

As operações de incorporação, fusão e cisão como formas de planejamento tributário

*Elisângela Sampaio Teixeira**
*Dr. Ivan Guérios Curi***

Resumo

O presente artigo busca tratar da transformação de sociedades empresariais através das operações de incorporação, fusão e cisão como formas de planejamento tributário. Traz breves considerações acerca dessas operações, conceituando-as e demonstrando quando e como podem ocorrer nas sociedades. Realiza importante distinção dos institutos da elisão fiscal, elusão e evasão, evidenciando que apenas os dois últimos apresentam ilicitude em nosso ordenamento jurídico. Traça, ademais, sucinta exposição conceitual acerca do planejamento tributário para, após, correlacioná-lo com a cisão, fusão e incorporação. Por fim, ressalta que, muito embora seja o planejamento tributário um importante meio à disposição do contribuinte, deve ser usado com cautela e por pessoas que tenham conhecimento no referido instituto.

Palavras-chave: Fusão. Cisão. Contribuinte. Incorporação. Planejamento Tributário.

<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v28i1.4835>

* Mestranda em Direito no Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Bolsista Prosup/Capes. Advogada. Email: elisangelateixeira.adv@gmail.com

** Professor e Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra. Advogado. Email: iguerios1@hotmail.com

Considerações iniciais

Na busca pela redução de custos, assim como pela competitividade entre as empresas, surgem as figuras da cisão, fusão e incorporação para que, apesar dos percalços, as empresas possam continuar suas atividades e também perpetuar-se no mercado.

Para que ocorra essa reorganização societária de forma mais eficiente possível a carga tributária torna-se alvo de grandes críticas e discussões, tendo em vista seu alto teor de incidência tributária. Por isso, mister analisar as possibilidades em que pode haver a diminuição ou até mesmo sua exoneração de parte da carga tributária.

Surge, desse modo a figura do planejamento tributário que se torna um meio para alcançar tal objetivo de maneira lícita e possibilita também compensar os prejuízos fiscais através da melhor análise dos institutos de incorporação, cisão ou fusão.

Essas operações, segundo Andrade, visam também, como regra geral, facilitar a circulação de riqueza evitando os transtornos do processo ordinário de liquidação de uma sociedade e também tornar célere os procedimentos que visam resolver problemas de melhoria financeira das empresas¹.

Nesse sentido, o presente artigo, através da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, busca demonstrar algumas consequências das figuras supramencionadas, tendo em vista o assunto ser constantemente pertinente para as empresas.

As operações de incorporação, fusão e cisão

Tanto a lei da Sociedade por ações, Lei n. 6.404/76, quanto o Código Civil contém regras acerca dos procedimentos e atos societários necessários para formalizar operações de incorporação, cisão e fusão. Primordialmente, para compreender os institutos, é preciso tecer considerações concisas, porém pontuais com relação de cada um deles.

¹ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Imposto de renda das empresas*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 273.

Operações de cisão

A cisão encontra-se prevista na Lei das S/A n. 6.404/76, art.229, que afirma:

Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.²

Considerando-se de forma sucinta o referido dispositivo, nota-se que ocorre cisão quando uma companhia transfere parte de seu patrimônio para uma ou mais sociedades, que já existem ou foram estabelecidas para essa finalidade, com o escopo de extinguir a referida companhia, se ocorrer transmissão de todos os bens ou, ainda, partilhando-se seu patrimônio se for parcial a versão.

Há, também, nesse aspecto a disposição contida no artigo 19, da Instrução Normativa n. 88/2001 do Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC), que menciona:

Art. 19 A cisão é o processo pelo qual a sociedade, por deliberação tomada na forma prevista para alteração do estatuto ou contrato social, transfere todo ou parcela do seu patrimônio para sociedades existentes ou constituídas para este fim, com a extinção da sociedade cindida, se a versão for total, ou redução do capital, se parcial.³

Essa disposição corrobora o que já fora previsto no texto legal, acrescentando que o processo de cisão ocorre por deliberação na forma prenunciada no estatuto ou no contrato social.

Ademais, consoante o que já foi dito alhures, a cisão pode ser parcial ou total. A esse respeito, preceitua Diniz:

Parcial, se apenas parte do patrimônio de uma sociedade for transferida a outra, ficando, então, a outra parcela em poder da cindida que não se extinguirá (Lei n. 6.40/76, art. 227), e continuará exercendo sua atividade sob a mesma denominação social, mas com capital reduzido [...] As ações ou quotas integralizadas com parcela do patrimônio da sociedade cindida serão de seus sócios, substituindo-se às extintas, na proporção das que tinham. A responsabilidade desses sócios resumir-se-á na integralização das novas ações ou quotas pela

² BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. *Dispõe sobre as sociedades por ações*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm>. Acesso em: 25 jun. 2013.

³ BRASIL, Instrução Normativa n. 88, de 02 de agosto de 2001. Publicada no DOU de 14 de agosto de 2001. *Dispõe sobre o arquivamento dos atos de transformação, incorporação, fusão e cisão de sociedades mercantis*. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGAOS/Min_Div/MDICE_IN_88_01.html>. Acesso em 10 de agosto de 2014.

real avaliação dos bens. Haverá responsabilidade solidária entre a sociedade cindida e a que absorveu parte de seu patrimônio, apenas pelas obrigações anteriores à cisão, que lhes foram transferidas. A sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede, portanto, a esta nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão [...] o ato de cisão parcial poderá estipular que a sociedade que absorver parte do patrimônio da cindida não seja responsável apenas pelas obrigações que lhes forem transferidas, sem solidariedade com a cindida, caso em que o credor anterior à cisão poderá se opor à estipulação, em relação ao seu crédito, desde que notifique a sociedade no prazo de noventa dias contados da data da publicação do ato da cisão.⁴

Complementa ainda a referida autora sobre a cisão total:

Total, se houver transferência de todo o patrimônio da sociedade cindida “A”, que se extinguirá, para outras “B” e “C”, e os sócios da cindida “A” passarão a integrar as sociedades beneficiadas “B” e “C” com a cisão, que sucederão a cindida nos direitos e obrigações (Lei n. 6.04/76, art. 229, §5º), respondendo solidariamente pelas obrigações da sociedade extinta (Lei n. 6.404/76, art. 233) (2009, p. 564).⁵

Veja-se que na cisão parcial não há extinção da empresa cindida, uma vez que ela apenas transfere parte de seu capital, de modo que continuará no exercício de suas atividades. Nesse caso, haverá responsabilidade solidária entre a cindida e a sociedade que absorveu sua parcela, apenas com relação às parcelas que lhe foram transferidas.

Já com relação à cisão total, há a extinção da sociedade cindida, sendo que as sociedades que integralizarem seu capital, a sucederão nos direitos e obrigações, bem como, responderão de maneira solidária as obrigações da sociedade extinguida.

Ademais, importante destacar o que afirma Andrade Filho⁶, serve para separar o patrimônio, ou seja, é relevante para a reorganização patrimonial, mas pode ser utilizada para separação de sócios, sem que seja necessária a liquidação da sociedade a ser cindida.

Gize-se que, quando cindida totalmente, caberá aos administradores das sociedades que tiverem absorvido parcelas de seu patrimônio promover o arquivamento e a publicação dos atos de operação da empresa cindida. Na cisão com versão parcial do patrimônio essa obrigação caberá aos administradores

⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de empresa*. v. 8. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 562-563.

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de empresa*. São Paulo, 2009, p. 565.

⁶ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Imposto de renda das empresas*, 2005, p.735.

da companhia cindida e da que absorver parcela do seu patrimônio, nos termos do artigo 229, §4º da Lei 6.404/76.

Operações de incorporação

Imperiosa, também, realizar análise acerca do instituto da incorporação. Para isso, verificar-se sua disposição legal que se encontra no artigo 227 da Lei 6404 que alude “A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações”. Também, há previsão desse instituto no Código Civil, no artigo 1.116, que menciona “Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos”.

Ocorre a incorporação quando uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, havendo, assim, sucessão dos direitos e obrigações, porém, ensina Venosa e Rodrigues⁷ que a incorporação pode ser realizada por sociedades da mesma modalidade, ou, ainda por sociedades que tenham natureza diversa. Os mesmos autores ressaltaram que, quando as sociedades têm natureza díspar, a incorporadora mantém seu regime societário, ficando os sócios da incorporada sujeitos ao regime jurídico dessa

Nesse diapasão, complementa Diniz:

A incorporação é a operação pela qual uma sociedade vem a absorver uma ou mais (de tipos iguais ou diferentes) com a aprovação dos sócios das mesmas (mediante quórum absoluto ou qualificado legalmente requerido conforme o tipo societário das sociedades envolvidas), sucedendo-as em todos os direitos e obrigações e agregando seus patrimônios aos direitos e deveres, sem que com isso venha a surgir nova sociedade (CC, art. 1.116). É uma forma de reorganização societária em que os patrimônios das sociedades incorporadas somam-se ao da incorporadora. É uma união dos ativos das sociedades participantes da operação com a consequente assunção do passivo da incorporada, que deixará de existir.⁸

Venosa e Rodrigues prosseguem, afirmando que:

Com a incorporação, a incorporadora recebe os sócios não dissentes da incorporada, com a totalidade dos bens, direitos e obrigações. Com a incorporação, a sociedade absorvida deixa de existir no universo negocial, ocorrendo sua extin-

⁷ RODRIGUES, Cláudia; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito empresarial*. v. 8. 2. ed. São Paulo: editora Atlas, 2010, p. 206.

⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de empresa*, 2009, p. 557.

ção sem dissolução e liquidação patrimonial. A transferência de todas as obrigações da incorporada para a incorporadora independe de anuência dos credores, realizando-se automaticamente.⁹

A incorporação não é uma nova sociedade, mas sim, da absorção de uma sociedade por uma ou mais, tendo em vista que a incorporadora sucederá as incorporadas, mediante consentimento dos sócios. Há, diante disso, sucessão de todos os direitos e obrigações, sendo que o patrimônio da sociedade incorporada soma-se ao da incorporadora, em que aquela deixará de existir.

Na incorporação ocorre a extinção da sociedade incorporada, sendo que no momento da homologação da incorporação a incorporadora deverá declarar a extinção da sociedade incorporada, promovendo a extinção no registro próprio.

Para a incorporação, devem ser cumpridas as formalidades exigidas pelo art. 227, da Lei n. 6404, de 1976 (Lei das S.A.):

1. aprovação da operação pela incorporada e pela incorporadora (relativamente ao aumento de capital a ser subscrito e realizado pela incorporada) por meio de reunião dos sócios ou em assembléia geral dos acionistas (para as sociedades anônimas);
2. nomeação de peritos pela incorporada;
3. aprovação dos laudos de avaliação pela incorporadora, cujos diretores deverão promover o arquivamento e publicação dos atos de incorporação, após os sócios ou acionistas da incorporada também aprovarem os laudos de avaliação e declararem extinta a pessoa jurídica incorporada.”¹⁰

Nesse sentido, o cumprimento dos procedimentos para que ocorra a incorporação fará parte das características que comporão a veracidade e credibilidade da incorporação.

Operações de fusão

A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações. Assim, mister é trazer o conceito contido na legislação. Primeiro, tem-se o artigo 228, caput, da Lei 6.404/76, que diz “*A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais*

⁹ RODRIGUES, Cláudia; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito empresarial*. v. 8. 2. ed. São Paulo: editora Atlas, 2010, p. 206.

¹⁰ BRASIL, Receita Federal. Ministério da Fazenda. Transformação, Incorporação, Fusão e Cisão. Brasília, 2005, n. 217. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/PessoaJuridica/DIPJ/2005/PergResp2005/pr212a231.htm>>. Acesso em: 25 mar. 2014.

sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações”.

Há, também, as disposições conceituais, que se encontram elencadas no Código Civil, no artigo 1.119, que menciona “A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações”.

Portanto ocorre, desse modo, a fusão quando há reunião de duas ou mais sociedades, podendo ser de tipos societários iguais ou diferentes, com o propósito de formar nova sociedade, a qual sucederá as referidas em todos os direitos e encargos.

A corroborar com essa explicação colaciona-se entendimento de Diniz:

A fusão ocorre pela somatória de patrimônios líquidos de duas ou mais sociedades, da qual resultará sua extinção, com o nascimento de nova pessoa jurídica. Difere da incorporação porque nesta apenas a sociedade ou sociedades incorporadas desaparecem mediante a absorção pela incorporadora, a qual continua existindo e operando como o mesmo sujeito de direito [...] A nova sociedade nascida com a fusão recebe a totalidade de bens, direitos e obrigações das pessoas extintas com a operação, bem como sócios ou acionistas. A liquidação patrimonial das sociedades fundidas não ocorre, porque o patrimônio de todas é preservado na integralidade.¹¹

Com o nascimento da nova pessoa jurídica há extinção das sociedades que se uniram, pois aquela sucederá essas nos direitos e obrigações sociais. Nesse ponto, insta referir que a nova sociedade receberá a totalidade dos bens das pessoas extintas com a operação, assim como sócios e acionistas.

Os procedimentos básicos para que ocorra fusão se processa da seguinte forma:

1. Cada pessoa jurídica resolverá a fusão em reunião dos sócios ou em assembléia geral dos acionistas e aprovará o projeto de estatuto e o plano de distribuição de ações, nomeando os peritos para avaliação do patrimônio das sociedades que serão objetos da fusão.
2. Constituída a nova sociedade e eleitos os seus primeiros diretores, estes deverão promover o arquivamento e a publicação de todos atos relativos a fusão, inclusive a relação com a identificação de todos os sócios ou acionistas.¹²

¹¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de empresa*, 2009, p. 208.

¹² BRASIL, Receita Federal. Ministério da Fazenda. *Transformação, Incorporação, Fusão e Cisão*. Brasília, 2005, n.219. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/PessoaJuridica/DIPJ/2005/PergResp2005/pr212a231.htm>>. Acesso em: 25 mar. 2014.

Porém, para as sociedades que não são regidas pela Lei das S.A., valem as disposições dos arts. 1120 à 1122 do Código Civil.

A relevância do planejamento tributário para cisão, incorporação e fusão

O planejamento tributário ou elisão fiscal, por sua vez, objetiva, precipuamente, a escolha de situações fáticas ou jurídicas que visem eliminar ônus tributários, dentro dos limites jurídicos.

A esse respeito, Andrade Filho assim explica:

Planejamento tributário ou “elisão fiscal” envolve a escolha, entre alternativas igualmente válidas, de situações fáticas ou jurídicas que visem reduzir ou eliminar ônus tributários, sempre que isso for possível nos limites da ordem jurídica. Há um abismo de significado entre elisão fiscal e evasão fiscal. A elisão fiscal, segundo a concepção que adotamos, é atividade lícita de busca e identificação de alternativas que, observados os marcos da ordem jurídica, levem a uma menor carga tributária e requerem o manejo competente de duas linguagens: a do Direito Positivo e a dos negócios e, portanto, não se restringe à descoberta de lacunas ou “brechas” existentes na legislação.¹³

Nesse sentido, verifica-se que o planejamento tributário é alternativa significativa aos contribuintes que, dentro da legalidade, buscam reduzir ou eliminar os ônus tributários, haja vista a alta carga tributária existente em nosso país.

Destaque-se que a elisão fiscal se trata de atividade legal que busca opções que conduzam a uma menor tributação, o que é extramente favorável ao pagador de tributo, levando-se em consideração que sua utilização não traz penalidades. Ao contrário da elusão fiscal, que é simulação de um negócio jurídico, realizada pelo contribuinte, com o objetivo de dissimular a ocorrência do fato gerador.

Conforme muito bem preceitua Alexandre, o instituto da elusão ocorre quando “o contribuinte simula determinado negócio jurídico com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador”.¹⁴ Trata-se de ardil caracterizado primordialmente pelo que a doutrina denomina de abuso das formas, pois o sujeito passivo adota uma forma jurídica atípica, a rigor lícita, com o escopo de escapar artificialmente da tributação.

¹³ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Imposto de renda das empresas*, 2005, p. 644.

¹⁴ ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 296.

Por sua vez, a evasão se trata de conduta ilícita do contribuinte, normalmente após a ocorrência do fato gerador, pratica atos que visam evitar o conhecimento do nascimento da obrigação tributária pela autoridade fiscal. Aqui o fato gerador ocorre, mas o contribuinte o esconde do Fisco, na ânsia de fugir à tributação.¹⁵

Outrossim, destaque-se a lição Alexandre:

A elisão é verificada, no mais das vezes, em momento anterior àquele em que normalmente se verificaria o fato gerador. Trata-se de planejamento tributário, que encontra guarida no ordenamento jurídico, visto que ninguém pode ser obrigado a praticar negócio da maneira mais onerosa.¹⁶

Nesse ponto, constata-se que o planejamento tributário é anterior ao fato gerador do tributo, uma vez que ninguém tem a obrigação de realizar o negócio de forma mais onerosa. Nesse deslinde, importante aduzir que é o fato gerador que causa o nascimento da obrigação de pagar tributos. Seu conceito está contido no artigo 114 do Código Tributário Nacional, que menciona: fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. Diante disso, vê-se que é o fato gerador que prediz quando é devido o pagamento de tributo.

Desse modo, após essas exposições, torna-se imprescindível verificar o contido no artigo 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, que traz a denominada “norma geral antielisão”, veja-se o que prediz Alexandre:

Conforme consta da exposição de motivos que acompanhou o então projeto de Lei (Mensagem 1.459/199 do Presidente da República), a nova regra se constituiria em ‘instrumento eficaz para o combate aos procedimentos de planejamento tributário praticados com abuso de forma e de direito’ [...] O objetivo da norma é evitar a elusão fiscal (elisão ineficaz), não obstante a denominação ‘norma geral antielisão’, que, conforme ressaltado no item anterior, por ser a terminologia consagrada, será adotada nesta obra.¹⁷

Percebe-se, inegavelmente, que houve imprecisão na nomenclatura concedida à norma que visa evitar a elusão fiscal, que, conforme já aludido, muito embora seja formalmente lícita, possui abuso de direito, pois adota figura jurídica atípica para esquivar-se da tributação. Dessa forma, difere e muito do conceito da elisão fiscal, que é plenamente lícita.

¹⁵ ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*, 2011, p. 296.

¹⁶ ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*, 2011, p. 295.

¹⁷ ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*, 2011, p. 298.

Após essa abordagem conceitual, passar-se-á ao exame da elisão fiscal ou Planejamento Tributário, com ênfase na cisão, incorporação e fusão.

Andrade Filho leciona que:

As operações de incorporação, fusão e cisão são normalmente referidas como “reorganizações societárias”. Qualquer uma dessas operações pode ser realizada com diversos objetivos. Assim, elas são instrumentos societários que servem para: separação dos sócios, divisão da gestão administrativa de atividades ou produtos, resolução de problemas relacionados à sucessão empresarial; ou sucessão civil dos sócios ou acionistas e etc. [...] Tais operações, todavia, podem servir de instrumento de planejamento tributário.¹⁸

Denota-se que a fusão, a cisão e a incorporação ocorrem por diversos motivos, mas, essencialmente, por motivação econômica, porquanto visam fundir-se, cindir-se e incorporar-se para realizar economia lícita de tributos.

É público e notório que, atualmente, há muita competitividade no mercado empresarial e, muitas vezes, algumas sociedades não estão preparadas para manter-se no ritmo exigido.

Como bem preceitua Santos:

Vivemos num mundo altamente capitalista, em que oportunidades surgem e vão embora em segundos e, atentos a este ritmo tão célere e voraz, os empresários estão a todo tempo buscando inovações e novos horizontes em prol do crescimento de seus negócios. Temos observado que algumas grandes empresas têm se unificado, utilizando-se de algum ou alguns institutos aqui estudados para alavancar seus domínios no mercado.¹⁹

Não causa estranheza que, em um mercado concorrido como o brasileiro, as empresas busquem umas nas outras a solução para seus percalços. E, nesse aspecto, além de se unirem para continuar no mercado, realizam economia nos tributos.

Assim, se existem empresas lucrativas e outras que geram prejuízos à incorporação da deficitária pela lucrativa pode ser uma boa medida de planejamento tributário²⁰, obviamente, não é o único meio de conduzir ao objetivo de pagar menos impostos e diminuir os custos, mas é uma opção viável.

¹⁸ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Imposto de renda das empresas*, 2005, p.240.

¹⁹ SANTOS, Cosme Eduardo Ramos dos. *Incorporação, fusão, cisão no planejamento e crescimento societário*. 2008. Disponível em: <http://www.apmeduacao.com.br/arquivos/artigo_cientifico/adv_emp/cosmeeduardo.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2014, p. 6.

²⁰ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Imposto de renda das empresas*, 2005, p. 240-241.

Por outro lado, a cisão é outro instrumento de planejamento tributário para separar atividades com vistas à redução de tributos indiretos (IPI e ICMS). Afirma Andrade que:

O exemplo clássico é o da empresa que vende mercadorias e presta serviços e recolhe o ICMS e o IPI sobre o valor total da operação, compreendendo o preço das mercadorias e o preço dos serviços. Se for possível a separação das operações, por via da cisão, a prestação de serviços pode ser feita por outra empresa, que estará sujeita ao pagamento do ISS, o que pode representar uma interessante alternativa de planejamento tributário. Também nesse caso, é conveniente advertir, a cisão não é o único caminho, pois existem outros que conduzem ao mesmo objetivo.²¹

O mesmo se aplica à cisão, porquanto pode reduzir a carga tributária do Imposto sobre produto industrializado (IPI) e o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), sendo incontestáveis os benefícios advindos dele.

Também destaca-se como oportunidade de planejamento tributário, no caso de operação de incorporação, a união de uma empresa deficitária com uma empresa que esteja com boa lucratividade.

A pessoa jurídica que tiver parte ou todo o seu patrimônio absorvido em virtude da fusão, cisão ou incorporação poderá avaliar os bens e direitos pelo valor contábil ou de mercado. A Medida Provisória n. 449, convertida em lei 11.933 de 2009, deixou de exigir para as sociedades que não estão sujeitos às normas da Comissão de Valores Mobiliários, ou seja, não são todas as empresas que precisam fazer a avaliação de mercado, somente aquelas submetidas à CVM.

Destaca Andrade Filho que a exigência de avaliação, segundo os parâmetros do mercado, não é exigida em toda e qualquer operação de incorporação, fusão ou cisão, destaca:

A observância desta regra – que tem índole meramente contábil – só é exigível nos casos em que tais operações são feitas fora de um grupo societário de direito ou de fato; de fato, a lei esta dirigida às operações entre partes independentes e desde que a operação envolva concomitantemente transferência do controle societário.²²

²¹ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Imposto de renda das empresas*, 2005, p. 241.

²² ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Imposto de renda das empresas*, 2005, p. 752.

Optando pelo valor de mercado, o valor correspondente à diferença entre esse e o custo de aquisição, diminuindo dos encargos de depreciação, amortização ou exaustão, será considerado ganho de capital, que deverá ser adicionado à base de cálculo do imposto devido e da CSLL.²³ Os encargos serão considerados incorridos, ainda que não tenham sido registrados contabilmente, conforme artigo 21, §§2º e 3º da Lei 9.249/1995.

Havia ainda polêmica sobre se a compensação de prejuízos fiscais acumulados da empresa fusionada, cindida ou incorporada poderia ser compensado na pessoa jurídica sucessora. O Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental ao Recurso Extraordinário n. 604.314/SC, confirmou pela decisão da constitucionalidade do art. 33, Decreto-lei n. 2.341/87 e do Regulamento do Imposto de Renda, art. 514, sobre a proibição de compensação pela sucessora dos prejuízos fiscais da sucedida.

Em decisão foi dito que esses não ofendem ao art. 145, §1º e 153, III da Constituição Federal, e ainda, que tais artigos estão em consonância com os art. 43, 132 e 133 do CTN, visto que estes artigos do CTN apenas imputam à sucessora sobre os tributos devidos pela empresa cindida, fusionada ou incorporada, sem nada referir ao aproveitamento de prejuízos fiscais, “mesmo porque foi recepcionado o referido decreto lei pela Constituição Federal de 1988”²⁴. Ademais, o art. 97, VI do CTN somente exige lei, e não lei complementar, para criar hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários.

Compreende-se, portanto, diante dos argumentos colacionados, que há benefícios estratégicos, econômicos e financeiros advindos da elisão fiscal. No entanto, não se pode olvidar que isso é um assunto de extrema seriedade. Andrade Filho preceitua nesse ponto:

Planejamento tributário é coisa séria. Requer conhecimento sobre negócios e sobre leis; não é atividade que pode ser confiada a neófitos em questões tributárias [...] O bom planejamento tributário é aquele que é pensado e conduzido segundo as peculiaridades de cada caso e é implementado com máximo cuidado e zelo. É aquele em que declarações são feitas de forma direta e os fatos são relatados às claras, se meias palavras; em que documentos de suporte são

²³ BRASIL, Receita Federal. Ministério da Fazenda. *Transformação, Incorporação, Fusão e Cisão*. Brasília, 2005, n. 219. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/PessoaJuridica/DIPJ/2005/PergResp2005/pr212a231.htm>. Acesso em: 25 mar. 2014.

²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 604.314 de Santa Catarina. Relator: TOFFOLI, Dias. Órgão julgador: primeira turma, data do julgamento: 13.08.2013, p. 1-11. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob_o_numero_4623974.

cuidadosamente preparados e os registros contábeis fazem espelhar os fatos acontecidos de forma analítica, passo a passo. Assim, por exemplo, se o sujeito passivo opta por realizar uma cisão de uma sociedade deve cuidar para que a operação seja adequadamente documentada e justificada, que os bens e obrigações transferidos o sejam de fato e de direito, com a observância de todas as normas que dispõem sobre os aspectos formais.²⁵

Ademais, destaca Silva²⁶ que a operação de incorporação é, muitas vezes equivocadamente, confundida com a operação de fusão, a qual como já dito, consiste na união de duas ou mais empresas formando uma nova e única empresa. Sugere o mesmo autor que tal confusão ocorre devido ao fato de que, tanto nos Estados Unidos como na Europa, existem apenas operações de fusão e cisão, uma vez que a incorporação é considerada um tipo especial de fusão em que não ocorre o surgimento de uma nova empresa, mas sim a continuação de uma já existente. Ou seja, no Brasil, denomina-se por equívoco fusão o que na verdade trata-se de uma incorporação.

Pois, no Brasil, a incorporadora continua a existir como pessoa jurídica, enquanto na fusão as sociedades participantes são extintas para formação de uma nova sociedade que terá personalidade jurídica distinta daquelas que forem extintas.

O autor explica ainda que dois fatores são relevantes para que não ocorram fusões no Brasil, primeiro porque há muita burocracia e segundo, porque os custos para a abertura de uma nova empresa são excessivamente altos. Por tal motivo, é raro operações de fusão no Brasil.

Registre-se, dessa forma, que mesmo sendo a fusão, a cisão e a incorporação ferramentas utilizadas para realização do planejamento tributário, o que indubitavelmente traz benefícios ao contribuinte, não se pode olvidar que se trata de procedimento de extrema acuidade e que exige o máximo de esmero, pois os envolvidos devem ter conhecimento notável acerca da legislação e dos negócios, não podendo ser posto em mãos de leigos.

²⁵ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Imposto de renda das empresas*, 2005, p. 649.

²⁶ SILVA, Daniel Henrique Ferreira da. et al. *As operações de fusão, incorporação e cisão eo planejamento tributário*. 2004. Disponível em: www.congressousp.fipecafi.org/web/artigos42004/388.pdf. Acesso em: 15 de março de 2014.

Considerações finais

Denota-se, incontestavelmente, a importância dos institutos da cisão, fusão e incorporação como formas do planejamento tributário e possibilidade de reorganização societária.

A importância se deve a diversos fatores, entre eles a redução de custos, ajustes mercadológicos, econômicos e financeiros. No entanto, é preciso um estudo detalhado de planejamento tributários, levando-se em consideração a realidade de cada empresa.

Ademais, essas operações visam a evitar o processo de liquidação das empresas que serão extintas ou somente transferir parte do seu patrimônio através da transferência dos direitos e obrigações a outra empresa.

Na fusão, o prejuízo acumulado em cada uma das empresas não pode ser aproveitado na outra, conforme prevê o artigo n. 509 do RIR/99, quando somente uma das empresas tem prejuízo acumulado, como forma de planejamento tributário, restaria a incorporação da empresa que tem lucro pela que tem prejuízo acumulado. Além disso, a fusão é bem rara pelas complexidade legal e limitações fiscais, fato que direciona as empresas para a incorporação.

Ganha destaque a cisão, que pode ser utilizada para a separação patrimonial mas pode ser utilizada também para a separação de sócios, sem que haja portanto, a liquidação da sociedade a ser cindida. Ou seja, a lei não exige que, na cisão, as parcelas patrimoniais destacadas sejam atribuídas a todos os sócios da sociedade cindida, segundo o percentual de sua participação no capital social.

E ainda, torna-se de suma importância o planejamento tributário para evitar a simulação ou a evasão fiscal, o que geraria serias consequências jurídicas penais e tributárias para a empresa e seus sócios, visto o caráter ilegal das decisões. A empresa poderá reduzir o pagamento de impostos e compensar prejuízos fiscais em algumas situações, no entanto, deve observar as regras legais e interpretá-las corretamente para que não ocorra a elusão fiscal, ou seja, um abuso de direito, visto que adota uma figura jurídica para esquivar-se da tributação.

Nesse viés, verifica-se que o planejamento tributário é alternativa significativa aos contribuintes/empresas, que, dentro da legalidade, buscam reduzir ou eliminar os ônus tributários, que são extremamente altos e difíceis de serem arcados.

Cabe destacar que todas as propostas de operação de fusão, aquisição ou cisão devem ser acompanhadas das razões econômicas que as justificam e com os benefícios da transformação para os sócios e para a empresa.

Trata-se, pois, a elisão fiscal de benefício significativo, que vem ao encontro dos anseios advindos da grandiosa carga tributária, porém, insta registrar que não se deve usá-la a qualquer modo e de maneira desenfreada, pois ela demanda que os envolvidos tenham evidente conhecimento acerca de sua utilização.

Merger operations, merger and division as forms of tax planning

Abstract

This article seeks to address the transformation of business companies when used the incorporation, merger and spin-off as forms of tax planning. Brings brief comments on the merger, division and fusion, conceptualizing them and showing when and how they occur in societies. Performs important distinction of the institutes of tax avoidance, evasion and circumvention, showing that only the former has lawfulness in our legal system. Moreover, succinct conceptual exhibition about the tax planning for after, correlate it with the spin-off and merger. Finally, points out that although it is tax planning important means available to the taxpayer, should be used with caution and for people who have knowledge of that institute.

Keywords: Fusion Fission. Taxpayer. Merger. Tax Planning.

Referências

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2011.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Imposto de renda das empresas*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

BRASIL. *Instrução Normativa n. 88 de 02 de agosto de 2001 do Departamento de Registro de Comércio*. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGAOS/Min_Div/MDICE_IN_88_01.html>. Acesso em: 10 de agosto de 2014.

BRASIL, Receita Federal. Ministério da Fazenda. *Transformação, Incorporação, Fusão e Cisão*. Brasília, 2005, n. 217. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/PessoasJuridica/DIPJ/2005/PergResp2005/pr212a231.htm>>. Acesso em: 15 out. 2014.

_____. *Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre as sociedades por ações. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm >. Acesso em: 25 jun. 2012.

_____. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 25 jun. 2012.

_____. *Lei n. 9.249/1995, de 26 de dezembro de 1995*. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Leis/Ant2001/lei924995.htm>>. Acesso em: 6 ago. 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de empresa*. v. 8. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Cosme Eduardo Ramos dos. *Incorporação, fusão, cisão no planejamento e crescimento societário*. 2008. Disponível em: <http://www.apmeducacao.com.br/arquivos/artigo_cientifico/adv_emp/cosmeeduardo.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2012.

RODRIGUES, Cláudia; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito empresarial*. v. 8. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, Daniel Henrique Ferreira da. Et al. *As operações de fusão, incorporação e cisão eo planejamento tributário*. 2004. Disponível em: <<http://www.congressosp.fipecafi.org/web/artigos42004/388.pdf>>. Acesso em: 26 de jun. 2012.