

RECURSO ESPECIAL Nº 946.707 - RS (2007/0092656-4)

RELATOR **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE **JOSAPAR JOAQUIM OLIVEIRA S/A PARTICIPAÇÕES**
ADVOGADO **CLÁUDIO MERTEN E OUTRO(S)**
RECORRIDO **FAZENDA NACIONAL**
PROCURADORES **LUÍS ALBERTO SAAVEDRA E OUTRO(S)**
 CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição da República, contra acórdão assim ementado (fl. 1.136, anverso e verso):

INCORPORAÇÃO. AUTUAÇÃO. ELISÃO E EVASÃO FISCAL. LIMITES. SIMULAÇÃO. EXIGIBILIDADE DO DÉBITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

1. Dá-se a elisão fiscal quando, por meios lícitos e diretos o contribuinte planeja evitar ou minimizar a tributação. Esse planejamento se fundamenta na liberdade que possui de gerir suas atividades e seus negócios em busca da menor onerosidade tributária possível, dentro da zona de licitude que o ordenamento jurídico lhe assegura.

2. Tal liberdade é possível apenas anteriormente à ocorrência do fato gerador, pois, uma vez ocorrido este, surge a obrigação tributária.

3. A elisão tributária, todavia, não se confunde com a evasão fiscal, na qual o contribuinte utiliza meios ilícitos para reduzir a carga tributária após a ocorrência do fato gerador.

4. Admite-se a elisão fiscal quando não houver simulação do contribuinte. Contudo, quando o contribuinte lança mão de meios indiretos para tanto, há simulação.

5. Economicamente inviável a operação de incorporação procedida (da superavitária pela deficitária), é legal a autuação.

6. Tanto em razão social, como em estabelecimento, em funcionários e em conselho de administração, a situação final - após a incorporação - manteve as condições e a organização anterior da incorporada, restando demonstrado claramente que, de fato, esta "absorveu" a deficitária, e não o contrário, tendo-se formalizado o inverso apenas a fim de serem aproveitados os prejuízos fiscais da empresa deficitária, que não poderiam ter sido considerados caso tivesse sido ela a incorporada, e não a incorporadora, restando evidenciada, portanto, a simulação.

7. Não há fraude no caso: a incorporação não se deu mediante fraude ao fisco, já que na operação não se pretendeu enganar, ocultar, iludir, dificultando - ou mesmo tornando impossível - a atuação fiscal, já que houve ampla publicidade dos atos, inclusive com registro nos órgãos competentes.

Superior Tribunal de Justiça

8. Inviável economicamente a operação de incorporação procedida, tendo em vista que a aludida incorporadora existia apenas juridicamente, mas não mais economicamente, tendo servido apenas de "fachada" para a operação, a fim de serem aproveitados seus prejuízos fiscais - cujo aproveitamento a lei expressamente vedava.

9. Uma vez reconhecida a simulação deve o juiz fazer prevalecer as conseqüências do ato simulado - no caso, a incorporação da superavitária pela deficitária, conseqüentemente incidindo o tributo na forma do regulamento - não havendo falar em inexigibilidade do crédito fiscal. 10. Esta Turma tem-se orientado no sentido de estabelecer a condenação em verba honorária no patamar de 10% sobre o valor atribuído à causa, atualizado, salvo hipótese em que tal valor afigure-se exorbitante ou ínfimo, o que não ocorre no caso em tela.

11. Inexistindo omissão, contradição e nem obscuridade no julgado, é indevida a utilização dos declaratórios, que configuram-se, portanto, protelatórios, ensejando a fixação de multa no percentual de 1% sobre o valor atribuído à causa, nos termos dos artigos 18 e 538 do CPC.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados (fl. 1.148).

A recorrente aponta dissídio jurisprudencial e ofensa:

a) aos arts. 165, 458 e 535 do CPC (omissão – fl. 1.158);

b) aos arts. 97, 109, 110, 113, 114, 116 e 149 do CTN; aos arts. 189, 223 e 227 da Lei 6.404/1976; ao art. 7º da Lei 9.532/1997; ao art. 10 da Lei 9.718/1998; ao art. 386 do Decreto 3.000/1999; ao art. 33 do Decreto 2.341/1987; e ao art. 102 do CC/1916, pois a operação de incorporação realizada foi lícita e não representou simulação para evasão de tributos (fl. 1.166); e

c) aos arts. 17, 165, 458, 535 e 538 do CPC, já que a multa aplicada por litigância de má-fé é indevida (fl. 1.193).

O Recurso Especial foi admitido na origem (fl. 1.303).

É o **relatório**.

RECURSO ESPECIAL Nº 946.707 - RS (2007/0092656-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Discute-se a compensação de prejuízos para fins de redução da Contribuição Social sobre Lucro Líquido - CSSL.

A empresa Supremo Industrial e Comercial Ltda. formalmente incorporou Suprarroz S/A (posteriormente incorporada pela recorrente).

A empresa Supremo acumulava prejuízos (era deficitária, segundo o TRF), enquanto a Suprarroz era empresa financeiramente saudável.

O Tribunal de origem entendeu que houve simulação, pois, em realidade, foi a Suprarroz que incorporou a Supremo. A distinção é relevante, pois, neste caso (incorporação da Supremo pela Suprarroz), não seria possível a compensação de prejuízos realizada, nos termos do art. 33 do DL 2.341/1987.

Para que fique claro, segundo a legislação de regência, se a empresa deficitária (Supremo) fosse incorporada pela Suprarroz, esta última não poderia apropriar-se dos prejuízos acumulados pela Supremo, para fins de redução do CSSL devido.

Por conta da simulação, a Corte Regional reconheceu o crédito tributário correspondente ao recolhimento da CSSL a menor.

Analisarei aprofundadamente os fundamentos do acórdão recorrido, mais adiante. Por ora, saliento que o Tribunal de origem solucionou a demanda fundamentando adequadamente seu entendimento.

É cediço que o julgador não é obrigado a apreciar todos os dispositivos legais suscitados pelas partes. Basta apresentar elementos suficientes para sustentar seu arrazoado e resolver a lide, o que se verifica *in casu*.

Assim, afasto a suposta ofensa aos arts. 165, 458 e 535 do CPC.

No que se refere à questão de fundo, verifico que não há controvérsia quanto à legislação federal.

Superior Tribunal de Justiça

A contribuinte concorda que a incorporadora não pode compensar prejuízos acumulados pela incorporada para reduzir a base de cálculo da CSSL, nos termos do art. 33 do DL 2.341/1987 (fl. 1.191). Defende que a empresa com prejuízos acumulados (Supremo) é, efetivamente, a incorporadora.

O Tribunal de origem, por seu turno, não afasta a possibilidade, em tese, de uma empresa deficitária incorporar uma entidade financeiramente sólida. Apenas que, ao apreciar as peculiaridades do caso concreto, entendeu que isso não ocorreu.

Tampouco discute-se que, em caso de simulação, "é nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma" (art. 167, *caput*, do CC).

Não se trata de discutir a regularidade formal da incorporação, como faz a recorrente (fl. 1.179).

O Tribunal de origem não desconhece que os trâmites burocráticos exigidos pela legislação foram cumpridos, inclusive com publicidade dos autos (fl. 1.134).

Para o TRF, entretanto, a incorporação, formalmente regular, implicou simulação de algo que inexistiu, pois, de fato, foi a empresa financeiramente sólida (Suprarroz) que incorporou a Supremo, e não o contrário.

A controvérsia é estritamente fática: a recorrente defende que houve, efetivamente, a incorporação da Suprarroz (empresa financeiramente sólida) pela Supremo (empresa deficitária); o TRF, entretanto, entendeu que houve simulação, pois, de fato, foi a Suprarroz que incorporou a Supremo.

Eis os fundamentos consignados no acórdão recorrido (fls. 1.132, verso – 1.134, grifos no original):

A incorporadora (SUPREMO) possuía **patrimônio líquido de R\$ 3.532.170,97**, acumulando, em 28.02.1995, **prejuízos fiscais de R\$ 3.289.435,23**. A incorporada (SUPRARROZ), por sua vez, possuía **patrimônio líquido de R\$ 33.383.666,70**, totalizando, em 30.03.1995, **lucros acumulados de R\$ 11.510.746,69**.

Ocorre que, **juntamente com a incorporação, no mesmo ato, a incorporadora (SUPREMO) assumiu a denominação social da incorporada (SUPRARROZ), que foi posteriormente incorporada pela ora autora.**

Em razão dessa incorporação, os prejuízos acumulados pela

Superior Tribunal de Justiça

incorporadora (SUPREMO) foram utilizados para fins de aferição da base de cálculo da CSLL devida nos períodos subseqüentes.

(...)

No mesmo ato da incorporação, a **incorporadora (SUPREMO) assumiu a denominação social da incorporada**, passando o novo grupo a denominar-se SUPRARROZ, eliminando-se a razão social SUPREMO. O resultado foi que, no mundo dos negócios, a empresa incorporada, e portanto extinta, "continuou a operar", já que a nova empresa, resultado da incorporação pela Supremo, prosseguiu com a denominação Suprarroz.

A **sede do novo grupo, resultante da operação de incorporação, passou a ser a antiga sede da empresa incorporada (SUPRARROZ)**. Cabe salientar, neste ponto, que a empresa reputada incorporadora (SUPREMO) sequer possuía sede, tampouco equipamentos industriais ao tempo da incorporação, uma vez que já os tinha vendido.

Até mesmo os membros do **Conselho de Administração** da incorporadora (SUPREMO) renunciaram, assumindo os do Conselho da incorporada (SUPRARROZ), **restando da incorporadora, nada mais que o CGC**.

Ao tempo da incorporação (março de 1995), a alegada incorporadora (SUPREMO) já havia encerrado faticamente suas atividades, subsistindo apenas juridicamente desde julho de 1994, já tendo sido formalizada a transferência de seu ativo imobilizado para outra empresa em agosto de 1994.

Como se vê, tanto em razão social, como em estabelecimento, em funcionários e em conselho de administração, a **situação final** - após a incorporação - **manteve as condições e a organização anterior da incorporada (SUPRARROZ)**, demonstrando-se claramente que, de fato, esta "absorveu" a deficitária e não o contrário, tendo-se formalizado o inverso apenas com o intuito de aproveitar os prejuízos fiscais da empresa SUPREMO, que não poderiam ter sido considerados caso tivesse sido ela a incorporada e não a incorporadora, restando evidenciada, portanto, a simulação.

(...)

No caso, era inviável economicamente a operação de incorporação procedida, tendo em vista que a aludida incorporadora existia apenas juridicamente, tendo servido apenas de "fachada" para a operação, a fim de serem aproveitados seus prejuízos fiscais - cujo aproveitamento a lei expressamente vedava.

Assim, para chegar à conclusão de que houve simulação, o Tribunal de origem apreciou cuidadosa e aprofundadamente os balanços e demonstrativos de Supremo e Suprarroz, a configuração societária superveniente, a composição do conselho de administração, as operações comerciais realizadas pela empresa resultante da incorporação. Concluiu, peremptoriamente, pela "inviabilidade econômica da operação" simulada (fl. 1.133, verso).

Rever esse entendimento exigiria a análise de todo o arcabouço fático

Superior Tribunal de Justiça

apreciado pelo Tribunal de origem e adotado no acórdão recorrido, o que é inviável em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

De modo diverso, quanto à multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, a recorrente tem razão.

Os aclaratórios foram opostos na origem com intuito de prequestionamento de dispositivos legais (fl. 1.049), o que impede a aplicação da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, nos termos da Súmula 98/STJ.

Assim, o acórdão recorrido deve ser reformado, apenas nesse aspecto.

Diante do exposto, **conheço parcialmente do Recurso Especial e, nessa parte, dou-lhe provimento, apenas para afastar a multa aplicada com base no art. 538, parágrafo único, do CPC.**

É como **voto**.

