaram por representar novos e diferentes fundamentos para a constituição do crédito tributário;

- que ao adotar novos e diversos fundamentos para legitimar a constituição do crédito tributário, não há outra conclusão possível senão a de que o auto de infração originário, no mínimo, foi havido pelo próprio julgador de primeira instância como totalmente insubsistente. Com efeito, que outra razão se pode imaginar para a total desconsideração dos fundamentos originais e, mais ainda, para a total desconsideração dos fundamentos de defesa apresentados;

- que não há dúvida de que a decisão de primeira instância é não só irremediavelmente nula, diante da total preterição do direito de defesa, em afronta também à garantia do contraditório, como, também, que o próprio lançamento está viciado, devendo ser havido por insubsistente, o que, por vias tortuosas, reconhece o próprio julgador de primeira instância.

Consta às fls. 412/415, concessão, pela Justiça Federal, de segurança, assegurando-lhe o direito de ter processado o seu recurso administrativo, relativo ao Processo Administrativo Fiscal nº 16327.002119/00-57, independentemente da efetivação de depósito no valor equivalente a 30% do montante em discussão, desde que interposto no prazo legal.

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

VOTO

Conselheiro NELSON MALLMANN, Relator

O presente recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser conhecido por esta Câmara.

Na fase recursal o suplicante levanta preliminar de nulidade da decisão julgadora singular por entender que em nenhum momento o julgador apreciou as razões apresentadas pela recorrente em sua impugnação: muito pelo contrário, entende que o auto de infração foi confirmado com base em fundamentos absolutamente diversos daqueles que ensejaram a sua própria lavratura.

A matéria, de mérito, em discussão no presente litígio, como se pode verificar no Auto de Infração e Termo de Verificação Fiscal, especificamente na descrição dos fatos e enquadramento legal (fls. 08/11 e fls. 141/152), refere-se a falta de recolhimento do imposto de renda sobre lucros distribuídos aos sócios domiciliados no País e no Exterior, já que a fiscalização entende estar caracterizado que a verdadeira intenção da operação de "Cisão" foi a de distribuir aos sócios ativos da empresa, no caso em questão – Caixa -, em detrimento de uma redução do capital social e distribuição dos lucros acumulados.

É de se esclarecer, ainda, que no lançamento consta como fundamentação legal, além das normas relativas aos acréscimos legais (juros e atualização monetárias), para sócio domiciliado no exterior artigo 756 do RIR/94; artigo 77, da Lei nº 3.470/58; artigo



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

100, do Decreto-lei nº 5.844/43; e para sócio domiciliado no País artigo 2º, da Lei nº 8.849/94; e artigo 1º, da Lei nº 9.064/95.

Pela ordem, cumpre de início apreciar a questão preliminar levantada pela suplicante, relativa à nulidade da decisão recorrida, por ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal.

A suplicante sustenta, na sua peça recursal, a impossibilidade de correção do lançamento e da nulidade decorrente da não apreciação dos fundamentos da defesa, já que entende que em nenhum momento o julgador apreciou as razões apresentadas pela recorrente em sua impugnação: muito pelo contrário, o auto de infração foi confirmado com base em fundamentos absolutamente diversos daqueles que ensejaram a sua própria lavratura.

Entende que dois foram os fatores que levaram a fiscalização a descaracterizar a cisão, (I) a redução de capital social na empresa cindida, sem aumento de capital social das sociedades incorporadoras do acervo cindido; (II) não ter havido a criação de nova sociedade ou, ao menos, não terem os sócios da sociedade cindida se tornado sócios da sociedade preexistente, tendo ocorrido apenas o recebimento por cada sócio, isoladamente, de caixa.

Desta forma, entende a suplicante que a decisão singular ao adotar novos e diversos fundamentos para legitimar a constituição do crédito tributário, não há outra conclusão possível senão a de que o auto de infração originário, no mínimo, foi havido pelo próprio julgador de primeira instância como totalmente insubsistente. Com efeito, que outra razão se pode imaginar para a total desconsideração dos fundamentos originais e, mais ainda, para a total desconsideração dos fundamentos de defesa apresentados.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

É de se rejeitar a preliminar.

Senão vejamos:

Da comparação entre os fundamentos constantes da peça acusatória e os fundamentos constantes da peça decisória, não vislumbro nenhuma desconsideração, por parte da autoridade julgadora, do conteúdo fundamental pela qual a autoridade lançadora procedeu ao lançamento.

Da mesma forma, não vislumbro a premissa de que houve invocação, por parte da autoridade julgadora singular, de novas justificativas para a manutenção do lançamento.

A preliminar levantada pelo suplicante, data vênia, não tem nenhum cabimento, por qualquer ângulo que se pretende analisá-la. Acolher da forma como foi suscitada, seria atrelar o julgador a estrita vontade da autoridade lançadora, ou seja, a autoridade julgadora seria obstada de fundamentar a sua própria decisão com base em textos legais ou de emitir juízo próprio, deste que, evidentemente, não contrário a lei.

Ora, ficou cristalino na peça decisória que o julgador estava plenamente ciente da razão fundamental que levou a autoridade lançadora a formalizar o crédito tributário contra a suplicante, basta verificar às fls. 269/270, onde a mesma manifesta-se da seguinte forma:

"Os preceitos supracitados revelam que o contribuinte não obsta a incidência do IRRF utilizando o procedimento contábil e societário de incorporar ao capital social os lucros acumulados e, posteriormente, restituir estes mesmos valores aos sócios ou acionistas. A regra tem o evidente intuito de fazer prevalecer o princípio da isonomia, impedindo que sejam adotado



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

procedimentos com o desiderato de evitar a incidência de tributos, procedimentos estes chamados por alguns de "planejamento tributário".

Da mesma forma, ainda que se considerasse o procedimento adotado pelo contribuinte, no presente caso, como uma cisão parcial seguida de incorporação pelo sócio da cindida, é evidente que, nos termos em que foi efetuada, a operação configuraria flagrante violação ao princípio da isonomia (art. 150, II, da Constituição Federal), caso fosse acolhida a pretensão do impugnante, que considera indevido o IRRF, pois o contribuinte que, encontrando-se em situação análoga, ou seja, a pessoa jurídica cujos sócios tenham interesse em receber parcela dos ativos, e que, cumulativamente, tenha considerável saldo credor na conta lucros acumulados, adotando o procedimento previsto em pela lei para a consecução do objetivo, consistente na distribuição de lucros e dividendos, estaria sujeita ao recolhimento do IRRF.

Aliás, uma vez reconhecida a procedência dos argumentos suscitados pelo impugnante, restariam legitimadas operações que configurariam verdadeiros absurdos jurídicos, pois, sob o pretexto de levar a efeito uma cisão parcial seguida de incorporação pelo sócio da cindida, qualquer pessoa jurídica afastaria a incidência do IRRF ao distribuir os lucros acumulados, transmitindo, simultaneamente, uma parcela irrisória do passivo, transferindo com intuito específico de legitimar a pretensa cisão. Os interesses envolvidos no negócio jurídico, como se vê, seriam completamente diversos dos interesses que o legislador pretendeu proteger ao prever a possibilidade de cisão, nos termos em que esta foi definida pela Lei nº 6.404/1976. Note-se, a propósito, que na operação de que cuida o presente processo houve versão de passivos apenas ao Chase, enquanto os demais envolvidos (ARAD, BNSA, SERVAD e MHAM) foram contemplados apenas com ativos (disponibilidades debitadas à conta caixa dos beneficiários)."

Alega, ainda, o suplicante, em preliminar, que não obstante os irretorquíveis fundamentos trazidos em sua impugnação, o julgador singular, não apreciou os mesmos.

Entendo que, da mesma forma, não se deva dar razão a recorrente neste item, já que a decisão de primeira instância apreciou circunstanciadamente todos os fatos e



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

desdobramentos contidos na imputação feita e objeto de resistência pelo recorrente, com argumentos equivalentes de modo a embasar a manutenção da pretensão tributária.

Ora, somente a inexistência de exame de algum argumento apresentado pela recorrente, na fase impugnatória, cuja aceitação ou não implicaria no rumo da decisão a ser dada ao caso concreto é que acarreta cerceamento do direito de defesa do impugnante. Entretanto, não é o caso em questão, já que na peça recursal a suplicante argumenta em termos genéricos, alegando, entre outros, a título exemplificativo, “da análise da decisão recorrida, verifica-se que em nenhum momento o I. Julgador apreciou as razões apresentadas na impugnação: muito pelo contrário, o auto de infração foi confirmado com base em fundamentos absolutamente diversos daqueles que ensejaram a sua própria lavratura”.

É de se ressaltar, que além de não citar especificamente em que ponto a peça decisória mudou a fundamentação legal dos fatos, esta citação não representa a verdade dos fatos, já que não houve a alegada mudança de fundamentos pela autoridade julgadora singular. Como, também, não vejo aonde seria essencial para sua defesa, já que a matéria em litígio, neste processo, é tributária, e o que se busca no fundo é a verdade material. Ou seja, se houve ou não evasão tributária, se o fato descrito na peça acusatória está ou não sujeito a tributação. Essa é a discussão que deve ser levada a efeito.

Não consigo visualizar quais seriam estes argumentos de defesa que, se analisados, teriam o poder de modificar a decisão singular, já que a mesma é clara e expõe o ponto de vista do julgador na infração imputada ao sujeito passivo.

Ora, os autos demonstram, claramente, a infração imputada, acompanhada da descrição dos fatos, a decisão singular, é cristalina, e se manifesta sobre os principais argumentos apresentados pela suplicante em sua peça impugnatória. Estes são os



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo n.º : 16327.002119/00-57
Acórdão n.º : 104-18.930

principais fatos do processo em questão, e estes foram longamente debatidos pela autoridade julgadora singular, talvez, não a contento da suplicante, ou seja, o resultado não foi como o suplicante gostaria que fosse.

No meu entender, não faz nenhum sentido a autoridade julgadora ficar rebatendo argumento por argumento, principalmente, os que não teriam o poder de modificar a decisão da questão discutida, qual seja, quando a operação de versão de ativos e passivos, caracteriza-se uma "cisão" para fins tributários.

É evidente que o artigo 59 do Decreto n.º 70.235/72, arrola a incompetência do agente e a preterição do direito de defesa, como hipóteses de nulidades dos atos praticados no curso do processo fiscal.

Da mesma forma, é evidente que a obediência plena ao direito de defesa, igualmente prescrito no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, exige o atendimento concomitante aos princípios do contraditório e do devido processo legal.

Não obstante, a infinidade de situações suscetíveis de serem compreendidas no significado das expressões preterição do direito de defesa, ou do direito de ampla defesa é de tal amplitude que se faz necessário distinguir quando existe a falta de apreciação de prova ou de argumento de defesa.

Os artigos 29 e 30 do Decreto n.º 70.235/72, dizem respeito, respectivamente, à liberdade da autoridade julgadora na apreciação das provas. É claro que essa liberdade, no entanto, não autoriza o julgador, ao seu talante, deixar de apreciá-las, pois isso certamente acarretará cerceamento do direito de defesa.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

Por outro lado, deve-se ter presente, no entanto, que, o não enfrentamento de alguma questão levantada pelo impugnante, não necessariamente dá origem a preterição do direito de defesa, e por via de consequência, o nascimento do cerceamento do direito de defesa. Para que flore o cerceamento do direito de defesa, que seria uma condicionante para a nulidade da decisão singular, se faz necessário que esta questão tenha relevância, ou seja, tenha o poder de modificar algum item do decisório, não pode ser alegação por alegação, sem nenhuma importância no fato discutido.

Assim sendo, rejeito a preliminar de nulidade da decisão singular, por cerceamento do direito de defesa.

Ultrapassada a preliminar de nulidade da decisão singular por cerceamento do direito de defesa, passo ao exame de mérito da lide.

Verifica-se na peça vestibular do lançamento, que a fiscalização concluiu que a cisão parcial realizada, juridicamente: a) não opera a dissolução de nenhuma sociedade; b) não há transferência a título universal do patrimônio, porque compreende apenas a parte ativa; c) o capital de apenas uma é reduzido (sem o consequente aumento do capital da empresa ou empresas que incorporarem esta parte cindida do capital); d) os sócios da sociedade cindida tornam-se consórcios da sociedade nova ou preexistente.

É incontestável da análise dos autos que: a) não houve a extinção da empresa Norchem Holdings e Negócios S/A; b) a grande maioria do ativo, o Caixa, no valor de R\$ 167.000.000,00, foi transferido para empresas preexistentes ou seja devolvido aos sócios; c) O capital da empresa Norchem Holdings foi reduzido mas o Capital das empresas Chase Manhattan International Finance Ltda, Banco do Noroeste S/A, Arad Participações Ltda e SERVAD (sócios da empresa Norchem) não sofreram alterações, pois o ativo vertido, foi diretamente disponibilizado pelos sócios ou seja baixado da conta Investimento tendo



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

como contrapartida a conta Caixa, o único sócio a receber passivos e ativos foi o Chase; d) nenhuma sociedade nova foi criada, ou os sócios da "cindida" tornaram-se sócios da sociedade preexistente, o que ocorreu foi que cada sócio recebeu isoladamente Caixa em detrimento da redução do Capital Social e dos Lucros acumulados da empresa cindida parcialmente.

Vê-se- que o cerne da questão reside no fato de se determinar se a operação realizada pelo suplicante tem característica de "Cisão" para fins tributários.

Examinando-se, minuciosamente, a questão, verifica-se, que para o seu deslinde, inicialmente, se torna necessário uma breve passagem no mecanismo de Capitalização de Lucros e Reservas.

A lei não admite sociedade comercial organizada para operar exclusivamente com recursos de terceiros. É imperioso que haja recursos próprios da contribuição dos sócios. Tais recursos formam o capital da sociedade ou capital social.

Obedecidas as formalidades, o capital social fixado no estatuto ou contrato pode ser alterado. A alteração majorada pode resultar, dentre outro, do aproveitamento dos recursos da própria sociedade acumulados durante o exercício da atividade societária, ou seja, o aumento do capital pode-se dar pela incorporação a ele dos lucros obtidos das reservas constituídas no curso da atividade social, representada pela capitalização de lucros ou reservas.

A capitalização pode ser efetuada com quaisquer lucros apurados em balanço, bem como todas as reservas constituídas, sejam elas de capital, de lucros ou de reavaliação.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

O artigo 446 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 1.041/94, prescreve que “Os lucros ou reservas de lucros, apurados a partir de 1º de janeiro de 1989, quando incorporados ao capital da pessoa jurídica, não sofrerão incidência do imposto na fonte, ainda que se refiram à participação de sócios ou acionistas residentes ou domiciliados no exterior”. Associando esta norma com aquela constante do parágrafo único deste mesmo artigo, constata-se que a lei considera a capitalização de lucros ou reservas como modalidades de não incidência, tanto na pessoa jurídica que capitaliza, quanto nas pessoas dos sócios beneficiários das ações ou quotas resultantes do aumento.

Nem sempre, porém, os atos jurídicos são praticados em conformidade com as razões da existência do instituto. Um determinado instituto é, por vezes, utilizado com vistas à obtenção de vantagens que não são próprias, gerando, em matéria fiscal, o fenômeno da evasão.

A capitalização se presta, freqüentemente, como veículo para acobertar uma distribuição de lucros, que, como é sabido, constitui-se em fato gerador do tributo.

Os artigos 440 e 441 do RIR/94 tipificam situações em que verdadeira distribuição de lucros se esconde atrás de uma capitalização simulada. São os aumentos de capital precedidos ou seguidos de redução do próprio capital. A ocorrência dessa sucessão de fatos configura uma distribuição de lucros e, como tal, sofre tributação.

Em conformidade com esses artigos, há distribuição de lucros, passíveis de tributação como rendimento do sócio ou titular da empresa individual na forma da legislação em vigor, quando o aumento de capital mediante incorporação de lucros ou reservas é, dentro do espaço de cinco anos:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

A – precedido de uma restituição aos sócios através de redução do capital social; ou

B – seguido de restituição de capital aos sócios através de redução do capital social, ou nos casos de liquidação, sob a forma de partilha do acervo líquido.

A tributação, como lucros distribuídos, dos lucros ou reservas incorporadas ao capital pressupõe, pois, a ocorrência de dois fatos, eqüidistantes no tempo pelo prazo máximo de cinco anos, sendo um representativo de aumento de capital e outro de restituição de capital ao sócio, acionista ou titular, mediante redução, ou seja, o aumento de capital e a sua redução mediante restituição, efetivados dentro de um quinquênio, vinculam-se entre si, traduzindo uma distribuição de lucros tributáveis como rendimentos dos sócios, acionistas ou titular.

Há restrições, porém.

Nem todo aumento de capital mediante incorporação de lucros ou reservas é suscetível de vincular-se a uma restituição de capital e vice-versa.

A Instrução Normativa SRF nº 08/79, dispondo sobre a matéria, explicitou que são insusceptíveis de vinculação os aumentos de capital decorrentes do aproveitamento de reserva de capital formado por qualquer um dos seguintes valores:

A – ágio recebido na emissão de ações;

B – produto da alienação de partes beneficiárias ou bônus de subscrição;

C – correção monetária do capital;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

D – correção monetária do ativo imobilizado;

E – manutenção do capital de giro próprio.

A mesma Instrução Normativa enumera também os casos de redução de capital igualmente insusceptíveis de vinculação e, pois, de gerar efeitos tributários. São eles:

A) – a redução de capital em virtude de devolução aos herdeiros de parte do sócio falecido, nas sociedades de pessoas, assim entendidas todas as sociedades, exceto as por ações;

B) – a extinção da empresa individual, por falecimento do titular;

C) – a redução de capital para absorção de prejuízos acumulados até o limite destes;

D) – o reembolso de ações em virtude de exercício, pelo acionista, do direito de retirada assegurado pela Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

E) – o rateio do acervo líquido da pessoa jurídica dissolvida, desde que o aumento de capital tenha sido realizado com a incorporação de ações ou quotas atribuídas como bonificação por sociedade de que era sócia ou acionista;

F) – a redução por insuficiência de subscrição, no caso em que a assembléia de acionista reduz o aumento de capital, deliberado em assembléia anterior, ao montante subscrito;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

G) – a incorporação, a fusão e a cisão da pessoa jurídica; neste caso o prazo continua a correr sem interrupção na sociedade incorporadora, ou resultante da fusão, ou constituída na cisão, ou que absorva parcela do patrimônio da sociedade cindida. (o grifo não é do original).

Feitas as considerações necessárias para melhor elucidar o presente litígio, cujo óbice é saber se a recorrente estava ou não obrigado a efetuar a retenção e o respectivo recolhimento do imposto de renda relativo a operação de capital social realizada em razão da cisão parcial, passamos analisar a redução propriamente dita.

A recorrente apresenta as suas razões recursais, entendendo, que de acordo com a legislação aplicável, não existe distribuição de lucros e por via de consequência fato gerador do imposto de renda na fonte, cujas razões argumentativas, peço vênia para transcrever de forma a melhorar o entendimento da matéria em discussão:

“Do conceito equivocado de cisão parcial adotado pela fiscalização:

Que o lançamento foi baseado, exclusivamente, no trecho da obra do Prof. Waldírio Bulgarelli, onde estava sendo analisado a operação de cisão no direito argentino, inaplicável no direito tributário brasileiro, ou seja, na legislação argentina não existe a possibilidade de haver a cisão de sociedades sem o aumento de capital social da companhia incorporadora do acervo cindido, a legislação pátria, pelo contrário, alberga plenamente essa situação.

Da possibilidade de realização de cisão sem aumento de capital na empresa que incorporar a parcela cindida:

Que houve, de fato, a incorporação direta de parcelas do acervo cindido por parte do sócios, sem a ocorrência de qualquer aumento de capital. Contudo, entende, que longe de ter havido qualquer tipo de infração a algum dispositivo legal em vigor, o procedimento foi efetuado em estrita consonância com a legislação brasileira aplicável, mais precisamente, de acordo com o art. 226, da Lei das S/A, o qual trata da formação do capital



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

nas operações de incorporação, fusão e cisão, nas hipóteses em que se trata de operações entre empresas que estejam em relação societária vertical:

"Art. 226. As operações de incorporação, fusão e cisão somente poderão ser efetivadas nas condições aprovadas se os peritos nomeados determinarem que o valor do patrimônio ou patrimônios líquidos a serem vertidos para a formação de capital social, é ao menos igual ao montante do capital a realizar.

§ 1º As ações ou quotas do capital da sociedade a ser incorporada que forem de propriedade da companhia incorporadora poderão, conforme dispuser o protocolo de incorporação, ser extintas, ou substituídas por ações em tesouraria da incorporadora, até o limite dos lucros acumulados e reservas, exceto a legal.

§ 2º O disposto no § 1º aplicar-se-á aos casos de fusão, quando uma das sociedades fundidas for proprietária de ações ou quotas de outra, e de cisão com incorporação, quando a companhia for proprietária de ações ou quotas do capital desta."

Vê-se que para as hipóteses em que ocorra a cisão com subsequente incorporação, mais especificamente, na situação em que a incorporadora do acervo cindido já era titular de parcela do capital da empresa cindida, o tratamento na incorporadora, segundo o § 1º do artigo 226, será justamente o cancelamento das ações em proporção ao acervo cindido e posteriormente incorporado.

A outra alternativa contida na lei, para essa situação, é a manutenção das ações em tesouraria, até o limite das reservas de lucro da incorporadora.

Ou seja, para essas situações a lei não prevê aumento de capital na incorporadora, o que faz ver que é a própria legislação societária que estabelece que a ausência de aumento de capital social não é elemento essencial à caracterização da cisão.

Que a opção pela extinção está claramente disposta no protocolo de cisão, o qual não deixa margem a dupla interpretação, ao prever de forma expressa que, em decorrência da ARAD, BNSA e SERVAD serem diretamente detentoras de ações do capital do Norchem, os elementos patrimoniais a serem vertidos já se encontram registrados em seus ativos. Dessa forma, os



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

investimentos da ARAD, BNSA e SERVAD no Norchem serão reduzidos em função da cisão e incorporação da parcela cindida, sendo que no caso da CMIF a parcela vertida será utilizada na integralização do capital da MHAN, conforme decorre do item nº 2 do Protocolo de Cisão.

Da desnecessidade da composição acionária da empresa incorporadora ser a mesma da empresa cindida:

Que não procede perante a legislação brasileira, a afirmação da fiscalização da necessidade de que a composição acionária da empresa incorporadora seja a mesma da empresa cindida para a caracterização da operação de cisão, sob o argumento de que mesmo antes da vigência da Lei nº 9.457/97, que introduziu dispositivo expresso no art. 229 da Lei das S/A, o assunto não encontrava divergência. A Própria Secretaria da Receita Federal tem opinião bastante clara sobre o tema, proferida no ano de 1987, através do Parecer Normativo CST nº 21/87.”

Em resumo, entende a recorrente que não existe imposto a ser pago quando da redução de capital social, baseado no fato que o trecho do livro do Professor Waldírio Bulgarelli fazia referência aos ensinamentos do Professor Gervásio Colobres às regras da legislação argentina sobre a operação de cisão, não podendo, portanto, jamais ser utilizado como base para a autuação, em detrimento de toda legislação comercial brasileira. Sendo que é perfeitamente possível e lícita a operação societária de cisão sem a ocorrência de aumento de capital social da empresa que incorporar a parcela cindida. Entende, ainda, que de acordo com a legislação brasileira, é desnecessário que a composição acionária da sociedade incorporadora seja a mesma da sociedade cindida, nos termos do artigo 229, § 5º, da Lei nº 6.404/76.

A legislação de regência sobre a matéria se manifesta da seguinte forma:

“Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976:

Art. 226. As operações de incorporação, fusão e cisão somente poderão ser efetivadas nas condições aprovadas se os peritos nomeados determinarem



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

que o valor do patrimônio ou patrimônios líquidos a serem vertidos para a formação de capital social, é ao menos igual ao montante do capital a realizar.

§ 1º As ações ou quotas do capital da sociedade a ser incorporada que forem de propriedade da companhia incorporadora poderão, conforme dispuser o protocolo de incorporação, ser extintas, ou substituídas por ações em tesouraria da incorporadora, até o limite dos lucros acumulados e reservas, exceto a legal.

§ 2º O disposto no § 1º aplicar-se-á aos casos de fusão, quando uma das sociedades fundidas for proprietária de ações ou quotas de outra, e de cisão com incorporação, quando a companhia for proprietária de ações ou quotas do capital desta.

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.

Parágrafo 1º - A assembléia geral da companhia incorporadora, se aprovar o protocolo da operação, deverá autorizar o aumento do capital a ser subscrito e realizado pela incorporadora mediante versão do seu patrimônio líquido, e nomear os peritos que o avaliarão.

.....

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

§ 1º Sem prejuízo do disposto no art. 233, a sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão; no caso de cisão com extinção, as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida sucederão a esta, na proporção dos patrimônios líquidos transferidos, nos direitos e obrigações não relacionados.

§ 2º Na cisão com versão de parcela do patrimônio em sociedade nova, a operação será deliberada pela assembléia geral da companhia à vista de justificação que incluirá as informações de que tratam os ns. do art. 224; a



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

assembléia, se a aprovar, nomeará os peritos que avaliarão a parcela do patrimônio a ser transferida, e funcionará como assembléia de constituição da nova companhia.

§ 3º A cisão com versão de parcela de patrimônio em sociedade já existente obedecerá às disposições sobre incorporação (art. 227).

§ 4º Efetivada a cisão com extinção da companhia cindida, caberá aos administradores das sociedades que tiverem absorvido parcelas do seu patrimônio promover o arquivamento e publicação dos atos da operação; na cisão com versão parcial do patrimônio, esse dever caberá aos administradores da companhia cindida e da que absorver parcela do seu patrimônio.

§ 5º As ações integralizadas com parcelas de patrimônio da companhia cindida serão atribuídas a seus acionistas, em substituição às ações extintas, na proporção das que possuíam.”

RIR/94, aprovado pelo Decreto nº 1.041, de 1994:

“Art. 380. Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computada na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas (Decreto-lei nº 1.598/77, art. 34):

I – somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor do acervo líquido avaliado a preços de mercado, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de dez anos;

II - será computado como ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder ao valor contábil das ações ou quotas extintas, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

Art. 440. O disposto no parágrafo único do artigo anterior não se aplica se a pessoa jurídica, nos cinco anos anteriores à data da incorporação de lucros ou reservas ao capital, restituir capital aos sócios ou ao titular, mediante redução do capital social (Decreto-lei nº 1.598/77, art. 63, § 3º).

.....

Art. 441. Se a pessoa jurídica, dentro dos cinco anos subseqüentes à data da incorporação de lucros ou reservas, restituir capital social aos sócios, ou ao titular, mediante redução do capital social, ou, em caso de liquidação, sob a forma de partilha do acervo líquido, o capital restituído considerar-se-á lucro ou dividendo distribuído, sujeito, nos termos deste Regulamento, à tributação como rendimento dos sócios, acionistas ou do titular (Decreto-lei nº 1.598/77, art. 63, § 4º).

.....

Art. 442. A sociedade incorporadora e a resultante da fusão sucedem as incorporadas ou fundidas, sem interrupção de prazo, na restrição de que trata o artigo anterior (Decreto-lei nº 1.598/77, art. 63, § 7º).

Art. 443. As sociedades constituídas por cisão de outra, e a sociedade que absorver parcela de patrimônio da sociedade cindida sucedem a esta, sem interrupção de prazo, na restrição de que trata o art. 441 (Decreto-lei nº 1.598/77, art. 63, § 8º).

Art. 444. Nos termos dos arts. 442 e 443, a restrição se aplica ao montante dos lucros ou reservas capitalizados proporcional à contribuição (Decreto-lei nº 1.598/77, art. 63, § 9º):

I – da sociedade incorporada ou fundida para o capital social da incorporadora ou resultante da fusão; ou

II – de parcela do patrimônio líquido da sociedade cindida para o capital social da sociedade que absorveu essa parcela.”

Diz o diploma legal - Lei nº 8.849, de 1994:

“Art. 2º. Os dividendos, bonificações em dinheiro, lucros e outros interesses, quando pagos ou creditados a pessoas físicas e jurídicas, residentes ou



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

domiciliadas no País estão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de quinze por cento.

§ 1º. O imposto descontado na forma deste artigo será considerado exclusivo na fonte qualquer que seja o beneficiário.

§ 2º. O imposto a que se refere este artigo será convertido em quantidade de Unidade Fiscal de Referência – UFIR diária pelo valor desta na data do fato gerador.

§ 3º. A incidência prevista neste artigo alcança exclusivamente:

a) distribuição de lucros que tenham sido apurados, pela pessoa jurídica, na escrituração comercial; e

b) os rendimentos da mesma natureza distribuídos por pessoas jurídicas tributadas com base no lucro presumido, limitado ao valor do lucro presumido deduzido o imposto de renda sobre ele incidente.

§ 4º. A alíquota prevista neste artigo alcança a distribuição automática de lucros prevista no art. 22 da Lei nº 8.541, de 23 de dezembro de 1992.

§ 5º. O imposto descontado na forma deste artigo será recolhido até o último dia útil do mês seguinte àquele em que ocorrer o fato gerador, reconvertido para cruzeiros reais com base na expressão monetária da UFIR diária vigente na data do pagamento.”

Sobre o mesmo assunto, a Lei nº 9.064, de 1995, esclarece e altera o seguinte:

“Art. 1º O disposto no art. 2º da Lei nº 8.849, de 28 de janeiro de 1994, somente se aplica aos dividendos, bonificações em dinheiro, lucros e outros interesses, apurados a partir de 1º de janeiro de 1994, pagos ou creditados por pessoa jurídica tributada com base no lucro real a sócios ou acionista, pessoas físicas ou jurídicas, residentes ou domiciliadas no País.

Art. 2º Os dispositivos da Lei nº 8.849, de 1994, adiante indicados, passam a vigorar com a seguinte redação, renumerando-se para 9º o seu art. 8º:

“Art. 2º



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

§ 1º O imposto descontado na forma deste artigo será:

- a) deduzido do imposto devido na declaração de ajuste anual do beneficiário pessoa física, assegurada a opção pela tributação exclusiva;
- b) considerado como antecipação, sujeita a correção monetária, compensável com o imposto de renda que a pessoa jurídica beneficiária, tributada com base no lucro real, tiver de recolher relativo à distribuição de dividendos, bonificações em dinheiro, lucros e outros interesses;
- c) definitivo, nos demais casos.

§ 2º A compensação a que se refere a alínea "b" do parágrafo anterior poderá ser efetuada com o imposto de renda, que a pessoa jurídica tiver que recolher, relativo à retenção na fonte sobre a distribuição de lucros ou dividendos a beneficiário residente ou domiciliado no exterior."

Disso tudo, é de se concluir que quando se verifica uma cisão com versão de patrimônio para sociedade nova ou preexistente não sócia da empresa cindida, normalmente, decorrem as seguintes situações:

- Na cisão normal a empresa cindida passa a ser sócia da sociedade nova ou preexistente;
- É obrigatório o aumento de capital social na sociedade nova ou preexistente;
- É obrigatório a redução do capital social na cindida; e
- A incorporadora do capital social vertido é sucessora da cindida quanto aos lucros, devendo observar as hipóteses de redução de capital vinculado.

Por outro lado, quando ocorre cisão com versão de patrimônio para sociedades preexistentes sócios da sociedade cindida, decorrem as seguintes situações:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

- Não existe a obrigatoriedade do aumento de capital social nas sociedades preexistentes sócias da sociedade cindida. Entretanto, deve haver a eliminação da participação recíproca dentro de 12 meses (Art. 244, da Lei das S/A);
- Na participação recíproca, a incorporadora é sócia da cindida, e a cindida passa a ser sócia da incorporadora pela cisão efetuada (versão do patrimônio);
- Pode haver a extinção das ações na sociedade cindida que foram de propriedade da sociedade incorporadora até o limite dos lucros acumulados e reservas, exceto a legal, desde que previsto no Protocolo da Cisão (Art. 226, § 1º, da Lei das S/A);
- Uma das formas de proceder a eliminação da participação recíproca é cada sociedade dar baixa no valor dos investimentos até o montante da participação no capital da outra.

Examinando-se, literalmente, os dois textos: o legal e o regulamentador, verifica-se que melhor razão assiste a recorrente, na medida em que se insurge contra o lançamento tributário por entender que estava ao abrigo da legislação, sem a responsabilidade de reter ou recolher o imposto de renda na fonte em questão, por não se enquadrar no texto legal. Senão vejamos:

Verifica-se na peça vestibular do lançamento, como já dito anteriormente, que a fiscalização concluiu que a cisão parcial realizada, juridicamente: a) não opera a dissolução de nenhuma sociedade; b) não há transferência a título universal do patrimônio, porque compreende apenas a parte ativa; c) o capital de apenas uma é reduzido (sem o conseqüente aumento do capital da empresa ou empresas que incorporarem esta parte cindida do capital); d) os sócios da sociedade cindida tornam-se consórcios da sociedade nova ou preexistente.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

Nota-se, ainda, da análise dos autos que o Patrimônio Líquido, da referida empresa, estava assim composto em 31/08/96, antes da cisão: Capital Social R\$ 51.634.997,34; Reserva de Capital R\$ 7.053.545,42; Reserva de Lucros R\$ 0,00; Lucros Acumulados R\$ 121.994.260,26 = Total R\$ 180.682.803,02.

Nota-se, da mesma forma, que o capital social do Norchem, antes da cisão, no valor de R\$ 51.634.997,34 (fls. 116), encontrava-se dividido, em 5.789.551 ações ordinárias e 1.929.850 ações preferenciais, todas nominativas, conforme quadro abaixo:

Acionistas	Nº de Ações Ordinárias	Nº de Ações Preferenciais	(%) Total
ARAD PARTICIPAÇÕES S/A	2.200.027	-.	28,50
CHASE MANHATTAN INTERNATIONAL FINANCE LTD. (MANUFACTURES HANOVER ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A)	1.880.462	1.899.456	48,97
BANCO NOROESTE S/A	1.678.968	-.	21,75
MHT SERVIÇOS E ADMINISTRAÇÃO LTDA – SERVAD	29.317	30.394	0,77
BANCO CHASE MANHATTAN S/A	772	-.	0,01
OUTROS	5	-.	0,01
TOTAL	5.789.551	1.929.850	100,00



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

Por outro, nota-se que o capital social do Norchem, após a cisão, foi reduzido para R\$ 3.910.230,99 (fls. 116), dividido em 5.789.551 ações ordinárias e 1.929.850 ações preferenciais, todas nominativas, conforme quadro abaixo:

Acionistas	Nº de Ações Ordinárias	Nº de Ações Preferenciais	(%) Total
ARAD PARTICIPAÇÕES S/A	2.200.027	--	28,50
CHASE MANHATTAN INTERNATIONAL FINANCE LTD. (MANUFACTURES HANOVER ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A)	1.880.462	1.899.456	48,97
BANCO NOROESTE S/A	1.678.968	--	21,75
MHT SERVIÇOS E ADMINISTRAÇÃO LTDA – SERVAD	29.317	30.394	0,77
BANCO CHASE MANHATTAN S/A	772	--	0,01
OUTROS	5	--	0,01
TOTAL	5.789.551	1.929.850	100,00

Da análise dos Balanços Patrimoniais, observa-se que o Patrimônio Líquido da empresa Norchem Holding, após a cisão (31/12/96) estava composto da seguinte forma: Capital Social R\$ 3.910.230,99; Reserva de Capital R\$ 623.728,21; Reserva de Lucros R\$ 714.451,88; Lucros Acumulados R\$ 12.087.658,63 = Total R\$ 17.336.069,71, cuja conclusão óbvia é que houve a diminuição no patrimônio equivalente as parcelas cindidas.

Consta, claramente, no Protocolo de Cisão Parcial do Banco Norchem S/A, que a transferência dos elementos patrimoniais do Norchem acarretará a redução de seu patrimônio líquido em R\$ 167.000.000,00, com base no seu valor contábil em 31 de agosto



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

de 1996, o qual passará de R\$ 180.682.803,02 para R\$ 13.682.803,02. Do total desta redução, R\$ 47.724.766,35 corresponderá à conta capital, sendo que o capital social passará a ser R\$ 3.910.230,99, mantendo-se a atual participação acionária dos acionistas no Norchem (fls. 135).

Observa-se, também, que em decorrência das empresas ARAD, BNSA, SERVAD serem diretamente detentoras de ações no capital do Norchem (participação recíproca), os elementos patrimoniais equivalentes, respectivamente, a R\$ 47.594.978,46; R\$ 36.322.488,39 e R\$ 1.291.778,18, a serem vertidos à estas empresas já se encontravam registrados em seu ativo. Motivo pelo o qual estes investimentos foram reduzidos em função da cisão e incorporação da parcela a ser recebida (fls. 94, 131/132).

Observa-se que a parcela vertida de R\$ 81.774.053,96 para a empresa Manufacturers Hanover Arrendamento Mercantil S/A (não sócia), será utilizada pela empresa Chase Manhattan International Finance Ltd. (empresa detentora da quase totalidade das ações do capital da Hanover) para integralização de novas ações na empresa Manufacturers Hanover Arrendamento Mercantil S/A.

Observa-se da mesma forma, que as sociedades ARAD, BNSA, SERVAD, CHASE e MHAM, assumirão a responsabilidade ativa e passiva relativamente às parcelas do patrimônio do Norchem que lhe serão transferidas, conforme se constata no Protocolo de Cisão às fls. 136.

É incontestável da análise dos autos que: a) não houve a extinção da empresa Norchem Holdings e Negócios S/A; b) a grande maioria do ativo, o Caixa, no valor de R\$ 167.000.000,00, foi transferido para empresas preexistentes ou seja devolvido aos sócios; c) O capital da empresa Norchem Holdings foi reduzido, por via de consequência houve a redução de capital investido das empresas Banco do Noroeste S/A, Arad



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

Participações Ltda e SERVAD (sócios da empresa Norchem – participação recíproca), pois o ativo vertido, foi diretamente disponibilizado pelos sócios, ou seja, baixado da conta de Ativo Permanente – Investimentos, tendo como contrapartida a conta Caixa. O único sócio a receber passivos e ativos foi o Chase; d) nenhuma sociedade nova foi criada, a versão de patrimônio foi para sociedades preexistentes sócias e não sócia da cindida; e) houve versão de patrimônio para empresa preexistente não sócia da empresa cindida (Manufacturers Hanover Arrendamento Mercantil S/A); e f) a empresa cindida passou a ser sócia das incorporadoras pela cisão efetuada.

É importante não perder de vista que estamos diante de um caso situado no campo societário, onde predomina o princípio da autonomia da vontade, evidentemente, sem o poder de ferir o princípio tributário. Em outras palavras, sem a força legal de modificar o fato gerador de uma obrigação tributária.

Não há dúvidas, que 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 uma ramo do direito público, predomina a lei sobre a vontade dos particulares.

Da mesma forma, é possível se concluir do texto Constitucional, em vigência, que ao particular é lícito fazer tudo o que desejar exceto o que for proibido por lei, e o Estado só poderá exigir do particular o que estiver previsto em lei.

Ora, não é sem motivo que o Código Tributário Nacional reza:

“Art. 109 - Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e forma, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

.....
Art. 118 – A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I – da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II – dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.”

É necessário se ter em mente que onde a lei não distingue, restringe ou condiciona, ao intérprete é vedado fazê-lo, sob pena de o hermeneuta assumir o papel do legislador e assim estabelecer novas regras jurídicas, sem competência para tal.

Como se verifica, sem o menor esforço, pelo primeiro, o intérprete da legislação tributária, na busca do substrato econômico, não está necessariamente aprisionado aos princípios do direito privado no que diz respeito à definição dos efeitos tributários dos atos e fatos jurídicos; pelo segundo, pode o intérprete, abstrair-se da validade jurídica dos atos efetivamente praticados, para considerar os verdadeiros efeitos econômicos subjacentes nesses atos e que se procuram mascarar.

Ora, perante a legislação de regência, os negócios de cisão e incorporação desenvolvidos pelas partes intervenientes não são ilegais, ou ao menos não existe lei que expressamente proíba as partes de agir como agiram. Entendo, que vale aqui o princípio da autonomia da vontade, que permite ao particular organizar seus negócios como melhor lhe convier, desde que, evidentemente não haja infringência de norma tributária.

O fato de a contrapartida da versão de parcela do patrimônio da empresa cindida parcialmente, não ter recaído integralmente em bens do seu ativo, não descaracteriza o ato jurídico da cisão, uma vez formalizado de acordo com as disposições



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

contidas no artigo 224 da Lei nº 6.404/76. Como também não descaracterizaria se houvesse recaído em obrigações registradas no passivo circulante.

A Lei nº 6.404/76, ao disciplinar a operação de cisão na pessoa jurídica, não agasalha as restrições opostas pelo fisco e encampadas na decisão singular, que, por sua vez, não contaminam o ato jurídico perfeito e seus efeitos.

O que a lei de regência estabelece é que, na cisão com versão de parcela do patrimônio em sociedade nova ou preexistente, a operação será deliberada pela Assembléia Geral da Companhia, a vista de justificação que incluiria as informações de que tratam os números do artigo 224.

Para que a fiscalização pudesse contestar a validade dos atos praticados sob a égide da legislação comercial, seria necessário que ficasse provado a existência de fraude à lei, objetivando qualquer tipo de evasão fiscal ilícita, o que não ocorreu, tanto é que a penalidade aplicada no lançamento foi a multa simples de lançamento de ofício.

Entendo se os negócios não são efetuados com o único propósito de escapar ao tributo, mas sim efetuados com objetivos econômicos e empresariais verdadeiros, há elisão fiscal e não evasão ilícita.

É sabido que a obrigação tributária se instaura com a caracterização do fato gerador, o qual, no caso em foco, é a ocorrência, no período de cinco anos, de uma incorporação (aumento vinculado) seguida de uma redução de capital (redução vinculada) ou vice-versa. Como se vê este fato se desenvolve em dois tempos, um anterior e outro de natureza diversa, posterior, é óbvio que o momento da incidência se dá justamente com o último, posto que é neste momento que a distribuição se evidencia.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

Assim, na situação em que o aumento é seguido de redução, os beneficiários dos lucros distribuídos são os participantes do capital da pessoa jurídica que estiverem recebendo a restituição de capital, em bens ou dinheiro, entretanto, não é este o fato que ocorreu neste processo.

O que se verifica é que a suplicante que é a empresa cindida verteu parcelas de seu patrimônio e que as incorporadoras são todas sócias da cindida, exceto a empresa Manufactures Hanover Arrendamento Mercantil S/A, cada uma delas com participação societária ao menos igual a parcela que lhe foi atribuída na cisão, fato que levou as mesmas a não fazer o aumento de capital, evitando que ambas passassem a ser sócias uma da outra (participação recíproca). Isto quer dizer que houve uma redução da participação societária das incorporadoras no capital da empresa cindida, razão pela qual incorreu a restituição/distribuição pretendida pelo Fisco.

Sendo que a empresa Manufactures Hanover Arrendamento Mercantil S/A é uma sociedade preexistente e nada obsta que se possa verter parcela de patrimônio, já que na cisão pode haver versão do patrimônio à pessoa jurídica nova, criada no ato da cisão.

Entendo, também, que as sociedades que absorveram as parcelas de patrimônio da sociedade cindida, sucederam esta sem interrupção de prazo, ou seja, o encargo pelo imposto na fonte passou a ser de responsabilidade das sociedades incorporadoras e, assim mesmo, só na hipótese dessas sociedades reduzirem o seu capital.

É de se ressaltar, que a legislação de regência, principalmente a Lei das Sociedades Anônimas, é cristalina no entendimento de que na formação do novo capital social nas operações de cisão com incorporação, as ações ou quotas de capital da sociedade a ser incorporada que forem de propriedade da sociedade incorporadora poderão,



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

conforme dispuser o protocolo de incorporação, ser extintas, ou substituídas por ações em tesouraria da incorporadora, até o limite dos lucros acumulados e reservas, exceto a legal.

No caso específico da suplicante, consta, claramente, no Protocolo de Cisão Parcial do Banco Norchem S/A (fls. 129/136) que em razão da ARAD, BNSA, SERVAD e CHASE, serem diretamente detentoras de ações do capital da autuada, os elementos patrimoniais a serem vertidos já se encontram registrados em seu Ativo Permanente, sendo que o investimento destas empresas no Norchem serão reduzidos em função da cisão e incorporação da parcela recebida.

Não encontro na Lei nº 6.404 qualquer dispositivo exposto, nem qualquer norma implícita, que descaracterize a cisão porque as partes visaram precipuamente um determinado objetivo, quando este era decorrência natural da cisão.

Aliás, o art. 225 da Lei nº 6.404 trata exatamente da justificação das operações de fusão, incorporação ou cisão, prevendo que a justificação a ser submetida aos sócios exponha "os motivos ou fins da operação, e o interesse da companhia na sua realização"(inciso I do art. 225).

É de se lembrar que é muito vasto o espectro de razões e interesses que podem motivar as operações de cisão, podendo situar-se inclusive, ou exclusivamente, em razões de natureza tributária.

Também não encontro nessa lei qualquer norma que descaracterize a cisão porque a incorporadora é sócia da cindida, fato que a lei tolera e acolhe com normalidade. Talvez tenha havido na concepção do auto de infração alguma confusão entre distribuição de lucros e participação recíproca, porque as incorporadoras são sociedades preexistentes e sócias da cindida.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

Em situações como a presente deve-se ter em mente o artigo 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.

Talvez, a maior dificuldade nestes autos seja o de se chegar a um consenso na forma de como se deva eliminar a participação recíproca. A suplicante entendeu que basta eliminar-se a participação de uma empresa na outra. O fisco, ao que parece, entende que isso não seja possível.

Como a lei não impõe a maneira pela qual se haverá de eliminar a participação recíproca vale o princípio da autonomia da vontade. Assim, 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.

Assim, é de se entender que numa cisão normal a empresa cindida passa, a princípio, ser sócia da sociedade nova ou preexistente e o aumento do capital social na sociedade nova ou na sociedade preexistente é obrigatório, exceto quando for o caso de sociedade preexistente sócia da cindida (participação recíproca, já que a sociedade cindida se torna sócia da incorporadora, que por sua vez já é sócia da cindida), desde que haja redução de participação societária na empresa cindida. Sendo que, enquanto não for estabelecido a forma pela qual ocorre a eliminação da participação societária recíproca, vale o princípio da autonomia da vontade, aplicada no presente caso, onde a eliminação foi cada sociedade baixar em sua contabilidade o valor do investimento até o montante da participação da outra, em seu capital.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002119/00-57
Acórdão nº. : 104-18.930

Em suma, não procede por qualquer ângulo em que se veja, a afirmativa de que não houve a cisão. Pelo contrário esta ocorreu regularmente e, dentre seus efeitos houve a eliminação da participação recíproca entre a sociedade cindida e as sociedades incorporadoras.

Enfim, a matéria se encontra longa e brilhantemente debatida no processo, sendo despiciendo maiores considerações, razão pela qual, estou convicto que a farta documentação carreada aos autos não só evidencia como comprova de forma inequívoca que a cisão ocorreu dentro dos parâmetros legais, com eliminação de participação societária recíproca das sociedades preexistentes que eram sócias da cindida e cisão com sociedade preexistente não sócia da cindida (cisão normal), não ensejando fato gerador de imposto de renda na fonte.

Diante do conteúdo dos autos e pela associação de entendimento sobre todas as considerações expostas no exame da matéria e por ser de justiça, voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade da decisão singular, e, no mérito, dar provimento ao recurso.

Sala das Sessões - DF, em 17 de setembro de 2002



NELSON MALLMANN