

**PODER JUDICIÁRIO****TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO****APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000014-19.2011.4.03.6130/SP**2011.61.30.000014-
4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA
APELANTE : ARCOS DOURADOS COM/ DE ALIMENTOS LTDA
ADVOGADO : SP208452 GABRIELA SILVA DE LEMOS e outro(a)
APELADO(A) : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : SP000006 MARGARETH ANNE LEISTER E MARIA DA CONCEICAO
MARANHAO PFEIFFER
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : SP000030 HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 00000141920114036130 2 Vr OSASCO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS E BASE DE CÁLCULO NEGATIVA DA CSLL. EMPRESA EXTINTA POR INCORPORAÇÃO. ARTS. 42 E 58 DA LEI 8.981/95. LIMITAÇÃO DE 30%. INAPLICABILIDADE.

1. O processo de incorporação de uma empresa por outra implica na extinção da incorporada e, conseqüentemente, na impossibilidade de compensação de seus prejuízos fiscais, no cálculo da tributação subsequente sobre o eventual lucro real da própria incorporada, em exercícios futuros, no caso de aplicação do percentual limitador. Para a empresa incorporada, não haverá outra oportunidade para a realização da compensação.

2. Por outro lado, existe vedação legal para a compensação dos referidos prejuízos da incorporada com os lucros posteriores da incorporadora (apelante), nos termos do art. 33 do Decreto-Lei 2.341/1987, que tem por finalidade evitar a elisão tributária, conforme decidido no REsp 1.107.518/SC, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, julgado em 06/08/2009.

3. Nesse aspecto, a apelante-incorporadora esclarece a inexistência de ilegalidade, uma vez que não pretende realizar compensação de prejuízos fiscais decorrente do balanço financeiro da incorporada em seu benefício próprio, limitando-se ao abatimento no lucro auferido somente pela própria incorporada, até a competência anterior à incorporação, sem as restrições apontadas.

4. O objetivo da fixação legal do limite anual da compensação dos prejuízos apurados pelos contribuintes não foi impedir sua realização, mas diferir os momentos de sua efetivação, amenizando, assim, os efeitos dos encontros de contas para os cofres públicos.

5. No entanto, nas situações de incorporação, fusão ou cisão, terminam as oportunidades de postergação do encontro de contas da empresa encerrada aos exercícios futuros, em virtude de se tratar de sua última declaração de rendimentos, não se justificando, assim, a aplicação do percentual limitador, a "trava dos 30". Precedentes administrativos e jurisprudenciais.

6. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do

relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de maio de 2019.

Consuelo Yoshida
Desembargadora Federal

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA:10040
Nº de Série do Certificado: 11DE180220465C89
Data e Hora: 10/05/2019 17:42:20

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000014-19.2011.4.03.6130/SP
2011.61.30.000014-
4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA
APELANTE : ARCOS DOURADOS COM/ DE ALIMENTOS LTDA
ADVOGADO : SP208452 GABRIELA SILVA DE LEMOS e outro(a)
APELADO(A) : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : SP000006 MARGARETH ANNE LEISTER E MARIA DA CONCEICAO
MARANHAO PFEIFFER
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : SP000030 HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 00000141920114036130 2 Vr OSASCO/SP

RELATÓRIO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA (RELATORA).

Trata-se de apelação em mandado de segurança, impetrado em 13/01/2011, objetivando a impetrante, Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda., empresa incorporadora, o reconhecimento do direito de proceder à compensação integral do lucro auferido no exercício de 2010, pela empresa Arras Comércio de Alimentos Ltda., incorporada em 30/11/2010, com o prejuízo fiscal e base negativa da CSLL, apurado até 31/12/2009 pela própria incorporada, sem a limitação de 30% imposta pelos arts. 42 e 58 da Lei 8.981/95.

Sustenta que a "trava" imposta pela legislação, para fins de compensação de prejuízo fiscal e base negativa da CSLL é inaplicável na hipótese de extinção da pessoa jurídica, sob pena de vedar-lhe a possibilidade de reverter resultados negativos anteriores e tributar aquilo que não representa acréscimo patrimonial, não consistindo, portanto, em hipótese de incidência das exações em questão.

Esclarece que *não pretende* a concessão de tutela que lhe *permita compensar a integralidade do valor acumulado a título de prejuízo fiscal e base negativa da CSLL*, sendo certo que o saldo remanescente do prejuízo fiscal e base negativa apurado pela incorporada, até 31/12/2009, após a compensação pretendida, com o lucro auferido pela *incorporada, em 2010, não será utilizado pela empresa incorporada, nem tampouco pela impetrante.*

Da decisão que indeferiu a liminar foi interposto o agravo de instrumento 0038905-06.2010.4.03.0000, que não foi conhecido em face da prolação de sentença neste feito.

O r. Juízo *a quo* **denegou a segurança**, em 28/02/2011. Sem fixação de honorários advocatícios.

Apelou a impetrante, requerendo a reforma do julgado, sustentando que a limitação imposta pelos arts. 42 e 58 da Lei 8.981/95 não pode ser aplicada indistintamente, em especial nos caso de extinção da pessoa jurídica, uma vez que, as sociedades incorporadas somente poderão deduzir os prejuízos fiscais e as bases negativas auferidos no momento da declaração de encerramento, sendo certo que a desconsideração de prejuízos anteriores implicaria na tributação de não-lucro ou de não-renda, não podendo, portanto configurar base de cálculo do IR nem da CSSL.

Com contrarrazões, pleiteando a manutenção da r. sentença, sustentando tratar-se de compensação do lucro da impetrante com supostos créditos de terceiros, relativos a prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSSL, subiram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal opinou pelo regular prosseguimento do feito, vindo-me os autos conclusos.

É o relatório.

Consuelo Yoshida
Desembargadora Federal

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA:10040

Nº de Série do Certificado: 11DE180220465C89

Data e Hora: 10/05/2019 17:42:14

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000014-19.2011.4.03.6130/SP

2011.61.30.000014-
4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA
APELANTE : ARCOS DOURADOS COM/ DE ALIMENTOS LTDA
ADVOGADO : SP208452 GABRIELA SILVA DE LEMOS e outro(a)
APELADO(A) : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : SP000006 MARGARETH ANNE LEISTER E MARIA DA CONCEICAO
MARANHÃO PFEIFFER
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : SP000030 HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 00000141920114036130 2 Vr OSASCO/SP

VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA (RELATORA).

Assiste razão à apelante.

No caso vertente, a apelante-impetrante, empresa Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda., pretende o reconhecimento do direito de proceder à compensação integral do lucro auferido no exercício de 2010, pela empresa Arras Comércio de Alimentos Ltda., por ela incorporada em

30/11/2010, no montante recolhido por DARF's e PER/DCOMP, de R\$ 6.049.529,28 do IRPJ (lucro real) e R\$2.185.030,58 da CSLL, com o prejuízo fiscal e base negativa da CSLL, no valor de R\$75.655.978,30, apurado pela própria incorporada, até 31/12/2009, sem a limitação de 30% imposta pelos arts. 42 e 58 da Lei 8.981/95.

Observa-se, inicialmente, que não se questiona, neste feito, a constitucionalidade ou legalidade dos dispositivos supramencionados.

Assim também, não se trata de créditos de terceiros, posto que o pedido formulado nos autos restringe-se à compensação de prejuízos fiscais com o lucro, para apuração do IRPJ e CSLL, apenas da própria incorporada, excepcionalmente, sem a aplicação do limite de 30%, prevista nos arts. 42 e 58 da Lei 8.981/95.

Isso porque, o processo de incorporação de uma empresa por outra implica na extinção da incorporada e, conseqüentemente, na impossibilidade de compensação de seus prejuízos fiscais, no cálculo da tributação subsequente sobre o eventual lucro real da própria incorporada, em exercícios futuros, no caso de aplicação do percentual limitador.

Para a empresa incorporada, não haverá exercícios posteriores ou outra oportunidade para a realização da compensação.

Por outro lado, existe vedação legal para a compensação dos prejuízos da incorporada com os lucros posteriores da incorporadora (apelante), nos termos do art. 33 do Decreto-Lei 2.341/1987, *in verbis*: *Art. 33. A pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão não poderá compensar prejuízos fiscais da sucedida.*

A finalidade desse dispositivo é evitar a elisão tributária, conforme decidido no REsp 1.107.518/SC, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, julgado em 06/08/2009.

Nesse aspecto, a apelante-incorporadora esclarece a inexistência de ilegalidade, uma vez que não pretende realizar compensação de prejuízos fiscais decorrentes do balanço financeiro da incorporada em seu benefício próprio, limitando-se ao abatimento no lucro auferido somente pela própria incorporada, até a competência anterior à incorporação, no ano de 2010, sem as restrições apontadas.

Insta considerar, ainda, que o objetivo da fixação legal do limite anual da compensação dos prejuízos apurados pelos contribuintes não foi impedir sua realização, mas diferir os momentos de sua efetivação, amenizando, assim, os efeitos dos encontros de contas para os cofres públicos.

No entanto, nas situações de incorporação, fusão ou cisão, terminam as oportunidades de postergação do encontro de contas da empresa encerrada aos exercícios futuros, em virtude de se tratar de sua última declaração de rendimentos, não se justificando, assim, a aplicação do percentual limitador, a "trava dos 30".

Considerando tal situação específica, a própria jurisprudência administrativa tem admitido que, nos casos de extinção por incorporação, a compensação ocorra sem a limitação de 30%, prevista nos arts. 42 e 58 da Lei 8.981/95, conforme se vê nos precedentes administrativos:

IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA. IRPJ. Ano-Calendário: 2007. PESSOA JURÍDICA EXTINTA POR INCORPORAÇÃO. COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS SEM A TRAVA DE 30%.

A pessoa jurídica incorporada pode compensar no balanço de encerramento de atividades o prejuízo fiscal acumulado sem observância da "trava" de 30%.

(Ministério da Fazenda. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais; Primeira Seção de Julgamento; Processo 16561.720100/2012-82. Acórdão 1103-001.129, 1ª Câmara, 3ª Turma Ordinária, j. 22/10/2014; Processo 10166.729141/2011-30, Acórdão 1103.001.058, ano-calendário 2008)

Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Exercício: 2006 Ementa: COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZO FISCAL - LIMITE DE 30% - INCORPORAÇÃO - À empresa extinta por incorporação não se aplica, no período do evento, o limite de 30% do lucro líquido ajustado em relação ao prejuízo fiscal acumulado de períodos anteriores.

(Conselho Administrativo de Recursos Fiscais; Primeira Seção de Julgamento; Processo 16327.000485/2008-54. Acórdão 1201-00.165, 2ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, j. 27/08/2009)

IRPJ - COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZO FISCAL - LIMITE DE 30% - EMPRESA INCORPORADA. A lei não traz qualquer exceção a regra que limita a compensação dos prejuízos fiscais à 30% do lucro líquido ajustado. Entretanto, havendo o encerramento das atividades da pessoa jurídica em razão de incorporação, não haverá meios dos prejuízos serem utilizados em anos subseqüentes, como determina a legislação. Neste caso, tem-se como legítima a compensação da totalidade do prejuízo fiscal, sem a limitação de 30%. Recurso voluntário provido.

(Ministério da Fazenda, Primeiro Conselho de Contribuintes - Primeira Câmara. Primeira Turma. Processo 11831.001889/99-07, Acórdão 101-95.872, j. 09/11/2006.)

Nesse mesmo sentido, cito o precedente jurisprudencial desta Corte:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. TUTELA PROVISÓRIA. EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO. EMPRESA EXTINTA POR INCORPORAÇÃO. COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS E BASE DE CÁLCULO NEGATIVA DA CSLL. AFASTAMENTO DO LIMITE DE 30%. PROBABILIDADE DE PROVIMENTO DO RECURSO. ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO DA SEGUNDA SEÇÃO E DA TERCEIRA TURMA DESTA CORTE.

1. Dispõe o artigo 1.012, § 4º, CPC, que "a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação".

2. Há demonstração da probabilidade de provimento do recurso de apelação interposto pela impetrante à sentença que concedeu apenas parcialmente a ordem, pois, embora haja entendimento contrário à pretensão da impetrante, constam outros acórdãos e decisões na Segunda Seção desta Corte, inclusive nesta Turma, de forma majoritária, acolhendo a tese da possibilidade de afastar o limite de 30% na utilização de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa da CSL por empresa em extinção.

3. Pedido de tutela provisória provido. Agravo interno prejudicado.

(Tutela Antecipada Antecedente 5013324-54.2017.4.03.0000, Terceira Turma, relator Des. Federal Carlos Muta, j. 24/01/2018, DJ 31/01/2018)

Assim também, os precedentes: AI 0009691-57.2016.4.03.0000, Rel. Des. Federal Mônica Nobre, DJe de 22/11/2016; AI 5006017-49.2017.4.03.0000, Rel. Des. Federal Antonio Cedenho, DJe de 15/09/2017; AI 5001055-17.2016.4.03.0000, Rel. Des. Federal Nelton dos Santos, decisão monocrática proferida em 10/08/2016; AI 5005215-51.2017.4.03.0000, Rel. Des. Federal Diva Malerbi, decisão monocrática proferida em 16/05/2017 e AI 5006886-12.2017.4.03.0000, decisão monocrática de minha relatoria, proferida em 26/05/2017.

Dessa forma, a r. sentença recorrida deve ser reformada, para reconhecer o direito à compensação dos prejuízos fiscais com lucros da própria empresa incorporada, sem a "trava dos 30", nos termos requeridos.

Em face de todo o exposto, **dou provimento à apelação.**

É como voto.

Consuelo Yoshida
Desembargadora Federal

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA:10040

Nº de Série do Certificado: 11DE180220465C89

Data e Hora: 10/05/2019 17:42:17
