



Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*

JOSÉ JAYME MORAES JUNIOR

**TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DO ÁGIO NOS CASOS DE
INCORPORAÇÃO**

BRASÍLIA
2011

JOSÉ JAYME MORAES JUNIOR

**TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DO ÁGIO NOS CASOS DE
INCORPORAÇÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Tributário e Finanças Públicas no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientadora: Prof^a. Cláudia Lúcia Pimentel Martins da Silva

BRASÍLIA
2011

JOSÉ JAYME MORAES JUNIOR

TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DO ÁGIO NOS CASOS DE INCORPORAÇÃO

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Tributário e Finanças Públicas no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à Deus que me guiou até aqui. Dedico também à toda minha família sem exceções.

AGRADECIMENTOS

De um modo muito especial à Professora Cláudia Lúcia Pimentel Martins da Silva, que me orientou na conclusão deste trabalho.

EPÍGRAFE

“[...] A vitória é dos que se arriscam para alcançar o alto da montanha [...]”

Anônimo

RESUMO

Este trabalho abordará sobre o tratamento tributário do ágio nos casos de incorporação. Incorporação é o ato em que uma empresa absorve o patrimônio de outra, que juridicamente se extingue. Segundo o Código Civil de 2002, na incorporação, uma ou várias empresas são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. O correto planejamento tributário é aquele efetuado de forma personalizada para a empresa ou grupo empresarial, tendo-se em vista as peculiaridades de seu ramo de atividades, da sua estrutura societária e patrimonial, e, sobretudo das suas características de custos, despesas e receitas. Mesmo que o ato de incorporação de sociedades controladas seja lícito, faz-se necessário avaliar se há ou não ilicitude no âmbito fiscal. Outro ponto a ressaltar diz respeito à existência ou não das sociedades, visto que, muitas vezes, a simulação da incorporação às avessas pode ocorrer, inclusive, sociedades inexistentes, ou seja, são apenas CNPJ com prejuízos acumulados (pessoas jurídicas inativas), que, certamente, serão consideradas, interpostas pessoas simuladas. Nos casos de ágio na incorporação entre empresas do mesmo grupo, a amortização do ágio não pode ser utilizada como despesa dedutível para fins da apuração do imposto de renda, tendo em vista que não constitui um planejamento tributário e sim uma fraude à legislação fiscal.

ABSTRACT

This work will approach on the treatment tributary of the agio in the incorporation cases. Incorporation is the act where a company absorbs the patrimony of another one, that legally is extinguished. According to Civil Code of 2002, in the incorporation, one or some companies is absorbed by another one, that succeeds in all the rights and obligations to them. The correct planning tributary is that one effected of form personalized for the company or enterprise group, having in sight the peculiarities of its branch of activities, its societária and patrimonial structure, and, over all of its characteristics of costs, expenditures and prescriptions. Exactly that the act of incorporation of controlled societies is allowed, becomes necessary to evaluate if has or not illegality in the fiscal scope. Another point to stand out says respect to the existence or not of the societies, since, many times, the simulation of the incorporation to avessas can occur, also, inexistent societies, that is, is only CNPJ with accumulated damages (inactive legal people), that, certainly, they will be considered, interposed simulated people. In the cases of agio in the incorporation between companies of the same group, the amortization of the agio cannot be used as deductible expenditure for ends of the verification of the income tax, in view of that it does not constitute a planning tributary and yes a fraud to the fiscal legislation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO – CONCEITOS, DEFINIÇÕES E EMBASAMENTO LEGAL	12
2.1 Participações Societárias	12
2.2 Formas de Avaliação dos Investimentos	13
2.3 Método do Custo de Aquisição	13
2.3.1 Dividendos	14
2.4 Sociedades Coligadas	15
2.4.1 Antes das Alterações da Medida Provisória nº 449/08, convertida da Lei nº 11.941/09	15
2.4.2 Após as Alterações da MP nº 449/08, convertida na Lei nº 11.941/09	15
2.5 Sociedades Controladas	17
2.6 Influência	19
2.7 Relevância	20
2.8 Método de Equivalência Patrimonial	21
2.8.1 Antes das alterações da Lei nº 11.638/07 e da MP nº 449/08, convertida na Lei nº 11.941/09 (antes de 01/01/2008)	21
2.8.2 Após as alterações da Lei nº 11.638/07 e antes das alterações da MP nº 449/08, convertida na Lei nº 11.941/09	22
2.8.3 Após as alterações da Lei nº 11.638/07 e da MP nº 449/08, convertida na Lei nº 11.941/09	22
2.8.4 Momentos de Aplicação do MEP	25
2.8.5 Contabilização dos Dividendos	26
2.8.6 Recebimento de Bonificações	26
2.8.7 Amortização de Ágio ou Deságio	26
2.8.8 Reavaliação de Ativos na Investida	27
2.8.9 Provisão para Perdas Permanentes	27
2.8.10 Variação da Porcentagem de Participação	28
2.9 Ganhos ou Perdas de Capital	28
2.10 Concentração e Extinção de Sociedades	28
2.10.1 Incorporação	28
2.10.2 Fusão	29
2.10.3 Cisão	31
2.10.4 Protocolo de Intenções	34
2.10.5 Justificação	35
2.10.6 Informações Gerais	36
2.10.7 Direitos dos Debenturistas	37
2.10.8 Direitos dos Credores na Incorporação ou Fusão	38
2.10.9 Direitos dos Credores na Cisão	38

2.10.10 Averbação da Sucessão	38
2.11 Planejamento Tributário	39
2.11.1 Elisão Fiscal e Evasão Fiscal	39
2.11.2 Fraude e Sonegação Fiscal	40
2.11.3 Lei Complementar no 104/2001 – Norma Antielisiva.....	43
2.11.4 Tipos de Planejamento Tributário.....	43
3 TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DO ÁGIO NOS CASOS DE INCORPORAÇÃO	45
4 CONCLUSÃO	56
5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	57

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por fim proceder a uma análise sobre o tratamento tributário do ágio nos casos de incorporação.

O tema foi escolhido em virtude da grande discussão sobre os possíveis planejamentos tributários que podem ser realizados a partir das regras disciplinadas pelo artigo 386 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99) e pela Instrução CVM¹ nº 319/99. Na verdade, a idéia do tema é justamente discutir o que são, de fato, planejamentos tributários (elisão fiscal), e o que são procedimentos que, sobre o manto de um “planejamento tributário”, na verdade, corresponde uma forma de sonegação de tributos (evasão fiscal).

Há uma relevância política e social no tema, em virtude, de que tais planejamentos, baseados no artigo 386 do RIR/99 e na Instrução CVM nº 319/99, estão reduzindo a arrecadação de tributos do governo federal e, por consequência, diminuindo a capacidade de investimento do governo em diversas áreas, como, por exemplo, a área social.

Também há relevância acadêmica, pois é um tema ainda carente de bibliografia e que muito interessa os profissionais que trabalham e lecionam na área do Direito Tributário. Outro ponto a ressaltar é que o tema em questão permite uma ligação entre duas disciplinas extremamente importantes para os profissionais da área de auditoria, tendo em vista que há conceitos de Direito Tributário e Contabilidade Geral.

Finalmente, o desafiador nas matérias relacionadas à legislação aplicada do imposto de renda (IR) é, justamente, a relativa escassez de literatura, pois é possível abordar temas até então pouco discutidos, gerando um efetivo benefício para o país.

¹ Comissão de Valores Mobiliários.

2 PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO – CONCEITOS, DEFINIÇÕES E EMBASAMENTO LEGAL

Antes de adentrar, especificamente no tema planejamento tributário, é preciso salientar alguns conceitos importantes, tais como, investimentos avaliados pelo custo de aquisição, pela equivalência patrimonial, controladas, coligadas, ágio e deságio, concentração e extinção de sociedades, entre outros.

2.1 Participações Societárias

As participações societárias correspondem às ações ou quotas que uma empresa denominada investidora adquire de outra empresa denominada investida.

As participações societárias de uma empresa em outra podem ser classificadas da seguinte forma:

Investimento Temporário ou Participação Societária Temporária – adquirido com a intenção de revenda. Classifica-se no Ativo Circulante² ou no Ativo não Circulante Realizável a Longo Prazo,³ na demonstração contábil conhecida como Balanço Patrimonial.⁴

Investimento Permanente ou Participação Societária Permanente – adquirido com a intenção de permanência. Corresponde a uma extensão da atividade econômica da empresa. Classifica-se no Ativo Não Circulante Investimentos⁵. São exemplos:

² No ativo circulante serão classificadas as seguintes contas: as **disponibilidades**, os **direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente** e as **aplicações de recursos em despesas do exercício seguinte** (art. 179, I, da Lei nº 6.404/76).

³ No ativo realizável a longo prazo serão classificados: os **direitos realizáveis após o término do exercício seguinte (pessoais ou reais)**, assim como os **derivados de vendas, adiantamentos ou empréstimos a sociedades coligadas ou controladas, diretores, acionistas ou participantes no lucro da companhia, que não constituírem negócios usuais na exploração do objeto da companhia** (art. 179, II, da Lei nº 6.404/76).

⁴ É uma demonstração financeira que evidencia, resumidamente, a **situação patrimonial e financeira da entidade, quantitativamente e qualitativamente, em um dado momento** (normalmente em 31 de dezembro de cada ano). É a situação estática do patrimônio. Apresenta todos os bens (tangíveis e intangíveis), direitos e obrigações da empresa, bem como a situação líquida. Já as receitas e as despesas (contas transitórias) não figuram no Balanço, pois seus saldos são encerrados ao fim de cada exercício.

⁵ De acordo com o art. 179, III, da Lei nº 6.404/76, os investimentos são: as **participações permanentes em outras sociedades e os direitos de qualquer natureza, não classificáveis no ativo circulante, e que não se destinem à manutenção da atividade da companhia ou da empresa**. Exemplos: Terrenos, Obras de Arte, Participações Permanentes, etc.

- Participações em Coligadas;
- Participações em Controladas;
- Participações em Não-Coligadas e Não-Controladas.

2.2 Formas de Avaliação dos Investimentos

O investimento temporário ou participação societária temporária será avaliado pelo Método do Custo de Aquisição ou valor de mercado, dos dois o menor. Portanto, caso o valor de mercado seja menor, haverá a constituição de uma Provisão para Ajuste ao Valor de Mercado (Provisão para Perdas na Realização de Investimentos).

Por outro lado, o investimento Permanente ou Participação Societária Permanente será avaliado pelo Método do Custo de Aquisição, deduzido da Provisão para Perdas na Realização de Investimentos, ou pelo Método da Equivalência Patrimonial (MEP), também conhecido como Método do Patrimônio Líquido.

As participações permanentes no capital de outras sociedades são classificadas no Ativo Não Circulante (Investimentos) da investidora e podem ser avaliadas pelo Método de Equivalência Patrimonial ou pelo Método do Custo de Aquisição.

2.3 Método do Custo de Aquisição

Somente se o investimento não se enquadrar no Método de Equivalência Patrimonial, deve ser adotado o Método de Custo de Aquisição. O investimento avaliado pelo custo de aquisição será deduzido da provisão para perdas na realização de seu valor, quando esta perda estiver comprovada como permanente, e que não será modificada em razão do recebimento, sem custo para a companhia, de ações ou quotas bonificadas.

Um exemplo desta situação seria: A Cia. Linotécnica, em outubro de 2005, adquiriu, sem a intenção de venda 5% das ações da Cia. Investida, por R\$ 50.000,00. Em 31/12/2005, o valor de mercado das ações caiu para R\$ 45.000,00, pois, em novembro de 2005 houve um incêndio na Cia. Investida, sendo tal perda considerada de difícil recuperação. Deste modo, no encerramento do exercício social

de 2005, a Cia. Linotécnica deverá constituir uma Provisão p/ Perdas na Realização de Investimentos, pois o investimento será avaliado pelo método do custo aquisição, tendo em vista que a empresa não é controlada e nem coligada.

Portanto, na aquisição do investimento haveria um registro contábil a débito na conta “Participações Societárias”, classificada no Ativo Circulante, subgrupo Investimentos, e a crédito na conta “Bancos”, classificada no Ativo Circulante, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Por outro lado, por ocasião da constituição da provisão haveria um registro contábil a débito na conta “Despesa com Provisões” e a crédito na conta “Provisão para Perdas na Realização de Investimentos”, classificada no Ativo Não Circulante, subgrupo Investimentos, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Suponha que, em 2006, parte da perda seja recuperada, fazendo com que o valor das ações suba de R\$ 45.000,00 para R\$ 48.000,00. Nessa situação, a Cia Linotécnica deverá efetuar um registro contábil a débito na conta “Provisão para Perdas na Realização de Investimentos” e a crédito na conta “Reversão de Provisões”, que é uma receita, no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais).

2.3.1 Dividendos

O Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99) determina que os dividendos recebidos até 6 meses a partir da data de aquisição do investimento avaliado pelo custo de aquisição devem ser registrados como redução do custo de aquisição do investimento permanente, sem afetar o resultado da investidora. Entretanto, os dividendos recebidos após 6 meses da data de aquisição do referido investimento, devem ser registrados como receita operacional.

No caso de recebimento de ações em bonificação, haverá o seguinte registro contábil: débito em “Investimentos Permanentes” (Ativo Não Circulante Investimentos) e crédito em “Receita de Participação Societária” (Receita).

2.4 Sociedades Coligadas

2.4.1 *Antes das Alterações da Medida Provisória nº 449/08, convertida da Lei nº 11.941/09*

As sociedades são coligadas se uma empresa participa com 10% ou mais do capital da outra empresa sem controlá-la, sendo irrelevante, se a participação no capital assegura ou não direito a voto.

De acordo com o art. 243 da Lei nº 6.404/76, a coligação só ocorre se a participação for direta. Entretanto, de acordo com o art. 2º da Instrução CVM nº 247/96, são também equiparadas a coligadas as seguintes sociedades:

I - Quando uma empresa participe indiretamente com 10% ou mais do capital votante de outra, sem controlá-la; e

II - Quando uma empresa participe com 10% ou mais do capital votante de outra, sem controlá-la, independentemente do percentual de participação do capital.

2.4.2 *Após as Alterações da MP nº 449/08, convertida na Lei nº 11.941/09*

De acordo com a Lei das S.A., temos a seguinte definição:

Artigo 243.

(...)

§ 1º São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa.

(...)

§ 4º Considera-se que há influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la.

§ 5º É presumida influência significativa quando a investidora for titular de vinte por cento ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la.

Ou seja, de acordo com a Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76), são coligadas as empresas na qual a investidora tenha influência significativa ou que tenha presunção de influência. Também só há previsão de coligação por participação direta. No caso da presunção de influência significativa, há a necessidade de participação de 20% ou mais do capital votante.

A propriedade substancial ou majoritária da investida por outro investidor não necessariamente impede que o investidor minoritário tenha influência significativa.

Há que se ressaltar que é apenas uma presunção de influência. Pode existir uma empresa que tenha, por exemplo, 8% de participação no capital votante da investida, mas, por outras circunstâncias, tenha influência significativa. Nessa situação, as empresas são coligadas.

Por outro lado, apesar da presunção de influência com mais 20% no capital votante da investida, também pode existir uma empresa, por exemplo, com 30% de participação no capital votante da investida, mas, por outras circunstâncias, não tenha influência significativa (é preciso provar). Nessa situação, as empresas não são coligadas.

Há influência significativa quando a investidora tem o poder de participar nas decisões financeiras e operacionais da investida, sem controlar de forma individual ou conjunta essas políticas.

A existência de influência significativa por investidor geralmente é evidenciada por um ou mais das seguintes formas:

- representação no conselho de administração ou na diretoria da investida;
- participação nos processos de elaboração de políticas, inclusive em decisões sobre dividendos e outras distribuições;
- operações materiais entre o investidor e a investida;
- intercâmbio de diretores ou gerentes; ou
- fornecimento de informação técnica essencial.

O Pronunciamento 18 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, que trata de “Investimento em Coligada e Controlada”, prevê a coligação de forma ou indireta (a coligação indireta não foi prevista na Lei das Sociedades por Ações).

Se o investidor mantém direta ou indiretamente (por exemplo, por meio de controladas), vinte por cento ou mais do poder de voto da investida, presume-se

que ele tenha influência significativa, a menos que possa ser claramente demonstrado o contrário.

Por outro lado, se o investidor detém, direta ou indiretamente (por meio de controladas, por exemplo), menos de vinte por cento do poder de voto da investida, presume-se que ele não tenha influência significativa, a menos que essa influência possa ser claramente demonstrada.

Também há a previsão, para apurar se há ou não influência significativa, do direito de voto potencial. Ou seja, se a investidora possui, por exemplo, bônus de subscrição ou opções de compra, que são conversíveis em ações com direito a voto, podem determinar que a investidora tenha influência significativa sobre a investida. Portanto, o direito de voto potencial, pode caracterizar uma possível influência significativa, independentemente da intenção ou da capacidade financeira das partes para exercê-los ou convertê-los. Na hora de verificar o percentual de participação da investidora, devem ser considerados os votos potenciais.

A opção de compra de ações confere ao seu titular o direito de, em um determinado prazo, subscrever ações da empresa, a um preço determinado por ocasião da compra da referida opção.

Os bônus de subscrição conferirão aos seus titulares, nas condições constantes do certificado, direito de subscrever ações do capital social, que será exercido mediante apresentação do título à companhia e pagamento do preço de emissão das ações.

2.5 Sociedades Controladas

Sociedade Controlada é a empresa cuja controladora, diretamente ou por intermédio de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e poder de eleger a maioria dos administradores.

De acordo com o artigo 243 da Lei das Sociedades por Ações, o controle pode ocorrer com participação direta ou indireta. Ademais, de acordo com art. 3º da Instrução CVM nº 247/96, considera-se controlada:

I - sociedade na qual a investidora, diretamente ou indiretamente, seja titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente:

- a) preponderância nas deliberações sociais; e
- b) o poder de eleger ou destituir a maioria dos administradores.

Para ter preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger ou destituir a maioria dos administradores de uma empresa investida, é necessário que a empresa investidora possua, direta ou indiretamente, mais de 50% do seu capital votante.

II - filial, agência, sucursal, dependência ou escritório de representação no exterior, sempre que os respectivos ativos e passivos não estejam incluídos na contabilidade da investidora, por força de normatização específica; e

Exemplo: A empresa J4M2 possui uma filial em um paraíso fiscal. Além disso, o patrimônio da referida filial no exterior pertence à própria filial. Neste caso, esta filial é uma controlada da empresa J4M2.

III - sociedade na qual os direitos permanentes de sócio, previstos nas alíneas "a" e "b" do inciso I estejam sob controle comum ou sejam exercidos mediante a existência de acordo de votos, independentemente do seu percentual de participação no capital votante.

IV - Considera-se, ainda, controlada a subsidiária integral, tendo a investidora como única acionista.

Portanto, se uma empresa detém 100% do capital social de outra empresa, a empresa investida será considerada subsidiária integral.

O acionista controlador é a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Portanto, normalmente, para que o controlador possa garantir a maioria dos votos ou a preponderância nas deliberações sociais de modo permanente, é necessário que possua mais de 50% do capital votante da empresa investida.

Há que se destacar que é “normalmente”, pois é possível que uma empresa possua controle sobre a sua investida sem ter mais de 50% do capital votante.

2.6 Influência

De acordo com artigo 5º da Instrução CVM nº 247/96, são considerados exemplos de evidências de influência na administração da coligada:

- a) participação nas suas deliberações sociais, inclusive com a existência de administradores comuns;
- b) poder de eleger ou destituir um ou mais de seus administradores;
- c) volume relevante de transações, inclusive com o fornecimento de assistência técnica ou informações técnicas essenciais para as atividades da investidora;
- d) significativa dependência tecnológica e/ou econômico-financeira;
- e) recebimento permanente de informações contábeis detalhadas, bem como de planos de investimento; ou
- f) uso comum de recursos materiais, tecnológicos ou humanos.

Além disso, com a publicação da MP nº 449/08, convertida na Lei nº 11.941/09, há os conceitos de influência significativa e presunção de influência significativa, utilizados na determinação de sociedades coligadas.

Influência Significativa ocorre quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la. Já a presunção de influência significativa ocorre quando a investidora é titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la.

2.7 Relevância

Só há sentido falar de relevância do investimento se ele se refere à sociedade controlada, coligada ou equiparada à coligada.

Antes das alterações da Lei das SA trazidas pela Lei nº 11.638/07, a primeira condição para que um investimento em coligada ou controlada fosse avaliado pelo MEP era a sua relevância. Contudo, a Instrução CVM nº 247/96 exigia relevância, para que o investimento fosse avaliado pelo MEP, apenas para coligadas. Ou seja, de acordo com a referida instrução, qualquer investimento em controlada, desde que se trate de companhia aberta, será avaliado pelo MEP.

Após as alterações da Lei das SA trazidas pela Lei nº 11.638/07, a relevância deixou de ser exigida também para investimentos de coligadas. A Instrução CVM nº 247/96 também teve a sua redação alterada. Ou seja, atualmente, não há mais o conceito de relevância para investimentos avaliados pelo MEP.

De acordo com o artigo 247, parágrafo único, da Lei nº 6.404/76, considera-se relevante o investimento:

a) em cada sociedade coligada ou controlada, se o valor contábil é igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor do patrimônio líquido da companhia investidora (relevância individual);

b) no conjunto das sociedades coligadas e controladas, se o valor contábil é igual ou superior a 15% (quinze por cento) do valor do patrimônio líquido da companhia investidora (relevância no conjunto ou coletiva).

Na instrução CVM nº 247/96, o artigo (art. 4º) que tratava de relevância foi revogado pela Instrução CVM nº 469, de 2 de maio de 2008.

2.8 Método de Equivalência Patrimonial

2.8.1 Antes das alterações da Lei nº11.638/07 e da MP nº449/08, convertida na Lei nº 11.941/09 (antes de 01/01/2008)

De acordo com o artigo 248 da Lei nº 6.404/76, antes das alterações trazidas pela Lei nº 11.638/07:

Artigo 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos relevantes (artigo 247, parágrafo único) em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital social, e em sociedades controladas, serão avaliados pelo valor de patrimônio líquido, de acordo com as seguintes normas:

Ou seja, eram avaliados pelo Método da Equivalência Patrimonial:

A) Investimentos relevantes em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência;

B) Investimentos relevantes em sociedades coligadas de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital social; e

C) Investimentos relevantes em sociedades controladas.

Contudo, de acordo com a instrução CVM nº 247/96, a condição de comprovação de relevância para controlada não é necessária, ou seja, desde que se trate de companhia aberta, qualquer investimento em controlada deve ser sempre avaliado pelo método de equivalência patrimonial.

Consolidando, eram avaliados pelo Método da Equivalência Patrimonial:

A) Investimentos relevantes em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência;

B) Investimentos relevantes em sociedades coligadas de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital social; e

C) Investimentos em sociedades controladas.

2.8.2 Após as alterações da Lei nº 11.638/07 e antes das alterações da MP nº 449/08, convertida na Lei nº 11.941/09

De acordo com o artigo 248. da Lei nº 6.404/76, com as alterações trazidas pela Lei nº 11.638/07, são avaliados pelo Método de Equivalência Patrimonial os investimentos em coligadas sobre cuja administração tenha influência significativa, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante, em controladas e em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo ou estejam sobre controle comum.

Ou seja, após as alterações da Lei nº 11.638/07, não há mais o conceito de relevância para apuração do Método de Equivalência Patrimonial.

Além disso, é utilizado o capital votante e não o capital social, no caso de determinação do percentual de participação das coligadas (maior que 20% do capital votante).

Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos em coligadas sobre cuja administração tenha influência significativa, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante, em controladas e em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo ou estejam sob controle comum serão avaliados pelo método da equivalência patrimonial, de acordo com as seguintes normas: (Redação dada pela Lei nº 11.638, de 2007)

2.8.3 Após as alterações da Lei nº 11.638/07 e da MP nº 449/08, convertida na Lei nº 11.941/09

A redação atual do art. 248 da Lei nº 6.404/76 ficou da seguinte maneira:

Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos em coligadas ou em controladas e em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo ou estejam sob controle comum serão avaliados pelo método da equivalência patrimonial, de acordo com as seguintes normas (Redação dada pela Lei nº 11.941/09).

Ou seja, como o conceito de influência significativa foi incorporado ao conceito de coligada, para ser avaliado pelo MEP, basta que o investimento seja em coligada e em controlada ou em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo ou estejam sob controle comum.

O valor do investimento avaliado pelo MEP é obtido aplicando-se a percentagem de participação no capital social sobre o valor do patrimônio líquido⁶ da investida. Logo, sempre que o patrimônio líquido da investida variar, a investidora deverá ajustar o valor do investimento.

Se o ajuste aumentar o valor do investimento, haverá um ganho de equivalência patrimonial (receita operacional – não tributável). Por outro lado, se o ajuste diminuir o valor do investimento, haverá uma perda de equivalência

De acordo com os incisos I a III do art. 248 da Lei nº 6.404/76:

I - o valor do patrimônio líquido da coligada ou da controlada será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação levantado, com observância das normas desta Lei, na mesma data, ou até 60 (sessenta) dias, no máximo, antes da data do balanço da companhia; no valor de patrimônio líquido não serão computados os resultados não realizados decorrentes de negócios com a companhia, ou com outras sociedades coligadas à companhia, ou por ela controladas;

II - o valor do investimento será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido referido no número anterior, da porcentagem de participação no capital da coligada ou controlada;

III - a diferença entre o valor do investimento, de acordo com o número II, e o custo de aquisição corrigido monetariamente; somente será registrada como resultado do exercício:

- a) se decorrer de lucro ou prejuízo apurado na coligada ou controlada;
- b) se corresponder, comprovadamente, a ganhos ou perdas efetivos;
- c) no caso de companhia aberta, com observância das normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

⁶ O Patrimônio Líquido, também conhecido como **Capital Próprio ou Capital Efetivo, corresponde a recursos originários dos sócios e os rendimentos auferidos pela empresa**. Somente constitui obrigação exigível da empresa em caso de extinção da mesma ou retirada do sócio. A Lei nº 11.638/07 também trouxe mudanças em relação ao Patrimônio Líquido, que passa a ser composto pelos seguintes subgrupos: **capital social, reservas de capital, ajustes de avaliação patrimonial, reservas de lucros, ações em tesouraria e prejuízos acumulados**.

Ademais, de acordo com a Instrução CVM nº 247/96, o valor do investimento, pelo método da equivalência patrimonial, será obtido mediante o seguinte cálculo:

I - aplicando-se a percentagem de participação no capital social sobre o valor do patrimônio líquido da coligada e da controlada; e

II - subtraindo-se, do montante referido no inciso I, os lucros não realizados, que são aqueles decorrentes de negócios com a investidora ou com outras coligadas e controladas, quando:

a) o lucro estiver incluído no resultado de uma coligada e controlada e correspondido por inclusão no custo de aquisição de ativos de qualquer natureza no balanço patrimonial da investidora; ou

b) o lucro estiver incluído no resultado de uma coligada e controlada e correspondido por inclusão no custo de aquisição de ativos de qualquer natureza no balanço patrimonial de outras coligadas e controladas.

Os prejuízos decorrentes de transações com a investidora, coligadas e controladas não devem ser eliminados no cálculo da equivalência patrimonial.

Os lucros e os prejuízos, assim como as receitas e as despesas decorrentes de negócios que tenham gerado, simultânea e integralmente, efeitos opostos nas contas de resultado das coligadas e controladas, não serão excluídos para fins de cálculo do valor do investimento.

Para a aplicação do MEP, o patrimônio líquido da coligada e controlada deverá ser determinado com base nas demonstrações contábeis levantadas na mesma data das demonstrações contábeis da investidora. Na impossibilidade de cumprimento, admite-se a utilização de demonstrações contábeis da coligada e controlada em um período máximo de defasagem de até 60 (sessenta) dias antes da data das demonstrações contábeis da investidora.

O período de abrangência das demonstrações contábeis da coligada e controlada deverá ser idêntico ao da investidora, independentemente das respectivas datas de encerramento. Admite-se a utilização de períodos não idênticos, nos casos em que este fato representar melhoria na qualidade da informação produzida, sendo a mudança evidenciada em nota explicativa.

Para a determinação do valor da equivalência patrimonial, a investidora deverá:

I - eliminar os efeitos decorrentes da diversidade de critérios contábeis, em especial, referindo-se a investimentos no exterior;

II - excluir o montante correspondente às participações recíprocas;

III - reconhecer os efeitos decorrentes de eventos relevantes ocorridos no período intermediário, no caso de demonstrações contábeis levantadas em datas diversas; e

IV - reconhecer os efeitos decorrentes de classes de ações com direito preferencial de dividendo fixo, dividendo cumulativo e com diferenciação na participação de lucros.

Repare que, de acordo com a Lei das Sociedades por Ações (Lei das SA), em primeiro lugar são subtraídos os lucros não realizados e, depois, aplicado o percentual de participação. Contudo, de acordo com a Instrução CVM nº 247/96, primeiro aplica-se o percentual de participação da investidora no capital da investida sobre o patrimônio líquido e, depois, os lucros não realizados são subtraídos.

Além disso, pela Instrução CVM nº 247/96, os referidos prejuízos não devem ser eliminados do cálculo da equivalência patrimonial. A Lei das SA não estabelece esta vedação.

2.8.4 Momentos de Aplicação do MEP

Momento 1: Aquisição do investimento, com a finalidade de determinar a existência de ágio ou deságio na aquisição, caso o custo de aquisição não coincida com o valor do investimento avaliado pelo MEP.

O ágio ocorre quando o valor pago na aquisição do investimento é maior que o valor patrimonial do investimento. Por outro lado, o deságio ocorre quando o valor pago na aquisição do investimento é menor que o valor patrimonial do investimento.

Momento 2: Encerramento do exercício social, após a apuração do resultado do exercício (antes da constituição de reservas e distribuição de dividendos), a fim de determinar o resultado da equivalência patrimonial.

2.8.5 Contabilização dos dividendos

Quando a empresa investida incorporar lucros do período ao seu patrimônio líquido, ele aumentará. Conseqüentemente, na empresa investidora, o investimento avaliado pelo MEP deverá aumentar proporcionalmente. No caso de distribuição de dividendos pela investida, ocorrerá justamente o contrário, ou seja, a referida distribuição diminuirá o patrimônio líquido da investida e, conseqüentemente, o investimento avaliado pelo MEP na investidora.

2.8.6 Recebimento de Bonificações

As bonificações recebidas sem custo pela investidora, quer sejam por emissão de novas ações, quer sejam por aumento do valor nominal das ações, não devem ser objeto de contabilização na conta do investimento na coligada e controlada.

As bonificações podem ocorrer, por exemplo, quando a investida incorporar lucros e/ou reservas ao seu capital social.

2.8.7 Amortização de Ágio ou Deságio

À medida que as razões econômicas forem se realizando, o valor do ágio ou do deságio deve ser amortizado, ou seja, deve ser levado a resultado.

As amortizações (transferência do ágio ou deságio para contas de Receita ou Despesa) serão:

- Amortização de Ágio – Despesa Indedutível;
- Amortização de Deságio – Receita Não-Tributável.

2.8.8 Reavaliação⁷ de Ativos na Investida

Caso ocorra um aumento do valor do patrimônio líquido da investida em virtude da reavaliação de seus ativos, este aumento deve ser reconhecido pela investidora como aumento do investimento sem, contudo, afetar o resultado da investidora, visto que, não decorre de lucro apurado pela investida e nem corresponde a um ganho efetivo.

2.8.9 Provisão para Perdas Permanentes

A investidora deverá constituir provisão para cobertura de perdas efetivas, em virtude de:

I - eventos que resultarem em perdas não provisionadas pelas coligadas e controladas em suas demonstrações contábeis; ou

II - responsabilidade formal ou operacional para cobertura de passivo a descoberto.

Ou perdas potenciais, estimadas em virtude de:

I - tendência de perecimento do investimento;

II - elevado risco de paralisação de operações de coligadas e controladas;

III - eventos que possam prever perda parcial ou total do valor contábil do investimento ou do montante de créditos contra as coligadas e controladas; ou

IV - cobertura de garantias, avais, fianças, hipotecas ou penhor concedidos, em favor de coligadas e controladas, referentes a obrigações vencidas ou vincendas quando caracterizada a incapacidade de pagamentos pela controlada ou coligada.

A provisão para perdas deverá ser apresentada no ativo não circulante investimentos por dedução e até o limite do valor contábil do investimento a que se referir, sendo o excedente apresentado em conta específica no passivo.

⁷ A Reserva de Reavaliação foi extinta com a publicação da Lei nº 11.638/07

2.8.10 Variação da Porcentagem de Participação

O percentual de participação da investidora na empresa investida pode sofrer variação quando, caso exista, uma outra investidora adquira mais ações da investida. Ou seja, na situação inicial havia duas ou mais empresas investidoras e, posteriormente, uma delas, adquiriu mais ações da investida, causando uma variação da participação de todas as investidoras.

A investidora que adquirir novas ações terá um aumento de sua participação no capital da investida, obtendo, deste modo, um ganho de capital. Por outro lado, as investidoras que sofreram redução do percentual de participação terão uma perda de capital.

2.9 Ganhos ou Perdas de Capital

São considerados ganhos ou perdas de capital os resultados na alienação, inclusive por desapropriação, na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo não circulante.

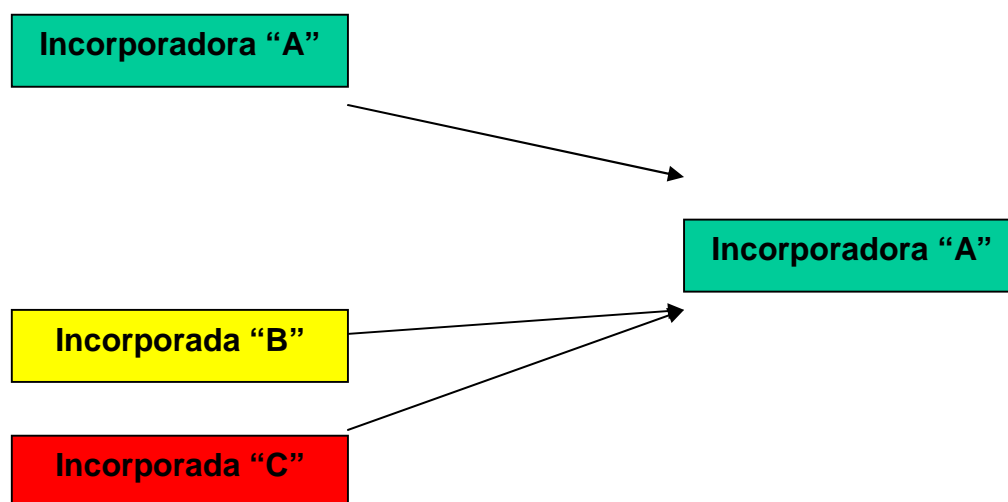
2.10 Concentração e Extinção de Sociedades

2.10.1 Incorporação

A definição de um conceito de incorporação está delineada com precisão na obra do douto, e saudoso Fran Martins, citado pela autora Maria Bernadete Miranda, que reza:

Por incorporação se entende a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. Nesse caso, desaparecerá uma das sociedades, a incorporada permanecendo, porém, com sua pessoa jurídica inalterada à sociedade incorporadora. Esta sucederá à sociedade incorporada em todos os direitos e obrigações.⁸

A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades (incorporadas) têm seu patrimônio absorvido por outra (incorporadora), que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.



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

A sociedade que houver de ser incorporada, se aprovar o protocolo da operação, autorizará seus administradores a praticarem os atos necessários à incorporação, inclusive a subscrição do aumento de capital da incorporadora.

Aprovados pela assembléia-geral da incorporadora o laudo de avaliação e a incorporação, extingue-se a incorporada, competindo à primeira promover o arquivamento e a publicação dos atos da incorporação.

2.10.2 Fusão

A fusão de sociedades está disposta em nossa legislação no Código Civil nos artigos 1119 a 1121, além de outras disposições contidas no artigo 228 da Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76). Nosso legislador assim definiu a

⁸ MIRANDA, Maria Bernadete, Curso teórico e prático de direito societário, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.138.

fusão de sociedades, na Lei das Sociedades por Ações: “A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações”.⁹

Em sua obra Curso Teórico e Prático de Direito Societário, Maria Bernadete Miranda cita o ilustre autor Fran Martins, que define a fusão da seguinte maneira: “fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar uma nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações. Desaparecem, no caso, as sociedades que se fundem, para, em seu lugar, surgir uma outra sociedade. Essa operação, contudo, não dissolve as sociedades, apenas as extinguindo. Não se fará liquidação do patrimônio social, pois a sociedade que surge assumirá todas as obrigações ativas e passivas das sociedades fundidas”.¹⁰

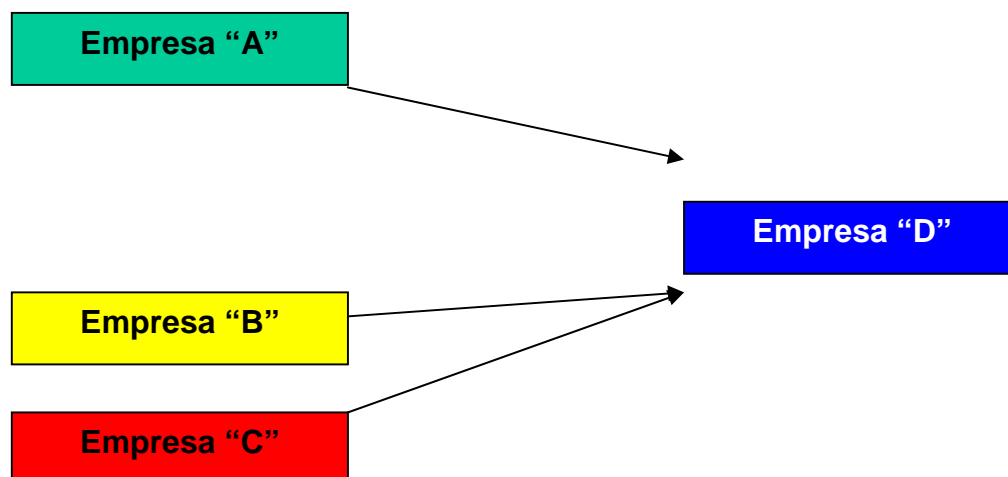
Marcelo Marco Bertoldi, em sua obra, define fusão como: “uma operação de concentração de empresas, na qual duas ou mais sociedades se unem, resultando dessa união uma nova sociedade que, diante da extinção de todas as sociedades envolvidas, as sucederá em direitos e obrigações”.¹¹

Operação pela qual se unem duas ou mais sociedades (fusionadas) para formar uma sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.

⁹ CAHALI, Yussef Said. Legislação civil, processual civil e empresarial, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.1085.

¹⁰ MIRANDA, Maria Bernadete, Curso teórico e prático de direito societário, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.138.

¹¹ BERTOLDI, Marcelo Marco e RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. Curso avançado de direito comercial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.332.



A assembléia-geral de cada companhia, se aprovar o protocolo de fusão, deverá nomear os peritos que avaliarão os patrimônios líquidos das demais sociedades.

Apresentados os laudos, os administradores convocarão os sócios ou acionistas das sociedades para uma assembléia-geral, que deles tomará conhecimento e resolverá sobre a constituição definitiva da nova sociedade, vedado aos sócios ou acionistas votar o laudo de avaliação do patrimônio líquido da sociedade de que fazem parte.

Constituída a nova companhia, incumbirá aos primeiros administradores promover o arquivamento e a publicação dos atos da fusão.

2.10.3 Cisão

Quando falamos em cisão, o primeiro pensamento que nos ocorre é a desconcentração, divisão. Encontramos na obra de autoria das escritoras Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn uma comparação interessante no tocante á concentração societária, que merece nosso destaque. Assim compara: “Quanto à fusão e à incorporação, o que leva a empresa ao gigantismo (macro empresa) fala-se em concentração na unidade. Já com relação à cisão, em concentração na

pluralidade, posto que é o caminho inverso. Fragmenta-se a unidade em duas ou mais, sem que com isto, todavia, este poder torne-se menor”.¹²

Marcelo Marco Bertoldi em sua obra, explica o fenômeno da cisão norteando-se pelo que dispõe o diploma regulador das sociedades anônimas de 1976: “Ocorre a cisão com a transferência de parcela ou do total do patrimônio da companhia para uma ou mais sociedades já existentes ou constituídas para este fim. A cisão poderá ser parcial ou total . Será parcial quando ocorrer apenas parte do patrimônio da sociedade cindida, com a conseqüente redução de seu capital social na proporção do patrimônio transferido. Será total, no entanto, se todo o patrimônio da sociedade cindida for transferido para outras sociedades acarretando a sua extinção, ...”.¹³

Operação pela qual uma companhia (cindida) transfere parcelas de seu patrimônio para uma ou mais sociedades, as quais podem já existir ou ser criadas precipuamente para este fim. A cisão pode ser total, quando houver a versão de todo o patrimônio da sociedade cindida (que se extinguirá) ou parcial, quando apenas parte do patrimônio é vertido para as outras sociedades e a personalidade jurídica da companhia cindida subsiste.

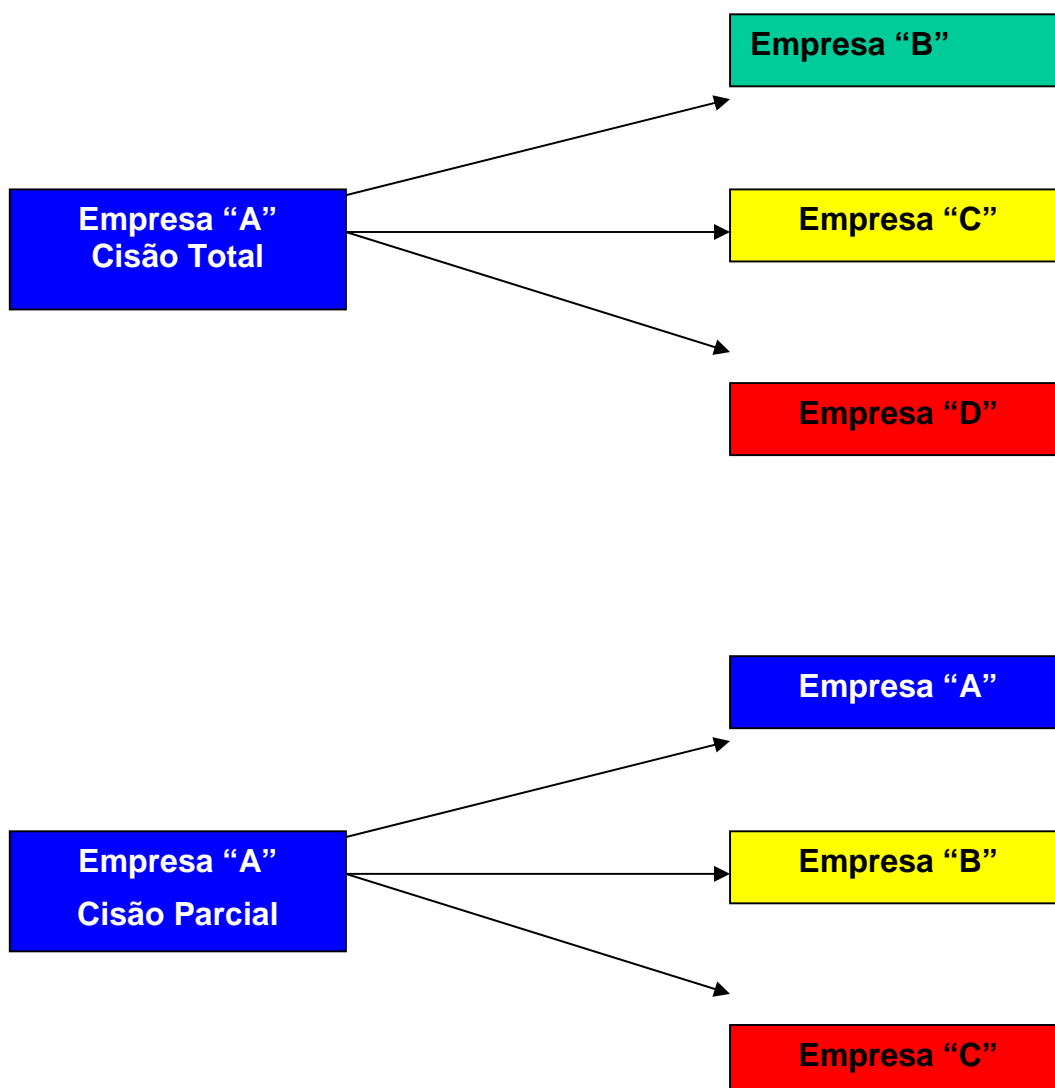
Nas operações de cisão podem ocorrer as seguintes situações:

- A) cisão total, com a criação de duas ou mais empresas novas;
- B) cisão total, com versão do patrimônio para empresas já existentes;
- C) cisão total, com versão de parte do patrimônio para empresa(s) nova(s) e parte para empresa(s) já existente(s);
- D) cisão parcial, com versão de parte do patrimônio para sociedade(s) nova(s);
- E) cisão parcial, com versão de parte do patrimônio para empresa(s) já existentes;

¹² FRANCO, Vera Helena de Mello e SZTAJN, Rachel. Manual de direito comercial. V.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.244.

¹³ BERTOLDI, Marcelo Marco e RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. Curso avançado de direito comercial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.333.

F) cisão parcial, com versão de parte do patrimônio para empresa(s) nova(s) e parte para empresas(s) já existente(s).



Sem prejuízo dos direitos dos credores, 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.

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 previstas em lei; a assembléia, se a aprovar, nomeará os

peritos que avaliarão a parcela do patrimônio a ser transferida, e funcionará como assembleia de constituição da nova companhia.

A cisão com versão de parcela de patrimônio em sociedade já existente obedecerá às disposições sobre incorporação.

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.

As ações integralizadas com parcelas de patrimônio da companhia cindida serão atribuídas a seus titulares, em substituição às extintas, na proporção das que possuíam; a atribuição em proporção diferente requer aprovação de todos os titulares, inclusive das ações sem direito a voto.

2.10.4 Protocolo de Intenções

A incorporação, fusão e cisão podem ser operadas entre sociedades de tipos iguais ou diferentes e deverão ser deliberadas na forma prevista para a alteração dos respectivos estatutos ou contratos sociais.

Os sócios ou acionistas das sociedades incorporadas, fundidas ou cindidas receberão, diretamente da companhia emissora, as ações que lhe couberem.

Se a incorporação, fusão ou cisão envolverem companhia aberta, as sociedades que a sucederem também serão abertas, e devem ter o respectivo registro, caso desejem promover a admissão de negociação de novas ações no mercado secundário, no prazo máximo de 120 dias, contados da data da assembleia geral que aprovou a operação, observando as normas pertinentes baixadas pela CVM. O descumprimento do previsto acima dará ao acionista direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor de suas ações, nos 30 dias seguintes ao término do prazo nele referido.

A participação recíproca, quando ocorrer em virtude de incorporação, fusão ou cisão, ou da aquisição, pela companhia, do controle de sociedade, deverá

ser mencionada nos relatórios e demonstrações financeiras de ambas as sociedades, e será eliminada no prazo máximo de 1 (um) ano; no caso de coligadas, salvo acordo em contrário, deverão ser alienadas as ações ou quotas de aquisição mais recente ou, se da mesma data, que representem menor porcentagem do capital social.

As condições da incorporação, fusão ou cisão com incorporação em sociedade existente, constarão de protocolo firmado pelos órgãos de administração ou sócios das sociedades interessadas, que incluirá:

I - o número, espécie e classe das ações que serão atribuídas em substituição dos direitos de sócios que se extinguirão e os critérios utilizados para determinar as relações de substituição;

II - os elementos ativos e passivos que formarão cada parcela do patrimônio, no caso de cisão;

III - os critérios de avaliação do patrimônio líquido, a data a que será referida a avaliação, e o tratamento das variações patrimoniais posteriores;

IV - a solução a ser adotada quanto às ações ou quotas do capital de uma das sociedades possuídas por outra;

V - o valor do capital das sociedades a serem criadas ou do aumento ou redução do capital das sociedades que forem parte na operação;

VI - o projeto ou projetos de estatuto, ou de alterações estatutárias, que deverão ser aprovados para efetivar a operação;

VII - todas as demais condições a que estiver sujeita a operação.

2.10.5 Justificação

As operações de incorporação, fusão e cisão serão submetidas à deliberação da assembleia-geral das companhias interessadas mediante justificação, na qual serão expostos:

I - os motivos ou fins da operação, e o interesse da companhia na sua realização;

II - as ações que os acionistas preferenciais receberão e as razões para a modificação dos seus direitos, se prevista;

III - a composição, após a operação, segundo espécies e classes das ações, do capital das companhias que deverão emitir ações em substituição às que se deverão extinguir;

IV - o valor de reembolso das ações a que terão direito os acionistas dissidentes.

2.10.6 Informações Gerais

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.

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.

O disposto no parágrafo acima 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 que incorporar parcela do patrimônio da cindida for proprietária de ações ou quotas do capital desta.

Nas operações realizadas entre partes independentes e vinculadas à efetiva transferência de controle, os ativos e passivos da sociedade a ser incorporada ou decorrente de fusão ou cisão serão contabilizados pelo seu valor de mercado.

2.10.7 Direitos dos Debenturistas

Carvalho de Mendonça define as debêntures como: “títulos uniformes, de valor igual, emitidos pela sociedade anônima como frações daquele empréstimo, servindo de prova do direito dos mutuantes e da obrigação da mutuária [...]”.¹⁴

Marlon Tomazette, por sua vez, conceitua as debêntures como

[...] títulos representativos de um empréstimo público lançado pela sociedade. Cada emissão de debêntures representa um empréstimo realizado, tendo um caráter unitário. A sociedade ao decidir a emissão das debêntures está fazendo uma oferta de um contrato de mútuo, que se completa com a subscrição dos títulos, que representaria a aceitação do contrato. (2004, p. 291) A companhia divide a soma pretendida em vários títulos emitidos em série. Quem subscreve o título está emprestando dinheiro para a emitente, e em contrapartida objetiva recebimentos anuais parciais, ou outras vantagens que tais valores mobiliários podem assegurar, ou ao menos, a restituição dos valores emprestados no vencimento.¹⁵

Celso Marcelo de Oliveira diz que a

Debênture é fração de um contrato de mútuo entre a sociedade anônima e pessoas do público, e conferem ao seu titular, designado de debenturistas, direito de crédito contra ela, consistente em pagamento, na data do seu vencimento, ou em conversão em ações da sociedade.¹⁶

A incorporação, fusão ou cisão da companhia emissora de debêntures em circulação dependerá da prévia aprovação dos debenturistas, reunidos em assembléia especialmente convocada com esse fim.

Será dispensada a aprovação pela assembléia se for assegurado aos debenturistas que o desejarem, durante o prazo mínimo de 6 (seis) meses a contar da data da publicação das atas das assembléias relativas à operação, o resgate das debêntures de que forem titulares.

No caso do parágrafo acima, a sociedade cindida e as sociedades que absorverem parcelas do seu patrimônio responderão solidariamente pelo resgate das debêntures.

¹⁴ MENDONÇA, Fernando. **Debêntures**. São Paulo: Saraiva, 1988, p.97.

¹⁵ TOMAZETTE, Marlon. **Direito societário**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p.291.

¹⁶ OLIVEIRA, Celso Marcelo. **Manual de direito empresarial**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p.374.

2.10.8 Direitos dos Credores na Incorporação ou Fusão

Até 60 (sessenta) dias depois de publicados os atos relativos à incorporação ou à fusão, o credor anterior por ela prejudicado poderá pleitear judicialmente a anulação da operação; findo o prazo, decairá do direito o credor que não o tiver exercido.

A consignação da importância em pagamento prejudicará a anulação pleiteada. Sendo ilíquida a dívida, a sociedade poderá garantir-lhe a execução, suspendendo-se o processo de anulação.

Ocorrendo, no prazo acima, a falência da sociedade incorporadora ou da sociedade nova, qualquer credor anterior terá o direito de pedir a separação dos patrimônios, para o fim de serem os créditos pagos pelos bens das respectivas massas.

2.10.9 Direitos dos Credores na Cisão

Na cisão com extinção da companhia cindida, as sociedades que absorverem parcelas do seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da companhia extinta. A companhia cindida que subsistir e as que absorverem parcelas do seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da primeira anteriores à cisão.

O ato de cisão parcial poderá estipular que as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida serão responsáveis apenas pelas obrigações que lhes forem transferidas, sem solidariedade entre si ou com a companhia cindida, mas, nesse caso, qualquer credor anterior poderá se opor à estipulação, em relação ao seu crédito, desde que notifique a sociedade no prazo de 90 (noventa) dias a contar da data da publicação dos atos da cisão.

2.10.10 Averbação da Sucessão

A certidão, passada pelo registro do comércio, da incorporação, fusão ou cisão, é documento hábil para a averbação, nos registros públicos competentes, da sucessão, decorrente da operação, em bens, direitos e obrigações.

2.11 Planejamento Tributário

Desde os tempos antigos que a redução de custos é uma necessidade de todas as empresas que visam lucros e estão em um mercado competitivo. E esta redução de custos é ainda mais evidente em relação aos tributos, tendo em visto a elevada carga tributária do país e o fato de não gerar benefícios diretos para as referidas empresas.

Portanto, além da escrituração¹⁷ fiscal e do controle dos tributos que incidem sobre a atividade da empresa, é necessário também que o departamento responsável pela contabilidade tributária estude e operacionalize possibilidades de efetuar uma redução legal do ônus tributário, obtendo, deste modo, um nível superior de rentabilidade e competitividade no mercado ao qual a empresa pertence. E é justamente este estudo para redução legal do ônus tributário que é denominado planejamento tributário.

2.11.1 Elisão Fiscal e Evasão Fiscal

De acordo com a doutrina brasileira, evasão fiscal corresponde ao contribuinte que, por meios ilícitos, visa a eliminar, reduzir ou retardar o recolhimento de um tributo, que já é devido pela ocorrência do fato gerador do crédito tributário.

Por outro lado, a elisão fiscal ocorre quando o contribuinte, lícitamente, visa a evitar, minimizar ou adiar a ocorrência do próprio fato gerador que daria origem à obrigação tributária.

Portanto, percebe-se claramente que a distinção entre a evasão e a elisão fiscal é realizada de acordo com a licitude ou não dos meios utilizados pelo contribuinte para evitar o pagamento de tributos.

Se houver inadimplemento ou recolhimento a menor dos tributos, ocorrerá uma sanção pelo ato ilícito, ou seja, haverá a tomada coercitiva do valor monetário do respectivo crédito tributário pelo Estado.

¹⁷ Registro do fato administrativo baseado na legislação fiscal, para apuração dos tributos devidos.

A evasão fiscal, deste modo, pode ser entendida como toda e qualquer ação ou omissão tendente a elidir, reduzir ou retardar o cumprimento da obrigação tributária já existente. Ou seja, há que se ocorrer a vontade do contribuinte (sujeito passivo da obrigação tributária) de retardar, reduzir ou eliminar o recolhimento do tributo de forma ilícita.

A elisão fiscal pressupõe a licitude de comportamento do contribuinte que objetive identificar as conseqüências fiscais de uma decisão, resultando em uma economia de tributos, tendo em vista que, dentro do direito de se auto-organizar oriundo da Constituição Federal, que prevê que é absoluta a garantia ao exercício da autonomia privada dentro dos limites estabelecidos pelo Estado, está inserida a liberdade do contribuinte organizar seus negócios do modo menos oneroso sob o aspecto fiscal.

A doutrina predominante no Brasil é a de que o contribuinte pode realizar qualquer planejamento tributário, desde que se utilize de meios lícitos, antes do fato gerador, sem simulação, com o objetivo de fazer que o fato gerador não ocorra, ocorra em dimensão menor do que aquela em que poderia se verificar ou postergar a obrigação tributária.

Caso o contribuinte tenha a intenção de eliminar ou postergar a obrigação tributária, ele age de maneira preventiva, evitando que o fato gerador ocorra ou retardando o momento de sua caracterização. Como exemplo desta modalidade de elisão fiscal, considere uma empresa que, podendo vender seus produtos industrializados no mercado interno ou no mercado externo por preços semelhantes, decide vender para o mercado externo, tendo em vista que as exportações são isentas dos tributos indiretos, inclusive os incidentes nos insumos. Ou seja, nesta situação não ocorrerá o fato gerador do IPI, do ICMS, do PIS e da Cofins.

Um exemplo de postergação do fato gerador do tributo, dentro da legalidade, ocorre, por exemplo, quando uma empresa fornecedora de matérias-primas recebe um pedido no final do mês e, em vez de emitir a nota fiscal imediatamente, deixa para emití-la no início do mês seguinte. Com isso, ocorre a postergação do recolhimento dos tributos por um mês e não há infração alguma à lei.

Outro exemplo clássico de elisão fiscal, com o objetivo de reduzir o montante do tributo devido, ocorre quando a empresa, tendo a opção de pela apuração do IPRJ pelo lucro presumido, pelo lucro real ou pelo Simples Nacional, opta pelo regime de apuração que apresentar menor tributo a recolher.

Concluindo, a elisão fiscal representa um conjunto de sistemas legais, cujo objetivo é a redução, postergação ou a eliminação do recolhimento do tributo, de forma lícita.

2.11.2 Fraude e Sonegação Fiscal

A sonegação fiscal é caracterizada como toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir, ou a retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade tributária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, da natureza ou circunstâncias materiais desse fato ou das condições pessoais do contribuinte, que podem afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente. Portanto, a sonegação somente ocorre se o fato gerador já tiver ocorrido e somente ocorrerá se houver simulação ou fraude.

O crime de sonegação fiscal é definido pelo artigo 1º da Lei nº 4.729/65, reproduzido abaixo:

Artigo 1º Constitui crime de sonegação fiscal:

I - prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei;

II - inserir elementos inexatos ou omitir, rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública;

III - alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis com o propósito de fraudar a Fazenda Pública;

IV - fornecer ou emitir documentos gratuitos ou alterar despesas, majorando-as, com o objetivo de obter dedução de tributos devidos à Fazenda Pública, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis.

V - Exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário da paga, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida do imposto sobre a renda como incentivo fiscal. (Incluído pela Lei nº 5.569, de 1969)

A fraude corresponde a toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação

tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a diferir o seu pagamento.

Além disso, de acordo com o § 1º, artigo 166 da Lei nº 10.406/2002, haverá simulação nos atos jurídicos, em geral, quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

Já os crimes contra a ordem tributária são definidos no artigo 1º da Lei nº 8.137/1990, conforme abaixo:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Alguns exemplos típicos de sonegação e fraudes são venda sem nota, “compra” de notas fiscais, passivo fictício (criação de obrigações que não existem), saldo negativo de caixa, acréscimo patrimonial a descoberto dos sócios, falta de recolhimento de tributos descontados de terceiros, distribuição disfarçada de lucros (exemplos: empréstimos a sócios ou pessoas ligadas em condições prejudiciais à empresa, ou com vantagens não praticadas normalmente pelo mercado; pagamento de despesas particulares de sócios, etc.), doação irregular, entre outros.

2.11.3 Lei Complementar nº 104/2001 – Norma Antielisiva

A Lei Complementar nº 104/2001 introduziu o parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional (CTN), com a seguinte redação:

A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

Ou seja, de acordo com o CTN, nesta nova redação, é possível que a autoridade tributária descaracterize atos ou negócios jurídicos fraudulentos.

2.11.4 Tipos de Planejamento Tributário

O planejamento tributário pode abranger atividades de quaisquer empresas, seja de pequeno, médio ou grande porte, e pode ser dividido em dois tipos, se for analisado pelos efeitos causados na estrutura gerencial e contábil-financeira da empresa, ou em três tipos, se forem considerados apenas os efeitos fiscais.

Na primeira classificação, teríamos:

I – Planejamento Tributário Operacional: refere-se aos procedimentos formais prescritos pelas normas ou pelo costume, ou seja, na forma específica de contabilizar determinadas operações e transações, sem alterar suas características básicas;

II – Planejamento Tributário Estratégico: implica na mudança de algumas características estratégicas da empresa, tais como: estrutura de capital, tipos de empréstimos, contratação de mão-de-obra, etc.

Na classificação em que são considerados apenas os efeitos fiscais, teríamos:

I – Preventivo: desenvolve-se continuamente por intermédio de orientações manuais de procedimentos e reuniões e abrange, sobretudo, as atividades de cumprimento da legislação tributárias nas obrigações principais e acessórias;

II – Corretivo: detectada determinada anormalidade, procede-se ao estudo, e alternativas de correção da anomalia são indicadas;

III – Especial: surge em função de determinado fato, como, por exemplo, abertura de filiais, lançamento de novos produtos, aquisição e ou alienação da empresa, processos societários de reestruturação (cisão, fusão, incorporação).

Concluindo percebe-se que planejamento tributário, atualmente, em virtude do alto grau de concorrência dos mercados, é uma realidade cada vez mais comum nas empresas dos mais variados setores da economia, que, para serem competitivas e aumentar os lucros, precisam desenvolver mecanismos para reduzir, postergar ou até eliminar os tributos.

O problema reside justamente na linha imaginária e tênue entre a licitude de um planejamento tributário (elisão fiscal) e a ilicitude de tal planejamento (evasão fiscal). Além disso, há que se ressaltar que o planejamento tributário também se tornou de vital importância em virtude do grande número de leis tributárias e de suas constantes alterações, tornando o ordenamento legal tributário cada vez mais complexo, o que dificulta sobremaneira a interpretação e atualização por parte dos responsáveis pelos cálculos dos tributos e também por parte dos administradores nas respectivas empresas.

3 TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DO ÁGIO NOS CASOS DE INCORPORAÇÃO

O tema em questão está disciplinado no artigo 386 do RIR/99, introduzido no regulamento pelo artigo 7º da Lei nº 9.532/97. Além disso, também há a regulamentação da CVM, prevista na Instrução nº 319/99.

Os "planejamentos tributários" promovidos com base nas disposições do artigo 386 do RIR/99 repousam, basicamente, na previsão de se amortizar o ágio que tenha por fundamento o valor de rentabilidade futura de coligadas e controladas (inciso III do art. 386 do RIR/99) e na possibilidade de que, na reorganização, a empresa incorporada, fusionada ou cindida seja aquela que detinha a propriedade da participação societária - incorporação às avessas (inciso II do parágrafo 6º do artigo 386 do RIR/99).

Um exemplo para que a questão seja mais bem entendida:

Momento 1: A empresa "A" é controladora integral de da empresa "B";

Momento 2: A empresa "A" integraliza capital na empresa "C" (em regra, uma empresa inativa) com ações da empresa "B", porém, o faz a partir de uma reavaliação do patrimônio da empresa "B".

Momento 3: Ao integralizar o capital na empresa "C", segrega o que é denominado de "custo de aquisição" (art. 385 do RIR/99) em valor de patrimônio líquido e ágio (nesse caso, representado pela mais valia do patrimônio da empresa "B").

Momento 4: A empresa "B" incorpora a empresa "C" (às avessas) e passa a amortizar o ágio, ou seja, passa a amortizar a mais valia resultante da reavaliação do seu patrimônio.

Alguns contribuintes, além de sustentarem que o art. 386 do RIR/99 autoriza tal procedimento, usam a Instrução CVM nº 319/99 como suporte.

De acordo com o artigo 386 do RIR/99:

Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do § 2º do artigo anterior¹⁸, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

¹⁸ Art. 385, § 2º do RIR/99 - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso III do § 2º do artigo anterior¹⁹, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior²⁰, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior²¹, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.

Além disso, de acordo com o artigo 6º da Instrução CVM nº 319/99:

Art. 6º - O montante do ágio ou do deságio, conforme o caso, resultante da aquisição do controle da companhia aberta que vier a incorporar sua controladora será contabilizado, na incorporadora, da seguinte forma:

I - nas contas representativas dos bens que lhes deram origem – quando o fundamento econômico tiver sido a diferença entre o valor de mercado dos bens e o seu valor contábil (Instrução CVM nº 247/96, art. 14, § 1º);

II - em conta específica do ativo imobilizado (ágio) – quando o fundamento econômico tiver sido a aquisição do direito de exploração, concessão ou permissão delegadas pelo Poder Público (Instrução CVM nº 247/96, art. 14, § 2º, alínea b); e

III - em conta específica do ativo diferido (ágio) ou em conta específica de resultado de exercício futuro (deságio) – quando o fundamento econômico tiver sido a expectativa de resultado futuro (Instrução CVM nº 247/96, art. 14, § 2º, alínea a).

§ 1º O ágio referido no "caput" deste artigo terá como contrapartida reserva especial de ágio na incorporação, constante do patrimônio líquido.

§ 2º A reserva referida no parágrafo anterior somente poderá ser incorporada ao capital social, na medida da amortização do ágio que lhe deu origem, em proveito de todos os acionistas, excetuado o disposto no art. 7º desta Instrução²².

I - valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

¹⁹ Art. 385, § 2º do RIR/99.

²⁰ Art. 385, § 2º do RIR/99.

²¹ Art. 385, § 2º do RIR/99.

²² Art. 7º da Instrução CVM nº 319/99 - O protocolo de incorporação de controladora por companhia aberta controlada poderá prever que, nos casos em que a companhia vier a auferir benefício fiscal, em decorrência da amortização do ágio referido no inciso III do art. 6º - desta Instrução, a parcela da reserva especial de ágio na incorporação correspondente a tal benefício poderá ser objeto de capitalização em proveito do acionista controlador.

§ 3º Após a incorporação, o ágio ou o deságio continuará sendo amortizado observando-se, no que couber, as disposições das Instruções CVM nº 247, de 27 de março de 1996, e nº 285, de 31 de julho de 1998.

Contudo, o fisco, baseando-se no parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional (CTN), tem desconsiderado planejamentos tributários que apresentem simulação, fraude à lei, abuso de forma, abuso de direito ou negócio jurídico indireto, assuntos que serão abordados durante os estudo do tema planejamento tributário.

Para restringir mais a discussão sobre planejamento tributário, a presente dissertação propõe-se a estudar e detalhar o caso específico de ágio nos casos de incorporação.

Finalmente, o cerne da questão foi muito bem demonstrado por Douglas Yamashita, que, citou, no capítulo 1 de seu livro, “Elisão e Evasão de Tributos – Planejamento Tributário – Limites à Luz do Abuso do Direito e da Fraude à Lei”²³, algumas das conclusões do XIII Simpósio Nacional de Direito Tributário do CEEU, do qual participaram juristas como Gilberto de Ulhôa Canto, Ives Gandra da Silva Martins, Ricardo Mariz de Oliveira, Gerd Rothmann, Edvaldo Brito, dentre outros:

“Elidir é evitar, reduzir o montante ou retardar o pagamento de tributo, por atos ou omissões lícitos do sujeito passivo, anteriores à ocorrência do fato gerador.”

“Evadir é evitar o pagamento do tributo devido, reduzir-lhe o montante ou postergar o momento em que se torne exigível, por atos ou omissões do sujeito passivo, posteriores à ocorrência do fato gerador.”

§ 1º Na hipótese prevista no "caput" deste artigo, observado o disposto no art. 170 da Lei nº 6.404/76, será sempre assegurado aos demais acionistas o direito de preferência e, se for o caso, as importâncias por eles pagas serão entregues ao controlador.

§ 2º A capitalização da parcela da reserva especial referida no "caput" deste artigo, correspondente ao benefício fiscal, somente poderá ser realizada ao término de cada exercício social e na medida em que esse benefício represente uma efetiva diminuição dos tributos pagos pela companhia.

²³ YAMASHITA, Douglas. **Elisão e evasão de tributos: limites à luz do abuso do direito e da fraude à lei**, p. 27, São Paulo: Lex Editora, 2005.

O registro do custo de incorporação de ações de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico da incorporadora deve ser feito pelo valor do patrimônio líquido, sendo vedado, portanto, o reconhecimento do ágio com base em rentabilidade futura nessa operação, por faltar, diante da Teoria da Contabilidade, a necessária independência entre as partes envolvidas.

A partir da introdução do parágrafo único do artigo 116 do CTN, pela Lei Complementar nº 104/2001, exacerbou-se a discussão sobre a legitimidade do planejamento tributário, enquanto técnica de redução do ônus tributário. Se, por um lado, os fiscalistas entendem que somente os procedimentos expressamente previstos em lei são legítimos para fundamentar a economia de tributos, em lado antagônico há aqueles que afirmam que o limite do planejamento tributário está justamente na lei: é permitido aquilo que está previsto legalmente e aquilo que não está vedado expressamente.

Este assunto ganhou ainda mais importância, porque a fiscalização da Receita Federal do Brasil passou a aplicar a desconsideração de atos e fatos jurídicos realizados com o intuito único de economizar tributos, fundamentando seus autos de infração na simulação, abuso de direito ou de forma e negócio jurídico indireto, conforme estabelecido do artigo 116, parágrafo único do Código Tributário Nacional, *verbis*:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II. tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Parágrafo incluído pela LCp 104, de 10/01/01)

Os chamados “planejamentos de patreleira”, isto é, a adoção reiterada de estruturas de planejamentos tributários por inúmeras empresas e grupos econômicos, passaram a ser combatidos de modo mais intenso pelo fisco, tanto o federal como o de alguns estados. Portanto, a partir do momento que a fiscalização

tem contato com a operação numa situação específica, ela passa a rejeitar aquela estrutura tributária também em outras empresas ou grupos.

Alguns exemplos de planejamentos que têm sido combatidos pelo fisco: “incorporação às avessas” ou “incestuosa”, quando a empresa deficitária incorpora a lucrativa, para fins de aproveitamento de prejuízos fiscais; a utilização de empresa veículo, para fins de aproveitamento de ágio; a subcapitalização de empresa, com o intuito de aproveitamento de juros sobre empréstimos; operação “casa e separa”, para reduzir ou eliminar o ganho de capital na transferência de controle societário; a importação de bens através de “*tradings*” para fugir da incidência do IPI nas operações subseqüentes; a criação de unidades de distribuição em outros estados, para aproveitamento de benefícios fiscais; a transformação de empresas atacadistas, varejistas ou industriais em exportadoras, para fins de recebimento e utilização de créditos de PIS, COFINS E ICMS; criação de *holdings* cruzadas, para a geração de despesas de aluguel e/ou arrendamento e para a utilização de créditos de PIS e COFINS; restituição de capital social, com a finalidade de reduzir ganhos de capital; constituição de empresas no lucro presumido, com o intuito de geração de despesas e créditos de PIS e COFINS por empresas no lucro real; cisão de empresa e posterior incorporação para transferência de créditos de ICMS.

O correto planejamento tributário é aquele efetuado de maneira personalizada para a empresa ou grupo empresarial, levando-se em conta as peculiaridades de seu ramo de atividades, da sua estrutura societária e patrimonial, e, sobretudo das suas características de custos, despesas e receitas. Os planejamentos tributários que têm sido desconsiderados pelo fisco são justamente aqueles em que falta propósito comercial, ou seja, naquelas situações em que o único intuito é o de economizar tributos.

Também há que se verificar se o artigo 386 do RIR/99, introduzido no regulamento pelo artigo 7º da Lei nº 9.532/97 a regulamentação da CVM, prevista na Instrução nº 319/99 permite que sejam realizados quaisquer tipos de planejamentos tributários.

Pergunta: A chamada “incorporação às avessas”, quando uma empresa deficitária incorpora a lucrativa, para fim de aproveitamento dos prejuízos fiscais, poder ser considerada planejamento tributário?

Portanto, deve ser analisado, à luz da legislação e da jurisprudência, se o planejamento tributário, realizado no caso específico de ágio nos casos de incorporação, apresenta, de fato, um propósito comercial e visa, unicamente, a uma economia de tributos.

Na operação de incorporação às avessas, na qual a controlada incorpora a sua controladora, o ágio registrado na contabilidade da controladora, decorrente de anterior incorporação de ações de outra empresa do mesmo grupo econômico e que é absorvido pela controlada, não será reconhecido como ativo diferido²⁴, nem sua amortização será dedutível para fins fiscais, por faltar os pressupostos contábeis para qualificar tal valor como ágio.

Ademais, há que se ressaltar que a incorporação às avessas deve respeitar a previsão legal constante do § 4º, artigo 264 da Lei nº 6.404/76, reproduzido abaixo:

§ 4º Aplicam-se as normas previstas neste artigo à incorporação de controladora por sua controlada, à fusão de companhia controladora com a controlada, à incorporação de ações de companhia controlada ou controladora, à incorporação, fusão e incorporação de ações de sociedades sob controle comum. ([Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001](#))

Portanto, mesmo que o ato de incorporação de sociedades controladas seja lícito, faz-se necessário avaliar se há ou não ilicitude no âmbito fiscal. Um outro ponto a ressaltar diz respeito a existência ou não das sociedades, visto que, muitas vezes, a simulação da incorporação às avessas pode ocorrer, inclusive, sociedades inexistentes, ou seja, são apenas CNPJ com prejuízos acumulados (pessoas jurídicas inativas), que, certamente, serão consideradas, interpostas pessoas simuladas.

A incorporação às avessas impõe que tanto a sociedade controladora quanto a sua controlada tenham existência real e estejam em efetivo funcionamento.

²⁴ Extinto pela MP nº 449/08, convertida na Lei nº 11.941/09.

Sobre o tema, cito o Acórdão nº CSRF²⁵/01-02.107, de 02/12/1996:

IRPJ – Incorporação às Aversas – Matéria de Prova – Compensação de Prejuízos Fiscais – A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se da validade jurídica dos atos efetivamente praticados. Se a documentação acostada aos autos comprova de forma inequívoca que a declaração de vontade expressa nos atos de incorporação era enganosa para produzir efeito diverso do ostensivamente indicado, a autoridade fiscal não está jungida aos efeitos jurídicos que os atos produziram, mas à verdadeira repercussão econômica dos fatos subjacentes.

Ainda de acordo com a Câmara Superior de Recursos Fiscais, em dois Acórdãos (nº CSRF/01-01.857 e CSRF/01-01.874, ambos de 15/05/1995), o simples fato de a incorporadora deficitária trocar sua razão social pela incorporada lucrativa, mudar sua sede para o endereço da incorporada e mudar seus administradores não seria uma simulação.

IRPJ – Simulação de Incorporação – Para que se possa materializar é indispensável que o ato praticado não pudesse ser realizado, fosse por vedação legal ou por qualquer outra razão. Se não existia impedimento para a realização da incorporação tal como realizada e o ato praticado não é de natureza diversa daquele que de fato aparenta, isto é, se de fato e de direito não ocorreu ato diverso da incorporação: não há como qualificar-se a operação de simulada. Os objetivos visados com a prática do ato não interferem na qualificação jurídica do ato praticado, portanto, se o ato praticado era lícito, as eventuais consequências contrárias ao Fisco, devem ser qualificadas como casos de elisão fiscal e não de evasão ilícita.(...)

Um outro ponto de destaque é que, sendo a incorporação regida pelo princípio da sucessão universal e o fato de a incorporadora deficitária trocar sua razão social pela da incorporada lucrativa, mudar sua sede para o endereço da incorporada lucrativa e trocar seus administradores pelos da incorporada lucrativa não contradiz este princípio. Deste modo, tais condutas não podem tornar a incorporação às avessas ilícita ou abusiva. Pelo menos, não sob estes aspectos. Deve ser analisado, por conseguinte, em cada caso concreto, o abuso de direito e a ilicitude em relação aos reflexos tributários.

Um questionamento importante a esclarecer é: será que a incorporação às avessas, ainda que não simulada e não abusiva, incorreria em fraude à lei

²⁵ Câmara Superior de Recursos Fiscais, do Conselho de Contribuintes, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

tributária, visto que são passíveis de fraude, conforme o artigo 166, inciso VI no Código Civil de 2002, tanto as normas proibitivas como as normas impositivas.

No caso da incorporação às avessas, deve-se verificar se há fraude em relação à proibição fiscal de compensação de prejuízos fiscais da incorporada pela incorporadora, constante do artigo 514 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (RIR/99), reproduzido abaixo:

Art. 514. A pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão não poderá compensar prejuízos fiscais da sucedida (Decreto-Lei nº 2.341, de 1987, artigo 33).

Parágrafo único. No caso de cisão parcial, a pessoa jurídica cindida poderá compensar os seus próprios prejuízos, proporcionalmente à parcela remanescente do patrimônio líquido (Decreto-Lei nº 2.341, de 1987, artigo 33, parágrafo único).

Esta dúvida pode parecer irrelevante, tendo em vista que a proibição de compensação de prejuízos constante do artigo supramencionado nunca incidiria sobre a compensação de prejuízos da incorporadora com lucro da incorporada, que é o que ocorre na incorporação às avessas.

Contudo, neste caso, não podemos analisar somente a fraude à lei, que, aparentemente, não ocorreu, mas sim o princípio jurídico subjacente a esta norma, que torna a fraude à lei um ilícito atípico. Portanto, faz-se necessário verificar qual seria o princípio subjacente à regra proibitiva de compensação de prejuízos fiscais.

De acordo com o Acórdão nº 107-07-596, de 14/04/2004, os prejuízos fiscais não constituem “*múnus público*”, pois, para efeito da aplicação da alíquota do IPRJ, representam verdadeiro direito de crédito do contribuinte contra o Estado. Este legítimo direito subjetivo do cidadão-contribuinte é oriundo do princípio da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º, da Constituição Federal de 1988) concretizado no conceito constitucional de renda (art. 153, III, e § 2º, da CF/88).

O princípio da capacidade contributiva está consagrado no artigo 145, § 1º da Constituição Federal que assim dispõe:

Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

O princípio da estrita legalidade, seria insuficiente para justificar a restrição ao princípio da capacidade contributiva pela proibição de compensação de prejuízos. Contudo, há que se ressaltar que tal proibição surgiu da experiência do Fisco com vários casos de reorganizações societárias, através dos quais contribuintes adquiriram empresas com prejuízos fiscais acumulados, sem arcar com tais prejuízos, compensando-os com enormes ganhos fiscais, em afronta ao princípio da capacidade contributiva, tendo em vista que esses prejuízos não foram produzidos por eles.

Ou seja, a idéia da proibição do artigo 514 do RIR/99 é ser uma norma anti abuso na compensação de prejuízos meramente nominais, cujo princípio fundamental é o princípio da capacidade contributiva.

Faz-se necessário, então, verificar, quais são os limites impostos pelo princípio da capacidade contributiva à compensação de prejuízos mediante incorporação às avessas. De acordo com o princípio da capacidade contributiva há que se verificar a origem do prejuízo fiscal acumulado na futura incorporadora. Esse prejuízo será lícitamente compensável com os lucros da futura incorporada se for anterior e efetivamente gerado pelas atividades usuais da futura incorporadora, durante o mesmo período em que já pertencia ao mesmo grupo empresarial da incorporada lucrativa. Percebe-se que, neste caso, o prejuízo fiscal acumulado, de fato, afetou a capacidade contributiva da empresa controladora do grupo empresarial e, conseqüentemente, sua compensação é legítima conseqüência do princípio da capacidade contributiva.

Por outro lado, se a empresa incorporadora teve suas ações ou quotas alienadas à futura incorporada, os prejuízos registrados na incorporadora serão compensáveis somente na proporção em que a futura incorporadora arcou com tais prejuízos, pagando pelas ações ou quotas da futura incorporadora o equivalente à liquidação total ou parcial dos passivos correspondentes. De outro modo, a compensação de prejuízos fiscais meramente nominais, que não foram produzidos dentro do grupo societário ou pelo seu titular, constituiria violação ao princípio da capacidade contributiva e, conseqüentemente, fraude à ao RIR/99.

No caso de ágio na incorporação, utilizam-se os mesmos argumentos, tendo em vista que, nesta situação específica, a incorporadora com prejuízo adquire a incorporada com lucro e, além disso, paga um valor superior ao valor patrimonial da incorporada. Com isso, além de compensar os prejuízos, ainda há, em cada período de apuração, a despesa com amortização do ágio na aquisição. É preciso analisar, nesta situação, se esta incorporação é referente a empresas do mesmo grupo, pois, provavelmente, o ágio na incorporação é mero artifício de evasão fiscal, pois é uma transação entre partes relacionadas.

Partes Relacionadas são entidades, físicas ou jurídicas, com as quais uma companhia não tenha condições de contratar com a comutatividade²⁶ e independência que caracterizam as transações com terceiros que sejam alheios à companhia, ao seu controle gerencial e à qualquer outra área de influência. São consideradas partes relacionadas em relação à companhia:

- empresas controladoras ou controladas;
- empresas que, juntamente com companhia, estejam sob o mesmo controle de uma terceira;
- empresas coligadas;
- empresas com acionistas ou administradores comuns à companhia, que, em razão disso, possam influenciar ou beneficiar-se de decisões tomadas pela empresa compiladora;
- seus diretores e acionistas majoritários;
- pessoas-chave de sua administração;
- clientes, fornecedores ou financiadores, com os quais sejam mantidas relações de dependência econômica, tecnológica ou financeira.

As transações entre partes relacionadas devem ser divulgadas pela companhia, principalmente, para proteger os acionistas minoritários, sobre a forma e

²⁶ Contrato Comutativo: é aquele feito em caráter oneroso, sendo certas e equivalentes as contraprestações estabelecidas entre as partes intervenientes (troca justa entre as partes).

os valores como foram efetuadas, para que eles tenham condições de proteger seus interesses.

Há que se ressaltar o fato de existir uma transação entre partes relacionadas na empresa não implica a existência de algo ilícito, mas é de extrema importância que esta transação seja transparente para os usuários externos das informações contábeis, ou seja, uma transação entre partes relacionadas deve ser divulgada mesmo que tenha acontecido em condições normais de mercado.

Finalmente, caso a transação de incorporação com ágio não seja entre partes relacionadas, a análise de infração à legislação fiscal deve ser realizada caso a caso, sempre com foco no princípio da capacidade contributiva.

4 CONCLUSÃO

Vamos considerar o seguinte exemplo, para subsidiar a conclusão: Em determinada data, a Empresa “A” tornou-se subsidiária integral da Empresa “B”, que incorporou as ações daquela, avaliadas economicamente, segundo um potencial de lucratividade futura, de forma que passou a figurar no ativo da Empresa “A”, ao final do período de apuração, um ágio de X milhões de reais. Além disso, na data da incorporação das ações, os sócios detentores de 100% do capital votante da Empresa “A” detinham também 90% do capital votante da Empresa “B”, sendo que o ágio originado daquela avaliação foi, do ponto de vista econômico, um ágio gerado por meio de uma transação dos acionistas com eles próprios. A partir do período de apuração seguinte ao da incorporação, a Empresa “A” passou a amortizar tributariamente o ágio produzido na incorporação.

Há que se ressaltar que o ágio interno (em um grupo de sociedades sob controle comum), sem a validação de terceiros independentes, já foi condenado pela CVM, mediante o Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, de 14 de fevereiro de 2007 e, nos termos do Pronunciamento Técnico CPC-04 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis e da Resolução nº 1.110/07, do Conselho Federal de Contabilidade, o ágio gerado internamente com base em rentabilidade futura não se qualifica como um ativo. Não houve aplicação de capital e nem custo de aquisição do ágio interno, não se incluindo na hipótese descrita na norma autorizadora da dedutibilidade de sua amortização para fins tributários.

Portanto, nos casos de ágio na incorporação entre empresas do mesmo grupo, a amortização do ágio não pode ser utilizada como despesa dedutível para fins da apuração do imposto de renda, tendo em vista que não constitui um planejamento tributário e sim uma fraude à legislação fiscal. Há que se ressaltar que, nesta situação, também há violação ao princípio da capacidade contributiva.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARO, Luciano, **Direito Tributário Brasileiro**, 14ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
- BERTOLDI, Marcelo Marco e RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- CAHALI, Yussef Said. **Legislação civil, processual civil e empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 19ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro *et al.* **Direito Tributário Contemporâneo**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Teoria Geral do Tributo, da Interpretação e da Exoneração Tributária**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Dialética, 2003.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Planejamento tributário e aquisição/incorporação de empresas – questões atinentes ao IRPJ e à CSLL. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo. n 135. dez. 2006, p. 220-230.
- COSTA, Alcides Jorge, Elisão, Simulação e Fraude Fiscal. **V Seminário Nacional – Aspectos Formais e Materiais em Procedimentos Fiscais – Anais**. Brasília: ESAF, 2006, p. 101-130.
- FERREIRA, Antônio Airton *et al.* **Regulamento do Imposto de Renda 1999 Anotado: atualizado até 6 de maio de 2005**. 8ª Edição. São Paulo: Editora FiscoSoft, 2005.
- FRANCO, Vera Helena de Mello e SZTAJN, Rachel. **Manual de direito comercial**. V.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GRECO, Marco Aurélio, **Planejamento Tributário**, São Paulo: Editora Dialética, 2004.
- GRECO, Marco Aurélio, Planejamento Tributário. **VI Seminário Nacional – Aspectos Formais e Materiais em Procedimentos Fiscais – Anais**. Brasília: ESAF, 2008, p. 73-120.

LATORRACA, Nilton. **Direito Tributário: imposto de renda das empresas**. 14ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 1998.

MELO, José Eduardo Soares de, **Curso de Direito Tributário**, 6ª Edição. São Paulo: Editora Dialética, 2004.

MENDONÇA, Fernando. **Debêntures**. São Paulo: Saraiva, 1988.

MIRANDA, Maria Bernadete. **Curso teórico e prático de direito societário**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MORAES JUNIOR, José Jayme. **Contabilidade Geral**. Rio de Janeiro. Elsevier Editora. 2009.

NEVES, Silvério das *et. al.* **Curso prático de imposto de renda pessoa jurídica e tributos conexos**. 13ª Edição. São Paulo: Frase Editora, 2007.

OLIVEIRA, Celso Marcelo. **Manual de direito empresarial**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Pedro de (coordenador). **Contabilidade Tributária**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Volney Zamenhof de (coordenador). **Código Tributário Nacional: Lei 5.172, de 25 de outubro de 1996: comentado e anotado**. 4ª Edição. Campinas: CS Edições, 2004.

TOMAZETTE, Marlon. **Direito societário**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

TORRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe (coordenação). **Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

YAMASHITA, Douglas. Incorporação às avessas: revisitando limites legais e jurisprudenciais ao planejamento tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo. n 131. ago. 2006, p. 31-50

YAMASHITA, Douglas. **Elisão e evasão de tributos: limites à luz do abuso do direito e da fraude à lei**, São Paulo: Lex Editora, 2005.