

Incorporação às avessas

26 de setembro de 2019

Incorporação reversa ou às avessas é a operação de incorporação na qual a incorporadora é a controlada e a incorporada, que desaparece, é a controladora, aquela que anteriormente detinha a propriedade da participação societária.

Não existe vedação legal à incorporação às avessas

Legislação



- No contexto da amortização do ágio, já havia autorização expressa no art. 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

Art. 7º 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 art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

[...]

Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:

- a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;
- b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

- Lei nº 12.973, de 2014 – vedação agora expressa ao ágio interno.

As situações mais frequentes são:

- ágio interno;
- uso de empresa veículo (necessidade de confusão patrimonial entre investidor e investida)
- falta de propósito negocial (propósito exclusivo de economia tributária); e
- identificação do real investidor.

Autuação decorre da artificialidade e ausência de substrato econômico do conjunto das operações praticadas nessas reestruturações societárias.

Legislação

- Incorporação reversa no contexto da compensação de prejuízos fiscais e de bases de cálculo negativas acumuladas da CSLL

Decreto-Lei 2.341/1987 (reproduzido no art. 514 do RIR/99 e no art. 585 do RIR/2018):

Art. 33. A pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão não poderá compensar prejuízos fiscais da sucedida.

Parágrafo único. No caso de cisão parcial, a pessoa jurídica cindida poderá compensar os seus próprios prejuízos, proporcionalmente à parcela remanescente do patrimônio líquido.

Medida Provisória 1.858-6, de 29/06/1999:

Art. 20. Aplica-se à base de cálculo negativa da CSLL o disposto nos arts. 32 e 33 do Decreto-Lei nº 2.341, de 29 de junho de 1987.

Situação Problema: simulações



- A polêmica surge quando é feita uma incorporação reversa, na qual a incorporada é a pessoa jurídica que detinha a participação societária (controladora, geralmente superavitária) e a incorporadora é a pessoa jurídica controlada, geralmente deficitária, com elevado saldo de prejuízos fiscais. A incorporada é extinta, permanecendo apenas a incorporadora, que passa a compensar seus próprios prejuízos com os lucros que começa a auferir, em face da incorporação.
- O questionamento não é contra a incorporação reversa, por si, mas quando se vislumbra a presença de simulação nessa operação, com a finalidade única de obtenção de benefícios tributários, mediante burla à vedação expressa de compensação de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas da CSLL acumuladas da incorporada.

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

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

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

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

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

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

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

Incorporação reversa, controlada deficitária Eloquímica incorpora controladora superavitária Quimisa e passa a se aproveitar de seus próprios prejuízos fiscais e bases negativas de CSLL

“INCORPORAÇÃO ATÍPICA - SIMULAÇÃO RELATIVA

A incorporação de empresa superavitária por outra deficitária não é vedada por lei, mas se restar demonstrado 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 A verdadeira repercussão econômica dos fatos subjacentes.”

“Os elementos apontados pela fiscalização me conduzem A convicção de que, realmente, as operações realizadas configuram simulação relativa. Veja-se que no mesmo mês em que foi firmado o protocolo de intenção e justificação da incorporação (junho 2004), a empresa **incorporadora assumiu a denominação social da incorporada**, de tal sorte que para o mundo dos negócios a empresa extinta continuou a operar, pois o nome é o elemento distintivo da pessoa (física ou jurídica), enquanto que a empresa incorporadora teve sua razão social eliminada. A **sede social da empresa também foi alterada para a sede da incorporada** (Quimisa), e os **membros do Conselho de Administração da incorporadora passaram a ser os mesmos da incorporada**.”

“INCORPORAÇÃO ÀS AVESSAS. DESCONSIDERAÇÃO DOS EFEITOS TRIBUTÁRIOS. Deve ser mantida a glosa de prejuízos fiscais e bases negativas da CSLL nas hipóteses de incorporação às avessas, quando uma empresa extremamente deficitária, com patrimônio líquido reduzido, com o intuito de redução de pagamento de tributos, incorpora uma empresa lucrativa, com patrimônio líquido seis vezes maior que sua incorporadora, e na sequência assume a denominação social da incorporada e passa a ser administrada pela incorporada.”

Processo Administrativo de Consulta – Lei nº 9.430/96

Art. 48. No âmbito da Secretaria da Receita Federal, os processos administrativos de consulta serão solucionados em instância única.

§ 12. Se, após a resposta à consulta, a administração alterar o entendimento nela expresso, a nova orientação atingirá, apenas, os fatos geradores que ocorram após dado ciência ao consulente ou após a sua publicação pela imprensa oficial.

Obrigada!