

Reorganizações Empresariais: Aspectos Societários e Tributários

Coordenadores

Roberta Nioac Prado

Daniel Monteiro Peixoto

Autores

Alessandra Gobetti Vieira Coelho

Alexandre Siciliano Borges

Anderson Martorano Augusto Ribeiro

Daniel Monteiro Peixoto

Danilo Borges dos Santos Gomes de Araújo

Edison Carlos Fernandes

Eduardo Santos Arruda Madeira

Luciana Zechin Portas Levy

Luís André Negrelli de Moura Azevedo

Roberta Nioac Prado

Thais de Barros Meira

Tiago Espellet Dockhorn

Vanessa Rahal Canado

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [X Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O [X Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: xlivros.com ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluirá a um novo nível.

série **GVlaw**

Roberta Nioac Prado
Daniel Monteiro Peixoto
Coordenadores

DIREITO SOCIETÁRIO

Reorganizações Empresariais: Aspectos Societários e Tributários

Alessandra Gobetti Vieira Coelho
Alexandre Siciliano Borges
Anderson Martorano Augusto Ribeiro
Daniel Monteiro Peixoto
Danilo Borges dos Santos Gomes de Araújo
Edison Carlos Fernandes
Eduardo Santos Arruda Madeira
Luciana Zechin Portas Levy
Luís André Negrelli de Moura Azevedo
Roberta Nioac Prado
Thais de Barros Meira
Tiago Espellet Dockhorn
Vanessa Rahal Canado

2011





Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª, das 8:30
às 19:30

saraivajur@editorasaraiva.com.br

Acesse www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUI/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85) 3238-1331 –
Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951 – Fax:
(61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax: (62) 3224-3016 –
Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 –
Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-13236-8

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Reorganizações empresariais : aspectos societários e tributários / Roberta Nioac Prado, Daniel Monteiro Peixoto, coordenadores. – São Paulo : Saraiva, 2011. – (Série GVLaw).
Vários autores.

1. Direito empresarial – Legislação – Brasil 2. Empresas – Tributação
3. Sociedades – Leis e legislação 4. Sucessão I. Prado, Roberta Nioac.
II. Peixoto, Daniel Monteiro. III. Série.

11-02629 CDU-34:338.93 (81) (094)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Leis : Direito societário
34:338.93 (81) (094)

Diretor editorial Antonio Luiz de Toledo Pinto
Diretor de produção editorial Luiz Roberto Curia

Gerente de produção editorial Lúgia Alves
Editora Manuella Santos de Castro
Assistente editorial Aline Darcy Flor de Souza
Assistente de produção editorial Clarissa Boraschi Maria Coura
Arte, diagramação e revisão Know-how Editorial
Serviços editoriais Carla Cristina Marques / Vinicius Asevedo Vieira
Produção gráfica Marli Rampim
Produção eletrônica Ro Comunicação

Data de fechamento da edição: 13-4-2011

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Aos alunos do GV*law*.

APRESENTAÇÃO

A FGV é formada por diferentes centros de ensino e pesquisa com um único objetivo: ampliar as fronteiras do conhecimento, produzir e transmitir ideias, dados e informações, de modo a contribuir para o desenvolvimento socioeconômico do país e sua inserção no cenário internacional.

Fundada em 2002, a Escola de Direito de São Paulo privilegiou um projeto diferenciado dos currículos tradicionais das faculdades de direito, com o intuito de ampliar as habilidades dos alunos para além da técnica jurídica. Trata-se de uma necessidade contemporânea para atuar em um mundo globalizado, que exige novos serviços e a interface de diversas disciplinas na resolução de problemas complexos. Para tanto, a Escola de Direito de São Paulo optou pela dedicação do professor e do aluno em tempo integral, pela grade curricular interdisciplinar, pelas novas metodologias de ensino e pela ênfase em pesquisa e publicação. Essas são as propostas básicas indispensáveis à formação de um profissional e de uma ciência jurídica à altura das demandas contemporâneas.

No âmbito do programa de pós-graduação *lato sensu*, o *GVlaw*, programa de especialização em direito da Escola de Direito de São Paulo, tem por finalidade estender a metodologia e a proposta inovadoras da graduação para os profissionais já atuantes no mercado. Com mais de 10 (dez) anos de existência, a unidade já se consolida no cenário jurídico nacional por meio de seus cursos de especialização, corporativos e de educação continuada. Com a presente "Série *GVlaw*", o programa espera difundir seu magistério, conhecimento e suas conquistas.

Todos os livros da série são escritos por professores do *GVlaw*, profissionais de reconhecida competência acadêmica e prática, o que

torna possível atender às demandas do mercado, tendo como suporte sólida fundamentação teórica.

O *GVlaw* espera, com essa iniciativa, oferecer a estudantes, advogados e demais profissionais interessados insumos que, agregados às suas práticas, possam contribuir para sua especialização, atualização e reflexão crítica.

Leandro Silveira Pereira
Diretor Executivo do *GVlaw*

PREFÁCIO

Os temas relacionados à reorganização societária das empresas têm sido objeto de intensos e profundos estudos de juristas, notadamente no que tange aos aspectos societários e tributários. Verificou-se recentemente uma nova vertente nesses processos de reorganização societária, qual seja, a dedicação do profissional à aplicação da melhor estratégia na condução de tais processos, de forma a atingir seus propósitos de forma mais rápida e que melhor atenda os interesses dos seus participantes.

Daí a relevância e qualidade dos vários estudos apresentados neste livro, onde os autores muito bem expõem, em suas respectivas áreas, o detalhamento doutrinário e prático dos elementos e fases da reorganização societária, desde os primeiros conceitos do estabelecimento comercial, as regras de sucessão tributária e trabalhista; as formalidades societárias na implementação dos procedimentos; as previsões, os limites e impactos tributários; as previsões e cuidados contábeis até o exaustivo e detalhado trabalho desenvolvido pelos auditores.

Muitas vezes as pessoas tendem a ser bastante otimistas e vislumbram o final da negociação sem se preocupar devidamente com detalhes que podem inviabilizar completamente uma operação. Algumas vezes, quando são empresas de um mesmo setor, pode-se correr o risco de imaginar que a outra parte tende a atuar de forma parecida com a adotada pela empresa. O papel do profissional, nesse caso, é partir do pressuposto de que nada é conhecido e checar todos os detalhes legais, as responsabilidades, as garantias.

Preparar o negócio, a estrutura societária e tributária, é, primeiro de tudo, preparar a empresa a ser negociada, independente da sua

dimensão patrimonial, seja ela uma estatal a caminho da privatização, seja ela uma pequena empresa familiar.

As empresas costumam ser, hoje em dia, uma complexidade de ativos, e ninguém há de ficar surpreso, nessa conjuntura de superexposição midiática e global, ao ver que um bem imaterial, subjetivo – como a grife (isto é, a soma da marca com a imagem) –, pode valer muito mais do que o produto, o estoque, o maquinário e o imóvel, fazendo com que o profissional analise individualmente todos os impactos legais desses ativos na estrutura a ser criada.

Portanto, recomenda-se a análise preliminar sobre os prós e os contras da empresa, suas virtudes e suas fraquezas – estudo feito, de preferência, por auditores gabaritados e independentes, gente de visão aguda e experiente. É preciso ter um distanciamento crítico do problema.

Não cabe apenas e tão somente ao eventual interessado direto na aquisição o esforço braçal da melhor e mais minuciosa análise de auditoria, em todos os seus aspectos. A verdade é que qualquer parte envolvida, inclusive a parte vendedora, tem hoje a obrigação estratégica de se conhecer melhor, em todos os aspectos tributários e societários, de forma a neutralizar seus pontos fracos e valorizar seus pontos fortes.

A verdade e a transparência são, no negócio, um trunfo. Se a companhia tem uma estrutura patrimonial, societária e tributária adequada às regras legais, são inúmeras as vantagens na negociação e condução de um processo de reorganização societária.

A estruturação a ser criada dependerá também do tipo e porte da empresa, seu ramo de atividades e particularidades, e, nesse sentido, o conhecimento e experiência dos profissionais envolvidos é de fundamental importância para o sucesso de todas as etapas a serem cumpridas.

Com multinacionais, por exemplo, a desafinação que pode acontecer, no coro da negociação, quase sempre terá a ver com uma escolha entre a legislação brasileira e aquela do país de origem da multinacional – ou do fórum onde o negócio possa vir a ser debatido, se necessário. Nesse mundo cada vez mais globalizado, filigranas jurídicas são capazes de emperrar grandes negócios.

Todos os cuidados são válidos, mas todos os cuidados não bastam. Quando os negócios forem postos à mesa, as virtudes e as fragilidades do ser humano irão desempenhar um papel tão ou mais importante do que o conjunto de todas as auditorias. Astúcia, inteligência, flexibilidade, sentido de tempo, até resistência física – agora, tudo depende do desempenho do profissional.

O atrativo do dinheiro raramente se sobrepõe à angústia da perda. Melhor evitar. Mas, em alguns casos, vale a pena relevar o princípio. Um acordo em que o empresário não arreda pé, participa de tudo, no final, aprende-se com ele mais do que em todos os meus anos de faculdade, de pós-graduação e muitos de banca, de simpósios nacionais e internacionais.

Outro aspecto a destacar nesses processos de reestruturação, fusões e aquisições de empresas, em que longos contratos são criados é a questão da previsão da escolha da solução de conflitos e do foro de discussão.

O contrato deverá prever a eleição do foro competente de decisão na hipótese de conflitos futuros entre as partes, decorrentes da transação. E, nesse caso, preponderam duas alternativas à escolha das partes, quais sejam: a justiça comum (foro judicial) e a arbitragem.

Independentemente da escolha do foro de decisão, as partes deverão escolher também a lei aplicável ao contrato, de modo que não haja obrigatoriedade de a arbitragem, por exemplo, ser

escolhida no mesmo local da lei aplicável escolhida pelas partes; todavia, é prudente que, nessa hipótese, as partes se certifiquem da experiência e conhecimento do centro de arbitragem escolhido em relação à lei definida contratualmente por elas.

A arbitragem é uma forma de solução de conflitos que possui a mesma eficácia do Poder Judiciário, sendo, assim, uma via alternativa de jurisdição conferida às partes em um litígio.

A lei que dispõe sobre a arbitragem no Brasil é a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996¹, sendo aplicada aos litígios que envolverem direitos patrimoniais disponíveis. Ademais, para valer-se da arbitragem, as pessoas devem ser capazes de contratar, conforme previsto no artigo 1º da lei.

Equiparada ao procedimento judicial, a arbitragem, por ser uma forma rápida, objetiva e sem tantas formalidades, dentre outras características, tem se mostrado uma realidade na prática comercial em que as partes não querem se ver ligadas a um procedimento exaustivamente longo para decidir seus conflitos.

São inúmeros os aspectos que revestem as conhecidas e complexas reestruturações societárias, que os autores deste livro tão bem souberam trazer individualmente, nas suas respectivas especialidades.

Renato Ochman
Advogado, sócio da Ochman,
Real Amadeo Advogados Associados.

¹ BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9307.htm>>. Acesso em: 22 set. 2010.

SUMÁRIO

Apresentação

Prefácio

1 O ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL: NOÇÃO, ELEMENTOS E EFEITOS DECORRENTES DA SUA NEGOCIAÇÃO

Danilo Borges dos Santos Gomes de Araújo

1.1 Uma primeira noção de estabelecimento empresarial: o perfil objetivo e instrumental da empresa.

1.2 Um ulterior esforço para se captar a noção do instituto: o estabelecimento empresarial como um bem coletivo, como uma universalidade

1.3 A colocação da matéria do estabelecimento empresarial no novo Código Civil brasileiro

1.4 Estabelecimento empresarial vs. patrimônio empresarial.

1.5 O negócio jurídico sobre o estabelecimento empresarial, os requisitos para a sua eficácia e a disciplina dos seus efeitos obrigacionais.

1.5.1 Os requisitos para a eficácia do negócio de trespasse do estabelecimento empresarial: formalidades exigidas por lei

1.5.2 A sucessão empresarial: proteção dos credores e continuidade da atividade empresarial (artigos 1.146, 1.148 e 1.149 do Código Civil)

Referências

2 RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS RELATIVOS AO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

Daniel Monteiro Peixoto

2.1 Considerações introdutórias

2.2 Alienação de estabelecimento empresarial e responsabilidade tributária

- [2.2.1 Natureza jurídica do estabelecimento empresarial](#)
 - [2.2.2 Elementos e atributos do estabelecimento empresarial](#)
 - [2.2.3 Responsabilidade tributária e os negócios jurídicos que tomam por objeto o estabelecimento empresarial](#)
 - [2.2.3.1 Transmissão de estabelecimento *mortis causa*](#)
 - [2.2.3.2 Negócios de alienação *inter vivos*, a título oneroso ou a título gratuito](#)
 - [2.2.3.2.1 Confronto com outras formas de alienação *inter vivos*, de estabelecimento, a título oneroso: integralização de capital social e cisão-parcial-absorção](#)
 - [2.3 Negócios jurídicos que têm por objeto a fruição do estabelecimento: arrendamento do fundo de empresa e a responsabilidade tributária](#)
 - [2.4 Delimitação dos requisitos adicionais das regras do art. 133 do CTN e o tipo de responsabilidade prescrita](#)
 - [2.5 Alienação de estabelecimento no curso de falência ou recuperação judicial: inovações da LC n. 118/2005 e da Lei n. 11.101/2005](#)
- [Referências](#)

[3 ALTERAÇÃO DE OBJETO SOCIAL E DIREITO DE RECESSO NA ALIENAÇÃO DE ATIVOS EMPRESARIAIS](#)

[Roberta Nioac Prado](#)

- [3.1 Introdução](#)
- [3.2 Direito de recesso](#)
 - [3.2.1 Conceito e previsão legal](#)
 - [3.2.2 Direito de recesso. Natureza, justificativa e limites](#)
 - [3.2.3 Direito de recesso. Críticas](#)
- [3.3 Exercício do direito de recesso quando da mudança do objeto social](#)
 - [3.3.1 Objeto social. Importância e possíveis modificações: de fato e de direito; alterações totais/substanciais ou parciais \(ampliação e/ou redução\)](#)
- [3.4 Exemplos de casos para reflexão](#)
 - [3.4.1 Caso Portuense Ferragens S/A \(1995/decisão 2003\)](#)

3.4.2 Caso Ughini S/A (1986)

3.4.3 Parecer do Dr. Luiz Leonardo Cantidiano

3.4.4 Caso Guararapes Confecção S/A

3.4.5 Processo Cotibra S/A Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários vs. Light Serviços de Eletricidade S/A

3.4.6 Parecer do Prof. Fabio Konder Comparato no Processo Cotibra S/A Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários vs. Light Serviços de Eletricidade S/A, tratado no item 3.3.5 *supra*

Referências

4 NOVAS TENDÊNCIAS DA CONTABILIDADE E (POTENCIAIS) REFLEXOS TRIBUTÁRIOS

Edison Carlos Fernandes

4.1 Novo padrão contábil e a sua adoção obrigatória

4.2 Importância do julgamento

4.3 Primazia da substância sobre a forma

4.4 Ativos financeiros

4.5 Ativo (e passivos) decorrente de operação de longo prazo

4.6 Investimento (permanente)

4.7 Ativo imobilizado

4.8 Ativo intangível

4.9 Recuperação de valores registrados no ativo

4.10 Patrimônio líquido

4.11 Ajustes de avaliação patrimonial

4.12 Reserva de reavaliação

4.13 Neutralidade tributária da nova contabilidade

Referências

5 UM PANORAMA SOBRE AS NECESSIDADES E CAUTELAS NA ESTRUTURAÇÃO E ANÁLISE DE OPERAÇÕES ENVOLVENDO COMPRA E VENDA DE EMPRESAS – DUE DILIGENCE

Anderson Martorano Augusto Ribeiro

5.1 Objetivos

5.2 Introdução

5.3 Áreas de abrangência

5.4 Realização dos trabalhos

5.4.1 Orientações gerais

5.5 Conteúdo do relatório final

5.5.1 Introdução

5.5.2 Aspectos relevantes

5.5.3 Aspectos societários

5.5.4 Contratos financeiros e comerciais

5.5.5 Contencioso cível

5.5.6 Contencioso tributário

5.5.7 Aspectos trabalhistas

5.5.8 Seguros

5.5.9 Propriedade intelectual

5.6 Observações finais

Referências

6 DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA (LTDA. E S/A FECHADA), APURAÇÃO DE HAVERES E GOODWILL

Roberta Nioac Prado

6.1 Introdução

6.1.1 Considerações iniciais e conceitos relevantes conexos ao tema

6.1.1.1 Sociedades de pessoas e sociedades de capitais: *affectio societatis e intuitu pecuniae*

6.1.1.2 Dissolução das sociedades constituídas por tempo indeterminado. Princípio da liberdade de associação vs. princípio da função social da empresa

6.2 Dissolução parcial de sociedade – construção jurisprudencial

6.2.1 Sociedade limitada (Ltda.)

6.2.2 Construção jurisprudencial

6.2.2.1 Princípio da “livre associação” nas “sociedades por prazo indeterminado” combinado com o princípio da “preservação da empresa”

6.2.2.2 Sociedade de um sócio só

6.2.3 Os artigos 1.029 e 1.077 do Código Civil

6.3 Dissolução parcial de sociedade – construção jurisprudencial

6.3.1 S/A fechada

6.4 Apuração de haveres

6.4.1 Sociedade limitada e S/A – dispositivos legais, posicionamento jurisprudencial e cláusula contratual privada

6.4.1.1 Sociedade limitada

6.4.1.2 Sociedades anônimas

6.4.2 Destinação do goodwill na dissolução parcial do vínculo societário

6.5 Conclusão

Referências

7 INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE, DE AÇÕES E FUSÃO

Luis André Negrelli de Moura Azevedo

7.1 Apresentação

7.2 Noções preliminares

7.2.1 Concentração empresarial

7.2.2 Objetivos e modalidades de concentração empresarial

7.2.3 Operações em espécie: definição e características principais

7.2.3.1 Fusão

7.2.3.2 Incorporação de sociedade

7.2.3.3 Incorporação de ações

7.2.3.4 Disciplina legal: Protocolo e Justificação, quórum de aprovação, proteção aos credores e aos acionistas minoritários

7.2.3.5 Procedimento

7.2.3.5.1 Incorporação de sociedade e incorporação de ações

7.2.3.5.2 Fusão

7.3 Aspectos mais relevantes: relação de substituição de ações e operações envolvendo sociedades sob controle comum

Referências

8 O TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DO ÁGIO E DOS PREJUÍZOS FISCAIS ACUMULADOS NAS REESTRUTURAÇÕES SOCIETÁRIAS

Alexandre Siciliano Borges / Eduardo Santos Arruda Madeira

8.1 Introdução

8.2 Breves considerações sobre o reconhecimento contábil e avaliação dos investimentos societários

8.3 A questão do ágio na aquisição e registro de investimentos

8.3.1 Aproveitamento fiscal do ágio quando da incorporação, fusão e cisão

8.4 Mudança no padrão contábil brasileiro e o aproveitamento do ágio

8.5 A incorporação reversa e a questão dos prejuízos fiscais acumulados

8.6 Planejamento tributário e seus limites

Referências

9 CISÃO DE EMPRESAS COMO ESTRATÉGIA EM REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS

Alessandra Gobetti Vieira Coelho

9.1 Operação de cisão sob a ótica societária

9.1.1 Introdução

9.2 Conceito e finalidade das operações de cisão sob a ótica societária

9.3 Modalidades: cisão parcial e cisão total

9.4 Formalidades da operação de cisão

9.4.1 Protocolo e Justificação (artigos 224 e 225 da Lei das Sociedades por Ações)

9.4.2 Formação do capital social na incorporadora (artigo 226 da Lei das Sociedades por Ações)

9.4.3 Avaliação da parcela do patrimônio cindido (artigo 227 a 229 da Lei das Sociedades por Ações)

9.5 Direito dos credores nas operações de cisão – oposição e anulação

9.6 Conclusão

Referências

10 OPERAÇÃO DE CISÃO SOB A ÓTICA TRIBUTÁRIA

Luciana Zechin Portas Levy

10.1 Introdução

10.2 Breves noções sobre responsabilidade tributária na cisão

10.3 Tributação na operação de cisão

10.3.1 Tributação do ganho de capital na cisão

10.3.1.1 Extinção da reserva de reavaliação

10.3.1.2 Lei n. 11.638/2007 e o Regime Tributário de Transição (RTT)

10.3.1.3 Conclusões

10.3.2 Tributação sobre o lucro havido até a data da cisão

10.4 Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI)

10.5 Conclusões

Referências

11 PRINCIPAIS ASPECTOS FISCAIS RELACIONADOS À CISÃO

Tiago Espellet Dockhorn / Thais de Barros Meira

11.1 Introdução

11.2 Breves considerações sobre o conceito e formas decisão

11.3 Aspectos fiscais da cisão

11.3.1 Tributação do ganho de capital auferido em cisão

11.3.2 Cancelamento do prejuízo fiscal: base de cálculo negativa em decorrência de cisão

11.3.3 Incidência do ICMS sobre a transferência de estoque e bens do ativo permanente em virtude de cisão

11.3.4 Incidência do IPI sobre a transferência de estoque e bens do ativo permanente em razão de cisão

11.3.5 Incidência de ITBI sobre bens imóveis

11.4 Documentos fiscais da cisão

11.4.1 Certidões fiscais

11.4.2 Balanço de encerramento

11.4.3 Declaração de rendimentos

11.5 Outras questões fiscais

11.5.1 Parcelamentos fiscais

11.5.2 Benefícios fiscais

11.6 Considerações finais

Referências

12 INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL COM BENS MÓVEIS, IMÓVEIS E INTANGÍVEIS: CUSTO DE AQUISIÇÃO X VALOR DE MERCADO; GANHO DE CAPITAL X DEVOLUÇÃO DE CAPITAL

Vanessa Rahal Canado

12.1 Aspectos tributários da integralização de capital

12.2 Incidência do Imposto sobre a Renda – integralizações de capital por pessoas físicas

12.3 Incidência do IRPJ, da CSLL, do PIS e da COFINS – integralizações de capital por pessoas jurídicas

12.4 Incidência do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis

12.5 Incidência do Imposto sobre Operações de Câmbio

12.6 Conclusão

Referências

1 O ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL: NOÇÃO, ELEMENTOS E EFEITOS DECORRENTES DA SUA NEGOCIAÇÃO

Danilo Borges dos Santos Gomes de Araújo

Professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – Direito GV; graduado em Direito pela Universidade de São Paulo – USP; graduado em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas e doutor em Sistema Giuridico Romanistico pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

Tendo-se em vista que o tema do estabelecimento empresarial é realmente extenso, o presente texto não terá certamente a pretensão de esgotar todos os problemas e questões enquadrados nessa temática¹.

Assim sendo, este capítulo tem como objetivo discutir as principais diferenças entre a alienação do estabelecimento empresarial propriamente dito e a alienação de participação societária (mais especificamente, as diferenças e as similitudes entre essas duas modalidades de aquisição e de alienação de empresas e as formalidades legais e responsabilidades envolvidas em cada uma dessas operações).

Dados esses objetivos, passa-se relativamente ao largo de algumas das questões mais caras ao tema do estabelecimento empresarial para concentrar o foco em algumas outras questões, tais como o conceito de estabelecimento empresarial (e sua distinção do patrimônio empresarial), os seus elementos e aquele particular negócio jurídico, chamado trespasse de estabelecimento

empresarial, por meio do qual também se pode fazer a transferência da empresa, destrinchando-se os seus efeitos e as responsabilidades das partes envolvidas.

1.1. Uma primeira noção de estabelecimento empresarial: o perfil objetivo e instrumental da empresa

No novo Código Civil brasileiro se destaca, na Parte Especial, um livro que se destina ao "Direito da Empresa" (o Livro II). Certa é a influência² que o legislador civil brasileiro recebeu do *codice civile* italiano (aprovado pelo *Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262*), que marcou época ao sistematizar a disciplina da atividade econômica privada por meio da teoria da empresa. Mas a adoção da teoria da empresa pelo legislador italiano veio acompanhada, por assim dizer, de um emprego pouco parcimonioso ou criterioso do termo "impresa": por causa da profusão com que o *codice civile* fez uso desse termo, abundando como uma palavra quase de sentido comum e corrente, não se alcançou de imediato um entendimento sobre qual deveria ser considerado o conceito jurídico de empresa.

Foi o famoso texto de Alberto Asquini, intitulado *Profili dell'impresa*³, que contribuiu para o equacionamento dessa confusão conceitual. Esclareceu o jurista que, não obstante ter o legislador italiano partido tacitamente de um conceito econômico unitário de empresa (organização de trabalho e de capital, tendo como fim a produção de bens ou serviços para troca), não despontaria, do *codice civile*, um correspondente conceito jurídico unitário. Ao contrário, o termo "impresa", ao longo do *codice civile*, assumiria

quatro significados (sentidos, acepções) diferentes, cada um deles manifestando um perfil (jurídico) diverso do mesmo fenômeno:

(i) Um perfil subjetivo, referindo-se ao sujeito que exerce a atividade empresarial e significando a empresa como “empresário”.

(ii) Um perfil funcional ou dinâmico, referindo-se à atividade exercida, ou seja, significando a empresa como “atividade empresarial”.

(iii) Um perfil patrimonial ou objetivo, referindo-se ao conjunto de bens destinado a um escopo empresarial, significando a empresa como “estabelecimento” (“*azienda*”).

(iv) Um perfil institucional, referindo-se à empresa como instituição, quando considerada como uma especial reunião de pessoas, reunindo empresário e empregados em um núcleo social organizado em função de um fim econômico comum.

O particular significado de cada um desses perfis fica ainda mais evidente se todos vierem conjugados em uma única sentença: o empresário (perfil subjetivo de empresa) exerce a atividade empresarial (perfil funcional de empresa) por meio do estabelecimento (perfil objetivo de empresa).

E, com essas palavras introdutórias, já desponta uma primeira noção de estabelecimento empresarial: é o instrumento de que se serve o empresário para o exercício da sua atividade empresarial. São praticamente essas, aliás, as palavras de Rubens Requião, que descreve o estabelecimento empresarial como “o instrumento da atividade do empresário”, aquilo com o que o empresário comercial se aparelha para exercer a sua atividade⁴.

Apresentada essa primeira noção de estabelecimento empresarial, como a dimensão instrumental e objetiva da empresa, vai-se, então, nos itens a seguir, precisar do que este se compõe e quais os termos desse instrumento, qual a sua natureza jurídica e a

sua disciplina e quais os negócios jurídicos em que pode, em si mesmo, ser envolvido.

1.2. Um ulterior esforço para se captar a noção do instituto: o estabelecimento empresarial como um bem coletivo, como uma universalidade

Objeto de direito, em um primeiro e mais amplo sentido, é aquilo sobre o que incide o poder do titular de um direito subjetivo (por exemplo, o direito subjetivo de propriedade faculta ao seu titular as faculdades de uso, gozo e disposição sobre a coisa objeto daquele direito), quer-se dizer: “todo direito tem um objeto sobre o qual repousa”⁵.

São objeto de direito subjetivo as coisas ou bens⁶, termos que, para o nosso uso, serão tratados como sinônimos⁷. Em sentido jurídico, coisa (ou bem) é aquilo que pode ser objeto de relação jurídica patrimonial, aquilo que pode proporcionar utilidade ao homem: deve ter existência autônoma, deve ser apta à utilização econômica e deve ser passível de sujeição ao domínio de uma pessoa⁸.

Na parte geral do direito privado, a disciplina que se faz dos bens é praticamente toda ela dedicada à sua classificação, de acordo com diversos critérios. É, de fato, o que se vê, de forma sistemática, nos artigos 79 a 103 do Código Civil brasileiro. Alguns dos critérios legais de classificação dos bens levam em consideração as coisas em relação a si mesmas (isto é, atentando-se para alguma característica intrínseca à própria coisa): bens móveis e imóveis, bens fungíveis e infungíveis, bens divisíveis e indivisíveis e assim por diante.

Tem importância, para os nossos propósitos, aquele critério legal que distingue entre bens singulares e bens coletivos: singulares são “os bens que, embora reunidos, se consideram *de per se*, independentemente dos demais⁹” (artigo 89 do Código Civil), e coletivos são as universalidades¹⁰.

No magistério de Clóvis Beviláqua, “coisas coletivas (*universitates rerum*) são as que, sendo compostas de várias coisas singulares, se consideram em conjunto, formando um todo”¹¹: universalidade é, pois, o conjunto de várias coisas singulares, reunidas para determinado objetivo, formando um todo econômico, com funções próprias¹².

Também é desde já importante destacar que o Código Civil distingue (i) a universalidade de fato, definida como “a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária¹³” (artigo 90 do Código Civil) da (ii) universalidade de direito, que é “o complexo de relações jurídicas de uma pessoa, dotada de valor econômico¹⁴” (artigo 91). Ainda se valendo das lições de Clóvis Beviláqua, há, pois, universidades de fato (*universitates facti*) e universidades de direito (*universitates juris*), as primeiras sendo complexos de coisas corpóreas, e as segundas, complexos de coisas e direitos:

A universitas factii, agregado de coisas corpóreas, como o rebanho, o armazém, a biblioteca, existe e aparece nas relações jurídicas, mas somente se pode reputar unidade para o direito, quando, por considerações econômicas, a vontade, juridicamente manifestada, ou a lei, assim o determina. *A universitas juris*, unidade abstrata de coisas e direitos, aparece também na vida jurídica ou para o fim de unificar a irradiação da pessoa na esfera dos bens, ou para o fim de mostrar a integridade econômica de um conjunto de bens. O patrimônio é o exemplo a dar-se do primeiro caso; a herança, os pecúlios, o dote, a massa falida são exemplos do segundo caso.

Resultando a universalidade de direito de diversas razões e realizando-se para diversos fins, não se submete a regras uniformes¹⁵.

As universalidades (de fato ou de direito) se caracterizam, enfim, como um conjunto de bens ou direitos que têm uma finalidade, uma destinação comum. Em outras palavras, as coisas universais são constituídas por uma pluralidade de coisas diferentes entre si (não homogêneas), que conservam, cada um delas, sua autonomia funcional, mas que podem ser consideradas em conjunto em razão de uma particular valorização feita pelo sujeito ou pelo direito, estando reunidas tendo em vista um determinado fim.

Dada essa caracterização da universalidade, o que se deve, por fim, afirmar é que o estabelecimento empresarial é uma universalidade (havendo controvérsia, porém, se se trata de uma universalidade de fato ou de uma universalidade de direito).

Tendo em vista que, para o exercício da atividade empresarial, o empresário necessita de uma série de meios, materiais e imateriais, convencionou-se chamar de estabelecimento empresarial o dinamizado e organizado conjunto de bens de que se serve o empresário para o exercício da sua atividade. Sendo, então, o estabelecimento empresarial "o conjunto de bens que o empresário reúne para a exploração de sua atividade econômica"¹⁶, clara é a sua identificação como uma coisa coletiva, uma coisa universal, uma universalidade, enfim, nos exatos termos em que esse instituto foi previamente definido.

1.3 A colocação da matéria do estabelecimento empresarial no novo Código Civil brasileiro

Embora o termo “estabelecimento” tenha ocorrido até com certa frequência na legislação esparsa anterior ao novo Código Civil, sendo essa a base material de que se valeu Oscar Barreto Filho para escrever a nossa mais valiosa reflexão doutrinária em tema, intitulada justamente *Teoria do estabelecimento comercial*¹⁷, a verdade é que uma disciplina sistematizada do próprio estabelecimento, como capítulo da disciplina da empresa, veio a ser oferecida só mesmo com o novo Código Civil, nos seus artigos 1.142 a 1.149, que não encontram correspondência no código anterior.

O “Capítulo Único – Disposições Gerais” do “Título III – Do Estabelecimento” do “Livro II – Do Direito da Empresa” do Código Civil abre já com uma definição de estabelecimento:

Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária¹⁸.

Verifica-se que nessa definição legal estão presentes, como não poderia deixar de ser, os elementos que justamente dão ao estabelecimento empresarial a caracterização de universalidade: fala-se de reunião de bens, organizados por uma pessoa (o empresário), sendo que esses bens se encontram reunidos em função de uma especial finalidade (o exercício da atividade empresarial).

Além disso, o teor dessa definição legal parece indicar que o novo Código Civil tenha adotado a posição de que o estabelecimento empresarial é universalidade de fato: expressamente se afirma que aquela universalidade chamada estabelecimento é composta por bens (organizados), excluídos os direitos (ou, em outras palavras, as relações jurídicas). De fato, a definição de estabelecimento empresarial constante do artigo 1.142 do Código Civil, ao empregar a expressão “complexo de bens”, aproxima-se muito do artigo 90 do Código Civil, que define as universalidades de fato, afastando-se da

definição de universalidade de direito presente no artigo 91 do Código Civil, em que se faz referência ao “complexo de relações jurídicas” (direitos).

Vale sumariamente salientar que integram o estabelecimento empresarial tanto os bens corpóreos e materiais (mercadorias, instalações, equipamentos etc.) como aqueles bens incorpóreos, imateriais ou intangíveis que são empregados pelo empresário para o exercício da sua atividade empresarial.

Os bens imateriais que são especialmente articulados pelo empresário¹⁹, servindo à sua empresa, são (i) o ponto empresarial, que é o local em que se explora a atividade empresarial ou, em outras palavras, o local para o qual se dirigem as pessoas interessadas em adquirir os produtos ou serviços oferecidos por um empresário²⁰, (ii) os sinais distintivos do estabelecimento (título e insígnia de estabelecimento), (iii) as marcas de produtos e serviços e (iv) as criações intelectuais na empresa (invenções, modelos de utilidade e desenhos industriais), esses dois últimos gozando da especial disciplina constante da Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula os direitos e as obrigações relativos à propriedade industrial.

Mencione-se, porém, que a disciplina sistemática que o Código Civil faz sobre o estabelecimento empresarial oferece fortes razões para se defender a posição de que o estabelecimento é também uma universalidade de direito, a incluir não só os bens (materiais e imateriais) mas também os direitos (relações jurídicas) por meio dos quais o empresário desenvolve a sua atividade empresarial. De fato, o teor do artigo 1.146 do Código Civil, sobre o qual se falará no devido tempo, dá a entender que, em princípio, os débitos (posições passivas em relações jurídicas obrigacionais) estão incluídos no estabelecimento empresarial.

A discussão sobre a caracterização do estabelecimento empresarial como universalidade de fato ou como universalidade de direito não é sem relevância prática. A depender da interpretação que se dá, alteram-se a dinâmica e as presunções do negócio jurídico sobre o estabelecimento empresarial (a respeito do qual se falará mais adiante): basta dizer que, se considerar-se o estabelecimento empresarial como uma universalidade de direito, o negócio jurídico sobre o estabelecimento incluirá, em princípio, as relações jurídicas de que o empresário alienante faz parte, sendo necessário, para excluí-las do negócio, expressa menção nesse sentido. Em sentido oposto, se considerar-se o estabelecimento empresarial uma universalidade de fato, será necessária, ao contrário, expressa menção para que as relações jurídicas de que o empresário alienante faz parte estejam presentes no negócio sobre o estabelecimento.

Após a definição legal de estabelecimento, o Código Civil afirma, no seu artigo 1.143, que “pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza”²¹, com o que se introduz o instigante tema do trespasse do estabelecimento empresarial, notável (e frequente) mecanismo por meio do qual se pode fazer a alienação da empresa. Os sucessivos dispositivos do Código Civil (artigos 1.144 a 1.149) se prestam, então, à detalhada disciplina do negócio jurídico sobre o estabelecimento e ao esclarecimento dos seus efeitos (bem como à definição dos requisitos para a sua eficácia), a respeito do que se falará no item 1.5, *infra*.

1.4 Estabelecimento empresarial vs. patrimônio empresarial

Antes, porém, de se debruçar sobre a disciplina do negócio jurídico sobre o estabelecimento, convém brevemente apontar em que sentido se diferenciam aquelas duas universalidades que são o estabelecimento empresarial e o patrimônio empresarial.

Em primeiro lugar, os bens estão reunidos em um estabelecimento segundo uma finalidade distinta daquela que reúne os bens no patrimônio empresarial. O critério que identifica os bens de um estabelecimento é a sua comum destinação ao exercício de uma atividade empresarial, independentemente de estarem ou não sob a propriedade do empresário. Os bens que compõem o patrimônio empresarial, por sua vez, têm a comum destinação de garantia geral dos credores do empresário titular do patrimônio.

Em segundo lugar, os elementos que compõem o estabelecimento empresarial o compõem segundo uma relação de pertinência subjetiva mais ampla, enquanto os elementos que compõem o patrimônio são aqueles decorrentes da propriedade.

Assim, embora seja muito normal que haja sobreposição entre os bens que compõem o estabelecimento e os bens que compõem o patrimônio, nada há de estranho se um bem que estiver no estabelecimento empresarial não esteja no patrimônio, e vice-versa.

Por fim, interessante notar que o estabelecimento empresarial, uma vez configurado como bem (coletivo) em si mesmo, passa a compor o próprio patrimônio do empresário.

1.5 O negócio jurídico sobre o estabelecimento empresarial, os requisitos para a sua eficácia e a disciplina dos seus efeitos obrigacionais

Negócio frequente no meio empresarial, embora nem sempre venha apresentado sob essa rubrica, o trespasse de estabelecimento empresarial é a compra e venda (alienação) do estabelecimento²², por meio do que se alcança a transferência da empresa, quer-se dizer, o exercício de determinada atividade empresarial se transfere de uma pessoa para outra: transferindo-se a titularidade do conjunto de bens por meio dos quais o empresário desenvolve a sua atividade, obviamente que também se transfere a própria atividade empresarial.

Note-se que esse particular efeito também é objetivo daquele outro negócio jurídico que é a compra e venda de quotas ou ações representativas do controle de uma sociedade empresária: alterando-se a estrutura de titularidade da sociedade empresária (que é o sujeito que desenvolve a atividade empresarial), também se obtém a transferência de uma pessoa para outra do comando do exercício da atividade empresarial.

Mas, embora a consequência (transferência do comando da atividade empresarial de uma pessoa para outra) desses dois negócios seja idêntica, eles assumem configuração bastante distinta: “No trespasse, o estabelecimento empresarial deixa de integrar o patrimônio de um empresário (o alienante) e passa para o de outro (o adquirente). O objetivo da venda é o complexo de bens corpóreos e incorpóreos, envolvidos com a exploração de uma atividade empresarial. Já na cessão de quotas sociais de sociedade limitada ou na alienação de controle de sociedade anônima, o estabelecimento empresarial não muda de titular. Tanto antes como após a transação, ele pertencia e continua a pertencer à sociedade empresária. Essa, contudo, tem a sua composição de sócios alterada. Na cessão de quotas ou alienação de controle, o objeto da venda é a participação societária”²³.

As repercussões das diferenças acima mencionadas são relevantes: porque no trespasse de estabelecimento empresarial há a alteração do sujeito (empresário) titular do estabelecimento, particularmente despontando a questão da sucessão, que pode ou não existir no trespasse, mas não existe na alienação de controle de sociedade empresária, em que não há alteração do sujeito que efetivamente exerce a atividade empresarial. Em suma, por meio do negócio sobre o estabelecimento empresarial podem circular as relações jurídicas obrigacionais entre as partes nele envolvidas²⁴.

Assim, a disciplina que determinado ordenamento jurídico pode dar ao trespasse de estabelecimento empresarial deve especialmente se preocupar com o problema da sucessão empresarial, algo que afeta diretamente aos credores do empresário alienante do estabelecimento. O ponto está em definir se, e em que medida, o empresário adquirente do estabelecimento será responsável pelas obrigações contraídas pelo empresário alienante ou se o empresário adquirente se sub-rogará nas relações jurídicas, ativas e passivas, do empresário alienante.

O que se deve indagar, portanto, é quais os efeitos obrigacionais que decorrem para as partes do negócio de trespasse de estabelecimento, quanto aos contratos, créditos e dívidas entestadas pelo alienante.

Ademais, a disciplina do trespasse pode definir de que maneira os credores do empresário do adquirente podem eventualmente se opor à alienação do estabelecimento, especialmente no que tange aos seus créditos.

É justamente essa a espécie de questões articuladas pelos artigos 1.144 a 1.149 do Código Civil, de que se falará nos itens a seguir.

1.5.1 Os requisitos para a eficácia do negócio de trespasse do estabelecimento empresarial: formalidades exigidas por lei

Os primeiros dispositivos a serem alvo de nossa atenção são os artigos 1.144 e 1.145 do Código Civil, a seguir transcritos:

Art. 1.144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial.

Art. 1.145. Se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação²⁵.

Esses dispositivos impõem exigências formais a serem cumpridas pelas partes envolvidas no negócio de trespasse, das quais depende a produção dos efeitos próprios do negócio.

No primeiro dispositivo, está contida uma norma cogente que condiciona a produção dos efeitos perante terceiros à averbação do instrumento negocial à margem da inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis, seguida de publicação na imprensa oficial.

Em seguida, porque a venda do estabelecimento empresarial pode alterar a garantia dos credores e desequilibrar de modo adverso o patrimônio do seu titular, exige-se que, se ao alienante do estabelecimento não restarem bens suficientes para a solução do seu passivo, a eficácia do negócio ficará sujeita ao pagamento de todos os credores ou à anuência destes. Ou seja, como negócio jurídico, o trespasse será operação existente e válida entre as partes, mas ineficaz perante terceiros se o alienante devedor não

saldar as suas obrigações ou não obtiver o consentimento, expresso ou tácito, dos seus credores. Essa exigência de anuência prévia dos credores não se aplica, como se verifica do dispositivo, se o empresário alienante permanecer solvente mesmo após a alienação do estabelecimento.

1.5.2 A sucessão empresarial: proteção dos credores e continuidade da atividade empresarial (artigos 1.146, 1.148 e 1.149 do Código Civil)

Com o artigo 1.146 do Código Civil, a seguir transcrito, o adquirente do estabelecimento empresarial passa a responder solidariamente por todas as obrigações relacionadas àquela atividade empresarial, desde que regularmente contabilizadas, cessando a responsabilidade do empresário alienante por essas obrigações no prazo de um ano:

Art. 1.146. O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento²⁶.

Portanto, por meio dessa regra²⁷, os credores do empresário alienante podem, por causa do negócio de trespasse do estabelecimento, exigir a satisfação dos seus créditos do empresário adquirente.

Em seguida, importa a regra do artigo 1.148 do Código Civil:

Art. 1.148. Salvo disposição em contrário, a transferência importa a sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados para exploração do estabelecimento, se não tiverem caráter pessoal, podendo os terceiros rescindir o contrato em noventa dias a contar da publicação da transferência, se ocorrer justa causa, ressalvada, neste caso, a responsabilidade do alienante.

Se o dispositivo anterior atentava para a proteção dos credores, agora se está valorizando, na sistemática da alienação do estabelecimento empresarial, a continuidade da atividade empresarial, o que se pode assegurar por meio da previsão da sub-rogação do empresário adquirente do estabelecimento nos contratos até então celebrados pelo empresário alienante. Uma sistemática legal que, ao contrário, impedisse tal efeito provavelmente tornaria desinteressante o negócio de trespasse: ao adquirente do estabelecimento deve interessar o exercício da empresa adquirida usando a organização existente e operante.

Admite-se, portanto, na primeira parte do dispositivo, que o negócio do trespasse imediatamente “importa a sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados [pelo alienante] para exploração do estabelecimento”, despontando, por assim dizer, um princípio da preservação dos contratos empresariais: para a cessão das posições contratuais, não é necessária a anuência do terceiro contratante.

Verifica-se que, para a tutela da continuação (ou da preservação) da atividade empresarial, derroga-se, por ocasião da alienação de estabelecimento, a disciplina da teoria geral dos contratos, que determina depender a cessão de posição contratual de comunicação à outra parte e aceitação pela mesma. Só se ocorrer uma “justa causa”, conforme previsto na parte final do texto do artigo 1.148 do Código Civil, admite-se a possibilidade de o terceiro contratante

rescindir o contrato em noventa dias a contar da publicação da transferência do estabelecimento.

São, enfim, seis os pressupostos que simultaneamente devem ocorrer para a cessão *ipso iure*, do empresário adquirente, dos contratos celebrados pelo empresário alienante do estabelecimento:

a) que se trate de contratos bilaterais com pendências obrigacionais para ambas as partes; b) que os contratos sejam exploracionais (“estipulados para exploração do estabelecimento” – art. 1.148 do CC); c) que os contratos sejam impessoais (“se não tiverem caráter pessoal” – art. 1.148 do CC); d) que não exista disposição em contrário (“salvo disposição em contrário” – art. 1.148 do CC); e) que inexista óbice legal; e f) que não haja justa causa para o terceiro rescindir o contrato (“podendo os terceiros rescindir o contrato em noventa dias a contar da publicação da transferência, se ocorrer justa causa, ressalvada, neste caso, a responsabilidade do alienante” – art. 1.148 do CC)²⁸.

Por fim, deve-se analisar o artigo 1.149 do Código Civil, que trata da cessão dos créditos referentes ao estabelecimento na hipótese de trespasse:

A cessão dos créditos referentes ao estabelecimento transferido produzirá efeito em relação aos respectivos devedores, desde o momento da publicação da transferência, mas o devedor ficará exonerado se de boa-fé pagar ao cedente²⁹.

Aponta-se, por meio desse dispositivo, que, na hipótese de trespasse do estabelecimento empresarial, ocorre a cessão automática, *ipso iure*, dos créditos do empresário alienante, novamente em derrogação ao sistema geral dos contratos, ressalvando-se, como diz a parte final do texto, que o terceiro

devedor ficará exonerado se, de qualquer maneira, pagar de boa-fé ao cedente.

REFERÊNCIAS

ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni**. Milano: Giuffrè, v. 41, I, 1943.

BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. Fundo de Comércio ou Fazenda Mercantil. São Paulo: Saraiva, 1988.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Campinas: Servanda, 2007.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 set. 10.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: revista e atualizada de acordo com a nova Lei de Falências**. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

FÉRES, Marcelo Andrade. **Estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais**. São Paulo: Saraiva, 2007.

JAEGER, Pier Giusto. **La nozione d'impresa dal codice allo statuto**. Milano: Giuffrè, 1985.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Freitas Bastos, 1962.

MARCONDES MACHADO, Sylvio. Direito mercantil e atividade negocial no Projeto de Código Civil. *In: Questões de direito mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977.

OPPO, G. L'impresa come fattispecie. **Rivista di Diritto Civile**, Padova: Cedam, v. 28, I, 1982.

_____. Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento giuridico italiano. **Rivista di Diritto Civile**, Padova: Cedam, v. 22, I, 1976.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2010.

1 Para a visão de um tratamento sistemático sobre o estabelecimento empresarial, remete-se ora à nossa principal obra doutrinária em tema, que é o clássico: BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. Fundo de Comércio ou Fazenda Mercantil. São Paulo: Saraiva, 1988, ora a recente, abrangente e muito bem articulada obra de FÉRES, Marcelo Andrade. **Estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais**. São Paulo: Saraiva, 2007, escrita já com atenção à disciplina do estabelecimento constante do novo Código Civil brasileiro.

2 Já Sylvio Marcondes Machado, o membro da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil que ficou encarregado do desenvolvimento do livro dedicado à disciplina da empresa (originalmente intitulado “Da Atividade Negocial”), reconhece essa influência: cf. MARCONDES MACHADO, Sylvio. Direito mercantil e atividade negocial no Projeto de Código Civil. *In: Questões de direito mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977, *passim*.

3 Cf. ASQUINI, Alberto. Profili dell’impresa. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni**, Milano: Giuffrè, v. 41, I, p. 1-20, 1943. As considerações de Asquini são atualizadas em OPPO, G. Realtà giuridica globale dell’impresa nell’ordinamento giuridico italiano. **Rivista di Diritto Civile**, Padova: Cedam, v. 22, I, p. 591-608, 1976; OPPO, G. L’impresa come fattispecie. **Rivista di Diritto Civile**, Padova: Cedam, v. 28, I, p. 106-126, 1982; JAEGER, Pier Giusto. **La nozione d’impresa dal codice allo statuto**. Milano: Giuffrè, 1985, p. 49-50.

4 Cf. REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 270.

5 Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2010, v. 1, p. 291.

6 Mas o objeto de direito subjetivo pode também ser uma pessoa (no direito de família, por exemplo, o pai tem direitos, decorrentes do pátrio-poder, sobre o filho, sendo, em qualquer caso, necessário esclarecer que essa situação não implica qualquer diminuição da pessoa física objeto de direito: os direitos resultantes do pátrio poder, na verdade, existem em favor da criança, para que o pai possa protegê-la, sustentá-la e educá-la) ou a conduta ou

atuação de uma pessoa (no direito das obrigações, por exemplo, o credor tem o direito subjetivo de exigir uma prestação do devedor, de dar, fazer ou não fazer algo).

7 Embora se possa desenvolver um discurso que diferencie os significados de coisa e de bem: “Sob o nome de coisa, pode ser chamado tudo quanto existe na natureza, exceto a pessoa, mas como bem só é considerada aquela coisa que existe proporcionando ao homem uma utilidade, porém com o requisito essencial de lhe ficar suscetível de apropriação” (cf. LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Freitas Bastos, 1962, v. 1, p. 354).

8 Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2010, v. 1, p. 292.

9 BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 set. 2010.

10 Em sede doutrinária, distinguem-se ainda as coisas simples (um todo orgânico), as coisas compostas (um todo mecânico) e as coisas coletivas (um todo ideal), classificação que tem interesse prático quanto à reivindicação das coisas compostas e coletivas (pode-se reivindicar o todo) e quanto ao fato de que, ainda que substituídas as coisas que as formam, as coisas compostas e coletivas não perdem essa sua identidade.

11 Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Campinas: Servanda, 2007, p. 256.

12 Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2010, v. 1, p. 309.

13 BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 set. 2010.

14 BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 set. 2010.

15 Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Campinas: Servanda, 2007, p. 256-257.

16 Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: revista e atualizada de acordo com a nova Lei de Falências**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 97.

Note-se que um mero conjunto de bens, agregados de qualquer forma, não é estabelecimento empresarial. Para ser considerado estabelecimento empresarial, o conjunto de bens deve estar dinamizado pelo exercício da empresa, não se concebendo estabelecimento empresarial sem o efetivo exercício de atividade empresarial. Nesse sentido, percebe-se a particular compreensão que se pode ter do contrato de franquia

(*franchising*), como um contrato por meio do qual um empresário (o franqueador) colabora com outro (o franqueado) para a organização do seu estabelecimento empresarial. Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: revista e atualizada de acordo com a nova Lei de Falências. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 125-127.

17 Cf. BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. Fundo de Comércio ou Fazenda Mercantil. São Paulo: Saraiva, 1988.

18 BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 set. 2010.

19 Entre os elementos imateriais ou incorpóreos do estabelecimento empresarial, não é de se incluir o aviamento. Cf., nesse sentido, COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: revista e atualizada de acordo com a nova Lei de Falências. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 101, que é definido como o potencial da empresa de gerar lucros e atrair clientela: é dessa capacidade que também se mede para o futuro (perspectiva de rentabilidade) e que depende de condições subjetivas e objetivas, que decorre o valor do estabelecimento (é um sobrevalor que se agrega àquele resultante da soma do valor objetivo dos bens que compõem o estabelecimento). O aviamento, portanto, é um atributo, um predicado do estabelecimento, e, nesse sentido, não há estabelecimento sem aviamento, mas este não tem existência independente, não podendo ser objeto de relações autônomas.

20 A clientela, que também não é de se incluir entre os elementos do estabelecimento. Cf., nesse sentido, COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: revista e atualizada de acordo com a nova Lei de Falências. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 101-102, é o conjunto indeterminado de pessoas que frequentemente acorrem a um específico empresário para adquirir os seus produtos ou serviços, despontando, entre essas pessoas e o empresário, uma relação de fidelidade. Reconhece-se o ponto comercial porque se reconhece que o estabelecimento tem clientela e, dado o normal interesse do empresário em permanecer no local em que se identifica, o direito oferece uma proteção ao ponto, que se manifesta, por exemplo, por meio do direito, conferido ao empresário, de renovação compulsória do contrato de locação do imóvel em que está estabelecido, nos termos do artigo 51 e seguintes da Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991, que dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes.

En passant, também se pode comentar que a questão do “estabelecimento virtual”, aventada por alguns autores, é, na verdade, uma falsa questão: aquilo que se pretende chamar de estabelecimento virtual outra coisa não seria senão o ponto comercial (a

interface com o consumidor) que se apresenta por meios eletrônicos. Assim, melhor que “estabelecimento virtual” seria chamar o fenômeno de “ponto virtual”.

Ainda com relação a esse elemento do estabelecimento empresarial que é o ponto empresarial, curioso notar que, na linguagem comum, o termo “estabelecimento” assume o sentido justamente de local onde o empresário se encontra com a sua clientela. Cf., a esse respeito, FÉRES, Marcelo Andrade. **Estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1-2, mas que se ressalte que o sentido vulgar do termo está se referindo a apenas um dos elementos do estabelecimento, e não à inteireza do seu significado jurídico.

[21](#) BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 set. 2010.

[22](#) A alienação do estabelecimento empresarial, como complexo unitário de bens, difere da alienação de um conjunto de bens instrumentais não organizados segundo o exercício de uma atividade empresarial: é a análise de cada contrato que permite determinar o tipo de negócio e, logo, as regras a ele aplicáveis.

[23](#) Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: revista e atualizada de acordo com a nova Lei de Falências**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 116-117.

[24](#) Cf. FÉRES, Marcelo Andrade. **Estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 56-57.

[25](#) BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 set. 2010.

[26](#) BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 set. 2010.

[27](#) Como já se mencionou, o teor desse artigo instiga a revisão da posição doutrinária sobre ser o estabelecimento universalidade de fato (pluralidade de bens singulares pertinentes a uma pessoa e com destinação específica) ou universalidade de direito (complexo de relações jurídicas de uma pessoa suscetíveis de avaliação econômica): se, por princípio, as dívidas do empresário alienante são transferidas ao empresário adquirente, não estaria correto concluir que elas fazem parte do estabelecimento?

[28](#) Cf. FÉRES, Marcelo Andrade. **Estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 69.

[29](#) BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 set. 2010.

2 RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS RELATIVOS AO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

Daniel Monteiro Peixoto

Coordenador e professor do Programa de Educação Continuada e Especialização em Direito GVlaw; doutor e mestre em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP e advogado em São Paulo.

2.1 Considerações introdutórias

As principais discussões sobre responsabilidade tributária nos negócios jurídicos que tomam por objeto o estabelecimento empresarial passam, em maior ou menor medida, pelo enfrentamento do próprio conceito de direito privado. Sem a sua adequada compreensão, dificilmente se poderão equacionar os problemas de direito tributário propriamente dito.

Em muitas situações, será necessário identificar, por exemplo, se determinado conjunto de ativos, objeto de alienação, possui a organicidade necessária para que se possa dizer tratar-se de “estabelecimento empresarial”. Em caso positivo, é possível chegar-se à conclusão de que uma aparente alienação destacada de ativos configura, em realidade, alienação de estabelecimento empresarial.

Assim, visando proporcionar uma melhor compreensão do instituto, será feita uma breve exposição sobre as suas principais balizas conceituais (item 2.2 e subitens). Em seguida, serão abordados os diferentes tipos de negócio jurídico que podem tomar

por objeto o estabelecimento empresarial, para identificar quando estará presente a ideia de “aquisição” a que alude o Código Tributário Nacional (item 2.3 e subitens).

O item 2.4 é dedicado à sistematização dos diversos critérios normativos aptos a atrair a incidência do art. 133 do CTN, apontando as decorrentes modalidades de responsabilização, bem como identificando suas limitações e características. Finalmente, serão estudadas as inovações da LC n. 118/2005 e da Lei n. 11.101/2005, relativas à alienação de estabelecimento no curso de falência ou recuperação judicial (item 2.5).

2.2 Alienação de estabelecimento empresarial e responsabilidade tributária

O estabelecimento empresarial consiste no conjunto de bens, corpóreos e incorpóreos, organizados pelo empresário ou por sociedade empresária, para fins de exercício da empresa. Seu conceito encontra-se atualmente definido pelo art. 1.142 do Código Civil de 2002, nos seguintes termos: “Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

Não se pode confundir o conceito de estabelecimento empresarial com as noções correlatas de empresário (ou sociedade empresária) e de empresa. Tomando empresa como conceito fundante, podemos defini-la como atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços; o sujeito de direitos no qual se congrega o feixe de relações jurídicas necessárias ao exercício da empresa é a sociedade empresária ou o empresário (quando exercida a empresa em caráter individual); e estabelecimento é o

objeto desses direitos subjetivos, ou seja, o conjunto de bens que se organiza com a finalidade de exercer a empresa.

Com o propósito de bem delimitar essas noções, Oscar Barreto Filho oferece a seguinte lição:

Não se confunde o estabelecimento – objeto de direitos – com a empresa – atividade exercida pelo empresário, que é o seu sujeito; ambos conceitos, porém, estão em estreita dependência e se correlacionam como o meio ao fim. Por outro lado, a noção de estabelecimento é a de um complexo de bens no sentido amplo, aí compreendidas não só as coisas corpóreas e os chamados bens imateriais, mas também as prestações decorrentes do trabalho subordinado, ou seja, os serviços. Esse conjunto de bens e serviços tem caráter instrumental, pois é organizado pelo empreendedor tendo em vista a consecução de uma finalidade produtiva ou de mediação, qual seja o exercício da atividade empresarial¹.

O vocábulo estabelecimento empresarial contempla, dada sua ampla abrangência semântica, as noções de estabelecimento comercial e estabelecimento industrial, que, apesar de não definidas expressamente, já eram utilizadas pelo direito positivo brasileiro². Essa adaptação terminológica decorre da evolução de um direito comercial fundado, subjetivamente, na ideia de “comerciante” e, objetivamente, na de “atos de comércio”³ para um direito empresarial, alicerçado nas respectivas noções de “empresário” e “empresa”, de modo a encampar com maior nitidez não apenas a atividade de intermediação, mas toda atividade economicamente organizada, envolvendo a produção e a circulação de bens e serviços (art. 966 do CC 2002).

Destaque-se, ainda, que a expressão estabelecimento comercial sempre foi tradicionalmente utilizada como equivalente às expressões fundo de comércio ou fundo mercantil⁴. É comum encontrarmos, também, mesmo em trabalhos doutrinários

brasileiros, os termos *azienda*, *hacienda*, *fonds de commerce*, conforme influências de doutrinas italiana, espanhola e francesa, respectivamente. Conforme justificado acima, empregaremos, de agora em diante, as expressões estabelecimento empresarial ou, ainda, fundo de empresa, perfilhando a orientação ponteana⁵.

2.2.1 Natureza jurídica do estabelecimento empresarial

Muito já se discutiu acerca da natureza jurídica do estabelecimento. Em passado recente, essa tarefa assumia um grau maior de dificuldade, justamente pelas raras manifestações de enunciados prescritivos que se dispunham a disciplinar o assunto de um modo mais incisivo e sistematizado⁶. Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, caem por terra antigas vertentes doutrinárias que procuravam qualificar o estabelecimento como: (i) sujeito de direitos, dotado de personalidade jurídica própria, distinta do empresário, sendo capaz de contrair direitos e deveres (Endemann); (ii) patrimônio autônomo sem sujeito, qualificado em função da destinação unitária dos seus elementos (Bekker); (iii) pluralidade de coisas, cuja unidade econômica é irrelevante sob o ângulo jurídico, não sendo passível de configuração como um todo sujeito a disciplina jurídica especial (Scialoja), dentre várias outras⁷.

Atualmente, não há maiores disputas no sentido de identificar-se o estabelecimento enquanto universalidade, ou seja, enquanto conjunto de objetos que, reunidos, alcançam significação jurídica distinta dos próprios elementos que a compõem, muito embora cada um desses fragmentos também possua relevância jurídica própria. Assim, por exemplo, determinado estabelecimento pode ser objeto de um negócio jurídico de alienação como um todo ou, ainda, de alienação de modo fracionário, desmembrando-se a universalidade

para que se possa negociar alguns de seus elementos (v.g., venda de uma máquina que compõe o seu ativo). A consideração unitária do estabelecimento empresarial é atualmente contemplada pelo art. 1.143 do CC 2002, com a seguinte redação: “Art. 1.143. Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza”.

Todavia, ainda se discute se essa universalidade deve ser considerada “universalidade de direito” ou “universalidade de fato”. Assumimos a segunda orientação, ante a preponderância de ato de vontade de um particular na organização desses bens⁸. Exemplificando universalidades de fato, aponta-se o rebanho, a biblioteca e, para a maioria da doutrina pátria, o estabelecimento⁹. Essa é também a orientação do direito positivo brasileiro, consagrada na formulação do Código Civil de 2002, ao definir estabelecimento empresarial enquanto complexo de bens. Confira-se, novamente, o teor do art. 1.142 do aludido veículo introdutor: “Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

Destacam-se, nessa definição, (i) a vontade do empresário ou da sociedade empresária; (ii) a organização de determinado complexo de bens; (iii) o emprego à determinada finalidade, reconhecida pelo direito positivo, consistente no exercício da empresa. A sua constituição por um complexo de bens (relações jurídicas em que o sujeito assume a posição ativa) indica que, nesse conceito, não estão incluídas, indistintamente, as relações jurídicas ativas e passivas do seu titular¹⁰. Desse modo, a transmissão do estabelecimento empresarial não levará à inexorável conclusão de que se está a transferir as dívidas relacionadas à atividade, tudo

estando a depender de regras específicas, de diferentes segmentos jurídicos que, no propósito de assegurar o direito de eventuais credores, determine, ou não, a responsabilização pelas dívidas por parte do adquirente.

2.2.2 Elementos e atributos do estabelecimento empresarial

Os elementos que compõem o estabelecimento empresarial consistem de bens corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, utilizados no exercício da empresa, não havendo uma predeterminação jurídica acerca de quais seriam esses elementos. A organização desses fatores dependerá das características do segmento de atividade a ser exercida. Em lista exemplificativa, pode-se indicar como elementos do estabelecimento empresarial o imóvel, o ponto empresarial, o título do estabelecimento, as máquinas, os veículos, o mobiliário, as mercadorias, as matérias-primas, a propriedade industrial (invenções, modelos de utilidade, desenhos industriais, marcas de produto ou de serviços), dentre outros.

Contudo, a ideia de estabelecimento pressupõe não apenas um conjunto de elementos, mas a sua organização, de modo a torná-lo apto ao exercício da empresa. Esse conceito de organização é fundamental para uma adequada compreensão das ideias de aviamento e clientela.

A partir dessa organização de fatores de produção, pode-se compreender o aviamento como a aptidão do estabelecimento em produzir resultados positivos (lucro). Trata-se, portanto, não de um elemento, mas de uma qualidade ou aptidão que se pode atribuir ao caráter orgânico de que se reveste o estabelecimento. Sobre o assunto, afirma Rubens Requião que o aviamento "é um atributo, uma qualidade da azienda entendida como organismo, qualidade que explica a aptidão do organismo aziendal a produzir utilidade econômica"¹¹.

Sobre o aviamento enquanto capacidade de produzir resultados, assim afirma Pontes de Miranda:

Já nos referimos ao aviamento como a aptidão da empresa à realização do fim a que se destina. É índice de poder e de eficiência, sem se dever reduzir ao que ele mais é: expectativa de lucros futuros. Quem aliena empresa aliena o aviamento. Quem não aliena o aviamento falta à verdade se permite que o adquirente do resto se diga sucessor. Concorrem para o aviamento: a) aparelhamento, complexo de bens e serviços, inclusive proficiência dos fundadores e dos empregados; b) freguesia ou clientela; c) crédito ou reputação da empresa¹².

Como se pode observar, contribui para a formação do aviamento não apenas a eficiente organização dos elementos já citados, como a boa localização do ponto comercial e a estrutura adequada dos equipamentos, mas também a reputação do empresário (ou da sociedade empresária), a fama da marca, a perícia na execução dos serviços, a pontualidade etc. Essa capacidade de produzir resultados, portanto, não decorre apenas da objetiva organização dos fatores de produção mas também, em certa medida, de características pessoais do empresário ou da sociedade que conduz as atividades.

Segundo ponderação de Oscar Barreto Filho,

(...) embora seja difícil determinar a importância relativa de cada uma das causas, o aviamento de todo estabelecimento, *in concreto*, é o resultado não só do conjunto da organização dos fatores da produção (bens e serviços), como também da atividade e das qualidades pessoais do comerciante (habilidade, cortesia, honestidade). A teoria que vê no aviamento uma qualidade ou atributo do estabelecimento, apesar de correta, como se verifica, é incompleta, pois não leva em conta o fator pessoal, que também influi sobre o aviamento¹³.

Indica, a partir da demarcação exposta, dois tipos de aviamento: (i) aviamento objetivo ou real; e (ii) aviamento subjetivo ou pessoal.

Segundo o autor em referência, a distinção em apreço conduz a consequências práticas de relevo, no tocante aos negócios jurídicos que tomam o estabelecimento como objeto: só poderá ser transmitido, com o estabelecimento, o aviamento objetivo, na medida em que o aviamento subjetivo se prende às condições pessoais do empresário ou da sociedade empresária. Em suas palavras:

Somente se pode considerar como inerente ao estabelecimento, independentemente do titular, o aviamento objetivo, que, sendo uma qualidade ou atributo do objeto do direito, com ele se transmite ao novo titular. Ao contrário, o aviamento subjetivo, que é imanente à pessoa do comerciante, não se transmite diretamente ao novo titular¹⁴.

Importa agregar a observação de que o aviamento objetivo, dado não possuir existência autônoma, desvinculado do estabelecimento, não pode ser objeto de negócio jurídico que vise à sua transmissão. Só haverá transferência de aviamento se houver transferência do estabelecimento de que é atributo.

Por outro lado, o aviamento constitui critério-chave para identificar-se a ocorrência ou não da transmissão do estabelecimento, pois, como bem observa Hugo Barreto Sodré Leal, em dissertação dedicada ao tema, “não é possível cogitar da transferência do estabelecimento desacompanhada do aviamento, ou seja, de uma qualidade que lhe é inerente”¹⁵. Prossegue a assertiva, concluindo que estaria aí o critério para a identificação da transmissão em que se baseia a responsabilidade do art. 133 do CTN. Em suas palavras:

Podemos adiantar, assim, que mesmo a transferência de apenas alguns bens, destacadamente dos demais, desde que a eles se encontre vinculado o aviamento, pode ser equiparada à transferência do próprio estabelecimento empresarial, ensejando, em consequência, a incidência do art. 133 do Código Tributário Nacional. (...) Sempre que, em face da alienação de determinados bens, for possível concluir que foi transferida a capacidade de geração de resultados futuros do estabelecimento, o adquirente poderá ser responsabilizado pelos tributos associados à exploração do fundo empresarial¹⁶.

Por fim, outro fator constantemente indicado como atributo do estabelecimento é a clientela, definida nas palavras de Pontes de Miranda como “a aptidão a ter número de clientes, exprimível em possibilidade de os ter”¹⁷. Clientes, por sua vez, são os indivíduos que se relacionam com a atividade de determinado estabelecimento, no propósito de adquirir os bens ou serviços ofertados. Não se trata de um elemento do estabelecimento, por não ser um bem passível de apropriação jurídica. O direito tutela apenas a potencialidade de relação com os clientes, i.é, a clientela, como se dá nas regras relativas à proibição de concorrência desleal. Indiretamente, o direito à clientela é também tutelado mediante as regras que garantem a preservação dos elementos que compõem o estabelecimento (marca, ponto comercial etc.). A noção de clientela é estreitamente ligada à de aviamento, havendo aqueles que chegam a postular uma identidade de conceitos. Parece-nos, todavia, que os conceitos são distintos. O que ocorre é uma mútua interação entre as noções, na medida em que a clientela influi na conservação ou ampliação do aviamento, ao passo que este contribui para a manutenção e incremento da clientela¹⁸.

2.2.3 Responsabilidade tributária e os negócios jurídicos que tomam por objeto o estabelecimento empresarial

Expostas as noções principais relativas à caracterização do estabelecimento empresarial, resta-nos investigar o especial tratamento dado pelo art. 133 do CTN, relativo à responsabilidade tributária em sua alienação. Confira-se o teor do aludido preceito:

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato:

I – integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II – subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de 6 (seis) meses, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

O primeiro aspecto a ser reiterado é que, à luz das regras gerais de direito privado que definem o estabelecimento empresarial, a transferência desse objeto não implica, *de per si*, a transferência de débitos de qualquer natureza. Isso porque, como já se afirmou, trata-se de uma universalidade de fato, conceito no qual só se incluem bens (objetos de relações jurídicas ativas), e não relações jurídicas de qualquer natureza, ativas e passivas. A transferência de passivos referentes à exploração do estabelecimento dependerá de regras específicas nesse sentido, relativas à responsabilização por dívidas. Isso permite que diferentes âmbitos de regulação jurídica disciplinem diferentemente a responsabilidade por esses débitos. É o que ocorre se compararmos o art. 1.146 do CC – aplicável às dívidas genéricas do estabelecimento – com o art. 133 do CTN – aplicável aos débitos de natureza tributária¹⁹.

Analisando-se o *caput* do enunciado prescritivo anteriormente, observa-se que o pressuposto para a incidência das regras de responsabilidade é indicado pela conduta “adquirir (o estabelecimento) de outra pessoa (natural ou jurídica), por qualquer título”²⁰. Constata-se também que os incisos subsequentes mencionam a relação com eventual “alienante”, de modo que já se pode perceber certa limitação na ideia de aquisição “a qualquer título”. Necessária a ocorrência de um negócio jurídico translativo da titularidade do estabelecimento entre um transmitente, de um lado, e um adquirente, de outro. Trata-se, portanto, de aquisição derivada da titularidade do estabelecimento. Desse modo, fica à margem do âmbito de incidência das regras do art. 133 a aquisição originária do estabelecimento (i.é, quando o próprio titular organiza os elementos que compõem o estabelecimento, a partir de ativos destacados adquiridos de outras empresas).

Oscar Barreto Filho enumera, em síntese de possibilidades, as seguintes situações em que o estabelecimento pode figurar como objeto unitário de determinada transmissão:

- fato jurídico de transmissão *mortis causa* (sucessão legítima ou testamentária);
- negócios jurídicos de alienação *inter vivos*, a título oneroso (trespasse, permuta, conferência em sociedade a título de integralização de capital social, dação em pagamento) ou a título gratuito (doação);
- negócios jurídicos que têm por objeto a fruição do estabelecimento (arrendamento, usufruto, comodato etc.)²¹;

Analisemos, destarte, as modalidades mais frequentes dentro de cada um desses tipos de transmissão, para que se possa identificar em que hipóteses se aplica o preceito do art. 133 do Código Tributário Nacional.

2.2.3.1 Transmissão de estabelecimento “*mortis causa*”

É discutível a caracterização dessa modalidade de transferência como autêntica alienação, visto que, na visão de alguns, a alienação pressupõe a voluntariedade por parte daquele que transfere ou, ainda, a realização *inter vivos*. A transmissão *mortis causa*, por outro lado, ainda que possa ser condicionada, em parte, por prévia declaração de vontade do falecido (*v.g.*, testamento), possui como pressuposto imediato o fato jurídico morte (abertura da sucessão).

Todavia, o argumento definitivo, no sentido de que a transmissão *mortis causa* do estabelecimento não se insere no âmbito de aplicação do preceito em referência, reside na circunstância de que a responsabilidade por sucessão *mortis causa* é regulada por disposição específica, inscrita no art. 131, II e III, do CTN, a citar:

Art. 131. São pessoalmente responsáveis:

(...)

II – o sucessor a qualquer título e o cônjuge meeiro, pelos tributos devidos pelo *de cuius* até a data da partilha ou adjudicação, limitada esta responsabilidade ao montante do quinhão, do legado ou da meação;

III – o espólio, pelos tributos devidos pelo *de cuius* até a data da abertura da sucessão.

Assim, ocorrendo o falecimento do empresário individual, os herdeiros do estabelecimento responderão pelos débitos tributários relativos à sua exploração nos limites objetivos do patrimônio hereditário. Em realidade, a transmissão dos débitos em apreço decorrerá da própria sucessão universal em que se reveste a sucessão *mortis causa*, na qual não apenas o estabelecimento é transmitido, mas o patrimônio geral do falecido.

Na hipótese em que a titularidade do estabelecimento é de determinada sociedade empresária, nem sequer haverá de se cogitar em sucessão do estabelecimento, em caso de falecimento de um dos seus sócios, visto que a morte de sócio não afeta, via de regra, a personalidade jurídica da sociedade, que continuará respondendo por aqueles débitos. A sucessão *mortis causa* estará limitada à propriedade das quotas ou ações da sociedade em questão.

2.2.3.2 Negócios de alienação "inter vivos", a título oneroso ou a título gratuito

Quando se fala em responsabilidade pela aquisição do estabelecimento empresarial, considera-se estar em jogo, tipicamente, determinado negócio jurídico efetivado a título oneroso, do qual decorra a sua transferência. Para se aludir a determinada operação de compra e venda de um estabelecimento empresarial, utiliza-se, com frequência, o termo cessão de estabelecimento ou, ainda, trespasse de estabelecimento. O trespasse, enquanto modalidade de alienação, satisfaz os pressupostos para a incidência do art. 133 do CTN, quando exige a ocorrência de negócio jurídico translativo da propriedade sobre o estabelecimento.

Para que haja trespasse, não basta a transferência de um acervo desconexo de ativos, devendo o negócio jurídico se referir ao complexo unitário de bens que servem à atividade empresarial, viabilizando o cumprimento de sua finalidade. Desse modo, é insuficiente a alienação destacada de alguns ativos ou a cessão de alguns contratos de exploração para que se configure, juridicamente, o trespasse. É necessária a transferência do aviamento conforme já definimos acima, ou seja, da aptidão de esse conjunto de bens organizados cumprir a finalidade produtiva do estabelecimento e, em decorrência, produzir resultados. Por outro lado, é possível que, com a transmissão de apenas alguns bens, se configure o trespasse do

estabelecimento, bastando que se verifique a transmissão simultânea dessa funcionalidade. Não há, portanto, resposta *a priori*, devendo haver análise da situação concreta.

É o que ensina Pontes de Miranda, ao se manifestar sobre o assunto:

Discute-se quanto à existência, ou não, de elemento que se possa considerar essencial ao fundo de empresa; noutros termos: se há elemento que, alienando-se os outros e não ele, não se tem por transferido o fundo de empresa; ou, alienando sem o terem sido os outros, se há de considerar transferido o fundo de empresa. Não há resposta *a priori*. Depende do gênero de comércio, indústria ou agricultura. Quem vende a mina de que se tirava a matéria-prima para o produto pode ter alienado o fundo; porém circunstâncias há em que a venda é conveniente para a conservação da clientela e a manutenção da empresa. Também o local pode ter importância capital²².

Reside aqui um dos pontos mais delicados da caracterização do trespasse, para fins de aplicação do art. 133 do CTN. Em muitas hipóteses, a alienação unitária dos bens que compõem o estabelecimento é formalizada enquanto tal, mediante contrato próprio, devidamente registrado na Junta Comercial. Todavia, pode acontecer a transmissão do estabelecimento empresarial sem indicação expressa nesse sentido, mediante a alienação destacada de todos ou de alguns ativos que o compõem. Havendo transmissão do aviamento objetivo, caracterizado pela aptidão de produzir resultados acima destacada, será caso de trespasse.

Esse aspecto ocasiona, muitas vezes, difícil questão probatória a ser enfrentada. O conjunto de bens que definem a transferência do aviamento objetivo assume características diversas, consoante a atividade objeto de investigação. A transferência de um contrato de locação de um ponto comercial, assim como de suas instalações,

pode ser forte indício de trespasse de um posto de gasolina, por exemplo, notadamente pela aptidão no exercício da mesma atividade para a mesma clientela. Contudo, alguém poderia contra-argumentar que a transmissão da “bandeira do posto” (contrato de fornecimento com dada distribuidora de combustível de determinada marca) seria requisito imprescindível na caracterização de trespasse de posto de gasolina, visto que a clientela orienta sua decisão pela marca do combustível, e não pelo ponto comercial.

Considere-se, por outro lado, a transmissão dos mesmos elementos tomando como referência outra atividade, por exemplo, uma empresa do ramo atacadista. É bem mais clara, nessa hipótese, a percepção de que a transferência de um galpão, localizado em determinado ponto comercial, para outra sociedade da área atacadista, mas que comercialize outras mercadorias, com outra rede de fornecedores e clientes, com outro título de estabelecimento, configure apenas a transmissão destacada de ativo (ou de contrato, se o galpão for locado), sem restar caracterizada a alienação do aviamento ou da clientela.

Situação semelhante a essa última foi enfrentada no julgamento do REsp n. 108.873/SP, pelo Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE POR SUCESSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. A responsabilidade prevista no artigo 133 do Código Tributário Nacional só se manifesta quando uma pessoa natural ou jurídica adquire de outra o fundo de comércio ou o estabelecimento comercial, industrial ou profissional; a circunstância de que tenha se instalado em prédio antes alugado à devedora não transforma quem veio a ocupá-lo posteriormente, também por força de locação, em sucessor para os efeitos tributários. Recurso especial não conhecido²³.

No caso em apreço, uma sociedade passou a ocupar o mesmo escritório antes ocupado por outra, vindo a exercer a mesma atividade, relativa ao ramo de transportes. O tribunal, confirmando decisão de instância inferior, entendeu que houve meramente um novo contrato de locação, de imóvel pertencente a um terceiro, com outra sociedade que, coincidentemente, explorava o mesmo ramo de atividades. Além de efetivar juízo acerca da atividade em si, manifestando-se no sentido de que a "atividade de transporte pode ser exercida por qualquer pessoa em qualquer lugar" e de que não haveria maiores elementos caracterizadores da transferência do fundo de empresa, julgou necessária a comprovação de um vínculo jurídico entre a antiga sociedade e a nova, apto a ensejar a alienação do fundo, conforme exigido pelo preceito normativo sob análise.

Observa-se que, na linha do entendimento exposto, não basta que se caracterize a exploração da mesma atividade, ainda que com alguns ativos coincidentes, devendo ser comprovado vínculo jurídico entre a sociedade empresária original e a eventual sucessora. A prova desse vínculo jurídico entre sucedida e sucessora, todavia, tem sido admitida por indício, em situações que, apesar de inexistente um instrumento contratual de trespasse propriamente dito, resta demonstrada, faticamente, a transferência de uma universalidade de fato que inclui o aviamento. Esse tipo de situação foi enfrentada no REsp n. 3.828/SP, com a seguinte ementa:

DIREITO TRIBUTÁRIO. DÉBITOS DE ICM. SUCESSÃO DISSIMULADA DE EMPRESAS, SUSCETÍVEL DE SER DEMONSTRADA POR MEIO DE INDÍCIOS E PRESUNÇÕES. RESPONSABILIDADE DA SUCESSORA. ART. 133 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

Caso em que o v. acórdão impugnado evidenciou circunstâncias suficientes para autorizar a presunção de que houve, efetivamente, a alegada transferência do

estabelecimento comercial.

Erro de valoração da prova, que redundou em negativa de vigência do dispositivo legal acima citado.

Recurso provido. (REsp 3828/SP, Rel. Ministro Ilmar Galvão, Segunda Turma, j. 29-8-1990, DJ 22-10-1990, p. 11.657).

O caso vertente cuida de uma revenda de veículos e peças de reposição que passou a ocupar, de outra concessionária: (i) o mesmo ponto comercial; (ii) as mesmas instalações; (iii) os mesmos empregados; (iv) o mesmo ramo de negócio – venda de carros. Destacou-se, ainda, que a nova sociedade adquiriu (v) o estoque e (vi) assumiu contrato de concessão com a mesma concedente (conhecida montadora de automóveis), adquirindo a posição de revenda exclusiva dos veículos dessa marca na cidade, em substituição à sociedade antiga. Como argumento contrário à sucessão, a recorrida (autuada) alegou que não houve transferência do contrato de trespasse entre as sociedades em tela, ocorrendo um cancelamento do contrato (renúncia da concessão) por parte da antiga sociedade e a celebração de um novo contrato entre a recorrida e a concedente. Essa alegação, pelo que se constata, não teve força o suficiente para elidir a caracterização da transferência de fundo de empresa, nos termos do art. 133 do CTN²⁴. Portanto, a operação que, em um primeiro momento, pretendeu assumir as vestes de alienação destacada de ativos, acabou sendo requalificada, juridicamente, como autêntica alienação de um conjunto de elementos corpóreos e incorpóreos aptos a qualificar a transferência de uma universalidade de fato, suficiente ao exercício de dada finalidade, idêntica à do alienante. A transferência do aviamento objetivo – capacidade de gerar lucros pela exploração da

atividade organizada pelo sucedido – foi elemento decisivo na caracterização do trespasse.

Cabe adicionar que, muito embora seja de incomum verificação prática, a aquisição de estabelecimento empresarial a título gratuito *inter vivos* (doação) enquadra-se no campo de abrangência das regras inscritas no art. 133 do CTN. Nesse caso, em que pese a ausência de contraprestação econômica por parte do adquirente, há inequívoco negócio de alienação a qualquer título, conforme estatui o preceito em referência.

2.2.3.2.1 Confronto com outras formas de alienação *inter vivos*, de estabelecimento, a título oneroso: integralização de capital social e cisão-parcial-absorção

Empresário individual, titular de dado fundo de empresa, pode utilizar tal objeto como moeda de pagamento para a integralização de capital social de determinada sociedade. Trata-se de autêntica operação realizada a título oneroso, em que há entrega da propriedade sobre o estabelecimento empresarial em contrapartida à aquisição de ações ou quotas da sociedade que receberá o referido complexo de bens. Como observa Oscar Barreto Filho, “na incorporação do estabelecimento ao patrimônio de uma sociedade, a título de contribuição do sócio para a formação do capital social, têm incidência simultânea as normas relativas ao trespasse do fundo e as regras peculiares do direito societário”²⁵. Trata-se, como se pode observar com clareza, de mais uma hipótese sujeita às regras de responsabilização do art. 133 do CTN. A única diferença dessa situação com a compra e venda tradicional é que, em vez de o alienante receber a contrapartida em dinheiro, receberá ações ou quotas da sociedade em questão.

Pode acontecer, ainda, que o estabelecimento seja de titularidade, não mais de um empresário individual, mas de uma

sociedade empresária. Imaginemos que essa sociedade, em razão de motivos que não cabem aqui especular, decida utilizar os bens que compõem um de seus estabelecimentos para a integralização de capital social de outra sociedade. Entregará, portanto, o fundo de empresa e, em contrapartida, receberá as quotas de uma sociedade preexistente. Caberá a aplicação das regras do art. 133 do CTN? Nessa hipótese, entendemos que sim, por similar argumentação, pois se trata de mera alienação de estabelecimento em que a contrapartida econômica se dá em quotas/ações, não em dinheiro.

Poderá ocorrer, contudo, que uma operação bastante semelhante configure hipótese de cisão parcial seguida de absorção por outra sociedade preexistente. Caso isso ocorra, serão aplicáveis as regras que cuidam especificamente da cisão, i.é, as regras do art. 233 da LSA, bem como as do art. 5^ª do Decreto-lei n. 1.598/77.

Na cisão parcial, importa ressaltar, é incomum a versão de ativos para outra sociedade, preexistente ou não, que não consubstanciem unidade produtiva. Geralmente, a cisão é feita justamente para otimizar a produção, mediante a separação de eixos de atividade e consolidação em outras sociedades que possam explorá-las com maior especialização e eficiência. Assim destaca Alex Prandini Jr., em artigo que compara as semelhanças e diferenças entre os dois institutos, sob o prisma societário:

Vale frisar que na cisão parcial é inconcebível, sob o prisma operacional, o destaque de patrimônio amorfo, sem função, que não se destine à consecução de uma atividade econômica, a não ser em casos específicos, de exceção, subordinados a outros interesses, não menos legítimos, estratégicos, de natureza concorrencial, de planejamento sucessório, tributário, ilustrativamente²⁶.

Haverá, nessa linha, algumas situações em que não seja claro, ao menos a princípio, o tipo de operação em análise: trespasse ou cisão-parcial-absorção. Sob o aspecto jurídico, não há o que confundir: (i) no trespasse, quando efetuado por sociedade empresária, o alienante é a própria sociedade, que recebe contraprestação em dinheiro, bens ou mesmo em ações ou quotas; (ii) na cisão-parcial-absorção, mesmo quando a titular do estabelecimento é uma sociedade empresária, o alienante não será a sociedade, mas os seus sócios, que estarão entregando parcela da sociedade que já possuem em troca de ações ou quotas da sociedade receptora. Observa-se, assim, que o beneficiário da contraprestação se altera, conforme seja caso de trespasse ou de cisão parcial. Ali, a sociedade receberá, ela própria, contrapartida econômica pelos bens vertidos à outra sociedade, não havendo redução em seu patrimônio; aqui, os beneficiários serão os sócios, de modo que haverá uma redução no patrimônio da sociedade, proporcionalmente ao valor dos bens destacados²⁷.

Essas considerações deixam evidenciado que não se pode, pura e simplesmente, em uma hipótese de cisão, aplicar o preceito do CTN que versa sobre alienação de estabelecimento, visto tratar-se de situações bastante diferenciadas, quer sob o aspecto jurídico, quer sob a perspectiva dos reflexos econômicos nas sociedades envolvidas. Situações diferentes merecem solução jurídica diferenciada, conforme se denota da comparação entre o art. 233 da LSA e o art. 133 do CTN: nos termos do primeiro dispositivo, as sociedades responderão, via de regra, em caráter solidário pelo tributo, o que é bem plausível, se pensarmos que houve diminuição do patrimônio de uma sociedade em benefício de outra; na segunda situação, regida pelo art. 133, II, do CTN, a sociedade que vendeu o estabelecimento, além de continuar operando, não terá sofrido

diminuição em seu patrimônio, haja vista a contraprestação pecuniária pelos ativos vendidos. Nessa hipótese, faz todo sentido a solução de que a alienante seja responsabilizada, em primeira linha, pelo tributo, ao passo que a adquirente só o será em caráter subsidiário.

2.3 Negócios jurídicos que têm por objeto a fruição do estabelecimento: arrendamento do fundo de empresa e a responsabilidade tributária

Além do trespasse, há outras possibilidades de negócio jurídico que tomam por objeto o estabelecimento empresarial, como o usufruto e o arrendamento. Analisaremos essa última modalidade, por ser de verificação quotidiana mais frequente. Nessa situação, o titular do estabelecimento não transfere o direito à propriedade sobre os bens que o integram, mas apenas direitos referentes à sua exploração econômica. O arrendamento é expressamente contemplado pelo atual Código Civil, em seu art. 1.144, a citar:

Art. 1.144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou o arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial.

Nessa modalidade de negócio jurídico, há a constituição de direitos de uso e gozo sobre estabelecimento, em caráter temporário, em favor de um terceiro (arrendatário) que passará a exercer a atividade econômica a que se destina a universalidade em questão. Em contrapartida, este deverá pagar a correspondente contraprestação pecuniária (valor da locação) na periodicidade

ajustada e, ao final do contrato, restituir os bens que compõem o fundo no estado em que foram recebidos²⁸.

Fica patente que na hipótese versada não há alienação do estabelecimento, pois não ocorre a transmissão de sua propriedade. Portanto, o arrendante, justamente por manter a propriedade sobre esses bens, continua sendo o responsável pelos tributos anteriores ao evento da constituição do arrendamento. Em outras palavras, deverá suportar os tributos relativos aos eventos tributários que ele próprio praticou. Não há razão para se responsabilizar o arrendatário por esses débitos, mesmo porque a garantia patrimonial manifestada pelos bens que compõem o fundo remanesce atrelada ao arrendante, proprietário da *universitas*. Portanto, não se aplica à situação o preceito do art. 133 do CTN²⁹.

Semelhante é a posição de Maria Rita Ferragut, quando afirma:

A aquisição que importa a sub-rogação da obrigação tributária é a aquisição da propriedade do estabelecimento. Por isso, o fato de alguém arrendar máquinas, adquirir apenas parte dos ativos do estabelecimento, ao invés de todo o patrimônio líquido; locar o prédio onde a devedora exercia suas atividades; explorar a mesma atividade comercial no local onde antes estava instalada a pessoa jurídica devedora etc., não se constituem em fatos suficientes para justificar a responsabilidade, por sucessão, pelo pagamento do crédito tributário³⁰.

Ao menos no âmbito da Receita Federal, a questão não sofre maiores transtornos de interpretação por parte dos agentes administrativos, haja vista a edição do Parecer Normativo n. 2/72, cujo propósito foi justamente o de esclarecer a inaplicabilidade do art. 133 do CTN sobre as operações de arrendamento de azienda. Confira-se:

Responsabilidade tributária por sucessão (art. 133 do CTN). Não sendo a locação meio hábil à aquisição de bens, a pessoa natural ou jurídica que figurar como locatária de máquinas ou mesmo de estabelecimento comercial ou fundo de comércio não se sub-roga nas obrigações tributárias do locador, ainda que, em decorrência de inatividade deste, sua clientela passe a ser atendida pela locatária³¹.

Quanto aos tributos decorrentes de eventos praticados pelo arrendatário, em função da exploração do estabelecimento, insta observar que não haverá razão para se responsabilizar o proprietário, arrendante do estabelecimento. A questão passa a ser de simples verificação do contribuinte, ou seja, do sujeito da conduta prevista na hipótese da regra-matriz de incidência tributária. O empresário individual ou sociedade empresária que explora determinada atividade econômica e, em função disso, pratica fatos jurídicos tributários passa a ser o contribuinte dos tributos que incidem na ocasião, ainda que, para tanto, tenha utilizado estabelecimento arrendado. Findo o prazo do arrendamento e ocorrendo a sua restituição ao proprietário, não há de se falar na sua responsabilização pelos débitos decorrentes da exploração do estabelecimento pelo arrendatário³².

2.4 Delimitação dos requisitos adicionais das regras do art. 133 do CTN e o tipo de responsabilidade prescrita

Buscamos demarcar nos tópicos precedentes o significado da "aquisição, a qualquer título, de estabelecimento", para fins de responsabilização tributária. Adicionalmente, o art. 133 do CTN,

caput, estipula que deve o adquirente “continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual”. Esse critério é facilmente justificável, visto que só faz sentido falar-se em aquisição de fundo empresarial enquanto aquisição de determinada funcionalidade, manifestada no aviamento objetivo. Se o propósito for o desmantelamento da atividade econômica, não será caso de compra de estabelecimento empresarial, mas de conjunto desconexo de ativos, descaracterizando a operação que o preceito em referência busca perseguir.

Presente essa condicionante fatural, ocorrerá a possibilidade de responsabilização do adquirente pelos “tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato”. Em outras palavras, será responsável pelos tributos decorrentes de eventos ocorridos anteriormente à data do negócio de alienação levado à efeito, i.é, derivados de “fatos geradores” praticados pelo antigo titular do fundo de empresa em questão. Essa responsabilidade do adquirente será:

- integral, quando, após a alienação, houver o alienante deixado de explorar atividade econômica, ou só retomar algum tipo de atividade após 6 (seis) meses da data da transferência (art. 133, I, do CTN);
- subsidiária com relação ao alienante, se este “prosseguir na exploração ou iniciar dentro de 6 (seis) meses, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão” (art. 133, II, do CTN).

Observa-se que há um fator condicionante relativo à continuidade ou não, por parte do alienante, da exploração de atividade econômica.

Não havendo continuidade ou reinício do exercício de empresa dentro de seis meses, por parte do alienante, ocorrerá responsabilidade integral do adquirente (art. 133, I, do CTN). Não há consenso doutrinário ou jurisprudencial a respeito do que significa a locução responsabilidade integral, sendo interpretada como:

- responsabilidade exclusiva do adquirente;
- responsabilidade principal do adquirente, remanescendo a responsabilidade subsidiária do alienante;
- responsabilidade solidária entre adquirente e alienante.

A primeira das vertentes interpretativas – responsabilidade exclusiva do adquirente – é defendida, dentre outros, por Luciano Amaro, ao consignar: “Nessa hipótese, afirma o Código que a responsabilidade do adquirente é integral. O que, na verdade, o Código quis dizer é que, nesse caso, o adquirente responde sozinho, ou seja, não há obrigação do alienante”³³. Haveria, portanto, uma exclusão do alienante enquanto sujeito passível de responsabilização pelo tributo.

A segunda forma de construção de sentido – responsabilidade principal do adquirente, com responsabilidade subsidiária do alienante – aparece em Aliomar Baleeiro, que, ao contrapor-se à primeira das interpretações, sugere o seguinte raciocínio:

À primeira vista, esse art. 133, I, leva a crer que o legislador libera o alienante, que se retira de atividade, mesmo que tenha bens suficientes para pagar seu débito, deixando ao adquirente a ação regressiva pelo que vier a pagar por ele. Mas cremos que não é esse o propósito do CTN. Se o adquirente vier a perder por uma causa física ou econômica o acervo que lhe transferiu o alienante, este poderá ser chamado administrativa ou judicialmente a satisfazer quanto devia ao Erário, ainda que nenhuma atividade esteja exercendo. Não poderia estar na cogitação do legislador

desonerar o homem de negócios que destes se retirasse, para viver de rendas ou mesmo consumir seu patrimônio³⁴.

Indica, portanto, uma subsidiariedade inversa à do art. 131, II, do CTN, i.é, primeiro, exige-se o débito do adquirente e, na impossibilidade de solução da dívida por parte deste, exige-se o valor do tributo em face do alienante. Essa foi a interpretação adotada pelo STJ, ao decidir o REsp n. 706.016/RS, a citar:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE FUNDO DE COMÉRCIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DA EMPRESA SUCESSORA. ART. 133, I, DO CTN. I – O art. 133, I, do CTN responsabiliza integralmente o adquirente do fundo de comércio, pelos débitos tributários contraídos pela empresa até a data da sucessão, quando o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade. II – Comprovada a alienação do fundo de comércio, a execução deverá ser dirigida primeiramente ao sucessor deste. III – Recurso especial improvido. (REsp 706016/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, j. 26-4-2005, DJ 6-6-2005, p. 214)³⁵.

O terceiro dos posicionamentos, por fim, é defendido por Hugo de Brito Machado, indicando uma solidariedade entre adquirente e alienante. Confira-se:

A nosso ver, a palavra integralmente, no art. 133 do Código Tributário Nacional, quer dizer solidariamente. Na verdade, o sentido da palavra integral está muito mais próximo do sentido da palavra solidário do que da palavra só, ou isolado. Responder integralmente, portanto, quer dizer responder pela dívida em sua totalidade, e não apenas pelo que o devedor não puder pagar³⁶.

A divergência doutrinária, amparada em todas as suas vertentes por bons argumentos, demonstra que o tema não é de simples resolução.

Aqueles que sustentam que o alienante continuará respondendo pelos tributos, subsidiária ou solidariamente, observam a indiscutível circunstância de que este é, afinal, o sujeito que realizou o evento tributário, o contribuinte. Portanto, salvo previsão normativa em contrário, será passível de responsabilização por fato próprio. Interpretando-se o inciso I do art. 133, observa-se que indica uma responsabilidade “integral” do adquirente, i.é, que este responde pela totalidade do tributo. Informar a medida de responsabilização do adquirente, dizendo que terá de arcar com o valor integral, nada diz acerca da responsabilidade do alienante, não sendo possível chegar-se à conclusão de que ocorrerá sua liberação no tocante ao pagamento do tributo.

Ademais, como bem observam Maria Rita Ferragut³⁷ e Hugo de Brito Machado³⁸, interpretar-se integralmente como exclusivamente pode dar ensejo a operações que tenham por objetivo frustrar o recebimento do tributo pelo Fisco. Segundo observa esse autor, ficaria fácil, por parte do alienante, exonerar-se do dever de pagamento, pois,

(...) bastaria deixar de pagar os tributos e ao final, em vez de liquidar o fundo de comércio ou estabelecimento e dissolver a sociedade, ou dar baixa na firma individual, procedimentos para os quais precisaria de certidões negativas da Fazenda Pública, vender esses bens a quem não tivesse condições patrimoniais para responder pelas dívidas. Recebido o preço da venda, poderia ser este aplicado em bens que ficariam, se não houvesse atividade empresarial, a salvo de execução.

Não nos parece, contudo, que seja caso de responsabilidade solidária entre alienante e adquirente, mas de responsabilidade subsidiária do alienante em relação ao adquirente (subsidiariedade inversa à do inciso II). Cotejando-se o art. 133, I, do CTN com os demais enunciados do Código sobre responsabilidade tributária, chega-se à conclusão de que o adquirente deva ser prioritariamente acionado em caso de cobrança do tributo, restando o alienante em posição subsidiária, no tocante aos débitos relativos ao estabelecimento de que se desfez.

A ideia de sub-rogação na propriedade de determinados bens desloca a tônica da responsabilização para o adquirente. Isso porque a responsabilidade pelo pagamento dos tributos segue o destino desses bens, índices objetivos de manifestação de capacidade para arcar com o valor do tributo. É o que se depara, por exemplo, na responsabilidade dos arts. 130 e 131, I, do CTN³⁹, em que a sub-rogação coloca na posição de responsável tributário o adquirente. De modo semelhante, o art. 133, I, assume que o adquirente da “universalidade de fato” estabelecimento empresarial tomará a posição de responsável, por sub-rogação, pelos tributos devidos em razão da exploração daquele estabelecimento, restando o alienante em posição subsidiária.

É importante observar que isso só ocorrerá na circunstância do não prosseguimento do exercício de atividade econômica pelo alienante. Embora não mais a exerça, esse fato não indica, necessariamente, a extinção da personalidade jurídica da sociedade. Porém, mesmo que a alienante do estabelecimento continue existindo como pessoa jurídica, deixará de existir enquanto empresa, o que revelará frágil capacidade de arcar com o impacto de uma execução fiscal, pela presumida ausência de bens que possam servir de garantia. Por isso sua posição subsidiária.

Havendo continuidade ou reinício no exercício de empresa dentro de seis meses, por parte do alienante, deste será exigido, em primeiro plano, o tributo, visto que: (i) é o próprio contribuinte, com relação aos tributos que são objeto da cobrança (decorrentes de eventos tributários anteriores à alienação); (ii) ainda retém certo conjunto de ativos que possibilitam o exercício de determinada empresa, possuindo também a mais-valia econômica representada pela organização desses ativos (aviamento), sendo viável a obtenção do pagamento do tributo perante o seu patrimônio.

Todavia, diante da suposição de que poderá haver redução dos bens sob titularidade do alienante, resguarda-se a possibilidade de cobrança, em segundo plano, do adquirente (responsável, subsidiário). Entendemos tratar-se de uma suposição legislativa, na medida em que, se uma sociedade empresária aliena um de seus estabelecimentos, não estará reduzindo o seu patrimônio líquido, pois, à saída dos ativos que compõem o fundo de empresa, corresponderá uma entrada relativa à contraprestação econômica (dinheiro, ordinariamente). Em verdade, haverá, na maior parte dos casos, um aumento do patrimônio líquido realizado, representado pelo recebimento da mais-valia correspondente à alienação do aviamento. Contudo, nada impede que os sócios façam uma subsequente redução de capital social, de modo a distribuir a disponibilidade em caixa propiciada pela venda de um dos estabelecimentos. Talvez por isso, com o propósito de ampliar as garantias de recebimento do tributo, a legislação tenha criado a prerrogativa de cobrança subsidiária em direção ao adquirente do fundo de empresa. Isso se dará tão somente quando o patrimônio do alienante não for suficiente ao pagamento do tributo⁴⁰.

2.5 Alienação de estabelecimento no curso de falência ou recuperação judicial: inovações da LC n. 118/2005 e da Lei n. 11.101/2005

Dentre outras inovações, a Lei Complementar n. 118, de 9 de fevereiro de 2005, buscou adaptar alguns dispositivos do Código Tributário Nacional aos preceitos da Lei de Recuperação de Empresas e de Falências (Lei n. 11.101/2005), promulgada na mesma data. Nesse sentido, as adaptações ao Capítulo VI (garantias e privilégios do crédito tributário), bem como ao art. 133, que passou a contar com três novos parágrafos, que buscam excepcionar a responsabilização do adquirente, se estiverem presentes determinadas condições. Confira-se:

Art. 133. (...)

§ 1º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica na hipótese de alienação judicial: (Parágrafo incluído pela LCP n. 118, de 2005)

I – em processo de falência;

II – de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial.

§ 2º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo quando o adquirente for: (Parágrafo incluído pela Lcp n. 118, de 2005)

I – sócio da sociedade falida ou em recuperação judicial, ou sociedade controlada pelo devedor falido ou em recuperação judicial;

II – parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do devedor falido ou em recuperação judicial ou de qualquer de seus sócios; ou

III – identificado como agente do falido ou do devedor em recuperação judicial com o objetivo de fraudar a sucessão tributária.

§ 3º Em processo da falência, o produto da alienação judicial de empresa, filial ou unidade produtiva isolada permanecerá em conta de depósito à disposição do juízo de falência pelo prazo de 1 (um) ano, contado da data de alienação, somente podendo ser utilizado para o pagamento de créditos extraconcursais ou de créditos que preferem ao tributário (Parágrafo incluído pela LCP n. 118, de 2005)⁴¹.

O propósito do legislador foi alinhar o instituto da alienação do estabelecimento empresarial aos princípios e diretrizes consagrados na nova lei falimentar.

Analisando, inicialmente, a questão da falência, observa-se que, dentre esses princípios, destacam-se o da eficiência na realização do ativo e o da preservação da empresa. O princípio da eficiência exige, além de celeridade no rito de liquidação, que se apure a melhor avaliação possível dos ativos a serem alienados, de modo que se possa satisfazer, em maior intensidade, o interesse dos credores da massa falida. A segurança propiciada ao adquirente de que este não será responsabilizado pelos débitos decerto colabora para que o preço a ser pago pelo estabelecimento alcance patamares próximos aos de mercado⁴².

Essa desoneração da responsabilidade do adquirente, inscrita no § 1º do art. 133 do CTN, também veio consignada no art. 141, II, da Lei n. 11.101/2005, a citar:

Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo:

I – todos os credores, observada a ordem de preferência definida no art. 83 desta Lei, sub-rogam-se no produto da realização do ativo;

II – o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

Embora também haja afastamento da sucessão relativa à aquisição de bens individualmente considerados⁴³, a legislação dá preferência à alienação do estabelecimento em bloco, a fim de que

seja obtido melhor preço, pois assim não se perde o valor econômico dos intangíveis, dentre os quais o aviamento, as marcas, o nome empresarial etc. Vimos acima que o conjunto de bens, organizado na forma de estabelecimento empresarial, via de regra, vale mais do que a soma do valor dos seus ativos. Isso se deve justamente à presença dos intangíveis, inerentes à organização desses fatores de produção, cuja dimensão econômica, muitas vezes, nem sequer aparece no balanço patrimonial da empresa.

A própria lei estabelece literalmente essa preferência, ao elencar, em seu art. 140, nesta ordem, as seguintes modalidades de realização dos ativos que compõem a empresa: (i) alienação da empresa, com a venda de todos os seus estabelecimentos em bloco; (ii) alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente; (iii) alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor; e, por último, (iv) alienação dos bens individualmente considerados. Também nesse dispositivo (art. 140, § 3º) estatui-se que “a alienação da empresa terá por objeto o conjunto de determinados bens necessários à operação rentável da unidade de produção, que poderá compreender a transferência de contratos específicos”.

Percebe-se que, além da questão da eficiência, relativa à apuração do melhor preço possível na alienação, está presente em tais disposições os princípios da preservação e da função social da empresa. Procura-se, assim, preservar a unidade de produção, resguardando o seu papel na geração de riquezas, empregos e tributos.

Muito embora esses princípios já estejam contemplados, de modo genérico, no art. 170, III, da CF 88, o art. 75 da Lei n. 11.101/2005 cuidou de explicitar a sua extensão semântica relativamente à preservação da empresa na falência. Veja-se:

Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.

Portanto, fica clara a *ratio* do inciso I do § 1º do art. 133 do CTN, que exime de responsabilidade o adquirente de estabelecimento, em alienação judicial, pelos tributos devidos pela massa falida.

É curioso notar que o art. 133, § 1º, do CTN emprega redações diferentes para o inciso I, que trata da falência, e para o inciso II, que trata da recuperação judicial. No primeiro caso, excepciona da sucessão qualquer alienação judicial de estabelecimento; no segundo, só excepciona a alienação judicial de “filial ou unidade produtiva isolada”. Em uma análise superficial, poder-se-ia acreditar que o Código pretendeu distinguir conceitos quase sempre indiscerníveis, como venda de estabelecimento, venda de filial e venda de unidade produtiva.

Não é isso o que acontece. Uma filial, via de regra, configura estabelecimento empresarial autônomo, da mesma forma que determinada unidade produtiva. Mas por que a disparidade terminológica? A nosso ver, essa diferenciação ocorreu com o propósito de destacar que não cabe, no processo de recuperação judicial, a venda de todos os estabelecimentos em bloco, tal qual possibilita o art. 140, I, da Lei n. 11.101/2005, para o caso de falência. A ressalva é óbvia, uma vez que o instituto da recuperação judicial pressupõe, necessariamente, que o devedor em crise pretenda continuar no exercício da atividade empresarial. Se vendesse todos os seus ativos nesse contexto, estaria, em realidade, encerrando as atividades pela forma falimentar.

A recuperação judicial também é regida pelo princípio da preservação da empresa⁴⁴. Contudo, espera-se que o devedor originário continue explorando, ao menos parcialmente, a atividade econômica. A ideia é que este possa superar a crise econômico-financeira por meio dos instrumentos previstos na referida legislação, customizados de acordo com a situação concreta da empresa, em plano de recuperação a ser apresentado ao juiz e aos credores⁴⁵. Esse plano, dentre outros requisitos, deverá conter: detalhadamente, os meios de recuperação a serem utilizados, dentre aqueles sugeridos pelo referido preceito; a demonstração da viabilidade econômica do plano de recuperação; laudo econômico financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor. Anote-se que é necessária a aprovação desse plano por parte dos credores (arts. 55 e 56) e, uma vez rejeitado, a recuperação judicial será convertida em falência por parte do juiz (art. 56, § 4º).

Dentre os meios de recuperação, destacam-se os instrumentos de reorganização societária e, mais especificamente: (i) o trespasse de estabelecimento (art. 50, VII); (ii) o arrendamento de estabelecimento (art. 50, VII); e (ii) o usufruto de empresa (art. 50, XIII).

Quanto ao arrendamento e ao usufruto de estabelecimento empresarial, já destacamos no tópico 2.3.3, *supra*, que, ausente a alienação propriamente dita, não se pode falar em responsabilização do usufrutuário ou do arrendatário, uma vez que os negócios jurídicos de “fruição do estabelecimento” não se enquadram dentre os requisitos do *caput* do art. 133 do CTN.

Quanto ao trespasse de estabelecimento, a própria Lei n. 11.101/2005 possui preceito análogo ao art. 133, § 1º, II, do CTN, desonerando o adquirente da responsabilidade tributária por sucessão. Trata-se do art. 60, que, da mesma forma que o referido

preceito do Código Tributário Nacional, alude à alienação de “filiais ou de unidades produtivas isoladas”, dentro daquela racionalidade de que não cabe a alienação, em bloco, de todos os estabelecimentos, sob pena de descaracterizar-se o processo de recuperação judicial.

Confira-se:

Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei (disciplina as modalidades de alienação judicial).

Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei (restabelece a sucessão se houver alienação a pessoa vinculada, de modo análogo ao § 2º do art. 133 do CTN)⁴⁶.

Em comentário ao dispositivo, destaca Fábio Ulhoa Coelho que, “aparentemente, trata-se de medida contrária aos interesses dos credores, mas, de verdade, não é. Se a lei não ressalvasse de modo expresso a sucessão do adquirente, o mais provável é que simplesmente ninguém se interessaria por adquirir a filial ou unidade posta à venda. E, nesse caso, a recuperação não seria alcançada e perderiam todos os credores⁴⁷.”

Anote-se que o afastamento da sucessão tributária não se aplica nos casos de alienação de estabelecimento em decorrência de plano de recuperação extrajudicial, previstos nos arts. 161 a 167 da Lei n. 11.101/2005. Isso ocorre porque há um controle menor do processo por parte do Judiciário, que se limita à homologação do plano. Dessa forma, visando evitar eventuais fraudes no procedimento, não se estendeu a referida exclusão de responsabilidade a esse tipo de alienação⁴⁸.

Por fim, resta observar que o § 2º do art. 133 do CTN elenca algumas hipóteses em que a negativa da sucessão propiciada pelo § 1º é afastada, restabelecendo-se a regra do *caput*, no sentido de responsabilizar os adquirentes do estabelecimento empresarial. Isso ocorre nas situações em que o adquirente possui algum tipo de relação direta com a pessoa que se encontra em situação falimentar ou de recuperação judicial. O propósito da regra é evitar eventuais manobras fraudulentas, com a finalidade de frustrar os objetivos do instituto. Assim, haverá sucessão quando o adquirente possuir as seguintes relações com a sociedade (ou empresário) falida ou em recuperação judicial: (i) sócio; (ii) sociedade por esta controlada; (iii) parente até o 4º grau dos seus sócios; (iv) identificado como agente do falido ou do devedor em recuperação judicial, com o objetivo de fraudar a sucessão tributária.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed., revista e complementada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BRASIL. **Lei Complementar n. 118, de 9 de fevereiro de 2005**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LCP/Lcp118.htm>>. Acesso em: 28 out. 2010.

_____. **Lei n. 556, de 25 de junho de 1850**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L0556-1850.htm>>. Acesso em: 28 out. 2010.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense. Em âmbito jurisprudencial, esse posicionamento pode ser verificado no Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 330.683/SP**. Relator Paulo Medina. J. 19-2-2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 8 abr. 2002.

FÉRES, Marcelo Andrade. **Estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRAGUT, Maria Rita. **Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002**. São Paulo: Noeses, 2005.

FISCOSOFTONLINE. **Parecer Normativo n. 2, de 5-1-1972**. Coordenação do Sistema de Tributação – CST. Publicado no *DOU* 17-3-1972. Disponível em: <<http://www.fiscosoft.com.br/g/4n6/parecer-normativo-coordenador-do-sistema-de-tributacao-cst-n-18-de-00001972>>. Acesso em: 28 out. 2010.

LEAL, Hugo Barreto Sodré. **Responsabilidade tributária na aquisição do estabelecimento empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LOPES, Bráulio Lisboa. **Aspectos tributários da falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. São Paulo: Atlas, 2004. v. II.

_____; ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais de direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2005. v. 9.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 31. ed., atualizado por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Forense, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A sucessão tributária do art. 133 do Código Tributário Nacional não abrange cessão temporária de direito de uso de marca – inteligência do referido dispositivo. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo: Dialética, n. 146, p. 134, 2007.

PEIXOTO, Daniel Monteiro. **Responsabilidade tributária: aspectos gerais e particularidades nos atos de formação, administração, transformação e**

dissolução de sociedades. Tese (Doutoramento em Direito). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte especial**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956. v. XV.

PRANDINI JUNIOR, Alex. Trespasse e cisão parcial – similitudes. *In*: MONTEIRO DE CASTRO, Rodrigo; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). **Reorganização societária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 1.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n. 108.873/SP**. Segunda Turma. Relator Ministro Ari Pargendler. J. 4-3-1999.

1 Cf. BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 132. Concluindo o raciocínio, o referido autor oferece a seguinte definição de estabelecimento, que acabou sendo encampada pelo atual Código Civil: “Em síntese, com base nesses elementos, podemos fixar-nos na seguinte definição de estabelecimento, fundo ou fazenda comercial: complexo de bens ‘lato sensu’ (inclusive serviços) organizados pelo empresário como instrumento para o exercício da atividade empresarial” (*idem, ibidem*).

2 Confira-se, a título exemplificativo, o Código Comercial de 1850, art. 1, n. 3, 2ª alínea, e a antiga Lei de Falências (Decreto-lei n. 7.661/45), arts. 52, VIII, e 116, § 1º, bem como, ainda, o próprio art. 133 do CTN, cuja análise será feita adiante.

3 Conforme a revogada Lei n. 556, de 25 de junho de 1850. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L0556-1850.htm>>. Acesso em: 28 out. 2010.

4 Cf. BARRETO FILHO, Oscar. *Op. cit.*, p. 65; MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 31. ed., atualizado por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Forense, 2008, p. 412.

5 Em contexto antecedente ao Código de 2002 (diploma que efetivamente incorporou ao direito positivo a chamada “teoria da empresa”), propôs a expressão “fundo de empresa”, por entendê-la mais abrangente e, portanto, mais adequada que “fundo de comércio”. Em

suas palavras: “Ao complexo de bens que se destina ao exercício do empreendimento, se comercial, chama-se fundo de comércio, termo que se estendeu a qualquer fundo, industrial ou agrícola, com prejuízo para a terminologia científica. Fundo de empresa diz melhor e mais acertadamente”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte especial. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956, p. 355. v. XV.

6 É o que observava Oscar Barreto Filho, em contexto anterior ao Código Civil de 2002, ao asseverar que “a natureza jurídica de um instituto deve, em princípio, ser determinada através da dedução das normas do direito positivo; depois dessa tarefa preliminar pode-se passar à fase subsequente da construção dogmática. No caso específico do estabelecimento comercial, entre nós difícil se torna a construção dogmática do instituto, com base na legislação, em virtude da carência de uma regulamentação orgânica da matéria. As normas legais são de caráter fragmentário, e se acham esparsas por várias leis”. Cf. BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 77-78.

7 Cf. BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 77-102. Destacamos, entre parênteses, os principais expoentes das citadas construções teóricas, conforme apontado pelo autor em referência. Destaque-se que algumas dessas vertentes já se encontravam superadas mesmo em plano doutrinário, por exemplo, a segunda acima descrita, que via o estabelecimento enquanto patrimônio sem correspondente sujeito de direitos. Essa superação ocorreu dada a consagração teórica da impossibilidade de patrimônio sem um eixo de convergência subjetivo para as relações jurídicas que o compõem.

8 Para maiores justificativas quanto a essa postura, confira-se o nosso **Responsabilidade tributária**: aspectos gerais e particularidades nos atos de formação, administração, transformação e dissolução de sociedades. Tese (Doutoramento em Direito). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, 2009. Capítulo 6, item 6.6.1.

9 Nessa linha: Oscar Barreto Filho, Fran Martins, Fábio Ulhoa Coelho, Waldirio Bulgarelli, Rubens Requião, Marcelo Andrade Feres, dentre outros.

10 Cf. BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 107. No mesmo sentido, FÉRES, Marcelo Andrade. **Estabelecimento empresarial**: trespasse e efeitos obrigacionais. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 23.

11 REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, v. 1, p. 233.

[12](#) PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte especial. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956, v. XV, p. 372.

[13](#) BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 173.

[14](#) BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 176. Destaca, contudo, que “isto não obsta a que, de modo indireto, se possa beneficiar o novo titular com o aviamento pessoal do seu criador, através da estipulação da cláusula de não restabelecimento do alienante (...). Mas é evidente a diferença entre as duas relações jurídicas: a transmissão do estabelecimento e, por conseguinte, do aviamento real que nele é imanente, configura uma obrigação de dar, enquanto que a suposta transferência do aviamento pessoal traduz-se numa obrigação de fazer ou não fazer”.

[15](#) LEAL, Hugo Barreto Sodré. **Responsabilidade tributária na aquisição do estabelecimento empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 155.

[16](#) *Idem, ibidem*, p. 161-162. Há quem possua entendimento diverso acerca da noção de aviamento, caracterizando-o como mais-valia adicionada aos bens que constituem o estabelecimento empresarial, em virtude da organização criteriosa levada a efeito pelo empresário, considerando-se, dentre outros fatores, a perspectiva de lucratividade futura. Como tal, não seria passível de transmissão. É esse o entendimento de Modesto Carvalhosa, para quem “o aviamento, por se tratar de um sobrevalor adicionado aos elementos integrantes do estabelecimento, em decorrência da atividade organizacional particularmente empreendida por seu titular, não é passível de transmissão a terceiros. Caso ocorra a transferência do estabelecimento, o aviamento será certamente um fator a ser considerado no cálculo do preço”. Cf. CARVALHOSA, Modesto. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo, v. 13, p. 637. Não concordamos com o citado autor, pois, se há um valor adicional a ser pago na compra do estabelecimento, é sinal de que algo a mais foi objeto de aquisição, ou seja, a capacidade de gerar resultados futuros – o aviamento objetivo. Parece-nos que assiste razão a LEAL, Hugo Barreto Sodré. **Responsabilidade tributária na aquisição do estabelecimento empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 155, 157-159, quando observou que a doutrina frequentemente confunde o aviamento com a sua mensuração econômica, que será objetivada quando o estabelecimento for objeto de alienação onerosa entre partes não relacionadas: uma coisa é a capacidade de produzir e gerar riquezas; outra, a mensuração pecuniária dessa capacidade, registrada como ágio (ou deságio) desembolsado por parte do adquirente. Destaque-se, do mesmo modo que esse

autor, que o próprio art. 1.187, parágrafo único, III, do CC 2002 reconhece a possibilidade de aquisição de aviamento, quando disciplina o tratamento contábil a ser dado à sua mensuração pecuniária.

[17](#) PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte especial. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956, v. XV (direito das coisas: propriedade mobiliária – bens corpóreos). Ressaltando a clientela não como conjunto de pessoas, mas como potencialidade de relação com estas, afirma o autor que: “Se bem que a empresa possa ter fregueses mais ou menos certos, o que se acentua quando há contratos de fornecimento que fixem mínimo de trocas, freguesia ou clientela é possibilidade” (*idem, ibidem*).

[18](#) É essa a observação de Oscar Barreto Filho, ao consignar que “o que ocorre, em verdade, é a interação mútua dos dois atributos do estabelecimento. Enquanto o melhor aviamento contribui para o aumento da clientela, também esta influi para conservar ou acrescer o aviamento. Qualquer um deles pode ser considerado a ‘ação’ e o outro a ‘reação’”. BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 180. Conforme destaca Hugo Leal, trata-se de mais um índice capaz de identificar a efetiva transmissão do estabelecimento em situações concretas de alienação de bens que compõem o estabelecimento. *Op. cit.*, p. 164.

[19](#) Lembre-se, por oportuno, de que a responsabilidade tributária é tema de lei complementar, de modo que sempre que, na alienação de estabelecimento, estiverem em jogo dívidas tributárias, o preceito a ser considerado para a regulamentação da matéria haverá de ser o art. 133 do CTN, não o art. 1.146 do CC 2002.

[20](#) Esclarecemos entre parênteses.

[21](#) BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 206. Destaque-se, sobre essa ampla possibilidade de negócios jurídicos sobre o estabelecimento, enquanto objeto unitário, o teor do art. 1.143 do CC 2002: “Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza”.

[22](#) *Op. cit.*, p. 371 (grifamos). Em semelhante conclusão, denotando a necessidade de caracterização concreta da transferência da funcionalidade, Marcelo Andrade Féres afirma: “Para se falar em trespasse de estabelecimento, é necessário que haja a transferência de elementos suficientes à preservação de sua funcionalidade enquanto tal, ou seja, a universalidade adquirida deve ser idônea a operar como estabelecimento, ainda que tenha sido decotado algum de seus elementos originais. Essa entrega de algo funcionalmente apto

enseja a transmissão da empresa (atividade) para o trespasário. Nesse sentido é a lição de Julius Von Gierke, para quem a transferência da azienda demanda, em primeiro lugar, a transmissão da esfera de atividades”. FÉRES, Marcelo Andrade. **Estabelecimento empresarial**: trespasse e efeitos obrigacionais. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 152.

[23](#) Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 108.873/SP**. Segunda Turma. Relator Ministro Ari Pargendler. J. 4-3-1999, p. 111.

[24](#) Confira-se, nesse sentido, o seguinte trecho do voto do Ministro Ilmar Galvão, relator do caso em referência: “Na verdade, soa demasiadamente inusitado, para ser aceito como verdade, que uma empresa detentora de cobijada marca, em região das mais prósperas do País, houvesse decidido, sem mais nem menos, encerrar suas atividades, mediante simples renúncia à preciosa concessão, seguida da restituição, pura e simples, do imóvel até então ocupado, após a venda das instalações, equipamentos e estoques a empresa do mesmo ramo, que os manteve no local. E que, instantaneamente, nova empresa – justamente interligada à adquirente dos mencionados bens – houvesse sido organizada e contemplada com nova concessão, da mesma espécie, passando a operar no mesmo endereço e a utilizar o mesmo instrumento que fora alienado pela primeira. Trata-se de circunstâncias suficientes para uma convicção não apenas de que houve transferência dos negócios, mas também que a dissimulação se deu com o propósito de afastar a responsabilidade pelos débitos fiscais da sucedida”.

[25](#) BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 237.

[26](#) PRANDINI JUNIOR, Alex. Trespasse e cisão parcial – similitudes. *In*: MONTEIRO DE CASTRO, Rodrigo; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). **Reorganização societária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 362-382.

[27](#) É o que constata, apropriadamente, o autor que acabamos de citar, ao afirmar que: “no trespasse, o beneficiário da contrapartida patrimonial é a própria sociedade trespasante, que mantém, por conta disso, uma equivalência econômica entre os bens que transferiu ao adquirente e aquilo que deste recebeu. Já na cisão parcial, a contraprestação consiste em ações ou quotas que reverterão diretamente ao patrimônio dos acionistas/sócios da cindida, e não ao desta. Portanto, neste último caso, dá-se, com efeito, o encolhimento do patrimônio da cindida”. PRANDINI JUNIOR, Alex. Trespasse e cisão parcial – similitudes. *In*: MONTEIRO DE CASTRO, Rodrigo; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). **Reorganização societária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 362-382.

[28](#) Dentre as obrigações do arrendatário, destaca Oscar Barreto Filho que este deve respeitar a destinação econômica do estabelecimento, “abstendo-se de mudar o ramo de atividade ou a sua localização, ou ainda de introduzir qualquer inovação substancial que altere a finalidade atual da ‘universitas’”. Deve também “continuar a exploração do negócio durante todo o tempo de duração do direito”, tudo com a finalidade de preservar não apenas os seus elementos (corpóreos e incorpóreos) mas também os seus atributos, representados pelo aviamento e clientela. BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 259. Sobre o dever de exploração, afirma Pontes de Miranda: “Como o valor do fundo de empresa depende de ser explorado e do bom êxito da exploração, o explorador, qualquer que seja o título que tenha, deve explorar o fundo de empresa, como era explorado e como as circunstâncias posteriores determinam que o seja. É o dever de exploração do fundo de empresa. Um dos elementos desse dever é o dever de manter a clientela”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte especial. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956, v. XV, p. 374.

[29](#) No mesmo sentido, a conclusão obtida por Hugo Barreto Sodré Leal, *in verbis*: “No arrendamento do estabelecimento empresarial, não se concretiza a materialidade do art. 133 do CTN, pois esta depende da alienação da titularidade primária do estabelecimento empresarial. A solução justifica-se, considerando que no arrendamento não é substancialmente alterada a garantia patrimonial do Fisco. Com efeito, em caso de execução fiscal movida contra o arrendador, pode o credor fiscal promover a penhora e posterior alienação, em hasta pública, do estabelecimento empresarial, mesmo que ainda esteja em vigor o contrato de arrendamento, uma vez que este remanesce no patrimônio do executado”. LEAL, Hugo Barreto Sodré. **Responsabilidade tributária na aquisição do estabelecimento empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 242-243.

[30](#) FERRAGUT, Maria Rita. **Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002**. São Paulo: Noeses, 2005, p. 87. Em parecer sobre tema conexo ao aqui versado, Ives Gandra da Silva Martins, em tom peremptório, afirmou: “Ora, nitidamente, claramente, evidentemente, o art. 133 não disciplinou cessões temporárias de direitos. Disciplinou aquisições. Disciplinou contratos de compra e venda. Não disciplinou transferência temporária de direitos de uso, revista-se da forma que se revestir (locação, arrendamento, leasing, usufruto temporário)”. MARTINS, Ives Gandra da Silva. A sucessão tributária do art. 133 do Código Tributário Nacional não abrange cessão temporária de direito de uso de

marca – inteligência do referido dispositivo. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo: Dialética, n. 146, 2007, p. 134, .

31 FISCOSOFTONLINE. **Parecer Normativo n. 2, de 5-1-1972**. Coordenação do Sistema de Tributação – CST. Publicado no *DOU* 17-3-1972. Disponível em: <<http://www.fiscosoft.com.br/g/4n6/parecer-normativo-coordenador-do-sistema-de-tributacao-cst-n-18-de-00001972>>. Acesso em: 28 out. 2010. Entende-se que o referido ato normativo, cujo propósito é de mero esclarecimento dos critérios legais vigentes sobre o tema, continua em vigor, como, ademais, se percebe de posteriores decisões administrativas, a exemplo da Solução de Consulta n. 8/98 da 5ª RF/SRF e da Solução de Consulta n. 35/97 da 7ª RF/SRF.

32 Percebe-se, todavia, que há um potencial inconveniente a ser sofrido por parte da Fazenda Pública nesse aspecto, visto que o arrendatário, por não ser dono dos meios de produção, poderá não ter recursos patrimoniais suficientes em seu ativo para saldar os débitos tributários, em eventual execução fiscal.

33 AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 324. Semelhante é a posição de Sacha Calmon Navarro Coêlho, quando destaca, em consideração ao adquirente, que: “sua responsabilidade será exclusiva ou integral se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade, e subsidiária ou supletiva se o alienante prosseguir na exploração ou até mesmo iniciar, dentro de seis meses, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou noutro ramo de comércio, indústria ou profissão” (destaque não original). COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, p. 718. Em âmbito jurisprudencial, esse posicionamento pode ser verificado no Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 330.683/SP**. Relator Paulo Medina. J. 19-2-2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 8 abr. 2002. Ao deixar de reformar o acórdão do TRF 4ª Região, ementado nos seguintes termos: “ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. EMPRESA SUCESSORA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. APLICAÇÃO DO ART. 129 E DO ART 133, INC. I, DO CTN. 1. Se na época da sucessão já havia lançamento definitivo de tributo, a responsabilidade tributária em relação ao mesmo é exclusiva da empresa sucessora, por força do disposto no art. 133, inciso I, do Código Tributário Nacional. (...)” (destaque não original).

34 BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed., revista e complementada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2006,

p. 751. Em nota à referida obra, Misabel Derzi consigna: “Prevaleceu na doutrina e na jurisprudência, por sua razoabilidade, a interpretação que Aliomar Baleeiro deu ao art. 133 do CTN. A responsabilidade do sucessor é preferencial e não ‘integral’, caso o contribuinte-alienante se retire da exploração da atividade comercial, industrial ou profissional por mais de seis meses (seis meses e um dia), mantendo-se subsidiariamente obrigado o contribuinte (conforme art. 133, I)” (*idem, ibidem* – destaque não original). Semelhante é a posição adotada por FERRAGUT, Maria Rita. **Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002**. São Paulo: Noeses, 2005, p. 91-92.

[35](#) Nesse julgamento, a Procuradoria do Estado do RS buscava reformar o acórdão do Tribunal de Justiça do RS que entendeu haver benefício de ordem, de modo que o débito deveria ser cobrado, primeiro, do adquirente e, após, do alienante. A tese, sustentada pelo Fisco estadual, não acatada no STJ, pretendia interpretação no sentido de haver solidariedade entre alienante e adquirente, pois, no caso concreto, a ação foi ajuizada diretamente contra a alienante.

[36](#) MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. São Paulo: Atlas, 2004, v. II, p. 567. Em semelhante sentido, a conclusão de LEAL, Hugo Barreto Sodré. **Responsabilidade tributária na aquisição do estabelecimento empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 345-349.

[37](#) FERRAGUT, Maria Rita. **Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002**. São Paulo: Noeses, 2005, p. 91-92.

[38](#) MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. São Paulo: Atlas, 2004, v. II, p. 568.

[39](#) Confira-se o teor destes preceitos normativos: “Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação. (...)”; “Art. 131. São pessoalmente responsáveis: I – o adquirente ou remitente, pelos tributos relativos aos bens adquiridos ou remetidos. (...)”.

[40](#) Em semelhante posicionamento, Luciano Amaro afirma que “o dispositivo busca evitar que, na venda do estabelecimento, o alienante se livre do patrimônio que poderia dar respaldo a suas obrigações tributárias. Se o alienante continua em atividade, ou a reinicia, presume-se que mantenha a capacidade de pagar suas obrigações tributárias. Caso, apesar disso, não a mantenha, e na medida em que não a mantenha, opera a responsabilidade

subsidiária do adquirente pelos tributos gerados pela exploração do estabelecimento sob gestão do alienante” (**Direito tributário brasileiro**, p. 324).

[41](#) BRASIL. **Lei Complementar n. 118, de 9 de fevereiro de 2005**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LCP/Lcp118.htm>>. Acesso em: 28 out. 2010.

[42](#) Sobre o tema, Hugo de Brito Machado observa que, “no processo de falência, atribuir ao adquirente dos bens que integram a massa falida, para continuar a atividade empresarial, a responsabilidade pelos tributos devidos pelo falido é frustrar a possibilidade de preservar a empresa. Na prática, na generalidade dos casos, ninguém se interessa pela aquisição dos bens da massa falida exatamente porque as dívidas tributárias desta são muito elevadas, o que torna absolutamente desvantajoso o negócio” (MACHADO, Hugo de Brito; ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais de direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2005, v. 9, p. 216). Ver também: MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. São Paulo: Atlas, 2004, v. II.

[43](#) Observe-se que o correspondente no Código Tributário Nacional, em caso de alienação individual de bem, notadamente imóvel, que componha o ativo do estabelecimento empresarial não é o art. 133, § 1º, que rege apenas a alienação integral do estabelecimento, mas o art. 130, parágrafo único, segundo o qual a responsabilidade pelos tributos relativos aos bens imóveis adquiridos em hasta pública fica limitada ao valor do seu preço. Vale dizer, os credores só poderão buscar a satisfação do seu direito no produto da alienação dos referidos bens (preço pago), não podendo exigir qualquer tipo de complementação em razão dos tributos que incidiram sobre esses ativos.

[44](#) “Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”

[45](#) Esses instrumentos estão previstos no art. 50 da Lei n. 11.101/2005, em lista meramente exemplificativa, cabendo ao devedor apresentar o plano que mais se ajuste à realidade da empresa e à situação de crise econômico-financeira a ser superada, preservando a empresa e, ao mesmo tempo, o interesse dos credores.

[46](#) Destaque não original. Esclarecemos entre parênteses o conteúdo dos dispositivos referidos.

[47](#) COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 172.

[48](#) Em obra dedicada ao assunto, Bráulio Lisboa Lopes chega a semelhante conclusão, apoiando-se inclusive no Relatório do Senado (Ramez Tebet), apresentado ao Congresso Nacional, referente à análise do PLC 71/2003. Nessa linha, aponta que, “reforçando esse entendimento, o Relatório do Senado sobre o projeto de lei que originou a nova legislação falimentar menciona que a não extensão dos benefícios da exclusão da sucessão tributária às empresas em recuperação extrajudicial deve-se ao fato de que, nesse processo, a participação do Juiz restringe-se à homologação do plano negociado extrajudicialmente, ‘ampliando excessivamente a possibilidade de devedores mal intencionados valerem-se do instituto com o fito exclusivo de promover a venda de estabelecimento sem sucessão tributária, o que não é objeto da nova lei’” LOPES, Bráulio Lisboa. **Aspectos tributários da falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 184. Semelhante conclusão é obtida por Alcides Jorge Costa, com as seguintes palavras: “Note-se que o adquirente de estabelecimento em processo de recuperação extrajudicial a que se referem os artigos 161 a 167 da Lei n. 11.101/2005 é sucessor do vendedor, para todos os efeitos previstos no art. 133 do CTN, não lhe sendo aplicáveis os §§ 1º e 2º acrescentados ao mesmo artigo pela lei complementar n. 118/05”. **Comentários aos reflexos tributários da Lei de Recuperação de Empresas e de Falências**. COSTA, Alcides Jorge. **Comentários à nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 669.

3 ALTERAÇÃO DE OBJETO SOCIAL E DIREITO DE RECESSO NA ALIENAÇÃO DE ATIVOS EMPRESARIAIS

Roberta Nioac Prado

Coordenadora e professora do Programa de Educação Continuada e Especialização em Direito GVlaw; doutora em Direito Empresarial pela Universidade de São Paulo – USP; coordenadora do Núcleo Jurídico de Governança e Planejamento Jurídico de Empresas Familiares da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas – Direito GVe associada e professora convidada de cursos do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC.

3.1 Introdução

Este texto tem por objetivo tratar da hipótese do exercício do direito de recesso quando da mudança do objeto social de uma sociedade empresária¹, nos termos do que preveem os artigos 136, inciso VI, e 137, *caput*, ambos da Lei n. 6.404, de 1976 (Lei das S/A), bem como o artigo 1.077 do Código Civil de 2002, que cuida das sociedades limitadas.

Para tanto, inicialmente discorreremos de forma breve sobre o direito de recesso: seu conceito, natureza, previsão legal, justificativa, críticas, limites e pressupostos para o seu exercício. Em seguida, cuidaremos do objeto social de uma empresa, sua importância e suas possíveis alterações, sejam elas: (i) modificações de fato ou de direito (formalmente, por meio de deliberação em assembleia geral); (ii) alterações totais/substanciais ou parciais (ampliação e/ou redução), além das possíveis alterações em reorganizações de atividades empresariais, tais como,

exemplificativamente, (i) incorporações, fusões e cisões²; (ii) aquisição de planta industrial, alienação ou locação de parcela de ativo da sociedade; ou (iii) o encerramento de parte de suas atividades comerciais ou industriais constantes do objeto social.

Para tratar das hipóteses mencionadas, utilizaremos casos concretos, a fim de ilustrar posicionamentos doutrinários, jurisprudenciais e administrativos da Comissão de Valores Mobiliários.

3.2 Direito de recesso

3.2.1 Conceito e previsão legal

O direito de recesso é uma faculdade conferida pela lei, ao sócio discordante de determinadas decisões tomadas em assembleia geral pela maioria dos outros sócios, de retirar-se da sociedade mediante o recebimento, no mínimo, do valor patrimonial de suas ações ou cotas³.

Conforme assevera Carvalhosa: "Trata-se de um negócio jurídico, em virtude do qual a companhia é obrigada a pagar aos acionistas dissidentes o valor de suas ações. Constitui uma rescisão unilateral ou denúncia"⁴.

O direito de recesso encontra-se previsto no artigo 137 da Lei n. 6.404/76 (Lei das S/A) e no artigo 1.077 do Código Civil de 2002, que cuida das sociedades limitadas. Segundo tais dispositivos, ocorrendo em assembleia geral ou em reunião de sócios, deliberação eficaz de titulares da maioria das ações ou cotas com direito a voto, sobre as matérias especificadas na lei⁵, o sócio dissidente da deliberação adquire a prerrogativa de, unilateralmente, retirar-se da sociedade.

Ressalte-se que o sócio não precisa ter participado da assembleia ou da reunião para exercer tal direito, bastando que não tenha se manifestado favoravelmente à decisão que ensejou o exercício do direito de recesso⁶. Inclusive porque o direito de recesso cabe tanto para acionistas titulares de ações ordinárias quanto para acionistas preferencialistas, sem direito a voto.

3.2.2 Direito de recesso. Natureza, justificativa e limites

O direito de recesso decorre da adoção legal do princípio majoritário, segundo o qual uma sociedade é legitimamente administrada, na quase totalidade dos casos⁷, por decisões da maioria de seus sócios. Assim sendo, em regra, não é necessária a unanimidade para validar as deliberações, pois tal *quorum* poderia dificultar, e, em alguns casos, até mesmo inviabilizar, tomadas de decisão importantes para o regular andamento da empresa. Por outro lado, entende-se que alguns direitos individuais dos minoritários devam ser tutelados nas situações nas quais a maioria dos sócios tenha a prerrogativa de alterar direitos fundamentais de todos os demais sócios.

Bulgarelli, ao tratar da identificação e da qualificação dos direitos individuais dos acionistas, em menção a Carvalho de Mendonça, assevera que: “se é certo que a maioria vincula a minoria, há porém um número de pontos irredutíveis na situação do acionista e intangíveis pela Assembleia Geral, a qual representa a vontade social apenas nos limites da lei e dos estatutos. (...) os acionistas, além dos direitos que exercem como membros da sociedade, em comum com os outros acionistas no interesse social, como por exemplo, o de compor Assembleias, de votar, etc. têm direitos individuais definidos em lei, cuja característica é não estarem subordinados em sua existência ou função à vontade da maioria”⁸.

Assim sendo, por um lado, a lei confere à maioria a prerrogativa de decidir praticamente sobre todas as matérias relativas à sociedade⁹, inclusive regras consideradas essenciais do contrato societário, e, por outro, confere aos sócios minoritários, com ou sem direito a voto, o direito de denunciar unilateralmente o contrato social, retirando-se da sociedade. Desta feita, temos que o direito de recesso é, na realidade, uma reminiscência da teoria contratualista nas S/A, conforme explica Carvalhosa: “(...) para a teoria do contrato, o direito de recesso implica uma rescisão parcial do contrato de sociedade, tendo como causa a não permanência das cláusulas que motivaram o consentimento do acionista (...). Na realidade, o direito de recesso origina-se do reconhecimento legal dos fundamentos contratuais da companhia”¹⁰. Ademais, o direito de recesso age como um contrapeso à regra geral da decisão majoritária. Ou seja, tem como fundamento conciliar interesses dos acionistas não controladores com interesses daqueles que controlam a companhia¹¹.

A natureza jurídica desse direito é patrimonial, podendo-se afirmar que se trata de uma liquidação antecipada e parcial de haveres do sócio, por denúncia unilateral¹². Ou, ainda, segundo Comparato, citando a dogmática alemã, o direito de recesso faz parte dos “direitos formadores” “que conferem ao seu titular a prerrogativa de criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica (...). Por meio dele opera-se uma dissolução parcial do vínculo societário, isto é, uma dissolução relativamente ao acionista”¹³.

Nos termos do artigo 109, inciso V, da Lei das S/A, o direito do acionista de “retirar-se da sociedade nos casos previstos nesta Lei”, ou seja, de exercer seu regular direito de recesso e receber o correspondente reembolso pelo valor de suas ações é um direito essencial, que não pode ser suprimido ou reduzido nem pelo

estatuto social, nem pela própria assembleia geral. Configura, assim, tal direito “preceito de ordem pública (...) prerrogativa intangível e inderrogável, (...) sendo, outrossim, irrenunciável. Será nula, portanto, a cláusula estatutária ou a convenção que torne mais gravoso o exercício desse direito ou que o restrinja”¹⁴.

Por outro lado, é importante ressaltar que o direito de recesso tem limites, sendo suas hipóteses legais taxativas. Ou seja, não cabe o “recesso convencional” entre os sócios, seja ele previsto em estatuto social ou por deliberação assemblear, pelos motivos a seguir expostos¹⁵.

3.2.3 Direito de recesso. Críticas

Conforme será demonstrado, embora o direito de recesso configure, em alguns casos, uma importante regra de proteção dos sócios não controladores, ele vem sofrendo severas críticas por parte da doutrina, dentre as quais podemos ressaltar: (i) que tal direito restringe ou impossibilita mudanças necessárias ao desenvolvimento social, na medida em que cria um ônus financeiro excessivo à empresa; (ii) que configura um entrave ao crescimento da empresa e estimula a sua descapitalização, premiando quem sai e punindo quem permanece no negócio; e (iii) que tal condição acaba por criar um mercado especulativo de acionistas profissionais que buscam um lucro fácil às custas da companhia e da sua continuidade¹⁶.

Ademais, a doutrina já levantou o descabimento do direito de recesso nas empresas de capital aberto, cuja saída do investimento deve, em regra, se dar via Bolsa de Valores e sem afetar a liquidez da companhia¹⁷.

É fato que a operação de reembolso, consequência direta do exercício do recesso, reduz a liquidez da empresa, podendo impactar negativamente na sua segurança financeira e frear o seu crescimento. Esse efeito potencialmente nocivo da descapitalização

da sociedade em favor dos sócios retirantes deve fazer com que o direito de recesso seja considerado como medida absolutamente excepcional. Nas palavras de Bulhões Pedreira, "Sempre procuramos evitar o mais possível o direito de retirada, porque, como disse o prof. Lamy, é o raio da morte da sociedade. Quer dizer, uma sociedade em que uma minoria possa, ao seu arbítrio, pedir o seu capital e ir embora, seria extremamente fraca e contrária aos interesses sociais. O interesse social está na preservação da empresa e toda lei se preocupa em assegurar a continuidade da empresa, que é o que cria empregos, produtos e riqueza"¹⁸.

Não por outra razão, e fundado no princípio da preservação da empresa, é que a Lei das S/A, em seu artigo 137, inciso VI, § 3º, determina que, nos dez dias subsequentes ao término do prazo que os acionistas dissidentes têm para reclamar à companhia o reembolso correspondente ao exercício do direito de recesso (30 dias a contar da publicação da ata da assembleia geral), "é facultado aos órgãos da administração convocar a assembleia geral para ratificar ou reconsiderar a deliberação, se entenderem que o pagamento do preço do reembolso das ações aos acionistas dissidentes que exerceram o direito de retirada porá em risco a estexto-tabelailidade financeira da empresa".

De qualquer forma, é de se ressaltar que tal direito pode revelar-se importante mecanismo de proteção dos sócios não controladores, notadamente em companhias fechadas e nas abertas com pouca liquidez.

3.3 Exercício do direito de recesso quando da mudança do objeto social

3.3.1 Objeto social. Importância e possíveis modificações: de fato e de direito; alterações totais/substanciais ou parciais (ampliação e/ou redução)

Tanto na constituição de uma sociedade por ações quanto de uma sociedade limitada, a definição do objeto social é essencial.

Valendo-nos das palavras de Modesto Carvalhosa, podemos dizer que "O objeto social pode ser definido como a atividade econômica em razão da qual se constitui a sociedade e em torno da qual a vida social se realiza e se desenvolve"¹⁹.

Além de representar razão fundamental pela qual a empresa se constitui, o objeto social configura-se, ainda, como o limite da atividade empresarial que, se ultrapassado, pode caracterizar exercício abusivo do poder do administrador²⁰.

Nos termos do artigo 2º da Lei das S/A, uma companhia pode ter como objeto "qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes". Ademais, o parágrafo desse mesmo dispositivo determina que "o estatuto social definirá o objeto de modo preciso e completo".

Outrossim, é de se ressaltar, conforme ensina Comparato, com fundamento na doutrina italiana, que há uma diferença entre o "objeto do contrato social" e o "objeto da sociedade ou o objeto social". O objeto do contrato social, de caráter interno à sociedade, refere-se, fundamentalmente, ao relacionamento contratual firmado entre os sócios. Já o objeto social respeita ao relacionamento externo da sociedade, à atividade que a sociedade ou a empresa irá desenvolver, a partir do seu relacionamento com terceiros. Nesse sentido, afirma o autor que "A natureza do objeto social, isto é, o tipo de atividade empresarial a ser desenvolvida pela companhia, constitui elemento básico da estrutura societária e, por isso mesmo, é matéria da estrita competência da assembleia geral. A forma ou

extensão dessa atividade é elemento secundário, dependente das mutáveis circunstâncias do mercado e dos recursos globais com que conta a companhia. Sua determinação, portanto, se inclui na ampla esfera dos poderes administrativos, dependendo, excepcionalmente, de autorizações prévias ou aprovações *a posteriori* da assembleia geral”²¹.

Ou seja, a atividade empresarial implica uma sequência de atos e negócios jurídicos de conteúdo econômico que abrange inúmeros aspectos, muitos dos quais de competência administrativa. E parece claro não ser possível, tampouco necessário, descrever minuciosamente no contrato ou no estatuto social o objeto social, com todos os seus elementos, centrais e secundários. Dessa forma, conforme já asseverou Guerreiro, a recomendação doutrinária é a de que “(...) o objeto social deva ser fixado de maneira a permitir sua ulterior ampliação (...) o que equivale à constatação da necessária elasticidade da atividade social (...)”²².

O objeto social constitui o gênero da atividade econômica essencial a cada sociedade empresária, mas que pode ser explorado de diversas formas, inclusive, direta ou indiretamente, por meio de outras atividades secundárias ou complementares. Assim sendo, não pode qualquer alteração não relevante do objeto social ser apta a autorizar o direito de recesso, devendo haver uma mudança significativa que de fato altere o gênero da atividade empresarial desenvolvida, ou seja, uma das bases essenciais da companhia e, em consequência, as condições de risco empresarial.

Note-se que, na vigência do Decreto-lei n. 2.627/40, que antecedeu a atual Lei das S/A, falava-se em direito de recesso na “mudança do objeto essencial” da companhia (artigo 105). A lei atual eliminou o adjetivo “essencial”, mas, segundo seus autores, não pretendeu que qualquer alteração do objeto social permitisse o

seu exercício. Nesse sentido, Alfredo Lamy Filho, citando Galgano: “O direito de recesso assiste aos dissidentes em caso de mudança do objeto social, e não em todos os casos de modificação do mesmo objeto: só ocorre, para que o acionista possa exercitar o recesso da sociedade, quando a maioria haja deliberado substituir o objeto social originário por um novo objeto em tudo diverso, de forma a modificar radicalmente as condições de risco em presença das quais o acionista havia aderido à sociedade (da produção automobilística se passa, por exemplo, à indústria têxtil). Modificação secundária do objeto social, como extensão a setores acessórios da produção, ou como a redução dos setores originários de atuação, não dão lugar ao direito de recesso”²³.

De qualquer maneira, permanece a dificuldade de distinguir-se, em cada caso concreto, qual(is) é(são) o(s) objeto(s) social(is) principal(is)/essencial(is) de cada companhia e o(s) acessório(s). Por exemplo, o artigo 3º do Estatuto Social da MMX Mineração e Metálicos S/A, de forma minuciosa, prevê 13 itens que compõem o seu objeto social²⁴. Será que a supressão de um ou dois desses itens que compõem o objeto social ensejaria o direito de recesso dos acionistas descontentes? Sem dúvida, se faz necessário um estudo mais cuidadoso em cada caso concreto para que se vislumbre se a deliberação de fato implica mudança substancial da atividade até então desenvolvida pela empresa, refletindo nas condições de risco assumidas pelo sócio quando aderiu ao contrato social.

Conforme asseverou Guerreiro “(...) do ponto de vista substancial, há várias formas possíveis de fazer realizar o objeto social, ou se preferir, de desenvolver a atividade empresarial que constitui o objeto da companhia. Por idêntica razão, posso concluir, desde já, que, sendo distintas a atividade e cada ato ou negócio jurídico em particular (...) e sendo a atividade um fato protraído no

tempo (...) não se há que falar em mudança do objeto social (atividade) pela circunstância de não serem praticados, durante certo interregno, determinados atos ou negócios jurídicos que denotam (mas *de per se* não constituem) a atividade empresarial”²⁵.

Porém, se restar comprovado que a(s) atividade(s) suprimida(s) constitui(em) elemento(s) fundamental(is) da empresa, e sendo o objeto social uma das bases essenciais da companhia, deve caber o recesso, notadamente se se tratar de sociedade fechada ou aberta com baixa liquidez e dispersão.

No entanto, é de se refletir, notadamente nas companhias abertas, tidas como sociedades de capital nas quais o sócio não controlador participa fundamentalmente na qualidade de investidor, se é razoável imaginar-se que a natureza do objeto social, por si só, seja de fato tão relevante, na medida em que ele, em regra, busca o lucro em primeiro lugar.

É claro que parcela dos investidores escolhe onde investir em consideração a segmentos específicos da economia, nos quais acreditam que lhe proporcionarão maior lucratividade. Mas, por exemplo, a supressão do objeto social de atividade que há muito se mostra deficitária, ainda que esta seja uma parte importante do objeto central da sociedade, deveria ensejar o recesso? Ou o desenvolvimento de novos objetos sociais decididos em razão de um estudo aprofundado sobre rentabilidade, retorno etc. deveria consubstanciar razão para o sócio retirar-se da sociedade?

Em princípio, me parece que nas sociedades limitadas ou S/A fechadas, que, em regra, contam com poucos sócios e na qual todos participam da gestão, faz mais sentido que a mudança do objeto social enseje o recesso. Inclusive porque a atividade empresarial, em geral, está intrinsecamente relacionada ao trabalho de todos os sócios, fundamentalmente os fundadores. Nesse caso, embora a

finalidade última da empresa também seja o lucro, há outras variáveis que não apenas a rentexto-tabelailidade a motivar os sócios a aderirem ao contrato social, tal como participar diretamente da administração do negócio.

3.4 Exemplos de casos para reflexão

3.4.1 Caso Portuense Ferragens S/A (1995/decisão 2003)

*Alteração de fato de objeto social, sem deliberação em assembleia geral de acionistas*²⁶

No ano de 1995 a companhia Portuense Ferragens S/A paralisou todas as suas atividades comerciais, passando a ter como única fonte de renda a locação de 80 minilojas construídas onde antes funcionava seu depósito comercial e sua principal loja.

Os acionistas minoritários entenderam que houve uma mudança de fato do objeto social e que faziam jus ao exercício do direito de recesso. A companhia, por sua vez, alegou que simplesmente mudou a destinação comercial de bens que já integravam seu ativo.

Segundo a SEP/CVM, estavam presentes no caso os pressupostos para o exercício do direito de recesso pelos minoritários da companhia, uma vez que houve a prática de atos *ultra vires* que alteraram substancialmente o seu objeto social, e que não houve consentimento dos acionistas em assembleia para tal.

Os diretores da CVM, Wladimir Castelo Branco e Luiz Antonio de Sampaio Campos, manifestaram-se no sentido de que a administração da companhia deveria prontamente convocar uma assembleia geral extraordinária para deliberar sobre a mudança do seu objeto social ou, ainda, para deliberar a sua liquidação, uma vez que se tornou inviável o exercício do seu objeto social originário.

O remédio jurídico proposto – imediata convocação de assembleia geral – é, sem dúvida, adequado, uma vez que a formalização de uma situação fática se faz necessária para o regular exercício desse direito, que demanda deliberação eficaz em assembleia de matéria que enseja o direito de recesso, tal como, no caso, a mudança do objeto social da companhia (artigos 136 e 137 da Lei das S/A). E o foro apropriado para a propositura, discussão e deliberação de matéria envolvendo mudanças no objeto social é, certamente, a assembleia geral.

Em contrapartida, a Diretora Norma Jossen Parente, em seu voto, levantou outra possibilidade, qual seja, a dos minoritários fazerem uso do artigo 123, parágrafo único, letra *b*, da Lei das S/A, que possibilita a convocação de assembleia geral “por qualquer acionista, quando os administradores retardarem por mais de 60 (sessenta) dias a convocação, nos casos previstos em lei ou no estatuto”. Tal dispositivo tem por finalidade proteger os acionistas minoritários do arbítrio dos controladores que, em vários casos, tal como no ora em tela, poderiam submetê-los à vontade puramente potestativa dos controladores/administradores e tolhê-los do direito fundamental de exercer o recesso nos casos previstos na lei.

Assim, nas palavras de Norma Parente: “A Lei das S/A oferece alternativa diversa da que foi até então proposta e que redundava na submissão do acionista minoritário ao arbítrio não razoável do controlador. Destacando que os administradores da Portuense são também os acionistas controladores da companhia, o legislador precaveu-se contra a má-fé dos mesmos e ofereceu instrumento que possibilita o contorno de situações como a que se apresenta (...). Antevendo a situação absurda que se poderia criar ao se conferir poderes exclusivamente aos administradores para a convocação da assembleia geral, diante do fato de o controlador, habitualmente, ter

forte influência sobre estes (...) o legislador oferece aos acionistas a possibilidade de procederem à convocação daquele órgão essencial a toda companhia”.

Ademais, ainda segundo a Diretora, os fatos trazidos ao processo, que estava em curso desde 2001, permitiam que se concluísse que a mudança de fato do objeto social da companhia ocorrera há muito mais do que 60 dias, prazo necessário para a convocação da assembleia pelos minoritários, nos termos do artigo 123 da Lei das S/A mencionado.

Finalmente, Norma Parente levantou a necessidade da instauração de processo administrativo sancionador para apuração das responsabilidades do controlador da companhia, de seus administradores e conselheiros fiscais. Os dois últimos, pela inércia em face da modificação de fato do objeto social enquanto possuíam o dever de convocar a assembleia geral, e, quanto ao controlador, pela modificação autoritária do objeto social, privando os acionistas de se manifestar a respeito (artigo 117, § 1º, letra *a*).

Concordo integralmente com o entendimento dos Diretores, bem como com o remédio jurídico proposto por Norma Parente.

3.4.2 Caso Ughini S/A (1986)

*Direito de recesso em caso de transferência de atividade empresarial para sociedade controlada*²⁷

A Ughini S/A Indústria e Comércio alterou seu estatuto, por meio de Assembleia Geral Extraordinária, a fim de excluir do objeto social a indústria de confecções e incluir nele as atividades próprias de representação mercantil e participação no capital de sociedades controladas direta ou indiretamente, ou, ainda, coligadas. Em seguida, transferiu para sociedades do mesmo grupo sua atividade industrial relacionada à confecção.

Acionistas minoritários entenderam que tais operações implicaram mudança de objeto social e quiseram exercer seu direito de recesso. Diante da negativa da empresa, propuseram ação ordinária para obter o reembolso do valor das ações de sua titularidade. A empresa, por sua vez, propôs ação declaratória contra os dissidentes, buscando respaldo jurídico para comprovar a inexistência do direito de retirada, uma vez que não houve alteração substancial do objeto da companhia, pois, “no caso, acontecera transferência das atividades sociais para subsidiárias do mesmo grupo, nas quais a sociedade detém mais de 90% do capital (...). Além do mais, os dissidentes detinham a mesma participação acionária nas subsidiárias que continuaram exercendo as atividades”. Finalmente, arguíram que a operação não implicou prejuízo aos minoritários.

Em primeira instância, os minoritários venceram o litígio, que foi confirmado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se lê a seguir: “A revogada Lei n. 2.627/40, art. 94, ‘d’ determinava que só havia direito de recesso por mudança de objeto social nas hipóteses de mudança ‘substancial’. No entanto, a Lei n. 6.404/76, art. 136, V, em vigor, eliminou a distinção entre modificação essencial e accidental do objeto. Dessa forma, de acordo com a lei em vigor, constitui causa legal para o direito de recesso qualquer mudança do objeto da companhia que atinja os interesses dos dissidentes. No caso, a alteração social da Ughini S.A. autoriza o direito de recesso, uma vez que foi suprimida a indústria de confecções de seu objeto e a este foram acrescentadas a representação mercantil, participação em outras empresas coligadas e aplicação de recursos havidos de incentivos fiscais em projetos próprios ou de terceiros, o que atingiu os interesses dos acionistas. Por isso, é irrelevante o fato de as atividades originárias da sociedade haverem sido, anteriormente,

transferidas e continuadas por suas subsidiárias controladas. Observe-se que o conjunto probatório do processo não permite negar ou afirmar ter havido prejuízo aos minoritários, porém esse dado é irrelevante, uma vez que a legislação em vigor não exige prova do prejuízo do acionista dissidente para o exercício do direito de recesso”²⁸.

Data maxima venia, discordo do posicionamento do juízo monocrático seguido pelo STF. De fato, a lei atual não especifica qual a mudança de objeto enseja direito de recesso: se, como na vigência do Decreto n. 2627/40, há necessidade de mudança do objeto essencial da companhia ou se é suficiente haver qualquer alteração secundária. Tampouco trata do cabimento ou não do recesso quando da inserção de outras atividades no objeto social, sejam elas conexas ou não com o objeto original. Contudo, parece claro que a participação em outras sociedades, desde que tenham objeto similar ao original, não implica mudança de objeto, de fato ou de direito, significando apenas uma reorganização da estrutura empresarial, o que, a meu ver, não deveria ensejar aos acionistas dissidentes o direito de retirada²⁹.

Entendo que no caso ora tratado dever-se-ia aplicar o mesmo princípio defendido por Alfredo Lamy Filho em parecer, considerando-se a operação de forma inversa, ou seja, que não há mudança de objeto social pela simples incorporação de subsidiária. Isto porque “A atividade da subsidiária regularmente constituída há que compreender-se no objeto da controladora, pelo que sua incorporação não pode acarretar mudança de objeto. (...)”³⁰.

3.4.3 Parecer do Dr. Luiz Leonardo Cantidiano

*Direito de recesso em caso de alienação de parcela de ativo explorada pela companhia*³¹

O ilustre parecerista Dr. Luiz Leonardo Cantidiano foi consultado pelo advogado Carlos Eduardo M. A. Toro acerca do cabimento do direito de recesso aos minoritários da empresa YY S/A, em razão de operação realizada em 29 de dezembro de 1997, na qual a empresa XX S/A transferiu à YY S/A toda a sua atividade relacionada à exploração de produtos alimentícios e derivados de soja. Na oportunidade, pretendia-se, ainda, que a empresa YY S/A transferisse os negócios de margarina, maioneses, óleos especiais e marcas de produtos de milho, por meio de operação de venda. Além disso, estava sendo estudada a oportunidade de se alienar a atividade relacionada a carnes da YY S/A.

À época, o objeto social da YY S/A, segundo o artigo 2º do seu Estatuto Social, era o que segue: "A sociedade terá por objeto a comercialização e industrialização de cereais e sementes oleaginosas, bem como todos os seus derivados e sucedâneos, de produtos alimentícios e derivados de animais suínos, aves, bovinos e outros que se mostrem convenientes, inclusive subprodutos, por atacado e varejo, de rações e concentrados; a exploração de atividades agropecuárias; importação e exportação para uso próprio, para comércio ou para industrialização, comércio em geral, por atacado e a varejo; transporte de seus produtos e de terceiros; representações e outros empreendimentos correlatos e que forem necessários aos objetivos sociais".

Segundo Cantidiano, em observância ao objeto social da YY S/A e com fundamento na lição de José Alexandre Tavares Guerreiro³², os sócios, ao fixarem o objeto social da empresa, "estexto-tabelaeleceram que ela (sociedade) deve explorar a atividade de industrialização e de comercialização (nos mercados interno e externo) de produtos alimentícios e seus derivados". E completa:

Os atos de industrialização e comercialização de margarinas, maioneses, óleos especiais e produtos derivados de milho não se constituem em objeto social da YY (...) cada um dos negócios identificados no artigo 2º de seu Estatuto (dentre os quais aqueles que se pretende transferir a terceira companhia) se constitui em um simples meio, ou instrumento, para possibilitar a realização do objeto social³³.

Ou seja, segundo o ilustre parecerista, o objeto social da empresa YY S/A corresponde a uma atividade empresarial ampla, qual seja, "industrialização e comercialização de produtos alimentícios e seus derivados", que, para ser exercida, demanda que uma série de atos singulares seja realizada, tais como "a industrialização e a comercialização de margarinas, maioneses, óleos especiais e produtos derivados de milho, soja, carnes, etc.". Nesse sentido, conclui o autor: "A transferência dos ativos vinculados à prática dos citados atos singulares não descaracteriza a empresa que a referida companhia explora, nem implica em modificar as condições de risco em presença dos quais o acionista havia aderido à sociedade"³⁴.

Ainda segundo Cantidiano, para ensejar o direito de recesso, é fundamental "(...) que ela altere, troque, modifique, a sua atividade, isto é, que a companhia, que até determinado instante explora determinada empresa (ou ramo de negócios), passe a explorar empresa de natureza absolutamente diversa, ou seja, que ela mude de ramo de negócios". Assim, no seu entender, dentro de um mesmo ramo de negócios, no caso, a "industrialização e comercialização de produtos alimentícios e seus derivados", a ampliação ou mesmo a redução do "rol de atos singulares" que lhe servem de meio para desenvolver sua atividade social (em sentido mais amplo) não ensejam o direito de recesso.

Nesse caso específico, permito-me discordar do ilustre jurista. O objeto social da empresa ora em análise parece bastante claro e específico quando dispõe que ela industrializará e comercializará “cereais e sementes oleaginosas, bem como todos os seus derivados e sucedâneos, de produtos alimentícios e derivados de animais suínos, aves, bovinos e outros que se mostrem convenientes”. Seu objeto principal, e específico, não respeita à ampla atividade de industrializar e comercializar produtos alimentícios e seus derivados em geral, mas, sim, à específica, em relação a determinadas matérias-primas. Ressalte-se, outrossim, que no caso em questão a empresa já havia transferido a terceiro todo o seu negócio de soja e pretendia alienar a atividade relacionada a carnes.

Assim, parece necessário examinar – e essa questão não resta clara no parecer publicado – quais os objetos originalmente explorados, quais foram alienados e quais permanecerão sendo desenvolvidos.

Em suma, me parece que, se uma empresa tem como objeto “industrializar e comercializar produtos alimentícios e seus derivados em geral”, tanto faz se industrializa e comercializa produtos derivados de milho, de soja, de arroz, de girassol etc. ou mesmo carnes suínas, bovinas ou aves. Mas, quando os produtos estão descritos e especificados no objeto, a situação muda, pois, embora não disponha de laudo técnico confirmando minha posição, me parece que cada produto e seus derivados têm a sua lógica econômica própria, e a sua supressão ou a sua inserção *a posteriori* na atividade empresarial poderão, sim, alterar as condições de risco que motivaram a adesão dos acionistas à sociedade.

Acho relevante tratar da ideia de “atividade ou objeto social conexo” ou complementar. Embora seja subjetivo o entendimento acerca do que configura uma atividade conexas ao objeto social, em

cada caso deve-se observar se o ativo que está sendo alienado ou adquirido descaracteriza a essência do objeto original, ou se simplesmente funciona como um complemento para o seu desenvolvimento. E também a relação proporcional que assume e seu correlato impacto econômico e financeiro na empresa como um todo. Em outras palavras, se o que está sendo alienado ou adquirido representa parcela, por exemplo, inferior a 1% do faturamento total da empresa ou superior a 70%. Parece-me que esta relação também deva ser considerada em cada caso específico.

3.4.4 Caso Guararapes Confecção S/A

*Direito de recesso em caso de inclusão de nova atividade empresária no objeto social – desvio e alteração de fato de objeto social*³⁵

A empresa Guararapes Confecção S/A, controladora da Riachuelo, tem como objeto social a indústria têxtil em geral, bem como a sua comercialização por atacado e a varejo³⁶. Em 2002, seus acionistas controladores deliberaram, em assembleia geral, investir recursos próprios da empresa na construção do *Shopping Center Midway Mall*. A acionista minoritária Maria Cristina Alves, à época, questionou a atuação da Guararapes nesse empreendimento, alegando que a construção de um *shopping center* não fazia parte de seu objeto social, ou seja, que a companhia estaria sendo orientada para fim estranho àquele previsto em seu estatuto social.

A companhia posicionou-se no sentido de que tal investimento não implicaria desvio do objeto social, na medida em que a construção do referido *shopping center* serviria de escoamento da sua principal atividade, qual seja, a comercialização de seus produtos por meio das Lojas Riachuelo.

Em 12 de novembro de 2002 a GEA-3, por meio do MEMO/CVM/SEP/GEA-3-3/N218/02, sustentou que não houve desvio

do objeto social ou prática de ato a ele contrário. Em seguida, em posicionamento contrário ao da GEA-3, a PJU da mesma autarquia levantou cinco pontos, sustentando haver, sim, desvio do objeto social, a saber: "(i) o objeto social da companhia não contempla a atividade de incorporação de imóveis, em especial a construção de *shopping centers*, ainda que tais centros de comércio possam servir ao escoamento da principal atividade da companhia; (ii) para incluir outra atividade absolutamente diversa em seu estatuto, a companhia teria que convocar assembleia específica, com *quorum* especial para aprovação, sendo certo que os acionistas dissidentes teriam direito ao recesso, o que não teria sido observado até aquele momento; (iii) o fato de terem sido aprovadas em diversas AGO, pelos acionistas presentes, as inversões necessárias à construção do *shopping center* em questão, não elide o disposto no art. 136, IV, da Lei 6.404/76. De qualquer forma, as AGO/AGE realizadas não suprem a exigência legal de convocação específica para a votação da alteração do objeto social; (iv) a lei assegura ao acionista dissidente da deliberação de alteração do objeto social, e não à companhia, a análise subjetiva sobre a conveniência ou não de sua permanência em um empreendimento; (v) a definição de objeto social da Guararapes não abarca o empreendimento imobiliário consubstanciado no *Midway Mall*, havendo uma clara extrapolação das finalidades da companhia, em especial pela presença de outros elementos relevantes, como a existência de 310 lojas e 10 cinemas, de forma, ao menos aparentemente, teria sido violado o disposto no arts. 136, VI e 137 da Lei 6.404/76"³⁷.

Em 5 de maio de 2003, a SEP/CVM encaminhou ofício à Guararapes relatando as conclusões da PJU acima resumidas e concordando com elas. Ao se defender, a Guararapes interpôs recurso ao Colegiado, apresentando em seu favor, em suma, 14

pontos, dentre os quais ressaltamos, resumidamente: (i) nos últimos quatro anos, o valor das ações de sua emissão, bem como os dividendos pagos pela companhia, mais do que dobraram; (ii) o direito de recesso cabe quando deliberações majoritárias causam prejuízo aos minoritários; (iii) o recesso não é opção de rentexto-tabelailidade (e, no caso, a verdadeira intenção do acionista era obter rentexto-tabelailidade com o reembolso de suas ações pelo valor patrimonial, à época, 40% superior ao valor de mercado), e o uso abusivo desse direito desvirtua sua finalidade, podendo configurar-se uma ditadura das minorias; (iv) o exercício do recesso *in casu* representaria um entrave à vida da Guararapes, atrasando seu desenvolvimento; (v) o *shopping center* em questão estaria sendo construído com recursos próprios da companhia e contaria com loja “âncora” da Riachuelo, em espaço de mais de 5.000 m²; (vi) não houve mudança do objeto social, uma vez que a Guararapes seguirá exercendo sua atividade de indústria e comércio têxtil; (v) finalmente, que a vontade da maioria explicitada em assembleia geral exprime a vontade social da companhia.

Em 26 de junho de 2003, a Guararapes enviou nova correspondência à CVM, alegando adicionalmente aos pontos acima destacados, e quanto ao mérito da questão, o seguinte: (i) não ter havido manifestação da acionista Maria Cristina Alves, que tampouco esteve presente ou representada nas AGO/AGE de 25 de abril de 2003; (ii) o direito de recesso só é garantido quando as deliberações sociais tomadas pela maioria implicarem “mudança significativa na estrutura da companhia” e puderem causar prejuízo concreto aos acionistas; e, finalmente, que (iii) “a decisão da SEP decorreu de uma interpretação literal dos dispositivos da Lei n. 6.404/76, não levando em consideração a necessidade de preservação do interesse

social e de continuidade da companhia, em detrimento do interesse individual do acionista”.

Em 21 de agosto de 2003, a acionista minoritária reclamante Maria Cristina Alves replicou as alegações de defesa da Guararapes com os seguintes argumentos, a seguir reproduzidos: “(i) as hipóteses previstas nos incisos IV a VI do art. 136 da Lei 6.404/76 dizem respeito a alterações na própria estrutura da companhia, não se exigindo do acionista minoritário a comprovação de que a deliberação lhe gere prejuízos, bastando a ele comprovar que a alteração promovida pela deliberação lhe é prejudicial; (ii) a lei, ao outorgar o direito de retirada, visa a garantir que o acionista não permaneça vinculado a uma companhia que passe a desenvolver atividade diferente daquela que realizava quando do seu ingresso na sociedade; (iii) a companhia não está simplesmente construindo uma loja para alienar os produtos por ela fabricados, mas sim um *shopping center*, com 310 lojas e 10 cinemas; (iv) o acréscimo de novas atividades ao objeto social também constitui mudança deste, suficiente para legitimar o exercício do direito de recesso; (v) a nova atividade não é irrelevante face à anteriormente explorada, porque os recursos utilizados correspondem a mais de 20% do patrimônio social, representando uma alteração substancial na estrutura da Companhia; (vi) os bens integrantes do ativo social devem ser necessariamente utilizados em atividades relacionadas ao objeto da companhia e não em qualquer empreendimento arbitrariamente escolhido pelos administradores ou pelos acionistas controladores; (vii) é irrelevante a alegação de que a ‘quase totalidade’ dos acionistas votaram a favor da construção do *shopping center*, porque o direito de recesso tem como fundamento justamente a discordância do minoritário em relação a determinadas decisões tomadas em assembleia geral; (viii) não tem a requerente o

interesse de se aproveitar de uma eventual diferença entre o valor patrimonial e o preço de emissão das ações da companhia em bolsa de valores, visando apenas garantir o seu direito de não ser compelida a continuar como detentora de ações de uma companhia distinta daquela a que se associou; (ix) as ações de emissão da companhia apresentam baixíssima liquidez em bolsa de valores, não se podendo considerar que o acionista as possa negociar, a preço justo, a qualquer momento; (x) ainda que os acionistas dissidentes tivessem facilidade para alienar as suas ações em bolsa de valores, não poderia ser suprimido o direito de retirada, por não se estar diante de nenhuma das hipóteses previstas no art. 136, IV e V da Lei 6.404/76 e pelo fato de que as ações emitidas pela Companhia não apresentam nem liquidez nem dispersão, conforme determina o art. 137, II, da referida Lei das S/A”.

Com fulcro nos argumentos acima, a acionista pediu que o Colegiado mantivesse a decisão, determinando a convocação de AGE para a inclusão da atividade de construção e investimentos na área de *shopping centers*, facultando aos acionistas o exercício do direito de recesso.

Em seu voto, Luiz Antonio de Sampaio Campos, Diretor da CVM e relator do processo, entendeu que o ponto central discutido respeitava “apenas a recomendação ou não de que se altere o estatuto social da Guararapes, para o fim de fazer constar do objeto social as atividades de incorporação e administração de *shopping centers*, à luz da presente redação do objeto social da Companhia”. E que, antes de qualquer posicionamento nesse sentido, seria necessário apurar se houve violação ao disposto nos arts. 154 (desvio de poder dos administradores) e 117, § 1º, alínea *a* (responsabilidade do administrador, exercício abusivo de poder por orientar a companhia para fim estranho ao objeto social).

De qualquer forma, quanto ao mérito da questão, ou seja, ter ou não havido mudança de fato do objeto social, sem a devida alteração estatutária deliberada em assembleia geral, Sampaio Campos se manifestou no seguinte sentido: "A função primordial do objeto social é definir o tipo de empresa ou atividade econômica a que a companhia vai se aventurar para atingir o seu objetivo, que, ao fim e ao cabo, é gerar lucros para os acionistas. Assim, como já se disse, o objeto social é a cláusula central do contrato de sociedade, em torno do qual gravitam as demais, pois representa essencialmente o risco a que os sócios acederam se submeter à vista da expectativa de geração de lucro. E é o objeto social que representa a chamada comunhão de escopo, que caracteriza o contrato de sociedade. O objeto social tem, ainda, a função de circunscrever a liberdade dos administradores e da própria assembleia, no sentido de que limita as atividades que a companhia pode exercer. Nesse ponto, é importante destacar o conceito de atividade, que é muito diferente de ato isolado e aqui a distinção é fundamental, porque o objeto social descreve as atividades a que a companhia deve perseguir, mas certamente não os atos que ela pode praticar"³⁸.

E, após citar uma série de autores nacionais e estrangeiros, conclui que (i) no caso de mudança de objeto social, não há a necessidade do acionista de comprovar prejuízo para exercê-lo, e que, (ii) na doutrina majoritária, o recesso só cabe em casos de "mudança-substituição do objeto social", ou seja, que "não é qualquer alteração do objeto social que autoriza o direito de retirada, que, como se sabe, é medida excepcional, no regime das sociedades anônimas".

Em contrário ao voto acima descrito, temos o posicionamento de Norma Jossen Parente, no mesmo processo, conforme se lê a seguir:

“No caso sob análise, parece-me indubitável a mudança de fato do objeto, e inafastável o direito de recesso. Alegam os recorrentes que o *Shopping Center* terá como loja ‘âncora’ a Riachuelo, subsidiária integral especializada no escoamento da produção da companhia. Logo, no entendimento dos recorrentes, não se estaria diante de mudança de objeto, mais sim de um meio de ‘potencializar as vendas’. Em outras palavras, não se trataria de mudança--substituição, mas mera mudança-meio. Ora, não é crível que, para ‘potencializar as vendas’, a companhia necessitasse construir um empreendimento com 310 lojas (apenas 5 serão utilizadas pelo Grupo Guararapes), destinadas às mais variadas atividades, empregando a vultosa quantia de 100 milhões de reais. Frise-se, como bem notou a PGF, que ‘o empresário que explora *shopping center* desenvolve atividade econômica bastante singular, que não se reduz a um simples negócio imobiliário. Há todo um planejamento de distribuição do espaço (o *tenant mix*), de sorte a oferecer aos consumidores uma variada gama de produtos, marcas, além de atrativos na área de lazer e restauração”.

Em reunião do colegiado, nos dias 4 e 5-8-2004, foi proferida a seguinte decisão: “O Colegiado, inclusive o Diretor-Relator, que apresentou voto, mas vencida a Diretora Norma Parente, acompanhou o voto escrito do Presidente, no sentido de dar provimento ao recurso da companhia, para, por ora, apenas determinar que a área técnica aprofunde o exame dos fatos, tomando as providências que ao final entender apropriadas, tendo em vista os indícios de que o acionista controlador teria levado a companhia a explorar atividade não prevista expressamente em seu objeto social”³⁹.

A mim parece claro que os argumentos oferecidos pela reclamante Maria Cristina Alves, e confirmados pela Diretora Norma

Parente, são irrefutáveis. Embora a atividade de construção de *shopping center* possa se apresentar extremamente rentável e, portanto, ao menos em tese, positiva para o investidor, ela nada tem a ver com a atividade de confecção e indústria têxtil. Nesse sentido, não é possível argumentar-se, em vista do que dispõe a Lei das S/A, que o acionista dissidente tem direito ao recesso quando da mudança do objeto social, que *shopping center* é atividade complementar ou acessória à indústria têxtil em geral.

3.4.5 Processo Cotibra S/A Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários ^{vs.} Light Serviços de Eletricidade S/A⁴⁰

A Cotibra S/A Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários e Outros ajuizaram ação declaratória em face da Light Serviços de Eletricidade S/A, objetivando que fosse declarada a existência de relação jurídica de débito e crédito oriunda do regular exercício do direito de recesso.

Os autores entenderam que a operação de alienação de parte do acervo empresarial aprovada em assembleia geral extraordinária, no qual a União Federal, por meio da Eletrobrás, adquiriu o controle da Light Serviços de Eletricidade S/A São Paulo, tratou-se de verdadeira cisão parcial, com transferência de parte do patrimônio da ora apelante para a Eletropaulo, e não simplesmente de uma alienação de ativos, como sustentou a ré.

Os autores do processo (Cotibra) sustentaram que não deveriam ser levados em conta os aspectos formais do negócio travado entre a Light e a Eletropaulo, mas seus fins indiretos, quais sejam, evitar o exercício do direito de recesso garantido aos acionistas minoritários pela Lei n. 6.404/76. E, ainda, que a alienação dos bens integrantes do subsistema Light SP reduziram de forma substancial a área de atuação da Eletrobrás prevista em seu estatuto, "ocasionando uma

restrição de sua atividade econômica, e, portanto, uma alteração do objeto social”.

Em seu voto, Paulo Freitas Barata, também relator do processo em tela, posicionou-se no sentido de que, quanto ao mérito, a razão estava com a apelante (Light). Inicialmente, o ilustre relator entendeu que “não restou evidenciado nos autos o intuito de mascarar a ocorrência de cisão parcial da Light através de uma compra e venda, a fim de impedir a aplicação da lei no que diz respeito ao direito de recesso dos acionistas minoritários”.

Já em relação à mudança ou não do objeto social da companhia, afirmou o relator: “é de se notar que a Light não passou a desenvolver atividade diversa da prevista em seu estatuto social, continuando, inclusive, a atuar no Estado de São Paulo, como nele previsto, através do complexo de Santa celula-branca e pela sua participação no condomínio do reservatório Paraibuna-Piraitinga. Ademais, a Assembleia Geral Extraordinária autorizou os órgãos administrativos da Light a subscreverem papéis da Eletropaulo, sendo que o art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.404/76 permite a participação no capital de outras sociedades, ainda que não esteja previsto no estatuto, como meio de realizar o seu objeto social”.

Freitas Barata cita, ainda, em seu voto, o parecer de Fran Martins juntado aos autos às fls. 400 do processo, na parte que a seguir transcrevemos: “A alienação de parte do ativo permanente da empresa é uma operação comercial, autorizada pelo art. 142, VIII, da Lei n. 6.404/76, com a característica de que se trata de uma venda especial, já que os bens do ativo permanente não são bens de comercialização normal da sociedade. Como venda, entretanto, está sujeita às normas gerais do art. 191 do Código Comercial, só se aperfeiçoando quando as partes entram em acordo sobre coisa, preço e condições da mesma. Ao Conselho de Administração, órgão

a que a lei dá poderes para autorizar a alienação, cabe fixar, com o adquirente, o preço dos bens. O critério do preço é adotado segundo as circunstâncias motivadoras da alienação, atendendo-se às exigências do bem público e da função social da empresa. O critério da fixação do preço tomando por base os valores contábeis dos bens é um critério válido pois a lei o admite mesmo para a elaboração do balanço, chegando a lei a ditar regras para a avaliação dos elementos do ativo permanente (art. 183). Assim, não há descaracterização da venda no fato de terem sido dados aos bens do ativo os seus valores contábeis. Os acionistas que não concordarem com esse critério não terão o direito de retirar-se da sociedade, reembolsados do valor de suas ações. A lei não contempla o caso entre os que dão lugar ao direito de recesso”.

Em vista de tais argumentos, o Tribunal, por unanimidade, deu provimento ao recurso para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido, invertidos os ônus da sucumbência⁴¹.

3.4.6 Parecer do Prof. Fabio Konder Comparato no Processo Cotibra S/A Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários ^{vs.} Light Serviços de Eletricidade S/A, tratado no item 3.3.5, supra⁴²

Ementa: Direito de Recesso de acionista de sociedade anônima. Alienação de parte do acervo empresarial – inexistência de mudança do objeto social ou de cisão parcial – descabimento, em consequência, de direito de recesso – o abuso no exercício deste.

O parecer do ilustre professor Fabio Konder Comparato que a seguir iremos comentar foi um dos juntados ao processo Cotibra S/A, abordado no item anterior. A principal indagação feita ao parecerista residia no seguinte: a alienação de parte do acervo empresarial dá direito de recesso?

Para responder a essa questão, Comparato tratou da tipicidade dos fatos jurídicos enquanto fundamento legal ao exercício do direito

de retirada de acionistas, com o respectivo reembolso de suas ações. Inicialmente, em consideração à Teoria Geral da Ciência Jurídica, Comparato trata do que seja um tipo jurídico e qual o regime de Direito aplicável diante de hipóteses de incidência normativa definidas como fatos típicos. Após tecer algumas considerações, conclui o ilustre jurista que, em relação aos fatos jurídicos, existem sistemas de "tipicidade aberta" e de "tipicidade fechada". Nestes últimos, a incidência normativa é insuscetível de alteração por vontade das partes, seja por meio de disposição em estatuto, deliberação em assembleia geral ou, ainda, por interpretações fundadas em analogia. Ou seja, as hipóteses normativas constituem *numerus clausus*⁴³.

Assim sendo, as hipóteses elencadas na Lei das S/A que ensejam o direito de recesso devem ser avaliadas da mesma maneira pela qual a jurisprudência italiana o faz, ou seja, como hipóteses taxativas. E justifica o mesmo autor: "Essa razão se encontra, a meu ver, no fato de que a retirada do acionista, com o reembolso do valor de suas ações pela companhia, configura um poder jurídico potestativo (...) com a correlata situação de sujeição da sociedade anônima, constituindo um remédio ou corretivo aos excessos do princípio majoritário"⁴⁴.

Na hipótese específica do direito de recesso em decorrência da mudança do objeto social, o autor, sustentado pelas lições de Pontes de Miranda, afirma que mudança é algo maior que uma simples alteração e que, no caso específico tratado no parecer, a alienação de parte do acervo empresarial consubstanciada nos bens integrantes do subsistema Light SP pela Eletrobrás configurou simples alteração, uma vez que "Não se autorizou a administração social a desenvolver outra atividade diversa (...) nem se suprimiu qualquer destas. O máximo que se poderá arguir é uma redução

geográfica das atividades”. Isso porque, quando falamos em mudança de objeto social, devemos considerar “(...) a qualidade dessa atividade que constitui objeto da companhia, ou se quiser, a sua natureza intrínseca; não o grau de intensidade do seu exercício”⁴⁵.

Parece-me que tanto os argumentos defendidos por Paulo Freitas Barata no Processo Cotibra S/A supratratado quanto as considerações do Prof. Comparato em seu Parecer ora comentado fazem todo o sentido e vão ao encontro do que dispõe a nossa lei societária.

Assim é que a alienação de parte de acervo empresarial, nesse caso específico, não significa, em nenhuma hipótese, mudança ou alteração do objeto social, uma vez que a companhia permaneceu praticando exatamente as mesmas atividades que antes praticava, apenas restringindo sua área de atuação no Estado de São Paulo. E a diminuição da exploração do objeto social, por qualquer razão, inclusive pela alienação de bens do ativo permanente, tal como no caso em tela, não autoriza o exercício do direito de recesso, cujas hipóteses de incidência são taxativas.

Ressalte-se que a situação ora descrita é diferente daquela que foi objeto do parecer de Luiz Leonardo Cantidiano, tratado no item 3.4.3 deste trabalho. Naquele caso, houve, sem dúvida, uma diminuição do próprio objeto social, na medida em que transferiu para outra empresa, mediante alienação, toda a sua atividade relacionada à exploração de produtos alimentícios e derivados de soja, e pretendia seguir alienando os negócios de margarina, maioneses, óleos especiais e marcas de produtos de milho, estudando-se, ainda, a oportunidade de alienar a atividade relacionada a carnes bovina, suína e aves. Como dito, nesse caso, houve uma redução do próprio objeto social, cabendo, no caso, um

estudo mais detalhado para se averiguar se as operações implicaram apenas uma alteração do objeto ou uma mudança mais profunda e substancial deste.

REFERÊNCIAS

Doutrina

BULGARELLI, Waldirio. **Regime jurídico da proteção às minorias nas S/A.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. **Simpósio sobre o Anteprojeto da Lei das Sociedades Anônimas.** São Paulo: Abrasca, 1976.

CANTIDIANO, Luiz Leonardo. **Estudos de direito societário.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas.** São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1 e 2.

COMPARATO, Fabio Konder. Direito de recesso de acionista de sociedade anônima. **RT**, São Paulo; **RT**, ano 71, v. 558, abr. 1982.

FARACO, Alexandre Ditzel. Empresário, sociedade e pessoa jurídica. *In*: PÜSCHEL, Flavia Portela (Coord.). **Organização das relações privadas.** São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 121-147.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Sobre a interpretação do objeto social. **Revista de Direito Mercantil**, n. 54, abr./jun. 1984.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Criação de nova classe de ações preferenciais menos favorecidas. **A Lei das S.A. – pressupostos, elaboração, aplicação.** Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MESSINA, Paulo de Lorenzo; FORGIONI, Paula A. **Sociedades por ações.** Jurisprudência, casos e comentários. São Paulo: RT, 1999.

PRADO, Roberta Nioac; DONAGGIO, Ângela Rita Franco. **Sociedade limitada versus sociedades por ações: algumas características na estratégia societária de se optar por um dos tipos. Acordo de acionistas e de cotistas: cláusulas relevantes.** *In*: PRADO, Roberta Nioac; PEIXOTO, Daniel

Monteiro; SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). **Estratégias societárias, planejamento tributário e sucessório**. São Paulo: Saraiva, 2009, Série GVlaw.

VALDETARO, Liana Gorberg. Do uso abusivo do direito de retirada: mudança do objeto social inapta a ensejar o exercício do direito de recesso. *In*: WALD, Arnaldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da (Coord.). **A empresa no terceiro milênio: aspectos jurídicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

Processos Administrativos CVM

Processo CVM RJ n. 2003/7612 (Reg. n. 4.195/2003). Recurso contra entendimento da SEP (Superintendência de Relações com Empresas). Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/descol/respdecis.asp?File=4195-2.HTM>>. Acesso em: 15 jan. 2010.

Processo CVM RJ n. 2003/5457. Relator Luiz Antonio de Sampaio Campos. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/descol/respdecis.asp?File=4114-0.HTM>>. Acesso em: 15 jan. 2010.

CVM – Recurso contra decisão da SEP – desvio de objeto social e retenção de lucros – Guararapes Confeções S/A – proc. RJ 2003/5457 reg. n. 4114/03. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/descol/resp.asp?File=2004-028D04e05082004.htm>>. Acesso em: 15 jan. 2010.

Jurisprudência

Apelação Cível n. 90.02.19738-1. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Relator Desembargador Federal Paulo Barata. Apelante Light – Serviços de Eletricidade S/A; apelada Cotibra S/A Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários e Outros. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br/iteor/RJ0106310/1/30/47525.rtf>>. Acesso em: 15 jan. 2010.

Recurso Extraordinário n. 104.895-6. STF, Relator Ministro Carlos Madeira, 17-6-1986. *In*: MESSINA, Paulo de Lorenzo; FORGIONI, Paula A. **Sociedades por ações**. Jurisprudência, casos e comentários. São Paulo: RT, 1999.

OFICINAS – ESTUDOS DE CASO

OFICINA I – Caso Cítrica

Alienação de estexto-tabelaelecimento empresarial x alienação de participação societária

- Diferenças e similitudes entre as duas modalidades de aquisição/alienação de empresas
- Formalidades legais e responsabilidades envolvidas em cada uma dessas operações

Conceitos fundamentais trabalhados na Oficina

- **Direito Societário**
 - Conceitos de patrimônio empresarial e estexto-tabelaelecimento empresarial/diferenças e similitudes
 - Bens intangíveis e valor do estexto-tabelaelecimento empresarial
 - Estexto-tabelaelecimento virtual (site)
 - Arrendamento de estexto-tabelaelecimento, trespasse e alienação de participação societária
 - Responsabilidades das partes envolvidas em tais operações
 - Cláusulas contratuais que dispõem sobre contingências: limites de validade e eficácia perante terceiros
- **Direito Tributário**
 - Responsabilidade do adquirente do estexto-tabelaelecimento (artigo 133 do CTN) e do adquirente de participação societária por débitos tributários
- **Direito Trabalhista**
 - Responsabilidade do adquirente do estexto-tabelaelecimento e do adquirente de participação societária por débitos trabalhistas (artigos 10 e 448 da CLT)

1. A Cítrica Agroindustrial Ltda.

O Grupo francês SFC, fundado em 1851, atua em mais de 53 países ao redor do mundo, nos mais diversos setores, tais como produção de alimentos e bebidas, agroindústria, transporte marítimo internacional, dentre outros. O grupo vem investindo de forma consistente na expansão das atividades de sua subsidiária SFC Commodities, a qual tem significativa atuação no Mercosul e, especificamente, no Brasil. O Grupo SFC detém atualmente cerca de 15% do mercado mundial de processamento e comercialização de frutas cítricas, por meio de suas operações no Mercosul (SFC Commodities) e nos Estados Unidos da América.

Uma das empresas do grupo, atuante no Brasil – a Cítrica Agroindustrial Ltda. – tem por objeto a produção de sucos concentrados e congelados de frutas cítricas, óleos essenciais de frutas cítricas e subprodutos da polpa e da casca de frutas cítricas, em diversas plantas industriais distribuídas pelo interior do Estado de São Paulo. Tal sociedade é controlada pela Cítrica S/A, a qual detém 99,99% de seu capital social e responde por 12,8% das exportações brasileiras de suco de laranja congelado e concentrado – seu principal produto. A parcela remanescente do capital social é detida por outra sociedade do grupo, a Orange do Brasil S/A.

2. A Sucos Cítricos Ltda.

Por sua vez, a Sucos Cítricos Ltda. é uma sociedade brasileira cujo principal quotista é Luís Antônio dos Santos, titular de 99,99% de seu capital social, sendo as quotas remanescentes de titularidade de sua esposa, com quem se casou sob o regime da separação convencional. A Sucos Cítricos não tem participação direta ou indireta em nenhuma outra sociedade e atua, desde 1961, na produção de sucos concentrados e congelados de frutas cítricas, óleos essenciais de frutas cítricas e subprodutos da polpa e da casca de frutas cítricas, em uma planta industrial localizada em Bebedouro/SP. Seu principal produto também é o suco de laranja concentrado e congelado, mas sua participação no mercado brasileiro e seu volume de exportações são muito inferiores aos da Cítrica Agroindustrial, sem relevante expressão.

3. Locação dos ativos da Sucos Cítricos Ltda. pela Cítrica Agroindustrial Ltda.

Em 8 de julho de 2005, foi celebrado Contrato de Locação e Outras Avenças entre a Cítrica Agroindustrial e a Sucos Cítricos, vigente até 8 de julho de 2008, por meio do qual todos os ativos localizados na planta industrial da Sucos Cítricos de Bebedouro/SP – imóvel, instalações industriais, máquinas, equipamentos de

escritório, veículos de transporte, mercadorias em estoque, marca, dentre outros, no valor de R\$ 18 milhões – foram locados à Cítrica Agroindustrial.

Por meio de tal ajuste, o Grupo SFC visava aumentar, de forma imediata, a capacidade produtiva da Cítrica Agroindustrial, a fim de suprir a forte demanda nacional e internacional por sucos concentrados e congelados de frutas cítricas, por meio da exploração da planta industrial de Bebedouro/SP, em razão da súbita redução da oferta proveniente dos Estados Unidos da América, decorrente de uma severa estiagem.

Para a Sucos Cítricos, a locação dos ativos inseria-se no âmbito de uma iniciativa de sua administração de reestruturar as finanças da empresa, seriamente abaladas por uma longa disputa judicial envolvendo Luís Antônio dos Santos e seus ex-sócios, então controladores, encerrada em janeiro de 2005, que resultou na perda de diversas oportunidades negociais.

A expectativa da locadora era de que a receita dos alugueres viesse a garantir o pagamento de parcela relevante do passivo da sociedade, no valor total de R\$ 25 milhões, decorrente de dívidas com os seus fornecedores de frutas, empregados, Fisco e INSS, acumuladas nos 4 anos anteriores. Ademais, o ingresso de recursos permitiria o pagamento de parte significativa do débito da sociedade ante um de seus ex-sócios, excluído da sociedade, débito esse referente às parcelas ainda devidas pelo pagamento dos seus haveres.

Em 10 de julho de 2005, as partes, com a interveniência dos respectivos sócios quotistas, firmaram Instrumento Particular de Outorga de Opção de Compra. De acordo com sua Cláusula 6.2 (abaixo transcrita), ao término do Contrato de Locação a Cítrica Agroindustrial, teria a opção de adquirir a planta industrial da Sucos Cítricos de Bebedouro/SP ou, alternativamente, a totalidade das quotas de seu capital social, opção essa que deveria ser exercida no prazo máximo de 15 dias.

CLÁUSULA 6.2. Ao término do prazo de vigência do Contrato de Locação e Outras Avenças, firmado em 8 de Julho de 2005, caberá à Cítrica Agroindustrial Ltda. a opção de adquirir todos os ativos arrolados na Cláusula 4.5 do citado Contrato, ou de

adquirir a totalidade das quotas sociais do capital da Sucos Cítricos Ltda., opção essa que deverá ser exercida no prazo máximo de 15 (quinze) dias.

Além disso, o mesmo Instrumento de Promessa de Outorga de Opção de Compra e Venda estexto-tabelaecia o direito de preferência da Cítrica Agroindustrial, na hipótese de alienação, pela Sucos Cítricos, de qualquer um dos ativos objeto do Contrato de Locação.

4. Exercício da opção: alienação de ativos ou aquisição de participação societária?

Em 10 de julho de 2008, terminado o prazo de vigência do Contrato de Locação e Outras Avenças celebrado entre as partes em 2005, os administradores da Cítrica Agroindustrial Ltda. colocam-se diante da possibilidade de adquirir (i) os ativos da Sucos Cítricos Ltda., objeto dos contratos firmados, ou (ii) a totalidade das quotas do seu capital, como previsto no Instrumento Particular já citado.

Tendo em vista o crescente faturamento obtido pela Cítrica Agroindustrial Ltda., em decorrência da exploração dos ativos, objeto do Contrato de Locação e o expressivo crescimento da SFC Commodities no mercado mundial, por meio de sua atuação no mercado brasileiro, a Cítrica Agroindustrial tem todo o interesse em exercer a opção.

Para o Sr. Luís Antônio do Santos, qualquer das alternativas é indiferente. Em ambas as hipóteses, utilizará os recursos recebidos para quitar parte das dívidas remanescentes da Sucos Cítricos e para investir no plantio de café em fazendas de propriedade de sua esposa.

O relatório da *Due Diligence* realizada pelo departamento jurídico interno do Grupo SFC indica que a Sucos Cítricos tem ainda as seguintes dívidas, no total de R\$ 20 milhões, devidamente contexto-tabelailizadas ou provisionadas:

- empregados (R\$ 4 milhões)
- Fisco (R\$ 5 milhões)
- INSS (R\$ 2 milhões)
- ex-sócio (R\$ 9 milhões)

Na qualidade de advogado(a) contratado(a) pelo Grupo SFC no Brasil, você deverá realizar um breve estudo das questões societárias e das contingências tributárias envolvidas em cada uma das alternativas disponíveis, respondendo, de forma justificada, as seguintes perguntas formuladas pelos administradores da Cítrica Agroindustrial Ltda., a fim de que, com base em suas respostas, possam definir qual alternativa consideram mais vantajosa:

- Quais as formalidades legais a serem observadas na aquisição dos ativos, objeto do Contrato de Locação, e na aquisição das quotas representativas do capital da Sucos Cítricos Ltda.? Quais os efeitos da inobservância dessas formalidades, no que se refere especificamente à locação e à alienação dos ativos?
- Tendo em vista que a Cítrica Agroindustrial Ltda. não deseja assumir a responsabilidade pela dívida da Sucos Cítricos Ltda. para com seu ex-sócio, qual das alternativas contratualmente previstas seria mais conveniente?
- Qual das alternativas geraria menor risco de sucessão da Cítrica Agroindustrial Ltda. nos débitos tributários e previdenciários da Sucos Cítricos Ltda.?
- A Cítrica Agroindustrial Ltda. não tem interesse na continuidade dos contratos de trabalho firmados pela Sucos Cítricos Ltda. com os empregados atuantes na planta industrial de Bebedouro/SP. Qual das alternativas contratualmente previstas poderia assegurar tal objetivo?
- Tendo em vista as respostas às questões anteriores, qual das alternativas contratualmente previstas você considera mais vantajosa para a Cítrica Agroindustrial Ltda.?
- Se a Sucos Cítricos fosse organizada sob a forma de sociedade anônima de capital fechado, as suas respostas seriam diferentes? Justifique.

Material de Apoio

Recurso Administrativo n. 145799. 7ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes. Recorrente: Banco Bandeirantes S/A (denominação atual Unicard

Banco Múltiplo S/A). Recorrida: 2ª Turma/DRJ Brasília/DF. Relator: Luiz Martins Valero. J. 25-5-2006, Acórdão n. 107-08.588.

Recurso Especial n. 108.873/SP. 2ª Turma do STJ, v. u., j. 4-3-1999 [SUCESSÃO POR DÉBITOS TRIBUTÁRIOS].

Bibliografia Básica

CARVALHOSA, Modesto. *In*: Azevedo, Antonio Junqueira de (Coord.). **Comentários ao Código Civil**: parte especial: do direito de empresa (arts. 1.052 a 1.195). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 13.

LEAL, Hugo Barreto Sodré. **Responsabilidade tributária na aquisição do estexto-tabelaelecimento empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

Bibliografia Complementar

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 6. ed., rev., e atual., de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p. 96-132 [Estexto-tabelaelecimento Empresarial].

LUCENA, José W. **Das sociedades limitadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

WALD, Arnoldo. *In*: Teixeira, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao novo Código Civil**: do direito de empresa. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. XIV, livro II.

Legislação Aplicável⁴⁶

Legislação Ordinária Federal (disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>).

Código Civil (Lei n. 10.406/2002): artigos 79 a 97 (bens e universalidades de fato e de direito), 981 (definição de sociedade), 997 a 1.038 (sociedade simples) 1.052 a 1.087 (sociedade limitada) e 1.142 a 1.149 (estexto-tabelaelecimento empresarial).

Código Tributário Nacional: artigo 133.

Consolidação das Leis do Trabalho: artigos 10 e 448.

Lei n. 6.404/76 (Lei de S/A): artigo 31.

OFICINAS – ESTUDOS DE CASO

OFICINA II – Caso Bella Vita

Reorganização societária

- Reorganização societária e reflexos tributários

Conceitos fundamentais trabalhados na Oficina

- Direito Societário
 - Quóruns de deliberação na S/A e Ltda.
 - Objeto social
 - Alienação de parcela do objeto social a terceiros e desenvolvimento de novas atividades sociais
 - Direito de recesso
- Direito Tributário/Contexto-tabelailidade
 - Noções básicas de Contexto-tabelailidade
 - Tributos incidentes sobre a industrialização, comercialização e serviços
 - Não cumulatividade de ICMS e IPI
 - Terceirização e reflexos para o IPI
 - Industrialização por encomenda
 - Lucro real vs. lucro presumido
 - Ganho e perda de capital

Caso Bella Vita Cosméticos Ltda.

Bella Vita Cosméticos Ltda. é uma empresa familiar, com sede social na cidade de São Bernardo do Campo/SP, fundada nos anos 60 pelos irmãos Giuseppe, Victorio e Mário (cada qual detém 33,33% do capital social da sociedade).

Inicialmente, a empresa industrializava e comercializava produtos cosméticos, de beleza e de higiene. A partir dos anos 90, iniciou suas atividades de fabricação e comércio de alimentos e complementos nutricionais, fundamentalmente voltados para alimentação *diet e light*.

Atualmente, 87% do total do lucro da Bella Vita Cosméticos Ltda. corresponde às atividades de comércio e distribuição de seus produtos, sendo seu objeto social o seguinte:

Artigo 3º A sociedade tem por objeto:

- I. a exploração do comércio e da indústria de produtos de beleza, higiene, produtos cosméticos, alimentos, complementos nutricionais, podendo, para isto, praticar todos os atos e realizar todas as operações relacionadas com seus fins.
- II. a prestação de serviços de qualquer natureza, tais como serviços relacionados a tratamentos estéticos e assessoria mercadológica.
- III. a organização, participação e administração, sob qualquer forma, em sociedades e negócios de qualquer natureza, na qualidade de sócia ou acionista.

Tendo em vista que:

- a marca de seus produtos industrializados é amplamente difundida e conta com excelente reputação no mercado consumidor nacional, tendo sido, recentemente, procurada por diversas redes estrangeiras para exportação;
- a indústria de cosméticos, produtos de beleza e higiene, bem como a indústria de alimentos e complementos nutricionais vem, ao longo da última década, tornando-se cada vez mais competitiva e demandando grandes investimentos tecnológicos; e
- os irmãos não herdaram de seu falecido pai a veia industrial, tendo se formado em administração de empresas, e gostariam de concentrar o máximo possível de esforços na administração da marca e na comercialização dos produtos.

Os irmãos Mário, Victorio e Giuseppe procuram-no, em seu escritório de advocacia, em busca de alternativas jurídicas para adequar suas atividades sociais, de modo a reduzir suas despesas e, em consequência, aumentar seus lucros, e perguntam:

1. Seria possível terceirizar (repassar o processo de industrialização para terceiro) as atividades industriais da Bella Vita? Quais as formas mais comuns para tanto?
2. Levando em consideração o tipo societário (Ltda.) e o faturamento anual de R\$ 100 milhões, a tributação da empresa se dará pelo lucro real ou pelo lucro presumido? A terceirização poderia, de alguma forma, afetar a sistemática de recolhimento? Explique.
3. Ocorrendo a terceirização, haverá repercussões nos recolhimentos de IPI e ICMS?

Situação 2

Em uma outra situação, imaginemos que não são as atividades industriais como um todo que estão demasiadamente onerosas e, assim, pouco rentáveis (ou mesmo deficitárias), mas as atividades relacionadas ao fabrico e ao comércio de produtos cosméticos, de beleza e de higiene que vêm caindo vertiginosamente ao longo dos últimos anos, enquanto as atividades de fabricação e comércio de alimentos e complementos nutricionais vêm crescendo e ganhando mercado.

Considere o seguinte balanço social da Bella Vita:

| ATIVO (R\$) | | PASSIVO (R\$) | |
|-------------------|----------------------|-------------------------------|----------------------|
| Caixa | 100.000,00 | Empréstimo em bancos | 300.000,00 |
| Contas a receber | 400.000,00 | Contas a pagar | 200.000,00 |
| Ativo imobilizado | 10.000.000,00 | Patrimônio Líquido – PL (R\$) | |
| | | Capital | 10.000.000,00 |
| | | Lucros/Prejuízos | 0,00 |
| TOTAL | 10.500.000,00 | TOTAL | 10.500.000,00 |

O ativo imobilizado é assim composto: (a) unidade fabril de cosméticos – R\$ 3 milhões; (b) unidade fabril de alimentos – R\$ 5 milhões; (c) imóvel sede da empresa – R\$ 2 milhões.

1. Suponha que haja o interesse dos sócios em alienar parte do objeto social referente à fabricação de cosméticos, de beleza e de higiene a algum concorrente interessado (a venda será realizada em dinheiro, com pagamento à vista). Como ficará o balanço no caso de a unidade fabril de cosméticos ser alienada, nas seguintes hipóteses (preencha as lacunas):

Hipótese A – Venda da unidade fabril de produtos cosméticos, de beleza e de higiene pelo valor contábil;

Hipótese B – Venda da unidade fabril de produtos cosméticos, de beleza e de higiene pelo valor de mercado, considerando-se que este seja de R\$ 4 milhões;

Hipótese C – Venda da unidade fabril de produtos cosméticos, de beleza e de higiene pelo valor de mercado, considerando-se que este seja de R\$ 2 milhões.

| HIPÓTESE A (valor contábil) | | | |
|------------------------------------|------------|--------------------------------------|---------------|
| ATIVO (R\$) | | PASSIVO (R\$) | |
| Caixa | _____,00 | Empréstimo em bancos | 300.000,00 |
| Contas a receber | 400.000,00 | Contas a pagar | 200.000,00 |
| Ativo imobilizado | _____,00 | Patrimônio Líquido – PL (R\$) | |
| | | Capital | 10.000.000,00 |
| | | Lucros/Prejuízos | _____,00 |
| TOTAL | _____,00 | TOTAL | _____,00 |

| HIPÓTESE B (valor superior ao contábil) | | | |
|--|------------|--------------------------------------|---------------|
| ATIVO (R\$) | | PASSIVO (R\$) | |
| Caixa | _____,00 | Empréstimo em bancos | 300.000,00 |
| Contas a receber | 400.000,00 | Contas a pagar | 200.000,00 |
| Ativo imobilizado | _____,00 | Patrimônio Líquido – PL (R\$) | |
| | | Capital | 10.000.000,00 |
| | | Lucros/Prejuízos | _____,00 |
| TOTAL | _____,00 | TOTAL | _____,00 |

| HIPÓTESE C (valor inferior ao contábil) | | | |
|--|------------|--------------------------------------|---------------|
| ATIVO (R\$) | | PASSIVO (R\$) | |
| Caixa | _____,00 | Empréstimo em bancos | 300.000,00 |
| Contas a receber | 400.000,00 | Contas a pagar | 200.000,00 |
| Ativo imobilizado | _____,00 | Patrimônio Líquido – PL (R\$) | |
| | | Capital | 10.000.000,00 |
| | | Lucros/Prejuízos | _____,00 |
| TOTAL | _____,00 | TOTAL | _____,00 |

Situação 3

Em outra hipótese, na qual a Bella Vita tenha seu ativo permanente composto de: 1) conta imobilizado: um imóvel, sede da empresa, no valor de R\$ 2 milhões; 2) conta investimentos: uma subsidiária integral, cujo objeto é a fabricação de cosméticos (no valor de R\$ 3 milhões) e uma subsidiária integral cujo objeto é a fabricação de alimentos (no valor de R\$ 5 milhões), conforme balanço exemplificativo abaixo:

| ATIVO (R\$) | | PASSIVO (R\$) | |
|-------------------|----------------------|-------------------------------|----------------------|
| Caixa | 100.000,00 | Empréstimo em bancos | 300.000,00 |
| Contas a receber | 400.000,00 | Contas a pagar | 200.000,00 |
| Ativo permanente | 10.000.000,00 | Patrimônio Líquido – PL (R\$) | |
| Investimento | 80.000.000,00 | Capital | 10.000.000,00 |
| Ativo Imobilizado | 2.000.000,00 | Lucros/Prejuízos | 0,00 |
| TOTAL | 10.500.000,00 | TOTAL | 10.500.000,00 |

1. Considerando este cenário, analise a hipótese de alienação de parte do ativo (ações ou quotas da subsidiária cujo objeto é a fabricação de cosméticos): a) pelo valor contábil; b) pelo valor de mercado superior ao contábil; c) pelo valor de mercado inferior ao contábil. Quais as repercussões tributárias nos três casos? (Veja artigo 418 do RIR/99).

Situação 4

Supondo que Mário e Victorio tenham a intenção de alienar as atividades relacionadas à fabricação e ao comércio de produtos cosméticos, de beleza e de higiene, entretanto, Giuseppe não esteja de acordo, comente as diferenças de procedimento, em se tratando de uma Ltda. e uma S/A, no que diz respeito aos quóruns de deliberação e direito de recesso.

Material de Apoio

Anexo I: **Parecer CVM RJ n. 2003/5457.**

RE n. 104.895-6. STF. Rel. Min. Carlos Madeira, 4ª Turma, j. 17-6-1986, por maioria de votos.

REsp n. 31.515/SP. STJ. Rel. Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. 25-3-1996, v.u.

REsp n. 197.329/SP. STJ. Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, j. 2-2-1999, v.u.

Apelação Cível n. 90.02.19738-1. TRF 2ª Região. Rel. Des. Carlos Madeira, 2ª Turma, j. 19-2-1990, por maioria de votos.

Bibliografia Básica

CANTIDIANO, Luiz Leonardo. **Estudos de direito societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 153-164.

CARRAZA, Roque Antônio. **ICMS**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. Capítulos I e II.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 889 e s.

COMPARATO, Fábio Konder. Direito de recesso de acionista de sociedade anônima. **RT** 558, ano 71, p. 33-40, abr. 1982.

HIGUCHI, Hiromi e outros. **Imposto de Renda das empresas: interpretação e prática**. São Paulo: IR Publicações, 2008, Capítulos 1, 2, 30 e 39.

Bibliografia Complementar

IUDÍCIBUS, Sérgio de e outros. **Manual de contexto-tabelabilidade das sociedades por ações**. São Paulo: Atlas, 2007.

LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. **A Lei das S/A**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 316-376.

MESSINA, Paulo de Lorenzo; FORGIONI, Paula A. **Sociedade por ações: jurisprudência, casos e comentários**. São Paulo: RT, 1999. p. 309-313.

Legislação Aplicável⁴⁷

Legislação Federal (disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>).

Lei n. 6.404/76 – artigos 45, 136 e 137.

Código Civil – artigos 1.031 e 1.077.

Regulamento do Imposto sobre a Renda (RIR/99 – Decreto n. 3.000/99) – artigos 138 a 141 e 418 a 445.

Regulamento do IPI (RIPI – Decreto n. 7.212/2010) – artigos 2º a 9º, 42, incisos VI e VII.

Lei n. 9.718/98 – artigo 14.

Legislação Estadual (disponível em: <<http://www.fazenda.sp.gov.br>>). **Regulamento do ICMS/SP (RICMS/SP – Decreto n. 45.490/2000)** – artigos 1º, 9º, 37, 52 e 402 a 410.

¹ Sobre o conceito de empresa, sociedade e pessoa jurídica *vide* FARACO, Alexandre Ditzel. Empresário, sociedade e pessoa jurídica, publicado *In*: PÜSCHEL, Flavia Portela (Coord.). **Organização das relações privadas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 121-147; PRADO, Roberta Nioac; DONAGGIO, Ângela Rita Franco. Sociedade limitada

versus Sociedades por ações: algumas características na estratégia societária de se optar por um dos tipos. Acordo de acionistas e de cotistas: cláusulas relevantes. *In*: PRADO, Roberta Nioac; PEIXOTO, Daniel Monteiro; SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). **Estratégias societárias, planejamento tributário e sucessório**. São Paulo: Saraiva, 2009 (Série GV*law*).

2 O direito de recesso nas incorporações, fusões e cisões é especificamente tratado nos artigos 136, incisos IV e IX, c.c. artigo 137, incisos II e III, todos da Lei das S/A (n. 6.404/76). Esses casos específicos não serão objeto deste trabalho.

3 A forma de apuração de haveres (reembolso) do acionista dissidente nas sociedades por ações está prevista no artigo 45 e seus parágrafos, e, para o cotista nas sociedades limitadas, no artigo 1.031 do Código Civil de 2002.

4 CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2, p. 741.

5 Tratando-se das S/A as matérias que ensejam tal direito, constam dos incisos I a VI do artigo 136 da Lei das S/A, sendo que, nos casos dos incisos I e II (criação ou alteração nas ações preferenciais), o cabimento desse direito é somente aos acionistas titulares de ações da espécie ou classe prejudicada; no que respeita aos incisos IV e V (fusão, incorporação e participação em grupo), somente caberá o recesso aos titulares de ações de espécie ou classe sem liquidez ou dispersão no mercado. Há ainda outros casos esparsos de previsão de direito de recesso na Lei das S/A, como a transformação da sociedade (artigo 221); a incorporação, fusão ou cisão (artigos 223, §§ 3º e 4º, e 230); a incorporação de todas as ações de companhia para convertê-la em subsidiária integral (artigo 252, §§ 1º e 2º); a compra de controle que constitua investimento relevante (artigo 256, § 2º); e a incorporação de sociedade controlada (artigo 264, § 3º).

No que tange às sociedades limitadas, as hipóteses que ensejam o direito de recesso estão dispostas no próprio artigo 1.077 do CC (modificação do contrato social, fusão e incorporação). Nesse particular, é interessante notar que qualquer deliberação que importe na alteração do contrato social, desde a mudança da sede até alguma mudança mais complexa e sofisticada, enseja o direito de recesso.

6 Artigo 137, inciso VI, § 2º, da Lei das S/A, n. 6.404/76, com redação dada pela Lei n. 10.303, de 2001.

7 O único *quorum* legal no qual a unanimidade é exigida é o de deliberação sobre a transformação da sociedade em outro tipo societário (artigo 221 e parágrafo

único da lei das S/A). Nas sociedades limitadas, atualmente, qualquer deliberação que implique alteração do contrato social demanda *quorum* de 75% do capital total (artigos 1.076, inciso I, c.c. 1.071 do Código Civil).

[8](#) BULGARELLI, Waldirio. **Regime jurídico da proteção às minorias nas S/A**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 53.

[9](#) Artigos 129 (*quorum* das deliberações de assembleia geral ordinária – maioria simples) e 136 (*quorum* das deliberações de assembleia geral extraordinária – maioria qualificada) da Lei das S/A e 1.076 do Código Civil de 2002. Quanto ao artigo 1.076, ressalte-se a “novidade”, a nosso ver, absurda, da necessidade de $\frac{3}{4}$ do capital social (praticamente a unanimidade em grande parte das sociedades limitadas brasileiras) para deliberar sobre quaisquer matérias que impliquem a mudança do contrato social, bem como a incorporação, fusão, dissolução da sociedade ou a cessação do estado de liquidação.

[10](#) CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2, p. 741.

[11](#) Nesse sentido, ver COMPARATO, Fabio Konder. Direito de recesso de acionista de sociedade anônima. **RT**, São Paulo: RT, ano 71, v. 558, p. 33-40, abr. 1982.

[12](#) CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2, p. 742.

[13](#) COMPARATO, Fabio Konder. Direito de recesso de acionista de sociedade anônima. **RT**, São Paulo: RT, ano 71, v. 558, p. 33-40, abr. 1982.

[14](#) CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2, p. 743.

[15](#) Conforme assevera Comparato, ao caracterizar as incidências normativas do direito de recesso como um “sistema de tipicidade fechada, que não admite a criação de fatos jurídicos novos (...) Essa razão se encontra, a meu ver, no fato de que a retirada do acionista, com o reembolso do valor de suas ações pela companhia, configura um poder jurídico ou direito potestativo (...), com a correlata situação de sujeição da sociedade anônima, constituindo um remédio ou corretivo aos excessos do princípio majoritário”. COMPARATO, Fabio Konder. Direito de recesso de acionista de sociedade anônima. **RT**, São Paulo: RT, ano 71, v. 558, p. 34, abr. 1982.

[16](#) COMPARATO, Fabio Konder. Direito de recesso de acionista de sociedade anônima. **RT**, São Paulo: RT, ano 71, v. 558, p. 33-40, abr. 1982; VALDETARO, Liana Gorberg. Do uso abusivo do direito de retirada: mudança do objeto social inapta a ensejar o exercício do direito de recesso. *In*: WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da (Coord.). **A**

empresa no terceiro milênio: aspectos jurídicos. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 143-164.

[17](#) “Trata-se de direito amplamente aceito pelas legislações, embora se entenda descabido quando as ações estejam cotadas em Bolsa, pois que, assim, o acionista insatisfeito poderia negociá-las, sem necessidade de recorrer ao pagamento das ações da companhia.” BULGARELLI, Waldirio. **Regime jurídico da proteção às minorias nas S/A.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 101.

[18](#) BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. **Simpósio sobre o Anteprojeto da Lei das Sociedades Anônimas.** São Paulo, Abrasca, abr. 1976, p. 46 *apud* VALDETARO, Liana Gorberg. Do uso abusivo do direito de retirada: mudança do objeto social inapta a ensejar o exercício do direito de recesso. *In:* WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da (Coord.). **A empresa no terceiro milênio:** aspectos jurídicos. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 143-164.

[19](#) CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas.** São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2, p. 16.

[20](#) Artigos 117, § 1º, letra *a*, e 158, inciso II, ambos da Lei das S/A.

[21](#) COMPARATO, Fabio Konder. Direito de recesso de acionista de sociedade anônima. **RT**, São Paulo: RT, ano 71, v. 558, p. 35-36, abr. 1982.

[22](#) GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Sobre a interpretação do objeto social. **Revista de Direito Mercantil**, n. 54, p. 71, abr./jun. 1984.

[23](#) LAMY FILHO, Alfredo. Mudança de objeto social e incorporação de subsidiária. *In:* LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Criação de nova classe de ações preferenciais menos favorecidas. **A Lei das S.A.** – pressupostos, elaboração, aplicação. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 537.

[24](#) “Artigo 3º (i) a indústria e comércio de minérios em geral, em todo o território nacional e no exterior, compreendendo a pesquisa, exploração, lavra, beneficiamento, industrialização, transporte, exportação e comércio de bens minerais; (ii) a prestação de serviços geológicos; (iii) a importação, exportação, transporte e comércio de produtos minerais, químicos e industriais; (iv) a construção, fabricação e montagem de estruturas metálicas; (v) a fabricação, transformação, comercialização, importação e exportação de produtos siderúrgicos; (vi) a instalação, operação e exploração de usinas integradas ou não integradas de aço, para a produção e comercialização de produtos e subprodutos de ferro e aço; (vii) a construção, operação e exploração de terminais marítimos próprios ou de terceiros, de uso privativo, misto ou público; (viii) a construção, operação e exploração de

ferrovias e/ou de tráfego ferroviário próprio ou de terceiros, como concessionário de serviço público ou não; (ix) a prestação de serviços de logística integrada de transporte de carga; (x) a exportação e importação genérica de bens, equipamentos e produtos; (xi) a geração, importação, exportação e comercialização de energia elétrica, a implantação de usinas de geração elétrica, seja de fonte térmica, hídrica, eólica ou outra, a aquisição e importação de combustível e a implantação da infraestrutura associada; (xii) o desenvolvimento, exploração, implantação, operação e gerenciamento de projetos de recursos hídricos, o comércio de água, mineral ou industrial, a implantação de logística associada com a comercialização ou entrega de água e a prestação de serviços da indústria de recursos hídricos; (xiii) a participação no capital de outras sociedades nacionais ou internacionais constituídas sob qualquer forma societária e qualquer que seja o objeto social.”

Disponível em:
<http://ri.mmx.com.br/static/ptb/arquivos/MMX_EstatutoSocial_20070914_port.pdf>.

Acesso em: 29 jan. 2010.

25 GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Sobre a interpretação do objeto social. **Revista de Direito Mercantil**, n. 54, p. 69, abr./jun. 1984.

26 **Processo CVM RJ n. 2003/7612 (Reg. n. 4.195/2003)**. Recurso contra entendimento da SEP (Superintendência de Relações com Empresas). Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/descol/respdecis.asp?File=4195-2.HTM>>. Acesso em: 15 jan. 2010.

27 Recurso Extraordinário n. 104.895-6. STF, Relator Min. Carlos Madeira, 17-6-1986. *In*: MESSINA Paulo de Lorenzo; FORGIONI, Paula A. **Sociedades por ações**: jurisprudência casos e comentários. São Paulo: RT, 1999, p. 309-311.

28 Recurso Extraordinário n. 104.895-6. STF, Relator Min. Carlos Madeira, 17.06.1986. *In*: MESSINA Paulo de Lorenzo; FORGIONI, Paula A. **Sociedades por ações**: jurisprudência casos e comentários. São Paulo: RT, 1999, p. 309-311, cit., p. 310.

29 No que respeita à necessidade de se demonstrar prejuízo, parece que não restam grandes indagações. Segundo os próprios artigos 136 e 137 analisados em conjunto, não há necessidade de prejuízo para o exercício do direito de retirada na hipótese de mudança do objeto social, assim como também não é necessária a demonstração do prejuízo, entre outras, nas hipóteses de fusão, cisão e incorporação. A questão do prejuízo é bastante ilustrativa em parecer de José Luiz Bulhões Pedreira: “7. DELIBERAÇÕES QUE DÃO DIREITO DE RETIRADA – A Lei n. 6.404/76 (que adotou a orientação de manter, sempre

que possível, a sistemática e a redação dos dispositivos do DL n. 2.627/40) enumera no artigo 137, por referência aos itens do artigo 136, as deliberações da Assembleia Geral que dão direito de retirada. E a análise dos sete itens citados do artigo 136 revela que essas deliberações podem ser classificadas em duas categorias bem distintas: *I – algumas são modificações do estatuto social que alteram profundamente a organização da companhia*, a saber: a) mudança do objeto social (V); b) incorporação da companhia em outra, sua fusão ou cisão (VI); c) dissolução ou cessação do estado de liquidação (VII); e d) participação em grupo de sociedades (VIII); *II – outras têm por efeito reduzir direitos de participação dos titulares as ações ordinárias, de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou de ambas as espécies de ação*, a saber: a) os seis casos de modificação de direitos resultantes da criação ou modificação de ações preferenciais, contidos nos itens I e II do artigo 136 e referidos no n. 3 acima; e b) a modificação do dividendo obrigatório (item IV). A distinção dessas duas categorias baseia-se na natureza da alteração estatutária e nas espécies ou classes de ações que sofrem seus efeitos: *I – as deliberações classificadas no item I acima dizem respeito à própria organização da companhia*; interesse de acionistas dissidentes da deliberação da Assembleia Geral, que a lei protege com o direito de retirada, é o de não serem compelidos a continuar como sócios de companhia substancialmente diferente daquela a que se associaram, ao subscreverem ou adquirirem ações; esse interesse protegido não varia com a espécie ou classe de ações e, portanto, os efeitos da deliberação da Assembleia Geral repercutem, por igual, em todos os acionistas, independentemente da espécie ou classe de suas ações; *II – as deliberações classificadas no item II acima dizem respeito aos direitos de participação conferidos pelas ações*; o interesse do acionista protegido pelo direito de retirada é o de não ver seus direitos de participação reduzidos por deliberação da Assembleia Geral; conforme a deliberação, seus efeitos podem ser restritos às ações ordinárias, a uma ou mais classes de ações preferenciais, ou a todas as espécies e classes de ações; e, por conseguinte, há deliberações em que certas espécies ou classes de ações não têm interesse a proteger: a) como demonstrado no n. 3 acima, as espécies e classes de ações interessadas nas seis hipóteses de deliberação compreendidas nos itens I e II do artigo 136 variam em cada caso; e b) a modificação do dividendo obrigatório somente interessa às ações ordinárias e às ações preferenciais com dividendo mínimo e participação nos lucros: as ações preferenciais com dividendo fixo não têm interesse no dividendo obrigatório” (grifos nossos). Criação de nova classe de ações preferenciais menos favorecida. *In: LAMY FILHO, Alfredo;*

BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. **A Lei das S.A.** – pressupostos, elaboração, aplicação, p. 546-560, cit., p. 556-557.

[30](#) LAMY FILHO, Alfredo. Criação de nova classe de ações preferenciais menos favorecidas. *In*: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Criação de nova classe de ações preferenciais menos favorecidas. **A lei das S.A.** – pressupostos, elaboração, aplicação. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 535-546.

[31](#) CANTIDIANO, Luiz Leonardo. **Estudos de direito societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 153-164.

[32](#) “Quando se diz que, formalmente, o objeto social corresponde à definição estatutária da empresa, faz-se referência implícita a um fenômeno econômico (empresa) que se explica juridicamente como atividade. Empresa significa atividade negocial (...) sequência ordenada e habitual de atos ou negócios jurídicos de conteúdo econômico, praticados profissionalmente com intuito de lucro. Nessas condições, o que o estatuto deve definir, de modo preciso e completo, é a atividade negocial ou empresarial, e não atos ou negócios jurídicos em particular.” GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Sobre a interpretação do objeto social. **Revista de Direito Mercantil**, n. 54, p. 67-72, cit., p. 67-68, abr./jun. 1984.

[33](#) CANTIDIANO, Luiz Leonardo. **Estudos de direito societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 156-157.

[34](#) CANTIDIANO, Luiz Leonardo. **Estudos de direito societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 156-157.

[35](#) **Processo CVM RJ n. 2003/5457**. Relator Luiz Antonio de Sampaio Campos. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/descol/respdecis.asp?File=4114-0.HTM>>. Acesso em: 15 jan. 2010.

[36](#) Atualmente, o objeto social da Guararapes Confecção S/A está previsto no artigo 3º do seu estatuto social, conforme segue: “Art. 3º. A companhia tem por objeto: a) indústria têxtil em geral; b) a indústria de confecções de roupas e de tecidos em geral, sua comercialização por atacado e a varejo, e exportação; c) a importação e comercialização, por atacado, de confecções e tecidos, produtos de perfumaria e esportivos, calçados, roupas de cama, mesa, banho e cozinha, brinquedos, relógios e cronômetros, artigos para fumantes e material de acampamento; d) serviços de comunicação, publicidade e propaganda; e) serviços de criação e confecção de artigos do vestuário em geral e de cama, mesa, banho e cozinha”. A Guararapes controla ainda as empresas *Midway Financeira* e a *Midway Mall Shopping Center*, esta última o objeto de discórdia do processo ora tratado. Disponível em:

<http://www.mzweb.com.br/guararapes/web/arquivos/estatuto_social.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2010.

[37](#) Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/descol/respdecis.asp?File=4114-0.HTM>>, p. 1. Acesso em: 15 jan. 2010.

[38](#) **Processo CVM RJ n. 2003/5457**. Voto do Relator Luiz Antonio de Sampaio Campos. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/descol/respdecis.asp?File=4114-0.HTM>>. Acesso em: 15 jan. 2010.

[39](#) **Recurso contra decisão da SEP – desvio de objeto social e retenção de lucros – Guararapes Confeções S/A – proc. RJ 2003/5457 reg. n. 4114/2003**. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/descol/resp.asp?File=2004-028D04e05082004.htm>>. Acesso em: 15 jan. 2010.

[40](#) **Apelação Cível n. 90.02.19738-1**. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Relator Desembargador Federal Paulo Barata, Apelante Light – Serviços de Eletricidade S/A; apelada Cotibra S/A Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários e outros. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br/iteor/RJ0106310/1/30/47525.rtf>>. Acesso em: 3 nov. 2010.

[41](#) Teor do acórdão: “Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas: Decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, à unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, que fica fazendo parte integrante do presente julgado. Rio de Janeiro, 17 de dezembro de 2002 (data do julgamento)”. **Apelação Cível n. 90.02.19738-1**. Relator Desembargador Federal Paulo Barata, Apelante Light – Serviços de Eletricidade S/A; apelada Cotibra S/A Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários e outros. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br/iteor/RJ0106310/1/30/47525.rtf>>. Acesso em: 15 jan. 2010.

[42](#) Direito de recesso de acionista de sociedade anônima. **RT**, São Paulo: RT, ano 71, v. 558, p. 33-40, abr. 1982.

[43](#) COMPARATO, Fabio Konder. Direito de recesso de acionista de sociedade anônima. **RT**, São Paulo: RT, ano 71, v. 558, p. 34, abr. 1982.

[44](#) COMPARATO, Fabio Konder. Direito de recesso de acionista de sociedade anônima. **RT**, São Paulo: RT, ano 71, v. 558, p. 34, abr. 1982.

[45](#) E prossegue o autor: “A natureza do objeto social, isto é, o tipo de atividade empresarial a ser desenvolvida pela companhia, constitui elemento básico da estrutura societária e, por isso mesmo, é matéria de estrita competência da assembleia geral. A forma ou extensão dessa atividade é elemento secundário, dependente das mutáveis circunstâncias do mercado e dos recursos globais com que conta a companhia. Sua determinação, portanto, se inclui

na ampla esfera dos poderes administrativos, dependendo, excepcionalmente, de autorizações prévias ou aprovações *a posteriori* da assembleia geral”. CANTIDIANO, Luiz Leonardo. **Estudos de direito societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 36.

[46](#) A indicação de legislação não exclui eventual necessidade de o aluno pesquisar outros veículos normativos que entenda cabíveis, devendo, ainda, estar atento às constantes atualizações sobre o tema.

[47](#) A indicação de legislação não exclui eventual necessidade de o aluno pesquisar outros veículos normativos que entenda cabíveis, devendo, ainda, estar atento às constantes atualizações sobre o tema.

4 NOVAS TENDÊNCIAS DA CONTABILIDADE E (POTENCIAIS) REFLEXOS TRIBUTÁRIOS

Edison Carlos Fernandes

Professor do Programa de Educação Continuada e Especialização em Direito GVlaw; professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie; professor convidado da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo – FIECAFI; doutor pela Pontifícia Universidade Católica – PUCSP; titular da Cadeira n. 29 da Academia Paulista de Letras Jurídicas e advogado.

4.1 Novo padrão contábil e a sua adoção obrigatória

Com a publicação da Lei n. 11.638, de 2007, alterada pela Lei n. 11.941, de 2009, trazendo modificações na Lei n. 6.404, de 1976 (Lei das Sociedades por Ações), o Brasil iniciou o processo de convergência das normas contábeis para o padrão internacional, especialmente aquele conhecido como *International Financial Reporting Standards* – IFRS. O compromisso assumido pelas autoridades brasileiras perante a comunidade internacional foi de que a adoção inicial, de maneira integral, do IFRS estaria concluída em 1º de janeiro de 2011, o que realmente aconteceu por meio da publicação dos últimos Pronunciamentos Técnicos do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, passando a valer para as demonstrações de 2010 a serem publicadas até abril de 2011.

Existem muitos dispositivos legais, no ordenamento jurídico brasileiro, que tratam das demonstrações contábeis. De maneira geral, a preparação dessas demonstrações é exigida pelo artigo

1.179 do Código Civil (Lei n. 10.406, de 2002) e pelos artigos 176 e seguintes da Lei das Sociedades por Ações – LSA (Lei n. 6.404, de 1976, com as alterações posteriores); de forma específica, pode-se citar, dentre inúmeros outros, o artigo 31 da Lei n. 8.666, de 2003, que institui normas para licitações e contratos administrativos. Portanto, os dispositivos legais *stricto sensu* sobre informações financeiras são muitos e dos mais variados conteúdos e aplicações.

Ao lado das leis, há um conjunto de normas regulamentares (de nível hierárquico inferior às leis, isto é, atos do Poder Legislativo) a respeito da elaboração e da divulgação de informações financeiras. Para efeitos deste estudo, as mais relevantes são os atos da Comissão de Valores Mobiliários – CVM e os pronunciamentos do Comitê de Pronunciamentos Contábeis – CPC. Embora esses documentos não tenham a natureza de lei *stricto sensu*, apresentam o mesmo poder, em virtude de delegação legal.

A Comissão de Valores Mobiliários – CVM foi criada pela Lei n. 6.385, de 1976. De acordo com essa lei, compete à CVM (artigo 1º, § 3º da Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976) regulamentar o mercado de capitais no Brasil por meio de seus atos. Dessa forma, recebeu a CVM a delegação de disciplinar o mercado de capitais, o que inclui a normatização da elaboração e da divulgação de informações financeiras para as empresas que atuem nesse mercado.

Já o Comitê de Pronunciamentos Contábeis – CPC foi criado pela Resolução n. 1.055/2005 do Conselho Federal de Contabilidade – CFC, cuja atribuição é *estudar, pesquisar, discutir, elaborar e deliberar sobre o conteúdo e a redação de Pronunciamentos Técnicos, Orientações e Interpretações* (artigo 4º *caput* e § 1º da Resolução CFC n. 1.055/2005), para permitir a emissão de normas pela entidade reguladora brasileira, visando à centralização e uniformização do seu

processo de produção, levando sempre em conta a convergência da contabilidade brasileira aos padrões internacionais (artigo 3^a da Resolução CFC n. 1.055/2005). Note-se que o CPC não tem competência normativa, como têm a CVM e o CFC; porém, os seus pronunciamentos, suas orientações e suas interpretações são aprovadas tanto pela CVM, passando a ser impositiva para as empresas que atuam no mercado de capitais, quanto pelo próprio CFC, passando a ser de observância obrigatória por todos os profissionais de contabilidade¹. Isso porque, ao Conselho Federal de Contabilidade – CFC foi delegada, por lei, a competência para fiscalizar o exercício da profissão de contabilista (artigo 2^a do Decreto-lei n. 9.295, de 1946).

Por lei, qualquer empresa está obrigada a manter algum relatório contábil, ainda que seja apenas o chamado Livro-caixa. O Código Civil Brasileiro – CCB, que deve ser observado por todas as empresas brasileiras, independente do seu tipo societário (sociedade anônima ou sociedade limitada) e do seu porte, estabelece *expressamente* que a sociedade empresária² é obrigada a seguir um sistema de contabilidade e a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico (artigo 1.179 do CCB) ou demonstração da conta de lucro e perdas, em que “constará crédito e débito” (artigo 1.189 do CCB) – isto é, a *Demonstração do Resultado do Exercício* – DRE. Recentemente, a Lei n. 12.249, de 2010, resolveu qualquer controvérsia com relação à obrigatoriedade de adoção das normas internacionais de contabilidade ao reforçar a competência *normativa* do Conselho Federal de Contabilidade de editar o padrão contábil brasileiro – o que tem sido feito por meio da aprovação dos Pronunciamentos Técnicos do CPC.

A observância do padrão internacional de contabilidade, como já mencionado, foi introduzida no Brasil por meio da Lei n. 11.638, de

2007 (alterada pela Lei n. 11.941, de 2009), a qual modificou dispositivos da Lei das Sociedades por Ações – LSA (Lei n. 6.404, de 1976). A partir de 2008/2009, com a entrada em vigor dessas modificações, estão expressamente obrigadas a cumprir as novas regras de contabilidade as sociedades anônimas, quer de capital aberto quer de capital fechado, e as sociedades limitadas consideradas de grande porte: faturamento anual acima de R\$ 300 milhões ou ativos totais acima de R\$ 240 milhões. Assim, *aparentemente*, existe uma lacuna legislativa no que diz respeito às sociedades limitadas que não sejam consideradas de grande porte.

Ainda que se possa encontrar argumentos pertinentes e razoáveis a favor de uma interpretação mais restritiva do texto legal, corolário inevitável de uma análise sistemática e completa da legislação comercial brasileira será o entendimento (e o convencimento) de que toda e qualquer sociedade empresária, independentemente do tipo societário ou do seu porte, deve respeitar as normas internacionais de contabilidade. Orientação nesse sentido consta da legislação civil (artigo 1.179 do CCB), da legislação comercial (artigos 176 e seguintes da LSA) e da legislação tributária (artigo 6º, § 1º do Decreto-lei n. 1.598, de 1977). Portanto, os IFRS valem para todas as empresas mercantis brasileiras.

A lei civil, ao menos em duas oportunidades, estabelece que a contabilidade atenderá a lei especial: primeiro com referência ao *balanço patrimonial* (artigo 1.188 do CCB) e, depois, com o que chama de *balanço de resultado econômico* (artigo 1.189 do CCB), sinônimo de DRE. E a *lei especial* que dispõe sobre contabilidade é a Lei das Sociedades por Ações, isto é, a Lei n. 6.404, de 1976, alterada pelas Leis ns. 11.638, de 2007, e 11.941, de 2009. Com isso, não se recorre, sequer, à possibilidade de o contrato social de sociedade limitada prever a regência supletiva pelas normas da

sociedade anônima (artigo 1.053, parágrafo único do CCB), o que só reforçaria, ainda mais, a obrigatoriedade de observância do padrão internacional de contabilidade.

Além disso, como visto, o Conselho Federal de Contabilidade – CFC recebeu a delegação legal para ditar os padrões da contabilidade no Brasil (Decreto-lei n. 9.295, de 1946). No exercício dessa delegação, o CFC criou o Comitê de Pronunciamentos Contábeis – CPC (Resolução CFC n. 1.055/2005) para conduzir o processo de convergência contábil para as regras internacionais, o que, de certa forma, também foi previsto legalmente (artigo 10-A da Lei n. 6.385, de 1976). Dessa forma, mesmo que se diga que a empresa em si, por ser sociedade limitada não caracterizada como de grande porte, não esteja expressamente obrigada à adoção dos IFRS (*o que é um falso argumento, como visto no parágrafo anterior*), o seu profissional de contabilidade, responsável pela escrituração das demonstrações financeiras (artigos 1.177 e 1.178 do CCB), deve compulsoriamente seguir as diretrizes do Conselho Federal de Contabilidade – o qual aprova todos os Pronunciamentos Técnicos do CPC.

Some-se à disciplina exposta acima a legislação tributária que faz referência direta e expressa aos preceitos da *lei comercial*, que é a mesma “lei especial” mencionada, ou seja, a Lei das Sociedades por Ações – LSA. Tanto no caso de a empresa apurar os tributos sobre o resultado com base no lucro real (conferir artigo 6º, § 1º do Decreto-lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977) ou no lucro presumido (conferir artigo 51, § 2º da Instrução Normativa SRF n. 11, de 21 de fevereiro de 1996), ela deverá, no início da apuração do primeiro ou ao final da apuração do segundo, determinar o lucro com base na lei comercial. Talvez, ainda se possa deixar de lado a obrigatoriedade dos IFRS para as micros e pequenas empresas³;

porém, mesmo nesse caso, pode ser conveniente adotar as normas internacionais de contabilidade, motivo pelo qual há até Pronunciamento Técnico do CPC a respeito⁴ (no sentido das recomendações originais do The International Accounting Standards Board – IASB (Comitê de Normas Internacionais de Contabilidade)).

A par da obrigatoriedade legal, e considerando que não há sanção (penalidade) prevista para o seu descumprimento, é possível que as empresas que não venham a adotar os IFRS encontrem alguns embaraços no desenvolvimento do seu negócio. Isso pode acontecer por exigência de órgãos públicos (por exemplo: o BACEN, no caso de remessa de recursos para o exterior; o poder licitante, quando exigir a observância das normas internacionais em edital de concorrência pública etc.) ou de entidades privadas (por exemplo: concorrência privada, concessão de empréstimo bancário, disputa entre sócios de sociedade limitada etc.). Acima disso tudo, seguir as orientações do CPC pode tornar-se uma oportunidade para as empresas, dado o impacto sobre o seu valor que as informações financeiras propiciam, para a atuação tanto no mercado (operacional e de capitais) brasileiro quanto internacional.

4.2 Importância do julgamento

Uma das principais alterações verificadas nas práticas contábeis brasileiras, em decorrência da adoção do padrão internacional, foi o abandono do registro contábil puramente formular, isto é, que segue uma forma pronta e acabada, tradicionalmente reconhecida como adequada. Os IFRS introduzem na legislação brasileira o registro contábil com base no *julgamento de cada caso concreto*, o que traz, desde logo, duas relevantes implicações: de um lado, a contabilidade deixa de ser uma atividade exclusiva do contabilista, passando a

integrar outros setores da empresas, como o industrial, o financeiro, o de serviços etc.; de outro, essa tarefa multi e interdisciplinar requer a atuação destacada dos profissionais da área jurídica, que habitualmente já exercem o ofício do julgamento. Assim, não só a tarefa contábil se abre à participação do profissional do direito, como este passa a ser um profissional decisivo no exercício daquela tarefa.

O mais famoso e atual exemplo dessa atuação conjunta e integrada do contador com o profissional do direito é a decisão sobre o registro contábil do contrato de arrendamento mercantil (*leasing*). Dependendo dos termos contratuais, o bem arrendado poderá ser informado como ativo imobilizado, portanto, sendo reconhecida a “propriedade” da empresa, ou o pagamento desse contrato poderá ser considerado tal como uma despesa de aluguel. O julgamento equivocado sobre esse contrato, e seu respectivo registro contábil, poderá impactar a definição de responsabilidade dos contratantes, além de interferir, de maneira significativa, no cálculo dos tributos e na apuração do resultado (lucro ou prejuízo).

4.3 Primazia da substância sobre a forma

A atividade empresarial sempre é concebida na cabeça do empreendedor, que tem a ideia de como desenvolver uma relação econômica, investir recursos financeiros e humanos e ser remunerado por esse investimento e por seu trabalho. Ao empreendedor (empresário) não cabe desenhar o modelo jurídico mais apropriado para o desenvolvimento da sua atividade, mas tão somente de decidir por uma dentre várias formas jurídicas adequadas ao seu interesse econômico, considerando as características, as vantagens e as desvantagens de cada uma dessas formas jurídicas que estão ao seu alcance. A atribuição de estudar

essas diversas formas e apresentá-las em suas nuances ao empresário (empreendedor) é do profissional do Direito, que buscará o fundamento de suas considerações na lei, na jurisprudência e na prática reiterada do mercado.

Uma vez definido o modelo de atuação do empresário, cabe ao profissional do Direito formalizar os negócios que serão desenvolvidos, tais como: constituição da pessoa jurídica, se for o caso, bem como os respectivos registros públicos; solicitação de registro de marca; celebração dos contratos com fornecedores e com clientes; celebração dos contratos de trabalho etc. Concluídas essas formalizações, inicia-se a tarefa contábil de registrar financeiramente cada um dos negócios jurídicos realizados. Nesse momento, temos a primeira integração entre o profissional do Direito e o contador, pois, de acordo com o *princípio contábil da primazia da substância sobre a forma*, as demonstrações financeiras (especialmente, o balanço patrimonial e a demonstração do resultado do exercício) deverão trazer a informação da operação econômica pretendida pelo empresário.

A adoção desse princípio aumenta a responsabilidade dos profissionais do Direito. Isso porque ganha concretude o disposto nos artigos 167 e 170 do Código Civil Brasileiro – CCB, que estabelecem, por um lado, que “é nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma”, e, por outro, “se o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido”. Em conclusão, havendo, eventualmente, conflito sobre a interpretação de um negócio econômico, juridicamente configurado, a contabilidade poderá servir de prova para a definição da sua natureza jurídica e das responsabilidades de cada contratante daí decorrentes.

4.4 Ativos financeiros

Com relação aos ativos financeiros, entendidos como as aplicações em instrumentos financeiros, inclusive derivativos, e em direitos e títulos de créditos, duas distinções devem ser feitas, de acordo com os critérios de avaliação adotados pela nova lei contábil, a saber:

- aplicações destinadas à negociação ou disponíveis para venda: registradas por seu valor justo ou valor equivalente;
- demais aplicações e os direitos e títulos de crédito: registrados pelo valor de custo ou de emissão, conforme o caso, devidamente atualizado por índices legais ou contratuais, mas ajustado por eventuais circunstâncias que reduzam seu valor de realização.

Para a apuração do valor justo – ou equivalente – dos instrumentos financeiros, a própria lei determina os critérios a serem adotados, de maneira sucessiva, e não facultativa, isto é, somente se adota o critério seguinte se o anterior não for possível. Tais critérios são, pela ordem:

1. valor encontrado em (i) mercado ativo; (ii) decorrente de transação contratual (não compulsória); e (iii) realizada entre partes independentes;
2. valor encontrado em (i) mercado ativo; (ii) decorrente de transação contratual (não compulsória); e (iii) realizada entre partes independentes de (iv) *instrumentos financeiros similares* na sua natureza, prazo e risco;
3. valor presente líquido dos fluxos de caixa futura para *instrumentos financeiros similares* na sua natureza, prazo e risco;
4. valor obtido por meio de modelos matemático-estatísticos de precificação de instrumentos financeiros.

O lançamento de contrapartida ao aumento ou à diminuição de ativos em decorrência da aplicação do valor justo, até a data da efetiva realização (vencimento ou alienação) desses ativos financeiros (regime de competência), será mantido na conta "ajuste de avaliação patrimonial", criada pela Lei n. 11.638, de 2007 (conferir item 4.11 adiante), no patrimônio líquido, sem gerar impacto no resultado do exercício (não significa receita ou despesa). Portanto, tampouco terá reflexos para efeitos tributários, quer como valor tributável (receita) ou valor dedutível (despesa).

4.5 Ativo (e passivos) decorrente de operação de longo prazo

Outra alteração pertinente à avaliação de bens e direitos diz respeito ao ativo realizável a longo prazo (e ao passivo exigível a longo prazo). De acordo com a Lei n. 11.638, de 2007, esses ativos (e também os passivos) devem ser ajustados, para efeito de registro contábil, a valor presente. Além disso, outros ativos (e passivos) que tenham significativo impacto do tempo devem ser ajustados da mesma forma.

A justificativa para esse ajuste é a adequação ao regime de competência, isto é, deve ser informado o valor dos bens e direitos no momento atual (critério de valor justo), e não com base no montante que será recebido no futuro. Para efeito da apuração do lucro real (IRPJ) e da base de cálculo da CSLL, essa despesa é considerada não dedutível no cálculo desses tributos, pois decorre da constituição de uma provisão; e, quando da reversão da provisão e conseqüentemente registro de receita financeira, esta última não será tributada pelo IRPJ e pela CSLL (com relação aos passivos, os efeitos são os mesmos, mas cronologicamente invertidos). Em

conclusão, a determinação legal para que os ativos (e passivos) de longo prazo sejam ajustados a valor presente não apresenta reflexo tributário, a par do importante impacto para efeito societário (os lucros destinados aos sócios, num primeiro momento, são reduzidos pela constituição da provisão).

4.6 Investimento (permanente)

Dentre os diversos bens e direitos que uma pessoa jurídica possui, e que merece registro nas demonstrações contábeis, está o investimento em outra pessoa jurídica, isto é, a participação em ações ou quotas de uma outra empresa. Nesse sentido, o investimento efetuado por uma empresa pode ser identificado como uma de três ordens:

1. investimento especulativo (aplicação em renda variável);
2. investimento permanente não relevante;
3. investimento permanente relevante (nos termos da legislação societária).

Os investimentos aqui tratados devem ser registrados na contabilidade, de maneira a que o seu titular informe os usuários das demonstrações financeiras que os detém. Por outro lado, é sabido que as demonstrações contábeis somente aceitam registros em valores monetários, em cumprimento aos princípios contábeis geralmente aceitos. Portanto, a questão da avaliação do investimento é de fundamental importância, pois é por meio do procedimento de avaliação – atribuir valor – que a contabilidade cumprirá o seu papel informativo e analítico.

Uma alteração trazida pela Lei n. 11.638, de 2007, que chama a atenção é a exclusão da expressão “investimento relevante” do texto

do artigo 248 da Lei n. 6.404, de 1976, para fins de reconhecimento da titularidade de participação societária na contabilidade. Por esse motivo, poder-se-ia entender que, a partir da entrada em vigor da mencionada lei de alterações contábeis, não haveria mais que se distinguir o investimento como *relevante* ou *não relevante*, como era feito anteriormente, com base no texto original da Lei n. 6.404, de 1976. Esse entendimento não deve prosperar por dois motivos: primeiro, porque permanecem dois métodos como critério de avaliação do investimento permanente, a saber, o método do custo (para investimentos não relevantes) e o método de equivalência patrimonial (para investimento relevantes); segundo, haja vista a manutenção da redação original do artigo 183, III, e do artigo 247, parágrafo único da Lei n. 6.404, de 1976, que assim determina:

Art. 247. (...)

Parágrafo único. 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;
- 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.

Em decorrência da posição acima tomada, quando a participação societária tem outra finalidade que não a meramente especulativa, estaremos diante de um investimento permanente; contudo, se esse investimento não se enquadrar nas condições do artigo 248 da Lei n. 6.404, de 1976, tratar-se-á de *investimento permanente não relevante*. De maneira resumida, será não relevante o investimento em que o titular das quotas (esse conceito também se aplica no caso de sociedades limitadas) ou das ações não exerça qualquer interferência na administração da empresa investida ou, ainda, que o

investimento ou os investimentos realizados não sejam significativos para a investidora (de acordo com as condições descritas no artigo 247, parágrafo único da Lei n. 6.404, de 1976). A avaliação do “investimento não relevante” será feito pelo *custo de aquisição*. Isso significa dizer que não interessa o valor patrimonial da investida, mas o preço pago pelo investimento.

Uma importante conclusão que se extrai da adoção, por meio da lei, do método do custo de aquisição é a seguinte: as variações do patrimônio líquido da empresa investida não geram qualquer interferência na avaliação do investimento nos registros contábeis da empresa investidora. Adiante, ver-se-á que essa conclusão ganha relevância quando analisados os reflexos tributários. Portanto, os lucros ou prejuízos apurados pela empresa investida, e que alteram o valor do seu patrimônio líquido, não impactam diretamente a contabilidade da empresa investidora; dessa forma, para que o resultado acumulado da empresa investida seja refletido no valor do investimento da empresa investidora, devem se considerar novos critérios ou ocorrências contábeis, distintas do mero reconhecimento do ganho ou da perda da empresa investida.

No caso de apuração de prejuízos reiterados pela empresa investida, pode ser recomendável à empresa investidora que ajuste o valor do investimento, o que será feito por meio da constituição de uma provisão para desvalorização do investimento referido. Com isso, a provisão terá por contrapartida contábil o registro de uma despesa, o que reduzirá, por consequência, o resultado da empresa investidora. Do ponto de vista tributário, cumpre alertar que essa despesa (contrapartida de provisão), registrada na empresa investidora, é indedutível para efeito do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL.

Ao contrário, na situação em que a empresa investida apurar lucro, esse ganho será registrado na empresa investidora quando houver a distribuição dos dividendos. Nesta última empresa (investidora), os dividendos aumentarão o valor das disponibilidades (geralmente: Caixa/Bancos) em contrapartida contábil com conta de receita, o que implica o aumento do resultado da mencionada empresa. Esse aumento de resultado, por sua vez, é isento de tributos, especialmente nos termos do artigo 10 da Lei n. 9.249, de 1995; portanto, sempre que se tratar de investimento não relevante haverá registro de receita de dividendos (diferente do que ocorre no caso de investimento relevante, como será oportunamente comentado), receita esta isenta de tributos.

O investimento será considerado relevante se enquadrado em uma das hipóteses previstas na legislação, podendo ser apresentadas de maneira resumida como segue:

1. a empresa investidora ter influência sobre a administração da empresa investida;
2. a empresa investidora deter mais de 20% do *capital votante* da empresa investida;
3. investimento (um único) com valor superior a 10% do capital social da empresa investidora (repare que o parâmetro mudou: no item anterior o percentual é sobre o capital social da empresa investida; neste, sobre o capital social da empresa investidora);
4. investimentos (mais de um) com valor, no conjunto, superior a 15% do capital social da empresa investidora (note que novamente o parâmetro é o capital social da empresa investidora).

Verificada, portanto, uma das hipóteses descritas acima, a avaliação do investimento obedecerá o *método de equivalência patrimonial*, que consiste no registro contábil do investimento por

seu valor patrimonial, além de serem refletidas, automaticamente, as mutações do patrimônio líquido da empresa investida.

Ressalte-se que a adoção do método do custo de aquisição ou do método de equivalência patrimonial não é opção das pessoas jurídicas, mas determinação legal: o primeiro método (*custo de aquisição*) aplica-se tão somente aos investimentos não relevantes; e o segundo (*equivalência patrimonial* ou MEP), apenas aos investimentos relevantes.

No *Método de Equivalência Patrimonial* o valor mais importante não é aquele pelo qual o investimento foi adquirido: relevante é quanto representa o patrimônio líquido da empresa investida. O investimento, informado nas demonstrações contábeis da empresa investidora, deverá sempre equivaler ao percentual de participação sobre o montante do patrimônio líquido da investida. Na situação em que o preço pago difira dessa relação de equivalência, a diferença será registrada em conta contábil distinta da conta reservada ao investimento: trata-se do ágio e do deságio, registrados na conta de ativo intangível; assim, para que haja a correspondência contábil, uma vez que toda saída de recursos (contabilmente registrada) representa uma entrada em outra conta contábil, o ajuste entre a saída de disponibilidade (geralmente: Caixa/Banco) e o registro do investimento, quando não coincidentes os valores, será efetuado em conta representativa de ágio (se maior a saída de caixa) ou de deságio (se maior o valor patrimonial do investimento).

Importante notar que o lançamento de ajuste da conta "investimento permanente", a título de ágio ou deságio, representa, normalmente, o reconhecimento do valor justo da participação societária. Esse valor justo pode corresponder ao valor da própria empresa, de algum bem ou direito registrado em seu ativo imobilizado ou de algum bem ou direito registrado em seu ativo

intangível. E, dependendo do fundamento do ágio ou do deságio, será adotado tratamento tributário específico.

Do ponto de vista tributário, a amortização do ágio ou do deságio (hoje reconhecida por meio do teste de recuperabilidade – *impairment*) não gera efeitos para a apuração do lucro real, devendo, portanto, ser adicionada ou excluída, respectivamente; contudo, os valores referentes às amortizações, tanto do ágio como do deságio, deverão ser controlados (o que se faz por meio de registro na Parte B do Livro de Apuração do Lucro Real – LALUR), pois terão efeitos na apuração do lucro real quando da baixa do investimento (alienação ou liquidação).

Outra questão diz respeito à variação do patrimônio líquido da empresa investida, o que é causado, rotineiramente, pela apuração de lucro ou prejuízo. Considerando que pelo *Método de Equivalência-Patrimonial* – MEP o investimento, nas demonstrações financeiras da empresa investidora, deve ser avaliado pela aplicação do percentual de participação societária sobre o montante do Patrimônio Líquido da investida, qualquer variação neste PL implicará ajuste no ativo da empresa investidora; ressalte-se, contudo, que a alteração do valor do PL da empresa investida não tem reflexo direto em relação à amortização do ágio ou do deságio (teste de recuperabilidade). Portanto, a variação do PL da empresa investida apenas provoca ajuste na conta de investimento da empresa investidora.

As alterações promovidas na avaliação do investimento da empresa investidora, em razão da geração de lucro ou prejuízo na empresa investida, representam, contabilmente, acréscimo ou redução no valor inicial do investimento. Como contrapartida, o acréscimo decorrente da apuração de lucro na empresa investida (débito contábil) equivalerá a uma receita (crédito contábil); e a redução ocasionada pela geração de prejuízo investida (crédito

contábil), a uma despesa (débito contábil). A contrapartida, no resultado da empresa investidora, do ajuste efetuado em decorrência do Método de Equivalência Patrimonial – MEP, quer no caso positivo (receita) quer no caso negativo (despesa), por aumento ou redução no valor do patrimônio líquido da empresa investida, respectivamente, não será computada na determinação do lucro.

Isso é o que dispõe o artigo 389 do RIR/99, o mesmo procedimento se aplicando à base de cálculo da CSLL. Dessa forma, no caso de receita, o valor correspondente será excluído na apuração do IRPJ e da CSLL; já no caso de despesa, haverá uma adição para fins de determinação da base de cálculo desses tributos; além disso, de acordo com a legislação pertinente à Contribuição para o PIS e à COFINS, a receita de MEP não é incluída no conceito de receita bruta. Portanto, não há qualquer incidência tributária sobre essa movimentação.

4.7 Ativo imobilizado

Com relação à alteração do conceito de ativo imobilizado, temos duas modificações importantes, a saber:

1. redução do seu conteúdo a bens corpóreos;
2. inclusão dos bens decorrentes de operações que transfiram à companhia seus benefícios, riscos e controle, dentre os quais, o mais lembrado, é os bens recebidos por meio de contrato de arrendamento financeiro (*leasing*).

Os direitos de propriedade industrial e comercial, que são, na realidade, bens incorpóreos, foram transferidos para a recém-criada

conta de *ativo intangível*. Sobre os bens intangíveis serão feitos comentários a seguir.

Por outro lado, a questão da inclusão dos bens objetos de arrendamento mercantil, na modalidade financeira (*leasing* financeiro) em conta do ativo imobilizado pode vir a causar significativo impacto tributário, se não forem adequadamente verificados os termos da relação contratual desse arrendamento. Isso porque essa alteração de tratamento contábil implica alongar o prazo de reconhecimento como despesa do valor do bem. E isso ocasiona uma diminuição do montante da despesa relacionada, aumentando o resultado dos exercícios respectivos.

Em outras palavras: o arrendamento mercantil, seja de que modalidade for (operacional ou financeiro), pode ser equiparado a um contrato de aluguel com opção de compra ao seu final. Sendo contrato de aluguel, o valor integralmente desembolsado no curso do exercício financeiro (mês a mês) é registrado como despesa, adotando-se o regime contábil de competência. Alterar esse conceito para determinar o registro do bem objeto do arrendamento mercantil como ativo imobilizado corresponde a reconhecê-lo, contabilmente, de maneira integral em conta de ativo (sem reflexo imediato no resultado do exercício) e sujeitá-lo à depreciação.

De qualquer maneira, a depreciação é a forma como o ativo imobilizado acaba por impactar o resultado, isto é, a depreciação representa o reconhecimento, como despesa, do desembolso efetuado pela empresa para o pagamento do bem (imobilizado). Essa depreciação toma por base uma taxa percentual, calculada com base no tempo de vida útil estimado de cada bem de maneira específica. Portanto, os tributos sobre o lucro – IRPJ e CSLL – *provavelmente* seriam majorados com essa nova sistemática de contabilização, haja vista que a despesa de aluguel (arrendamento

mercantil) passaria a ser substituída pela despesa de depreciação, sendo que, normalmente, esta é menor do que aquela.

Vale anotar, neste momento, que as implicações tributárias do adequado entendimento do contrato de arrendamento mercantil não se fazem sentir apenas no tratamento dos tributos sobre o lucro. Também no caso dos tributos sobre a operação haveria diferença: sendo caracterizado o contrato como compra e venda financiada (em parcelas), haveria incidência do ICMS, eventualmente até sobre a remuneração cobrada pelo arrendatário (juros); ao contrário, se o contrato for entendido como aluguel com opção de compra, há previsão de incidência do ISS, não obstante ela possa ser questionada. Diante dessas discussões tributárias (e, agora, contábeis), bem fariam os tribunais superiores se definissem, de maneira final, o entendimento sobre a natureza jurídica do arrendamento mercantil.

4.8 Ativo intangível

Ainda com relação ao ativo não circulante, a Lei n. 11.638, de 2007, incluiu um novo grupo de contas, destinadas aos bens incorpóreos que foram retirados do ativo imobilizado: o ativo intangível. Pelo texto legal, já se tem uma ideia do que deve ser registrado nesse grupo de contas contábeis, a saber: “bens incorpóreos destinados à manutenção da companhia ou exercidos com essa finalidade, inclusive fundo de comércio adquirido”. Para efeito de análise tributária dessa conta, convém se fazer a distinção entre dois elementos, sendo eles:

1. bens incorpóreos;
2. fundo de comércio adquirido.

No que diz respeito aos *bens incorpóreos* (deixando o fundo de comércio para ser analisado adiante), têm-se, além dos comentados ágio e deságio, os direitos relativos à propriedade industrial, que são a marca, a patente (tecnologia) e o conhecimento não passível de registro no Instituto Nacional de Propriedade Intelectual – INPI, mas garantido por contrato (*know-how*). Sobre esses direitos, o seu registro contábil observará o princípio contábil do custo como base de valor. Isto é, a marca, a patente e o conhecimento (*know-how*) serão contabilizados com base no valor efetivamente desembolsado para o seu registro ou sua proteção, o que inclui, normalmente, os custos de assessoria e as taxas dos órgãos públicos, principalmente, o INPI.

A amortização dos direitos registrados em conta do ativo intangível está prevista na lei contábil, e, muito embora a legislação tributária não faça menção ao ativo intangível expressamente (até porque a lei que criou essa conta contábil é recente), a dedutibilidade dessa amortização está garantida pela lei atual. O que a Lei n. 11.638, de 2007, fez foi reclassificar o registro contábil dos direitos de propriedade industrial (intangíveis), que estavam, na redação original da Lei n. 6.404, de 1976, registrados em conta do ativo imobilizado. Portanto, fica mantida a dedutibilidade dessa amortização.

Além da marca, da patente e do conhecimento protegido (*know-how*), também é considerado bem intangível e, portanto, incluído na conta contábil específica, o *fundo de comércio*. Esse direito pode, eventualmente, incluir os direitos de propriedade industrial, mas será aqui considerado no que lhe compõe afora esses direitos: clientela e freguesia. De uma maneira mais atual, podemos falar em carteira de clientes e ponto comercial. Em ambos os casos, não é possível o registro contábil na sua formação original, isto é, na constituição da

carteira de clientes ou no aumento de fluxo de consumidores diante do ponto comercial; como a lei contábil determina de maneira expressa, somente haverá registro desses elementos do fundo de comércio se ele for adquirido – direta ou indiretamente.

O fundo de comércio adquirido de maneira indireta, isto é, por meio da aquisição da empresa que o detém, será registrado como ágio de investimento – acima comentado. Eventual amortização desse ágio (recuperabilidade) será indedutível na apuração dos tributos sobre o lucro, inclusive nas situações de reestruturação societária (fusão, cisão ou incorporação). Por outro lado, poderá ser aproveitado para reduzir a incidência dos tributos sobre o lucro, primeiro, no caso de alienação do investimento, uma vez que esse ágio comporá, para fins tributários, o custo do respectivo investimento; segundo, deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

4.9 Recuperação de valores registrados no ativo

Buscando um efeito parecido ao registro de ativo pelo valor justo, a nova lei contábil estabeleceu situações de revisão periódica dos valores registrados em contas do ativo imobilizado e do ativo intangível. Os bens e direitos registrados nessas contas estão sujeitos à redução do seu valor contábil em razão do uso e do desgaste por meio da contabilização das quotas de depreciação, amortização e exaustão, além da obsolescência normal (que têm como contrapartida conta de despesa no resultado do exercício). Além disso, o valor desses bens e direitos poderá ser ajustado quando houver decisão de interromper os empreendimentos ou atividades a que se destinavam ou quando comprovado que não

poderão produzir resultados suficientes para recuperação desse valor (valor de mercado ou geração de fluxo de caixa), sendo garantida a sua dedutibilidade para fins dos tributos sobre o lucro quando não houver possibilidade de reversão.

Por outro lado, de acordo com o mesmo dispositivo ora comentado, dos valores registrados no imobilizado e no intangível poderão ser revisados e ajustados os critérios utilizados para determinação da vida útil econômica estimada e para cálculo da depreciação, exaustão e amortização. Quanto aos efeitos tributários, no caso de essa revisão gerar diminuição de valor do bem ou direito, será registrada a perda, com tratamento semelhante ao acima comentado, no tocante ao inciso I, do artigo 183, § 3^a da Lei n. 6.404, de 1976 (redação atual). Por outro lado, resultando tal revisão em *eventual* aumento de valor (ou recomposição anterior), com impacto no registro da depreciação, amortização ou exaustão, a respectiva diferença de valor deverá ser tratada tal como a “reserva de reavaliação”, isto é, com diferimento da incidência dos tributos sobre o lucro para o momento da sua realização (atualmente o entendimento corrente é de que o reajustamento a maior de ativo está vedado por lei).

4.10 Patrimônio líquido

Com relação ao patrimônio líquido, a Lei n. 11.638, de 2007, extinguiu duas reservas de capital – destinadas ao prêmio recebido na emissão de debêntures, bem como às doações e às subvenções para investimento – e a “reserva de reavaliação” (nova redação do artigo 178, *d*, da Lei n. 6.404, de 1976), além de ter instituído a conta “ajuste de avaliação patrimonial”. O impacto tributário de cada uma dessas mudanças será analisado adiante.

Quanto às reservas de capital, houve a extinção daquela destinada ao registro do prêmio recebido na emissão de debêntures e daquela referente às doações e subvenções para investimento, embora tenha sido criada a “reserva de incentivos fiscais”.

Do ponto de vista contábil, a extinção da reserva de capital destinada ao registro do prêmio recebido na emissão de debêntures representa a sua contabilização como receita. Relembrando o que vem a ser esse *prêmio*: de acordo com o artigo 52 e seguintes da Lei n. 6.404, de 1976, a companhia (sociedade por ações) poderá emitir debêntures, que são títulos, conversíveis ou não em ações, que garantem o direito a uma remuneração, fixa (juros), variável (participação no lucro) ou mista. Esse título pode ser negociado computando-se um prêmio (acréscimo) no preço de aquisição, além do valor nominal da debênture; é esse acréscimo que, a partir da entrada em vigor da Lei n. 11.638, de 2007, passa a ser registrado como despesa (o que, anteriormente a essa lei, era registrado como reserva de capital).

De acordo com o disposto no artigo 57 da mesma Lei n. 6.404, de 1976, as debêntures podem ser convertidas em ações. Nessa situação o debenturista original pode vir a se tornar acionista. Daí a razão para o prêmio na emissão de debêntures ser reconhecido em conta do patrimônio líquido como reserva de capital, da mesma forma como integram a reserva de capital a contribuição do subscritor de ações que ultrapassar o valor nominal e a parte do preço de emissão das ações sem valor nominal que ultrapassar a importância destinada à formação do capital social (artigo 182, § 1º, *a*, da Lei n. 6.404, de 1976) e o bônus de subscrição (artigo 182, § 1º, *b*, da Lei n. 6.404, de 1976).

A alteração promovida pela Lei n. 11.638, de 2007, no sentido de extinguir o registro do prêmio na emissão de debêntures como

reserva de capital, transferindo essa informação financeira para conta de resultado (*receita*), coloca em questão a natureza jurídica das debêntures: o seu aspecto mais relevante deixa de ser a possibilidade de conversão em ação (e, dessa forma, integração no capital social) e passa a ser o ganho gerado na emissão do título. Vale lembrar que o valor principal da debênture é tratado, do ponto de vista contábil, como "empréstimo": o registro é efetuado em conta do passivo (tendo como contrapartida a conta Caixa/Bancos); até porque o montante principal é passível de devolução por parte da empresa; para o prêmio na emissão das debêntures, ao contrário, normalmente, não há previsão de devolução, sendo recursos financeiros transferidos definitivamente para a empresa. A definição jurídica desse prêmio é de fundamental importância para a análise tributária: qual a natureza dessa *receita*.

Por um lado, ainda que seja computado como receita (sob qualquer rubrica), esse prêmio não sofrerá a incidência dos tributos sobre o lucro, em decorrência da isenção prevista no artigo 442, III, do RIR/99. Como se viu, essa isenção permanece em vigor porque a Lei n. 11.638, de 2007, não se destina a alterar a legislação tributária. Somente uma mudança na legislação tributária poderia revogar a mencionada isenção, e, como tal benefício fiscal não foi concedido por prazo determinado, essa revogação estaria sujeita ao princípio da anterioridade (artigo 178 do CTN).

De outro lado, a natureza dessa receita (prêmio na emissão de debêntures) é relevante para a incidência da Contribuição para o PIS e da COFINS. Uma primeira advertência deve ser feita: em tendo, realmente, natureza de receita, mesmo que contabilizado como reserva de capital, o prêmio na emissão de debênture estaria sujeito a essas contribuições sociais.

A definição do prêmio na emissão de debênture como receita não resolve toda a questão da incidência da Contribuição para o PIS e da COFINS. Isso porque, em sendo caracterizado como receita financeira – o que parece ser o mais correto –, aplicar-se-ia o disposto no Decreto n. 5.442, de 2005, que estabelece a alíquota zero para as mencionadas contribuições sobre receita financeira. Ressalte-se que a alíquota zero beneficia apenas as empresas que estejam na sistemática de não cumulatividade das mesmas contribuições.

De outra parte, por meio da inclusão do artigo 195-A na Lei n. 6.404, de 1976, a Lei n. 11.638, de 2007, instituiu uma nova reserva a ser constituída no patrimônio líquido das empresas: a “reserva de incentivos fiscais”. Combinando esse dispositivo com a revogação da alínea *d*, do § 1º, do artigo 182, da Lei n. 6.404, de 1976, que estabelecia a reserva de capital destinada às doações e às subvenções para investimento, pode parecer que houve uma mera substituição de contas: as transferências de capital, do Poder Público para a empresa, que antes eram registradas em conta de “reserva de capital” (“reserva de doações e subvenções para investimento”), agora passam a ser registradas na conta “reserva de incentivos fiscais”. Ocorre que não houve tão somente a substituição da nomenclatura; alterou-se o conceito da conta contábil, deixando-a mais próxima da disciplina tributária.

Identificam-se, nessa reserva de incentivos fiscais, as seguintes partes:

- há possibilidade de registro das transferências públicas de capital, no caso de benefícios concedidos pela lei tributária, em conta do patrimônio líquido;
- essa possibilidade é uma faculdade da empresa, cuja deliberação deve ser tomada em assembleia geral (ou reunião de quotistas, no

caso das sociedades de responsabilidade limitada);

- o respectivo valor é excluído da base de cálculo dos dividendos obrigatórios.

Em primeiro lugar, tem-se que, mesmo depois da Lei n. 11.638, de 2007, especialmente com a revogação da alínea *d*, do § 1º, do artigo 182, da Lei n. 6.404, de 1976 (reserva de capital destinada às doações e subvenções para investimento), os valores recebidos pela empresa do Poder Público, na forma de incentivos fiscais, podem ser registrados em conta do patrimônio líquido. Com isso, os respectivos valores não terão impacto no resultado da empresa (lucro ou prejuízo); ainda que circulem por conta do resultado do exercício (*receita*), podem ser, em momento posterior, estornados do resultado, sendo revertidos à conta do patrimônio líquido. Do ponto de vista contábil, o registro dos incentivos fiscais em conta do patrimônio líquido, e não do resultado do exercício (*receita*), se justifica: como se trata de recursos transferidos do Poder Público para a empresa, não representa riqueza por ela gerada, ou, ao menos, gerada em razão da sua operação.

No que concerne ao impacto tributário, ele é significativo: os valores relativos aos incentivos fiscais, passíveis de registro contábil na reserva específica ("reserva de incentivos fiscais"), não estão sujeitos aos tributos sobre a receita (Contribuição para o PIS e COFINS) e sobre o lucro (IRPJ e CSLL).

As subvenções para investimento, em breves palavras, são aquelas que cumprem três requisitos, a saber: (i) são transferências de capital do Poder Público para a empresa; (ii) transferências essas feitas com uma finalidade específica; (iii) e cujos recursos financeiros, portanto, têm uma destinação específica. Quando os recursos recebidos pelo Poder Público são registrados na conta do patrimônio líquido, resta demonstrado que a empresa pretende

aplicá-los na finalidade especificada em lei; *muito importante*, esses recursos não serão destinados aos sócios, por meio da distribuição de dividendos. Dessa forma, o recebimento de recursos públicos harmoniza-se com as exigências contábeis – não se trata de riqueza gerada pela empresa, portanto, não podem ser reconhecidos como receita –, societárias – esses recursos não serão, diretamente, distribuídos aos sócios – e, por fim, tributárias – tais valores não estão sujeitos à tributação.

Na disciplina tributária, o registro das subvenções para investimento em conta do patrimônio líquido (antiga “reserva de capital” e, atualmente, “reserva de incentivos fiscais”) já figurava como faculdade para a empresa. O transcrito artigo 443 do RIR/99 estabelece que os recursos recebidos do Poder Público não são tributados *desde que* registrados em conta do patrimônio líquido. Em sentido contrário, poderia a empresa registrar as subvenções como receita e distribuí-las aos sócios como parte integrante dos dividendos, devendo, antes, recolher os tributos incidentes.

Reforçando o caráter opcional desse registro contábil, o artigo 195-A da Lei n. 6.404, de 1976, com a redação introduzida pela Lei n. 11.638, de 2007, determina que a decisão sobre a constituição da “reserva de incentivos fiscais” deverá ser tomada pela assembleia geral. Assim, os sócios, por deliberação que obedeça o quórum legal ou estatutário (ou, ainda, contratual, no caso da sociedade de responsabilidade limitada), resolverão se destinam, ou não, os recursos recebidos do Poder Público na conta do patrimônio líquido – não causando impacto no resultado do exercício. Em razão dessa deliberação, a lei estabelece o último dos requisitos, a seguir comentado.

Uma vez decidido, pela assembleia geral (ou reunião de quotistas), o registro contábil dos recursos públicos recebidos na conta

de "reserva de incentivos fiscais", o respectivo valor não será computado na determinação dos dividendos obrigatórios. Conclui-se, dessa forma, a integração entre as matérias contábil, societária e tributária: os sócios, por maioria legal ou estatutária (ou contratual), decidem lançar as subvenções públicas recebidas em conta do patrimônio líquido; em decorrência, os valores envolvidos não terão impacto no resultado do exercício, não influenciando a apuração do lucro ou do prejuízo e tampouco estando sujeitos aos tributos sobre a receita e sobre o lucro; por fim, não compondo o lucro, os recursos públicos não serão considerados para o cálculo dos dividendos obrigatórios. Daí a afirmação que a nova disposição sobre o assunto não pode ser entendida como uma mera substituição de nomenclatura: de "reserva de capital destinada às doações e às subvenções para investimento" para "reserva de incentivos fiscais".

Para encerrar este tópico, destacam-se, na legislação tributária, as alternativas de aproveitamento das subvenções por parte dos sócios da empresa beneficiária, ainda que de maneira indireta. Determina o artigo 443, I, do RIR/99 que a "reserva de incentivos fiscais" somente poderá ser utilizada para aumentar capital e absorver prejuízo. Em primeiro lugar, por ser conta do patrimônio líquido, a "reserva de incentivo fiscal" comporá a base de cálculo dos juros sobre o capital próprio, aumentando-a; depois, em sendo essa reserva incorporada ao capital, haverá a conseqüente valorização da participação societária, se os titulares dessa participação forem pessoas físicas (artigo 3º, § 2º da Lei n. 8.849, de 1994, com a redação dada pela Lei n. 9.064, de 1995); por fim, a absorção de prejuízo implica antecipar a distribuição de lucros futuros, que mais cedo estarão livres para serem distribuídos.

4.11 Ajustes de avaliação patrimonial

A conta de “reserva de reavaliação” foi substituída pela conta “ajustes de avaliação patrimonial”, sem, contudo, ser uma mera troca de nomenclatura. A “reserva de reavaliação” destinava-se, exclusivamente, ao registro das contrapartidas de aumentos de valor atribuídos a elementos do ativo em razão de avaliação espontânea promovida pela empresa, com base em laudos técnicos e com a aprovação da assembleia geral; sobre essa conta, e seus reflexos tributários, a partir da entrada em vigor da Lei n. 11.638, de 2007, serão apresentados comentários detalhados em seguida. A atual conta “ajuste de avaliação patrimonial” tem um conteúdo mais amplo, parte dele sendo definido pela própria lei e parte pela entidade reguladora do mercado (CVM); nesse conteúdo, portanto, pode, ainda, ser acrescido, inclusive, o valor que, anteriormente, era objeto da conta “reserva de reavaliação”.

Inicialmente, na conta “ajuste de avaliação patrimonial”, é informada a diferença entre o valor contábil e o valor justo dos ativos e passivos; dessa forma, ao ser registrada em conta do patrimônio líquido, estará sendo postergado o seu reconhecimento no resultado, como ganho ou perda, conforme o caso, para obedecer ao regime de competência. Note-se, portanto, que o dispositivo não impõe o registro contábil do ganho ou da perda na avaliação de ativos e passivos, já em conta de receita ou despesa, quando da ocorrência das diversas situações previstas na lei (valorização ou desvalorização do ativo financeiro, realização da reestruturação societária), o regime de competência ainda deve ser observado.

A constatação acima é relevante para a análise dos reflexos tributários da Lei n. 11.638, de 2007, no que diz respeito à conta “ajuste de avaliação patrimonial”. Na verdade, o prévio registro em

conta do patrimônio líquido, para, somente em momento futuro, respeitada a competência do exercício, ser reconhecido o resultado (ganho/receita ou perda/despesa), em nada altera o tratamento tributário dessa diferença entre o valor contábil e o valor justo. Nesse ponto, então, a nova redação do artigo 182, § 3º da Lei n. 6.404, de 1976, dada pela Lei n. 11.638, de 2007, não apresenta repercussão tributária.

Diante da afirmação acima, há que ser feita uma única advertência, referente aos casos de reestruturação societária (incorporação, fusão e cisão). Isso porque a própria lei tributária faculta ao sucessor dessa reestruturação (incorporada, fusionada ou cindida) adotar o valor contábil ou o valor justo. Portanto, de acordo com a legislação tributária, é possível antecipar o reconhecimento do resultado (ganho ou perda) para fins do imposto sobre a renda, desde que este imposto seja recolhido no prazo legal.

4.12 Reserva de reavaliação

O primeiro ponto a ser considerado com relação à *extinta* "reserva de reavaliação" é que ela pode ressurgir por deliberação da Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Como visto anteriormente, a nova redação da lei determina que a CVM adote os padrões contábeis internacionais, e, quando isso ocorrer, a diferença entre o valor de custo e valor justo dos ativos e passivos deverá ser registrada na conta "ajuste de avaliação patrimonial". Dentre esses padrões internacionais, está a reavaliação dos ativos imobilizado e intangível; portanto, em sendo adotado tais padrões, a "reserva de reavaliação" terá, simplesmente, sido substituída pela conta "ajuste de avaliação patrimonial", sem qualquer reflexo tributário.

Ocorre que, mesmo que a CVM não venha a adotar os referidos padrões internacionais, nenhum reflexo tributário foi gerado pela Lei n. 11.638, de 2007, no que diz respeito à reavaliação de ativos. Como afirmado e reafirmado, o tratamento tributário de fatos e institutos jurídicos deve ser determinado pela lei tributária; nesse sentido, não houve qualquer alteração legislativa a respeito.

A partir da entrada em vigor da Lei n. 11.638, de 2007, não mais existe, na contabilidade, a conta “reserva de reavaliação”. De um lado, essa conta poderá ser substituída pela conta “ajuste de avaliação patrimonial”, de acordo com a deliberação da CVM; no entanto, mesmo que essa substituição não venha a se concretizar, o deferimento da tributação, nos termos dos transcritos artigos 434 e 435 do RIR/99, deve ser mantido por dois motivos: um formal, no sentido de que a lei tributária não foi alterada; outro material, pois se trata do tratamento mais adequado, uma vez que o ganho é meramente contábil. Inexistindo a conta “reserva de reavaliação” nas demonstrações contábeis, o controle, para fins tributários, que antes era feito na escrituração contábil, pode ser, perfeitamente, feito no Livro de Apuração do Lucro Real – LALUR, que é a escrituração tributária⁵.

4.13 Neutralidade tributária da nova contabilidade

Não seria excessivo afirmar que as alterações promovidas no artigo 177 da Lei n. 6.404, de 1976, pela Lei n. 11.638, de 2007, foram as principais regras com referência à matéria tributária – até que fosse revogado pela Lei n. 11.941, de 2009. Em poucas palavras, podia-se identificar no mencionado dispositivo a previsão legal para que fossem mantidas duas demonstrações contábeis: uma para atender as exigências da legislação societária e da Comissão de

Valores Mobiliários e outra para cumprir as normas decorrentes da legislação tributária. É certo que a legislação tributária, muitas vezes, é utilizada como parâmetro inclusive para a elaboração das demonstrações contábeis, tendo em vista que diversos dos seus dispositivos tratam de lançamentos e registros contábeis; no entanto, com a publicação da lei de alterações da contabilidade em comento, houve uma determinação expressa da manutenção de “duas contabilidades”, o que, de rigor, não é novidade – se entendermos que as regras de dedutibilidade e tributação dariam causa a uma escrituração diferente daquela efetuada nas demonstrações financeiras para fins comerciais e societários.

Essa exigência de “duas contabilidades” foi flexibilizada pelas alterações promovidas pela Lei n. 11.941, de 2009, no artigo 177 da Lei n. 6.404, de 1976. Tais alterações são complementadas pela instituição do Regime Tributário de Transição – RTT, o qual pretendeu disciplinar, de maneira diferente, a *neutralidade tributária* pretendida pela Lei n. 11.638, de 2007.

Portanto, a “segunda contabilidade” das empresas, aquela destinada a registrar os eventos econômico-financeiros com base nos critérios da legislação tributária, permanece inalterada pela edição da Lei n. 11.638, de 2007, com as alterações dadas pela Lei n. 11.941, de 2009. E mais do que isso, é lícito concluir que, se, em princípio, alguma das alterações contábeis promovidas pela mencionada lei parecer impactar a apuração dos tributos sobre o lucro, a sua adequação à legislação tributária, isto é, a neutralização desse “aparente impacto” deve ser feita no Livro de Apuração do Lucro Real – LALUR. O que a Lei n. 11.941, de 2009, fez, em última instância, foi reforçar (ou mesmo resgatar) a importância do LALUR, tal como concebido pelo Decreto-lei n. 1.598, de 1977; porém, a regulamentação do Regime Tributário de Transição – RTT, dada pela

Instrução Normativa RFB n. 949, ao instituir o Controle Fiscal Contábil de Transição – FCONT, pareceu voltar atrás, pois exigiu uma “contabilidade fiscal intermediária”, demonstrando certa hesitação das autoridades fiscais ou falta de firme certeza quanto aos efeitos tributários do processo de convergência contábil com o padrão internacional – o que é justificável⁶.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 6.385, de 27 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6385.htm>. Acesso em: 4 nov. 2010.

_____. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 4 nov. 2010.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 4 nov. 2010.

_____. Lei n. 11.638, de 27 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11638.htm>. Acesso em: 4 nov. 2010.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. Decreto-lei n. 9.295, de 10 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.formulainfo.com.br/download/docs/CFC_Resolucao_1255_NBC_T_19-41_Contabilidade_Pequenas_Medias_Empresas_IFRS.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2010.

_____. Decreto-lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del1598.htm>>. Acesso em: 4 nov. 2010.

_____. Decreto-lei n. 9.295, de 27 de maio de 1946. Disponível em: <http://www.cfc.org.br/uparq/decretolei_9295_1946.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2010.

CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO. Resolução CFC n. 1.055, de 7 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www.crcsp.org.br/portal_novo/legislacao_contabil/resolucoes/Res1055.htm>. Acesso em: 4 nov. 2010.

RECEITA FEDERAL. **Lei complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006.** Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/leiscomplementares/2006/lei_cp123.htm>. Acesso em: 4 nov. 2010.

1 Veja-se a redação do artigo 10-A da Lei n. 6.385, de 1976:

Art. 10-A. A Comissão de Valores Mobiliários, o Banco Central do Brasil e demais órgãos e agências reguladoras poderão celebrar convênio com entidade que tenha por objeto o estudo e a divulgação de princípios, normas e padrões de contabilidade e de auditoria, podendo, no exercício de suas atribuições regulamentares, adotar, no todo ou em parte, os pronunciamentos e demais orientações técnicas emitidas.

Parágrafo único. A entidade referida no *caput* deste artigo deverá ser majoritariamente composta por contadores, dela fazendo parte, paritariamente, representantes de entidades representativas de sociedades submetidas ao regime de elaboração de demonstrações financeiras previstas nesta Lei, de sociedades que auditam e analisam as demonstrações financeiras, do órgão federal de fiscalização do exercício da profissão contábil e de universidade ou instituto de pesquisa com reconhecida atuação na área contábil e de mercado de capitais.

2 Sociedade empresária é aquela registrada em Junta Comercial, pelo que se exclui a sociedade simples, que é não empresária, e sim de atividade intelectual, e tem seu registro depositado em Cartório.

3 Tal como definidas na Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006: (i) no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240 mil; (ii) no caso das empresas de

pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240 mil e igual ou inferior a R\$ 2,4 milhões (artigo 3º).

4 Esse pronunciamento técnico não tem número e foi aprovado por meio da Resolução CFC n. 1.255/2009 – NBC T 19.41.

5 Esse entendimento e semelhante disciplina legal devem ser aplicados no caso da reserva de reavaliação reflexa, isto é, quanto aos efeitos da reserva de reavaliação constituída em empresa investida (conferir artigo 390 do RIR/99).

6 Na instituição do e-LALUR, por meio da Instrução Normativa RFB n. 969, o FCONT foi dispensado.

5 UM PANORAMA SOBRE AS NECESSIDADES E CAUTELAS NA ESTRUTURAÇÃO E ANÁLISE DE OPERAÇÕES ENVOLVENDO COMPRA E VENDAS DE EMPRESAS – *DUE DILIGENCE*

Anderson Martorano Augusto Ribeiro

Especialista em Direito Contratual pela Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão – COGEAE; graduado pela Pontifícia Universidade Católica – PUCSP; advogado e conselheiro de empresas em São Paulo.

5.1 Objetivos

A presente contribuição tem por fim introduzir ao leitor o tema *Due Diligence*¹ (auditoria legal), no contexto dos atuais processos de fusão e aquisição (corriqueiramente denominados “M&A”), que têm se tornado habituais no Brasil, notadamente em face da estabilidade econômica alcançada nos últimos anos.

E a importância do referido trabalho somente tende a aumentar em ambientes de aversão a risco, quando os profissionais necessitam realizar um trabalho mais técnico e objetivo, evitando que seus clientes *não só assumam riscos que não pretendiam, mas também percam oportunidades de negócio*².

Discorreremos, assim, de forma sucinta pelas diversas áreas jurídicas envolvidas, tais como direito empresarial, direito tributário, direito do trabalho, direito civil, com o intuito de despertar questões de caráter prático surgidas no curso desses processos.

5.2 Introdução

Atualmente vivemos um período de integração econômica global sem precedentes; – o afluxo da *internet* como veículo para os mais diversos tipos de transação comerciais, aliado ao livre trânsito de capitais nas grandes economias desenvolvidas e em desenvolvimento, abriu espaço para uma sinergia nunca dantes vista. É o mundo das empresas transnacionais, capital aberto, com investimentos diversificados, base de acionistas dispersa, com executivos chefes (CEO – Chief Executive Officer, CFO – Chief Financial Officer) gozando de autonomia e confiança (necessárias³) para a busca de geração de valor para todos os que têm interesse na continuidade da atividade de empresa (*stakeholders*).

Revés claro de todo este processo de integração e dispersão do controle é a crise (financeira) que se instaurou na economia americana no final do ano de 2008 e rapidamente se alastrou por todas as demais economias do mundo, do continente americano, passando pela Europa, chegando até a Ásia (sentindo também o Brasil rapidamente os seus efeitos).

Das diversas causas narradas para justificar o evidente problema iniciado no mercado financeiro, que rapidamente se alastrou para as áreas produtivas da economia, mencionam-se “estímulos perversos”, “perda de foco”, conduta displicente no que tange a análise de riscos ou ineficácia em sua medida, dentre outras condutas indesejáveis ou até reprováveis.

Se anteriormente, portanto, valorizava-se o trabalho dos profissionais envolvidos em *Due Diligence* em face das diversas oportunidades de negócios existentes e à necessidade de sua rápida

análise para valorização, de agora em diante o papel desse profissional será ainda mais reconhecido.

Uma auditoria legal levada a efeito de forma técnica, profissional e independente é fundamental para permitir que as demais áreas técnicas envolvidas possam levar seu trabalho a bom termo, de maneira a viabilizar uma base correta de avaliação de risco e de valor de investimentos envolvidos, facultando à Diretoria, ao Conselho e aos Acionistas em geral decidir fundamentadamente sobre a oportunidade ou não do negócio proposto.

Então, a integração das equipes deve ser perfeita, de forma que se possa fixar corretamente o objeto (escopo) da auditoria legal⁴: – *abrangente*, ou seja, envolvendo todas as áreas legais passíveis de gerar contingências na empresa auditada, dependendo do seu ramo de atuação, observados possíveis processos administrativos e judiciais, dentro dos limites prescricionais⁵; – *parcial*, visando avaliar formalmente a documentação relativa às principais áreas de risco da empresa auditada; – *específico*, que se limita a áreas ou contratos específicos, visando a realização de negócios pontuais.

Fixado o escopo da auditoria legal, o prazo e o custo⁶ que dizem respeito ao processo relativo à empresa auditada ou ao contrato em específico passam a ser fixáveis com maior clareza e objetividade. Como mencionaremos especificamente no “Relatório Final de *Due Diligence*”, a abrangência, o tempo e as dificuldades encontrados nos trabalhos serão mencionados de forma que o contratante tome conhecimento e assim também ampare legalmente o profissional envolvido nos levantamentos sobre questionamentos decorrentes de riscos não detectados ou detectáveis pelos trabalhos realizados⁷.

O acesso, dito pelo mercado *full disclosure*, é fundamental para a realização dos trabalhos, sendo de praxe a celebração entre as partes contratantes (o interessado na aquisição, dito contratante, e,

do outro lado, o grupo de controle interessado na venda de participações da empresa convencionada “auditada”) de um “MOU” (“Memorandum of Understanding”, em vernáculo “Memorando de Entendimentos”), que incluiu ou é seguido de um “NDA” (*Non-disclosure agreement*, ou em vernáculo “acordo de confidencialidade”), de forma a permitir às equipes de avaliação acesso integral a todos os documentos financeiros, econômicos, operacionais e aqueles também de caráter estritamente legal ou jurídico, que compõem o *data room*.

A qualidade da documentação fornecida deverá ser mencionada em documentação escrita, no “Relatório Final de *Due Diligence*”, e até mesmo no instrumento particular que contemple a operação em si (Aquisição, Incorporação ou Cessão de Quotas/Ações ou Contrato sobre Direito de Propriedade Intelectual, por exemplo), visando elidir ou permitir questionamentos, aplicação de cláusulas contratuais⁸.

A partir do “Relatório Final de *Due Diligence*”, às demais equipes envolvidas será possível mensurar, segundo critérios legais inclusive (“contabilidade societária” e “fiscal”), que influenciarão no valor da empresa e na base da negociação, portanto.

5.3 Áreas de abrangência

Nas hipóteses de auditorias legais *abrangentes*, uma vez celebrados todos os instrumentos necessários para a garantia de *full disclosure* aos profissionais envolvidos, o *data room* deverá sob tais condições ser aberto, de forma que, no caso da auditoria legal, os trabalhos sejam delimitados por áreas de concentração, visando permitir sua organização, bem como sua correta avaliação técnica⁹.

Usualmente, os trabalhos são divididos nas seguintes áreas, de forma a permitir a correta organização e fluência dos conhecimentos técnicos:

- *1. Cível em geral:*
 - *1.1. Contencioso Cível;*
 - *1.2. Contratos em Geral;*
 - *1.3. Direitos de Propriedade;*
 - *1.4. Direito do Consumidor (se caso); e*
 - *1.5. Direito Ambiental (se caso).*

- *2. Comercial em geral:*
 - *2.1. Societário; e*
 - *2.2. Direitos de Propriedade Intelectual.*

- *3. Direito Tributário:*
 - *3.1. Contencioso em Geral;*

- *4. Direito do Trabalho:*
 - *4.1. Reclamações trabalhistas; e*
 - *4.2. Auditoria das obrigações trabalhistas.*

Cada uma dessas áreas gera um relatório (interno) de área, que deve ser iniciado com o relato sobre as condições de trabalho, qualidade dos documentos apresentados e abrangência dos trabalhos. O trabalho deve ser firmado por todos os membros da equipe de área em específico. Esse relatório, posteriormente, será integrado a um só relatório a ser apresentado ao contratante ou aos seus representantes¹⁰, denominado "Relatório Final de *Due Diligence*".

Especial atenção deve ser tomada com relação a certas áreas específicas dependendo do objeto social da empresa, pois podem

representar contingências significativas¹¹ que eventualmente alteram o valor de negociação, ou até o processo como um todo.

5.4 Realização dos trabalhos

Observadas todas as questões relativas à empresa objeto (auditada) do *Due Diligence*, deverá haver a formação da equipe¹², com tamanho variável, levando em consideração o prazo e o escopo para os serviços.

Recomenda-se, como usual, que seja denominado um líder para coordenar o trabalho como um todo, profissional este que igualmente será o elo de comunicação entre a empresa auditada, auditoria negocial e o próprio contratante, de forma a manter um alto nível de coordenação nos trabalhos, evitando perda de tempo, informação e desentendimentos.

Assim, devidamente organizados os trabalhos, sobre as áreas de atuação, do ponto de vista legal, são recomendadas as seguintes providências:

- *Cível em geral*

1. Contencioso Cível: levantamento dos processos cíveis, distribuídos perante a Justiça Federal e Estadual (Estados onde a empresa tem atuação), baseado em relatórios produzidos pelo escritório ou área jurídica da empresa, contendo os principais dados caracterizadores das ações, eventualmente complementados por certidões do tipo "objeto e pé", relativos aos processos mais relevantes.

2. Contratos em Geral¹³: abertura completa do *data room* de forma a serem analisados os contratos mais relevantes (Locação, Bancos e Seguradoras, Principais Fornecedores e Clientes), que

espelhem as relações com empresas controladas, coligadas ou sócios (Mútuos e Comodatos), além de minutas em geral utilizadas em transações corriqueiras.

3. Direitos de Propriedade: Escrituras (e matrículas) ou Contratos relativos a Imóveis que compõem o ativo ou estoque da sociedade; igualmente, escrituras de garantia, na qualidade de credor ou devedor.

4. Direito do Consumidor: quando aplicável, relatório contendo processos administrativos da empresa diretamente com os principais órgãos relativos à proteção do consumidor¹⁴.

5. Direito Ambiental¹⁵: além dos processos judiciais, que tramitam perante a Justiça Federal ou Estadual (visto que inexistente Justiça especializada para esse tipo de matéria), e que, portanto, deverão constar dos relatórios referentes às ações cíveis em geral, também um levantamento referente aos processos administrativos perante os órgãos federais (*e.g.*, CONAMA, IBAMA), estaduais (*e.g.*, Secretaria do Estado do Meio Ambiente, CETESB em São Paulo), ou municipais (tal como a própria Prefeitura).

- *Comercial em geral*

1. Societário: observar o tipo societário (limitada ou sociedade por ações); atas de reunião ou assembleia, relativas a matérias ordinárias e extraordinárias; alterações de contrato social ou estatuto; reuniões de conselho de administração e de diretoria, do Conselho Fiscal e outros órgãos consultivos eventualmente criados pela sociedade; e acesso aos acordos de acionista/quotista relativos ao grupo de controle. Certidão de Breve Relato perante a JUCESP igualmente é documento mandatário.

2. Direitos de Propriedade Intelectual¹⁶: Instrumentos e Certidões relativos a Direitos de Propriedade Intelectual (Marcas, Patentes, Modelos de Utilidade, outros direitos de propriedade intelectual).

- *Direito Tributário*

1. Contencioso em Geral¹⁷: levantamento dos processos tributários distribuídos em âmbito judicial (perante a Justiça Federal e Estadual), visando sempre os Estados onde a empresa tem principal atuação, baseado em relatórios produzidos pelo escritório ou área jurídica da empresa, contendo os principais dados caracterizadores das ações, eventualmente complementados por certidões do tipo “objeto e pé”, relativos aos processos mais relevantes.

- *Direito do Trabalho*

1. Reclamações trabalhistas¹⁸: levantamento das reclamações trabalhistas distribuídas contra a empresa, em todos os Estados onde a empresa tem atuação, baseado em relatórios produzidos pelo escritório ou área jurídica da empresa, contendo os principais dados caracterizadores das ações, eventualmente complementados por certidões do tipo “objeto e pé”, relativos aos processos mais relevantes.

2. Auditoria das obrigações trabalhistas: consoante mencionado no item 5.5.7.

5.4.1 Orientações gerais

A nossa exposição no que se refere às áreas supramencionadas é realizada de forma didática e genérica. O mais importante é que a equipe de trabalho responsável pelo trabalho de *Due Diligence* deverá se ater ao objetivo social da empresa, de forma a estabelecer foco em sua análise, visto que, dependendo do ramo de atuação da empresa, haverá um maior número de contingências em uma dada área muito mais do que em outra.

Assim, uma construtora poderá apresentar um grande número de demandas trabalhistas, execuções fiscais municipais e até processos

ambientais, dependendo do tamanho das obras que realize e o seu impacto ambiental.

Portanto, o profissional que realiza o trabalho de auditoria legal deverá manter foco para melhor explorar as áreas em que eventualmente seu contratante possa estar sendo mais exposto por meio da aquisição da auditada.

Ainda, há algumas outras providências que podem ser interessantes, pois podem refletir no foco da análise ou revelar questões que podem até alterar os rumos da negociação.

Nessa senda, por exemplo, pode ser interessante requerer certidões criminais, no que se refere aos administradores da empresa, de forma a saber, inclusive (caso eventualmente tal informação não tenha sido declarada no *data room*), se estes respondem por algum processo como decorrência de atividades da empresa (Sonegação Fiscal, Apropriação Indébita, Crimes Ambientais).

Dita informação poderá ser estratégica aos seus contratantes, inclusive para a negociação, visto que poderá preveni-los de riscos referentes às atividades da empresa e até referentes às partes envolvidas, ou ainda influenciar significativamente em preço ou condições do negócio por questões intrínsecas às partes.

5.5 Conteúdo do relatório final

O "Relatório Final de *Due Diligence*" tem o condão de reunir, em um só instrumento, o resultado das diligências efetuadas nas diversas áreas citadas, unificando linguagem e estilos, de forma que tenha um só aspecto, além de conteúdo uniforme.

Por ser um instrumento que deverá ser analisado por outros membros da equipe de avaliação, por vezes não versados na ciência

jurídica, sua linguagem deve ser pensada de forma a ser simples e acessível a todos.

Tal observação não deve prejudicar o raciocínio do profissional da área jurídica na direção de que o relatório em questão encerra informações, muitas vezes, exaradas na forma de declarações, e que portanto podem trazer-lhe implicações indesejadas se contiverem erros ou incongruências.

E não somente isso. O relatório pode ainda estar estribado em informações inverídicas ou lacunosas provenientes do *data room*.

Então, é fundamental ressalvar as eventuais dificuldades do grupo, inclusive comprovando com comunicações escritas (em havendo) dirigidas ao responsável pelo *data room*, incluindo acessibilidade aos documentos, sua fidedignidade, esclarecimentos prestados quando requisitado, enfim, todos os principais incidentes porventura ocorridos quando da realização dos trabalhos pela equipe¹⁹.

Além de servir como informação estratégica ao cliente, tais ressalvas protegem o escritório jurídico e equipe, pois demonstram a origem de eventuais deficiências no trabalho, não somente como consequência de dificuldades criadas e/ou de um *data room* deficiente.

Feitas essas orientações iniciais a respeito do relatório, passemos à sua organização propriamente dita.

5.5.1 Introdução

Primeiro item do relatório de *Due Diligence* é de grande importância para fixar aos contratantes os limites do trabalho; assim, há uma apresentação de quando foram iniciados os trabalhos, como e de que forma foram abertos o *data room* da empresa auditada.

Prossegue a introdução trazendo informações a respeito da abrangência dos trabalhos, mencionando áreas de abrangência (tal como mencionado no item 5.3 *supra*), e aprofundamento das análises (período e matéria).

Fundamental a menção sobre a qualidade do material apresentado, bem como a ressalva de que a veracidade das informações (*fidei*²⁰) é assim recebida pela equipe; é menção obrigatória.

5.5.2 Aspectos relevantes

No item “Aspectos Relevantes”, no que se refere a todas as áreas analisadas, a equipe poderá fazer constar ressalvas que entender fundamentais (por serem até mesmo estratégicas), e que seu contratante não poderá, de forma alguma, deixar de tomar conhecimento.

Assim, como mencionado, irregularidades e qualquer tipo de inconsistência nas informações que possam vir a prejudicar a análise devem ser destacadas, tais como documentação societária incompleta ou incongruente, documentos inválidos pela falta de assinatura ou outras características que revelam sua deficiência, omissão ou incorreta relativização de ação judicial relevante, após análise ou até mesmo pela pesquisa *extra data room*, dentre outros exemplos de situações de tomo que podem influir decisivamente na avaliação da empresa avaliada como um todo.

É uma seção muito importante do relatório, e merece toda a atenção do líder e sua equipe.

5.5.3 Aspectos societários

Costumeiramente, dentro de nossa experiência, o item inicial da análise é dividido pelas mais relevantes matérias societárias, de forma que todos os aspectos são mencionados, tais como denominação, sede e filiais, constituição, transformação, objeto

social, capital social e composição acionária, acordo de acionistas (contendo, se caso, a política de distribuição de dividendos, dentre outros assuntos), administração (Conselho de Administração, Diretoria Executiva, Conselho Fiscal), Exercício Social, Política de Dividendos; – ainda, análise das Atas de Assembleia Geral Ordinária e Extraordinária, Reuniões do Conselho de Administração, Diretoria Executiva e Conselho Fiscal.

O líder de equipe, inclusive sob sugestão de outros integrantes da própria, pode sugerir que o rol de assuntos seja acrescido de outras matérias societárias que entende por relevantes no contexto de empresa para o negócio, uma vez que assim seja orientado pelo líder do grupo.

5.5.4 Contratos financeiros e comerciais

Um relatório deverá conter os contratos mais relevantes para a empresa (que, como mencionado, podem envolver altas cifras e/ou importantes insumos, por exemplo), sempre levando em consideração a sua situação e atividade desenvolvida, contendo, em suma, as seguintes informações: data de celebração, partes, valor financiado (se houver), títulos emitidos (se houver), prazo e vencimento, juros, correção monetária, responsabilidade pelos tributos, pré-pagamento, existência de garantia real, limite de dívida e proibição de vendas de bens, disposições a respeito de tratativas com partes relacionadas, hipóteses de vencimento antecipado, penalidades no caso de inadimplemento, *cross default*²¹, mudança de controle societário, multas por atraso, foro de eleição ou arbitragem, legislação aplicável etc.

Assim, em observância a cada contrato analisado, as principais informações deverão constar de forma resumida²², permitindo que por sua simples visualização conheça a parte os principais termos e precauções relativas àquele contrato.

5.5.5 Contencioso cível

Partindo dos relatórios trazidos pelo escritório ou departamento jurídico responsável²³, complementados por eventuais relatórios obtidos perante o Distribuidor Cível das principais comarcas onde a empresa tenha atuação, em critério previamente definido, deverão ser citadas as ações mais relevantes (seja por valor, seja por matéria), de forma que possam ser devidamente apresentados os critérios para contingenciamento ou não de valores com relação a eventuais perdas que possam acarretar à empresa analisada²⁴.

Ainda, sobre ações de menor expressão²⁵, mas que podem no conjunto representar um risco razoável à empresa, uma amostragem aleatória dela deve ser previamente analisada por via de extração de cópias e certidões, com fulcro em melhor se entender como tais ações têm sido defendidas e seu resultado perante o Poder Judiciário.

E, desta feita, uma vez sendo facultado à equipe jurídica acesso ao Balanço da empresa, poderá ser inclusive verificado o quanto provisionado para os fins de contingências realmente está correto de acordo com aquilo que a equipe jurídica recomendaria para a análise em questão²⁶.

5.5.6 Contencioso tributário

Valem as mesmas recomendações passadas no que se refere ao contencioso cível, devendo os relatórios base ser analisados criteriosamente, complementados, se caso, com certidões forenses.

Da mesma forma, em face inclusive da relevância econômica de algumas ações, importante registrá-las de maneira que posteriormente seja apurado por auditoria específica se há provisão para eventual perda da própria, se assim for o caso, dentro da boa técnica contábil.

5.5.7 Aspectos trabalhistas

As rotinas trabalhistas podem e devem ser objeto de verificação, dependendo do tamanho da empresa, na forma de indução parcial²⁷ ou completa²⁸.

Devem ser objeto de verificação, assim, contratos relevantes, acordos e convenções coletivas, folhas de pagamento, cartões de ponto²⁹, documentação de férias, benefícios, contratos com terceiros, relatórios governamentais (RAIS – Relatório Anual de Informações Sociais), documentos relacionados à medicina e segurança do trabalho, situação especial de empregados (estabilidade etc.).

Relatórios contendo as reclamações trabalhistas promovidas contra a empresa também deverão ser analisados, sendo igualmente classificados para fins de comparação entre contingenciamento e provisionamento.

5.5.8 Seguros

Embora o Seguro tenha a natureza jurídica de um contrato, inclusive classificado como aleatório, dito contrato pode assumir grande importância em relação ao negócio (operação), pois pode proteger ativos importantes para a empresa, representando a diferença entre a sobrevivência ou não da mesma empreitada em dada situação³⁰.

Então, fundamental que sejam destacados os principais contratos de seguro e seus principais dados caracterizadores, incluindo coberturas, importância segurada, franquias, situações de agravamento de risco ou cancelamento da apólice, bem como se há registro ou comprovação de pagamento do prêmio e, sendo dúbia a obrigação e havendo autorização da empresa auditada, comunicação escrita da seguradora nesse sentido.

5.5.9 Propriedade intelectual

Fundamentais para a sobrevivência de diversas empresas nos dias atuais, pois representam processos ou a própria representatividade da empresa para o mercado, a pesquisa relativa a referidos direitos deve partir do órgão regulador para ditos interesses no Brasil, qual seja, o INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial³¹, seguindo até eventuais ações judiciais envolvendo disputas nacionais ou internacionais a respeito, em havendo.

Sobre as marcas e patentes (modelos de utilidade etc.) de propriedade da empresa, o relatório deve ter planilha contendo o direito de propriedade intelectual, o número do registro, a classe, a natureza, a apresentação e a data da concessão.

A pesquisa pode ser complementada com relação à propriedade dos domínios de *internet*³² havidos pela empresa, já que hoje em dia fundamentais para a divulgação e até *e-commerce* eventualmente realizado pela empresa.

5.6 Observações finais

O trabalho de *Due Diligence* representa etapa fundamental no processo de *valuation*³³ costumeiramente realizado por empresas interessadas em participar de processos de fusões e aquisições (*M&A*) no Brasil e no Mundo.

Assim, deve ser encarada com grande responsabilidade³⁴ e diligência por toda a equipe, antes, durante e ao final dos trabalhos.

Dessa forma, para garantir que os resultados sejam os esperados, as equipes devem conversar continuamente durante o

processo, em reuniões pré-agendadas ou pontuais quando a situação requerer.

Previamente ao início dos trabalhos, todo o material de campo deve ser minuciosamente preparado, partindo-se de uma análise-preliminar da empresa (objeto social, atividades efetivamente exercidas, práticas de mercado e sua aceitação perante o Poder Judiciário), permitindo que seja encaminhada para a empresa auditada uma lista contendo os documentos necessários para o trabalho de auditoria³⁵, sempre por *escrito* e com prova de seu *recebimento*³⁶.

A referida lista deverá ser submetida, sempre que possível, ao contratante³⁷, para que este igualmente tenha ciência do que está sendo requerido pelo escritório à empresa auditada, que deve estar dentro do combinado entre partes³⁸.

A equipe deverá ter preparado um *check-list* sobre todos os documentos requeridos, bem como para cada fase da auditoria; os dados devem ser sempre planilhados, consoante planilhas prévias específicas e questionários, que visam fazer com que o levantamento de dados de cada membro da equipe seja uniforme, independentemente do grau de experiência de cada um.

Exceções às regras gerais, como resultado inclusive do trabalho de campo, devem ser tratadas pelos líderes de área, devendo ser objeto de providências específicas, inclusive a serem comunicadas ao cliente se, por qualquer motivo, possam alterar o andamento, prazo, conclusão ou até resultado dos trabalhos.

Os itens relativos a contingenciamento e provisão são de destaque relevante, visto que podem alterar valores e devem ser objetos, por vezes, de disposições contratuais específicas, tais como cláusulas de *escrow account*³⁹ (conta-caução).

Essas e outras disposições, no instrumento de Venda e Compra das participações, devem ser previstas, podendo até o negócio ficar sujeito a condição resolutiva, se assim for de interesse e acordo das partes.

Além disso, um pouco de vivência jurídica, de forma a destacar eventuais detalhes ou tópicos tidos como relevantes e que possam facilitar aspectos negociais ou até estratégicos, nunca são dispensados do advogado, visto que cada processo de *valuation* é único e encerra em si uma série de nuances específicas próprias.

Então, sempre que possível, o advogado líder deve manter o contato com o contratante, sem intermediários, de forma que a secular relação de confiança entre partes se estabeleça e se amplie.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 11 nov. 2010.

_____. Lei n. 8.212, de 24 de outubro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 12 nov. 2010.

_____. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5172.htm>>. Acesso em: 12 nov. 2010.

_____. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>>. Acesso em: 12 nov. 2010.

OFICINAS – ESTUDOS DE CASO

OFICINA III – Caso Estrela Laminados

Reorganizações societárias – estratégias empresariais

- Metodologias de Avaliação e *Due Diligence legal*
- Débitos com responsabilidade suspensa, e
- Responsabilidade dos Sucessores

Conceitos fundamentais trabalhados na Oficina

- Administração de Empresas – Estratégia Empresarial
 - Razão pela qual as empresas fazem reorganizações societárias
 - Visão das metodologias de Avaliação, e;
 - Importância e conceituação da *Due Diligence legal ou auditoria legal*;
- Aspectos Societários de consideração necessária em *Due Diligence*
 - Alienação e Transferência do Controle nas Sociedades Anônimas e Limitadas
 - Acordos de Confidencialidade (*NDA*), Compromisso ou Pré--Contrato (*MOU*), e
 - Contrato para Alienação ou Transferência do Controle, de caráter vinculante ou não vinculante e cláusulas essenciais
- Direito Civil
 - Evicção e Vícios Redibitórios
 - Fraude contra credores
- Direito Processual Civil
 - Fraude à execução
- Direito Tributário
 - Débitos com responsabilidade suspensa, e
 - Responsabilidade dos Sucessores
- Direito do Trabalho
 - Responsabilidade de empresas sob a mesma administração

Caso Estrela Laminados S/A

Auditoria legal e transferência ou aquisição de controle

ESTRELA LAMINADOS S/A é uma subsidiária integral, pertencente ao Grupo Familiar “Estrela”, fundado e administrado há 25 anos por Clodomiro Estrela, que hoje conta na administração com seus dois únicos filhos: Clodomiro Estrela Júnior e Cláudio Estrela.

O negócio de laminação vai muito bem, e o Grupo Familiar Estrela fez pesados investimentos para renovação do maquinário e incentivo da força laboral, tendo a empresa sido recentemente eleita “O melhor lugar para se trabalhar – 2008” pela revista especializada “Labour”.

Além da atividade de laminação, o Grupo Estrela também é composto por uma transportadora (Transportadora Estrela Ltda.) e uma pequena construtora que trabalha com terraplanagem (Construtora Estrela Ltda.). A transportadora tem gerado lucro nos últimos anos, porém sofre algumas execuções fiscais em decorrência de sua exclusão do REFIS, enquanto a construtora é Reclamada em diversas ações trabalhistas.

Com o passar dos anos, o Grupo Estrela amealhou um relevante patrimônio, incluindo, além das empresas mencionadas, a propriedade de vastas fazendas e investimentos em cavalos de raça, sendo que a família Estrela é presença constante nas colunas sociais.

Todo o patrimônio da família foi objeto de planejamento sucessório e se encontra integralizado na Holding Estrela S/A, sendo a participação total do fundador, Sr. Clodomiro Estrela, equivalente a 52% (cinquenta e dois por cento) das ações com direito a voto; – os restantes 48% (quarenta e oito por cento) das ações com direito a voto estão igualmente distribuídos entre seus filhos, Clodomiro Estrela Júnior e Cláudio Estrela.

A empresa Americana TW Steel Ltd., através de sua controlada no Brasil (TW – Aços do Brasil Ltda.), pretende fazer uma proposta de compra à Holding Estrela S/A para a aquisição da totalidade das ações de emissão da ESTRELA LAMINADOS S/A, com o fim de, em seguida, incorporar a empresa à TW Brasil, a fim de expandir suas atividades no país.

Por se tratar de uma operação complexa e importante e que pode consolidar a TW – Ações do Brasil Ltda. definitivamente no mercado brasileiro, a TW quer ter plena ciência de eventuais responsabilidades que possa vir a assumir, a fim de que possa espelhá-las no valor da oferta ou, caso sejam demasiado expressivas, em última hipótese, até desistir de apresentar proposta de oferta à atual Controladora.

Em face de todo o espelhado, buscando a melhor assessoria no mercado, a TW contratou uma empresa “*top five*” de auditoria para verificar os lançamentos fiscais e contábeis, bem como contratou seu escritório para realização de auditoria legal (*Due Diligence*) e para acompanhamento de toda a parte legal, desde os entendimentos ou acordos prévios (“*NDA*”, “*MOU*”) até o Contrato Definitivo, visando a Transferência ou Aquisição do Controle da sociedade objeto de avaliação.

Como advogado indicado pelo escritório para conduzir esse importante caso, responda:

1) Quais áreas (legais) devem ser objeto de *Due Diligence*? No geral, qual o período que a referida auditoria legal deve abranger, especificando áreas?

2) Em virtude da sua notória experiência em analisar contratos importantes no escritório, você foi destacado para analisar os seguintes contratos constantes do *Data Room* revelado pela empresa objeto de análise:

- Contrato de Fornecimento de Matéria-prima – Anexo I
- Contrato de Financiamento para Capital de Giro – Anexo II

Assim, responda:

a) Analisando os referidos instrumentos de contrato, quais cláusulas você destacaria como de conhecimento necessário para a sua cliente “TW”? Por quê? (Considere na sua resposta a informação confidencial que lhe fora cedida pelo responsável pela *Due Diligence* no seu escritório, no intuito de lhe orientar de que a aquisição em questão importará em recursos significativos para a empresa cliente no Brasil e, de forma alguma, poderá ela ter problemas com o principal fornecedor de matéria-prima da empresa).

b) De maneira a posteriormente constar do “Relatório de *Due Diligence*” a ser ofertado ao cliente ao final da auditoria legal pelo seu escritório conduzida, qual ressalva você faria constar no relatório, de forma a orientar o seu cliente na condução das negociações visando à assinatura do Contrato Definitivo (transferência ou Aquisição do Controle da Estrela Laminados S/A)?

3) Com sucesso fora concluído o processo de *Due Diligence* realizado pelo vosso escritório e que repercutiu no processo de valoração da empresa objeto de aquisição (“Estrela Laminados”), sendo que, finalmente, as partes (“Estrela Holding S/A” e “TW – Ações do Brasil Ltda.”) concluíram a negociação definitiva, fechando o valor da operação. Então, uma vez mais, em face da sua notória competência e capacidade, reconhecida inclusive entre os seus pares no escritório, você é chamado para revisar a minuta final de contrato definitivo para a Transferência ou Aquisição do Controle. Observando os termos do Anexo III, quais cláusulas você destacaria como mais importantes para a proteção do interesse da sua cliente/adquirente (“TW”), com relação a eventuais passivos ocultos ou ainda não eclodidos à época da *Due Diligence* e com relação à proteção da “TW” referente à carteira de clientes que compõem o fundo de comércio da “Estrela Laminados S/A”, objeto de aquisição?

4) A empresa apresenta Certidão Negativa Conjunta da Procuradoria da Fazenda Nacional e da Receita Federal do Brasil e também Certidão de Distribuição de Execuções Federais sem nenhuma ocorrência. É seguro afirmar que não existem contingências relativas a tributos federais para a referida empresa (considere apenas os tributos abrangidos pelas referidas certidões)? Eventuais débitos existentes serão de responsabilidade da “TW – Ações do Brasil Ltda.”?

5) Ademais, quais os cuidados que devem ser tomados em sendo apresentadas certidões positivas com efeito de negativas?

6) Existem diversas reclamações trabalhistas movidas contra a Construtora Estrela. Poderá haver a responsabilização da Estrela Laminados por tais débitos? Ambas as empresas podem ser consideradas como pertencentes a um mesmo grupo econômico?

Material de Apoio

Anexo I: Contrato de Fornecimento de Matéria-prima.

Anexo II: Contrato de Financiamento para Capital de Giro.

Anexo III: Minuta – Contrato de Transferência ou Aquisição.

Reportagem publicada pelo jornal **A Gazeta Mercantil** em 15-6-2007, no suplemento “Gestão de Negócios”, intitulada “Como avaliar um investimento?”.

Reportagem publicada pelo jornal **A Gazeta Mercantil**, em 6-3-2007, intitulada “Contingências ameaçam venda do McDonald’s”.

Reportagem publicada pelo jornal **O Valor Econômico**, em 7-7-2006, intitulada “Wal-Mart, Pão de Açúcar e Carrefour estão na reta final pelo Atacadão”.

Reportagem publicada no **Valor Financeiro**, ano 6, n. 7, set. 2007, intitulada “Negócios que crescem na cola do *Private Equity*”.

Reportagem publicada pelo jornal **A Gazeta Mercantil**, em 30-7-2007, intitulada “Gestão Ambiental movimentou R\$ 1,6 bi este ano”.

Bibliografia Básica

FABRETTI, Láudo. **Fusões, aquisições, participações e outros instrumentos de gestão de negócios**. São Paulo: Atlas, 2005.

FERRAGUT, Maria Rita. **Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002**. São Paulo: Noeses, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 198-199.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Legislação aplicável⁴⁰

Legislação Ordinária Federal (disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>)

Lei n. 5.689/73 [Código de Processo Civil (artigo 593)].

Lei n. 6.404/76 [Lei das Sociedades por Ações (artigos 116, 285 a 287)].

Lei n. 6.938/81 [Direito Ambiental].

Lei n. 8.609/90 [Código de Defesa do Consumidor (artigo 28)].

Lei n. 8.212/91 [Previdenciário (artigo 45-A)].

Lei n. 9.279/96 [Marcas e Patentes (artigos 174 e 225)].

Lei n. 9.605/98 [Direito Ambiental].

Lei n. 10.406/2002 [Código Civil (artigos 158 a 165, 171, 178 e 179, 205 a 206, 421 a 426, 441 a 457, 474 a 475, 477, 481 a 508, 1.032, 1.077)].

Lei n. 11.941/2009 [Previdenciário (§§ 15 e 16 do artigo 1º)].

Legislação Complementar Federal (disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>).

Lei n. 5.172/66 [Código Tributário Nacional (artigos 123, 129 a 133, 135, 151, III)].

Decreto-lei n. 5.462/43 [Consolidação das Leis do Trabalho (artigos 9º, 10, 448)].

Anexo I

CONTRATO PARA FORNECIMENTO DE AÇO ASTM e SAE

Elaborado por: Anderson Martorano Augusto Ribeiro

Pelo presente instrumento particular, as partes:

- (a) GERALDO – AÇO MINAS S/A, inscrita no CNPJ/MF sob n. 00.000.000/0001-05, com sede na Av. Coteminas Sul, n. 567, S. Iracema - MG, doravante denominado FORNECEDOR, e

(b) ESTRELA LAMINADOS S/A, inscrita no CNPJ/MF sob n. 87.699.190/0001-44, com seus atos constitutivos registrados perante a Junta Comercial (JUCESP), sob n. 877.988.76, com sede em São Paulo/SP, na Av. Estrela, n. 134 (parte), S. Paulo-SP, doravante denominado COMPRADOR,

RESOLVEM, de comum acordo, regular suas relações comerciais celebrando o presente Contrato para Fornecimento, doravante denominado “CONTRATO”, mediante as seguintes cláusulas e condições:

I. DO OBJETO

CLÁUSULA PRIMEIRA

O FORNECEDOR se compromete a fornecer, dentro dos prazos e condições estabelecidas em contrato, ao COMPRADOR, denominado AÇO SAE e ASTM, material este devidamente certificado por análise química e processo de ultrassom aplicáveis, nas quantidades abaixo especificadas.

Parágrafo Primeiro – Mediante aviso prévio por escrito com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, o FORNECEDOR receberá os pedidos de compra, comprometendo-se a entregar nas quantidades mencionadas, salvo caso fortuito ou força maior, nos 30 (trinta) dias subsequentes, frete por conta do COMPRADOR.

Parágrafo Segundo – O COMPRADOR compromete-se em adquirir, no prazo, forma e condições *infra*, todos os meses, a quantidade mínima de ** toneladas, de cada uma das especificações SAE 1010 – 1020, SAE 1045, ASTM – A36, ASTM – A283 GrC, ASTM – A285 GrC, ASTM – A516 e SAC 50, sob pena de rescisão do presente contrato.

II. DO PREÇO E CONDIÇÕES

CLÁUSULA SEGUNDA

O FORNECEDOR fará jus ao pagamento apurado, levando em consideração as quantidades e qualidades adquiridas pelo COMPRADOR, segundo prova dos pedidos realizados, sendo que o valor será cobrado de acordo com a variação do preço do aço *in natura*, para o mercado internacional, no dia do fechamento, sendo fixado o valor mínimo de US\$ ** por tonelada do padrão SAE 1010, seguindo os demais tabela vigente à época.

Parágrafo Primeiro – Os pagamentos devem ser quitados nos 30 (trinta) dias subsequentes ao fechamento, mediante boleto bancário, dívida portável.

Parágrafo Segundo – No caso de atraso no pagamento, será aplicável multa padrão de 5% (cinco por cento), sobre o valor do débito, acrescida de juros legais (1%), bem como correção monetária calculada segundo o INCC/FGV aplicável. No caso de cobrança amigável ou judicial, será acrescido ao valor, respectivamente, 10% e 20% a título de honorários advocatícios extrajudiciais ou judiciais, consoante hipótese.

III. DO PRAZO DE DURAÇÃO

CLÁUSULA TERCEIRA

O presente CONTRATO vigorará por prazo indeterminado, podendo ser denunciado a qualquer momento, por qualquer das Partes, desde que haja notificação neste sentido, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias para a rescisão, devendo ser honradas as obrigações assumidas pela parte COMPRADORA, sob as penas da Lei.

IV. DO FORO

CLÁUSULA QUARTA

Elegem as Partes o Foro da Comarca de Iracema, Minas Gerais, como competente para dirimir quaisquer dúvidas oriundas do cumprimento ou da interpretação do presente CONTRATO, com exclusão de qualquer outro, por mais privilegiado que seja ou venha a ser.

E, por estarem assim justas e contratadas, as Partes firmam o presente CONTRATO em 2 (duas) vias de igual teor e forma para um só efeito, na presença das testemunhas abaixo qualificadas e a tudo presentes.

Iracema/MG, 20 de agosto de 1998.

Anexo II

99º TABELIÃO DE NOTAS

OSASCO-SP

COMARCA DE OSASCO – ESTADO DE S. PAULO

TABELIÃO: JOSÉ DE ANCHIETA

LIVRO N. 887 – PÁGINAS 011/014 – 1º TRANSLADO

ESCRITURA DE MÚTUO COM GARANTIA HIPOTECÁRIA E OUTRAS AVENÇAS

SAIBAM quantos esta pública Escritura bastante virem, que aos dezoito (18) dias do mês de janeiro do ano de 2009, nesta Cidade e Comarca de Osasco-SP, República Federativa do Brasil, em diligência à Cidade Justina, nesta Cidade, onde eu, **Tabelião Substituto**, fui chamado e compareci, compareceram partes entre si justas e contratadas, a saber: de um lado, na qualidade de mutuária, outorgante devedora e principal pagadora, designada DEVEDOR(A): ESTRELA LAMINADOS S/A, inscrita no CNPJ/MF sob n. 87.699.190/0001-44, com seus atos constitutivos registrados perante a Junta Comercial

(JUCESP), sob n. 877.988.76, com sede em São Paulo/SP, na Av. Estrela, n. 134 (parte), S. Paulo-SP, representada na forma de seu contrato social por CLODOMIRO ESTRELA, brasileiro, casado, empresário, portador do RG n. 2.796.881-7 SSP/SP, inscrito no CPF/MF, sob n. 022.191.668-27, e CLÁUDIO ESTRELA, brasileiro, casado, administrador, portador do RG n. 15.145.876-20, e do CPF/MF sob n. 143.987.456.-23, ambos residentes e domiciliados nesta Capital, Estado de S. Paulo/SP, com endereço comercial na Av. Estrela, n. 134 (parte). Como avalistas da nota promissória de garantia adiante referida e devedores solidários, doravante designados AVALISTAS: 1ª) CLODOMIRO ESTRELA, já qualificado, autorizado por sua mulher, nos termos do inciso III, do artigo 1.647 do Código Civil, Estela Marietta Estrela, brasileira, do lar, portadora do RG n. 3.567.987-0 e do CPF/MF n. 087.087.977-27; 2ª) CLÁUDIO ESTRELA, já qualificado, autorizado por sua mulher, nos termos do inciso III, do artigo 1.647 do Código Civil, Verônica Macedo de Aguiar Estrela, brasileira, publicitária, portadora do RG n. 18.999.987-0 e do CPF/MF n. 140.087.999-27; 3ª) CLODOMIRO ESTRELA JÚNIOR, brasileiro, casado, engenheiro da computação, portador do RG n. 14.716.891-3 SSP/SP, inscrito no CPF/MF, sob n. 367.191.668-27, autorizado por sua mulher, nos termos do inciso III, do artigo 1.647 do Código Civil, Clara Ribeiro Constantino Venâncio Estrela, brasileira, bacharel em direito, portadora do RG n. 15.979.997-5 e do CPF/MF n. 111.091.555-55, residente e domiciliado nesta Capital, Estado de S. Paulo/SP, com endereço comercial na Av. Estrela, n. 134 (parte); como dadora da garantia real, fiadora e principal pagadora, solidariamente responsável com a devedora, doravante designado GARANTIDOR(A): ESTRELA S/A, inscrita no CNPJ/MF sob n. 76.610.108/0001-28, com sede em São Paulo/SP, na Av. Estrela, n. 134 (parte), S. Paulo-SP, representada na forma do seu Estatuto Social por seu Diretor Presidente, consoante Ata de Assembleia Ordinária realizada em 04/04/2008, devidamente registrada perante a Junta Comercial do Estado de S. Paulo (JUCESP), sob n. 717.876-9/01, Sr. CLODOMIRO ESTRELA, brasileiro, casado, empresário, portador do RG n. 2.796.881-7 SSP/SP, inscrito no CPF/MF, sob n. 022.191.668-27, residente e domiciliado nesta Capital, Estado de S. Paulo/SP, com endereço comercial na Av. Estrela, n. 134 (parte); e, finalmente como outorgado credor, doravante designado simplesmente CREDOR: BANCO MOMENTO S/A, com sede na Cidade Justina, nesta cidade, inscrito no CNPJ/MF sob n. 68.879.345/0001-99, com seu Estatuto Vigente aprovado pela AGE/AGO, realizada em 29/03/2007, e devidamente registrada na JUCESP sob n. 144.890/05-2, em 12/06/2008, neste ato representado por seus diretores, no final nomeados e qualificados, eleitos pela Ata de Reunião Extraordinária n. 1.234 do Conselho de Administração, realizada em 29/03/2007, e devidamente registrada na JUCESP sob n. 132.999/07-3, em 14/04/2007, cujas cópias ficam arquivadas nestas notas, em pasta própria de n. 019 sob n. de ordem 076; os presentes maiores e juridicamente capazes, conhecidos entre si como os próprios e por mim identificados, em virtude dos documentos apresentados, do que dou fé, os quais, desde já, dispensam expressamente a presença e assinatura de testemunhas instrumentárias para este ato. – E, pelas partes contratantes me foi dito: **1. A DEVEDORA**, na forma representada, contrata com o CREDOR, um empréstimo para capital de giro, no valor de R\$ 4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos mil reais), cujo o valor líquido, após a

dedução do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), será creditado na conta corrente n. 8800-0, titulada pela DEVEDORA, junto à agência 457809 – Av. dos Lavapés, do CREDOR, desde que apresentada esta ESCRITURA regularmente registrada no Cartório de Registro de Imóveis competente. **2.** A DEVEDORA restituirá ao CREDOR a quantia-mutuada, mediante 56 (cinquenta e seis) prestações mensais e sucessivas, atualizadas, desde a data da liberação do crédito até o efetivo pagamento, com juros à taxa mensal de 1,55% (um inteiro e cinquenta e cinco centésimos por cento), equivalente à taxa anual de 20,27% (vinte inteiros e vinte e sete centésimos por cento), calculados sobre o saldo devedor, vencendo-se a primeira em 30 (trinta) dias da liberação do crédito, e as demais no mesmo dia dos meses subsequentes, até a final e integral liquidação do débito. **3.** Para garantir ao CREDOR o pagamento total da dívida assumida, principal e encargos, a DEVEDORA emite e entrega ao CREDOR, 01 (uma) nota promissória “pró-solvendo”, de inteiro efeito cambial, no valor de R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais), devidamente avalizada pelos AVALISTAS, acima nomeados e qualificados. **4.** Os AVALISTAS da nota promissória referida na cláusula Terceira *supra* comparecem também neste instrumento, na condição de **devedores solidários**, anuindo expressamente ao ora convencionado, responsabilizando-se incondicionalmente com a DEVEDORA, de maneira irrevogável e irretroatável, pelo total cumprimento de todas as obrigações, pecuniárias ou não, por ela assumidas nestas Escritura. **5.** Fica facultado ao CREDOR efetuar o recebimento do valor mencionado na Cláusula Segunda, mediante débito, no respectivo vencimento, na conta corrente da DEVEDORA, mencionada na cláusula primeira *supra*. **5.1.** A DEVEDORA, através da presente, e na melhor forma de direito autoriza o Banco Momento S/A, de forma irrevogável e irretroatável, através de sua agência, referida na cláusula primeira, acima, a levar ao débito em sua conta corrente, os valores devidos em relação a esta Escritura. **5.2.** Caso não haja saldo suficiente para amortização ou liquidação das parcelas ou do saldo devedor da DEVEDORA, na forma prevista no *caput* e parágrafo primeiro desta cláusula, o CREDOR poderá efetuar o lançamento do débito respectivo, em qualquer conta que a DEVEDORA, os AVALISTAS, ou a GARANTIDORA mantenham ou venham a manter em qualquer agência do Banco Momento S/A. **6.** Correrão por conta exclusiva da DEVEDORA todas as despesas decorrentes desta Escritura, seus gastos de registro, bem como de eventuais adiantamentos que se fizerem necessários para a sua regularização. **7.** A dívida aqui assumida pela DEVEDORA será considerada antecipadamente vencida e desde logo exigível em todos os seus encargos, nas seguintes hipóteses, além das previstas em lei: a) Se a DEVEDORA deixar de cumprir qualquer obrigação decorrente desta escritura, no tempo e modo devidos; b) Se a DEVEDORA, os AVALISTAS, ou a GARANTIDORA falirem, ou requererem Recuperação Judicial ou Extrajudicial da Empresa, entrarem em estado de liquidação, tornarem-se insolventes ou sofrerem protestos de títulos por falta de pagamento; c) Se for movida contra a DEVEDORA, os AVALISTAS, ou a GARANTIDORA, medida judicial que venha, ou possa a vir afetar, por qualquer motivo, as garantias e direitos creditórios do CREDOR; d) Alteração do Controle Societário do(s) DEVEDORA, AVALISTA, GARANTIDORA; e) Se os imóveis adiante dados em garantia forem desapropriados total ou parcialmente, ou se, total ou parcialmente, sofrer qualquer espécie de alienação ou oneração, sem prévio e expresse consentimento do CREDOR. **8.**

Qualquer quantia devida pela DEVEDORA, por força deste contrato, vencida e não paga, será considerada em mora e o débito ficará sujeito, do vencimento ao efetivo pagamento, a atualização monetária de acordo com a variação da taxa referencial ou outro índice ou taxa que vier a substituí-la, mais juros moratórios à taxa de 1% (um por cento) ao mês ou fração, sobre o valor corrigido e multa de 2,00% (dois por cento), sobre a quantia impaga corrigida monetariamente. **9.** Se o CREDOR for obrigado a recorrer a meios judiciais para haver qualquer parcela do seu crédito total ou parcialmente, fará jus aos acréscimos previstos na cláusula anterior, sem prejuízo das despesas de cobrança, custas processuais e judiciais e honorários advocatícios, estes na base de 20% (vinte por cento), sobre o valor da causa. **10.** Obriga-se a GARANTIDORA a pagar em dia todos os impostos e taxas que incidam ou venham a incidir sobre os imóveis adiante dados em garantia, e mantê-los em perfeito estado de conservação. **11.** Para garantir ao CREDOR o cumprimento de todas as obrigações ora assumidas pela DEVEDORA, bem como as demais decorrentes deste instrumento, principal e acessórios, a GARANTIDORA dá ao CREDOR, em única e especial HIPOTECA, sem concorrência de terceiros, os imóveis a seguir descritos e caracterizados, que declaram possuir livres e desembaraçados de quaisquer ônus, dúvidas, dívidas, condomínios, despesas condominiais, impostos, taxas, encargos judiciais ou extrajudiciais, a saber: A) UM TERRENO RURAL, que localiza-se na cidade de Salto, no Bairro Jurupipoca, Comarca de Solano, deste Estado, com as seguintes medidas e confrontações: “A presente descrição, que obedece o sentido horário de encaminhamento, tem início no ponto para onde correm as linhas de divisa determinadas pela margem da Estrada Municipal do Bairro e pela lateral de uma Servidão de Passagem existente entre o imóvel descrito e a propriedade de Lucius, daí seguindo por cerca em linha reta na extensão 662,34m (seiscentos e sessenta e dois metros e trinta e quatro centímetros) no rumo de 47°04 'SE; deflete à esquerda e segue em outra linha reta na extensão de 180,10m (cento e oitenta metros e dez centímetros) com rumo de 84°58'SE, até atingir o caudal de um córrego sem denominação conhecida, sendo tais segmentos separados da propriedade de César pela mencionada Servidão de Passagem, deflete à direita e segue em sentido jusante desse córrego na extensão de 170,20m (cento e setenta metros e vinte centímetros), dividindo com a propriedade dos herdeiros de Nero, até atingir um valo, onde deflete à direita e segue por este, em linha reta, na extensão de 322,30m (trezentos e vinte e dois metros e trinta centímetros) no rumo de 4°38'SW, confrontando com a propriedade de Simões, deflete à direita e segue em linha reta na extensão de 943,31m (novecentos e quarenta e três metros e trinta e um centímetros) no rumo de 4°24'NW até a margem da Estrada Municipal, confrontando em toda essa extensão com a propriedade de Augustus, então deflete à direita e segue pela margem da Estrada Municipal na extensão de 128,94m (cento e vinte e oito metros e noventa e quatro centímetros) e rumo 52°6'NE, até o ponto de início desta descrição, perfazendo uma área de 226.184,58m² (duzentos e vinte e seis mil, cento e oitenta e quatro metros e cinquenta e oito decímetros quadrados) ou 9,346 alqueires paulistas, tudo conforme **matrícula n. 2.574** do Cartório do 2º Oficial de Registro de Imóveis de Solano, deste Estado. **11.1.** O referido imóvel foi havido conforme registro n. 03 da mencionada matrícula, por força da Escritura de Venda e Compra lavrada nas notas do 99º Tabelionato desta Comarca (livro 6438, fls. 363), datada de 13 de setembro de 2004.

11.2. O imóvel está inscrito na Receita Federal sob n. 4.888.757-8, e no INCRA sob n. 999.000.888.677-6, conforme Certificado de Cadastro de Imóvel Rural – CCIR EMISSÃO 2003/2004/2005 (apresentar), com a DENOMINAÇÃO “SÍTIO DA BOA SORTE”, com área total de 22,6000 ha; Módulo Rural: 41,0909 ha; n. de Módulos Rurais: 0,55; Módulo Fiscal: 12,0; n. de módulos fiscais: 1,8833; Fração Mínima de Parcelamento de 2,000 ha.

11.3. conforme a DIAT/DIAC, adiante referida, foi atribuído ao imóvel *supra*, o valor tributável de R\$ 800.050,00 (oitocentos mil e cinquenta reais). B) UMA CHÁCARA SOB N. 489, DA QUADRA “20”, DO LOTEAMENTO DENOMINADO “SOL POENTE”, neste Município de Itatiba, Comarca de Jundiáí, 2ª Circunscrição de Imóveis desta Comarca, com a ÁREA DE 6.581,00m², medindo 78,00m de frente para a Estrada Onze, da frente aos fundos, pelo lado direito mede 110,00m, confrontando com a chácara n. 387, pelo lado esquerdo mede 99,00m, confrontando com a chácara n. 385, tendo nos fundos a medida de 54,00m, confrontando com a chácara n. 374 e mais **uma parte ideal correspondente à fração ideal de 0,14285% de uma área de terras de 251.080,00m²**, formada por um bosque, lago e terreno, livre e destinada à instalação de um clube de campo, tudo conforme planta e plano das chácaras do Sol, com a seguinte descrição: Inicia-se na confluência da Estrada n. 01, com a Estrada n. 7, confrontando com as chácaras 207 a 216, onde confronta com a Faz. Morro Alto de José Turola e as chácaras 615 a 626, estrada n. 19 e as chácaras 586, 579, 578 e 580, Estrada n. 1, seguindo até encontrar o ponto de partida. Imóvel esse havido da seguinte forma: a chácara por força do R/9 da matrícula 14.658, e a parte ideal por força do R/1.453 da matrícula n. 13.154, ambas do 1º Oficial de Registro de Imóveis de Jundiáí, e está cadastrada na Prefeitura Municipal de Itatiba-SP, sob n. 01.05.020.0534.001-5 – V. Venal R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais).

12. DAS DEMAIS CONDIÇÕES – A hipoteca ora constituída, além do imóvel acima descrito e caracterizado, com todas as acessões, melhoramentos e construções existentes, abrange as construções, instalações e quaisquer benfeitorias que foram realizadas, inclusive as decorrentes de exigências das autoridades públicas.

12.1. A presente hipoteca é constituída independentemente de outras quaisquer garantias oferecidas para a segurança da “CREDORA”, não constituindo novação e podendo ser executada independentemente de ordem de preferência.

12.2. Os GARANTIDORA, DEVEDORA e AVALISTAS obrigam-se:

12.2.1. a zelar pelo bem hipotecado de modo a mantê-lo em perfeito estado de conservação e segurança;

12.2.2. a não constituir quaisquer outros ônus sobre o imóvel;

12.2.3. a não alienar, a qualquer título, e nem prometer vender dito imóvel, sem prévia e expressa aquiescência da “CREDORA”;

12.2.4. a pagar, nas épocas próprias, os impostos, taxas e quaisquer outros tributos federais, estaduais e municipais, que incidam ou venham a incidir sobre o bem hipotecado;

12.2.5. a comunicar a “CREDORA”, por escrito, qualquer diminuição e/ou deterioração do bem onerado, tão logo ocorra tal evento, e a promover o necessário reforço da garantia hipotecária, dentro do prazo de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento da notificação que a “CREDORA” lhes fizer através de aviso postal (AR);

12.2.6. a exhibir à “CREDORA”, quando solicitados, os comprovantes de quaisquer das obrigações aqui assumidas.

12.3. O descumprimento de qualquer das cláusulas mencionadas nesta escritura determinará, a juízo exclusivo da CREDORA, o vencimento

antecipado da dívida ora confessada, podendo a mesma usar das medidas legais que considerar convenientes à defesa de seus direitos e interesses, faculdade essa que permanecerá íntegra, mesmo no caso de tolerância, a qualquer tempo, por parte da mesma CREDORA. **13. DO FORO** – De comum acordo entre as partes, fica eleito o foro desta Comarca de Osasco-SP, para a instauração de litígios ou para dirimir qualquer dúvida relacionada com a presente escritura, com renúncia expressa a qualquer outro foro, por mais especial ou privilegiado que seja. **14. DAS DECLARAÇÕES – A GARANTIDORA declara:** **14.1.** Que o imóvel ora hipotecado está livre e desembaraçado de quaisquer ônus judiciais ou extrajudiciais, hipotecas legais ou convencionais, foro ou pensão, bem como que sobre o imóvel não existem ações reais e pessoais reipersecutórias; **14.2.** Que para todos os fins de direito, inclusive os previstos no artigo 1.484 do Código Civil, os bens acima descritos e caracterizados (“A” e “B” – cláusula 11.1), respectivamente, ficam avaliados em **R\$ 4.000.000,00** (QUATRO MILHÕES DE REAIS), e **R\$ 2.000.000,00** (DOIS MILHÕES DE REAIS), reservado ao CREDOR o direito de pedir nova avaliação; **14.3.** que não estão vinculados à Previdência Social como contribuintes obrigatórios. **15. DA DOCUMENTAÇÃO** – Os “DEVEDORES” apresentam, neste ato, a seguinte documentação: **15.1.** Certificado de Cadastro de Imóvel Rural (CCIR), emissão 2003/2004/2005 (Código de Imóvel Rural n. 000.000.024.000-6; **15.2.** Certidão Negativa de Débitos Relativos ao Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural sob o n. _____._____._____ emitida em 12 de setembro de 2007 e válida até ___ de _____ de _____, cuja validade e autenticidade foi nesta data verificada por esta Serventia, via Internet; **15.3.** Recibo de Entrega da Declaração do ITR – Exercício de 2008. Documento de Informação e Atualização Cadastral do ITR – DIAC e Documento de Informação e Apuração do ITR – DIAT (os documentos acima permanecerão arquivados nestas notas, na pasta própria de n. __, sob o n. __; **15.4.** Certidão de propriedade com negativa de ônus e alienações, expedida em 11 de setembro de 2008 pelo Segundo Oficial de Registro de Imóveis de Solano, deste Estado, que permanecerá arquivada neste Cartório sob o n. _____ pasta ____). – Pelo CREDOR me foi dito que dispensam os GARANTIDORES da apresentação das certidões que trata a Lei 7.433/85, regulamentada pelo Decreto n. 93.240/86 (com exceção da Certidão de Propriedade e a Certidão Negativa de Débitos Relativos ao Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural acima citadas), declarando terem ciência acerca das eventuais implicações decorrentes dessas dispensas. – A GARANTIDORA se obriga, sempre que solicitado pelo CREDOR, a apresentar os comprovantes de pagamento dos tributos incidentes sobre o imóvel em questão. – As partes autorizam o Sr. Oficial de Registro de Imóveis competente a proceder todos os registros e averbações necessários à vista da presente. – De como assim disseram, do que dou fé, pediram e eu lhes lavrei a presente que, depois de lida em voz alta e clara, foi achada em tudo conforme, pelo que aceitam a assinam.

Anexo III

Instrumento Particular de Venda e Compra de Ações da ESTRELA LAMINADOS S/A e outras avenças

Pelo presente instrumento particular,

ESTRELA S/A, inscrita no CNPJ/MF sob n. 76.610.108/0001-28, com sede em São Paulo/SP, na Av. Estrela, n. 134 (parte), S. Paulo-SP, representada na forma do seu Estatuto Social por seu Diretor Presidente, consoante Ata de Assembleia Ordinária realizada em 04/04/2008, devidamente registrada perante a Junta Comercial do Estado de S. Paulo (JUCESP), sob n. 717.876-9/01, Sr. CLODOMIRO ESTRELA, brasileiro, casado, empresário, portador do RG n. 2.796.881-7 SSP/SP, inscrito no CPF/MF, sob n. 022.191.668-27, residente e domiciliado nesta Capital, Estado de S. Paulo/SP, com endereço comercial na Av. Estrela, n. 134 (parte), ora denominado VENDEDORA, e;

TW – Aços do Brasil Ltda, inscrita no CNPJ/MF sob n. 92.610.178/0001-55, com sede em São Paulo/SP, na Av. Metal Leve, n. 578, S. Paulo-SP, representada na forma do seu Contrato Social por seu Diretor Presidente, KALL VON-SMICH, austríaco, casado, engenheiro de produção, portador do RNE n. 7.798-8, inscrito no CPF/MF sob n. 250.191.668-27, residente e domiciliado nesta Capital, Estado de S. Paulo/SP, com endereço comercial na Av. Metal Leve, n. 578, ora denominado COMPRADOR.

CONSIDERANDO:

(i) os termos dos instrumentos denominados “Acordo de Confidencialidade – NDA”, “Memorando de Entendimentos – MOU”, datados respectivamente de 11/02/2008 e 15/03/2008 firmados entre a denominada VENDEDORA e o também acionista, ora denominado COMPRADOR, e os termos do instrumento particular de “proposta para aquisição de ações”, datado de 03/04/2008, onde a primeira se *compromete a vender*, pelo valor certo e ajustado (salvo consectários legais/contratuais), e *na forma e condições estabelecidas pelo mesmo instrumento*, de R\$ 33.000.000,00 (trinta e três milhões de reais), e o segundo *se compromete a comprar* a propriedade no que se refere à totalidade das participações societárias detidas pela VENDEDORA, qual seja, 20.000.000,00 (vinte milhões) ações ordinárias, nominativas e sem valor nominal, assegurando-lhe todos os ônus e vantagens decorrentes, na forma do Estatuto Social e da Lei, da sociedade por ações ESTRELA LAMINADOS S/A, inscrita no CNPJ/MF sob n. 87.699.190/0001-44, com seus atos constitutivos registrados perante a Junta Comercial (JUCESP), sob n. 877.988.76, com sede em São Paulo/SP, na Av. Estrela, n. 134 (parte), S. Paulo-SP, doravante denominada para os fins deste instrumento “Companhia”.

(ii) ainda, nos termos do referido instrumento datado de 03/04/2008, em garantia da presente transação, o referido COMPRADOR dará em garantia legal (hipoteca) o imóvel descrito na cláusula 7ª, imóvel este avaliado em aproximadamente R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

Assim, RESOLVEM, de comum acordo que:

1. A VENDEDORA, neste ato, *vende, como de fato vendido tem*, suas 20.000.000 (vinte milhões de ações) ações ordinárias, nominativas e sem valor nominal, totalmente subscritas e já integralizadas, pelo valor certo de R\$ 33.000.000,00 (trinta e três milhões de reais), ao COMPRADOR, que neste ato adquire, em caráter irrevogável e irretratável,

como adquirido tem, pelo preço *supra*, prazos e condições estabelecidos neste Contrato, sobretudo parágrafos 1.1 e ss. da presente cláusula, a propriedade das referidas ações de emissão da mesma Companhia, podendo, desde já, exercer sobre elas todas as ações e direitos concernentes, na forma da Lei, observados os Estatutos da Companhia.

1.1. Nos termos do instrumento particular datado de 03/04/2008, uma vez que não houve entre PARTES consenso a respeito da lá mencionada AÇÃO CIVIL PÚBLICA, tendo por objeto ressarcimento de dano ambiental, proposta pela UNIÃO FEDERAL, perante a 5ª Vara Federal da Justiça Federal de Campinas/SP, autos 2001.0887.9865-10, tendo como Réu a “COMPANHIA”, e a conclusão quanto à possibilidade de êxito na tese de defesa, entendido pela equipe jurídica da VENDEDORA como de êxito provável (condenação remota) e, pela equipe jurídica da COMPRADORA como de êxito possível (condenação possível), a parte COMPRADORA resolve depositar, sob concordância expressa, do VENDEDOR, o valor referente à contingência que a referida ação possa vir a representar, segundo cálculos atualizados e pelas partes acordados (anexo), no importe de 7.000.000,00 (sete milhões de reais), perante uma instituição de confiança de ambas as partes, aliás consoante instrumento firmado na presente data (anexo), quantia esta que será restituída ao COMPRADOR ou ao VENDEDOR, nas hipóteses do contrato, devidamente atualizada, segundo previsto no referido instrumento.

1.2. Uma vez transitada em julgado a ação, consoante prova legal, em sendo julgada improcedente ou, no caso de parcial ou total procedência, desde que o valor da condenação seja menor que o valor atualizado caucionado, incontinenti, a VENDEDORA receberá a quantia total ou remanescente, acrescida da correção monetária e juros na forma do contrato.

1.3. Na hipótese de o valor da condenação devidamente acrescido dos índices contratuais exceder o valor previsto nesta cláusula, compromete-se a VENDEDORA, uma vez devidamente intimada via correspondência registrada, no prazo de 30 (trinta) dias úteis subsequentes, a diretamente liquidar perante a COMPRADORA a quantia em questão, acrescida de eventuais custas, sob pena de execução.

1.4. As custas para aperfeiçoamento do contrato mantido perante a instituição financeira correrão por conta da VENDEDORA.

2. A quantia de R\$ 33.000.000,00 (trinta e três milhões de reais) será paga em 24 (vinte e quatro) parcelas, iguais, mensais e sucessivas, iniciando-se a primeira em 15 (quinze) de junho de 2009, seguindo-se as demais, sucessivamente, em iguais dias dos meses subsequentes, até integral e completo pagamento.

3. Sobre cada uma das dezesseis parcelas *supra*-elencadas, quando do seu vencimento e, independentemente de qualquer aviso, incidirá, na forma do presente contrato, juros legais de 1% (um por cento) ao mês, contados da assinatura do presente, até efetivo pagamento da parcela, sem prejuízo de outros consectários legais, exclusivamente devidos, na hipótese de inadimplemento, hipótese esta regradada pela cláusula 5ª do presente contrato.

4. Os pagamentos serão realizados com os devidos acréscimos, pontualmente, e independentemente de aviso, no seu vencimento, mediante depósito na Conta Corrente de Titularidade da VENDEDORA, servindo o comprovante de depósito, observadas as

cláusulas deste contrato, como prova de pagamento, sob pena de ser considerado “extemporâneo”, com a aplicação das penalidades contratuais, nos termos das cláusulas 5ª e 6ª abaixo.

5. Pagamentos realizados fora do prazo contratualmente estabelecidos (cláusula 2ª *supra*) somente serão considerados recebidos, desde que contem com os devidos acréscimos legais e multa contratual à fração 10% (dez por cento) sobre o valor da parcela em atraso, *pro rata die*, até efetiva quitação.

6. Sem prejuízo da aplicação da cláusula 5ª *supra*, a impontualidade de 3 (três) parcelas consecutivas dará direito à VENDEDORA de considerar a dívida vencida antecipadamente, cumulada com a multa contratual de 10% (dez por cento) sobre a totalidade da dívida vencida, sem prejuízo da execução da garantia legal (hipoteca) expressa na cláusula abaixo.

7. Para garantir o pagamento da presente obrigação, o COMPRADOR oferece a hipoteca do imóvel de sua propriedade, o qual declara livre e desembaraçado de quaisquer ônus, dívidas e gravames legais/reais, denominado “IMÓVEL SEDE TW – Aços do Brasil Ltda.”, a seguir caracterizado e descrito, sendo o seu valor estimado em R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), a saber:

IMÓVEL descrito na matrícula de n. 178.690, perante o 4º Oficial de Registro de Imóveis de S. Paulo/SP, compreendendo respectivas benfeitorias e acessões, assim descrito e caracterizado: UM GALPÃO INDUSTRIAL, situado na antiga Avenida 7, hoje denominada Av. Metal Leve, n. 578, S. Paulo-SP, com as seguintes medidas e confrontações: a presente descrição, que obedece o sentido horário de encaminhamento, tem início no ponto para onde concorrem as linhas de divisa determinadas pela margem da Estrada Municipal do Bairro Pirapora e pela lateral de uma Servidão de passagem existente entre o imóvel descrito e a propriedade de Oswaldo Rodrigues Cesar, daí seguindo por cerca em linha reta na extensão de 662,34 metros no rumo de 47º09'SE; deflete à esquerda e segue em outra linha reta na extensão de 180,10 metros com rumo de 84º58'SE, até atingir o caudal de um córrego sem denominação conhecida, sendo tais segmentos separados da propriedade de Rodriguês Cesar pela mencionada Servidão de Passagem, deflete à direita e segue em sentido jusante desse córrego na extensão de 170, 20 metros dividindo com a propriedade dos herdeiros de Antonio Rodrigues, até atingir um valo, onde deflete à direita e segue por este, em linha reta, na extensão de 322,30 metros no rumo de 46º38'SN, confrontando com a propriedade de Barros Simões, deflete à direita e segue por este, em linha reta, na extensão de 943,31 metros no rumo de 34º24'NW, até a margem da antiga Estrada Municipal, confrontando em toda essa extensão com a propriedade de José Cesar, deflete à direita e segue pela margem da antiga Estrada Municipal na extensão de 128,94 metros e rumo de 52º56'NE, até o ponto de início desta descrição, perfazendo uma área de 26.184,58 metros quadrados, imóvel este adquirido por TW – Aços do Brasil Ltda., mediante escritura pública lavrada no 1º Tabelião de Notas de S. Paulo-SP, em 22 de outubro de 2004, valor venal de R\$ 8.529.100,00 (oito milhões quinhentos e vinte e nove mil e cem reais).

7.1. Na hipótese de eventual inadimplemento por parte do COMPRADOR, precederá a VENDEDORA à execução da hipoteca, na forma da lei de seu instrumento de constituição, ficando ainda a VENDEDORA, na forma do artigo 1.430 do CC, CREDOR(A) de eventual saldo remanescente da dívida, caso o valor excutido não seja suficiente para quitação integral do débito.

8. O COMPRADOR firma, na presente data, perante o competente Cartório a “Escritura de Hipoteca”, dando o imóvel descrito na cláusula 7^a *supra* em garantia. Os custos para aperfeiçoamento da presente garantia correrão às expensas do denominado COMPRADOR.

9. A VENDEDORA assina, no presente ato, o livro “Registro de Ações Nominativas” e o livro de “Transferência de Ações Nominativas” e, com relação aos cargos perante o CONSELHO ADMINISTRATIVO e DIRETORIA EXECUTIVA, igualmente, assina os respectivos TERMO(S) DE RENÚNCIA, entregando ao representante legal do COMPRADOR, de maneira a que tal renúncia surta os seus devidos efeitos.

10. A VENDEDORA se compromete a não exercer, durante o prazo certo de 36 (trinta e seis) meses contados da assinatura do presente, diretamente ou indiretamente por empresa controlada, a atividade prevista no objeto social da COMPANHIA, sob pena de, em não fazendo, ser condenada às perdas e danos arbitráveis na forma da lei.

11. Responsabiliza-se o COMPRADOR por qualquer prejuízo eventualmente causado à VENDEDORA, na hipótese de mora na efetivação de qualquer ato acessório para o aperfeiçoamento da presente cessão, salvo se decorrente de caso fortuito ou força maior ou de ato da própria VENDEDORA e, no mais, isenta a VENDEDORA de qualquer responsabilidade por ato, fato ou omissão ocorridos após a assinatura do presente instrumento.

12. É de responsabilidade de cada uma das partes o pagamento do correspondente imposto eventualmente devido.

13. As PARTES elegem, para dirimir quaisquer dúvidas ou litígios provenientes do presente contrato, o FORO da COMARCA da CAPITAL/SP, com exclusão de qualquer outro, por mais privilegiado que o seja.

14. Por fim, firmam o presente instrumento em caráter irrevogável e irretratável, comprometendo-se a fazer a presente venda sempre boa, firme, valiosa e eficaz, inclusive por seus herdeiros e sucessores legais.

E por estarem assim, justos e contratados, assinam o presente instrumento em 02 (duas) vias de igual teor e forma, juntamente com as testemunhas abaixo nomeadas.

São Paulo, 15 de abril de 2008.

1 Tratamos *Due Diligence* como sinônimo para auditoria legal para os fins deste texto. Na verdade, as palavras *Due Diligence* são utilizadas em contextos referentes a outras áreas, tais como contábil e financeira, designando os trabalhos dos profissionais daquelas áreas em auditorias específicas que realizam.

2 As equipes (jurídica, administrativa, contábil, financeira) serão os “olhos e ouvidos” do contratante. Daí fundamental que o trabalho seja realizado com afinco, prudência e responsabilidade, de forma que não só riscos não sejam ignorados, mas também que cada hipótese seja devidamente avaliada lembrando sempre os limites da *Due Diligence* contratada, de forma que não se percam oportunidades de negócio simplesmente pelo fato de um documento ser dado por ilegível, ou uma dada questão não ter sido tempestivamente respondida pela empresa. Toda e qualquer suposição da equipe deve ser assim declarada e devidamente explanada.

3 Embora ainda sob os efeitos de todos os escândalos financeiros descobertos no final do ano de 2008, não se discute que a confiança, que justamente fora perdida, é elemento fundamental para o crescimento dos mercados e da economia como um todo. Se a base de acionistas tende sempre a ser dispersa, com um número de ações mínimo em *free float*, a confiança na equipe executiva, composta principalmente de Diretoria Executiva e Conselho de Administração, é de vital importância para o sistema capitalista instalado, viabilizando investimentos por grupos profissionais (*private equity*) ou por investidores individuais.

4 Como mencionado, os escopos podem ser mais ou menos abrangentes, consoante o trabalho de *Due Diligence* abarque um maior ou menor número de áreas, conforme inclusive trato prévio com o contratante, levando em consideração o tomo da operação, prazos e custos envolvidos.

5 Observados os limites prescricionais aplicáveis a cada matéria, consoante mencionaremos à frente (item 5.4).

6 Em projetos, delimitados o “escopo”, o “prazo” e o “custo”, definitivamente assentados ficam a extensão, a abrangência e o tempo de finalização do projeto. Tal regra aplica-se ao *Due Diligence*, como um projeto que tem por fim compor o processo de “evaluation” da empresa auditada.

7 No “Relatório Final de *Due Diligence*”, como veremos, será fundamental que todas as questões relativas aos documentos solicitados, sua qualidade e no mais quanto ao aprofundamento das análises devem ser mencionadas, baseadas em dados objetivos. Conclusões não baseadas em documentos críveis ou na sua ausência devem ser declaradas, de forma a evitar prejuízo às demais equipes envolvidas (administrativa, contábil, financeira etc.), com evidentes prejuízos à negociação como um todo.

8 Como mencionaremos ao final, haverá cláusulas aplicáveis logo no momento de assinatura do negócio e outras somente quando completadas algumas condições suspensivas,

tais como, em sendo o caso, as que discorram sobre a autorização governamental para funcionamento (ANATEL, Banco Central – BACEN), ou ainda manutenção por um importante Banco Internacional que eventualmente mantenha um contrato de empréstimo em vigor, renovadas as garantias (“Syndicated Loan”, por exemplo), visto que pode haver cláusula de vencimento antecipado na hipótese de alteração do controle societário. Ainda, cláusulas prevendo conta-caução (*escrow account*).

9 Como citamos ao final, o trabalho de *Due Diligence* inicia-se muito antes dos trabalhos de campo e outras diligências efetuadas. Decidem-se as equipes, seus líderes e um líder geral, que centraliza também contato com as outras equipes “não jurídicas” e diretamente com o contratante. Uma vez que as equipes jurídica e “não jurídicas” estejam reunidas e de acordo com relação às necessidades de abrangência e aprofundamento dos trabalhos considerados o ramo de atuação efetivo da empresa, forma de controle societário, riscos envolvidos na atividade, riscos intrínsecos (como a atual situação jurídica ou financeira da empresa), uma lista básica de documentos necessários é formatada, bem como questionários a serem aplicados divididos por equipes de abrangência, seguidos de condizentes *check-lists*, formulários para compilação dos dados (“quadros” ou “planilhas”), de forma que os trabalhos realizem-se uniformemente, chegando aos líderes de área para análise e providências (devolução para complementação, aceite integral ou parcial, aceite parcial com ressalvas para o relatório final). Ao final, o líder denominado para todas as áreas terá a incumbência de unir todos os relatórios por área em um “Relatório Final de *Due Diligence*”, entregando-o ao contratante ou seu representante em reunião própria.

10 Por vezes, o relatório é entregue diretamente ao representante da empresa de auditoria responsável pela condução do processo como um todo. Recomendamos, todavia, que uma via do relatório seja encaminhada diretamente ao contratante, em face da especial relação de confiança entre advogado-cliente.

11 Assim, se estivermos tratando com uma empresa industrial ou comercial que fabrique ou comercialize produtos para consumidores finais, nos termos do que determinam os artigos 2º e 3º da Lei n. 8.069/90 (Código de Defesa do Consumidor), será fundamental verificar a situação da empresa perante os órgãos de proteção e defesa do consumidor (tal como PROCON). Por outro lado, se estivermos tratando de uma construtora que tenha uma grande obra que cause significativas modificações perante o meio ambiente (ainda que uma obra pública proveniente de processo regular de licitação), ou uma indústria com um processo que deixe resíduos (como é comum), será importante buscar informações em

repartições administrativas e até no Ministério Público, de forma a saber eventualmente se existem processos administrativos em curso contra a empresa.

12 Como mencionado na nota 9 *retro*.

13 Via de regra, por 5 (cinco) anos, na forma da legislação cível.

14 O PROCON é definido como órgão administrativo responsável pela aplicação da legislação do consumidor perante empresas.

15 Imprescritível, por compor o erário, nos termos do § 5º do artigo 37 da Constituição Federal.

16 5 (cinco) anos, nos termos da Lei n. 9.279/96.

17 5 (cinco) anos para obrigações tributárias (CTN), e observado os termos do art. 45-A da Lei n. 8.212/91 no que tange às previdenciárias.

18 5 (cinco) anos, nos termos da legislação trabalhista (CLT).

19 No item 5.6 adiante, passaremos orientações a respeito de como devem ser realizadas as comunicações entre as partes (Contratante e Empresa Auditada).

20 Assim, quer dizer que partimos da premissa de que não há má-fé dos integrantes da empresa auditada com relação aos documentos ofertados e seu conteúdo. Todavia, isso não quer dizer que não devemos notar incongruências que denotem qualquer hipótese de omissão, ou, pior, conduta comissiva no intuito de ocultar ou dissimular conteúdo ou relação. A sagacidade do advogado é que o torna insubstituível nesse mister.

21 Vencimento antecipado da obrigação como decorrência de mora ou *default* no pagamento de obrigações decorrentes de outros contratos.

22 Sugerimos que seja feita dita análise na forma de um “quadro” ou “planilha”, na qual as informações fiquem dispostas de forma clara e organizada, permitindo a leitura rápida pelo contratante ou equipe. Mencionado “quadro” ou “planilha” pode provir de material prévio elaborado pelo líder de equipe ou área, entregue aos demais membros da equipe, inclusive “juniores”, que seguiram os campos predeterminados no que se referem aos instrumentos contratuais analisados, entregando ao superior imediato devidamente preenchido, ou apondo as dúvidas pertinentes.

23 Em grandes processos de aquisição, não se pensa em empresas que não tenham sequer relatórios jurídicos organizados em padrões reconhecidos, constando, além dos principais dados caracterizadores das ações, também menção se há necessidade de provisionamento para a ação em questão. Mas, vez por outra, sobretudo em processos de “evaluation” menores, os relatórios são bastante falhos e deficientes, somente servindo de base para o trabalho da equipe jurídica, sendo, então, fundamental que o contratante autorize a

realização de diligências, na forma de pesquisas, no intuito de apurar a quantidade de ações, seu andamento atual e possibilidades de êxito.

[24](#) Obrigatoriamente, para fins inclusive de contingenciamento, todas as ações são classificadas por critério, com relação à chance de êxito, em de perda remota, possível ou provável. São tidas de perda remota, as ações na qual a tese de defesa esteja em consonância com o que fora decidido por Tribunais Superiores (STF, STJ); por sua vez, são classificadas como possíveis aquelas em que não haja ainda decisão de tribunal superior a respeito da matéria, e; finalmente, como prováveis, aquelas em que a tese de defesa seja oposta ao que fora decidido a respeito da matéria perante os Tribunais Superiores.

[25](#) Por exemplo, empresas que comercializem produtos diretamente ao consumidor, tais como seguradoras, que têm um grande número de demandas de pequeno valor decorrente de pequenos sinistros ou divergências menores em relação a valores de indenização ou apólice. Assim, dentro desse raciocínio, uma amostragem de tais ações que tramitem na Justiça Comum sob o rito sumário, ou perante os Juizados Especiais Cíveis, poderá ser analisada, para que, a partir dos trâmites e resultados obtidos na defesa com as referidas, possa-se igualmente verificar se foram levantadas as provisões para contingências como determinado por lei, de forma a saber se o risco que ditas ações oferecem já fora ou não absorvido pelo Balanço da empresa.

[26](#) A equipe jurídica poderá montar uma pequena planilha que demonstraria de forma sucinta o quanto, para as mesmas ações apresentadas, fora contingenciado em balanço pela empresa e o quanto seria recomendado com relação às mesmas ações, indicando ou permitindo a indicação de Superávit/Déficit em relação ao contingenciamento. Dito valor, uma vez aceito pela equipe negocial, poderá modificar inclusive objetivamente o valor do negócio.

[27](#) Utilizada em empresas com muitos empregados, há uma amostragem aleatória ou comutativa, em que inclusive a Contratante ou a própria equipe jurídica determina empregados ou grupos (Diretoria e Supervisores, por exemplo), em que seria preponderante a realização dos trabalhos.

[28](#) Utilizada em empresas com poucos empregados, realiza uma varredura completa dos arquivos, de todos os empregados, sem exceção.

[29](#) Com tal verificação, as rotinas trabalhistas da empresa serão verificadas, dentro da metodologia de abordagem adotada (parcial ou completa).

[30](#) Lembremos o ainda vívido e infeliz episódio da queda das Torres Gêmeas em Nova Iorque/EUA, em setembro de 2001, que movimentou bilhões de dólares em indenizações,

ativando contratos de seguro, cosseguro e resseguro por todo o mundo. Antes disso, outro contrato de seguro relevante acionado e que gerou grande repercussão para o mercado fora a perda da plataforma P-36 pela PETROBRAS, em meados de 2001, sendo a estatal brasileira indenizada por força da apólice vigente.

31 O INPI tem um *site* que pode prestar relevantes informações a respeito. Disponível em: <<http://www.inpi.org.br>>.

32 A FAPESP, órgão regulador dos domínios para o Brasil, presta informações a respeito da titularidade dos domínios concedidos *on-line*, através do *site*: <<http://www.registro.br>>.

33 A *Due Diligence* de escopo jurídico não é, como mencionamos, o único trabalho realizado para a *evaluation* da empresa. Há minimamente profissionais das áreas administrativa, contábil e financeira envolvidos nos trabalhos, visto que o processo de avaliação da oferta é complexo e decisivo para a realização de um bom negócio pelo contratante. Tudo que for pela equipe legal levantado servirá para “validar” (fundamentar) se o valor pedido pelo grupo de controle da empresa auditada está de acordo ou não com o que de fato possui a referida empresa de patrimônio tangível/intangível.

34 Todo o relatório deve ser baseado em dados objetivos. Qualquer suposição feita pela equipe deve ser destacada e pontada com as razões que a fundamentam. Premissas não conhecidas ou aceitas pelos demais membros da equipe “não jurídica” podem ter um resultado infiel ao pretendido, gerando inclusive responsabilidade na forma da lei para as partes.

35 A referida lista deve fazer constar até documentos substitutivos ou certidões a serem fornecidas, na falta dos documentos requeridos.

36 Aliás, fundamental que todas as tratativas com a empresa auditada sejam realizadas em correspondência escrita, com protocolo de recebimento ou aviso de recebimento. Os usuais contatos por *e-mail* podem ser utilizados para assuntos de menor relevância, em face da facilidade que representam, mas as formas usuais devem ser utilizadas para os assuntos mais importantes, visto que estará em jogo o trabalho da equipe, reputação do escritório e resultado da auditoria.

37 Valem as mesmas recomendações com relação às comunicações com a empresa auditada, devendo prevalecer as comunicações formais para os assuntos de maior relevância.

38 Nesse ponto, o Memorando de Entendimento (“MOU”) deve prever as obrigações de cada uma das empresas até o momento eventual denominado “sign” e eventualmente no

momento subsequente, o que, contudo, deverá ser objeto do denominado Contrato de Venda e Compra de Participações ou análogo.

[39](#) A *escrow account* é costumeiramente utilizada no sentido de garantir passivo legal de possível ou provável materialização, ainda pendente, ou, ainda, sobre o qual o seu valor as partes discordem. A título de exemplo, citamos uma dívida tributária não lançada, mas que poderá ser a qualquer momento, desde que antes da prescrição ou decadência, mas que está em vias de decair. Nesse sentido, as partes podem se valer desta cláusula, ficando parte do preço referente à operação retido em banco de primeira linha, sendo somente liberado na hipótese de decadência do crédito tributário mencionado no exemplo em questão. Tal cláusula deve ter regulamentação expressa no contrato entre partes, visando sua plena e segura aplicação em caso de necessidade.

[40](#) A indicação acima não exclui eventual necessidade de o aluno pesquisar outros veículos normativos que entender cabíveis, devendo, ainda, estar atento às constantes inovações/atualizações legislativas sobre o tema.

6 DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA (LTDA. E S/A FECHADA), APURAÇÃO DE HAVERES E *GOODWILL*

Roberta Nioac Prado

Coordenadora e professora do Programa de Educação Continuada e Especialização em Direito GVlaw; doutora em Direito Empresarial pela Universidade de São Paulo – USP; coordenadora do Núcleo Jurídico de Governança e Planejamento Jurídico de Empresas Familiares da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – Direito GVe associada e professora convidada de cursos do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC.

6.1 Introdução

Este texto tem por objetivo tratar, inicialmente, da dissolução parcial das sociedades limitadas e das S/A fechadas. A abordagem fundamental dar-se-á com fundamento na construção jurisprudencial que se consolidou no Brasil ao longo das últimas décadas.

Cuidaremos, em seguida, dos dispositivos legais relativos à apuração dos haveres do(s) sócio(s) que se desliga(m) do quadro societário, bem como do posicionamento jurisprudencial atual, no que respeita ao assunto. Ademais, faremos algumas considerações acerca da possibilidade contratual de se prever, em Estatuto ou Contrato Social, uma metodologia específica de avaliação a ser utilizada para se chegar ao valor do reembolso (preço) e à forma de pagamento dos haveres (prazo e modo).

Finalmente, faremos algumas considerações sobre a possibilidade de o valor relativo aos intangíveis sociais e de o *goodwill* integrarem

os haveres do(s) sócio(s) retirante(s).

6.1.1 Considerações iniciais e conceitos relevantes conexos ao tema

Antes de adentrarmos na questão da dissolução parcial das sociedades empresárias propriamente dita, sejam elas sociedades limitadas ou por ações fechadas, considerações acerca de alguns dos conceitos e dos princípios intrinsecamente relacionados ao tema merecem ser feitos.

6.1.1.1 Sociedades de pessoas e sociedades de capitais: "affectio societatis" e "intuitu pecuniae"

As sociedades empresárias podem ser classificadas em sociedades de pessoas ou em sociedades de capital, fundamentalmente, em consideração ao seu grau de vinculação às qualidades pessoais dos seus sócios.

Em poucas palavras, as sociedades de pessoas podem ser definidas como aquelas nas quais há o predomínio do elemento subjetivo do indivíduo, ou seja, das suas qualidades e atributos pessoais. Assim, temos que nessas espécies societárias sobressai o *intuitu personae*, vale dizer, a vinculação associativa à pessoa de cada sócio.

Dessa realidade resulta que a *affectio societatis*, ou seja, a afeição pessoal entre os sócios configura-se como vínculo fundamental para a formação da sociedade de pessoas. Ou seja, nessa relação associativa voltada ao exercício de atividade empresarial, o indivíduo e suas características pessoais predominam sobre o capital que ele possa vir a agregar à sociedade.

Ao contrário, nas sociedades de capital, dentre as quais sobressaem-se, fundamentalmente, as sociedades anônimas ("S/A") de capital aberto (sociedades por ações e outros valores mobiliários negociados em Bolsas de Valores), a tônica da relação associativa

funda-se na contribuição material, em geral dinheiro, integralizada na sociedade pelo(s) sócio(s), sendo, em princípio, irrelevantes seus atributos e qualidades pessoais.

Há, portanto, nessas espécies societárias, a clara prevalência do vínculo patrimonial nas relações entre seus integrantes. Ou seja, o *intuitu pecuniae*, o capital aportado pelo indivíduo à sociedade, configura-se a razão principal do vínculo societário.

Importante ressaltar que, por muitas décadas, tanto a doutrina quanto a jurisprudência consideraram como regra geral, e praticamente sem exceções, todas as sociedades limitadas como sendo "sociedades de pessoas", fundadas, portanto, com base na *affectio societatis*, e todas as S/A como "sociedades de capital", tendo como característica predominante o *intuitu pecuniae*¹.

Mais modernamente, doutrina² e jurisprudência, essa última mais profundamente explorada nos itens subsequentes deste trabalho, têm reconhecido intersecções entre os tipos mencionados, percebendo que, na prática, a realidade pode contradizer a regra, e a predominância de características de sociedade de pessoas ou de capital deve ser examinada caso a caso.

Ou seja, que na realidade empresarial existem sociedades limitadas com imensa quantidade de sócios que nem ao menos se conhecem e que, portanto, não têm qualquer afinidade pessoal entre si ou característica individual fundamental na consecução do objeto social e claramente vinculam-se em atenção ao *intuitu pecuniae*. E, por outro lado, existem inúmeras sociedades por ações do tipo "fechado", em geral de natureza familiar, nas quais é patente o predomínio das qualidades pessoais do sócio sobre o aporte pecuniário levado para a sociedade e de que sobressai a *affectio societatis* e o *intuitu personae*.

Desse modo, temos, em conclusão, que a *affectio societatis* é elemento de suma importância nas ditas sociedades de pessoas, tenham elas a forma de sociedades limitadas ou de sociedades por ações. Vale dizer, em ambos os tipos societários pode haver sócios que não participam apenas como investidores da empresa, mas interessam-se pelo negócio, pelo objeto em si explorado na atividade social e pelas relações de afinidade que mantêm. Nesses casos, o êxito da sociedade depende do entendimento entre os sócios e, em alguns casos, inclusive de sua participação na gestão social.

6.1.1.2 Dissolução das sociedades constituídas por tempo indeterminado. Princípio da liberdade de associações. Princípio da função social da empresa

Outro princípio intrinsecamente relacionado à dissolução das sociedades empresárias constituídas por prazo indeterminado é o princípio da liberdade de associação, atualmente previsto no artigo 5º, inciso XX, da Constituição Federal Brasileira de 1988.

É justamente esse princípio, segundo o qual ninguém pode ser obrigado a associar-se ou a permanecer em uma associação, combinado com o artigo 35, n. 5, do Código Comercial Brasileiro, que dispunha que a sociedade celebrada por prazo indeterminado reputava-se dissolvida por vontade de um dos sócios³, que serviu, por várias décadas, para fundamentar pedidos judiciais de dissolução total de sociedade comercial constituída por prazo indeterminado.

Ou seja, segundo entendimento literal do princípio e das previsões legais supramencionado, sendo uma sociedade constituída por prazo indeterminado, a simples vontade de um sócio de desligar-se do quadro social, independentemente de qualquer outro motivo ou da vontade dos demais, resultaria na sua dissolução total.

Por outro lado, temos que, ao longo do tempo, tal entendimento veio sendo flexibilizado por outro princípio, que consiste na função social da empresa. O princípio da função social da empresa, que vem crescentemente ganhando destaque na legislação pátria, é atualmente previsto na Lei das Sociedades Anônimas, de 15 de setembro de 1976, artigo 116, parágrafo único⁴; no rol dos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” da Constituição Federal de 1988, artigo 5^o, inciso XXIII⁵, combinado com os “Princípios Gerais da Atividade Econômica”, artigo 170, inciso III, também da Carta Magna, e, mais recentemente, como disposição geral “Dos Contratos”, no artigo 421 do Código Civil de 2002⁶.

Conforme ensinou Fabio Konder Comparato⁷, a empresa⁸ é a grande base do desenvolvimento econômico contemporâneo, na medida em que industrializa e comercializa bens e produtos, fazendo circular riquezas, gerando empregos, pagando tributos e firmando relações econômicas com os mais diversos agentes econômicos, dentre os quais: investidores, consumidores, outras empresas e prestadores de serviços.

E, por tal razão, o interesse social da sua preservação deve se conciliar ao interesse individual do sócio que não mais queira dela participar. Assim, é de se procurar, na medida do possível, compor dois interesses contrapostos, quais sejam: de um lado, o interesse individual do sócio e a garantia constitucional de que ele não pode ser obrigado a permanecer indefinidamente e contra a sua vontade vinculado a uma sociedade, e, de outro lado, o princípio da função social da empresa e, portanto, da manutenção da sua atividade econômica.

6.2 Dissolução parcial de sociedade – construção jurisprudencial

Feitas tais considerações, podemos prosseguir neste nosso trabalho examinando alguns julgados relevantes de Tribunais, que demonstram a confluência do entendimento dos princípios e conceitos acima expostos, qual seja, de que a falta de *affectio societatis* em sociedades de pessoas constituídas por prazo indeterminado não justifica a dissolução total da sociedade e, em consequência, da empresa, devendo a continuidade desta última ser uma faculdade do(s) demais sócio(s).

6.2.1 Sociedade limitada (Ltda.)

Como acima asseverado, nas sociedades constituídas por prazo indeterminado, a possibilidade de dissolução parcial (unilateral) do vínculo societário, ou seja, da saída voluntária de um ou mais sócios do quadro societário, recebendo da sociedade o reembolso correspondente à sua participação econômica na sociedade⁹ por meio da via judicial, mantendo-se a empresa em atividade com o(s) demais sócio(s), resultou de um entendimento construído ao longo de várias décadas pelos Tribunais brasileiros.

Conforme veremos a seguir, esse entendimento, inicialmente, circunscreveu-se às sociedades limitadas, originalmente as principais sociedades empresárias consideradas de pessoas, e contando com a previsão legal geral da possibilidade de dissolução por vontade de um único sócio. E, apenas recentemente, tal entendimento estendeu-se às S/A fechadas.

6.2.2 Construção jurisprudencial

A dissolução parcial¹⁰ das sociedades limitadas constituídas por prazo indeterminado, em consideração ao direito individual do sócio e em consonância com o princípio da preservação da empresa, é

amparada, desde meados do século passado, pela autorizada doutrina de Rubens Requião e de Trajano de Miranda Valverde. Também há várias décadas, mais precisamente desde os anos 1970, esta vem sendo largamente admitida pelos nossos Tribunais, sempre que alegada a falta de *affectio societatis*¹¹.

A seguir, citaremos ementas de jurisprudência ilustrativas nesse sentido e, em alguns casos, trechos relevantes das decisões¹².

6.2.2.1 Princípio da "livre associação" nas "sociedades por prazo indeterminado" combinado com o princípio da "preservação da empresa"

A ementa a seguir transcrita demonstra, de forma singela, o entendimento atual, sem divergências, dos Tribunais Estaduais brasileiros, bem como do STJ.

Dissolução de Sociedade. Interesse dos demais sócios em continuar. Dissolução Parcial (...). A continuidade da sociedade é uma faculdade dos demais sócios, não sendo caso de dissolução total da sociedade o fato de apenas um dos sócios retirar-se. As alegações trazidas nas razões de apelação, quanto aos cheques e à falta de acesso à contabilidade, apenas confirmam o desaparecimento da *affectio societatis*, sem, contudo, ter a capacidade de impedir a continuidade da sociedade (...)¹³.

É de se ressaltar, apenas, que, em 1995, o Superior Tribunal de Justiça negou a dissolução parcial de sociedade limitada por falta de *affectio societatis*, pelo fato de o pedido de dissolução total proposto na petição inicial não ter sido acompanhado da possibilidade de dissolução parcial, como se vê a seguir:

COMERCIAL E PROCESSUAL – DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE COMERCIAL IMPROCEDENTE, SE NÃO PRESERVADA A CONTINUIDADE DA EMPRESA – PEDIDO SEM ALTERNATIVIDADE.

I – A jurisprudência do STJ acolhe entendimento no sentido de que improcede pedido de dissolução total da sociedade, se o sócio que perdeu a *affectio societatis*, ao retirar-se formula a desconstituição plena da empresa, sem dar ensejo ao julgador para, em alternativa, inclinar-se a acolher o desenlace parcial da azienda, no resguardo dos interesses coletivo, social e econômico, como preconizados pelo referido direito pretoriano. II – Recurso conhecido e improvido¹⁴.

Assim, embora esteja consolidado o entendimento segundo o qual, nas sociedades limitadas constituídas por tempo indeterminado, a falta de *affectio societatis* justifica o pedido judicial de dissolução parcial, é prudente que sempre se faça o pedido alternativo, uma vez que a decretação da dissolução parcial sem o devido pedido na inicial pode vir a ser entendida como decisão *extra petita*, ou seja, além do contido nos limites da lide. E, nesse caso, o Tribunal pode optar por não conceder a dissolução total em benefício da preservação da empresa¹⁵.

6.2.2.2 Sociedade de um sócio só

Embora a lei brasileira não permita sociedades com um único sócio¹⁶, o pedido de dissolução parcial de sociedades limitadas que tenham em seu quadro social apenas dois sócios, antes mesmo da entrada em vigor do Código Civil de 2002, já era unanimemente reconhecido pelos nossos Tribunais, que apenas faziam expressa determinação de que o sócio remanescente reconstituísse o mínimo legal de duas pessoas, em prazo de um ano¹⁷. E, ademais, que o sócio retirante recebesse seus haveres em ação própria. Vejamos:

Sociedade comercial limitada – empresa constituída por apenas dois sócios – dissolução total proposta por sócio minoritário – rompimento da *affectio societatis* – sociedade que já admitira novo sócio (...) impossibilidade de dissolução total – sócio

excluído que poderá pleitear a apuração de haveres em ação própria. [E prossegue o julgador, citando Fran Martins, em seu Curso de Direito Comercial]

(...) havendo ou não cláusula contratual, reduzindo-se o número de sócios a apenas um, poderá o mínimo de dois ser reconstituído no prazo de um ano, a contar da data em que foi constatada a existência de um único sócio, aplicando-se no caso, por força do artigo 18 do Decreto n. 3.708, de 1919, a regra da letra “d” do artigo 206 das sociedades anônimas, que permite que tal procedimento a essas sociedades quando se constata que há apenas um acionista. (...) ¹⁸.

No mesmo sentido acompanha a seguinte ementa:

Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. A retirada de um sócio da sociedade composta por apenas dois sócios não implica necessariamente sua dissolução total. Possibilidade de subsistência da sociedade assim tornada unipessoal, desde que recomposta a pluralidade de sócios no prazo de um ano ¹⁹.

Após a entrada em vigor do Código Civil em 2002, o entendimento permaneceu o mesmo, apenas fundado em outro dispositivo legal, qual seja, o artigo 1.003, inciso IV, do referido diploma legal, como se vê na seguinte ementa:

Civil. Pedido de dissolução total de sociedade comercial. Decretada a dissolução parcial por falta de *affectio societatis*. Inconformismo. Demonstrada justa divergência entre os sócios, o que autoriza a saída do sócio dissidente. Prestigiada a continuidade da empresa, mesmo com uma única sócia. Aplicando o preceito do artigo 1.033, inc. IV do CC (...) ²⁰.

E, ainda,

Sociedade comercial limitada constituída por apenas dois sócios. Pedido de dissolução total. Reconhecimento da quebra da *affectio societatis* e da possibilidade de continuar a sociedade com apenas um sócio (...). Hipótese de dissolução parcial, preservada a continuidade da empresa, ainda que com apenas um sócio, mas pelo período de 180 dias (art. 1.033, IV, do C. Civil), deferida a retirada do dissidente, com a apuração de seus haveres. [E prossegue o julgador em seu voto:] Deveras, a despeito de impossível a constituição originária de sociedade unipessoal, há de se admitir, em nome do interesse público na continuidade da empresa, como fator de produção e riqueza, que, uma vez reduzida a um único sócio, com este passe a ser gerida e prossiga por um determinado prazo, até que, sob pena de extinção, venha a recompor-se a pluralidade²¹.

Tais entendimentos consolidam a relação entre os três conceitos fundamentais ao Direito Comercial, quais sejam: sociedade, pessoa jurídica e empresa. É o que resume a seguinte ementa, que tratou da sociedade que teve seu quadro reduzido a um único sócio, em razão do falecimento do outro:

Certamente, não têm os autores direito à dissolução da sociedade, ainda que constituída por dois sócios, apenas porque ocorreu a morte de um deles, pois a *pessoa jurídica* pode continuar exercendo suas atividades e, em prazo razoável, regularizar a sua composição social. Prevalece aí o interesse econômico e social na preservação da *empresa*, como tem sido recomendado pela doutrina e em diversos julgados²².

6.2.3 Os artigos 1.029 e 1.077 do Código Civil

Atualmente, trata da possibilidade da dissolução parcial da sociedade limitada o artigo 1.029 do Código Civil, no Subtítulo II – Da Sociedade Personificada, Capítulo I – Da Sociedade Simples – Art. 1.029: “Além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade: se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima

de sessenta dias: se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa”.

Trata-se tal dispositivo de previsão legal de “denúncia vazia” para retirada de sócio da sociedade constituída por prazo indeterminado, na qual não é necessário que se alegue hipótese prevista em lei, nem mesmo a falta de *affectio societatis*, bastando, no pedido judicial, demonstrar que a sociedade seja constituída por prazo indeterminado e que o sócio queira desligar-se do quadro social.

Por outro lado, poderia se argumentar que tal artigo não se aplicaria às sociedades limitadas, especialmente àquelas com regência supletiva das S/A²³, em razão de o artigo 1.077 estar disposto no Capítulo IV – Da Sociedade Limitada e contemplar, especificamente, hipótese de desligamento, com fundamento em “denúncia cheia”, nos seguintes termos: “Quando houver modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra, terá o sócio que dissentiu o direito de retirar-se da sociedade, nos trinta dias subsequentes à reunião (...)”.

Ou seja, poderia haver uma discussão versando sobre possível- interpretação sistemática do Código no sentido do cabimento da aplicação de cláusula geral da parte que trata das Sociedades Simples (artigo 1.029), quando há cláusula específica para as Sociedades Limitadas (artigo 1.077). Ademais, a argumentação poderia fortalecer-se no princípio da função social da empresa, uma vez que uma sociedade, mesmo com características “de pessoas”, pode sofrer descapitalização abrupta com a saída desmotivada de qualquer sócio, podendo, no limite, não mais ter condições econômicas de operar²⁴.

Por outro lado, entendo que, embora tais argumentos tenham sentido jurídico e econômico, eles não devem prevalecer na prática. Isto porque a vasta e unânime jurisprudência que se firmou, tanto

em relação às limitadas quanto em relação às S/A fechadas, conforme veremos no próximo item deste trabalho, provavelmente continuará a demonstrar-se suficiente para sustentar pedidos de dissolução parcial de ambas as espécies societárias, sem a necessidade de invocar-se o artigo 1.029²⁵.

6.3 Dissolução parcial de sociedade – construção jurisprudencial

6.3.1 S/A fechada

O caminho percorrido pela jurisprudência para chegar à realidade atual, consubstanciada no entendimento consolidado no sentido de promover a dissolução parcial de S/A fechada, constituída por prazo indeterminado, por falta de *affectio societatis*, é mais recente e, de certa forma, mostrou-se mais tortuoso que o caminho percorrido no mesmo sentido em relação às sociedades limitadas.

É o que veremos nos julgados a seguir.

1. Data do Julgamento: 19 de fevereiro de 1998

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Sexta Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n. 003.299-4/0, São Paulo, Relator Designado Desembargador Mohamed Amaro. POR MAIORIA.

Sociedade anônima – capital fechado – dissolução parcial – admissibilidade – ruptura da *affectio societatis* – ação procedente. A sociedade anônima fechada é constituída essencialmente, *cum intuitu personae*, para cuja formação não se prende exclusivamente, à constituição do capital, mas, também, e, sobretudo, à qualidade pessoal dos sócios ou acionistas, que, por vezes, mantêm uma relação de parentesco, por isso também chamada, de sociedade anônima familiar. Assim diluída a *affectio societatis*, isto é, não existindo mais a confiança mútua entre alguns acionistas, não há como obrigá-los a permanecer em sociedade.

Como se vê, referido julgado reconheceu a possibilidade de dissolução parcial de S/A fechada por falta de *affectio societatis*. Porém, teve um voto vencido.

O voto vencedor foi no sentido de que:

(...) ao longo do tempo, o processo de dissolução de sociedades por ações sempre esteve sujeito a normas específicas (Código Comercial, artigos 295 e seguintes; Decreto-lei 2.627/40, artigos 137 a 148; Lei 6.404/76, artigo 206). Conquanto não prevista a sua dissolução parcial, senão a total, é ressalvado, ao acionista dissidente, o direito de recesso (Lei 6.404/76, art. 137). Entretanto, a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo a dissolução parcial, notadamente, diante da quebra da *affectio societatis*.

Por outro lado, valendo-se de argumentos acalorados, lê-se no voto vencido da Relatora Desembargadora Luzia Galvão Lopes:

A sociedade anônima, ainda que tenha por titulares das ações membros de uma mesma família, não poderá ser dissolvida, senão na forma da lei. Meros desentendimentos entre estes não podem levar à dissolução, ainda que parcial da mesma, por decisão judicial, porque tal se constitui em fator impeditivo ou dificultoso ao preenchimento da finalidade para a qual foi constituída e não encontra respaldo legal, além de atingir interesses outros, em especial dos trabalhadores e da comunidade em que ela atua e que não podem ser afrontados sem fundamento legal.

E prossegue:

Não se trata na hipótese de empresa *intuitu personae*, em que a *affectio societatis* é ponto destacável, mas de empresa de capital que foi fundada por membros de uma família e que tiveram a visão, exatamente, (prevendo quiçá o que hoje ocorre depois da

morte de um deles, com disputas entre os herdeiros que podem refletir até na possibilidade econômico-material de continuidade da empresa, que lhes foi e é tão cara) de instituí-la sob a forma de sociedade anônima a impedir a dilapidação do patrimônio e impossibilitação de continuidade de cumprimento da finalidade para que foi constituída (...) Em suma porque não encontra respaldo na legislação específica que rege as sociedades anônimas: porque não há nenhuma situação excepcional a justificar solução também excepcional e porque a sociedade anônima em foco vem cumprindo sua finalidade, que não é a de manter em harmonia os descendentes dos fundadores, dou provimento (...).

2. Data do Julgamento: 19 de setembro de 2000

Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Recurso Especial n. 111.294 – Paraná (1996/0066757-8). POR MAIORIA. Relator Originário: Ministro Barros Monteiro, Relator para o Acórdão: Ministro Cesar Asfor Rocha.

Direito Comercial. Sociedade Anônima. Grupo Familiar. Inexistência de lucros e de distribuição de dividendos há vários anos. Dissolução parcial. Sócios minoritários. Possibilidade. Pelas particularidades da espécie, em que o elemento preponderante, quando do recrutamento dos sócios, para a constituição da sociedade anônima envolvendo pequeno grupo familiar, foi a afeição pessoal que reinava entre eles, a quebra da *affectio societatis* conjugada à inexistência de lucros e de distribuição de dividendos, por longos anos, pode constituir em elemento ensejador da dissolução parcial da sociedade, pois seria injusto manter o acionista prisioneiro da sociedade, com seu investimento improdutivo, na expressão de Rubens Requião. O princípio da preservação da sociedade e de sua utilidade social afasta a dissolução integral da sociedade, conduzindo à dissolução parcial (...).

Embora também decidido por maioria, o julgado supramencionado consubstanciou-se no grande precedente jurisprudencial a fundamentar decisões futuras, que acabaram por consolidar e pacificar o entendimento de que a dissolução parcial de

S/A fechada por falta de *affectio societatis* tem cabimento, fundamentalmente quando a empresa não distribui lucros há algum tempo, conforme se leu na ementa supratranscrita.

Nesse sentido, ressaltamos o trecho do voto vencedor do Ministro Cesar Asfor Rocha, que, após citar julgados e doutrina com posições controversas, reconhece a *affectio societatis* nas S/A e assevera: "A dissolução parcial da sociedade, como se sabe, outra coisa não é senão uma forma de apuração de haveres do sócio, sendo, em regra, admitida apenas nas sociedades erigidas consoante o princípio *intuitus personae*, não se aplicando às sociedades anônimas, que são organizadas sob normas e critérios que encampam o princípio de *intuitu pecuinae* (...). No entanto, há hipótese, como a configurada na espécie, em que, nada obstante a sociedade ser anônima, os sócios foram congregados, quando da sua constituição, por motivações pessoais, agindo, substancialmente, como força atrativa, a afeição recíproca e a mútua confiança que permeava entre eles". E prossegue, reconhecendo com fulcro no artigo 206, II, *b*, da Lei das S/A²⁶, que

(...) a inexistência de lucro e de distribuição de dividendos da sociedade anônima, por longos anos, pode se constituir em elemento ensejador da dissolução da sociedade, pois seria injusto manter o acionista prisioneiro da sociedade, com seu investimento improdutivo, na expressão de Rubens Requião.

Finalmente, conclui: "Dir-se-ia, então, que o caso seria de dissolução integral da sociedade anônima. Contudo, em respeito ao princípio da preservação da sociedade e de sua utilidade social, deve-se mantê-la viva". Seguiram seu voto os Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Aldir Passarinho Junior e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

O acórdão, entretanto, contou com o voto dissidente do Ministro Barros Monteiro, Relator Originário do processo, que, com fundamento em outros julgados²⁷, dentre os quais o julgamento realizado em 25-4-1993 pela Terceira Turma do STJ, com relatório do Min. Dias Trindade, asseverou que:

A questão da retirada dos acionistas, nas sociedades anônimas, é regradada pelo art. 137 da lei 6.404 (...) que o interesse maior é o de manter-se a empresa, não permitindo a sua abrupta descapitalização, o que, por certo, ocorreria se possível fora a retirada por simples vontade do acionista, desmotivadamente. Nas sociedades anônimas não se apresenta possível a aplicação do princípio da dissolução parcial, próprio das sociedades por quotas de responsabilidade limitada (...). É, por conseguinte, caso de impossibilidade jurídica do pedido a pretensão de retirar-se da sociedade (...).

E prossegue:

(...) Tratando-se de sociedade anônima, não se deve estender-lhe, por incompatibilidade, o regime de dissolução parcial. Uma vez que preenchidos os pressupostos insertos no art. 206, II, “b”, da Lei n. 6.404, de 1976, ou seja, desde que evidenciado que a S/A não pode preencher o fim para a qual foi instituída, a única forma de admitir-se a dissolução é a total (...).

Nota-se que, até então, a matéria versando sobre a possibilidade da dissolução parcial de S/A ainda era extremamente controvertida.

3. Data do Julgamento: 30 de abril de 2002

TJSP, Nona Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento n. 236.462.4/9 – Monte Alto. Por UNANIMIDADE.

Em 2002, o reconhecimento da dissolução parcial de S/A começa a aparecer de maneira consolidada. Porém, no caso ora estudado, ainda ampliando o direito de recesso para o caso de quebra de *affectio societatis*.

É o que se vê na sua ementa:

SOCIEDADE ANÔNIMA – DISSOLUÇÃO PARCIAL – PERDA DE *AFFECTIO SOCIETATIS* – EMPRESA DE CARÁTER FAMILIAR – PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL – VIA ADEQUADA – RECURSO DESPROVIDO. Admite-se a possibilidade de dissolução parcial de sociedade anônima fechada de caráter estritamente familiar fora das hipóteses do art. 206, da Lei n. 6.404/76, principalmente pela quebra da *affectio societatis*. Reconhecida a possibilidade jurídica do direito de recesso com a dissolução parcial da sociedade por motivo de perda da *affectio societatis*, a via escolhida é adequada para essa finalidade, e permitirá a apuração do valor real do patrimônio social e, por conseguinte, os haveres da agravante, posto que, dada a própria natureza da sociedade (fechada), as ações não são admitidas à negociação em bolsa ou no mercado de balcão.

E, ainda, nas palavras do Relator do processo, Ruitter Oliva:

(...) a afinidade que existia se encerrou, impossibilitando um bom relacionamento social, indispensável à consecução dos objetivos sociais, dado o estado de desequilíbrio existente, além de que, desde 1996, os resultados têm sido maquiados para não indicarem perdas maiores, acumulando prejuízos há quatro anos. (...) 2 – Claro, portanto, que se trata de exercício do direito de recesso pela quebra da *affectio societatis*.

Seu voto, ademais, cita jurisprudência que admite a dissolução parcial fora das hipóteses do artigo 206²⁸.

4. Data do Julgamento: 26 de março de 2003

TJRS, Sexta Câmara Cível, Apelação Cível 70003186293 – Porto Alegre. Por MAIORIA.

SOCIEDADE ANÔNIMA. PEDIDO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE, EM FACE DAS PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. Sociedade Familiar e Fechada, constituída de apenas 4 sócios. Quebra da *affectio societatis*. Distribuição de lucros, ademais, inexpressiva. Precedente da 4ª Turma do STJ.

O voto vencedor do Desembargador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira tem ainda seu fundamento na mesma linha dos acórdãos anteriormente citados: tipo societário fechado, familiar, com poucos sócios (apenas quatro), que não mais têm entre si a necessária *affectio societatis*, e a empresa não distribui dividendos expressivos, enquanto seus dois diretores recebem *pro labore* mensal de R\$ 12.000,00.

Traz, ainda, à discussão a característica de a S/A, nesse caso específico, configurar sociedade de pessoas fechada, sem liquidez, o que, segundo o julgador:

(...) como é óbvio, inviabiliza a alienação dos títulos acionários dos autores a terceiros, reduzindo seu patrimônio societário a uma verdadeira ficção jurídica. Claro está, por outro lado, que o *intuitu personae* absorveu o *intuitu pecuniae*, passando assim a constituir elemento decisivo para a manutenção da sociedade a *affectio societatis*, que desde muito se esvaiu.

Invoca, ainda, o artigo 335 do Código Comercial (sociedade por prazo indeterminado) e o artigo 45 da Lei das S/A para apuração dos haveres. Finalmente, menciona o artigo 206, II, *b*, também da Lei das S/A, que trata da dissolução total por não preencher o fim social, que, no caso específico, seria distribuir lucros inexpressivos, e assevera:

O princípio da preservação da sociedade e de sua utilidade social afasta a dissolução integral da sociedade anônima, conduzindo à dissolução parcial. [Seu voto foi acompanhado pelo Desembargador Alfredo Guilherme Englert, que acresceu] Chamou-me a atenção a circunstância da sociedade ser exclusivamente familiar. Provado que não há mais *affectio societatis* e que os detentores de 27% do capital social ficarão vinculados e sem nenhuma possibilidade de resolver a sua situação, é de justiça que se possibilite a dissolução parcial. Ademais, fui informado que não são pagos dividendos faz muito tempo.

Outrossim, houve novamente controvérsia na matéria, conforme se lê no voto dissidente do Desembargador Cacildo de Andrade Xavier (Relator), que entendeu ser o caso de manter a sentença de 1ª grau, fundamentalmente com fulcro no fato de que o direito de recesso é restrito às hipóteses do artigo 137 e que, em nenhum momento, tal artigo foi mencionado no processo. E, assim sendo, o pedido de dissolução parcial não seria juridicamente possível. Além disso, o ilustre desembargador cita doutrina e jurisprudência, inclusive no sentido de que as S/A são reguladas por lei especial (o que, por conseguinte, afasta a aplicação da lei geral, que não prevê tal possibilidade)²⁹. E que o artigo 45 da LSA restringe-se aos casos de reembolso, em razão do recesso exercido com fulcro no artigo 137.

5. Data do Julgamento: 14 de setembro de 2004

TJSP, Terceira Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 324.222-4/0-00 – SERTÃOZINHO. Por Unanimidade.

Novamente, por unanimidade, o Tribunal concede a dissolução parcial de S/A fechada, por falta de *affectio societatis* e de distribuição de lucros.

É o que se vê na ementa do referido acórdão:

SOCIEDADE ANÔNIMA. Capital fechado – dissolução – fundamento assentado na incapacidade de produção de lucros, na perda da *affectio societatis* e na prática de atos abusivos e ruinosos dos acionistas majoritários e administradores da sociedade – solução mais adequada e jurídica que é a dissolução parcial, e não total (...).

Nesse sentido, citamos trecho do voto do Desembargador Flávio Pinheiro: “A sociedade anônima fechada é constituída, essencialmente *intuitu personae*, para cuja formação não se prende, exclusivamente, à constituição do capital, mas também e, sobretudo, à qualidade pessoal dos sócios ou acionistas, que, por vezes, mantêm uma relação de parentesco, por isso que chamada, também, de sociedade anônima familiar, a exemplo do que ocorre com a espécie dos autos, em que o quadro societário é formado por laços de família, ainda que indiretos”. E, adiante, citando Fabio Konder Comparato³⁰:

No julgamento de uma ação de dissolução de sociedade anônima, com fundamento na norma do art. 206, II, *b*, da Lei 6.404, de 1976, só há uma questão de fato a decidir, que é a certificação dos fatos alegados pelo autor. A subsunção desses fatos à hipótese normativa legal é, tipicamente, uma questão de direito, cuja solução depende da prévia determinação do sentido e alcance dessa hipótese normativa. II. O “fim” da companhia, cuja impossibilidade de preenchimento legitima a sua dissolução judicial, é, basicamente, a produção e partilha de lucros. Mas essa lucratividade deve ser apreciada concretamente, em função do efetivo exercício da atividade empresarial definida no estatuto como sendo objeto da companhia. III. Os tribunais brasileiros têm reconhecido que a persistente falta de lucros constitui causa legítima para a dissolução judicial da sociedade anônima. IV. O estado de grave e insuperável discórdia no corpo acionário, quando representa obstáculo ao normal funcionamento dos órgãos sociais e, sobretudo, quando impede a livre realização do fim social, vale dizer, a produção e partilha de lucros, é causa legítima de dissolução de uma sociedade anônima, mormente na hipótese em que os remédios normais de proteção aos minoritários se revelam ineficientes. [E finaliza] No caso dos autos, dada a situação de total falta de

confiança entre os autores e os demais acionistas, seus administradores e controladores, bem como outros sócios, não há dúvida da total inexistência do essencial para uma sociedade, ou seja, a *affectio societatis*³¹.

6. Data do Julgamento: 25 de setembro de 2006

STJ, Terceira Turma, Recurso Especial n. 651.722 – PR (2004/0048237-2). Por Unanimidade.

Ementa: Dissolução Parcial de Sociedade Anônima. Precedente da Segunda Seção.

1. Como já decidiu a Segunda Seção desta Corte, é possível a dissolução parcial de Sociedade Anônima, com a retirada dos sócios dissidentes, após a apuração de seus haveres em função do valor real do ativo e do passivo (...).

Nota-se que nessa oportunidade do STJ inicia o processo de uniformização da jurisprudência no Tribunal.

Nesse mesmo processo, o Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito cita uma decisão sua, anterior e contrária à dissolução parcial de sociedade anônima, mas afirma: “Contudo, a Segunda Seção, no julgamento do REsp n. 111.294/PR, em 28/06/06, em que fui vencido, autorizou, em casos como o presente, a dissolução parcial, com retirada dos sócios dissidentes (...) Conheço do especial e lhe dou provimento”. Seu voto foi seguido pelos Ministros Nancy Andrighi, Castro Filho, Humberto Gomes de Barros e Ari Pargendler.

7. Data do Julgamento: 14 de agosto de 2008

TJRS, Sexta Câmara Cível, Apelação n. 70018389924 – Comarca de Bento Gonçalves. Por Unanimidade.

Nesse processo, novamente a concessão unânime da dissolução parcial funda-se em entendimento que amplia o direito de recesso por falta de *affectio societatis*. Conforme a seguinte ementa:

(...) Em que pese a regra do art. 137 da Lei das S/As disciplinar o direito de retirada de acionista nas estritas hipóteses ali previstas, em se tratando de sociedade anônima do tipo fechado, e de caráter familiar, a doutrina e a jurisprudência pátria vêm admitindo a possibilidade jurídica da propositura de ação de dissolução parcial da sociedade, tendo em vista as peculiaridades de tal espécie societária, que mais se aproxima da natureza *intuitu personae*, em detrimento do *intuitu pecuniae*, esta típica das sociedades abertas, não estando as hipóteses de dissolução por decisão judicial limitadas àquelas estabelecidas no art. 206, II, da Lei n. 6.404/76.

Ademais, o desembargador Luis Augusto Coelho Braga retoma a questão da falta de liquidez nas S/A fechadas:

(...) a interpretação restritiva conferida por alguns julgados, no sentido de que o acionista só pode retirar-se da sociedade nas hipóteses estritas do 136, fazendo jus, em tais circunstâncias, ao reembolso do valor de suas ações (art. 45 da lei das S/As), parece-me ferir de morte a garantia fundamental estabelecida no art. 5º, XX, CF/88, que confere a todo cidadão a plena liberdade de associação, bem assim à função social da propriedade, tutelada no art. 170, II, da Carta Política. Com efeito, tratando-se de sociedade anônima fechada, de cunho familiar, impor ao acionista a retirada nas estritas hipóteses da Lei n. 6404/76 implica em obrigar-lhe, pela via transversa, a permanecer a contragosto numa atividade econômica que não mais deseja, ou vender suas ações aos demais acionistas “a preço de banana”, pois ainda que se possa pensar ser possível a venda das ações a terceiro sabidamente é mínima a procura destes por investimento em tal espécie de sociedade, de caráter eminentemente familiar.

8. Data do Julgamento: 23 de abril de 2009

TJSP, Sexta Câmara de Direito Privado, Apelação Cível com Revisão n. 633.050-4/3-00 – Taubaté. Por Unanimidade.

Em 2009, o TJSP reconhece expressamente a falta de *affectio societatis* de familiares que vieram a se tornar sócios em virtude de sucessão hereditária.

Sociedade Comercial. Companhia fechada. Pedido de Dissolução Parcial. Admissibilidade. Pessoa jurídica constituída por familiares em virtude de desentendimento em relação à administração de patrimônio recebido por sucessão hereditária. Relevância do vínculo pessoal entre as partes. Figura da sociedade anônima personalista ou de pessoas. Incontrovérsia a respeito da quebra da *affectio societatis*. Possibilidade da adoção da medida de dissolução parcial em analogia às sociedades de pessoas. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. Recurso provido.

9. Data do Julgamento: 25 de agosto de 2009

STJ, Quarta Turma, AgRg no Recurso Especial n. 1.079.763 – SP (2008/0171572-0). Por Unanidade.

Em 2009, o STJ novamente reconhece a possibilidade da dissolução de S/A fechada simplesmente pela falta de *affectio societatis*, afirmando expressamente que não é mais necessário que se invoque no pedido o artigo 206, II, *b*, em razão da falta de distribuição de dividendos³².

Comercial. Agravo Regimental. Sociedade anônima familiar. Dissolução Parcial. Inexistência da *affectio societatis*. Possibilidade. Suficiência deste requisito isoladamente. Matéria Pacificada. 1. A 2ª Seção, quando do julgamento do REsp n. 11.294/PR (Rel. Min. Castro Filho, por maioria, DJU de 10.09.2007), adotou o entendimento de que é possível a dissolução parcial de sociedade anônima familiar quando houver quebra da *affectio societatis*. II. Tal requisito não precisa estar necessariamente conjugado com a perda de lucratividade e com a ausência de distribuição de dividendos, conforme decidido pelo mesmo Colegiado no REsp n. 419.174/SP (Min. Aldir Passarinho Júnior, unânime, DJU 4-8-2008).

Nesse mesmo sentido, na doutrina, vale a pena citar Priscila Correa da Fonseca, ao tratar das companhias fechadas:

(...) podem-se entrever sociedades tipicamente de pessoas, nas quais o papel dos acionistas não se resume ao aporte de capital, mas vai além, já que a colaboração deles na administração de tais sociedades pode se denotar fundamental. Tais sociedades são constituídas com base em inequívoca *affectio societatis*, cujo rompimento pode acabar por constituir impedimento decisivo ao prosseguimento da empresa. Revelam, destarte, verdadeira faceta de sociedade de pessoas (...). Não por outra razão, o art. 206, II, alínea “b”, determina a dissolução da companhia “quando provado que não pode preencher seu fim”. *Ora, entre as circunstâncias que inviabilizam a sociedade e o preenchimento de sua finalidade, insere-se, indubitavelmente, a incontroversa desarmonia entre os sócios*, a qual, por conseguinte, autoriza o decreto de dissolução da sociedade (...). A falta de *affectio societatis*, portanto, poderá dar ensejo à dissolução parcial, assim como quando restar patenteada qualquer outra circunstância que impossibilite a sociedade de atingir o seu fim, v.g., a não distribuição de dividendos³³ (grifei).

Dessa maneira, temos atualmente consolidado na jurisprudência e na doutrina o entendimento de que cabe a dissolução parcial da S/A fechada *intuitu personae*, constituída por prazo indeterminado, por falta de *affectio societatis*.

6.4 Apuração de haveres

6.4.1 Sociedade limitada e S/A – dispositivos legais, posicionamento jurisprudencial e cláusula contratual privada

6.4.1.1 Sociedade limitada

Atualmente é o artigo 1.031, § 2^o, do Código Civil que trata da apuração de haveres do sócio que se desliga do quadro social de sociedade limitada, por via judicial, pleiteando a dissolução parcial da sociedade com fundamento em “denúncia vazia” (art. 1.029), em

“denúncia cheia” (art. 1.077), na exclusão (artigo 1.085) ou mesmo por morte (artigo 1.028).

Dispõe referido artigo 1.031 que:

Nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado. § 2º – A quota liquidada será paga em dinheiro, no prazo de noventa dias, a partir da liquidação, *salvo acordo, ou estipulação contratual em contrário* (grifei).

Conforme se vê, essa é a regra geral, mas pode haver disposição contratual prevendo de forma diversa, conforme se demonstrará adiante.

Embora, após a entrada em vigor do Código Civil, na maior parte das vezes, a principal preocupação dos empresários tenha sido fazer constar cláusula ampliando o prazo de 90 dias para o pagamento dos haveres para, por exemplo, 48 meses ou, ainda, prever a possibilidade de o pagamento não se dar apenas em dinheiro mas também em outros bens sociais suscetíveis de avaliação em dinheiro (ou seja, disposições que favorecem a empresa), é fato que podem haver outras disposições contratuais versando sobre a matéria, em princípio protegendo o sócio retirante. Nesse sentido, ressaltamos a previsão contratual dispondo sobre a metodologia de avaliação para apuração dos haveres, de forma que, ao retirar-se da sociedade, o reembolso do sócio retirante reflita em maior medida a situação econômica real da empresa, em cada caso concreto³⁴.

Por exemplo, em alguns casos, ao constituírem a sociedade, ou por meio de reunião ou assembleia devidamente convocada para tal fim, entendem os sócios que é mais adequada a metodologia de

avaliação com base no valor econômico da empresa (quanto a empresa gera de caixa, estando em funcionamento) ou outras modalidades combinadas de avaliação e, em algumas situações, até mesmo incluindo-se o valor do *goodwill* nos haveres do sócio retirante.

É certo que, ao redigir tais cláusulas, deve estar presente a necessidade de se preservar a liquidez e a possibilidade de continuidade da empresa e, por conseguinte, do desempenho adequado de sua função social. Ou seja, na medida do possível, o ideal é buscar uma forma contratual de avaliação que seja justa, caso a caso, para todos os envolvidos: sócio(s) retirante(s) e sócio(s) remanescente(s). E, ainda, que o pagamento seja previsto de forma que a empresa consiga honrá-lo e, ao mesmo tempo, preservar a liquidez necessária para prosseguir na sua atividade. De fato, a tarefa não é simples.

Na jurisprudência, tem prevalecido o entendimento de que a apuração deve dar-se em conformidade com o contrato social, conforme se vê em trechos da ementa a seguir transcritos³⁵:

(...) Dissolução parcial de sociedade. Haveres. Apuração. Pretensão de entrega em ações de outra empresa que compõe o patrimônio da sociedade objeto da dissolução. Impossibilidade. Hígidez do contrato que estabelece a restituição em parcelas. Correção monetária prevista estatutariamente (...) II. *A apuração dos haveres do sócio retirante deve se fazer de conformidade com o contrato social, quando disponha a respeito*³⁶ (...). III. Descabida a pretensão ao recebimento dos haveres em ações que a empresa parcialmente dissolvida – uma *holding* – detém em seu patrimônio, porquanto o pagamento, e aqui também por força de determinação do contrato social, se faz em dinheiro, mediante a apuração do real valor da participação do sócio retirante (grifei).

E, no voto do Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator do REsp supracitado:

Na espécie em comento, o estatuto prevê o pagamento em trinta e seis parcelas mensais e sucessivas, atualizadamente (...), de modo que nem é à vista, e tampouco o é em ações de outra empresa. E, por último, nem se pode afirmar, aqui, que o critério estatutário é inteiramente absurdo, lesivo, a justificar, excepcionalmente, uma interferência do Judiciário para coibir abuso manifesto. É que a dissolução parcial é bastante elementar, causa trauma interno da empresa a sua descapitalização, de modo que o pagamento parcelado atenua o impacto, desde que, é claro, haja correção das prestações, para não causar enriquecimento injustificado do sócio remanescente.

A essa última afirmação, acrescentamos que não apenas deve haver correção das prestações mas, principalmente, a metodologia de avaliação dos haveres deve ser feita de forma a refletir o valor econômico real da empresa, sem enriquecimento ilícito de nenhuma das partes: sócio retirante, sócio remanescente e a própria sociedade.

6.4.1.2 Sociedades anônimas

A forma de apuração de haveres na S/A é prevista no artigo 45 e, em princípio, respeita apenas aos casos de exercício de direito de recesso (saída motivada ou “denúncia cheia”), nos seguintes termos: “art. 45. O reembolso é a operação pela qual, nos casos previstos em lei, a companhia paga aos acionistas dissidentes de deliberação da assembleia geral o valor de suas ações”.

Por outro lado, como vimos, a jurisprudência admite o desligamento do sócio do quadro social da S/A fechada, *intuitu personae*, por falta de *affectio societatis*. Sendo assim, é necessário que se aplique alguma fórmula para a apuração de haveres quando não houver disposição estatutária expressa sobre a matéria. E, na mesma linha da jurisprudência praticamente pacificada, me parece que a aplicação do artigo 45 é a solução mais adequada.

Segundo o § 1º desse dispositivo: “O estatuto pode estabelecer normas para a determinação do reembolso, que, entretanto, somente poderá ser inferior ao valor de patrimônio líquido constante do último balanço aprovado pela assembleia geral, observado o disposto no § 2º, se estipulado com base no valor econômico da companhia, a ser apurado em avaliação (§§ 3º e 4º)”.

Ou seja, a regra geral é o pagamento à vista, com base no patrimônio líquido. Poderá o estatuto, outrossim, prever forma diversa, que, entretanto, somente poderá ser inferior ao patrimônio líquido se estipulado com base no valor econômico³⁷.

Conforme ensina Carvalhosa:

O valor econômico (...) equivale à perspectiva de rentabilidade da empresa (*forecast profit*). A adoção desse critério de aferição de valor empresarial, em todo o mundo, decorre do consenso de que o critério fundamental para a verificação do valor de mercado de uma companhia é o fluxo de caixa descontado. A empresa não vale mais por seu patrimônio líquido, mas por sua capacidade de produzir dinheiro³⁸.

Havendo opção pelo pagamento dos haveres com base no valor econômico, aplica-se então o § 3º do mesmo artigo 45: “Se o estatuto determinar a avaliação da ação para efeito de reembolso, o valor será determinado por três peritos ou empresa especializada, mediante laudo que satisfaça os requisitos do § 1º do artigo 8º. E com a responsabilidade prevista no § 6º do mesmo artigo”.

Como dito anteriormente, no que respeita à apuração de haveres na dissolução parcial de sociedade S/A fechada, na falta de previsão contratual em contrários, tem prevalecido na jurisprudência o entendimento de que se aplica o artigo 45 da Lei das S/A, que, como visto acima, regula o reembolso nos casos de saída por

exercício de direito de recesso, em regra com base no valor patrimonial da empresa.

Por tal razão, caso os sócios entendam, ao constituir S/A fechada *intuitu personae* ou em AGE especialmente convocada para tal fim, que outra metodologia de apuração de haveres ou outra forma de pagamento seja mais adequada para casos concretos de dissolução parcial de vínculo societário, devem redigir regra específica nesse sentido.

6.4.2 Destinação do *goodwill* na dissolução parcial do vínculo societário

O entendimento do conceito de *goodwill*³⁹ de uma empresa passa necessariamente pela compreensão de outros três conceitos, quais sejam: (i) capital social; (ii) patrimônio social; e (iii) estabelecimento empresarial.

Olavo Zago Chinaglia⁴⁰ assim diferencia tais conceitos:

(i) *o capital social*, que se afigura como a primeira medida da capacidade de solvência da sociedade, bem assim como parâmetro – não necessariamente único – para o exercício de direitos pelos sócios no âmbito interno; (ii) *o patrimônio social* em sentido estrito, ou patrimônio líquido, em que o valor dos bens, direitos e obrigações que o integram é registrado sob a perspectiva estática do respectivo domínio; e (iii) *o estabelecimento empresarial*, composto por um universo de bens que pode coincidir ou não com o ativo social, mas que dele se diferencia porque o vetor de valor deixa de ser o domínio e passa à perspectiva dinâmica da organização e da sua utilidade para a empresa.

Ainda nas palavras do mesmo autor:

(...) o capital social é mais bem caracterizado como a quantia expressa em valor nominal, sujeita à atualização de sua expressão monetária, que os sócios

arbitrariamente designam para servir de garantia mínima de solvência da sociedade e como parâmetro *interna corporis* para o exercício de certos direitos (notadamente de natureza política e relativos à distribuição de resultados)⁴¹.

Assim, temos que o capital social⁴² não tem relação com o valor dos haveres do sócio que sai da sociedade, uma vez que seu valor, na melhor hipótese, corresponde ao patrimônio empresarial real no momento da constituição da sociedade. Mas, na medida em que a empresa começa a operar, gerando lucros ou prejuízos, seu valor real, seja de liquidação, seja de geração de caixa, vai se distanciando do valor expresso e fixo do seu capital social.

Já o *patrimônio social*, ou patrimônio líquido, conforme definido anteriormente, corresponde em maior medida ao valor da sociedade, uma vez que contempla seus bens, direitos e obrigações de maneira mais real, embora sob uma perspectiva estática, ou seja, como se fosse uma fotografia contábil da sociedade naquele dia em que foi feito⁴³. E isso, ressalte-se, no caso dos ativos e dos passivos estarem escriturados ao seu valor real de mercado, o que, diga-se, não é comum. Ou seja, em regra, as sociedades têm seus ativos e passivos escriturados no balanço patrimonial pelo valor de aquisição⁴⁴. E tais valores, como cediço, sofrem valorização ou desvalorização ao longo do tempo⁴⁵. Por tais razões, o legislador, e em grande medida o Judiciário, determinam o levantamento de balanço especial na data da saída do sócio, no caso das limitadas (*caput* do artigo 1.031, parte final, do CC), e, em se tratando de S/A, sempre que o último balanço tenha sido aprovado há mais de 60 dias (§ 1º do artigo 45 da Lei das S/A).

De qualquer forma, como visto, esse é o valor estabelecido para o pagamento dos haveres do sócio retirante, tanto na limitada

(artigo 1.031 do CC) quanto na S/A (artigo 45 da Lei das S/A), caso o contrato ou estatuto social não disponha de modo diverso.

Já o estabelecimento empresarial⁴⁶, por vezes denominado fundo de comércio, constitui uma universalidade de bens, direitos e obrigações – em uma perspectiva dinâmica da organização e da sua utilidade para a empresa. Ele compreende, portanto, bens e valores materiais, imateriais ou intangíveis – escriturados ou não no balanço patrimonial – e o *goodwill*.

Nas palavras de J. X. Carvalho de Mendonça, o estabelecimento comercial é: “complexo de meios idôneos materiais e imateriais, pelos quais o comerciante explora determinada espécie de comércio: é o organismo econômico aparelhado para o exercício do comércio”⁴⁷.

Os bens imateriais ou intangíveis são todos aqueles bens não materiais, portanto, sem representação física, mas que conferem à empresa uma posição exclusiva ou preferencial no mercado, dentre os quais podemos citar desde marcas de produtos, patentes, nome empresarial, sinais de propaganda, inclusive na internet, inteligência/conhecimento/*know-how*, tecnologia/bases de dados, rede de relacionamentos, ponto comercial até direitos de propriedade industrial, autorizações administrativas, contratos comerciais, entre outros⁴⁸.

Todos os bens que compõem o patrimônio empresarial, organizados para a consecução da atividade empresarial e devidamente administrados, geram outro valor imaterial na empresa lucrativa em funcionamento, que denominamos *goodwill* ou aviamento e que também integra o estabelecimento. Assim, o *goodwill* é a capacidade do estabelecimento comercial gerar lucros futuros para seus sócios⁴⁹.

Assim, a diferença entre o *goodwill* e os bens intangíveis, nas palavras de Chinaglia:

(...) reside no fato de que o primeiro é mais abrangente, pois engloba o valor de uso não apenas destes, mas também dos bens tangíveis e das disponibilidades financeiras oriundas de dívidas do empresário. Em outras palavras, o aviamento tem valor meramente residual, porque corresponde à diferença, positiva ou negativa, entre o valor econômico da empresa e o valor patrimonial real dos elementos que integram o seu estabelecimento⁵⁰.

Finalmente, sobre o tema, é importante ressaltar que, no passado, o *goodwill*, em regra, representava parcela pouco significativa do valor da empresa. Entretanto, tal valor, na atualidade, vem se mostrando crescentemente mais relevante⁵¹ e não deve mais, na maioria dos casos, ser desconsiderado, seja, por exemplo, em uma operação de compra de estabelecimento empresarial ou em uma operação de apuração de haveres do sócio.

Em respeito aos haveres do sócio retirante, algumas considerações acerca da inserção do valor do intangível na sua apuração devem ser feitas quanto às diferentes formas de rompimento do vínculo societário. Ou seja, é possível que o estatuto ou contrato social de uma sociedade de pessoas faça previsões distintas quanto à metodologia de avaliação e pagamento dos haveres do sócio retirante, em casos de saída por falecimento, por exclusão, por exercício de direito de recesso ou por pedido de dissolução parcial por falta de *affectio societatis*.

Para Chinaglia, na ausência de disposição contratual prevendo expressamente a forma de avaliação dos haveres do sócio retirante,

A destinação de bens e do aviamento dependerá, em síntese, dos motivos que ensejam o desligamento do sócio. Como formulação geral, este terá direito à respectiva indenização se e somente se a sua vontade original era permanecer na sociedade, tendo sido o afastamento determinado, ainda que sem culpa, pelo comportamento comissivo ou omissivo dos demais sócios. Se, no entanto, a extinção parcial do vínculo societário tiver sido causada pela vontade unilateral e imotivada do sócio dissidente, pela sua exclusão legítima ou por circunstâncias de força maior, haverá apenas a apuração dos seus haveres, conforme preconizado pela legislação⁵².

Ou seja, para o autor, nos casos de exercício de direito de recesso, pedido judicial de dissolução parcial, exclusão ou morte, não caberia ao sócio receber a parcela do *goodwill* da empresa correspondente à sua participação societária.

Tal entendimento apoia-se fundamentalmente no argumento de que o *goodwill* só existe em razão da continuidade da empresa e, para o sócio que dela se retira, não há continuidade. Nesse sentido, o autor apoia-se em Fábio Konder Comparato⁵³.

Data maxima venia, discordo dos ilustres autores. Quando se aliena a totalidade das ações ou cotas de uma empresa, o comprador, ao menos em tese, paga por ela seu valor econômico, que inclui o *goodwill*. E os sócios que a alienam recebem integralmente esse valor, mesmo que para eles tenha cessado a atividade econômica, inclusive todos os riscos dessa atividade. Ou seja, a lógica não pode ser avaliar apenas a situação presente e futura de quem vende mas também a situação presente e futura de quem compra: o negócio como um todo e em consideração a todas as partes envolvidas⁵⁴.

Ainda sustentando o entendimento contrário ao pagamento do *goodwill* na quebra do vínculo societário, outros argumentos foram levantados por Chinaglia, nos casos específicos de exclusão e morte: (i) no caso de exclusão, que só poderá dar-se por justa causa (artigo 1.085 CC), pois não faria sentido que o sócio que descumpriu seus

deveres ou ameaçou a continuidade da empresa tivesse ainda mais esse benefício econômico; e (ii) no caso de morte, dever-se-ia "(...) invocar a primazia do interesse social e pagar aos sucessores apenas os haveres contábeis, ainda que apurado o seu valor patrimonial real", em virtude de que "os sucessores do sócio morto ou dissolvido e liquidado sequer terão sofrido dano, pois a perspectiva de rentabilidade futura da sociedade nunca terá integrado seus patrimônios individuais"⁵⁵.

Ressalte-se que o referido entendimento do autor está em desacordo com a jurisprudência majoritária, como se vê em ementas e trechos dos acórdãos a seguir transcritos, inclusive do Superior Tribunal de Justiça:

Ementa: Comercial. Dissolução de Sociedade. O "fundo de comércio" é parcela do patrimônio da sociedade e deve ser indenizado ao sócio que se retira, na medida da respectiva participação social⁵⁶.

Ementa: Apelação Cível. Ação para dissolução parcial de sociedade e apuração de haveres. Inclusão do fundo de comércio (...). O valor referente ao fundo de comércio deve integralizar o cálculo para liquidação dos haveres. Havendo previsão contratual de incidência de juros e de parcelamento do montante dos haveres, estas devem ser respeitadas (...)⁵⁷.

Ementa: Dissolução de Sociedade LTDA. c.c. apuração de haveres (...) Apuração dos haveres com base no patrimônio real da sociedade, o que engloba os bens corpóreos e os incorpóreos.⁵⁸

Ementa: Apelação Cível. Dissolução Parcial de Sociedade. Ação Declaratória Cumulada com Cobrança de Haveres Sociais. Pagamento Proporcional à Participação no Patrimônio Líquido da Sociedade a ser Apurado Em Liquidação de Sentença. Uma vez declarada a dissolução parcial da sociedade, por rompida a *affectio societatis*, incumbe a esta o pagamento dos haveres societários ao sócio retirante, concernente à sua participação sobre o patrimônio líquido da sociedade, de acordo com a prova pericial a ser realizada em fase de liquidação, dada a insuficiência de elementos trazidos no Relatório Contábil realizado nos autos por Administrador Judicial nomeado pelo Magistrado Singular. Para tanto, há ser considerado o valor da universalidade do patrimônio da sociedade à época da retirada de fato do sócio demandante, incluindo-se

todos os bens corpóreos e incorpóreos, inclusive o fundo de comércio no valor a ser partilhado⁵⁹.

Embora estejam um pouco desordenados os conceitos acerca do valor estático do patrimônio líquido da empresa (em caso de dissolução total), com o valor da empresa funcionando, e o seu *goodwill* ou fundo de comércio, a lógica da decisão é sempre a de que o sócio que se retira deve receber o valor real da sua participação, o que inclui bens corpóreos, incorpóreos e o *goodwill* (estabelecimento). Esse entendimento busca consonância com o artigo 1.031 do Código Civil, que fala em "(...) situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado".

Como se vê, é provável que, não havendo previsão mais específica sobre a forma de apuração de haveres, a jurisprudência seguirá mantendo o entendimento supratranscrito.

De qualquer forma, quando da negociação de cláusula contratual prevendo a forma de avaliação e apuração de haveres de sócio que se desliga do quadro social, é fundamental ter em conta que, dependendo da participação percentual que ele detiver na sociedade, a sua saída poderá, dependendo da forma de pagamento e apuração do *quantum* devido, inviabilizar a continuidade da sociedade.

Outrossim, se não for possível aos sócios que permanecerem na sociedade encontrar substituto do sócio que se retirou, a saída deste, mesmo sendo possível manter a continuidade da empresa, implicará descapitalização, que poderá significar redução significativa da atividade e, em consequência, redução da perspectiva futura de lucros (do valor econômico). Ou seja, pode-se pensar, ainda, em previsão contratual sobre a forma de saída e de pagamento de

acionistas retirantes, de maneira diferenciada, em razão do percentual de participação no capital social de cada sócio na sociedade.

6.5 Conclusão

Não se pretendeu neste último item do trabalho discutir contabilmente ou em termos de avaliação quais as formas que refletem melhor o valor real da empresa, em vista dessas discussões mostrarem-se extremamente complexas e especializadas e fugirem do escopo do texto⁶⁰.

Nosso objetivo foi evidenciar que o *goodwill* é uma realidade cada vez mais presente nas empresas e, uma vez que a legislação permite e a jurisprudência aceita, é mister que, ao constituir uma sociedade *intuitu personae* para exercer qualquer tipo de atividade empresarial, os sócios preocupem-se em fazer constar, do contrato social ou do estatuto, regras claras acerca da metodologia de avaliação dos haveres em casos de saída sem a dissolução total da empresa, de modo a procurar sempre, e de forma justa, refletir o valor real da empresa no momento da saída do sócio.

Nesse sentido, por exemplo, recomendamos inicialmente que se preveja, em contrato, uma auditoria ou avaliador específico para tais casos ou, ainda, a indicação de lista tríplice para tal incumbência.

Ademais, desde logo deve constar cláusula prevendo o modelo de avaliação a ser utilizado, dentre os quais sugerimos os mais comuns: (i) técnicas comparativas de mercado⁶¹; (ii) técnicas baseadas em ativos e passivos contábeis ajustados (valor de patrimônio líquido); (iii) técnicas baseadas no desconto de fluxos futuros de benefícios, em geral caixa (valor econômico ou fluxo de caixa descontado,

trazido a valor presente); (iv) modelos combinados, levando em consideração características próprias do empreendimento⁶².

Além disso, pode-se referenciar se a avaliação deverá levar em conta situações específicas a serem consideradas, tais como períodos de tempo, passados e futuros; contextualização econômica no momento da saída (economia interna, externa etc.), com projeções de indicadores relevantes para o negócio (considerando, por exemplo, cotação de moedas internacionais, ou de matérias-primas específicas, como minérios, petróleo, *commodities* etc.), ou, ainda, a forma de avaliação em função do momento específico da vida da empresa: no período de *start up*, na sua fase mais rentável, quando atingir sua maturidade e já estiver precisando reciclar-se e, portanto, necessitando de grandes investimentos etc.

Ademais, cada empresa pode considerar na metodologia suas características individuais de atividade: financeira, comercial ou prestação de serviço, qual o grau de relevância da pessoalidade e como a saída de determinado sócio pode influenciar na continuidade da empresa.

Finalmente, outro item relevante que pode ser contratualmente acordado respeita à forma de pagamento dos haveres do sócio que se desliga: (i) se em bens, em dinheiro; (ii) ou mista se à escolha do sócio retirante ou da sociedade; (iii) se à vista ou a prazo; (iv) qual a correção monetária; (v) se incidirão multas por atraso ou descumprimento; e (vi) se cabe arbitragem em caso de discórdia.

Em síntese, nosso objetivo nesse item final do trabalho foi demonstrar que, quanto mais regulado o estatuto social nesse aspecto tão relevante e controverso, menores as chances de uma disputa judicial onerosa, desgastante, interminável e, quase sempre, imprevisível. E que, em regra, não deve interessar nem aos sócios

que se desligam da sociedade, nem aos remanescentes – e, menos ainda, à sociedade.

REFERÊNCIAS

- ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001.
- CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. **Tratado de direito commercial brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934. v. 5, 1ª Parte.
- CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei das sociedades anônimas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CHINAGLIA, Olavo Zago. **Destinação dos elementos intangíveis do estabelecimento empresarial e do aviamento na extinção parcial do vínculo societário**. Tese (Doutorado), defendida na Faculdade de Direito da USP, São Paulo, em 13 de agosto de 2008.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COMPARATO, Fabio. **A reforma da empresa**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FARACO, Alexandre Ditzel. **Empresário, sociedade e pessoa jurídica**. In: PÜSCHEL, Flavia Portela. **Organização das relações privadas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- FONSECA, Priscila Corrêa da. **Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- HENDRIKSEN, Seldon; BREDA, F. Michael. **Teoria da contabilidade**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- LIMA, Osmar Brina Corrêa. **Sociedade anônima**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- MARTINS, Eliseu (Org.). **Avaliação de empresas: da mensuração contábil à econômica**. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Eliseu. **Contribuição à avaliação do ativo intangível**. 1972. Tese (Doutorado em Contabilidade) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1972.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. **Dissolução e liquidação de sociedades**. Brasília: Brasília Jurídica, 1995.

PRADO, Roberta Nioac; DONAGGIO, Ângela Rita Franco. Sociedade limitada *versus* sociedades por ações: algumas características na estratégia societária de se optar por um dos tipos. Acordo de acionistas e de cotistas: cláusulas relevantes. *In*: PRADO, Roberta Nioac (Coord.). **Estratégias societárias, planejamento tributário e sucessório**. São Paulo: Saraiva, 2009 (Série *GVlaw*).

PRADO, Roberta Nioac. **Considerações sobre o direito de recesso na mudança de objeto social**. São Paulo: Saraiva (no prelo) (Série *GVlaw*).

REILLY, Robert F.; SCHWEIHS, Robert P. **Valuing intangible assets**. New York: McGraw-Hill, 1998.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **A sociedade unipessoal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

SCHERER, Luciano Márcio; SOARES, Márcia; NASCIMENTO, Elaine Baroto; SERRANO, Elizângela Aparecida. **O atual estágio da contabilização de ativos intangíveis no mercado norte-americo**. Disponível em: <http://www.fae.edu/publicacoes/pdf/revista_da_fae/fae_v7_n1/rev_fae_v7_n1_06_marcia.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2010.

ZVEITER, Waldemar. Aspectos polêmicos das sociedades por cotas de responsabilidade limitada. **Livro de estudos jurídicos**, 1992. v. 4, I e J.

Jurisprudência

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 60.823-6** – São Paulo, Brasília, 20 de junho de 1995, Relator Ministro Waldemar Zveiter, p. 16. out. 1995.

Superior Tribunal de Justiça. **REsp 138.428/RJ (9700454584)**. Decisão 18-12-1997. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Quarta Turma.

Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível n. 50.336-4/9**, Comarca de São Paulo, voto n. 11.937, Rel. Desembargador Barbosa Pereira, j. 13-8-1998.

Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma, REsp 43395, São Paulo, Relator Min. Ari Pargendler, DJU 28-6-1999.

Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 095.843-4/1-00, São Paulo, 30 de maio de 2000, Rel. Desembargador Aldo Magalhães.

Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 171.354/SP, Terceira Turma do STJ, Relator Ministro Waldemar Zveiter, j. 16-11-2000.

Superior Tribunal de Justiça. REsp 247.000-RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJ 25-3-2002.

Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 419174/SP, Terceira Turma, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, j. 28-10-2002.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sexta Câmara Cível, Apelação Cível n. 70008663825, Relator Artur Amildo Ludwig, j. 4-8-2004.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Quinta Câmara Cível. Apelação Cível n. 700061335557. j. 16-9-2004.

Tribunal de Justiça de São Paulo. Segunda Câmara de Direito Privado, Relator José Roberto Bedran, 9 de maio de 2006, Apelação Cível com Revisão n. 2122.591-4/1-00, São José dos Campos.

Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 302.366-SP (2001/0010445-2), Relator Min. Aldir Passarinho Junior. DJ 6-8-2007.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sexta Câmara Cível, Apelação Cível n. 70018712455, 14-8-2008.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 483.923.4/0-00, Vinhedo, 2 de dezembro de 2008, Relator Desembargador Boris Kauffmann.

Tribunal de Justiça de São Paulo. Primeira Câmara de Direito Privado, Apelação Cível com Revisão n. 580.823-4/1-00, votação unânime, j. 15-9-2009.

OFICINAS – ESTUDOS DE CASO

OFICINA IV – Caso Infotech

Impasses societários e negociação

- Dissolução total e parcial
- Direito de recesso
- Exclusão de sócio

- Desconsideração da personalidade jurídica

Conceitos fundamentais trabalhados na Oficina

- Direito Societário
 - Dissolução total, parcial, recesso, exclusão de sócio, cisão e diluição por aumento de capital em sociedades limitadas e anônimas
 - Soluções Negociais
- Direito Tributário
 - Desconsideração da personalidade jurídica

Caso Prático

Impasses societários e negociação

Os colegas de faculdade e amigos pessoais Paulo, Francisco e Rafael constituíram uma sociedade no ano de 1997, denominada Infotech Pesquisa e Desenvolvimento de Softwares Ltda. (“Infotech”), com o intuito de desenvolver suas atividades no setor de informática, mais especificamente no ramo de desenvolvimento e comercialização de *softwares* para empresas.

No momento de constituição da sociedade, cada um dos sócios aportou R\$ 50.000,00, somando um capital social de R\$ 150.000,00, mediante a criação de 150 mil quotas, igualmente distribuídas entre os sócios, totalmente subscritas e integralizadas, sendo que estes assumiram, conjuntamente, a direção da sociedade. Os negócios da sociedade prosperaram nos anos seguintes, e logo a Infotech passou a contar com um grande número de funcionários, distribuídos na sua sede e em uma filial, estabelecidas em imóveis próprios da sociedade, bem como com um grande número de clientes.

Após a promulgação do Novo Código Civil, o advogado da Infotech recomendou a transformação do tipo societário da referida sociedade para sociedade por ações, haja vista a insegurança jurídica causada pelas novas regras relativas às sociedades limitadas estabelecidas pelo Novo Código Civil.

Os sócios acataram a orientação do advogado e implementaram a transformação societária, tendo deixado claro ao referido advogado que, apesar da alteração, a proporção da participação dos sócios deveria ser mantida, todas as ações deveriam gozar dos mesmos direitos, inclusive o direito de voto, e todas as decisões relevantes da sociedade deveriam contar com a aprovação unânime dos três sócios. Ante o exposto, elaborou-se um estatuto social com previsão de quórum especial de 67% de votos para a tomada de todas as decisões de maior relevo, incluindo a alteração do estatuto social, aumento do capital social, dissolução, cisão, fusão e incorporação.

No ano de 2004, após uma série de desentendimentos pessoais entre os sócios, formaram-se dois polos contrários de interesses dentro da sociedade: um polo composto por Paulo e Francisco e outro por Rafael, isoladamente. As controvérsias entre os sócios começaram a ganhar proporções cada vez maiores, e logo a sociedade começou a ser prejudicada pela paralisia decisória que tomou conta de seus acionistas.

Note-se que, nesse mesmo ano, a esposa de Rafael iniciou um processo litigioso de separação, comprometendo parte significativa dos bens do casal.

Por outro lado, Paulo e Francisco ganharam uma quantia considerável em um Casino em Punta d'Este, Uruguai, no ano-novo de 2003 para 2004.

Ante o exposto, os acionistas representantes dos dois polos de interesses acima mencionados resolvem consultar seus respectivos advogados em busca de uma solução para o impasse criado. Vale notar que, não obstante esse impasse, a sociedade conta com inúmeros contratos de licença de *software* vigentes, celebrados com seus clientes, tendo obrigações a desempenhar e fazendo jus a recebíveis, oriundos desses contratos.

Por fim, em complementação ao acima mencionado, a sociedade conta, ainda, com contingências tributárias substanciais, consistentes em um auto de infração lavrado pela Receita Federal do Brasil e outro pelo antigo Instituto Nacional do Seguro Social, ambos pendentes de julgamento na instância administrativa.

Assim, pergunta-se:

1) Na condição, primeiramente, de advogado de Paulo e Francisco e, em seguida, na condição de advogado de Rafael, comente as alternativas abaixo apontadas, analisando as possibilidades legais, as vantagens e desvantagens em consideração aos grupos de interesse mencionados:

- (a) dissolução total;
- (b) dissolução parcial;
- (c) exclusão;
- (d) cisão;
- (e) direito de recesso; e
- (f) diluição.

2) Supondo que os sócios não tivessem acatado a orientação de seu advogado mantendo o tipo societário original e adaptando o contrato social da Infotech às disposições do Novo Código Civil, responda como você, na condição de advogado de cada uma das partes envolvidas na controvérsia, orientaria seus clientes (levar em conta as alternativas mencionadas acima).

3) Tendo em vista que o impasse criado é insolúvel e que as dívidas fiscais vêm crescendo, os três sócios resolvem sentar e tentar uma solução, pensando, por um lado, em não dilapidar todo o seu patrimônio, e não na função social da empresa. Como advogado, proponha uma solução negociada.

4) Supondo que não houve acordo e que os passivos tributários tornaram-se maiores que os ativos da companhia, responda:

- i. Os sócios poderão ser chamados a responder pelos débitos fiscais constituídos?
- ii. Em quais condições isso pode ocorrer? (Considerar a decisão proferida no EREsp 100.739/SP.)
- iii. Qual a condição específica para essa responsabilização dos sócios/diretores?
- iv. A hipótese de responsabilização referida pelo STJ, com base no art. 135 do CTN, é de “desconsideração da personalidade jurídica”?

- v. É possível “desconsiderar a personalidade jurídica” e, ao mesmo tempo, atribuí-la ao “sócio” ou “diretor” da própria “sociedade desconsiderada”? Haveria aqui alguma incongruência?
- vi. Qual a hipótese de solução do impasse societário mais conveniente no caso de insolvência?

Material de Apoio

Anexo I: STJ – 4ª Turma – REsp 111.294/PR.

Anexo II: STJ – 3ª Turma – AG 34.120-8-SP.

Anexo III: STJ – REsp 839.684/SE, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJU* 30-8-2006.

Bibliografia Básica

BRITO, Cristiano G. Dissolução parcial de sociedade anônima. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, ano XL (nova série), n. 123, 2001.

BULGARELLI, Waldirio. Dissolução de sociedade limitada. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, ano XXII (nova série), n. 49, 1983.

CAMINHA, Unie. Dissolução parcial de S/A. Quebra da “affectio societatis”. Apuração de haveres. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, ano XXXVII (nova série), n. 114.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

_____. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

_____. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4, t. I.

Bibliografia Complementar

CHEDIAK, Julian Fonseca Pena. A posição do Superior Tribunal de Justiça sobre a dissolução parcial das sociedades anônimas: uma análise à luz do novo código civil. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, v. XIV.

COMPARATO, Fábio Konder. Restrições à circulação de ações em companhia fechada: “nova et vetera”. **Revista de Direito Mercantil, Industrial e Financeiro**, 1987, v. 36.

_____. Reflexões sobre a dissolução judicial de sociedade anônima por impossibilidade de preenchimento do fim social. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 96, ano XXXIII (nova série), 1994.

CORREA DA FONSECA, Priscila M. P. **Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio**. São Paulo: Atlas, 2002.

DE LUCCA, Newton. O direito de recesso no direito brasileiro e na legislação comparada. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, ano XXXV (nova série) n. 114, 1999.

MELLO FRANCO, Vera Helena de. Dissolução parcial e recesso nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, ano XXXIII (nova série), n. 93, 1994.

MESSINA, Paulo de Lorenzo; FORGIONI, Paula A. **Sociedades por ações**: jurisprudência, casos e comentários. São Paulo: RT, 1999.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. **Dissolução e liquidação de sociedades**. Brasília: Brasília Jurídica, 1995.

PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. Regime dissolutório do Código Comercial. Dissolução total e dissolução parcial. Dissolução judicial e extrajudicial. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, ano XXXIV (nova série), n. 100. 62, 1997.

REQUIÃO, Rubens. **A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio**. Curitiba, 1959.

_____. **Curso de direito comercial**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

Legislação Aplicável⁶³

Legislação Ordinária Federal (disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>).

Lei n. 6.404/76 [Lei das Sociedades por Ações (artigos 118, 136 a 137, 170, 206 e 229)].

Lei n. 10.406/2002 [Código Civil (artigos 1.029, 1.071, 1.076, 1.077 e 1.085)].

Legislação Complementar Federal (disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>).

Lei n. 5.172/66 [Código Tributário Nacional (artigo 135)].

1 A *affectio societatis*, o elemento específico do contrato de sociedade comercial constituída *intuitu personae*, advém, ainda, da Teoria Contratualista da formação da sociedade, enquanto contrato plurilateral, desenvolvida por Tullio Ascarelli e que confere a esse tipo societário uma feição estritamente privada. ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001.

Em contraposição, a Teoria Institucionalista tem, em sua essência, a prevalência do interesse público sobre o privado, sustentando, outrossim, a função social da empresa. Sobre o tema no direito pátrio, ver LIMA, Osmar Brina Corrêa. **Sociedade anônima**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

2 Conforme se vê em Priscila Corrêa da Fonseca: “É que a propalada diferenciação está muito longe de se mostrar intangível. Há sociedades limitadas que ostentam natureza eminentemente capitalista, isto é, sociedades para as quais a pessoa do sócio mostra-se absolutamente irrelevante para a consecução do objeto social. O que importa, e realmente revela nestes, é o aporte de capital efetivado pelos sócios. Ao contrário, entre as sociedades anônimas pode-se deparar com as que apresentam natureza essencialmente familiar e fechada, a denotar, assim, a respectiva conotação de sociedades de pessoas”. FONSECA, Priscila Corrêa da. **Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 74-80.

3 Atualmente, e conforme será visto adiante, mais em linha com a jurisprudência hoje firmada, que reconhece a função social da empresa, previsão semelhante encontra-se no artigo 1.029 do Código Civil de 2002, Lei n. 10.406: “Além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios (...). Parágrafo único. Nos trinta dias subsequentes à notificação, podem os demais sócios optar pela dissolução da sociedade”.

4 “O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar seu objeto e *cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos deve lealmente respeitar e atender.*” (grifei).

5 “A propriedade atenderá a sua função social”.

6 “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

7 Em aula inaugural dos Cursos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, nas seguintes palavras: “Se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva de elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa (...) É dela que depende diretamente, a subsistência da maior parte da população ativa deste país, pela organização do trabalho assalariado. (...) É das empresas que provém a grande maioria dos bens e serviços consumidos pelo povo, e é delas que o Estado retira a parcela maior de suas receitas fiscais (...) É em torno da empresa, ademais, que gravitam vários agentes econômicos não assalariados, como os investidores de capital, os fornecedores, os prestadores de serviços”. COMPARATO, Fábio Konder. **A reforma da empresa**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 3.

[8](#) Sobre o conceito de empresa, sociedade e pessoa jurídica, *vide* FARACO, Alexandre Ditzel. Empresário, sociedade e pessoa jurídica, publicado. *In*: PÜSCHEL, Flavia Portela (Coord.). **Organização das relações privadas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 121-147. PRADO, Roberta Nioac; DONAGGIO, Ângela Rita Franco. **Sociedade limitada versus sociedades por ações**: algumas características na estratégia societária de se optar por um dos tipos. Acordo de acionistas e de cotistas: cláusulas relevantes. PRADO, Roberta Nioac; PEIXOTO, Daniel Monteiro; SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). **Estratégias societárias, planejamento tributário e sucessório**. São Paulo: Saraiva, 2009 (Série GV*law*).

[9](#) Sobre a forma de avaliação dessa participação, *vide* especialmente o item 6.4.2. deste trabalho: Destinação do *goodwill* na dissolução parcial do vínculo societário.

[10](#) Conforme exposto por Mauro Rodrigues Penteado, **Dissolução e liquidação de sociedades**. Brasília: Brasília Jurídica, 1995, p. 140-143, a expressão “dissolução parcial”, na verdade, corresponde “à resilição de parte dos vínculos sociais criados pelo contrato plurilateral de sociedade”, como dito, estudada e desenvolvida com profundidade por Tullio Ascarelli. Tal resilição também ocorre quando da exclusão do sócio e do exercício do direito de recesso, embora em circunstâncias e com fundamentos legais distintos. O direito de recesso é estudado no nosso texto, neste mesmo livro, no Capítulo 3: Alteração de objeto social e direito de recesso na alienação de ativos empresariais.

[11](#) Sobre o tema, *vide* os aprofundados estudos de PENTEADO, Mauro Rodrigues. **Dissolução e liquidação de sociedades**. Brasília: Brasília Jurídica, 1995; LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

[12](#) A jurisprudência foi escolhida sem critério específico. Buscou-se, na escolha, apenas ilustrar posicionamentos relevantes e consolidados por Tribunais nacionais.

[13](#) Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Quinta Câmara Cível. **Apelação Cível n. 700061335557**, j. 16-9-2004.

[14](#) Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 60.823-6** – São Paulo, Brasília, 20 de junho de 1995, Rel. Min. Waldemar Zveiter, p. 16, out. 1995.

[15](#) Conforme o entendimento do julgado: “O acórdão impugnado concluiu, acolhendo os fundamentos da sentença, que o conflito entre a posição individual do autor e o princípio da preservação da empresa (prestigiado pela maioria do capital social) deve ser resolvido, no caso concreto, em favor do segundo. (...)”. E prossegue o Ministro em seu voto, citando

trecho de sua autoria: “Em vista de tal reflexão, marcada por notório realismo, não se pode fugir da constatação de que qualquer pretensão de dissolução societária passa necessariamente pelo princípio da preservação da empresa, mesmo em face do dissenso de seus integrantes. Esse tema sedimenta o entendimento de que se há de harmonizar a pretensão dissolutória com a necessidade da preservação da empresa que se sobrepõe ao interesse de seus componentes. Assenta-se, tal enfoque, no fato de representar o princípio da prevalência da empresa o interesse coletivo, na medida em que gera impostos e promove o desenvolvimento das comunidades em que se integra. E nos momentos de instabilidade econômica, que provoca o desequilíbrio social, incumbe à Ciência Jurídica sobrepor aos interesses individuais os coletivos priorizando as vantagens que a empresa gera no seio social”. Ministro Waldemar Zveiter. Aspectos polêmicos das sociedades por cotas de responsabilidade limitada”, em **Livro de estudos jurídicos**, v. 4, I e J, 1992, p. 268-269, citado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 60.823-6.

[16](#) Exceto a subsidiária integral prevista no artigo 251 da Lei das S/A, n. 6.404/76. Sobre o tema, *vide A sociedade unipessoal*, obra de Calixto Salomão Filho, editada pela Malheiros Editores, São Paulo, em 1995.

[17](#) Com fundamento na aplicação subsidiária da Lei das S/A, n. 6.404/76, artigo 206, letra d: “Dissolve-se a companhia: I – De pleno direito: (...) d) pela existência de um único acionista, verificada em assembleia geral ordinária, se o mínimo de 2 (dois) não for reconstruído até a data do ano seguinte (...)”, combinada com o artigo 18 do Decreto n. 3078/19: “Serão observadas quanto às sociedades por quotas de responsabilidade limitada, no que não for regulado no estatuto social, e na parte aplicável, as disposições da Lei das Sociedades Anônimas”, antes da entrada em vigor do Código Civil em 2002.

[18](#) **Apelação Cível n. 50.336-4/9**, Comarca de São Paulo, Tribunal de Justiça de São Paulo – voto n. 11.937, Rel. Desembargador Barbosa Pereira, j. 13-8-1998.

[19](#) Tribunal de Justiça de São Paulo, **Apelação Cível n. 095.843-4/1-00**, São Paulo, 30 de maio de 2000, Rel. Desembargador Aldo Magalhães.

[20](#) Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Apelação Cível n. 483.923.4/0-00**, Vinhedo, 2 de dezembro de 2008, Rel. Desembargador Boris Kauffmann. Artigo 1.033: “Dissolve-se a sociedade quando ocorrer: (...) IV – a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias”.

[21](#) Tribunal de Justiça de São Paulo, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. José Roberto Bedran, 9 de maio de 2006, **Apelação Cível com Revisão n. 2122.591-4/1-00**, São José dos Campos.

[22](#) Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 138.428/RJ (9700454584)**. Decisão 18-12-1997. Min. Rel. Ruy Rosado de Aguiar. Quarta Turma. Sobre o conceito de empresa, sociedade e pessoa jurídica, *vide* FARACO, Alexandre Ditzel. Empresário, sociedade e pessoa jurídica, publicado *In*: PÜSCHEL, Flavia Portela. **Organização das relações privadas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 121-147; PRADO, Roberta Nioac, DONAGGIO, Ângela Rita Franco. Sociedade limitada *versus* sociedades por ações: algumas características na estratégia societária de se optar por um dos tipos. Acordo de acionistas e de cotistas: cláusulas relevantes. *In*: PRADO, Roberta Nioac (Coord.). **Estratégias societárias, planejamento tributário e sucessório**. São Paulo: Saraiva, 2009 (Série *GVlaw*).

[23](#) Parágrafo único do artigo 1.053 do Código Civil.

[24](#) Como é cediço, o pagamento dos haveres do sócio pela sociedade implica descapitalização da empresa. Tal situação é diferente da negociação privada de cotas de uma sociedade limitada, ou de ações de emissão de uma S/A, na qual o possuidor da participação societária aliena-a para terceiro e recebe a contraprestação em dinheiro ou bens suscetíveis de avaliação em dinheiro, sem que a operação interfira direta ou indiretamente no capital e, principalmente, no caixa da empresa. Sobre o tema, ver PRADO, Roberta Nioac; DONAGGIO, Ângela Rita Franco. Sociedade limitada *versus* sociedades por ações: algumas características na estratégia societária de se optar por um dos tipos. Acordo de acionistas e de cotistas: cláusulas relevantes. *In*: PRADO, Roberta Nioac (Coord.). **Estratégias societárias, planejamento tributário e sucessório**. São Paulo: Saraiva, no prelo (Série *GVlaw*).

A saída abrupta de um ou mais sócios da sociedade, com o pagamento de seus haveres pela empresa, pode, em determinados casos, impactar a sua liquidez, de forma a impossibilitá-la de permanecer atuando. Nesse sentido, defendemos a taxatividade do direito de recesso, no nosso texto, neste mesmo livro, no Capítulo 3: Alteração de objeto social e direito de recesso na alienação de ativos empresariais.

[25](#) Ademais, já na vigência do Decreto n. 3708, que regulou as sociedades limitadas até a entrada em vigor do Código Civil, havia disposição legal específica para a fundamentação da “denúncia cheia”, conforme seu artigo 15: “Assiste aos sócios que divergirem da alteração do contrato social a faculdade de se retirarem da sociedade, obtendo o reembolso da quantia correspondente ao seu capital, na proporção do último balanço aprovado (...)”. E tal dispositivo não impediu a dissolução parcial das sociedades limitadas constituídas por prazo indeterminado por falta de *affectio societatis*.

[26](#) Artigo 206: “Dissolve-se a companhia: (...) II. Por decisão judicial: (...) *b*) quando-provado que não pode preencher o seu fim, em ação proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social”.

[27](#) Também com fundamento no julgado do TJRJ, **AP. Cível n. 34.192**, Rel. Desembargador Penalva Santos.

[28](#) **TJSP – Apelação Cível n. 003.299-4/0**, Sexta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Mohamed Amaro e outros pronunciamentos do STJ (REsp 247.000-RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, *DJ* 25-3-2002, p. 272, além do julgado anteriormente tratado nesse trabalho: **REsp 111.294-PR** – Quarta Turma – Rel. Min. Cesar Asfor Rocha – *RSTJ* 146/323).

[29](#) **REsp n. 171.354/SP**, j. 16-11-2000, Terceira Turma do STJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter e **REsp n. 419174/SP**, Terceira Turma, STJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 28-10-2002: “Sociedade Anônima. Dissolução parcial. Precedentes da Corte. 1. É incompatível com a natureza e o regime jurídico das sociedades anônimas o pedido de dissolução parcial, feito por acionistas minoritários, porque reguladas em lei especial que não contempla tal possibilidade”.

[30](#) Ver também *RT* 219/253, 320/527, 468/207, 554/74 e *RDM* 96/72.

[31](#) No mesmo sentido do voto do desembargador Alfredo Migliore: “A *affectio societatis*, em sociedade de capital fechado, é mais que suficiente para autorizar o recesso dos acionistas dissidentes e lesados, da sociedade anônima” e o do desembargador Waldemar Nogueira Filho, que acompanhou os votos supramencionados.

[32](#) Na mesma linha do **REsp n. 419.174/SP** (Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, unânime, *DJU* 4-8-2008)

[33](#) **Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 74-80.

[34](#) Além da possibilidade de se prever distintas metodologias, em razão da modalidade de ruptura de vínculo: imotivada/“denúncia vazia” (artigo 1.029, ou falta de *affectio societatis*), motivada/recesso ou “denúncia cheia” (artigo 1.077), exclusão (artigo 1.085) ou morte (artigo 1.028). Essa possibilidade será estudada no item 6.4.2 deste trabalho: Destinação do *goodwill* na dissolução parcial do vínculo societário.

[35](#) **REsp. n. 302.366-SP (2001/0010445-2)**, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJ* 6-8-2007.

[36](#) Ressalte-se que não se deverá considerar exclusivamente a metodologia de avaliação e a forma de pagamento conforme o disposto no contrato social em situações nas quais os

sócios houverem acordado forma distinta em sentença homologada, como é o caso do acórdão cujos trechos do voto do Relator Francisco Loureiro a seguir transcrevemos: “O contador da empresa (...) pessoa certa e de confiança comum dos sócios, elaborou balanço especial com base em elementos exclusivamente contábeis, obedecendo ao disposto no contrato social. Declarou-se, porém, sem competência para elaborar laudo pericial, que adotasse critérios exigidos pelos agravantes, que extrapolavam a ciência contábil e implicavam valoração de comportamento dos sócios”. E prossegue o julgador: “Em princípio, sabido que devem os haveres dos sócios ser apurados de acordo com o valor patrimonial real da quota social. *Todavia, na transação homologada acordaram as partes na elaboração de balanço especial com base em critérios contábeis e forma de pagamento de acordo com o contrato social.* Não se cogitou de valoração de comportamento dos sócios, para apuração da quota. Não teria sentido, aliás, nomear o contador da empresa, se fosse esse o propósito das partes (...) Reitere-se que o que foi consensualmente acordado e homologado por sentença deve ser cumprido, sem tergiversação ou arguição de fatos novos” (grifei). **Agravo de Instrumento n. 5775884/0-00** – São Paulo, Tribunal de Justiça de São Paulo, Quarta Câmara de Direito Privado, votação unânime.

[37](#) Ademais, prevê o § 2º: “Se a deliberação da assembleia geral ocorrer mais de 60 (sessenta) dias depois da data do último balanço aprovado, será facultado ao acionista dissidente pedir, juntamente com o reembolso, levantamento de balanço especial em data que atenda àquele prazo. Nesse caso a companhia pagará imediatamente 80% (oitenta por cento) do valor do reembolso calculado com base no último balanço e, levantado o balanço especial, pagará o saldo no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a contar da data da deliberação da assembleia geral”.

[38](#) CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 434-435.

[39](#) O conceito de *goodwill* ainda é controverso na doutrina, em virtude da sua subjetividade e dificuldade de mensuração. Neste trabalho, entendemos como *goodwill* o valor intangível da organização empresarial, que se mostra capaz de produzir lucros futuros e que o mercado, de alguma forma, identifica na empresa e precifica, tendo como base os seus ativos, materiais e imateriais, em sentido amplo, conforme veremos adiante. Ver também na doutrina MARTINS, Eliseu. **Contribuição à avaliação do ativo intangível**. 1972. Tese (Doutorado em Contabilidade) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1972; MARTINS, Eliseu (Org.). **Avaliação de**

empresas: da mensuração contábil à econômica. São Paulo: Atlas, 2001; HENDRIKSEN, Seldon; BRENDA, F. Michael. **Teoria da contabilidade**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

[40](#) **Destinação dos elementos intangíveis do estabelecimento empresarial e do aviamento na extinção parcial do vínculo societário.** Tese (Doutorado), defendida na Faculdade de Direito da USP, São Paulo, em 13 de agosto de 2008, p. 22.

[41](#) CHINAGLIA, Olavo Zago. *Op. cit.*, p. 24.

[42](#) No que respeita às sociedades limitadas, o capital social está previsto no artigo 1.055 e parágrafos do Código Civil: “O capital social divide-se em quotas, iguais ou desiguais, cabendo uma ou diversas a cada sócio. § 1º Pela exata estimação de bens conferidos ao capital social respondem solidariamente todos os sócios, até o prazo de cinco anos da data do registro da sociedade. § 2º É vedada contribuição que consista em prestação de serviços. E, no que respeita às S/A, no artigo 7º da Lei das S/A: “O capital social poderá ser formado com contribuições em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro”.

[43](#) Grosso modo, podemos dizer que o ativo menos o passivo é igual ao patrimônio líquido, ou seja, ao valor final que seria apurado em caso de liquidação da sociedade.

[44](#) Por exemplo: equipamentos, imóveis, móveis, estoques, veículos, créditos não realizados, reservas de lucros, bens intangíveis e outros direitos e obrigações que são necessariamente escriturados no balanço, mas não têm seu valor de mercado regularmente atualizado.

[45](#) Além disso, na consecução da atividade empresária, um bem pode representar um valor distinto no objeto de sociedades distintas, embora, em termos de balanço patrimonial, representem o mesmo valor. Como ilustra Chinaglia: “Assim, duas sociedades, proprietárias de bens idênticos (por exemplo, automóveis de mesmo modelo, ano e estado de conservação) contabilizá-los-ão por valores muito próximos, senão idênticos, no capital social ou no patrimônio líquido. Todavia, no exemplo citado, tratando-se de uma sociedade programadora de *softwares* e de uma locadora de veículos, é evidente que o automóvel terá valor instrumental muito maior para a segunda, pois será utilizado diretamente na atividade-fim e, em princípio, proporcionará renda a essa sociedade”. CHINAGLIA, Olavo Zago. *Op. cit.*, p. 37.

[46](#) No Código Civil, sobre o estabelecimento comercial, ver os artigos 1.142 e seguintes, bem como o artigo de Danilo Borges dos Santos Gomes de Araújo no Capítulo 1: O estabelecimento empresarial: noção, elementos e efeitos decorrentes da sua negociação.

[47](#) **Tratado de direito comercial brasileiro.** 1ª Parte. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, v. 5, p. 15-16.

[48](#) Tais bens, bem como outros valores intangíveis da empresa, podem ou não estar escriturados no balanço patrimonial. Por exemplo, se uma empresa compra uma marca de determinado produto de outra empresa e paga ágio por ela, a regra é escriturar o ágio em seu balanço. Por outro lado, se uma marca foi desenvolvida na consecução da sua própria atividade empresarial, esta, em regra, não estará escriturada no balanço, mesmo que tenha valor no mercado e que seja um dos componentes do estabelecimento empresarial. Outrossim, podem haver bens escriturados no balanço social e que, portanto, fazem parte do patrimônio empresarial, mas que não integram o estabelecimento, pois não contribuem para a geração de caixa da empresa, para o seu *goodwill*. É o caso, por exemplo, de um imóvel ocioso em termos empresariais que, a despeito de aumentar o valor do patrimônio da empresa, não lhe serve em nada para a consecução de seu objeto social, por exemplo, uma casa de praia do fundador/controlador da empresa. Ou seja, ao menos em princípio, tal bem pode ser retirado da sociedade sem afetar a geração de lucros. Aliás, deveria de fato ser retirado do patrimônio da sociedade simplesmente por não corresponder ao seu objetivo social. Em contrário, CHINAGLIA, Olavo Zago. *Op. cit.*, p. 36: “Outrossim, mesmo bens que não estejam vinculados diretamente ao processo de produção ou distribuição dos produtos ou serviços (por exemplo, um imóvel ocioso, ou locado a terceiros), integram o estabelecimento, pois representam uma disponibilidade patrimonial que, se necessário, poderá ser convertida em dinheiro ou integrada diretamente na empresa”.

[49](#) Conforme Luciano Márcio Scherer, Márcia Soares, Elaine Baroto Nascimento e Elizângela Aparecida Serrano, no texto **O atual estágio da contabilização de ativos intangíveis no mercado norte-americano.** Disponível em: <http://www.fae.edu/publicacoes/pdf/revista_da_fae/fae_v7_n1/rev_fae_v7_n1_06_marcia.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2010. “Os ativos intangíveis são divididos em duas categorias: Ativos intangíveis identificáveis: marcas, patentes, pesquisa e desenvolvimento, direitos autorais, franquias, capital intelectual, entre outros; Ativos intangíveis não identificáveis: *goodwill*”. Ressalte-se, finalmente, que esse último valor (*goodwill*) pode ser positivo (quando a empresa é lucrativa) ou negativo (nas empresas deficitárias). Conforme entendimento do Tribunal: “A existência de patrimônio líquido negativo, o que se mostra bem possível, acarreta, para efeitos de dissolução parcial de sociedade, uma consequência imediata: a inexistência de haveres em favor do sócio retirante”. E prossegue a desembargadora Liege Puricelli Pires, em seu voto, tratando da repercussão dos passivos

da empresa na avaliação dos haveres: “É evidente, no entanto, que a obrigação tributária, assim como a trabalhista, deve ser considerada no cálculo de apuração do patrimônio líquido da sociedade para fins de apuração de haveres (...) No tocante aos débitos trabalhistas, deverão ser consideradas todas as obrigações salariais devidas até a data da retirada, de fato, do sócio (...) Ao seu turno, os débitos tributários a serem computados na apuração do patrimônio líquido da sociedade, são aqueles efetivamente devidos pela sociedade, e cujo fato gerador tenha ocorrido até a data da retirada do autor da sociedade (...)”. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Sexta Câmara Cível, **Apelação Cível n. 70018712455**, j. 14-8-2008, por unanimidade.

[50](#) Chinaglia, Olavo Zago. *Op. cit.*, p. 44.

[51](#) Conforme, por exemplo, o estudo de Luciano Márcio Scherer, Márcia Soares, Elaine Baroto Nascimento e Elizângela Aparecida Serrano no texto **O atual estágio da contabilização de ativos intangíveis no mercado norte-americano**. Disponível em: <http://www.fae.edu/publicacoes/pdf/revista_da_fae/fae_v7_n1/rev_fae_v7_n1_06_marcia.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2010, que demonstra que, em janeiro de 2001, a AOL adquiriu a TimeWarner por US\$ 147 bilhões, sendo que o valor contábil dos ativos da TimeWarner era em torno de US\$ 51 bilhões, de forma que a diferença, US\$ 96 bilhões, se constituiu em *goodwill*, ou seja, o *goodwill* representou cerca de 61% dos ativos totais da AOL.

[52](#) Chinaglia, Olavo Zago. *Op. cit.*, p. 152.

[53](#) “(...) a avaliação das ações é, por assim dizer, direta e estática. Ela considera, ademais, o valor presente das ações transferidas, não as perspectivas prováveis de resultados futuros”. Avaliação de ações de companhia fechada, *In: Direito empresarial*, p. 146. Citado em Chinaglia, *op. cit.*, p. 146.

[54](#) Não é por outra razão que em algumas privatizações o preço das ofertas feitas pela mesma empresa, mas por compradores distintos, variou tanto. Exemplo bastante ilustrativo dessa afirmação respeita à aquisição do Banespa pelo Santander, com ágio de 281,02% sobre o preço mínimo estabelecido para a privatização. O prêmio pago pelo Santander só se justificou em vista de este tratar-se de um investidor estrangeiro, que estava querendo entrar no mercado bancário do país com posição de destaque. Ou seja, o mesmo preço pela mesma instituição não faria sentido econômico para outro concorrente já instalado no país, como Itaú ou Bradesco.

[55](#) Chinaglia, Olavo Zago. *Op. cit.*, p. 146. Nesse particular, quero consignar que discordo veementemente do autor citado, no sentido de que entendo que o pagamento do *goodwill* nos haveres do sócio retirante da sociedade, a qualquer título, jamais deve ser considerado

“indenização por lucros cessantes”, conforme defendido em sua tese de doutorado, mas, simplesmente, questão previamente negociada entre os sócios ou medida de justiça, no sentido de ser reembolsado ao sócio retirante o valor real da sua participação societária.

[56](#) Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, **REsp 43395**, São Paulo, Rel. Min. Ari Pargendler, *DJU* 28-6-1999.

[57](#) Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Sexta Câmara Cível, **Apelação Cível n. 70008663825**, Rel. Artur Amildo Ludwig, j. 4-8-2004.

[58](#) Tribunal de Justiça de São Paulo, Primeira Câmara de Direito Privado, **Apelação Cível com Revisão n. 580.823-4/1-00**, votação unânime, j. 15-9-2009.

[59](#) Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Sexta Câmara Cível, **Apelação Cível n. 70018712455**, 14 de agosto de 2008.

[60](#) Outrossim, a título de exemplo citamos o excelente estudo de Robert F. Reilly e Robert P. Schweihs para estudo mais aprofundado sobre o tema. Para que se tenha uma ideia da complexidade da discussão, note-se os autores, ao tentar definir “intangível” sob uma perspectiva econômica para avaliação de empresa, elencaram a necessidade do bem contar com pelo menos as seguintes características: “(i) It should be subject to specific identification and recognizable description. (ii) It should be subject to legal existence and protection. (iii) It should be subject to the right of private ownership, and the private ownership should be legally transferable. (iv) There should be some tangible evidence or manifestation of the existence of the intangible asset (*e.g.*, a contract, a license, a registration document, a computer diskette, a listing of customers, a set of financial statements, etc.) (v) It should have been created or have come into existence at an identifiable time or as the result of an identifiable event. (vi) It should be subject to being destroyed or to a termination of existence at an identifiable time or as the result of an identifiable event”. **Valuing intangible assets**. New York: McGraw-Hill, 1998, p. 3-7.

[61](#) Normalmente utilizado para companhias abertas.

[62](#) Sobre o tema, consultar também a obra de MARTINS, Eliseu (Org.). **Avaliação de empresas**: da mensuração contábil à econômica. São Paulo: Atlas, 2001, p. 265-275.

[63](#) A indicação acima não exclui eventual necessidade de o aluno pesquisar outros veículos normativos que entender cabíveis, devendo, ainda, estar atento às constantes inovações/atualizações legislativas sobre o tema.

7 INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE, DE AÇÕES E FUSÃO

Luís André Negrelli de Moura Azevedo

*Professor do Programa de Educação Continuada e Especialização em Direito GVlaw;
doutorando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo – USP;
especialista em Direito Societário pelo GVlaw; presidente do Instituto de Direito
Societário Aplicado – IDSA e advogado.*

7.1 Apresentação

O presente artigo aborda os principais aspectos relacionados com operações de incorporação de sociedade, incorporação de ações e fusão, envolvendo sociedades anônimas (fechadas e de capital aberto) e sociedades limitadas.

No item 7.2, são apresentadas noções preliminares, a partir de um panorama geral das diversas modalidades de concentração empresarial e seus objetivos (itens 7.2.1 e 7.2.2). Em seguida, são analisadas as principais características de cada uma dessas operações (item 7.2.3) à luz do regime jurídico aplicável, com especial ênfase na exigência de elaboração de Protocolo e Justificação, quórum de aprovação e normas de proteção dos credores e dos acionistas minoritários (item 7.2.3.4).

Após algumas considerações a respeito do procedimento a ser observado nas incorporações de sociedade e de ações e na fusão (item 7.2.3.5), passa-se, no item 7.3, aos temas que ultimamente têm despertado maiores questionamentos, especialmente nas

companhias abertas, os quais dizem respeito à relação de substituição de ações em incorporações e às particularidades das operações envolvendo sociedades sob controle comum.

7.2 Noções preliminares

7.2.1 Concentração empresarial

O estudo das operações de incorporação, incorporação de ações e fusão envolvendo sociedades anônimas ou sociedades limitadas brasileiras pressupõe a compreensão do fenômeno da concentração empresarial, consistente na reunião de empresas diversas sob um único controle.

A vigente Lei de Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76) foi promulgada em um momento de intenso estímulo à concentração empresarial, a fim de permitir que as empresas brasileiras pudessem concorrer em melhores condições com as multinacionais atuantes no País.

O anteprojeto de lei que originou o diploma societário foi elaborado e tramitou sob influência do 1^o e 2^o Planos Nacionais de Desenvolvimento (PND), abrangendo os anos de 1972 a 1979, os quais tinham como objetivo¹ fortalecer a grande empresa nacional, especialmente por meio da criação de conglomerados sob controle brasileiro (em substituição às parcerias tripartites então existentes²) e estimular o desenvolvimento do mercado de capitais, por meio da criação da Comissão de Valores Mobiliários – CVM³, da maior proteção aos acionistas minoritários e da concessão de incentivos fiscais à abertura de capital⁴.

A ênfase na concentração empresarial perdurou durante a década de 1990, apesar da edição da Lei n. 9.457/97, que suprimiu importantes direitos de acionistas minoritários originalmente

previstos na Lei n. 6.404/76, dentre os quais o direito de recesso na cisão (art. 136, IX, c/c art. 137, *caput*) e o direito de venda conjunta de ações na hipótese de alienação do poder de controle, com o recebimento de valor igual ao recebido pelo acionista vendedor (art. 254). Por meio das alterações promovidas pelo diploma legal de 1997, o Estado Brasileiro, na condição de acionista controlador de diversas sociedades de economia mista, pode maximizar os resultados provenientes dos leilões de venda de ações de controle de algumas dessas companhias à iniciativa privada. As privatizações e a intensificação de trocas comerciais entre países, somadas a outros fatores, levaram à busca de maior escala e competitividade pelas grandes empresas brasileiras, as quais podem ser alcançadas, inclusive, por meio das operações de concentração empresarial, objeto deste artigo.

Em 2001, com a promulgação da Lei n. 10.303, em vigor a partir de março de 2002 para as companhias preexistentes, a Lei de S/A foi novamente alterada, tendo sido fortalecidas as prerrogativas de acionistas minoritários – dentre os quais a BNDESPar, indiretamente controlada pelo Estado Brasileiro –, em decorrência do restabelecimento do direito de venda conjunta na hipótese de alienação do poder de controle⁵; da garantia de pagamento do preço justo das ações quando do fechamento de capital⁶; do direito dos minoritários de eleger, em separado, membros do conselho de administração de companhias abertas; do fortalecimento das atribuições da CVM com a reforma da Lei n. 6.385/76, dentre outros, em linha com os modernos princípios de governança corporativa. Tais reformas legislativas, acompanhadas do exponencial desenvolvimento do mercado de valores mobiliários brasileiro durante a última década, permitindo a diversas companhias captar expressivas quantias em ofertas públicas primárias de ações na

Bolsa de Valores, trouxeram um novo estímulo às operações de concentração empresarial.

7.2.2 Objetivos e modalidades de concentração empresarial

São diversas as modalidades de concentração empresarial, abrangendo os mais variados negócios jurídicos, desde a aquisição de ações ou quotas de controle, passando pelo trespasse de estabelecimento empresarial⁷, aquisição de participação societária relevante⁸, formação de *incorporated* ou *unincorporated joint ventures*, consórcios de sociedades, celebração de convenção de grupo de sociedades⁹, passando pela cisão com transferência de patrimônio para sociedade existente (que não deixa de ser uma operação que viabiliza a concentração empresarial), chegando às operações de incorporação de sociedade, incorporação de ações e fusão de sociedades, objeto desta breve análise.

Apesar das diferentes características, tais operações têm, via de regra, os seguintes objetivos, que podem ser atingidos em maior ou menor grau, a depender da estrutura adotada: a) economias de escala (envolvendo sociedades que atuam em uma mesma linha de produtos ou serviços); b) economias de escopo (envolvendo linhas de produtos ou serviços diferentes); c) integração vertical (união com fornecedores ou consumidores); d) diversificação de atividades; e) reorganização societária; f) recuperação da empresa¹⁰; e g) superação de barreiras ao ingresso em determinado mercado.

Não se pode desconsiderar o fato de que as operações de concentração empresarial, em maior ou menor grau, levam ao surgimento do *poder econômico*, que permite ao seu titular a tomada de decisões econômicas e a imposição de preços independentemente da lei de oferta e procura. Note-se, o poder econômico não é reprimido pelo Direito, mas, sim, o seu *abuso*, por meio das denominadas leis antitruste. No Brasil, a Lei n. 8.884/94,

que instituiu o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e as demais entidades do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, visa preservar o valor constitucional da livre concorrência¹¹, coibindo o abuso do poder econômico¹².

7.2.3 Operações em espécie: definição e características principais

7.2.3.1 Fusão

A fusão de sociedades, disciplinada pelos artigos 228 da Lei de S/A¹³ e 1.119 do Código Civil¹⁴, é a operação por meio da qual se unem duas ou mais sociedades (de iguais ou diferentes tipos) para formar uma nova sociedade, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

Tal operação acarreta a extinção das sociedades participantes, com a transferência integral de seus patrimônios para aquela resultante da fusão, da qual passam a participar os sócios das sociedades extintas.

Trata-se de operação pouco utilizada na prática societária brasileira¹⁵, uma vez que pode ser facilmente substituída pela incorporação de sociedade, eliminando-se a necessidade de constituição de uma nova sociedade e a notória burocracia envolvida.

7.2.3.2 Incorporação de sociedade

A incorporação de sociedade, prevista nos arts. 227 da Lei de S/A¹⁶ e 1.116 do Código Civil¹⁷, é a operação por meio da qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra (de igual ou diferente tipo), que lhe(s) sucede em todos os direitos e obrigações.

Assim como na fusão, a incorporação de sociedade acarreta a extinção da(s) incorporada(s), com a transferência integral de seus patrimônios para a incorporadora, que as sucede em caráter universal. Da mesma forma, os sócios da incorporada recebem, em

substituição à sua participação no capital, ações ou quotas de emissão da incorporadora.

7.2.3.3 Incorporação de ações

A incorporação de ações, prevista no artigo 252 da Lei de S/A¹⁸, consiste na aquisição compulsória, por uma sociedade anônima, de todas as ações de emissão de outra sociedade anônima, a fim de transformá-la em subsidiária integral.

Diferentemente da incorporação de sociedade, a incorporação de ações *não* acarreta a extinção da companhia emissora das ações incorporadas, *não* havendo, em consequência, assunção de quaisquer direitos e obrigações da incorporada, uma vez que os patrimônios de ambas as sociedades envolvidas permanecem separados.

Assim como ocorre na fusão e na incorporação de sociedade, os acionistas cujas ações foram compulsoriamente incorporadas passam a participar do capital da incorporadora, mediante o recebimento de ações de sua emissão.

Uma nova tendência que ora se verifica é a realização das denominadas *cash-out mergers*, sob inspiração da prática empresarial norte-americana desde a década de 1950, em que há a entrega de ações aos acionistas da sociedade incorporada (ou aos acionistas cujas ações foram incorporadas) e também dinheiro. Isso se dá por meio da entrega de determinada quantidade de ações ordinárias e de ações preferenciais, estas últimas resgatáveis, de emissão da incorporadora, a cada um dos acionistas da incorporada. Imediatamente após a aprovação de todas as matérias necessárias à efetivação da incorporação, a assembleia geral extraordinária da incorporadora aprova o resgate das ações preferenciais, efetuando o pagamento do valor de resgate aos antigos acionistas da incorporada.

7.2.3.4 Disciplina legal: Protocolo e Justificação, quórum de aprovação, proteção aos credores e aos acionistas minoritários

A Lei de S/A, em seus artigos 223 a 226, 230 a 232 e 234, estabelece *normas gerais* aplicáveis às operações de fusão, incorporação de sociedade e incorporação de ações, dispondo sobre o procedimento a ser observado, o quórum de aprovação pelos acionistas, os documentos que deverão ser elaborados, a divulgação das características da operação, a proteção a acionistas minoritários e a proteção a credores.

As *regras específicas* para cada modalidade de operação vêm estabelecidas nos artigos 227 (incorporação), 228 (fusão) e 252 (incorporação de ações), devendo-se notar que a Lei n. 6.404/76 é expressa em exigir que, na fusão, as normas sobre constituição de sociedades sejam atendidas em caráter subsidiário (art. 223, § 1º, c/c arts. 80 a 99), enquanto na incorporação, apesar da ausência de determinação legal expressa nesse sentido, é recomendável observar os dispositivos legais que disciplinam os aumentos de capital (arts. 166 a 172), sempre que forem compatíveis, evidentemente.

Já as regras sobre operações de fusão e incorporação de sociedade envolvendo limitadas estão previstas nos artigos 1.113 a 1.122 do Código Civil, cuja redação foi inspirada nos dispositivos análogos da Lei de S/A.

O artigo 224 da lei societária prevê que as condições da operação de fusão, incorporação ou incorporação de ações deverão constar de um documento denominado "Protocolo"¹⁹, o qual deverá necessariamente indicar: (i) a quantidade, espécie e classes de ações que serão atribuídas aos acionistas das sociedades incorporadas ou participantes da fusão, bem como os critérios utilizados na fixação das relações de substituição de ações; (ii) o(s) critério(s) e a data de avaliação do patrimônio líquido das sociedades

envolvidas, dispondo também sobre o tratamento de variações patrimoniais posteriores à avaliação²⁰; (iii) a solução a ser adotada na hipótese de as sociedades envolvidas deterem participação acionária recíproca²¹; (iv) o valor do capital da sociedade a ser criada, no caso de fusão ou do aumento de capital da incorporadora; (v) o projeto de estatuto da sociedade a ser constituída ou as alterações estatutárias das sociedades envolvidas; e (vi) demais condições a que estiver sujeita a operação.

Por sua vez, o artigo 225 da Lei de S/A exige a elaboração de uma “Justificação” que, assim como o Protocolo, deverá ser disponibilizada aos acionistas na sede das sociedades envolvidas desde a data da publicação do edital de convocação da assembleia geral extraordinária que deliberará sobre a operação²². A Justificação deverá indicar: (i) a finalidade da operação e o interesse da companhia na sua realização; (ii) as razões para modificação de direitos de acionistas preferenciais, se for o caso²³; (iii) a composição do capital da sociedade resultante da fusão, ou da incorporadora; (iv) o valor do reembolso a ser pago aos acionistas dissidentes da operação, nas hipóteses em que o direito de retirada for cabível, como indicado mais adiante.

Nas sociedades incorporadoras (de outras sociedades ou de ações), a aprovação da operação depende do voto favorável de acionistas titulares da maioria do capital²⁴, presentes em assembleia geral extraordinária especialmente convocada (art. 223, c/c art. 135).

Por outro lado, nas sociedades objeto de fusão, assim como na incorporada e na sociedade cujas ações serão incorporadas, a operação somente pode ser aprovada pelo voto de acionistas titulares da maioria do total de ações votantes emitidas pela companhia (art. 136, IV). Tal quórum legal qualificado se justifica

em razão do desaparecimento da companhia investida (no caso de fusão e incorporação de sociedade) ou da substancial alteração das características do investimento, em se tratando de companhia que se tornará subsidiária integral de outra, em razão da incorporação da totalidade das ações de sua emissão.

Em se tratando de sociedades limitadas, de acordo com os artigos 1.071, V e VI, e 1.076, I, do Código Civil, a operação de fusão ou incorporação de sociedade dependerá do voto favorável de sócios titulares de ao menos 75% (setenta e cinco por cento) do capital social.

As regras de proteção dos direitos de credores de sociedades anônimas envolvidas em operações de fusão e incorporação de sociedades vêm previstas nos artigos 231 e 232 da Lei de S/A. O primeiro diz respeito à dívida representada por debêntures, condicionando a realização da operação à aprovação da maioria dos debenturistas reunidos em assembleia especial ou à garantia de resgate das debêntures em circulação pelo prazo de 6 (seis) meses. Já o artigo 232, aplicável aos demais créditos, estabelece que, em até 60 (sessenta) dias contados da data de publicação da ata da assembleia geral extraordinária que aprovar a operação, poderão os credores, mediante prova de prejuízo, pleitear judicialmente a sua anulação²⁵. Nessa hipótese, o curso do processo judicial poderá ser suspenso pela sociedade devedora mediante consignação em pagamento do crédito do autor ou, caso a dívida seja ilíquida, por meio do depósito de caução.

Já a proteção aos credores de sociedades limitadas participantes das operações em questão se dá de forma muito semelhante ao disposto no artigo 232 da Lei de S/A, salvo pela previsão de prazo de 90 (noventa) dias para a propositura da ação judicial de anulação da incorporação ou fusão. Em caso de falência da sociedade

anônima (art. 232, § 3^o) ou da limitada (art. 1.122, § 3^o), o credor anterior terá a prerrogativa de pleitear a separação dos patrimônios das sociedades, a fim de que seu crédito seja pago pela massa respectiva.

A proteção dos acionistas minoritários das sociedades envolvidas nessas operações decorre, principalmente, da exigência de tratamento equitativo na fixação da relação de troca – abordada a seguir – e da faculdade de exercício do direito de retirada em determinadas hipóteses.

Em regra, a aprovação de operações de fusão e incorporação de sociedade e de ações enseja o direito de recesso dos acionistas dissidentes em todas as sociedades envolvidas (art. 136, IV, c/c art. 137, *caput*; e art. 252, § 2^o), *exceto* dos acionistas da incorporadora de outra sociedade. Diz-se em regra, pois, em se tratando de *companhias abertas*, o direito de recesso não poderá ser exercido sempre que as ações de sua emissão apresentarem *liquidez* em Bolsa de Valores e *dispersão* significativa no mercado (art. 137, II, alíneas *a* e *b*), sendo consideradas líquidas as espécies ou classes de ações que integrem índice negociado no mercado de valores mobiliários, definido pela CVM, e com dispersão as ações que não estejam, em sua maioria, na titularidade do acionista controlador. Saliente-se que os parâmetros legais de liquidez e dispersão devem ser atendidos cumulativamente, sendo verificados em relação a cada espécie ou classe de ação, e nunca em relação ao capital total. Ainda em se tratando de companhia aberta, se esta for incorporada por sociedade que não seja de capital aberto, haverá o direito de retirada dos acionistas caso a incorporadora não obtenha o registro de companhia aberta e, se for o caso, de negociação de ações em Bolsa de Valores, no prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias (art. 223, §§ 3^o e 4^o). Em qualquer hipótese, o reembolso da participação

do acionista dissidente deverá corresponder, no mínimo, ao valor patrimonial contábil da ação, salvo se houver previsão estatutária autorizando o pagamento com base no seu valor econômico (art. 45).

Por outro lado, nos termos do artigo 1.077 do Código Civil, a fusão ou incorporação envolvendo sociedade limitada ensejará o direito de retirada pelos quotistas dissidentes, devendo o reembolso ser pago com base na situação patrimonial da sociedade à data da aprovação da operação, salvo se previsto de modo diverso no contrato social (art. 1.031).

7.2.3.5 Procedimento

7.2.3.5.1 Incorporação de sociedade e incorporação de ações

Em muitos casos, as operações descritas neste artigo são precedidas da assinatura de um “Acordo de Associação” ou “Memorando de Entendimentos” pelos representantes das sociedades envolvidas e, até mesmo, por seus acionistas controladores. Tais pactos preliminares, que podem ou não ter caráter vinculante, estabelecem as bases, os objetivos e as características da operação, indicando as etapas a serem cumpridas até sua plena efetivação.

Em seguida, os administradores das sociedades envolvidas celebram o Protocolo e a Justificativa da operação, os quais devem conter as informações indicadas no item 7.2.3.4 desta breve análise, integrando, por vezes, um mesmo documento.

A implementação da operação respectiva dependerá, dentre outras providências, da aprovação do Protocolo e da Justificação em assembleias gerais extraordinárias das sociedades participantes do negócio, as quais devem ser especialmente convocadas, em observância das formalidades da lei societária²⁶.

Lembre-se de que, em se tratando de companhia aberta, na data da primeira publicação do edital de convocação da assembleia geral extraordinária respectiva, deverá ser publicado nos jornais e disponibilizado na página da CVM na Internet anúncio de fato relevante, na forma do artigo 2º, § 1º, da Instrução CVM n. 319/99, contendo: (i) informações constantes do Protocolo e da Justificação; (ii) ágio a ser amortizado em decorrência da operação, se for o caso; (iii) razões que demonstrem e justifiquem a equidade da relação de substituição das ações; (iv) quadro comparativo dos direitos dos acionistas antes e depois da operação; (v) indicação da data em que ambas as sociedades foram avaliadas, acompanhada da explanação acerca do tratamento das variações patrimoniais posteriores à avaliação; (vi) indicação dos passivos não contabilizados objeto de transferência; (vii) declaração de independência dos avaliadores e (viii) referência à necessidade de aprovação governamental (Banco Central do Brasil ou do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por exemplo), se aplicável.

Da interpretação literal das normas da Lei de S/A, verifica-se a necessidade de realização de *duas* assembleias gerais da sociedade *incorporadora* (de sociedade ou de ações), sendo a *primeira* para: (i) aprovar o Protocolo da operação; (ii) autorizar o aumento de capital a ser subscrito pela incorporada, mediante versão de seu patrimônio líquido; e (iii) nomear os peritos que avaliarão o patrimônio líquido da incorporada.

Em seguida, deve ser realizada uma assembleia geral extraordinária da sociedade a ser *incorporada* (ou da sociedade cujas ações serão incorporadas), a fim de: (i) aprovar o Protocolo da operação; (ii) autorizar seus administradores a praticar os atos necessários à efetivação da incorporação, inclusive e especialmente a subscrição do aumento de capital da incorporadora. A propósito, deve ser

salientado que não são os acionistas da sociedade incorporada (ou da sociedade cujas ações serão incorporadas) que subscrevem o aumento de capital da incorporadora, mas os seus administradores, os quais, inclusive, respondem com o avaliador por eventuais incorreções na avaliação da sociedade, nos termos do artigo 8º, § 6º, da Lei de S/A²⁷.

Após as aprovações na primeira assembleia geral extraordinária da incorporadora e na assembleia geral da incorporada, deverá ser realizada a avaliação do patrimônio líquido da incorporada, levando-se em consideração que, em conformidade com o artigo 226 da Lei de S/A, a fusão, incorporação de sociedade ou de ações somente poderá ser efetivada se o valor do patrimônio a ser vertido for *ao menos igual* ao valor do aumento de capital. É também nesse momento que deverá ser realizada a avaliação de ambas as sociedades, por um mesmo critério²⁸ e tomando-se por referência a mesma data, embasando a fixação da relação de substituição das ações.

Logo após a conclusão da fase de avaliação(ões) das sociedades, deverá ser realizada a *segunda* assembleia geral extraordinária da *incorporadora*, a qual deverá aprovar o(s) laudo(s) de avaliação da incorporada e aprovar definitivamente a incorporação, autorizando os administradores a tomar todas as providências necessárias à sua implementação.

Entretanto, deve ser salientado que na prática comercial usualmente adota-se um procedimento simplificado, plenamente compatível com a Lei de S/A, mediante a realização de *uma única* assembleia geral extraordinária da *incorporadora*, na qual: (i) aprova-se o Protocolo e a Justificação; (ii) homologa-se a indicação dos avaliadores feita previamente pelos administradores; (iii) aprovam-se o(s) laudo(s) de avaliação já elaborado(s); (iv) autoriza-se o

aumento de capital da incorporadora; e (v) aprova-se a operação. Evidentemente que referido procedimento simplificado limita-se às assembleias gerais da incorporadora, não afastando a necessidade de realização de pelo menos uma assembleia geral da incorporada.

Um aspecto a ser destacado diz respeito à possibilidade de incorporação de sociedade com patrimônio líquido negativo. A par das considerações de ordem tributária, que não são objeto deste artigo, do ponto de vista do direito societário tal operação é plenamente admissível. Uma corrente, refletida no Parecer CONJUR/MICT n. 129/96, defende a possibilidade de incorporação de sociedade de patrimônio líquido negativo mediante a pura e simples extinção das ações de emissão da sociedade incorporada, o que, evidentemente, tornaria impossível a realização de aumento de capital da incorporadora. Outra corrente, adotada pelo Parecer da Procuradoria da JUCESP n. 201/89, sustenta que tal operação deveria resultar em uma redução do capital social da incorporadora. Do ponto de vista prático e operacional, a melhor alternativa consiste na fixação das relações de substituição das ações mediante a adoção de critério outro que não o de patrimônio líquido contábil, capaz de auferir um valor positivo, correspondente ao real valor econômico ou mesmo estratégico da sociedade incorporada para a incorporadora.

7.2.3.5.2 Fusão

A fusão é aprovada mediante a realização de ao menos três assembleias gerais²⁹, sendo uma de cada sociedade envolvida, e outra que consiste na assembleia de constituição da sociedade resultante da fusão.

Como referido, a fusão é raramente adotada na prática negocial brasileira, em razão da burocracia e dos custos envolvidos na constituição de uma nova sociedade, que podem ser evitados

mediante a realização de uma incorporação de sociedade, atingindo-se substancialmente os mesmos resultados.

Em cada uma das assembleias gerais extraordinárias das sociedades que serão extintas em decorrência da fusão deverão ser aprovados o Protocolo e a Justificação e nomeados os responsáveis pela avaliação de ambas. Na sociedade resultante da fusão, deverão ser aprovados os laudos de avaliação, observada a proibição de o acionista manifestar seu voto a respeito do laudo de avaliação da sociedade da qual participa, de acordo com o artigo 228, § 2º, da Lei de S/A.

7.3 Aspectos mais relevantes: relação de substituição de ações e operações envolvendo sociedades sob controle comum

Em qualquer das operações ora descritas existe a *substituição compulsória* das ações de titularidade dos acionistas das sociedades envolvidas por novas ações, de emissão de outra sociedade.

Note-se que a Lei de S/A e o Código Civil, este em matéria de sociedades limitadas, não estabelecem regras impositivas a respeito da relação de substituição de ações ou quotas, admitindo que os critérios para a sua fixação sejam livremente escolhidos pelos administradores e acionistas das sociedades envolvidas, dentre aqueles estabelecidos no artigo 4º, § 4º, da Lei de S/A, desde que tal escolha seja devidamente justificada e fundamentada, levando-se em consideração as características da sociedade, o interesse social e a exigência de dispensar tratamento equitativo aos acionistas.

Deve-se salientar que a legislação societária também admite que os direitos assegurados aos acionistas da sociedade incorporada,

participante da fusão ou cujas ações serão incorporadas, sejam alterados em virtude da operação, desde que tal alteração seja devidamente justificada, constando expressamente do Protocolo, em conformidade com o artigo 224, I, da Lei de S/A.

Dessa forma, há que se atentar para as questões mais relevantes suscitadas por tais operações, relacionadas com a fixação da relação de substituições das ações e a definição das espécies e classes de ações que serão atribuídas aos acionistas, especialmente em operações envolvendo sociedades *sob controle comum*.

Nesses casos, diante do fato de que uma única vontade – a do acionista controlador comum – decide pela aprovação da operação nas assembleias gerais de ambas as sociedades, a Lei de S/A impõe a adoção de um *procedimento especial*, estabelecido no seu artigo 264, a fim de assegurar que a operação não prejudique os acionistas minoritários.

Tal procedimento consiste na elaboração de uma avaliação adicional das sociedades envolvidas na operação, pelo critério do *patrimônio líquido a preços de mercado* ou por outro critério admitido pela CVM³⁰. O laudo respectivo tem por finalidade permitir que os minoritários avaliem a *equidade* da relação de substituição de ações proposta pelos administradores e pelo controlador. Além disso, a avaliação prevista no artigo 264 da Lei de S/A serve como parâmetro alternativo para a definição do valor de reembolso na hipótese de exercício do direito de retirada pelos minoritários dissidentes, sempre que a relação de troca prevista no Protocolo for *menos vantajosa* que aquela resultante da avaliação adicional.

Deve ser salientado que a avaliação prevista no mencionado artigo 264 *não* é de adoção obrigatória para a fixação das relações de troca de ações, tendo apenas e tão somente finalidade informativa e de servir como critério alternativo para a definição do

valor do reembolso da participação dos acionistas que exercerem o direito de recesso.

Outro aspecto que deve ser salientado diz respeito ao fato de que a lei societária, ao estabelecer tal procedimento especial (art. 264), *não* restringiu a participação do acionista controlador nas deliberações sobre a operação, reconhecendo, portanto, que ele, via de regra, pode exercer seu direito de voto nessa matéria.

Contudo, especificamente no que se refere às *companhias abertas*, prevalece o atual entendimento da CVM no sentido de que a existência de relações de substituição diferentes em uma mesma operação, sem que seja apresentada a justificativa de tal diferenciação, enseja um *benefício particular* ao acionista controlador³¹, levando à proibição de voto prevista no artigo 115, § 1º, da Lei de S/A. Tal benefício seria garantido por meio de uma diferenciação *não* baseada em negociações independentes ou em critérios objetivos, a fim de privilegiar as ações de propriedade do controlador, em comparação com as demais ações de emissão da companhia, ou privilegiar as ações ordinárias em detrimento das preferenciais.

É ilustrativo desse entendimento da CVM o Parecer de Orientação n. 34/2006, segundo o qual

(...) a Sociedade Holding e os seus acionistas (caso detenham participação direta na Companhia) estarão impedidos de votar, na forma do art. 115, § 1º, da Lei 6.404/76, caso a proposta de incorporação (ou incorporação reversa) da Companhia, ou de suas ações, considere uma relação de troca que atribua valor diferente às ações de emissão da Companhia que sejam de propriedade da Sociedade Holding, e às demais ações de emissão da Companhia, ainda que de espécie ou classe diversas, caso a diferença de valor não se baseie em laudo que considere os diferentes valores econômicos de cada uma das ações com base em critérios objetivamente verificáveis (como o fluxo futuro de dividendos descontado, ou as diversas cotações em mercados organizados),

assim como o julgamento do Processo Administrativo CVM n. RJ 2009/5811, em 28 de julho de 2009, ambos disponíveis na página daquela autarquia na internet.

Mais recentemente, a CVM editou o Parecer de Orientação n. 35/2008, por meio do qual manifesta o entendimento de que, nas operações sujeitas ao artigo 264 da Lei de S/A, as relações de troca e demais condições devem resultar de negociações efetivas e independentes, a fim de demonstrar que os administradores cumpriram com seus deveres fiduciários (arts. 153 a 155 e 245), assegurando um tratamento equitativo para os acionistas minoritários da sociedade em que exercem suas funções.

Para tanto, as principais recomendações da CVM em referido Parecer de Orientação n. 35/2008 são no sentido de que: (i) seja constituído um comitê especial independente em cada uma das sociedades envolvidas, com a atribuição de negociar a operação e submeter suas conclusões ao Conselho de Administração; ou (ii) a operação seja condicionada à aprovação da maioria dos acionistas não controladores, inclusive preferencialistas.

A recente edição dos Pareceres de Orientação ns. 34 e 35 pela CVM indica uma *nova tendência regulatória* daquela autarquia³² em matéria de operações de fusão, incorporação de sociedade ou de ações envolvendo sociedades *sob controle comum*, substituindo uma *estratégia intervencionista*, no âmbito da qual a CVM chegou a proibir a realização de determinada operação de incorporação de sociedade³³, impôs a realização de uma oferta pública de fechamento de capital como condição para a efetivação de uma incorporação de ações de companhia aberta³⁴ e considerou ilícita outra operação da mesma espécie³⁵, por uma *estratégia de legitimação*, permitindo que os acionistas minoritários potencialmente

prejudicados tenham mais informações e possam, até mesmo, ter voz determinante na deliberação da operação³⁶.

REFERÊNCIA

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009**. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/Leis/2009/lei11941.htm>>. Acesso em: 5 nov. 2010.

_____. **Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_ato2004-2006/2005/lei/L11101.htm>. Acesso em: 5 nov. 2010.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 4 nov. 2010.

_____. **Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8884.htm>>. Acesso em: 4 nov. 2010.

_____. **Lei n. 6.385, de 27 de dezembro de 1976**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6385.htm>. Acesso em: 4 nov. 2010.

_____. **Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 4 nov. 2010.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 4 nov. 2010.

CVM. **Parecer de Orientação n. 35/08**. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br>>. Acesso em: 4 nov. 2010.

_____. **Processo de Consulta n. RJ 2006/7204**. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br>>. Acesso em: 4 nov. 2010.

_____. **Processo de Consulta n. RJ 2006/7213.** Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br>>. Acesso em: 4 nov. 2010.

_____. **Processo de Consulta n. RJ 2000/6117.** Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br>>. Acesso em: 4 nov. 2010.

_____. **Processo de Consulta n. RJ 2003/12770.** Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br>>. Acesso em: 4 nov. 2010.

_____. **Processo de Consulta n. RJ 2006/6785.** Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br>>. Acesso em: 4 nov. 2010.

_____. **Processo de Consulta n. RJ 2006/9023.** Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br>>. Acesso em: 4 nov. 2010.

_____. **Processo de Consulta n. RJ 2009/5811.** Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br>>. Acesso em: 4 nov. 2010.

_____. **Deliberação CVM n. 345, de 27 de junho de 2000.** Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br>>. Acesso em: 4 nov. 2010.

_____. **Instrução CVM n. 319 de 03 de dezembro 1999.** Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br>>. Acesso em: 4 nov. 2010.

SIMONSEN, Mario Henrique. **A nova economia brasileira.** São Paulo: José Olympio, 1971.

1 Nas palavras do Prof. Mario Henrique Simonsen, então Ministro da Economia, cargo hoje correspondente ao de Ministro da Fazenda: “Nos últimos anos o governo vem procurando criar um novo modelo de grande empresa privada nacional incentivando as fusões e a formação de conglomerados, numa espécie de imitação do modelo japonês. Embora alguns resultados expressivos tenham sido obtidos, restam ainda dois grandes obstáculos: a) por falta de dispositivos protetores na lei de sociedades anônimas, um bom número de capitalistas se recusa sistematicamente a aceitar as posições minoritárias em empresas. E é claro que pouco se pode esperar em matéria de fusões quando quase todos desejam ser majoritários; b) a maneira mais natural de reunir empresas em um conglomerado consiste em contratá-las através de uma *holding*: acontece que a legislação fiscal brasileira desincentiva claramente a formação de *holdings*; também, certos dispositivos da legislação bancária desestimulam a integração de instituições financeiras em conglomerados” (SIMONSEN, Mario Henrique. **A nova economia brasileira.** Rio de Janeiro: José Olympio, 1971, p. 205 e s.).

2 Entre o Estado brasileiro, a iniciativa privada nacional e empresas estrangeiras.

3 V. Lei n. 6.385/76.

4 Exemplo da política do governo de concessão de estímulos fiscais ao ingresso de companhias no mercado de capitais é a edição do Decreto-lei n. 1.401/76.

5 Entretanto, sem garantir ao minoritário o recebimento do mesmo valor pago por ação vendida pelo antigo controlador, passando-se a exigir o pagamento de preço, no mínimo, igual a 80% daquele valor, nos termos do art. 254-A da Lei de S/A.

6 Art. 4º, § 4º, da Lei de S/A.

7 Arts. 1.142 a 1.149 do Código Civil.

8 Que permitem ao seu titular exercer “influência significativa” sobre a companhia investida, nos termos do art. 243, § 4º, da Lei de S/A, com a redação dada pela Lei n. 11.941/2009.

9 Arts. 265 a 277 da Lei de S/A.

10 Art. 50, II, da Lei n. 11.101/2005 (Lei de Falências e Recuperação de Empresas).

11 Art. 170, IV, da CF/88.

12 Art. 54, § 3º, da Lei n. 8.884/94: “Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a *qualquer forma de concentração econômica*, seja através de *fusão ou incorporação de empresas*, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)” (grifei).

13 “Art. 228. 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.”

14 “Art. 1.119. A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações.”

15 A única operação de fusão relevante de que se tem notícia até o momento é aquela que envolveu a LojasAmericanas.com e o Submarino.com em 2006, dando origem à B2W Companhia Global do Varejo.

16 “Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.”

17 “Art. 1.116. 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.”

[18](#) “Art. 252. A incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira, para convertê-la em subsidiária integral, será submetida à deliberação da assembleia geral das duas companhias mediante protocolo e justificação, nos termos dos artigos 224 e 225.”

[19](#) Prevalece na doutrina o entendimento de que o Protocolo tem natureza contratual. A propósito, a lição de CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 4, t. I, p. 243.

[20](#) Variações essas que, via de regra, são absorvidas pela sociedade incorporadora ou pela sociedade resultante da fusão.

[21](#) Nos termos do artigo 226, § 1º, da Lei de S/A, tais ações ou quotas deverão ser extintas ou substituídas por ações em tesouraria da sociedade incorporadora, desde que atendido, nessa última hipótese, o limite dos lucros acumulados e reservas, exceto a legal.

[22](#) Art. 135 da Lei de S/A.

[23](#) Um exemplo de justificativa para o recebimento de ações de espécie distinta é o ingresso da companhia aberta incorporadora no Novo Mercado da Bolsa de Valores, que, como se sabe, exige que o capital social seja representado exclusivamente por ações ordinárias.

[24](#) Nada impede que no Estatuto Social de companhias fechadas seja estabelecido quórum de maioria qualificada para a aprovação de tais operações (art. 129, § 1º).

[25](#) As consequências de tal previsão legal são bastante danosas para as sociedades envolvidas, que podem ver prejudicados seus legítimos interesses na realização da operação, em benefício exclusivo de um determinado credor. Parece-nos muito mais engenhosa a solução adotada pelo artigo 233, parágrafo único, da Lei de S/A, que permite aos credores da sociedade cindida manifestar sua oposição extrajudicialmente, no prazo de 90 (noventa) dias, acompanhada da justificativa respectiva, o que garante, em relação ao seu crédito, a manutenção das condições vigentes anteriormente à cisão, sem prejudicar os demais interesses envolvidos.

[26](#) Arts. 123 e 124 da Lei de S/A.

[27](#) “Art. 8º (...) § 6º Os avaliadores e o subscritor responderão perante a companhia, os acionistas e terceiros, pelos danos que lhes causarem por culpa ou dolo na avaliação dos bens, sem prejuízo da responsabilidade penal em que tenham incorrido; no caso de bens em condomínio, a responsabilidade dos subscritores é solidária.”

[28](#) Entende-se que os critérios admissíveis para a determinação da relação de substituição de ações, passíveis de serem adotados de forma isolada ou conjunta, são aqueles previstos

no art. 4º, § 4º, da Lei de S/A: patrimônio líquido contábil, patrimônio líquido avaliado a preços de mercado, fluxo de caixa descontado, comparação por múltiplos, cotação das ações no mercado de valores mobiliários ou outro critério aceito pela CVM.

[29](#) Art. 228 da Lei de S/A e 1.120 do Código Civil, em se tratando de sociedades limitadas.

[30](#) V. decisão do Colegiado da CVM no Processo de Consulta RJ n. 2009/7847, de 1º de setembro de 2009, admitindo a utilização de laudo pelo critério do fluxo de caixa descontado, para os fins e efeitos do artigo 264. Vale salientar que o critério adotado para a fixação das relações de troca na operação analisada pela CVM foi o de cotação das ações na Bolsa de Valores.

[31](#) A propósito, v. o art. 115, § 1º, da Lei de S/A.

[32](#) Nesse sentido, v. o voto vencedor do Diretor da CVM, Pedro Oliva Marcílio de Sousa, no julgamento dos Processos de Consulta ns. RJ 2006/7204 e RJ 2006/7213.

[33](#) **Deliberação CVM n. 345, de 27 de junho de 2000.**

[34](#) **Processo CVM n. RJ 2000/6117**, julgado pelo Colegiado em 23 de janeiro de 2001.

[35](#) **Processo CVM n. RJ 2003/12770**, julgado pelo Colegiado em 26 de dezembro de 2003.

[36](#) **Processos CVM ns. RJ 2006/6785, RJ 2006/9023 e RJ 2009/5811**, julgados pelo Colegiado daquela autarquia, respectivamente, em 25 de setembro de 2006, 12 de dezembro de 2006 e 28 de julho de 2009.

8 O TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DO ÁGIO E DOS PREJUÍZOS FISCAIS ACUMULADOS NAS REESTRUTURAÇÕES SOCIETÁRIAS

Alexandre Siciliano Borges

Professor do Programa de Educação Continuada e Especialização em Direito GVlaw; LL.M. em Tributação Internacional pela Universidade de Leiden (Holanda); diretor tributário da Associação Nacional de Executivos de Finanças – ANEFAC sócio do escritório Lacaz Martins, Halembeck, Pereira Neto, Gurevich & Schoueri Advogados.

Eduardo Santos Arruda Madeira

Professor do Programa de Educação Continuada e Especialização em Direito GVlaw; LL.M. em Tributação Internacional pela Universidade de Leiden (Holanda); especialista em Direito Tributário pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e sócio do escritório Lacaz Martins, Halembeck, Pereira Neto, Gurevich & Schoueri Advogados.

8.1 Introdução

Nas reestruturações societárias, a questão tributária possui um papel bastante significativo. As aquisições de empresas são, na maioria das vezes, realizadas com pagamento de ágio (diferença positiva do valor pago em relação à parcela adquirida do patrimônio líquido da sociedade). Também não raro, as empresas adquiridas possuem verdadeiros “ativos tributários”, como prejuízos fiscais acumulados. Tanto o ágio pago como os prejuízos fiscais

acumulados podem e devem ser aproveitados por meio de reestruturações societárias. Porém, é necessário respeitar certas premissas e limites.

Dessa forma, o objetivo deste artigo é analisar essas possibilidades fiscais que podem decorrer de reestruturações societárias, bem como as recentes mudanças de tratamento que tais possibilidades vêm sofrendo nos últimos anos, seja por alterações legislativas, seja por meio de novas interpretações que os tribunais estão dando à matéria.

8.2 Breves considerações sobre o reconhecimento contábil e avaliação dos investimentos societários

O reconhecimento contábil e a avaliação dos investimentos podem ocorrer de dois métodos distintos: (i) custo de aquisição ou (ii) equivalência patrimonial. O conhecimento dessas duas formas é bastante importante até porque, como veremos no item 8.3 a seguir, nos casos em que os investimentos são avaliados pelo método da equivalência patrimonial, a figura do ágio se torna mais importante.

Na primeira hipótese, o investimento não sofre qualquer alteração contábil na investidora. Nessa hipótese, do ponto de vista contábil, não faz diferença se a empresa investida teve lucro ou prejuízo em determinado exercício, por exemplo. Apesar de bem mais simples, tal método não retrata o valor real do investimento na investidora, motivo pelo qual ele pode ser utilizado apenas quando não for considerado relevante.

Já o método da equivalência patrimonial é a forma pela qual o investimento societário em outras pessoas jurídicas é avaliado segundo a participação detida proporcionalmente ao patrimônio líquido contábil da pessoa jurídica investida. Assim, uma participação

societária de 50% no capital total de uma sociedade cujo patrimônio líquido contábil seja de R\$ 1.000 é avaliada na contabilidade da pessoa jurídica investidora por R\$ 500, mesmo que ela tenha pago R\$ 100 ou R\$ 600 no momento da sua aquisição.

A avaliação pelo método da equivalência patrimonial sofre aferições constantes, espelhando as variações no valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica investida. As variações sofridas no valor do investimento societário em decorrência da aplicação do método da equivalência patrimonial têm sua contrapartida contábil registrada na demonstração de resultado da pessoa jurídica investidora e, conseqüentemente, constituem receitas, caso sejam variações positivas, ou despesas, caso negativas. Uma vez computadas no resultado da pessoa jurídica, essas variações no investimento societário afetam diretamente seu lucro líquido. Do ponto de vista tributário, no entanto, diz-se que as variações decorrentes do método da equivalência patrimonial são neutras, ou seja, caso sejam receitas (variações positivas), não são tributadas, e, caso sejam despesas (variações negativas), não são dedutíveis, para fins de composição da base de cálculo do IRPJ e CSLL¹.

A sistemática de reconhecimento contábil dos investimentos societários detidos por uma pessoa jurídica, conforme disposto na Lei n. 6.404/76 ("Lei das Sociedades Anônimas"), sofreu alterações com o advento da Lei n. 11.638, no final de 2007, e da Lei n. 11.941, de 2009.

Tais mudanças ampliaram as situações em que o investimento societário deve ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial e alteraram o conceito de sociedades coligadas. Atualmente, os seguintes investimentos devem ser avaliados pelo método da equivalência patrimonial:

- investimentos em sociedades controladas;

- investimentos em sociedades coligadas;
- investimentos em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo; e
- investimentos em outras sociedades que estejam sob controle comum.

Considera-se sociedade controlada aquela na qual a controladora, diretamente ou por meio de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, permanentemente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

Sociedades coligadas passaram a ser aquelas em que a investidora tenha “influência significativa”, a qual pode ser aferida segundo dois critérios objetivos: (i) quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeiras ou operacionais da investida, sem controlá-la, ou (ii) quando a investidora for titular de 20% ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la (influência significativa presumida).

Em relação aos conceitos de “grupo econômico” e “controle comum”, estes não encontram definição na legislação. O Pronunciamento Técnico CPC n. 05 que trata das transações com partes relacionadas, entretanto, descreve inúmeras situações em que as relações entre a companhia e outras partes têm que receber tratamento específico nas demonstrações contábeis para sinalizar quando as sociedades são consideradas de um mesmo grupo econômico ou tendo controle comum.

8.3 A questão do ágio na aquisição e registro de investimentos

Na aquisição de investimento em sociedade coligada ou controlada avaliada pelo patrimônio líquido, a investidora é obrigada a desmembrar o custo de aquisição entre o valor do patrimônio líquido na época da aquisição e ágio ou deságio².

Além desse desdobramento, no lançamento do ágio ou deságio deve ser indicado o seu fundamento econômico, dentre as seguintes possibilidades: (i) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na contabilidade; (ii) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; (iii) fundo de comércio, intangíveis ou outras razões econômicas. Em relação às hipóteses (i) e (ii), faz-se necessária a comprovação desses fundamentos por meio de demonstração, que deve ser arquivada como comprovante da escrituração.

Para melhor entendimento, vamos supor que determinada empresa (a qual designaremos por "Investidora") adquira 100%³ da participação em outra empresa (a qual designaremos "Investida") e que pague para tanto R\$ 400 mi. Considerando que o patrimônio líquido da investida seja de R\$ 100 mi, a investidora terá pago R\$ 300 mi de ágio, devendo, por conseguinte, indicar o fundamento econômico deste conforme acima.

Nesse ponto, é fundamental registrarmos que a regra geral prescrita é que as contrapartidas à amortização do ágio na aquisição de investimentos não devem ser computadas no cálculo do lucro real, ou seja, a amortização contábil do ágio não deve produzir qualquer efeito fiscal, em princípio⁴. Depois de realizado o desdobramento acima, o valor do ágio (ou deságio) fica, para efeitos tributários, "congelado" até que se realize o próprio investimento.

Na hipótese de, por razões contábeis, o ágio ser amortizado, tal amortização deve ser desconsiderada para fins tributários, ou seja,

ser adicionada ao lucro líquido. Ocorrendo tal adição, o contribuinte controlará o valor do ágio amortizado na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real – LALUR, para apenas reconhecê-lo quando da efetiva realização do investimento⁵.

Portanto, a investidora não pode, em princípio, amortizar fiscalmente o ágio pago pela investida. Todavia, na hipótese de absorção do patrimônio da sociedade adquirida com ágio, mediante fusão, incorporação ou cisão, a legislação estabelece outro tratamento em relação aos ágios fundamentados no valor de mercado de ativos ou expectativa de rentabilidade futura⁶.

8.3.1 Aproveitamento fiscal do ágio quando da incorporação, fusão e cisão

Nas hipóteses de absorção de investimento em virtude de incorporação, fusão ou cisão, o ágio pago com fundamento no valor de mercado de um ativo será registrado em contrapartida à conta do bem ou direito que lhe deu causa e integrará o custo dele para apuração de ganho ou perda de capital, depreciação, amortização ou exaustão.

Admitindo-se, a partir do exemplo acima, que os R\$ 300 mi de ágio foram pagos somente pelo fato de a investida possuir uma única máquina que está subavaliada na sua contabilidade (R\$ 100 mi) e admitindo-se que a investida só tenha esse ativo, se a investidora incorporasse a investida, o valor do ágio deveria ser considerado como se fosse custo da máquina. Com essas premissas, após a incorporação, a investidora poderia vender tal máquina por R\$ 400 mi sem auferir qualquer ganho tributável.

Por outro lado, se admitirmos que a investidora adquiriu a investida pagando um ágio de R\$ 300 mi em função da expectativa de rentabilidade futura que ela possui, no caso de incorporação, o referido ágio, quando amortizado, poderia ser deduzido para fins

tributários à razão máxima de um sessenta avos por mês (ou seja, em no mínimo 5 anos).

No entanto, se o ágio de R\$ 300 mi tiver sido pago com base em fundo de comércio, intangíveis ou outras razões econômicas, no caso de incorporação, a amortização dele não poderá ser deduzida para fins fiscais.

8.4 Mudança no padrão contábil brasileiro e o aproveitamento do ágio

Com a publicação da Lei n. 11.638/2007 e da Lei n. 11.941/2009, foram introduzidas várias modificações na legislação contábil visando moldá-las aos padrões internacionais.

Dentre elas, destacamos uma nova forma de contabilização e amortização do ágio. O responsável pela introdução dessas alterações é, na realidade, o CPC⁷, que emitiu, com base nas normas internacionais de contabilidade (IFRS 3), o Pronunciamento Técnico CPC n. 15 – combinação de negócios, o qual foi aprovado pela CVM na Deliberação n. 580, publicada em 3 de agosto de 2009⁸.

O CPC 15⁹ trata da “combinação de negócios”, a qual é entendida como “uma operação ou outro evento por meio do qual um adquirente obtém o controle de um ou mais negócios, independentemente da forma jurídica da operação”. Estão excluídas desse conceito e, por conseguinte, do escopo do CPC 15, as operações realizadas entre partes relacionadas, que não podem ser consideradas por preço de mercado (*at arm's length*)¹⁰.

O CPC 15 estabelece, no item 11 e seguintes, a regra do “reconhecimento”. De maneira sucinta, todos os ativos identificáveis e os passivos assumidos devem ser reconhecidos no momento da

data da aquisição, podendo a adquirente reconhecer até mesmo ativos e passivos que não tenham sido reconhecidos anteriormente, por exemplo, intangíveis identificáveis.

Ainda mais importante, estabelece o CPC 15, no item 18, que, quando da aquisição de controle de um negócio, a adquirente deve observar a regra da “mensuração”, identificando ativos e passivos pelo seu valor justo¹¹.

Finalmente, além de determinar que na aquisição de controle o adquirente deve avaliar a sua aquisição adotando o “reconhecimento” e a “mensuração”, o CPC 15, no item 32, determina que o valor considerado do ágio por rentabilidade futura será, *grosso modo*, a diferença entre o valor justo do pagamento pelo investimento menos o valor justo dos ativos identificáveis e passivos assumidos¹².

Utilizando as mesmas bases do exemplo do item 8.3, se a investidora comprar 100% da investida por R\$ 400 mi, mesmo considerando que o patrimônio dela seja R\$ 100 mi, a partir do CPC 15, o valor do ágio não necessariamente será de R\$ 300 mi.

Isso porque a investidora deverá primeiro reconhecer e mensurar, pelo valor justo, todos os ativos identificáveis e passivos assumidos da investida. Somente os valores que não puderem ser alocados aos ativos e passivos da adquirida deverão ser reconhecidos como ágio pago por expectativa de rentabilidade futura (ou *goodwill*).

Assim, se o valor justo do patrimônio da investida for R\$ 150 mi, por exemplo, ou porque alguns ativos estejam subavaliados e/ou porque se identificou e se mensurou um novo intangível, a investidora deve reconhecer o investimento por R\$ 150 mi, e ágio de R\$ 250 mi, não mais de R\$ 300 mi.

Vale a pena ressaltar que pelo CPC 15 não existirá mais a figura do ágio fundamentado em outras razões econômicas nem mesmo

ágio justificado pelo valor de mercado de ativos. Registrar o valor de um bem pelo seu valor justo não equivale a reconhecer ágio de mais valia de ativo. A partir da leitura do CPC 15: (i) o valor do ágio será, necessariamente, a diferença entre o valor pago pela aquisição do investimento e o valor justo dele, não seu valor contábil; e (ii) esse ágio será sempre entendido como decorrente de expectativa de rentabilidade futura.

Além disso, o ágio não deve ser mais amortizado, em qualquer caso, tendo em vista que ele possui vida útil indeterminada. Porém, a adquirente deverá testá-lo, de acordo com o Pronunciamento Técnico CPC n. 01 – Redução ao Valor Recuperável de Ativos – *impairment test*.

Tais determinações, parece evidente, são bastante diferentes daquelas dispostas na lei tributária, as quais ainda se encontram em vigor. No nosso exemplo, para fins tributários, sem levar em conta o CPC 15, a investidora reconheceria um ágio de R\$ 300 mi, o qual poderia ser fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, mais-valia de ativos, ou mesmo em outras razões econômicas. No entanto, de acordo com o CPC 15, o ágio na mesma aquisição teria que ser fundamentado em expectativa de rentabilidade futura e poderia ter valor menor, o qual no exemplo acima seria R\$ 250 mi.

As alterações na Lei n. 6.404 que buscam a convergência do padrão contábil brasileiro ao padrão internacional, entretanto, pretendem-se neutras para fins tributários. Fica evidente que determinar que o ágio seja apurado de outra forma e não possibilitar que ele tenha outro fundamento que não a expectativa de rentabilidade futura pode acarretar um impacto fiscal incidental.

Poderia ser sustentado, a nosso ver com razão, que a lei tributária determina que o ágio é a diferença positiva entre o custo de aquisição do investimento e o patrimônio líquido da investida na

época da aquisição, bem como que esse dispositivo de modo algum pode ser considerado revogado por uma norma contábil. Logo, o que o CPC 15 teria feito seria simplesmente reconhecer o "ágio contábil", que pouco teria a ver com aquele definido na lei tributária. Reforça esse entendimento o fato de a lei fiscal possibilitar diferentes justificativas para o ágio, enquanto que o CPC 15 só reconhece o ágio por expectativa de rentabilidade futura.

Porém, se o entendimento for de que há um "ágio tributário" e um "ágio contábil", devemos lembrar que haveria a necessidade de demonstrar também qual é o fundamento econômico da parcela decorrente da diferença entre o valor justo e o valor contábil dos ativos. Por conseguinte, outra questão seria saber se a investidora estaria obrigada a reconhecer essa parcela (no exemplo, R\$ 50 mi) como mais-valia de ativos ou, mesmo a contabilidade demonstrando que o valor justo dos ativos é maior que o contábil, poderia ser entendido que toda a diferença entre o valor pago e o contábil decorre da expectativa de rentabilidade futura, para fins fiscais.

Numa análise inicial, parece ilógico a contabilidade poder reconhecer que os ativos estão subavaliados na contabilidade (ou mesmo reconhecer e mensurar um novo ativo intangível), por exemplo, mas o mesmo valor correspondente ser classificado, para fins fiscais, como ágio cujo fundamento seja expectativa de rentabilidade futura. Por outro lado, poderia ser sustentado que a fundamentação do "ágio tributário" obedece outros critérios. Enquanto o CPC 15 determina que só há ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, poderia ser dito que o "ágio tributário" deve ser classificado de acordo com a motivação real do investidor.

Finalmente, questão de suma importância diz respeito à amortização do ágio, uma vez que o CPC não permite mais que

contabilmente isso ocorra. A amortização contábil do ágio, vale ressaltar, era plenamente possível antes da publicação da Lei n. 11.638. Assim, para que as alterações contábeis introduzidas sejam realmente neutras do ponto de vista tributário, parece-nos que deve ser reconhecida como despesa dedutível a amortização de ágio registrado somente para fins fiscais.

8.5 A incorporação reversa e a questão dos prejuízos fiscais acumulados

Para o aproveitamento fiscal do ágio, com vimos no item 8.3.1, dentre outras condições, o investimento deve ser liquidado, sendo que uma das formas para isso acontecer é a incorporação.

No entanto, a hipótese de incorporação direta (*up stream merger*), na qual a investidora incorpora a investida, não raro pode trazer problemas operacionais. Quando uma empresa é incorporada, embora a incorporadora seja sucessora em relação aos direitos e obrigações, ela é extinta, deixando de existir no mundo jurídico. Como consequência, na maior parte dos casos, os registros, licenças, alvarás precisam ser renovados ou solicitados novamente, os contratos da investida precisam ser aditados, entre outras complicações. Em resumo, há uma série de obrigações de *compliance* a serem feitas que, a depender do tamanho da empresa, torna a incorporação direta inviável.

Além dos aspectos acima apontados, como a investida é normalmente uma empresa operacional, é possível que ela tenha prejuízo fiscal acumulado, o qual se perde na incorporação direta.

Os prejuízos fiscais apurados a partir de 1995 são considerados imprescritíveis, podendo ser utilizados à opção do contribuinte submetido ao regime do lucro real, desde que sejam respeitados os

limites legais: em cada período de apuração do lucro real (anual ou trimestral), somente 30% do lucro líquido ajustado pode ser compensado com prejuízos fiscais apurados em exercícios anteriores, limite normalmente chamado de “trava de 30%”¹³.

O prejuízo fiscal acumulado, portanto, pode ser considerado um verdadeiro “ativo” da empresa, uma vez que ele é capaz de reduzir sensivelmente a base tributária para pagamento de IRPJ e CSLL. Porém, o aproveitamento dele sofre uma sensível limitação, fazendo com que, não raro, o prejuízo de um ano específico seja aproveitado em diversos exercícios.

Ocorre que, na situação de incorporação direta, caso a investida/incorporada possua prejuízos acumulados, estes não podem ser compensados com os lucros auferidos pela incorporadora. Na verdade, a investida, quando da incorporação, precisa levantar balanço e entregar as declarações pertinentes, de modo que ocorra a antecipação do encerramento do período-base de apuração do IRPJ e CSLL. Dessa forma, os prejuízos fiscais acumulados que não são aproveitados nesse momento são perdidos com a extinção da pessoa jurídica Investida¹⁴.

Assim, para evitar a perda do prejuízo fiscal acumulado, uma solução possível é a incorporação reversa, ou às avessas (*down stream merger*). Nessa situação, a empresa incorporada, e portanto extinta, é a empresa investidora. Como a investidora normalmente é uma *holding* pura, ela não tem os problemas de *compliance* mencionados.

Vale mencionarmos que as mesmas regras fiscais a respeito da amortização do ágio na hipótese de incorporação direta seriam aplicáveis na hipótese de estarmos diante de incorporação reversa¹⁵.

8.6 Planejamento tributário e seus limites

Como vimos ao longo deste trabalho, é possível que em reestruturações societárias nada complexas seja possível se aproveitar de benefícios tributários que possam ser bastante relevantes. No entanto, deve-se ter em mente o risco da reestruturação societária ser desconsiderada pelas autoridades fiscais.

Não cabe, neste momento, explorarmos os pormenores de todas as teorias que versam sobre o tema dos planejamentos tributários e seus limites. Porém, é fundamental ter em mente que, se antes era exigido que se comprovasse a simulação para que se desconsiderassem os efeitos tributários de determinada operação¹⁶, hoje as autoridades fiscais estão desconsiderando os efeitos fiscais de operações, ainda que não simuladas, realizadas com o único intuito de economizar tributos.

Ou seja, embora discutível, se numa operação faltar qualquer propósito negocial ou comercial (*business purpose*), sendo seu objetivo exclusivamente a economia de tributos, ela poderá ser considerada abusiva pelas autoridades fiscais. O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF (antigo “Conselho de Contribuintes”) tem-se manifestado, reiteradamente, sobre a necessidade de propósito negocial em operações que gerem economia fiscal.

Em uma decisão recente, a 3ª Câmara, do 1º Conselho de Contribuintes, desconsiderou o aproveitamento fiscal do ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, pois, no referido caso, foi constituída uma empresa veículo, após a aquisição do investimento com ágio, somente para a posterior incorporação e aproveitamento das vantagens fiscais decorrentes, nitidamente sem qualquer outro propósito negocial:

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE “EMPRESA VEÍCULO”. Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade comercial ou societária, especialmente quando a incorporada teve o seu capital integralizado com o investimento originário de aquisição de participação societária da incorporadora (ágio) e, ato contínuo, o evento da incorporação ocorreu no dia seguinte. Nestes casos, resta caracterizada a utilização da incorporada como mera “empresa veículo” para transferência do ágio à incorporadora. (Acórdão n. 103-23.290, de 05 de dezembro de 2007.)

Em relação à incorporação para aproveitamento de prejuízos fiscais, destacamos abaixo ementa de recente decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. No caso analisado por esta corte, ficou evidenciado que a verdadeira incorporadora era a empresa lucrativa formalmente incorporada, o que levou os julgadores a considerar irregular a utilização de prejuízo fiscal:

PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. INAPLICABILIDADE. INCORPORAÇÃO. APROVEITAMENTO DE PREJUÍZOS. REDUÇÃO DA CSSL DEVIDA. SIMULAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 98/STJ.

1. Hipótese em que se discute compensação de prejuízos para fins de redução da Contribuição Social sobre Lucro Líquido – CSSL devida pela contribuinte. 2. A empresa Supremo Industrial e Comercial Ltda. formalmente incorporou Suprarroz S/A (posteriormente incorporada pela recorrente). Aquela acumulava prejuízos (era deficitária, segundo o TRF), enquanto esta era empresa financeiramente saudável. 3. O Tribunal de origem entendeu que houve simulação, *pois, em realidade*, foi a Suprarroz que incorporou a Supremo. A distinção é relevante, pois, neste caso (incorporação da Supremo pela Suprarroz), seria impossível a compensação de prejuízos realizada, nos termos do art. 33 do DL 2.341/1987. 4. A solução integral da lide, com fundamento

suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 5. Não há controvérsia quanto à legislação federal. 6. A contribuinte concorda que a incorporadora não pode compensar prejuízos acumulados pela incorporada, para reduzir a base de cálculo da CSSL, nos termos do art. 33 do DL 2.341/1987. Defende que a empresa com prejuízos acumulados (Supremo) é, efetivamente, a incorporadora. 7. O Tribunal de origem, por seu turno, não afasta a possibilidade, em tese, de uma empresa deficitária incorporar entidade financeiramente sólida. Apenas, ao apreciar as peculiaridades do caso concreto, entendeu que isso não ocorreu. 8. Tampouco se discute que, em caso de simulação, “é nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma” (art. 167, *caput*, do CC). 9. A regularidade formal da incorporação também é reconhecida pelo TRF. 10. *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.* 11. *Para chegar à conclusão de que houve simulação, o Tribunal de origem apreciou cuidadosa e aprofundadamente os balanços e demonstrativos de Supremo e Suprarroz, a configuração societária superveniente, a composição do conselho de administração e as operações comerciais realizadas pela empresa resultante da incorporação.* Concluiu, peremptoriamente, pela inviabilidade econômica da operação simulada. (...) 14. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 946707/RS. Segunda Turma, publicado em 31 de agosto de 2009.) (grifo nosso)

Portanto, no caso de incorporação, é fundamental que a empresa incorporada seja, de fato, aquela que deixará de existir no mundo jurídico. Além disso, torna-se de grande relevância, para evitar esse possível raciocínio pelas autoridades fiscais (o qual acarretaria a desconsideração dos efeitos tributários gerados pelas estruturas erigidas), que fique claro, nas reestruturações societárias que trazem consigo esses benefícios fiscais, um propósito comercial que não seja apenas a economia tributária.

Não se quer dizer com isso que uma reestruturação societária não possa acarretar economia tributária, pelo contrário. Porém, é importante que ela não seja realizada apenas com esse intuito.

Ressalte-se que, em regra, as decisões do CARF reconhecem o permissivo legal de se utilizar a incorporação societária como instrumento para se amortizar o ágio para fins fiscais. Vale mencionar que no caso anterior foi constituída uma empresa veículo (“*holding* pura”) após a aquisição do investimento com ágio. Ou seja, a empresa que adquiriu o investimento não foi aquela que participou do evento de incorporação com a investida. Além disso, tal incorporação ocorreu no dia seguinte à integralização, na empresa veículo, da participação societária adquirida. Nesse caso, entenderam os julgadores que era evidente a inexistência de qualquer razão econômica senão o aproveitamento fiscal do ágio.

Abaixo, citamos acórdão do CARF no qual se decidiu que, quando a aquisição for regular e houver posterior incorporação, o ágio pode ser aproveitado fiscalmente:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. AQUISIÇÃO REGULAR DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. INCORPORAÇÃO DE ATIVOS. A compra de participações societárias com ágio e a posterior incorporação da investida, quando regular e tendo por finalidade a utilização dos ativos na atividade da empresa, ainda que implique em amortização do ágio, legalmente autorizado, não pode ser desconsiderada pela fiscalização. (1º Conselho de Contribuintes, 8ª Câmara, Acórdão n. 108-09.529, j. 23-1-2008.)

Em relação ao aproveitamento do prejuízo fiscal após uma incorporação às avessas, vejamos também, nesse sentido, julgado em que não se concluiu pela simulação, pois a operação, além de gerar economia tributária, tinha como escopo a busca pela melhor eficiência das operações praticadas:

IRPJ – INCORPORAÇÃO ÀS AVESSAS – GLOSA DE PREJUÍZOS – IMPROCEDÊNCIA – A denominada “incorporação às avessas”, não proibida pelo ordenamento, realizada entre empresas operativas e que sempre estiveram sob controle comum, não pode ser tipificada como operação simulada ou abusiva, *mormente quando, a par da inegável intenção de não perda de prejuízos fiscais acumulados, teve por escopo a busca de melhor eficiência das operações entre ambas praticadas.* (1^o Conselho de Contribuintes, 7^a Câmara, Acórdão n. 107-07.596, j. 14-4-2004.) (grifo nosso)

Não se pode negar o fato de que há julgados do antigo Conselho de Contribuintes no sentido de desconsiderar operações em que se demonstre que o único intuito foi a economia tributária. No entanto, o risco de uma reestruturação societária que traga benefícios fiscais ser contestada pelas autoridades será menor e, do mesmo modo, serão maiores as chances de defesa numa eventual autuação, caso seja demonstrada justificativa econômica (*business purpose*) para tanto, que não a mera economia de tributos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto n. 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3000.htm>. Acesso em: 8 nov. 2010.

_____. Lei n. 6.385, de 27 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6385.htm>. Acesso em: 4 nov. 2010.

_____. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 4 nov. 2010.

COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTABÉIS. Pronunciamento Técnico CPC 15. Disponível em: <http://www.cpc.org.br/pdf/CPC_15.pdf>.

Acesso em: 8 nov. 2010.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS. Acórdão n. 107-07.596. J. 14-4-2004. 7ª Câmara. Disponível em: <<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudencia.jsf>>. Acesso em: 8 nov. 2010.

_____. Acórdão n. 108-09.529. J. 23-1-2008. 8ª Câmara. Disponível em: <<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudencia.jsf>>. Acesso em: 8 nov. 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 646.707/RS. Segunda Turma. Relator: Herman Benjamin. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=946707+&b=ACOR>. Acesso em: 8 nov. 2010.

OFICINAS – ESTUDOS DE CASO

OFICINA V – Caso Holding Voar S/A

Fusão e incorporação

- Principais características das operações de fusão, incorporação de sociedade e incorporação de ações
- Aspectos tributários envolvidos em tais operações

Conceitos fundamentais trabalhados na Oficina

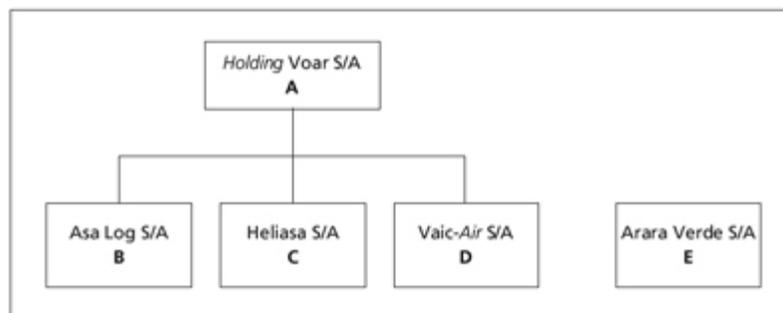
- Direito Societário
 - Modalidades de concentração empresarial: (i) aquisição de ações/quotas ou estabelecimento empresarial; (ii) conferência de bens ou direitos ao capital e *drop down*; (iii) fusão; (iv) incorporação de sociedade e (v) incorporação de ações
 - Conceito, disciplina jurídica, diferenças e similaridades entre as operações de fusão, incorporação de sociedade e incorporação de ações (constituição de subsidiária integral)
 - Procedimento, protocolo, justificativa, avaliação, fixação da relação de troca, direito de recesso e direitos dos credores em tais operações
 - Normas da CVM sobre fusão e incorporação envolvendo companhia aberta (Instrução CVM n. 319/1999, alterada pelas Instruções ns. 320/99 e 349/01)

- Particularidades da incorporação envolvendo sociedades sob controle comum (art. 264 da Lei n. 6.404/76)
- Conflitos de interesses e impedimento de voto/Parecer de Orientação CVM n. 34/2006 e Edital de Audiência Pública CVM n. 02/2008
- Repercussões concorrenciais (CADE)
- Razões pelas quais a fusão é pouco utilizada no Brasil (ver caso Americanas: foi mesmo fusão? Razões tributárias? Burocráticas?)
- Direito Tributário e Contabilidade
 - Conceito de ágio em decorrência de operações de fusão e incorporação, pressupostos e procedimento de amortização
 - Incorporação às avessas, compensação de prejuízos fiscais, necessidade de propósito negocial, simulação, dissimulação e negócio indireto
 - Repercussões contábeis e tributárias (ágio) do novo parágrafo terceiro acrescentado pela Lei n. 11.638/2007 ao art. 226 da Lei n. 6.404/76

Caso I – Expansão dos negócios da *Holding Voar S/A*

A Arara Verde S/A, empresa da família Souza e Silva, atua no segmento de transporte rodoviário de cargas pesadas, no qual é líder nas Regiões Sul e Sudeste do País, sendo titular da marca “AVTrans”, amplamente reconhecida e valorizada no mercado.

O Grupo Voar é controlado pela *Holding Voar S/A*, que possui as seguintes subsidiárias integrais, todas sociedades operacionais: (i) AsaLog S/A, atuante no setor de transporte rodoviário de cargas leves e *courier*; (ii) Heliasa Ltda., especializada no segmento de taxi aéreo, e; (iii) *Vaic-Air S/A*, responsável pelo transporte comercial de passageiros.



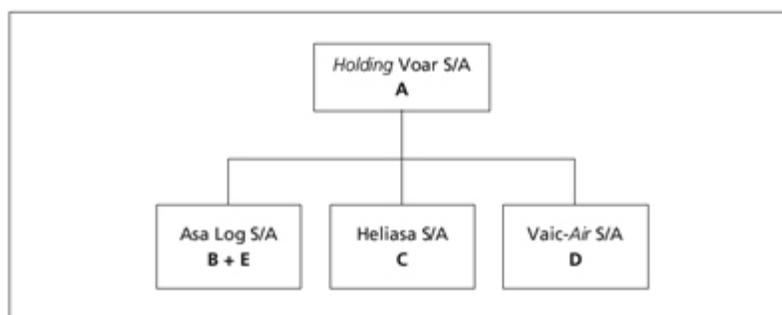
Com o propósito de expandir suas atividades, ingressando no segmento de cargas pesadas, o Grupo Voar decide adquirir a empresa Arara Verde S/A, líder do setor nas regiões Sul e Sudeste do País.

Arara Verde, em seu Balanço Patrimonial recém-divulgado (Anexo I), apresentou um patrimônio líquido de R\$ 132,5 milhões, sendo que, para fins de alienação, foi avaliada, pelo método de fluxo de caixa descontado, em R\$ 200 milhões.

Já o patrimônio líquido da Asa Log S/A, indicado no seu Balanço Patrimonial (Anexo II), corresponde a R\$ 350 milhões, sendo que, de acordo com a avaliação de suas perspectivas de rentabilidade, vale R\$ 400 milhões.

Considerando que (i) nenhuma das sociedades do Grupo Voar possui disponibilidades financeiras suficientes para adquirir as ações de controle de Arara Verde S/A; e que (ii) as altas taxas de juros bancários fazem com que não seja conveniente para o Grupo a contratação de empréstimos para tal finalidade, responda às seguintes perguntas, considerando as diferentes alternativas apresentadas:

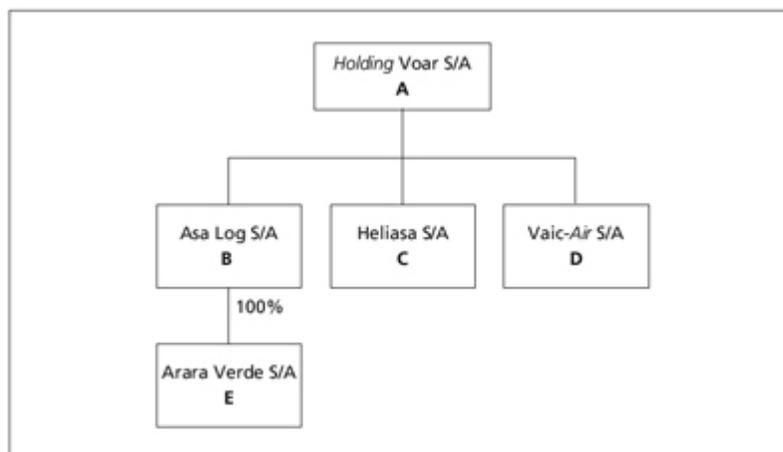
1) Supondo que a Asa Log S/A (“B”) venha a incorporar a sociedade Arara Verde S/A (“E”), resultando no seguinte organograma:



Questionam-se:

- Como ficará o Balanço Patrimonial da Asa Log S/A (“B”) após a incorporação (apesar de nenhuma das companhias ser de capital fechado, considere o disposto na instrução CVM n. 319/1999, alterada pelas instruções ns. 320/99 e 349/2001)?
- Quais as formalidades da Lei n. 6.404/76 a serem observadas na operação? As exigências do art. 264 serão aplicáveis?
- Considerando que a relação de troca das ações na incorporação será fixada com base nas perspectivas de rentabilidade das sociedades envolvidas, indique quais as consequências tributárias da incorporação, no que se refere à eventual existência de ganho de capital¹⁷ para os acionistas e ágio para as sociedades (previsto no art. 385 do RIR/99).

2) Supondo que a Asa Log S/A (“B”) venha a incorporar as ações de emissão da sociedade Arara Verde S/A (“E”), a fim de transformá-la em sua subsidiária integral, resultando no seguinte organograma:



Questionam-se:

- a) Como ficará o Balanço Patrimonial da Asa Log S/A (“B”) após a incorporação de ações (apesar de nenhuma das companhias ser de capital fechado, considere o disposto na instrução CVM n. 319/1999, alterada pelas instruções ns. 320/99 e 349/2001)?
- b) Quais as formalidades da Lei n. 6.404/76 a serem observadas na operação? As exigências do art. 264 serão aplicáveis?
- c) Considerando que a relação de troca das ações na incorporação de ações será fixada com base nas perspectivas de rentabilidade das sociedades envolvidas, indique quais as consequências tributárias da incorporação, no que se refere à eventual existência de ganho de capital¹⁸ para os acionistas e ágio para as sociedades (previsto no art. 385 do RIR/99).
- d) Considere que a relação de substituição das ações na incorporação de ações de emissão da Arara Verde S/A (“E”) pela Asa Log S/A (“A”) tivesse sido calculada com base no valor dos patrimônios líquidos contábeis das sociedades respectivas. Considere, ainda, que, imediatamente após a incorporação de ações, a Asa Log S/A (“B”) viesse a incorporar a sociedade Arara Verde S/A (“E”), sendo que, dessa vez, as relações de substituição teriam sido calculadas com base nas perspectivas de rentabilidade de ambas as sociedades. O art. 264 da Lei n. 6.404/76 seria aplicável a essa incorporação? A incorporação de sociedade, ocorrida após a incorporação das ações, geraria ágio? Tal ágio, se existente, como seria contabilizado? Ensejaria algum benefício fiscal? Como? Para qual(is) empresa(s)? Essa sequência de operações acarretaria que espécie de riscos perante o Fisco Federal?

Caso II – Incorporação às avessas, compensação de prejuízos fiscais e propósito negocial

Considere a incorporação da Arara Verde S/A (“E”) pela Asa Log S/A (“B”) e suponha, ainda, que a sociedade incorporadora acusava prejuízos e, inclusive, estava inativa, enquanto que a incorporada, de sua parte, vinha apresentando consistente histórico de lucros. Após a operação, a incorporadora passou a explorar exatamente as mesmas atividades indicadas no objeto social da incorporada, transferiu sua sede para o imóvel onde se localizava a sede da incorporada, nomeou como seus os Diretores da incorporada e assumiu todos os contratos de trabalho dos empregados da incorporada.

Em 2008, um Auditor Fiscal da Receita Federal esteve presente no estabelecimento e lavrou auto de infração com o seguinte fundamento:

“Houve simulação na incorporação levada a efeito, visto que, em condições normais, seria Arara Verde S/A a incorporadora e Asa Log S/A a incorporada. A adoção da chamada ‘incorporação às avessas’ se deu com o mero propósito de propiciar a compensação de prejuízos fiscais.”

A sociedade autuada recorreu administrativamente da autuação alegando, com base em precedente do Conselho de Contribuintes (Acórdão n. CSRF/01-01.874), que não há nada “que limite a incorporação aos casos em que a sociedade incorporadora seja maior que a incorporada, econômica, patrimonialmente, ou segundo qualquer outro indicador que se use para medir a grandeza das sociedades envolvidas na incorporação”, tratando-se, portanto, de operação plenamente lícita, seja sob o aspecto tributário (não há vedação da lei tributária), seja sob o aspecto societário (além de não existir vedação, há ampla regulamentação da CVM relativa à “incorporação às avessas”).

Questões:

1) Explicar a operação levada a efeito, sob o ponto de vista do interesse tributário das empresas, levando-se em consideração o art. 514 do RIR.

2) Assiste razão ao contribuinte? Todos os casos de incorporação às avessas caracterizam simulação? Caso entenda pela negativa e considerando os fatos narrados nesta Oficina, descreva uma operação hipotética em que a operação seria mais consistente, no intuito de evitar uma autuação.

Material de Apoio

Anexo I: Balanço Patrimonial da Arara Verde S/A.

Anexo II: Balanço Patrimonial da Asa Log S/A.

Anexo III: STJ, Recurso Especial n. 38.645-4/MG, Rel. Min. Cláudio Santos, j. 6-2-1996, v.u.

Anexo IV: TJSP, Apelação n. 63.787-1, Rel. Des. Renan Lotufo, j. 26-8-1986.

Bibliografia Básica

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis n. 9.457, de 5 de maio de 1997, e n. 10.303, de 31 de outubro de 2001. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.

HIGUCHI, Hiromi e outros. **Imposto de renda das empresas**: interpretação e prática. São Paulo: IR Publicações, 2008, capítulos 30, 31, 37 e 39.

MUNIZ, Ian; BRANCO, Adriano Castello. **Fusões e aquisições**: aspectos fiscais e societários. São Paulo, Quartier Latin, 2007.

Bibliografia Complementar

CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). **Reorganização societária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GRECO, Marco Aurélio. Planejamento tributário: nem tanto ao Mar, nem tanto à Terra. *In*: **Grandes questões atuais do direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 325 a 335.

Legislação e Normas Aplicáveis¹⁹

Legislação Ordinária Federal (disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>).

Lei de S/A (Lei n. 6.404/76): arts. 223 a 228, 230 a 232, 248, 251 a 253, 264.

Lei n. 8.884/94: art. 54.

Lei n. 9.430/95: art. 1º, inciso I.

Lei n. 9.249/95: art. 21.

Lei n. 9.065/95: arts. 15 e 16.

Lei n. 9.532/97, alterada pela Lei n. 9.718/98: art. 7º.

Lei n. 9.959/2000: arts. 4º e 5º.

Regulamento do Imposto sobre a Renda – RIR (Decreto n. 3.000/99): arts. 384 a 387, 430, 440, 441 e 514.

Normas da Comissão de Valores Mobiliários – CVM (disponíveis em: <<http://www.cvm.gov.br>>, no *link* Legislação e Regulamentação).

Instrução CVM n. 319, de 3 de dezembro de 1999, com as alterações introduzidas pelas Instruções CVM ns. 320/99 e 349/2001.

Instrução CVM n. 247, de 27 de março de 1996, com as alterações introduzidas pelas Instruções CVM n. 269/97, 285/98, 464/2008 e 469/2008.

Anexo I – Balanço Patrimonial da Arara Verde (em milhares)

| Balço Patrimonial – Arara Verde S/A (em milhares) | | | |
|--|-------------------|-------------------------------|-------------------|
| 31-12-2008 | | 31-12-2008 | |
| ATIVO | | PASSIVO | |
| Circulante | | Corrente | |
| Caixa | 4.657,00 | Contas a Pagar | 20.000,00 |
| Aplicações Financeiras | 1.000,00 | Notas Promissórias a Pagar | 2.000,00 |
| Estoque | 10.236,00 | Outros Passivos Circulantes | 500,00 |
| Contas a Receber | 5.207,00 | | |
| Outros Ativos Circulantes | 1.900,00 | | |
| <i>Total</i> | <i>23.000,00</i> | <i>Total</i> | <i>22.500,00</i> |
| Longo Prazo | | Exigível a Longo Prazo | |
| Clientes | 2.000,00 | Obrigações de longo prazo | 10.000,00 |
| <i>Total</i> | <i>2.000,00</i> | <i>Total</i> | <i>10.000,00</i> |
| Permanente | | Patrimônio Líquido | |
| Imobilizado | | Capital Social Integralizado | 120.000,00 |
| Edifícios e equipamentos | 140.000,00 | Reserva de Capital | 10.000,00 |
| Investimentos | 0,00 | Lucros Acumulados | 2.500,00 |
| <i>Total</i> | <i>140.000,00</i> | <i>Total</i> | <i>132.500,00</i> |
| Ativos | 165.000,00 | Passivo + PL | 165.000,00 |

Anexo II – Balço Patrimonial da Asa Log (em milhares)

| Balço Patrimonial – Asa Log S/A (em milhares) | | | |
|--|-------------------|-------------------------------|-------------------|
| 31-12-2008 | | 31-12-2008 | |
| ATIVO | | PASSIVO | |
| Circulante | | Corrente | |
| Caixa | 30.000,00 | Contas a Pagar | 25.000,00 |
| Aplicações Financeiras | 5.000,00 | Notas Promissórias a Pagar | 10.000,00 |
| Estoque | 40.000,00 | Outros Passivos Circulantes | 5.000,00 |
| Contas a Receber | 20.000,00 | | |
| Outros Ativos Circulantes | 30.000,00 | | |
| <i>Total</i> | <i>125.000,00</i> | <i>Total</i> | <i>40.000,00</i> |
| Longo Prazo | | Exigível a Longo Prazo | |
| Clientes | 50.000,00 | Obrigações de longo prazo | 60.000,00 |
| <i>Total</i> | <i>50.000,00</i> | <i>Total</i> | <i>60.000,00</i> |
| Permanente | | Patrimônio Líquido | |
| Imobilizado | | Capital Social Integralizado | 300.000,00 |
| Edifícios e equipamentos | 275.000,00 | Reserva de Capital | 30.000,00 |
| Investimentos | 0,00 | Lucros Acumulados | 20.000,00 |
| Diferido | 0,00 | | |
| <i>Total</i> | <i>275.000,00</i> | <i>Total</i> | <i>350.000,00</i> |
| Ativos | 450.000,00 | Passivo + PL | 450.000,00 |

1 A neutralidade tributária do resultado de equivalência patrimonial não se aplica caso o investimento societário seja detido em pessoa jurídica situada no exterior.

2 Art. 385 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR: O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá,

por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em: I – valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e II – ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o inciso anterior.

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico: 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.

§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

3 Consideraremos a aquisição de 100% apenas para fins didáticos. Uma sociedade não pode, como regra, ter apenas um único sócio.

4 Art. 391 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR: As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426.

Parágrafo único. Concomitantemente com a amortização, na escrituração comercial, do ágio ou deságio a que se refere este artigo, será mantido controle, no LALUR, para efeito de determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento.

5 Art. 426 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR: O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido, será a soma algébrica dos seguintes valores: I – valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte; II – ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real; III – provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior.

6 Art. 386 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR: 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: I – deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do § 2º do artigo anterior, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa; II – deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso III do § 2º do artigo anterior, 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 anterior, 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 anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração. (...)

7 A Lei n. 11.638 introduziu o art. 10-A na Lei n. 6.385, o qual permitiu que fosse criado órgão para enunciar as normas de convergência da contabilidade brasileira ao padrão internacional, as quais seriam seguidas pela CVM, Banco Central e demais agências reguladoras. Com isso, foi criado o CPC, o qual conta com a participação da Abrasca – Associação Brasileira das Companhias Abertas, Apimec – Associação dos Analistas e Profissionais de Investimento do Mercado de Capitais, BM&FBovespa, CFC – Conselho Federal de Contabilidade, Fipecafi – Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras e Ibracon – Instituto dos Auditores Independentes do Brasil.

8 As empresas consideradas de pequeno e médio porte não estão obrigadas a seguir as determinações do Pronunciamento Técnico CPC n. 15, mas, sim, o Pronunciamento Técnico PME – Contabilidade para Pequenas e Médias Empresas. Diferentemente do que ocorre para as outras empresas, como será visto adiante, para pequenas e médias empresas o ágio pago continua podendo ser amortizado contabilmente considerando sua vida útil estimada.

9 Para facilitar, designaremos o Pronunciamento Técnico CPC n. 15 simplesmente por “CPC 15”.

10 No apêndice B, do CPC 15, há mais detalhes sobre a aplicação do pronunciamento, mas, *grosso modo*, estão fora do escopo “combinação de negócios em que todas as entidades ou negócios da combinação são controlados pela mesma parte ou partes, antes e depois da combinação de negócios, e esse controle não é transitório”.

11 Valor justo de um ativo é definido pelo CPC 15 como: “valor pelo qual um ativo pode ser negociado entre partes interessadas, conhecedoras do negócio e independentes entre si,

com ausência de fatores que pressionem para a liquidação da transação ou que caracterizem uma transação compulsória”.

[12](#) 32. O adquirente deve reconhecer o ágio por rentabilidade futura (*goodwill*), na data da aquisição, mensurado como o valor em que (a) exceder (b) abaixo: (a) a soma: (i) da contraprestação transferida em troca do controle da adquirida, mensurada de acordo com este Pronunciamento, para a qual geralmente se exige o valor justo na data da aquisição (veja item 37); (ii) do valor das participações de não controladores na adquirida, mensuradas de acordo com este Pronunciamento; e (iii) no caso de combinação de negócios realizada em estágios (veja itens 41 e 42), o valor justo, na data da aquisição, da participação do adquirente na adquirida imediatamente antes da combinação; (b) o valor líquido, na data da aquisição, dos ativos identificáveis adquiridos e dos passivos assumidos, mensurados de acordo com este Pronunciamento.

[13](#) O aproveitamento fiscal de bases negativas de CSLL possui a mesma restrição, ou seja, somente 30% do lucro líquido ajustado sujeito à CSLL podem ser compensados.

[14](#) Art. 514 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR: A pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão não poderá compensar os prejuízos fiscais da sucedida.

[15](#) Art. 386, § 6º, II, do Regulamento do Imposto de Renda – RIR: O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando: (...) II – a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

[16](#) Era necessário o Fisco provar que o contribuinte declarou um negócio jurídico que, de fato, não existiu, ou não produziu efeitos; tal negócio só existiria na aparência, a fim de acobertar determinada situação de fato, esta sim produtora de efeitos.

[17](#) Considere que as ações foram registradas na Declaração de Imposto de Renda por seu valor patrimonial contábil.

[18](#) Considere que as ações foram registradas na Declaração de Imposto de Renda por seu valor patrimonial contábil.

[19](#) A indicação de legislação não exclui eventual necessidade de o aluno pesquisar outros veículos normativos que entenda cabíveis, devendo, ainda, estar atento às constantes atualizações sobre o tema.

9 CISÃO DE EMPRESAS COMO ESTRATÉGIA EM REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS

Alessandra Gobetti Vieira Coelho

Especialista em Direito Societário pelo Programa de Educação Continuada e Especialização em Direito GVlaw; graduada pela Universidade Católica de Santos e advogada sênior da Pompeu, Longo, Kignel & Cipullo Advogados.

9.1 Operação de cisão sob a ótica societária

9.1.1 Introdução

O grande desafio do empresário no mundo globalizado de hoje é conquistar o mercado, sendo mais produtivo e competitivo, agindo com mais eficiência para obter resultados mais eficazes, evitando, contudo, ferir a segurança jurídica nas relações comerciais. Entretanto, as empresas nem sempre estão preparadas para esse fim e para tanto acabam recorrendo às reestruturações societárias, buscando assim a eficiência que o mercado exige.

Temos, como exemplo típico, o caso apresentado na Oficina VI do Capítulo 11 deste livro, que enuncia a necessidade de uma sociedade (MDI Ltda. – “MDI”) em unir esforços com outra sociedade (ABC S.A. – “ABC”) para obter um resultado mais eficiente perante o mercado, na execução de um empreendimento imobiliário em que uma é detentora da titularidade do imóvel, mas necessita se aliar à *expertise* da outra para maximizar o resultado de tal empreendimento imobiliário.

Para tanto, o ordenamento jurídico nos disponibiliza algumas formas técnicas de reestruturação societária, dentre as quais a cisão,

que nada mais é que uma técnica de concentração visando à adaptação das empresas no mercado globalizado.

A disciplina jurídica referente às operações de cisão encontra-se respaldada na Lei n. 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações), atualizada recentemente pela Lei n. 11.638/2007 e pelo Código Civil (Lei n. 10.406/2002). Relativamente à cisão, cabe aduzir que o Código Civil em nada disciplina a sua forma conceitual e estrutural, regulando apenas os direitos dos credores da sociedade cindida, sendo, portanto, aplicáveis as regras previstas na Lei das Sociedades por Ações para a cisão de qualquer tipo societário, exceto no que respeita aos direitos dos credores.

Cabe esclarecer que a abordagem feita no presente limita-se à cisão, na medida em que esta é apresentada na oficina como sugestão de estratégia para a reestruturação societária, sendo a intenção não tratar a cisão como a melhor ou a única estrutura a ser adotada para o caso em análise ou em casos similares, mas tão somente trazer elementos ao leitor, sob o aspecto societário, que o auxiliem na análise do caso, sob o aspecto da cisão.

9.2 Conceito e finalidade das operações de cisão sob a ótica societária

Inicialmente, cumpre-nos trazer o conceito técnico de cisão, entendido como negócio jurídico plurilateral pelo qual a sociedade cindida transfere uma parcela ou a integralidade do seu patrimônio para uma ou, mais sociedades. As sociedades receptoras do patrimônio cindido poderão ter sido constituídas para acomodar tal propósito, ou, ainda, poderão ser preexistentes à operação da cisão, dependendo da motivação que alberga tal reestruturação societária.

Em decorrência da cisão, a sociedade cindida será extinta, sendo suas quotas ou ações, conforme o caso, canceladas, caso haja versão da totalidade do seu patrimônio, ou, ainda, terá seu capital social reduzido, na proporção da parcela do seu patrimônio cindido, em caso de ser parcial a cisão.

Em retribuição às quotas ou ações canceladas, os sócios da sociedade cindida receberão quotas ou ações da(s) sociedade(s) receptora(s) na proporção do patrimônio vertido e respeitadas as participações societárias detidas na sociedade cindida.

Assim, do conceito extraído do artigo 229¹ da Lei das Sociedades por Ações, temos que a cisão de uma sociedade pode ser total ou parcial, sendo a parcela do patrimônio cindido absorvido por uma nova empresa, nascida da operação de cisão, ou ainda por uma empresa já existente, tendo como consequência direta para a sociedade cindida a sua extinção ou a redução do seu capital social; e, para seus respectivos sócios, a participação direta na(s) sociedade(s) receptora(s) do patrimônio cindido.

Feitas tais considerações, temos que a cisão pode ter como finalidade (i) acomodar os interesses individuais dos sócios ou acionistas (exemplo: divergência entre os sócios na realização de um novo investimento); e/ou (ii) ser uma estratégia operacional das sociedades envolvidas para sua racionalização ou expansão, objetivando maior produtividade e competitividade (exemplo: o caso apresentado na oficina em que há o interesse de as sociedades envolvidas realizarem o empreendimento imobiliário de forma mais eficiente e eficaz).

Para Modesto Carvalhosa,

(...) a causa da cisão é a intenção válida e eficaz dos sócios e acionistas de racionalizar sua participação no capital da sociedade cindida, mediante sua repartição

em outras sociedades novas ou existentes. Visa à composição dos interesses individuais que, de outra forma, levariam à dissolução da sociedade, ou à concentração ou desconcentração empresarial. O objetivo será a obtenção de economias de escala pela junção ou disjunção de específicas divisões de empresas diversas, que se somam para tal fim².

Importante ressaltar a natureza jurídica da cisão, que deve ser entendida como *transferência* da parcela do patrimônio da sociedade-cindida a título de pagamento das ações ou das quotas subscritas por seus sócios, na(s) sociedade(s) receptora(s), não se confundindo com *alienação de ativos* para pagamento das ações ou quotas subscritas na(s) sociedade(s) receptora(s), já que, nesse caso, quem receberia tais ações ou quotas seria a própria sociedade cindida, e não seus respectivos sócios.

Nesse sentido, ensina Edmar Oliveira Andrade Filho³:

A cisão não se confunde com a simples alienação de ativos de uma sociedade para pagamento de capital subscrito em outra. Neste último caso, ocorre um fato permutativo em seu patrimônio, posto que, em lugar dos bens transferidos, a sociedade recebe ações ou quotas da sociedade receptora; trata-se de ato da sociedade, que é representada por administradores, e sobre o qual os sócios não deliberam, salvo exigências previstas no contrato.

Cabe aduzir que a transferência da parcela do patrimônio cindido dá-se a título universal, ainda que avaliada pelo seu valor líquido, ou seja, serão transferidos para a sociedade receptora da parcela cindida, conjuntamente, valores ativos e passivos.

Para uma melhor ilustração do que chamamos de transferência a título universal, cabe trazer, como exemplo, as variações ocorridas no balanço patrimonial das sociedades envolvidas na cisão sugerida

no exercício 2 do caso apresentado na oficina deste capítulo [cisão da MDI mediante a versão da parcela cindida, que não será objeto do empreendimento imobiliário, para uma nova sociedade empresária (“Newco”)]:

Quadro 1 – Movimentação Contábil da Sociedade Cindida da Newco em decorrência da Cisão – Transferênciado Patrimônio a Título Universal

| MDI (sociedade cindida, antes da cisão) | | | |
|--|-------------------|-----------------------------|-------------------|
| ATIVO | | PASSIVO | |
| CIRCULANTE | | CIRCULANTE | |
| Disponibilidades | 5.000,00 | Dívidas com Terceiros | 180.000,00 |
| Estoques | 150.000,00 | Obrigações Tributárias | 95.000,00 |
| Exigível a Longo Prazo | 250.000,00 | Total do Circulante | 275.000,00 |
| Total do Circulante | 405.000,00 | | |
| | | PATRIMÔNIO LÍQUIDO | 179.000,00 |
| PERMANENTE | 50.000,00 | Capital Social | 1.000,00 |
| Investimentos | 50.000,00 | Reserva Legal | 180.000,00 |
| Total do Permanente | | Total do Patrimônio Líquido | |
| TOTAL DO ATIVO | 455.000,00 | TOTAL DO PASSIVO | 455.000,00 |

| NEWCO (sociedade receptora, parcela cindida MDI) | | | |
|---|-------------------|-----------------------------|-------------------|
| ATIVO | | PASSIVO | |
| CIRCULANTE | | CIRCULANTE | |
| Disponibilidades | 5.000,00 | Dívidas com Terceiros | 180.000,00 |
| Exigível a Longo Prazo | 250.000,00 | Obrigações Tributárias | 80.000,00 |
| Total do Circulante | 255.000,00 | Total do Circulante | 260.000,00 |
| PERMANENTE | | PATRIMÔNIO LÍQUIDO | |
| Investimentos | 50.000,00 | Capital Social | 1.000,00 |
| Total do Permanente | | Reserva Legal | 45.000,00 |
| | | Total do Patrimônio Líquido | |
| TOTAL DO ATIVO | 305.000,00 | TOTAL DO PASSIVO | 305.000,00 |

| MDI (sociedade cindida, após cisão) | | | |
|--|-------------------|-----------------------------|-------------------|
| ATIVO | | PASSIVO | |
| CIRCULANTE | | CIRCULANTE | |
| Estoques | | Obrigações Tributárias | 15.000,00 |
| Total do Circulante | 150.000,00 | Total do Circulante | 15.000,00 |
| | 150.000,00 | PATRIMÔNIO LÍQUIDO | |
| PERMANENTE | | Capital Social | – |
| Investimentos | – | Reserva Legal | 135.000,00 |
| Total do Permanente | – | Total do Patrimônio Líquido | |
| TOTAL DO ATIVO | 150.000,00 | TOTAL DO PASSIVO | 150.000,00 |

Nota-se que o enunciado do exercício sugere a cisão da MDI mediante a versão de todo o patrimônio que não será objeto do

empreendimento imobiliário, mantendo-se na MDI apenas o imóvel, contabilizado no ativo da MDI, na conta estoque, pelo valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e correspondente passivo, que são as obrigações tributárias diretamente ligadas ao imóvel (débitos de IPTU), e correspondente parcela do capital social, os quais também somam R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais). Da mesma forma, os ativos e passivos vertidos para a NEWCO são proporcionais e concorrentes.

Oportuno ainda esclarecer que a cisão pode ocorrer entre sociedades de todos os tipos, iguais e diferentes, devendo ser observada a forma determinada pela legislação em vigor para a alteração de seus estatutos sociais ou contratos sociais, bem como deliberação dos sócios.

Cabe ressaltar o caso de cisão de companhia aberta, em que as sociedades que a sucederem deverão ser igualmente companhias abertas, devendo também obter o respectivo registro perante a Comissão de Valores Mobiliários ("CVM") e, se for o caso, promover a admissão da negociação das suas ações no mercado secundário, no prazo máximo de 120 (cento e vinte dias) contados da data da assembleia geral que aprovar a cisão, observadas as normas pertinentes baixadas pela CVM.

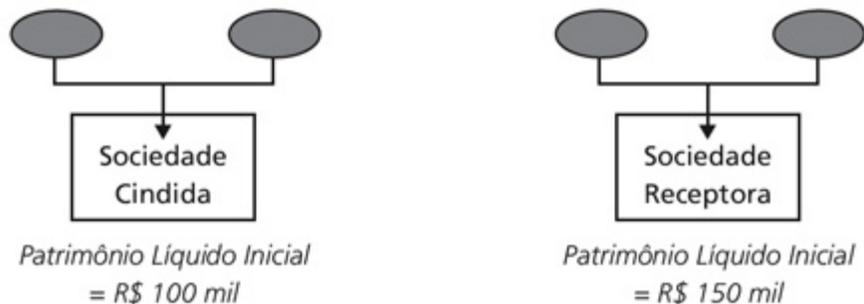
Consoante disciplina prevista no artigo 45 da Lei das Sociedades por Ações, o descumprimento quanto à obtenção do registro de companhia aberta e à promoção da admissão da negociação das ações no mercado secundário, no prazo legal, dará ao acionista dissidente o direito de recesso, mediante o reembolso de suas ações, no prazo de 30 (trinta) dias contados do término daquele prazo 120 (cento e vinte) dias.

9.3 Modalidades: cisão parcial e cisão total

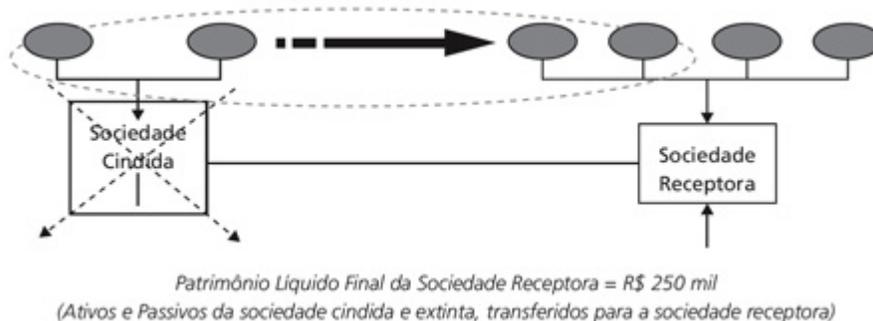
Levando-se em consideração o conceito legal de cisão, temos que tal operação societária possui duas modalidades, quais sejam, a cisão total e a cisão parcial.

A cisão total caracteriza-se pela versão de todo o patrimônio da sociedade cindida que ao final se extinguirá, cancelando-se a totalidade das suas quotas ou ações, conforme o caso, transferindo-se a totalidade de seus ativos e passivos para a sociedade receptora:

1º Momento

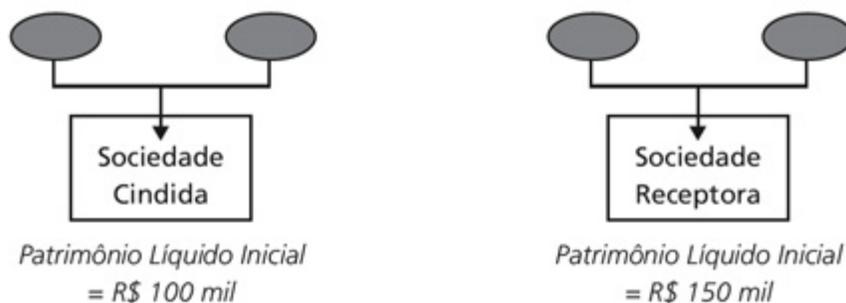


2º Momento

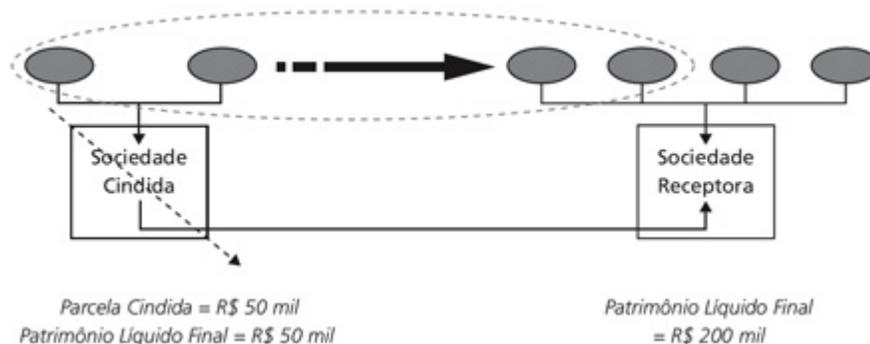


Já a cisão parcial (*spin-off*), por sua vez, caracteriza-se pela versão de apenas parte do patrimônio da sociedade cindida, que se manterá com patrimônio diminuído, cancelando-se apenas a parcela das quotas ou ações, conforme o caso, correspondente ao patrimônio cindido, transferindo-se apenas os respectivos ativos e passivos para a sociedade receptora.

1º Momento



2º Momento



Mas, além da cisão total ou parcial, outras modalidades de cisão foram construídas pela doutrina vigente. Modesto Carvalhosa⁴ reconhece como modalidades de cisão, dentre outras: (i) *cisão simples*: quando apenas uma sociedade recebe o patrimônio cindido, e *cisão múltipla*, quando mais de uma sociedade recebe o patrimônio cindido; e (ii) *cisão própria*, quando o patrimônio cindido, será vertido para uma sociedade especialmente constituída, e *cisão imprópria*, quando o patrimônio cindido será vertido para uma sociedade preexistente.

Analisando o caso esboçado na oficina e, diante das modalidades de cisão aqui apresentadas, podemos dizer que a operação de cisão sugerida na oficina pode ser conceitualmente classificada como cisão parcial, simples e própria.

9.4 Formalidades da operação de cisão

Tratamos a seguir das formalidades que deverão ser observadas em todas as operações de cisão, independentemente do tipo societário:

9.4.1 Protocolo e Justificação (artigos 224 e 225 da Lei das Sociedades por Ações)

O Protocolo, disciplinado no artigo 224 da Lei das Sociedades por Ações, consubstancia-se na formalização contratual da cisão. Tem o Protocolo natureza jurídica de pré-contrato, que manifesta e vincula a vontade das sociedades envolvidas através de seus órgãos da administração, mas que está sujeito às deliberações dos sócios das sociedades envolvidas.

Em que pese não produzir efeitos definitivos quanto ao negócio jurídico da cisão, vincula definitivamente as sociedades pactuantes a deliberar, favorável ou desfavoravelmente em assembleia geral ou reunião de sócios/alteração do contrato social, as condições do negócio jurídico nele constante.

O Protocolo, juntamente com a Justificação, esta última disciplinada no artigo 225 da Lei das Sociedades por Ações, servirão para instruir o órgão deliberativo das sociedades envolvidas para a aprovação ou não do negócio reorganizativo proposto. Ambos têm por objetivo permitir a publicidade das condições e da estrutura da operação de cisão, em benefício dos sócios, dos credores, dos empregados e do Poder Público.

De acordo com o artigo 224 da Lei das Sociedades por Ações, deverão constar do Protocolo, além das condições da cisão, os seguintes elementos:

- (a) o número, espécie e classe das ações ou quotas, conforme o caso, que serão atribuídas em substituição dos direitos dos sócios que se extinguirão e os critérios utilizados para determinar as relações de substituição;

- (b) os elementos ativos e passivos que formarão cada parcela do patrimônio;
- (c) os critérios de avaliação do patrimônio líquido, a data a que será referida a avaliação, e o tratamento das variações patrimoniais posteriores;
- (d) a solução a ser adotada quanto às ações ou quotas do capital de uma das sociedades possuídas por outra;
- (e) o valor do capital das sociedades a serem criadas ou do aumento ou redução do capital das sociedades que forem parte na operação;
- (f) o projeto ou projetos de estatuto, ou de alterações contratuais, que deverão ser aprovados para efetivar a operação; e
- (g) todas as demais condições a que estiver sujeita a operação.

A Justificação, por sua vez, deverá esposar:

- (a) os motivos ou fins da operação e o interesse da sociedade na sua realização;
- (b) as ações que os acionistas preferenciais receberão, em caso de cisão de sociedade por ações, e as razões para a modificação dos seus direitos, se previstas;
- (c) a composição, após a operação, segundo espécies e classes das ações, ou quotas, do capital das sociedades que deverão emitir ações ou quotas, conforme o caso, em substituição às que se deverão extinguir; e,
- (d) o valor do reembolso das ações ou quotas a que terão direito os sócios dissidentes.

9.4.2 Formação do capital social na incorporadora (artigo 226 da Lei das Sociedades por Ações)

Disciplina o artigo 226 da Lei das Sociedades por Ações que a cisão somente poderá ser efetivada nas condições aprovadas se os peritos nomeados determinarem que o valor do patrimônio líquido a ser vertido para a formação de capital social é, ao menos, igual ao montante do capital a realizar.

Cuida tal dispositivo legal da preservação dos direitos de credores, afastando a possibilidade de se criar um falso ou aparente

negócio reorganizativo, evitando que as operações de cisão se realizem quando o patrimônio líquido da sociedade cindida for inferior ao seu capital social declarado.

Nesse contexto, na cisão haverá a transferência, total ou parcial, do patrimônio líquido da sociedade cindida para a sociedade nova ou já existente. Assim, se da cisão resultar uma sociedade nova, seu capital social será aquele correspondente ao valor do patrimônio líquido vertido da cindida. Por outro lado, em sendo vertido o patrimônio líquido para uma sociedade já existente, esta terá seu capital social elevado no valor do patrimônio líquido vertido.

Conforme doutrina Modesto Carvalhosa,

(...) o valor do patrimônio líquido não poderá ser inferior ao montante do capital a realizar. Com efeito, o capital social deverá refletir exatamente o valor do patrimônio líquido resultante do negócio, para assim terem os credores segura referência quanto à segurança jurídica de seus créditos⁵.

Exceção feita ao disposto acima ocorrerá quando a companhia que incorporar a parcela do patrimônio da cindida for proprietária de ações ou quotas do capital social desta, situação em que a transferência do patrimônio para a sociedade incorporadora dar-se-á sem aumento do seu capital social, podendo serem extintas as ações ou quotas da sociedade cindida ou substituídas por ações em tesouraria da incorporadora, até o limite dos lucros acumulados e reservas, exceto a legal.

Ainda quanto à formação do capital social a realizar, outra discussão doutrinária refere-se ao critério a ser adotado pelos peritos, na avaliação do patrimônio líquido que será vertido para a sociedade incorporadora: valor contábil ou valor de mercado?

Sobre a matéria, a Lei n. 1.638/2007 havia inovado, disciplinando, no § 3º inserido no artigo 226 da Lei das Sociedades por Ações, a regra de que, 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 seriam contabilizados pelo seu valor de mercado.

Diante da reação do mercado quanto à nova disciplina jurídica para a avaliação do patrimônio nas operações de reestruturação societária, inclusive quanto à discussão sobre sua aplicabilidade de tal regra a todos os tipos societários, sobreveio a Medida Provisória n. 449, de 2008, que deu nova redação ao § 3º, daquele artigo 226, transferindo à CVM a responsabilidade de estabelecer normas especiais de avaliação e contabilização aplicáveis às operações de fusão, incorporação e cisão que envolvam apenas as companhias abertas, tendo sido tal Medida Provisória convertida na Lei n. 11.941/2009.

Assim, não há disposição vigente no ordenamento jurídico que obrigue as sociedades envolvidas numa operação de cisão a avaliar o patrimônio cindido a valor contábil ou valor de mercado. O que importa e o que traduz a finalidade da regra estabelecida no artigo 226 da Lei das Sociedades por Ações é que o patrimônio vertido não tenha um valor fictício e que este represente um patrimônio verdadeiro, já que o patrimônio representa a garantia dos credores da sociedade cindida.

Sobre o tema, merece destaque doutrina de Paulo Mattar Filho⁶, que aborda o assunto de forma clara e coesa:

(...) Nem a regra do valor contábil – liberdade plena, nem a regra do valor real – obrigatoriedade de avaliação a preço de mercado – devem ser incondicionais. Em outros termos, a avaliação do patrimônio líquido, no contexto das operações de

incorporação, fusão e cisão, não poderá estar fundada exclusivamente no valor escritural dos bens, mas nem por isso todos estes devem ser considerados pelos seus valores de mercado.

É desnecessário impor à sociedade que todos os bens de seu patrimônio sejam efetivamente avaliados a preço de mercado se o objetivo é proteger interesses de credores. É possível que se adote o critério do valor contábil, desde que, no entanto, o valor atribuído ao patrimônio líquido seja, por este critério, igual ou inferior ao valor real dos bens que o compõem, jamais, portanto, superior a este.

Com isso, assegura-se que o montante atribuído ao patrimônio líquido a ser vertido tenha valor concreto, ainda que inferior ao valor de mercado, mas que, ao menos, não seja fictício, representando assim, um patrimônio verdadeiro. E essa é a finalidade última da norma contida no artigo 226 da Lei das Sociedades Anônimas e também a garantia maior dos credores das sociedades, no que diz respeito à formação do capital social.

Assim, se por um lado o negócio da reestruturação não se sustenta exclusivamente no balanço específico, por outro não se obriga que este balanço seja levantado com base no valor de mercado dos ativos, inclusive, ressalte-se, tornando complexa a operação e onerando excessivamente as sociedades. E isso não significa desatender ao princípio da realidade do capital social (...) ou reduzir as garantias dos credores, na medida em que o valor do patrimônio líquido vertido será, ao final, concreto, possibilitando, ainda, que se considere as garantias decorrentes dele. (...)

9.4.3 Avaliação da parcela do patrimônio cindido (artigos 227 a 229 da Lei das Sociedades por Ações)

Observadas as considerações feitas acima sobre o critério a ser adotado para a avaliação da parcela do patrimônio cindido, há que ser destacada a necessidade de serem nomeados peritos e de se aprovar, em cada uma das sociedades envolvidas na cisão, o laudo de avaliação elaborado por estes profissionais.

9.5 Direito dos credores nas operações de cisão – oposição e anulação

Um ponto importante a ser abordado é a questão da proteção dos credores nas operações de cisão. Isso porque, como nas demais operações de reestruturação societária, a cisão gera ou poderá gerar efeitos significativos na atividade econômica das sociedades envolvidas e, por conseguinte, uma diminuição dos direitos e garantias dos credores da sociedade cindida.

Cabe aqui esclarecer que o patrimônio de qualquer sociedade é a garantia do cumprimento das obrigações assumidas por ela. Assim, é com base no seu patrimônio que a sociedade cindida, por exemplo, pode ter obtido a concessão de uma linha de crédito perante uma instituição financeira. E, consoante doutrina de Paulo Mattar Filho⁷, "(...) havendo cisão, os credores, que eram garantidos por todo o patrimônio da sociedade cindida, serão garantidos apenas por parte dele".

Assim, preocupado em dar atendimento ao princípio da segurança jurídica e em "assegurar as garantias dos credores e consequente estabilidade das relações comerciais, como elemento essencial para melhor desempenho das atividades econômicas do país"⁸, estabeleceu o legislador, como regra geral, a solidariedade entre a sociedade cindida e a(s) sociedade(s) receptora(s) da parcela do patrimônio cindido.

Nesse contexto, disciplina o *caput* do artigo 233 da Lei das Sociedades por Ações que, na cisão total, as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da sociedade cindida responderão solidariamente pelas obrigações da sociedade extinta. Em se tratando de cisão parcial, a sociedade cindida e a sociedade que absorver a parcela do patrimônio cindido responderão solidariamente pelas obrigações da sociedade cindida, anteriores à cisão.

Em que pese o estabelecimento da solidariedade, nos termos acima, o ato da cisão poderá estipular que as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da sociedade cindida serão responsáveis apenas pelas obrigações que lhes forem transferidas, sem qualquer solidariedade entre si ou com a sociedade cindida.

Entretanto, havendo tal estipulação de limitação da solidariedade no ato da cisão e em razão do provável prejuízo superveniente, a legislação societária vigente dá aos credores da sociedade cindida mecanismos de salvaguarda de seus direitos, cuja disciplina jurídica varia em decorrência do tipo societário da sociedade cindida.

Assim, em sendo a sociedade cindida uma sociedade por ações, determina a Lei das Sociedades por Ações que caberá ao credor apresentar oposição à estipulação, que abarcará apenas o seu crédito, mediante notificação escrita à sociedade, no prazo de 90 (noventa) dias a contar da data da publicação dos atos da cisão. Por outro lado, em sendo a sociedade cindida uma sociedade limitada, disciplina o artigo 1.122 do Código Civil em vigor que caberá ao credor anterior à cisão, e por ela prejudicado, promover a anulação judicial da operação de cisão, no prazo de até 90 (noventa) dias depois de publicados os atos da cisão.

Merece destaque a inteligência do dispositivo legal previsto no parágrafo único do artigo 233 da Lei das Sociedades por Ações, vigente para as sociedades por ações, em contraposição à disciplina da anulação dos atos da cisão, prevista no artigo 1.122 do Código Civil, vigente para as sociedades limitadas. Isso porque, diferente do que ocorre na incorporação e na fusão, na operação de cisão, há uma divisão do patrimônio único.

Dentro do conjunto de todos os patrimônios das sociedades resultantes da operação não há novos passivos a concorrerem com os credores anteriores à cisão. Há,

apenas, uma alteração do patrimônio líquido – sujeito – que deverá suportar determinadas obrigações e responsabilidades, créditos inclusive. De qualquer forma, a operação poderá prejudicar credores diante da não criação de uma concorrência, mas da divisão do patrimônio e exclusão da solidariedade⁹.

Nesse contexto, diferente da anulação estabelecida no Código Civil como mecanismo de defesa dos credores das sociedades albergadas por aquele Codex, temos a oposição como medida que afasta de forma imediata o ajuste feito no ato da cisão da sociedade por ações, para a exclusão da solidariedade, restabelecendo o *status quo ante*, de forma imediata, eficaz e que preserva os negócios sociais, bem como o fim social das sociedades envolvidas na operação.

Cabe ainda aduzir que a certidão dos atos da cisão, passada pelo registro do comércio, é documento hábil para averbação, nos registros públicos competentes, da sucessão, decorrente da operação, em bens, direitos e obrigações.

A seguir, apresentamos um quadro comparativo dos direitos dos credores na cisão de uma sociedade limitada e de uma sociedade por ações, objetivando com isso facilitar o entendimento do leitor quanto às diferenças existentes no ordenamento jurídico entre os dois tipos societários:

Quadro 2 – Direito dos Credores na Sociedade Limitada e na Sociedade por Ações

| | CREDORES NA LTDA. | CREDORES NA S/A |
|-------------------------|--|--|
| FORMA | Ação de Anulação | Oposição |
| PROCEDIMENTO | Judicial | Extrajudicial/notificação à Sociedade (Resp 15.078-0-RJ) |
| PRAZO | 90 dias a contar da publicação dos atos da cisão | 90 dias a contar da publicação dos atos da cisão |
| EFEITO | Restabelece o <i>status quo</i> . Pode haver a concessão de medida liminar para suspender os efeitos, até o trânsito em julgado da sentença que decretar a anulação. | Efeito imediato que se refere ao restabelecimento da solidariedade convencionalmente excluída |
| CREDORES BENEFICIADOS | Todos os credores, já que a operação de cisão será anulada por completo | Apenas o credor que se opôs |
| PROVIDÊNCIAS DA CINDIDA | Possibilidade de consignação em pagamento e separação do patrimônio correspondente ao crédito. | Retratação da sociedade ou das sociedades, restabelecendo a solidariedade apenas em relação ao credor que se opôs |
| OUTRAS OBSERVAÇÕES | O credor deverá comprovar que a sucessão se faz em seu prejuízo, causando-lhe dano patrimonial atual ou presumido. | Para se opor à cisão, não é necessária a prova do prejuízo. Entretanto, se a cisão decorrer de ato ilícito, o credor poderá, sem prejuízo da oposição, requerer a anulação da cisão. |

9.6 Conclusão

Da análise do modelo de cisão de empresas, como estratégia em reorganizações societárias, conclui-se que:

- (a) Caracteriza-se como modelo de estruturação societária, apta a oferecer ao empresário eficiência na conquista do mercado, evitando ferir a segurança jurídica nas relações comerciais. Apresenta-se como negócio jurídico plurilateral que tem por objetivo a transferência, a título universal, de parte ou da totalidade do patrimônio de uma sociedade a outra, tendo-a como natureza jurídica. Trata-se de transferência de patrimônio, não se confundindo com alienação de ativos.
- (b) O Código Civil e a Lei das Sociedades por Ações impõem o cumprimento de formalidades específicas (Protocolo e Justificação, Avaliação, Publicidade), cuja finalidade é manter a segurança jurídica nas relações existentes entre a sociedade cindida, seus sócios, credores, empregados e o Poder Público.
- (c) A cisão gera ou poderá gerar efeitos significativos na atividade econômica das sociedades envolvidas e, por conseguinte, uma diminuição dos direitos e garantias dos credores. Nesse contexto, salvo estipulação expressa em sentido diverso, as sociedades receptoras da parcela do patrimônio cindido respondem solidariamente pelas obrigações da sociedade cindida, anteriores à cisão. Assim, as sociedades envolvidas podem estipular nos documentos societários da cisão a limitação da solidariedade, respondendo a sociedade receptora apenas pela parcela do patrimônio recebido.
- (d) Disso resulta o direito dos credores, de salvaguardar seus direitos. Na sociedade limitada, pode o credor postular a anulação dos atos celebrados a partir da cisão, o que beneficia todos os credores, enquanto que, na sociedade por ações, cabe ao credor que se sentir prejudicado opor-se, administrativamente, à cisão, o que abarca apenas o respectivo credor.
- (e) Assim, a legislação em vigor nos oferece um modelo de concentração societária, mas, em contrapartida, garante aos sócios das

sociedades envolvidas, credores, empregados e ao Poder Público, segurança jurídica na salvaguarda de seus direitos.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. **Medida Provisória n. 449, de 3 de dezembro de 2008**. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/mps/2008/mp449.htm>>. Acesso em: 9 nov. 2010.

_____. **Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009**. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/Leis/2009/lei11941.htm>>. Acesso em: 5 nov. 2010.

_____. **Lei n. 11.638, de 27 de dezembro de 2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111638.htm>. Acesso em: 5 nov. 2010.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 4 nov. 2010.

_____. **Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 4 nov. 2010.

BULGARELLI, Waldirio. **Fusões, incorporações e cisões de sociedades**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CARVALHOSA, Modesto. *In*: Azevedo, Antonio Junqueira de (Coord.). **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de empresa (arts. 1.052 a 1.195)**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4, t. I.

CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de *et al.* **Reorganização societária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HIGUCHI, Hiromi *et al.* **Imposto de renda das empresas: interpretação e prática**. São Paulo: IR Publicações, 2007.

IUDÍCIBUS, Sérgio de *et al.* **Manual de contabilidade das sociedades por ações (aplicável às demais sociedades)**. São Paulo: Atlas, 2007.

MATTAR FILHO, Paulo. O sistema de proteção aos credores nas operações de incorporação, fusão e cisão. *In*: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). **Reorganização societária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 319-320.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Cisão, fusão, incorporação como instrumentos de planejamento tributário. Artigo publicado na **Revista de Estudos Tributários**, n. 5, jan./fev. 1999.

YOUNG, Lúcia Helena Briski. **Planejamento tributário: fusão, cisão e incorporação**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

1 Art. 229. 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, e dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

2 **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4, t. I, p. 303.

3 **Imposto de renda das empresas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 380.

4 **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4, t. I, p. 303.

5 *Op. cit.*, p. 253.

6 O sistema de proteção aos credores nas operações de incorporação, fusão e cisão. *In*: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). **Reorganização societária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 319-320.

7 *Op. cit.*, p. 325.

8 FILHO, Paulo Mattar. *Op. cit.*, p. 333.

9 FILHO, Paulo Mattar. *Op. cit.*, p. 326.

10 OPERAÇÃO DE CISÃO SOB A ÓTICA TRIBUTÁRIA

Luciana Zechin Portas Levy

Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardodo Campo; especialista em Direito Tributário pela PontificiaUniversidade Católica de São Paulo – PUCSP e em DireitoEmpresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie econsultora tributária do escritório Pompeu, Longo, Kignel & Cipullo Advogados.

10.1 Introdução

As decisões negociais e os decorrentes arranjos societários são influenciados pelas questões tributárias e, em um país de alta carga fiscal e de legislação tributária intrincada, tais questões são tão relevantes, que, não raramente, deixam de ser coadjuvantes para motivar a escolha de determinadas operações societárias, ainda que mais complexas.

Nesse contexto, surge o chamado planejamento tributário, em que todas as operações societárias possíveis são analisadas sob o enfoque fiscal, a fim de se chegar à forma economicamente mais viável de atingir o objetivo das partes.

Ressalte-se que o planejamento tributário não deve ser um fim em si mesmo, ou seja, a operação não deve ter por objetivo exclusivo a economia fiscal, mas, sim, propiciar determinado objetivo negocial (no caso sob estudo, o ingresso de um investidor em um empreendimento imobiliário), com o menor impacto econômico possível.

Na oficina proposta¹, um mesmo objetivo de participação em um empreendimento imobiliário pode ser atingido de diversas formas, sendo certo que a análise da melhor maneira para realização da operação depende tanto de questões societárias quanto tributárias.

Ao ler o problema colocado na oficina, talvez se conclua que a melhor opção seja a participação do investidor na sociedade já existente, o que não acarreta o ônus de constituição e manutenção de uma empresa entre as partes, e nem tão pouco a complexidade procedimental de uma cisão.

Por outro lado, existe a inconveniência de se admitir um sócio para a totalidade das atividades realizadas pela pessoa jurídica (incluindo outros negócios alheios ao empreendimento), e o investidor interessado muito provavelmente não estará disposto a assumir eventuais contingências preexistentes e não relacionadas ao empreendimento (tributárias ou não).

A cisão da pessoa jurídica surge, então, como uma alternativa a ser analisada. Neste estudo, traremos breves noções sobre a tributação das operações de cisão, visando auxiliar o aluno na resolução das questões propostas.

10.2 Breves noções sobre responsabilidade tributária na cisão

Responsabilidade tributária é a atribuição, por lei, da obrigação tributária a terceira pessoa que, apesar de vinculada ao fato jurídico tributário², não seja o contribuinte, permanecendo ou não a responsabilidade subsidiária desse último³.

Consoante bem esclarece Paulo de Barros Carvalho, o responsável tributário está indiretamente ligado ao fato tributário,

sendo chamado pelo legislador para adimplir a obrigação⁴:

Para cada um dos eventos, compostos na forma da situação jurídica, a autoridade legislativa apanha um sujeito, segundo o critério de sua participação direta e pessoal com a ocorrência objetiva, e passa a chamá-lo de contribuinte (...). Em algumas oportunidades, porém, outras pessoas participam do acontecimento descrito, mantendo uma proximidade apenas indireta com aquele ponto de referência em redor do qual foi formada a situação jurídica. Está entre tais sujeitos a opção do legislador, em ordem à escolha do responsável pelo crédito tributário, em caráter supletivo do adimplemento total ou parcial da prestação.

Dentre as espécies de responsabilidade tributária, está a responsabilidade por sucessão, categoria na qual se encontra a responsabilidade advinda das operações de cisão.

Com efeito, em que pese o Código Tributário Nacional não mencionar expressamente a responsabilidade na cisão, referindo-se apenas à fusão, transformação e incorporação (art. 132⁵), tal dispositivo lhe é considerado aplicável⁶.

Nesse contexto, o artigo 207⁷ do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99) dispõe que respondem pelo imposto devido pelas pessoas jurídicas cindidas tanto a pessoa jurídica constituída em decorrência do ato de cisão quanto a pessoa jurídica que incorporar parcela do patrimônio de sociedade cindida.

Além disso, respondem solidariamente as sociedades que receberem parcelas do patrimônio de pessoa jurídica extinta por cisão e a sociedade cindida com aquela que absorver parcela de seu patrimônio em caso de cisão parcial.

A responsabilidade alcança os tributos devidos até a data da cisão, não abrangendo débitos posteriores.

10.3 Tributação na operação de cisão

O artigo 21 da Lei n. 9.249/95 determina que a pessoa jurídica que seja objeto de cisão total ou parcial levante balanço específico para esse fim⁸ no qual os bens e direitos podem ser avaliados pelo *valor contábil ou de mercado*.

Ressalte-se que a Lei n. 11.638/2007 havia incluído um § 3º ao artigo 226 da Lei n. 6.404/76 (Lei das S/A) determinando que nas operações de fusão, incorporação e cisão, realizadas entre partes independentes e vinculadas à efetiva transferência de controle, o patrimônio vertido deveria ser avaliado pelo seu valor de mercado.

Contudo, o artigo 36 da Medida Provisória n. 449/2008, posteriormente convertida na Lei n. 11.941/2009 (art. 37), alterou a redação do artigo 226 da Lei das S/A, estabelecendo apenas que a Comissão de Valores Mobiliários instituirá normas especiais de avaliação e contabilização aplicáveis às operações de fusão, incorporação e cisão que envolvam companhia aberta.

Assim sendo, permanece possível a avaliação dos bens a valor contábil, ainda que a operação seja realizada entre partes independentes e vinculada à transferência de controle⁹.

Essa colocação é importante porque a adoção do valor de mercado do patrimônio tem relevância tributária, uma vez que poderá gerar ganho de capital tributável pelo Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e pela Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

10.3.1 Tributação do ganho de capital na cisão

Ocorre ganho de capital¹⁰ quando o valor pelo qual determinado bem ou direito integrante do ativo permanente é alienado ou baixado for superior ao valor contábil¹¹ do referido bem ou direito.

Dessa feita, se determinado imóvel foi adquirido por trezentos mil reais e, com o passar dos anos, sofreu depreciação de cinquenta mil reais, tendo seu valor de mercado aumentado para quinhentos mil reais, caso haja sua alienação ou baixa pelo valor de mercado, caracterizar-se-á ganho de capital de duzentos e cinquenta mil reais [R\$ 500 mil – (R\$ 300 mil – R\$ 50 mil) = R\$ 250 mil].

A tributação do ganho de capital ocorre de forma distinta dependendo do sistema de tributação adotado pela pessoa jurídica objeto da cisão.

Com efeito, caso se trate de pessoa jurídica tributada com base no lucro presumido ou arbitrado, o ganho de capital deverá ser adicionado à base de cálculo do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre Lucro Líquido (CSLL) integralmente (não há aplicação das alíquotas de presunção sobre essa parte da base de cálculo, posto que não se trata de receita operacional).

Por outro lado, em se tratando de pessoa jurídica submetida ao lucro real, a legislação tributária permite que a tributação desse ganho seja diferida para o momento em que haja uma efetiva alienação ou realização do bem pela pessoa jurídica que recebê-lo por meio da cisão.

Os artigos 440 e 441 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99) dispõem sobre a tributação para as pessoas jurídicas sujeitas à apuração do lucro real:

Art. 440. A contrapartida do aumento do valor de bens do ativo em virtude de reavaliação na fusão, incorporação ou cisão não será computada para determinar o lucro real *enquanto mantida em reserva de reavaliação* na sociedade resultante da fusão ou incorporação, na sociedade cindida ou em uma ou mais das sociedades resultantes da cisão (Decreto-Lei n. 1.598, de 1977, art. 37).

Parágrafo único. O valor da reserva deverá ser computado na determinação do lucro real de acordo com o disposto no § 2º do art. 434 e no art. 435 (Decreto-Lei n. 1.598, de 1977, art. 37, parágrafo único).

Art. 441. As reservas de reavaliação transferidas por ocasião da incorporação, fusão ou cisão terão, na sucessora, o mesmo tratamento tributário que teriam na sucedida. (g.n.)

Consoante se nota, a pessoa jurídica submetida ao lucro real, desde que constituída uma reserva de reavaliação com os valores correspondentes ao ganho de capital, não computaria tal ganho na determinação de seu lucro tributável. A referida reserva seria então transferida para a sucessora na cisão, tendo nessa o mesmo tratamento, ou seja, permaneceria em sua contabilidade e apenas seria tributada no momento em que ocorresse a efetiva realização do bem (alienação ou baixa).

No parágrafo anterior utilizamos os verbos no passado propositalmente, uma vez que uma alteração legislativa relativamente recente trouxe uma nuvem de dúvidas sobre o procedimento nesse caso, antes tão claramente esboçado pela legislação tributária.

10.3.1.1 Extinção da reserva de reavaliação

A Lei n. 11.638/2007 alterou o artigo 178, § 2º, alínea *d*, (atual inciso III¹²) da Lei das S/A que determina quais os elementos do patrimônio que orientam o registro das contas no balanço e extinguiu a chamada "reserva de reavaliação".

Na redação original, o patrimônio líquido era dividido em capital social, reservas de capital, *reservas de reavaliação*, reservas de lucros e lucros ou prejuízos acumulados. Na redação vigente, não mais consta a referida reserva de reavaliação, tendo surgido um elemento novo, os "*ajustes de avaliação patrimonial*".

Os saldos existentes nas reservas de reavaliação podem ser mantidos ou estornados até o final do exercício social de 2008¹³ (art. 6º).

Segundo o § 3º, do artigo 182, da Lei das S/A,

(...) serão classificadas como ajustes de avaliação patrimonial, enquanto não computadas no resultado do exercício em obediência ao regime de competência, as contrapartidas de aumentos ou diminuições de valor atribuídos a elementos do ativo e do passivo, em decorrência da sua avaliação a valor justo, nos casos previstos nesta Lei ou, em normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, com base na competência conferida pelo § 3º do art. 177 desta Lei.

Portanto, a avaliação patrimonial somente poderá ser utilizada nas hipóteses expressamente autorizadas pela Lei das S/A, e não por simples vontade da pessoa jurídica, não se confundindo com a reserva de reavaliação que podia ser feita espontaneamente por esta.

As hipóteses previstas pela Lei das S/A são: artigo 183, inciso I – aplicações financeiras de renda variável; artigo 226, § 3º – operações de fusão, incorporação e cisão de companhias abertas (de acordo com as normas a serem estabelecidas pela CVM); e artigo 182, § 3º – outras normas expedidas pela CVM.

O Conselho Federal de Contabilidade, por meio da Resolução CFC n. 1.157/2009, se manifestou no sentido de que, após a vigência da Lei n. 11.638/2007 (1º-1-2008), fica impedida a constituição de novas reservas de avaliação:

Reserva de reavaliação

127. A Lei n. 11.638/07 eliminou todas as menções à figura da reavaliação espontânea de ativos. Assim, prevalecem apenas as menções de que os ativos

imobilizados, por exemplo, só podem ser registrados com base no seu efetivo custo de aquisição ou produção.

128. *Algumas dúvidas têm sido suscitadas quanto à interpretação de que a não menção à reavaliação não impede que ela seja feita espontaneamente. O CFC alerta para o fato de que a reavaliação está sim, impedida, desde o início do exercício social iniciado a partir de 01 de janeiro de 2008, em função da existência dos critérios permitidos de avaliação para os ativos não monetários.*

129. O fato de ter havido mudança de critério de avaliação para certos instrumentos financeiros, que agora passam, conforme sua classificação, a ser avaliados ao valor justo, nada tem a ver com a reavaliação. *Avaliação a valor justo e reavaliação de ativos são institutos e conceitos contábeis diferentes, baseados inclusive em fundamentos distintos (valor justo, por exemplo, é valor de mercado de venda, ou valor esperado de fluxo de caixa futuro, enquanto a reavaliação se faz com base no valor de reposição).*

130. Outra diferenciação: avaliação a valor justo somente se aplica a ativos destinados à venda, enquanto a reavaliação somente se aplica a ativos destinados a serem utilizados futuramente pela empresa.

131. A NBC T 19.8 – Ativo Intangível menciona a figura da reavaliação, mas cita expressamente “se permitida legalmente”; essa permissão não existe hoje. O Pronunciamento Técnico CPC 27 sobre Ativo Imobilizado poderá mencionar o mesmo, mas a adoção da reavaliação no Brasil só poderá ser feita se houver mudança na Lei vigente.

132. Assim, a partir de 2008 estão vedadas para todas as sociedades brasileiras novas reavaliações espontâneas de ativos. (g.n.)

Também a Receita Federal do Brasil, na Solução de Consulta n. 19/2009, salienta a diferença entre a reserva de avaliação e os ajustes de avaliação patrimonial:

REAVALIAÇÃO DE BENS DO ATIVO INTANGÍVEL APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 11.638/2007. IMPOSSIBILIDADE. A partir de 1º de janeiro de 2008, data de vigência da Lei n. 11.638/2007, vedou-se às empresas a possibilidade de fazer, de forma espontânea, registros contábeis de reavaliação de ativos, face à extinção da conta “Reservas de Reavaliação”. **AJUSTES DE AVALIAÇÃO PATRIMONIAL. UTILIZAÇÃO RESTRITA AOS CASOS PREVISTOS NA LEI N. 6.404/1976 E**

ÀQUELES ESTABELECIDOS PELA CVM. A “Reserva de Reavaliação” não foi substituída pela conta de “Ajustes de Avaliação Patrimonial”, que tem natureza e finalidade distinta. Esta se destina a escriturar, exclusivamente, os valores decorrentes de avaliação de instrumentos financeiros, além dos casos estabelecidos pela CVM com base na competência que lhe foi atribuída pela Lei n. 11.638/2007 e MP n. 449/2008. Aquela se destinava a escriturar as contrapartidas de valores atribuídos a quaisquer elementos do ativo em virtude de novas avaliações com base em laudo. (g.n.)

Portanto, de um lado tem-se a legislação tributária determinando a não tributação da diferença positiva entre o valor contábil e o valor de mercado adotado na operação de cisão (desde que constituída reserva de reavaliação); e, por outro lado, a legislação societária extinguindo a referida reserva e criando um novo elemento do patrimônio que só pode ser utilizado nas situações especificamente previstas na Lei das S/A, dentre as quais não está a cisão de companhias ou outras sociedades de capital fechado.

Num primeiro momento, poder-se-ia concluir que, diante desse quadro, as pessoas jurídicas sujeitas ao lucro real passam a ser tributadas da mesma forma que as optantes pelo lucro presumido ou arbitrado.

Porém, cumpre destacar que, por disposição expressa da Lei n. 11.941/2009 (e anteriormente pela Medida Provisória n. 449/2008), as alterações trazidas pela Lei n. 11.638/2007 não devem gerar efeitos tributários.

Isso porque as alterações trazidas pela referida lei visam introduzir no Brasil padrões internacionais de contabilidade, e não alterar o regime tributário existente. A fim de garantir a neutralidade das novas normas contábeis em relação à apuração tributária, foi criado o Regime Tributário de Transição (RTT).

10.3.1.2 Lei n. 11.638/2007 e o Regime Tributário de Transição (RTT)

As profundas alterações na estrutura contábil das sociedades perpetradas pela Lei n. 11.638/2007, *a priori*, trariam grande impacto tributário, posto que afetariam largamente os critérios de apuração fiscal.

Contudo, a Medida Provisória n. 449/2008, posteriormente convertida na Lei n. 11.491/2009, instituiu um Regime Tributário de Transição (RTT), opcional nos anos de 2008/2009 e obrigatório a partir de 2010, que vigerá até a entrada em vigor de lei que discipline os efeitos tributários dos novos métodos e critérios contábeis, buscando estabelecer sua neutralidade.

O referido regime de transição é aplicável tanto às pessoas jurídicas sujeitas à apuração do Imposto de Renda pela sistemática do lucro real quanto às optantes pelo lucro presumido, bem como alcança, além do IRPJ, também a CSLL, PIS e COFINS.

O RTT visa garantir a neutralidade fiscal das alterações contábeis trazidas pela Lei n. 11.638/2007 (dentre as quais está a extinção da reserva de reavaliação), de tal sorte que a pessoa jurídica sujeita ao RTT *deve basear sua apuração fiscal nos métodos e critérios contábeis vigentes em 31-12-2007*.

Para que a apuração com base nas regras do RTT seja possível, as pessoas jurídicas devem apurar o resultado do exercício de acordo com as disposições da Lei n. 6.404/76 e as alterações da Lei n. 11.638/2007 e, em seguida, realizar ajustes específicos ao lucro líquido do período no LALUR a fim de reverter o efeito da utilização dos métodos e critérios contábeis introduzidos após 31-12-2007.

Assim sendo, as alterações trazidas pela Lei n. 11.638/2007, ao menos enquanto vigorar o Regime Tributário de Transição, não acarretarão reflexos tributários.

10.3.1.3 Conclusões

Diante do exposto, entendemos que, ainda que não mais exista a reserva de reavaliação, tal extinção, por disposição expressa de lei (RTT), não pode trazer consequências tributárias.

Esse também é o entendimento de Edmar Oliveira Andrade Filho¹⁴ que argumenta que, com a referida legislação, surgiu a dúvida se as normas tributárias que mencionam a reserva de reavaliação não teriam sido revogadas em face do desaparecimento do fato objeto da norma (extinção da reavaliação pela legislação societária) e conclui:

De minha parte, sempre entendi que as normas do Decreto--lei n.1.598/77 e as alterações posteriores que tratam dos efeitos tributários da reavaliação não foram revogadas. Portanto, cogito a possibilidade de haver reavaliação baseada exclusivamente nas normas tributárias que, enquanto não forem revogadas, produzem os regulares efeitos. *Em razão deste ponto de vista, parece certo que as sociedades por ações estariam impedidas de fazer o registro contábil da reavaliação na escrituração contábil; no balanço fiscal o registro seria admitido.* (g.n.)

Assim sendo, não haveria a efetiva constituição contábil de uma reserva de reavaliação, mas o seu lançamento e controle no Livro de Apuração de Lucro Real (LALUR), com suporte no artigo 17, inciso III, da Lei n. 11.941/2009¹⁵, possibilitando o deferimento da tributação para o momento da efetiva realização do bem.

Não temos notícia de manifestação específica das autoridades fiscais federais acerca dessa matéria, de tal sorte que não se pode excluir o risco de entendimento contrário do Fisco, o que provavelmente levará a discussão ao Poder Judiciário para decisão final sobre a questão.

10.3.2 Tributação sobre o lucro havido até a data da cisão

A pessoa jurídica cindida deverá apresentar declaração de rendimentos correspondente ao período transcorrido durante o ano-calendário, em seu próprio nome, até o último dia útil do mês subsequente ao do evento, apurando a base de cálculo sob a sistemática do lucro real ou do lucro presumido¹⁶. O cálculo dos tributos deve tomar por base a data do evento de cisão, inclusive para PIS, COFINS e IPI.

Os tributos deverão ser pagos pela sucessora em nome da sucedida (DARF¹⁷ com o CNPJ desta). O IRPJ e a CSLL relativos ao período encerrado em decorrência da operação de cisão devem ser pagos, em quota única, até o último dia útil do mês subsequente ao do evento.

10.4 Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI)

Sempre que uma operação envolve propriedade imobiliária, faz-se necessário verificar a eventual incidência do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), de competência municipal.

A Constituição Federal, em seu artigo 156, § 2º, estipula que o ITBI não incide sobre a:

(...) transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, *nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;*” (g.n.)

O dispositivo acima caracteriza uma limitação de competência, na medida em que os Municípios podem livremente legislar sobre o ITBI, porém, não podem pretender exigí-lo nas hipóteses mencionadas, com exceção dos casos em que se trate de pessoa jurídica preponderantemente imobiliária.

Cumprido ressaltar que a Constituição Federal não institui tributos, e, por conta disso, é preciso analisar a legislação do Município em que o imóvel objeto da operação se encontra situado, para verificar se a referida exceção foi efetivamente tipificada pela lei local.

Em tendo havido a tipificação, haverá a incidência do ITBI caso a pessoa jurídica que receba o imóvel tenha atividade preponderantemente imobiliária.

Especificamente no Município de São Paulo, o ITBI é regulado pelo Decreto n. 46.228/2005¹⁸ que tipifica a tributação na cisão quando o recebedor do bem tiver atividade preponderantemente imobiliária (art. 4º).

O referido Município considera como atividade preponderantemente imobiliária quando a compra e venda desses bens ou direitos, a sua locação ou arrendamento mercantil caracterizam mais de 50% (cinquenta por cento) da receita operacional do adquirente, nos 2 (dois) anos anteriores e nos 2 (dois) anos subsequentes (art. 4º).

Caso a pessoa jurídica inicie suas atividades após a aquisição, ou menos de 2 (dois) anos antes dela, apurar-se-á a preponderância levando em consideração os 3 (três) primeiros anos seguintes à data da aquisição.

10.5 Conclusões

O planejamento tributário visa propiciar determinado objetivo negocial com o menor impacto econômico possível, o que acarreta, muitas vezes, a realização de operações de cisão, a fim de segregar diferentes atividades negociais e tornar o investimento mais seguro.

Na cisão, respondem pelo imposto devido pelas pessoas jurídicas cindidas tanto a pessoa jurídica constituída em decorrência do ato de cisão quanto a pessoa jurídica que incorporar parcela do patrimônio de sociedade cindida.

Além disso, respondem solidariamente as sociedades que receberem parcelas do patrimônio de pessoa jurídica extinta por cisão e a sociedade cindida com aquela que absorver parcela de seu patrimônio em caso de cisão parcial.

A responsabilidade alcança os tributos devidos até a data da cisão, não abrangendo débitos posteriores.

Nessas operações, desde que não se trate de companhia aberta, é possível avaliar o patrimônio cindido pelo valor contábil. Caso seja utilizada a avaliação pelo valor de mercado, poderá haver ganho de capital tributável.

Para as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro presumido ou arbitrado, o ganho de capital deverá ser adicionado integralmente à base de cálculo do IRPJ e da CSLL (sem a utilização das alíquotas de presunção de base de cálculo).

Por outro lado, para as pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real, a legislação permite que a tributação desse ganho seja diferida para o momento em que haja uma efetiva alienação ou realização do bem pela pessoa jurídica que recebê-lo por meio da cisão, desde que constituída uma reserva de avaliação com os valores correspondentes ao ganho de capital.

Com o advento da Lei n. 11.638/2007, as reservas de avaliação foram extintas, porém, em face das disposições do Regime Tributário

de Transição (RTT) (Lei n. 11.491/2009), tal extinção não deve ter consequências tributárias, de tal sorte que o diferimento, em tese, continua aplicável por meio de lançamento e controle dos valores no Livro de Apuração do Lucro Real (LALUR).

Saliente-se que os tributos devidos até a data da cisão devem ser recolhidos, em nome da cindida, até o último dia útil do mês subsequente ao evento, devendo ser apresentada declaração de rendimentos correspondente ao período transcorrido durante o ano-calendário.

Caso a cisão acarrete a transferência de um imóvel para pessoa jurídica com atividade preponderantemente imobiliária, haverá a tributação pelo ITBI, desde que devidamente tipificada na legislação do Município onde o imóvel se encontra situado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Efeitos tributários da Lei n. 11.638/2007**. São Paulo: Ed. do Autor, 2008.

BRASIL. **Decreto n. 3.000, de 26 de março de 1999** (Regulamento do Imposto de Renda). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3000.htm>. Acesso em: 8 nov. 2010.

_____. **Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009**. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/Leis/2009/lei11941.htm>>. Acesso em: 5 nov. 2010.

_____. **Lei n. 11.638, de 27 de dezembro de 2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11638.htm>. Acesso em: 5 nov. 2010.

_____. **Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9249.htm>>. Acesso em: 8 nov. 2010.

_____. **Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 4 nov. 2010.

_____. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 8 nov. 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

HIGUCHI, Hiromi; HIGUCHI, Fabio Hiroshi; HIGUCHI, Celso Hiroyuki. **Imposto de renda das empresas: interpretação e prática.** 34. ed. São Paulo: IR Publicações, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário.** 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SHINGAKI, Mário. **Cisão de empresas: aspectos contábeis e tributários. Caderno de Estudos n. 11.** São Paulo: FIPECAFI, 1994.

SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira Silva. **Código Tributário Nacional: comentado, anotado e atualizado.** Campinas: CS Edições, 2004.

YOUNG, Lúcia Helena Briski. **Planejamento tributário: fusão, cisão e incorporação.** 4. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

1 Refere-se à oficina sobre Cisão de Empresas como Estratégia em Reorganização Societária proposta aos alunos do curso “Estratégias Societárias e Tributação”, ministrado pelo GVLaw. O objetivo da aludida oficina era viabilizar a participação de um investidor (pessoa jurídica) em um empreendimento a ser lançado por uma empresa do ramo imobiliário.

2 A utilização da expressão “fato gerador” é bastante combatida na doutrina tributária, por isso preferimos utilizar a expressão fato jurídico tributário (*vide* CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000).

3 Vide artigo 128 do Código Tributário Nacional (CTN).

4 *Op. cit.*, p. 316.

5 “Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas-jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.”

6 Nesse sentido a lição de Hugo de Brito Machado (**Curso de direito tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, p. 119) e o acórdão proferido pelo STJ no REsp 970585/RS, entre outros.

7 “Art. 207. Respondem pelo imposto devido pelas pessoas jurídicas transformadas, extintas ou cindidas (Lei n. 5.172, de 1966, art. 132, e Decreto-Lei n. 1.598, de 1977, art. 5º):

(...)

II – a pessoa jurídica constituída pela fusão de outras, ou em decorrência de cisão de sociedade;

III – a pessoa jurídica que incorporar outra ou parcela do patrimônio de sociedade cindida;

(...)

Parágrafo único. Respondem solidariamente pelo imposto devido pela pessoa jurídica (Decreto-Lei n. 1.598, de 1977, art. 5º, § 1º):

I – as sociedades que receberem parcelas do patrimônio da pessoa jurídica extinta por cisão;

II – a sociedade cindida e a sociedade que absorver parcela do seu patrimônio, no caso de cisão parcial; (...).”

8 O balanço deve ser levantado em até 30 (trinta) dias antes do evento.

9 Tal afirmativa se aplica às sociedades de capital fechado. As sociedades de capital aberto deverão seguir as regras determinadas pela Comissão de Valores Mobiliários.

10 Veja-se, nesse sentido, o artigo 418 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99).

11 O valor contábil do bem é aquele constante da contabilidade da pessoa jurídica (devidamente comprovado pela documentação própria), excluindo-se, quando aplicável, a depreciação, amortização ou exaustão acumuladas.

[12](#) A Lei n. 11.941/2009 não alterou a redação da alínea *d*, do § 2º, do artigo 178, apenas a transformou em inciso III.

[13](#) Exercício em que a Lei n. 11.638/2007 entrou em vigor (art. 9º).

[14](#) ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Efeitos tributários da Lei n. 11.638/2007**. São Paulo: Ed. do Autor, 2008, p. 123.

[15](#) “Art. 17. Na ocorrência de disposições da lei tributária que conduzam ou incentivem a utilização de métodos ou critérios contábeis diferentes daqueles determinados pela Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as alterações da Lei n. 11.638, de 28 de dezembro de 2007, e dos arts. 37 e 38 desta Lei, e pelas normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários com base na competência conferida pelo § 3º do art. 177 da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e demais órgãos reguladores, a pessoa jurídica sujeita ao RTT deverá realizar o seguinte procedimento:

(...)

II – realizar ajustes específicos ao lucro líquido do período, apurado nos termos do inciso I do *caput* deste artigo, no Livro de Apuração do Lucro Real, inclusive com observância do disposto no § 2º deste artigo, que revertam o efeito da utilização de métodos e critérios contábeis diferentes daqueles da legislação tributária, baseada nos critérios contábeis vigentes em 31 de dezembro de 2007, nos termos do art. 16 desta Lei;”

[16](#) A adoção do lucro presumido depende da presença dos requisitos específicos previstos na legislação, por se tratar de um regime especial de tributação.

[17](#) Documento de Arrecadação de Receitas Federais.

[18](#) O referido decreto regulamenta a Lei n. 11.154/91 que instituiu o ITBI.

11 PRINCIPAIS ASPECTOS FISCAIS RELACIONADOS À CISÃO

Tiago Espellet Dockhorn

*Professor do Programa de Educação Continuada e Especialização em Direito GVlaw;
mestrando em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica – PUCSP e
advogado em São Paulo.*

Thais de Barros Meira

*Professora do Programa de Educação Continuada e Especialização em Direito GVlaw;
mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica – PUCSP; LL.M. pela
Harvard Law School e advogada em São Paulo.*

11.1 Introdução

A cisão trata-se de uma forma muito usada para a reestruturação das atividades das sociedades, podendo ter diversas funções, dentre as quais se destaca (i) acomodação de interesses individuais dos sócios ou acionistas, tendo como resultado a divisão do patrimônio social entre eles; e (ii) função de natureza objetiva voltada para a estratégia operacional da empresa, da qual pode decorrer concentração ou desconcentração social¹.

O objetivo do presente trabalho é apresentar os principais aspectos fiscais relacionados à cisão, que geralmente são cruciais

para a utilização dessa ou de outra forma para a reestruturação das atividades de determinada sociedade.

11.2 Breves considerações sobre o conceito e formas de cisão

Em conformidade com o *caput* do artigo 229 da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, “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”.

Além disso, referido dispositivo legal distingue (i) a *cisão total*, em que há a extinção da sociedade cindida, da (ii) *cisão parcial*, em que apenas parcela do patrimônio da sociedade cindida é destinada a outra sociedade, que pode ser uma sociedade já existente ou uma nova sociedade².

Note-se que, no caso de cisão parcial em que parcela do patrimônio da sociedade cindida seja destinada a uma sociedade já existente, nos termos do § 3º, do artigo 229, da Lei n. 6.404/76, aplicam-se também as regras referentes à incorporação³.

Em virtude da cisão, tem-se sucessão de direitos e obrigações. Nesse sentido, esclareça-se que, segundo os ensinamentos do professor Orlando Gomes, se tem a *sucessão* quando há alteração no elemento pessoal de uma relação jurídica sem que haja, todavia, alteração no vínculo⁴.

No caso de operação de cisão total, ocorre sucessão por ato *inter vivos* na modalidade sucessão universal de direitos e obrigações. Já na cisão parcial, dá-se a sucessão na modalidade sucessão

particular, uma vez que a sociedade que absorve o patrimônio da companhia cindida sucede a esta apenas com relação aos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão.

Anote-se, contudo, que a demarcação de direitos e obrigações feita nos termos do protocolo de cisão parcial somente será oponível a terceiros credores se atendidas determinadas condições estabelecidas pela Lei n. 6.404/76⁵. Importa registrar, ainda, que é bastante discutida a oposição dessas demarcações ao credor Fazenda Pública, sendo certo que, em âmbito jurisprudencial, tem prevalecido a regra geral de responsabilidade solidária estabelecida, dentre outros, pelo art. 5º do Decreto-lei n. 1.598/77 (tributos federais)⁶.

11.3 Aspectos fiscais da cisão

11.3.1 Tributação do ganho de capital auferido em cisão

Importante esclarecer que o que ocorre na cisão é uma operação de reorganização societária em que parcela da participação societária dos sócios ou acionistas de uma sociedade é substituída por participações societárias em igual valor da sociedade que houver absorvido o patrimônio cindido ou que seja resultante da cisão.

Destaque-se que em nenhum momento há alienação de parcela do patrimônio de uma sociedade para a outra. O que há, de fato, é a troca das participações dos sócios ou acionistas de referida sociedade por participações societárias na nova sociedade ou na sociedade que recebeu tais bens.

Em decorrência disso, não necessariamente deve haver apuração de ganho de capital pelo titular da participação societária que será transferida à outra empresa que receber a parcela cindida do

patrimônio cindido, visto que não há efetiva alienação de bens entre as sociedades.

Essa conclusão é confirmada pelas autoridades fiscais, que, por meio do *site* da Receita Federal do Brasil, formalizaram o seguinte entendimento:

544 – Qual é o tratamento tributário na substituição de ações ocorrida em virtude de cisão, fusão ou incorporação?

A substituição de ações, na proporção das anteriormente possuídas, ocorrida em virtude de cisão, fusão ou incorporação, pela transferência de parcelas de um patrimônio para o de outro, não caracteriza alienação para efeito da incidência do imposto sobre a renda.

A data de aquisição é a de compra ou subscrição originária, não tendo havido emissão ou entrega de novos títulos representativos da participação societária.

Nesse sentido, importante esclarecer que, nos termos do *caput* do artigo 21 da Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995, os bens transferidos em virtude da cisão poderão ser avaliados por seu valor de mercado ou a valor contábil.

No caso de avaliação por meio do valor contábil, não se deveria registrar ganho de capital em virtude de cisão. Por outro lado, no caso de avaliação em conformidade com o valor de mercado, a diferença entre o valor contábil e o valor de mercado dos bens transferidos deve ser classificada como ganho de capital, exclusivamente da perspectiva da pessoa jurídica.

Na hipótese de pessoa jurídica tributada com base no lucro presumido ou arbitrado, que optar pela avaliação a valor de mercado, a diferença entre este e o custo de aquisição, diminuído dos encargos de depreciação, amortização ou exaustão, será considerada ganho de capital.

Por outro lado, se a sociedade é tributada com base no lucro real, o ganho de capital deverá ser adicionado à base de cálculo do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas ("IRPJ") e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido ("CSLL") integralmente.

Ocorre que, nos termos dos artigos 440 e 441 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto n. 3.000, de 26 de março de 1999 ("RIR/1999"), a contrapartida do aumento do valor de bens do ativo em virtude de reavaliação na cisão não será computada para determinar o lucro real enquanto mantida em reserva de reavaliação na sociedade cindida ou em uma ou mais das sociedades resultantes da cisão. O valor da reserva somente deverá ser computado no lucro real do período em que for utilizado para aumento do capital social, ou no período de apuração em que haja a realização de tal reserva, no montante do aumento do valor dos bens reavaliados que tenha sido realizado no período, inclusive mediante alienação.

No entanto, a Lei n. 11.638, de 28 de dezembro de 2007, inovou o sistema jurídico, excluindo a previsão de tal conta de reserva para reavaliação, instituindo, em seu lugar, conta de ajuste de avaliação patrimonial, que só pode ser utilizada nos casos permitidos em lei. Pela leitura deste artigo, seria possível inferir que sociedades não mais poderiam utilizar-se de tal conta de reavaliação.

Entretanto, por disposição expressa do artigo 16 da Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009, as alterações trazidas pela Lei n. 11.638/2007 não devem gerar efeitos tributários para as pessoas jurídicas que estejam sujeitas ao Regime Tributário de Transição ("RTT"), de observância obrigatória a partir do ano-calendário de 2010⁷.

Em tese, portanto, caso a extinção da conta de reserva de reavaliação represente efeitos fiscais negativos para os contribuintes,

tais efeitos deverão, de alguma forma, ser neutralizados em virtude do RTT. O objetivo dos artigos 440 e 441 do RIR/1999 foi justamente garantir que a reavaliação na cisão não traga reflexos fiscais até o momento da realização dos ativos reavaliados. Não sendo necessária a reavaliação, a situação do contribuinte continuará sendo exatamente a mesma, independentemente da aplicação do RTT.

Vale ressaltar, ainda, que a Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009, também alterou o artigo 226 da Lei n. 6.404/76, cujo § 3^o prevê que a Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) estabelecerá normas especiais de avaliação e contabilização aplicáveis às operações de fusão, incorporação e cisão que envolvam companhia aberta. Nesse sentido, esclareça-se que, por meio da Deliberação CVM n. 580/2009, foi aprovado o Pronunciamento do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (“CPC”) n. 15, o qual se aplica à combinação de negócios, que existirá quando os ativos adquiridos e os passivos assumidos constituírem um negócio. Nesse caso, os bens transferidos devem ser avaliados de acordo com o seu valor justo. De acordo com o já citado RTT, as disposições do CPC n. 15 não podem gerar efeitos fiscais para os contribuintes.

11.3.2 Cancelamento do prejuízo fiscal: base de cálculo negativa em decorrência de cisão

Em conformidade com o artigo 514 do RIR/1999⁸, não é permitido às sociedades sucessoras compensar os prejuízos fiscais e base de cálculo negativa da sociedade cindida. No caso de cisão parcial, a pessoa jurídica cindida poderá compensar os seus próprios prejuízos, proporcionalmente à parcela remanescente do patrimônio líquido.

Em outras palavras, no caso de cisão total – com a extinção da sociedade cindida –, há o cancelamento integral dos prejuízos fiscais

e da base de cálculo negativa existentes na sociedade cindida. No caso de cisão parcial, os prejuízos fiscais existentes na sociedade cindida serão cancelados proporcionalmente ao valor da parcela do patrimônio líquido transferido.

Importante salientar que a jurisprudência do antigo Conselho de Contribuintes, substituído pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais ("CARF"), havia se firmado no sentido de que na hipótese de cisão total, no momento da elaboração do balanço da cisão, o montante dos prejuízos fiscais e base de cálculo negativa proporcionais à parcela do patrimônio líquido transferido poderá ser compensado sem que seja observado o limite de 30% (trinta por cento) previsto pelos artigos 15 e 16 da Lei n. 9.065, de 20 de junho de 1995⁹. A título exemplificativo, citem-se os Acórdãos ns. 101-94.515, proferido em 17 de março de 2004, e 101-96.509, proferido em 22 de janeiro de 2008¹⁰. Há decisão do Superior Tribunal de Justiça ("STJ") que corrobora esse entendimento¹¹.

Contudo, vale ressaltar que, em 17 de agosto de 2010, foi publicado o Acórdão n. 105-148.140, da Primeira Turma da Câmara Superior do CARF, que, por meio de voto de qualidade, decidiu pela impossibilidade de compensação integral de prejuízo fiscal para a empresa objeto de reestruturação societária (fusão, cisão, incorporação). Embora referido acórdão analise especificamente a possibilidade de aproveitamento integral de prejuízos fiscais no caso de incorporação, seus principais fundamentos aplicam-se também aos casos de cisão.

De fato, nos termos do referido acórdão, a possibilidade de compensação de prejuízos fiscais tratar-se-ia de um benefício fiscal, e, portanto, a legislação correlata deveria ser interpretada de forma restritiva, conforme artigo 111 do Código Tributário Nacional¹². No entanto, destaque-se que a compensação de prejuízos fiscais não se

trata de benefício fiscal, mas decorre da impossibilidade de se tributar, por meio de IRPJ e CSLL, valores que não correspondam à renda ou ao lucro, respectivamente, sob pena de violação aos artigos 153, inciso III, e 195, inciso I, alínea c, da Constituição Federal, bem como do artigo 43 do Código Tributário Nacional.

11.3.3 Incidência do ICMS sobre a transferência de estoque e bens do ativo permanente em virtude de cisão

O artigo 3^a, inciso VI, da Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996, é claro no sentido de que o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação ("ICMS") não incide sobre "operações de qualquer natureza de que decorra a transferência de propriedade de estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie".

Dessa forma, se, em virtude da cisão, ocorrer a transferência de um estabelecimento em sua integralidade, não haverá a incidência de ICMS sobre os estoques e os bens do ativo permanente.

Nas hipóteses em que não há a transferência, não há disposição expressa na Lei Complementar n. 87/96 quanto ao tratamento que deve ser aplicado ao estoque e aos bens do ativo permanente transferidos em função da cisão.

A Primeira Turma do STJ, em 19 de junho de 2001, decidiu, no julgamento do Recurso Especial n. 242.721/SC, que não há, na cisão, alienação de bens que justifique a imposição do ICMS¹³. De acordo com o relator, na cisão não há transferência de patrimônio, sendo "impossível cogitar em fato gerador de ICMS", visto que não há "a circulação de mercadorias, pois não saíram de um estabelecimento para outro, tudo se resumindo em acertamento contábil e alteração das novas composições societárias contratadas, ficando esmaecida a circulação física das mercadorias".

Não obstante, vale destacar que esse não é o entendimento que vem sendo adotado pelas autoridades fiscais. A título exemplificativo, esclareça-se que, por meio da Resposta à Consulta n. 561/2001, de 10 de outubro de 2001, a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo formalizou o seu entendimento no sentido de que incide o ICMS sobre a transferência de estoque na hipótese em que, em virtude de cisão parcial, há transferência de parte do estoque de um dado estabelecimento que permanece em atividade após a cisão parcial, para uma nova sociedade. Veja-se:

Desmembrado parte de um estabelecimento para a criação e destinação à empresa nova, esta deverá proceder, de direito e de fato, como quem inicia a atividade econômica, inclusive quanto à inscrição junto aos órgãos competentes e à escrituração dos livros pertinentes.

(...)

Vale registrar, ainda, que não se trata da hipótese prescrita no inciso VI do artigo 3º da Lei Complementar 87/1996, pois não ocorre a transferência de um estabelecimento completo¹⁴.

Deve-se destacar que, caso seja adotado o entendimento acima, o estabelecimento que recebe o estoque em virtude da cisão fará jus ao crédito do ICMS incidente sobre o estoque recebido em virtude de cisão.

11.3.4 Incidência do IPI sobre a transferência de estoque e bens do ativo permanente em razão de cisão

A transferência de estoques e bens do ativo permanente em virtude de cisão não está sujeita à incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados ("IPI"), de acordo com o entendimento das autoridades fiscais, formalizado por meio do Parecer Normativo da Coordenadoria do Sistema de Tributação ("CST") n. 24/70:

Fusão, transformação de pessoa jurídica de direito privado, com transferência dos produtos para nova sociedade. Se não ocorrer saída real dos produtos para outro local, não se configura qualquer das hipóteses contempladas na lei como dando origem à obrigação tributária. Também não é o caso de “saída ficta”. Garantia do Fisco.

11.3.5 Incidência de ITBI sobre bens imóveis

Em conformidade com artigo 156, § 2^o, inciso 1^o, da Constituição Federal, o Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (“ITBI”) não incide sobre a transmissão de bens e direitos decorrente de cisão da pessoa jurídica, salvo se a atividade preponderante da sociedade para a qual for vertido o patrimônio da sociedade cindida for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

O artigo 37 do Código Tributário Nacional, ao disciplinar o preceito constitucional acima, define que a sociedade, para a qual parcela do patrimônio seja vertida, terá como atividade preponderante a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição, quando mais de 50% (cinquenta por cento) da sua receita operacional, nos 2 (dois) anos anteriores e nos 2 (dois) anos subsequentes à aquisição, decorrer das referidas transações. Caso tal sociedade inicie suas atividades após a aquisição, ou menos de 2 (dois) anos antes dela, apurar-se-á a preponderância referida no parágrafo anterior levando em conta os 3 (três) primeiros anos seguintes à data da aquisição¹⁵.

11.4 Documentos fiscais da cisão

11.4.1 Certidões fiscais

A Instrução Normativa n. 88, de 2 de agosto de 2001, do Departamento Nacional de Registro do Comércio (“DNRC”), dispõe sobre o arquivamento dos atos de transformação, incorporação, fusão e cisão de sociedades mercantis. Nos seus termos, além de todos os documentos societários referentes à cisão, deverão ser apresentadas também certidões de débitos fiscais da sociedade cindida¹⁶. Tais certidões devem ser negativas, ou seja, atestar que a sociedade cindida não tem débitos fiscais, ou, positivas com efeito de negativas. A teor do artigo 206 do Código Tributário Nacional, essa última espécie de certidão é expedida quando as sociedades têm débitos, mas a sua exigibilidade está suspensa, em conformidade com o disposto no artigo 151 do Código Tributário Nacional¹⁷, ou, ainda, quando os débitos estejam em cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora.

Embora esse pareça um requisito de pequena relevância, deve-se ressaltar que muitas cisões não são implementadas em virtude da existência de débitos da sociedade cindida que não têm exigibilidade suspensa, ou, ainda, em razão de a sociedade cindida não obter, dentro do prazo necessário, certidão positiva com efeitos de negativa¹⁸.

11.4.2 Balanço de encerramento

Em conformidade com o artigo 235 do RIR/1999, a pessoa jurídica que tiver parte ou todo o seu patrimônio absorvido em função de cisão parcial deverá levantar balanço de encerramento correspondente à data da deliberação que aprovou a cisão. Além disso, em conformidade com o referido dispositivo legal, o balanço de encerramento deverá ser levantado em até 30 (trinta) dias antes do evento.

O artigo 58 da Instrução Normativa n. 11, de 21 de fevereiro de 1996, estabelece que também estão obrigadas a levantar balanço de

encerramento as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro presumido e arbitrado.

Os tributos devidos até a data da cisão deverão ser pagos até o último dia útil do mês subsequente ao da ocorrência do evento.

De acordo com o artigo 5^a da Lei n. 9.959, de 27 de janeiro de 2000¹⁹, as disposições acima abordadas, quanto à necessidade de apresentação de balanço de encerramento e do pagamento dos tributos devidos, aplicam-se também à pessoa jurídica incorporadora, salvo nos casos em que as pessoas jurídicas, incorporadora e incorporada, estiverem sob o mesmo controle societário desde o ano-calendário anterior ao do evento.

11.4.3 Declaração de rendimentos

Nos termos do artigo 235 do RIR/1999, a pessoa jurídica cindida deverá, ainda, apresentar declaração de rendimentos correspondente ao período transcorrido durante o ano-calendário, em seu próprio nome, até o último dia útil do mês subsequente ao do evento.

11.5 Outras questões fiscais

11.5.1 Parcelamentos fiscais

A possibilidade de transferência de parcelamentos em virtude de cisão dependerá da legislação que regulamenta cada espécie de parcelamento. A título exemplificativo, comenta-se a Resolução do Comitê Gestor do Programa de Recuperação Fiscal ("REFIS") n. 13, de 22 de junho de 2001, que disciplina o tratamento que deverá ser dado na hipótese de cisão de pessoa jurídica optante do REFIS criado pela Lei n. 9.964, de 10 de abril de 2000.

Nos termos do referido dispositivo normativo, as pessoas jurídicas que absorverem o patrimônio vertido devem assumir, de forma expressa e irretratável, entre si e, no caso de cisão parcial, com a própria cindida, a condição de responsáveis solidários pela totalidade do débito consolidado, independentemente da proporção do patrimônio vertido. Entretanto, o débito será atribuído integralmente apenas a uma pessoa jurídica, que será declarada a optante pelo REFIS. A assunção da responsabilidade solidária deve ser formalizada mediante Termo de Responsabilidade Solidária.

11.5.2 Benefícios fiscais

Os benefícios fiscais geralmente se relacionam com a atividade desempenhada pela sociedade. Nesse sentido, é possível sustentar que, desde que mantidas as operações conforme o estipulado pelo ato concessório, não haveria razões para se cancelar tais benefícios.

Nesse sentido, esclareça-se que, em 28 de dezembro de 2006, foi editada a Lei n. 11.434, cujo artigo 8^o[20](#) estabelece que os incentivos fiscais por prazo certo e concedidos sob determinadas condições *poderão* ser transferidos à pessoa jurídica incorporadora mediante sua requisição. Note-se que referido dispositivo não faz menção à operação de cisão.

11.6 Considerações finais

Como visto, há vários aspectos fiscais polêmicos relacionados à cisão de sociedades decorrentes, especialmente, da inexistência de legislação que regule expressamente os efeitos tributários de tal espécie de reorganização societária, ainda que se trate de uma forma de reorganização usada de forma recorrente pelos contribuintes.

O objetivo do presente artigo foi apenas apresentar, em linhas gerais, os principais aspectos fiscais relacionados à cisão e o posicionamento que vem sendo adotado pela doutrina e pela jurisprudência nesses casos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto n. 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3000.htm>. Acesso em: 8 nov. 2010.

_____. Decreto-lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del1598.htm>>. Acesso em: 11 nov. 2010.

_____. Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/Leis/2009/lei11941.htm>>. Acesso em: 5 nov. 2010.

_____. Lei n. 11.638, de 27 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111638.htm>. Acesso em: 5 nov. 2010.

_____. Lei n. 9.964, de 10 de abril de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9964compilada.htm>. Acesso em: 8 nov. 2010.

_____. Lei n. 9.959, de 27 de janeiro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9959.htm>. Acesso em: 8 nov. 2010.

_____. Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9249.htm>>. Acesso em: 8 nov. 2010.

_____. Lei n. 9.065, de 20 de junho de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9065.htm>>. Acesso em: 11 nov. 2010.

_____. **Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 4 nov. 2010.

_____. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 8 nov. 2010.

_____. **Lei Complementar n. 87, de 14 de setembro de 1996.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/LCP/Lcp87.htm>>. Acesso em: 11 nov. 2010.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas.** São Paulo: Saraiva, 2009.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS. **Acórdão n. 105-148.140.** Primeira Turma da Câmara Superior. Disponível em: <<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudencia.jsf>>. Acesso em: 11 nov. 2010.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE REGISTRO DO COMÉRCIO. **Instrução Normativa n. 88, de 2 de agosto de 2001.** Disponível em: <<http://www.dnrc.gov.br/legislacao/normativa/in88.htm>>. Acesso em: 8 nov. 2010.

RECEITA FEDERAL. **Instrução Normativa n. 11, de 21 de fevereiro de 1996.** Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/ins/ant2001/Ant1997/1996/in_srf01196.htm>. Acesso em: 8 nov. 2010.

_____. **Resolução do Comitê Gestor do Programa de Recuperação Fiscal n. 13, de 22 de junho de 2001.** Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Resolucao/2001/Resol13.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

_____. **Instrução Normativa n. 11, de 21 de fevereiro de 1996.** Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/ins/ant2001/Ant1997/1996/in_srf01196.htm>. Acesso em: 8 nov. 2010.

TÔRRES, Heleno. **Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais.** São Paulo: RT, 2001.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n. 242.721/SC.** Primeira Turma. Relator: Ministro José Delgado. J. 19-6-2001. Disponível

em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=242721&b=ACOR>. Acesso em: 8 nov. 2010.

OFICINAS – ESTUDOS DE CASO

OFICINA VI – Cisão de empresas como estratégias em reorganizações societárias

Cisão de empresas como estratégia em reorganização societária

- Direito Societário
 - Conceito e Finalidade das Operações de Cisão sob a Ótica Societária
 - Modalidades: Cisão Parcial e Cisão Total
 - Passo a Passo na operação de Cisão
 - Diretos dos Credores na Cisão
 - Oposição e Anulação
- Direito Tributário
 - Finalidade das Operações de Cisão sob a Ótica Tributária – Planejamento Fiscal
 - Tributos Incidentes nas Operações de Cisão

Caso

MDI Ltda. (“MDI”) é uma sociedade empresária limitada, que atua no ramo de incorporação imobiliária, sendo titular da propriedade, dentre outros ativos, de um terreno situado na Avenida A, Rua B e Avenida C, no Distrito de Cachoeirinha, com área total de 261.860,28m², melhor descrito e caracterizado na Matrícula n. 999.999 do 9º Cartório de Registro de Imóveis de São Paulo, cadastrado na Prefeitura Municipal de São Paulo sob os ns. 111.111.111-8, 222.222.222-0 e 333.333.333-5 (“Imóvel”). O custo de aquisição do Imóvel encontra-se registrado no Balanço da MDI, na conta estoque, no valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

A propriedade do Imóvel, conforme declara e garante a MDI desde já, não sofre restrição de qualquer natureza, estando livre e desembaraçado de todo e qualquer ônus, judicial ou extrajudicial, real ou pessoal, tais como hipotecas legais ou convencionais, arresto ou sequestro, foro ou pensão, exceto quanto à dívida de ITPU no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

A MDI celebrou com a LOTEADORA S.A. (“Loteadora”), Instrumento Particular de Loteamento, venda de lotes, recebimento de valores e outras avenças, para o empreendimento imobiliário a ser desenvolvido no Imóvel.

A ABC S.A. (“ABC”) é uma sociedade empresária por ações que atua no mesmo ramo que a MDI, desenvolvendo empreendimentos imobiliários com grande destaque na mídia e no mercado imobiliário em geral, e viu no empreendimento a ser desenvolvido no Imóvel pela MDI uma boa oportunidade de negócio. Assim, ABC tem intenção de participar do

empreendimento imobiliário a ser desenvolvido no Imóvel, pela MDI, aportando recursos para viabilizar o empreendimento, contudo busca a estrutura jurídica mais adequada, levando em consideração a necessidade de divulgação de sua participação no empreendimento, custos e ônus, que eventualmente venha a suportar, e participação societária igualitária com a MDI.

1. Levando-se em consideração (i) a intenção da ABC em participar do empreendimento imobiliário, a ser desenvolvido no Imóvel pela MDI, com divulgação de sua participação perante o mercado, participando nos lucros e nas perdas do negócio jurídico, bem como a (ii) intenção de minimizar os riscos decorrentes da sucessão, apresente a solução jurídica mais adequada, sob o aspecto societário, fiscal e sucessório, justificando: (a) constituição de nova sociedade empresária formada por MDI e ABC em que MDI conferirá o imóvel ao capital social na nova sociedade e a ABC integralizará sua participação societária em moeda corrente nacional; ou (b) venda de participação societária pelos sócios da MDI à ABC; ou (c) cisão parcial da MDI, mediante versão da parcela cindida, que corresponderá ao patrimônio líquido da sociedade que não será objeto da operação (ativo e correspondente passivo) para uma nova sociedade empresária (“NEWCO”), com posterior ingresso da ABC na MDI, mediante aumento do capital social em moeda corrente nacional; ou (d) constituição de uma Sociedade em Conta de Participação – SCP.

2. Demonstrar contabilmente, completando os quadros a seguir (Balanço Social), como se dará a operação, se efetivada através da cisão parcial da MDI, bem como qual será a nova situação contábil da MDI após a cisão parcial.

| MDI (antes da cisão) | | | |
|------------------------|-------------------|---------------------------|-------------------|
| ATIVO | | PASSIVO | |
| CIRCULANTE | 405.000,00 | CIRCULANTE | 275.000,00 |
| Disponibilidades | 5.000,00 | Dívidas com terceiros | 180.000,00 |
| Estoques | 150.000,00 | Obrigações Tributárias | 95.000,00 |
| Exigível a longo prazo | 250.000,00 | PATRIMÔNIO LÍQUIDO | 180.000,00 |
| PERMANENTE | 50.000,00 | Capital Social | 179.000,00 |
| Investimentos | 50.000,00 | Reserva Legal | 1.000,00 |
| Total do Ativo | 455.000,00 | Total Passivo | 455.000,00 |

| NEWCO (parcela vertida MDI) | |
|------------------------------------|----------------------|
| ATIVO | PASSIVO |
| | |
| Total do Ativo | Total Passivo |

| MDI (pós cisão e ingresso ABC) | |
|---------------------------------------|----------------------|
| ATIVO | PASSIVO |
| | |
| Total do Ativo | Total Passivo |

3. Levando-se em consideração (i) que a MDI possuía, antes da operação da cisão, consoante o Balanço anteriormente apresentado, um passivo no valor de R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais), registrado na conta do passivo sob a rubrica dívidas com terceiros, que representa o financiamento bancário realizado pela MDI para o desenvolvimento de outros empreendimentos imobiliários; (ii) que esse passivo foi vertido para NEWCO; e que a (iii) MDI e a NEWCO estabeleceram restringir a solidariedade apenas à parcela vertida para a NEWCO, apontar as medidas a serem adotadas na condição

de credor da MDI. As providências a serem adotadas alcançam outros eventuais credores da MDI? Justifique suas respostas.

4. Apresentar as diferenças entre a cisão parcial e a cisão total da empresa, abordando inclusive o aspecto sucessório.

5. Qual o impacto da Lei n. 11.638/2007 nas operações de cisão realizadas a partir da data da sua promulgação, para as sociedades por ações e sociedades limitadas? Haveria incidência do novo dispositivo legal para a operação de cisão sugerida na alínea *c* da questão 1 *supra*?

Material de Apoio

Anexo I: Texto de Apoio: ALVES, Adler A. de Cruz. **A legalidade da fusão, cisão e incorporação de empresas como instrumentos de planejamento tributário**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3583>>.

REFERÊNCIAS

BULGARELLI, Waldirio. **Fusões, incorporações e cisões de sociedades**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CARVALHOSA, Modesto. *In*: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (Coord.). **Comentários ao Código Civil**: parte especial: do direito de empresa (arts. 1.052 a 1.195). São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4, t. I.

CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de *et al.* **Reorganização societária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HIGUCHI, Hiromi *et al.* **Imposto de Renda das Empresas. Interpretação e Prática**. São Paulo: IR Publicações, 2007.

IUDÍCIBUS, Sérgio de *et al.* **Manual de contabilidade das sociedades por ações (aplicável às demais sociedades)**. São Paulo: Atlas, 2007.

Bibliografia Complementar

CARVALHOSA, Modesto; EIZERIK, Nelson. **A nova Lei das S.A.** São Paulo: Saraiva, 2002.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Pareceres**. São Paulo: Singular, 2004.

LUCENA, José W. **Das sociedades limitadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MESSINA, Paulo de Lorenzo; FORGIONI, Paula A. **Sociedades por ações: jurisprudência, casos e comentários**. São Paulo: RT, 1999.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Cisão, fusão, incorporação como instrumentos de planejamento tributário. **Revista de Estudos Tributários**, n. 5, p. 120, jan./fev. 1999.

TEBECHRANI, Alberto *et al.* **Regulamento do imposto de renda 2005**. São Paulo: Resenha – Gráfica, Editora e Distribuidora de Livros, v. I e II.

Legislação aplicável²¹

Legislação Constitucional (disponível em: <www.planalto.gov.br>).

Legislação Ordinária Federal (disponível em: <www.planalto.gov.br>).

Lei n. 6.404/64 [art. 229].

Lei n. 10.406/2002 [arts. 1.113 a 1.122].

Lei n. 9.249/95 [art. 21].

Lei n. 9.430/96 [art. 5º].

Lei n. 9.959/2000 [art. 5º].

Lei n. 11.638/2007.

¹ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários a Lei de Sociedades Anônimas**, p. 300.

² CARVALHOSA, Modesto. *Op. cit.*, p. 305-306.

³ “Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

§ 1º A assembleia-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.

§ 2º 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.

§ 3º Aprovados pela assembleia-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.”

4 “A relação obrigacional admite alterações na composição de seus elementos essenciais, que se efetuam no curso de sua existência, sem lhe atingir a individualidade. O vínculo subsiste na sua identidade, apesar das modificações, mediante processo técnico que as legislações modernas consagram.

As alterações podem ser introduzidas no elemento pessoal, no elemento material e no elemento causal.

Verificam-se no elemento pessoal pela substituição de um dos sujeitos da relação. *Ocorre, nesse caso, sucessão. Compreende, ‘lato sensu’, todas as situações nas quais um sujeito de direito toma o lugar de outro em determinada relação jurídica, seja por negócio ‘inter vivos’ ou ‘mortis causa’, a título singular ou a título universal.*” (grifamos) (**Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 197).

5 Para mais desdobramentos sobre o direito dos credores sob a perspectiva da Lei das S/A, confira, nesta obra coletiva, o seguinte texto: COELHO, Alessandra Gobetti Vieira. **Cisão de empresas como estratégia em reorganizações societárias** (Capítulo 9).

6 Confira, sobre o tema, os comentários feitos no seguinte artigo do presente livro: LEVY, Luciana Zechin Portas. **Operação de cisão sob a ótica tributária** (Capítulo 10).

7 “Art. 16. As alterações introduzidas pela Lei n. 11.638, de 28 de dezembro de 2007, e pelos arts. 37 e 38 desta Lei que modifiquem o critério de reconhecimento de receitas, custos e despesas computadas na apuração do lucro líquido do exercício definido no art. 191 da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, não terão efeitos para fins de apuração do lucro real da pessoa jurídica sujeita ao RTT, devendo ser considerados, para fins tributários, os métodos e critérios contábeis vigentes em 31 de dezembro de 2007.”

8 “Art. 514. A pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão não poderá compensar prejuízos fiscais da sucedida (Decreto-Lei n. 2.341, de 1987, art. 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 n. 2.341, de 1987, art. 33, parágrafo único).”

9 “Art. 15. O prejuízo fiscal apurado a partir do encerramento do ano-calendário de 1995 poderá ser compensado, cumulativamente com os prejuízos fiscais apurados até 31 de dezembro de 1994, com lucro líquido ajustado pelas adições e exclusões previstas na

legislação do imposto de renda, observado o limite máximo, para a compensação, de trinta por cento do referido lucro líquido apurado.”

“Art. 16. A base de cálculo da contribuição social sobre o lucro, quando negativa, apurada a partir do encerramento do ano-calendário de 1995, poderá ser compensada, cumulativamente com a base de cálculo negativa apurada até 31 de dezembro de 1994, com o resultado do período de apuração ajustado pelas adições e exclusões previstas na legislação da referida contribuição social, determinado em anos-calendários subsequentes, observado o limite máximo de trinta por cento, previsto no art. 58 da Lei n. 8.981, de 1995.”

10 “COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS – LIMITE LEGAL – BALANÇO DE CISÃO – LIMITAÇÃO DE 30% NA COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS – O artigo 33 do Decreto-lei n. 2.341/87 determina que a pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão não poderá compensar prejuízos fiscais da sucedida, dispondo seu parágrafo único que, no caso de cisão parcial, a pessoa jurídica cindida poderá compensar os seus próprios prejuízos, proporcionalmente à parcela remanescente do patrimônio líquido. Em relação à parcela proporcional ao patrimônio líquido transferido, a limitação retiraria a possibilidade de compensação. Por essa razão, no balanço da cisão, a parcela de prejuízos proporcional ao patrimônio transferido pode ser compensada independentemente da limitação de 30%. 1ª CC./1ª Câmara/ACÓRDÃO 101-94.515 em 17.03.2004. Publicado no DOU em: 21.05.2004.”

“COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS – TRAVA – CISÃO – Em relação à parcela proporcional ao patrimônio líquido transferido, a limitação retiraria a possibilidade de compensação. Por essa razão, no balanço da cisão, a parcela do prejuízo proporcional ao patrimônio transferido pode ser compensada independentemente da limitação de 30% do lucro líquido ajustado. 1ª Conselho de Contribuintes/1ª Câmara/ACÓRDÃO 101-96.509 em 22.01.2008. Publicado no DOU em: 09.09.2008.”

11 “TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. CISÃO PARCIAL DA PESSOA JURÍDICA. COMPENSAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. CORRESPONDÊNCIA AOS RENDIMENTOS EFETIVAMENTE AUFERIDOS PELA EMPRESA CINDIDA.

I – Na hipótese em tela, ocorreu a cisão parcial da empresa Multidigit S/A, em 27/06/85, oportunidade em que transferiu 90% de seu patrimônio líquido a Multidigit Tecnologia S/A, ocorrendo, posteriormente, em 23/01/87, a incorporação do acervo remanescente daquela por esta.

II – Na declaração de renda do exercício financeiro de 1986, período-base de 01/07/84 a 30/06/85, a incorporada efetuou a compensação do imposto de renda retido na fonte sobre a integralidade do rendimento de suas aplicações financeiras, no aludido período, com o IRPJ devido, correspondente a 10% do crédito remanescente.

III – Na interpretação dada ao 7º, § 6º, do Decreto-lei n. 1.641/78, por meio do art. 514 do Regulamento do Imposto de Renda 1980 e do item 1, alínea “b”, da Instrução Normativa n. 17/85 da Secretaria da Receita Federal, em ocorrendo a versão de parte do patrimônio líquido da empresa incorporada à empresa incorporadora, é de lógica cristalina que aquela só poderá compensar o imposto de renda pago na fonte na proporção das receitas financeiras que houverem remanescido em seu nome, ou seja, cujos rendimentos tenham sido, de fato, obtidos pela incorporada.

IV – A compensação do imposto de renda, sobre os rendimentos advindos dos títulos de renda fixa, deverá corresponder ao montante que sofrerá a tributação do IRPJ, quando da declaração anual do tributo, o qual corresponde, *in casu*, a 10% da receita, após a transferência do patrimônio à empresa incorporadora.

V – Recurso especial conhecido e improvido.” (REsp 400412/RS, julgado pela Primeira Turma, em 7-3-2006.)

12 “Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I – suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II – outorga de isenção;

III – dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.”

13 “Tributário – ICMS – Comercial – Sociedade comercial – Transformação – Incorporação – Fusão – Cisão – Fato gerador – Inexistência.

I – Transformação, incorporação, fusão e cisão constituem várias facetas de um só instituto: a transformação das sociedades. Todos eles são fenômenos de natureza civil, envolvendo apenas as sociedades objeto da metamorfose e os respectivos donos de cotas ou ações. Em todo o encadeamento da transformação não ocorre qualquer operação comercial.

II – A sociedade comercial – pessoa jurídica corporativa pode ser considerada um condomínio de patrimônios ao qual a ordem jurídica confere direitos e obrigações diferentes daqueles relativos aos condôminos (Kelsen).

III – Os cotistas de sociedade comercial não são, necessariamente, comerciantes. Por igual, o relacionamento entre a sociedade e seus cotistas é de natureza civil.

IV – A transformação em qualquer de suas facetas das sociedades não é fato gerador de ICMS.”

[14](#) TÔRRES, Heleno. **Livro direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais**. São Paulo: RT, 2001, p. 496-498.

[15](#) Segundo o § 3º, do artigo 37, do Código Tributário Nacional, verificada a preponderância referida naquele artigo, o ITBI tornar-se-á devido, nos termos da lei vigente à data da aquisição, sobre o valor do bem ou direito nessa data.

[16](#) Mais especificamente, deverão ser apresentadas as seguintes certidões:

I – Certidão de Quitação de Tributos e Contribuições Federais, para com a Fazenda Nacional, emitida pela Secretaria da Receita Federal;

II – Certidão Negativa de Débito (“CND”), fornecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social (“INSS”);

III – Certificado de Regularidade do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (“FGTS”), expedido pela Caixa Econômica Federal;

IV – Certidão Negativa de Inscrição de Dívida Ativa da União, fornecida pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

[17](#) “Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I – moratória;

II – o depósito do seu montante integral;

III – as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV – a concessão de medida liminar em mandado de segurança;

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela LCP n. 104, de 10-1-2001)

VI – o parcelamento. (Incluído pela LCP n. 104, de 10-1-2001)

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.”

[18](#) Não é raro que, ainda que a exigibilidade dos débitos esteja suspensa, as autoridades fiscais se recusem a expedir a certidão positiva com efeitos de negativa, sendo necessária a propositura de ação judicial.

[19](#) “Art. 5º Aplica-se à pessoa jurídica incorporadora o disposto no art. 21 da Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e no § 1º do art. 1º da Lei n. 9.430, de 1996, salvo nos casos

em que as pessoas jurídicas, incorporadora e incorporada, estivessem sob o mesmo controle societário desde o ano-calendário anterior ao do evento”.

20 “Art. 8º Os incentivos e benefícios fiscais concedidos por prazo certo e em função de determinadas condições a pessoa jurídica que vier a ser incorporada *poderão* ser transferidos, por sucessão, à pessoa jurídica incorporadora, mediante requerimento desta, desde que observados os limites e as condições fixados na legislação que institui o incentivo ou o benefício, em especial quanto aos aspectos vinculados:

I – ao tipo de atividade e de produto;

II – à localização geográfica do empreendimento;

III – ao período de fruição;

IV – às condições de concessão ou habilitação.

§ 1º A transferência dos incentivos ou benefícios referidos no *caput* deste artigo poderá ser concedida após o prazo original para habilitação, desde que dentro do período fixado para a sua fruição.

§ 2º Na hipótese de alteração posterior dos limites e condições fixados na legislação referida no *caput* deste artigo, prevalecerão aqueles vigentes à época da incorporação.

§ 3º A pessoa jurídica incorporadora fica obrigada, ainda, a manter, no mínimo, os estabelecimentos da empresa incorporada nas mesmas Unidades da Federação previstas nos atos de concessão dos referidos incentivos ou benefícios e os níveis de produção e emprego existentes no ano imediatamente anterior ao da incorporação ou na data desta, o que for maior.

§ 4º Na hipótese do art. 11 da Lei n. 9.440, de 14 de março de 1997, é vedada a alteração de benefício inicialmente concedido para a produção dos produtos referidos nas alíneas *a* a *e* do § 1º do art. 1º da citada Lei, para os referidos nas alíneas *f* a *h*, e vice-versa.”

21 A indicação de legislação não exclui eventual necessidade de o aluno pesquisar outros veículos normativos que entenda cabíveis, devendo, ainda, estar atento às constantes atualizações sobre o tema.

12 INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL COM BENS MÓVEIS, IMÓVEIS E INTANGÍVEIS: CUSTO DE AQUISIÇÃO X VALOR DE MERCADO; GANHO DE CAPITAL X DEVOLUÇÃO DE CAPITAL

Vanessa Rahal Canado

Coordenadora e professora do Programa de Educação Continuada e Especialização em Direito Tributário do GVlaw; doutoranda e mestrapela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP; advogada-orientadora da Clínica de Prática Jurídica Tributária da graduação de Direito GV; colaboradora do Núcleo de Estudos Fiscais da Direito GV e advogada em São Paulo.

12.1 Aspectos tributários da integralização de capital

A integralização do capital de uma sociedade pode ser feita com bens móveis, imóveis ou intangíveis. Os efeitos tributários dessa operação podem ser divididos em cinco grupos de tributos: (i) Imposto sobre a Renda Pessoa Física (IRPF), (ii) Imposto sobre a Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), (iii) Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), (iv) Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) e (v) Impostos sobre Operações de Câmbio (IOF-Câmbio). A incidência do Imposto de Renda (IR) não varia conforme o bem seja móvel, imóvel ou intangível, mas varia conforme a pessoa que integraliza (física ou jurídica). O ITBI somente é aplicável nas hipóteses de integralização com bens imóveis. O PIS e a COFINS, via

de regra, não incidem por expressa disposição legal, e o IOF-Câmbio, por sua vez, apenas importará quando a integralização for feita com capital estrangeiro.

12.2 Incidência do Imposto sobre a Renda – integralizações de capital por pessoas físicas

A legislação atualmente permite que se escolha entre realizar a integralização de capital pelo (i) custo de aquisição ou pelo (ii) valor de mercado do bem¹.

Para as pessoas físicas, o valor do *custo de aquisição* de um bem móvel ou imóvel é aferido pela sua Declaração de Imposto de Renda de Pessoa Física (DIRPF). Assim, caso uma pessoa física decida integralizar o capital de uma sociedade com um carro de sua propriedade, por exemplo, o valor do custo de aquisição do veículo, para efeitos tributários, será aquele declarado em sua DIRPF. Caso a integralização de capital seja feita pelo valor do custo de aquisição do bem, não haverá incidência do IRPF.

O valor de mercado de um bem pode ser inferior ou superior ao seu custo de aquisição. No caso dos carros, por exemplo, o valor de mercado tende a ser, sempre, inferior ao valor do custo de aquisição. Nessas hipóteses, não há que se falar em efeitos tributários de IRPF. Por outro lado, caso o valor de mercado do bem seja superior ao valor do custo de aquisição e a pessoa física decida integralizar o capital da sociedade tomando como base o valor de mercado, a diferença positiva entre um e outro será objeto de tributação pelo IRPF.

A diferença positiva entre o valor que alguém transfere a propriedade de um bem (por meio de venda, doação ou mesmo pela integralização de capital, na qual a propriedade do bem é transferida

para a sociedade) e seu custo de aquisição é chamada pela legislação tributária de *ganho de capital*. O ganho de capital é uma das formas pela qual se manifesta o acréscimo patrimonial, hipótese de incidência do IR².

Contudo, diferentemente do acréscimo patrimonial que experimentamos quando recebemos um salário ou prestamos um serviço – hipóteses em que o IRPF incide com alíquotas progressivas de 15% a 27,5% –, o ganho de capital é tributado a uma alíquota fixa de 15%. Embora incida com alíquota única, independentemente do valor, o ganho de capital não sofre ajustes quando do preenchimento e da entrega da Declaração Anual pelas pessoas físicas (DIRPF). Isso quer dizer que ele não será somado aos demais rendimentos (salário, remunerações pela prestação de determinados serviços, pensão alimentícia etc.) para cálculo do IRPF efetivamente devido naquele ano (ajuste) e, conseqüentemente, não influenciará o saldo a pagar ou a restituir. Assim, o valor do ganho de capital somente é incluído na DIRPF para efeitos declaratórios, inclusive pelo fato de já ter sido pago no 15^a dia útil após a ocorrência do fato gerador, o que se verifica, em regra, antes da data final para entrega da DIRPF (30 de abril).

No ano seguinte ao da integralização do capital com o bem a valor de mercado, a pessoa física deverá incluir na sua DIRPF as quotas ou ações representativas do capital social integralizado. Por exemplo: a pessoa física "A" adquiriu, em 2002, uma casa no valor de R\$ 100.000. Nas Declarações entregues nos anos de 2003, 2004, 2005 e 2006, a pessoa física, que nenhum negócio havia realizado com tal bem, manteve em sua relação de bens e direitos a casa no valor de R\$ 100.000. No ano de 2006, adquiriu 40 quotas de uma sociedade limitada e integralizou a percentagem do capital social que lhe cabia com a casa, avaliada a mercado por R\$ 150.000. Após

pagar os 15% de IRPF, incidentes sobre os R\$ 50.000 (diferença positiva entre o valor de mercado e o custo de aquisição), "A" deverá, quando da entrega da DIRPF no ano de 2007, informar a transferência da propriedade da casa (para a sociedade), o valor do ganho de capital e o IRPF pago, bem como, por fim, declarar em sua relação de bens e direitos as 40 quotas da sociedade.

12.3 Incidência do IRPJ, da CSLL, do PIS e da COFINS – integralizações de capital por pessoas jurídicas

As pessoas jurídicas também têm a opção de realizar a integralização de capital pelo (i) custo de aquisição ou pelo (ii) valor de mercado do bem³. Para as pessoas jurídicas, o valor do *custo de aquisição* de um bem móvel ou imóvel é aferido pela análise de suas demonstrações financeiras, especialmente o balanço patrimonial. Assim, caso a pessoa jurídica decida integralizar o capital de uma sociedade com uma máquina de sua propriedade, por exemplo, o valor do custo dela será aquele registrado no ativo de seu balanço patrimonial⁴.

Caso a integralização de capital seja feita pelo valor do custo de aquisição do bem, não haverá incidência do IRPJ. Igualmente, não haverá efeitos fiscais, caso a integralização seja feita com o bem avaliado a valor de mercado e este seja inferior ao valor do custo de aquisição.

Na hipótese de a integralização de capital ser feita com bem avaliado a mercado, sendo o valor de mercado superior ao valor do custo de aquisição, a diferença positiva entre um e outro será objeto de tributação pelo IRPJ, por se caracterizar ganho de capital⁵.

Diferentemente das pessoas físicas, o ganho de capital é tributado pelas pessoas jurídicas juntamente com todos os demais acréscimos patrimoniais verificados no período⁶. Ou seja, o ganho de capital deve ser somado com o lucro das atividades da empresa, compondo a base de cálculo do IRPJ. A alíquota inicialmente aplicável é de 15%; haverá 10% de adicional, caso a base de cálculo total ultrapasse R\$ 20.000 mensais.

Além do IRPJ, os lucros e ganhos de capital das pessoas jurídicas também são tributados pela CSLL, à alíquota de 9%⁷.

Quanto ao PIS e à COFINS, merece distinção a situação em que o ganho de capital advém da integralização feita com bens pertencentes ao *ativo permanente* daquela em que a integralização realiza-se com bem do *ativo circulante*⁸. No primeiro caso, as leis que regulam o PIS e a COFINS⁹ prescrevem a não tributação desses valores¹⁰. No segundo caso, como não existe previsão legal, a diferença a maior entre o custo de aquisição e o valor de mercado do bem integralizado comporá a receita da pessoa jurídica que estiver integralizando o capital e sofrerá a incidência do PIS, à alíquota de 0,65% ou 1,65%, e da COFINS, à alíquota de 3% ou de 7,6%, conforme o regime de apuração a que estiver sujeita a sociedade (regime cumulativo ou regime não cumulativo).

Num primeiro momento, a carga tributária das pessoas jurídicas, nas hipóteses de integralização de capital com bens a valor de mercado parece maior. Contudo, a realidade pode ser diferente, levando-se em consideração a grande diferenciação que existe na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL¹¹ em comparação com o IRPF.

Além de diversas despesas dedutíveis, as pessoas jurídicas podem, ainda, aproveitar os prejuízos de exercícios anteriores quando da apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Assim, caso a pessoa jurídica possua prejuízos fiscais e/ou tenha muitas despesas dedutíveis da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, a tributação por ambos estes tributos (que somam até 34%) pode ser menor do que a tributação pelo IRPF (que é de apenas 15%).

12.4 Incidência do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis

O ITBI é imposto de competência municipal, conforme previsto pela Constituição de 1988 (CF/88) (art. 156, II).

Na CF/88, além do art. 156, II – importante por outorgar competência aos Municípios para instituição do ITBI –, também merece destaque o art. 156, § 2º, I, que delimita essa competência. Esse dispositivo prescreve que a transmissão de um bem imóvel por integralização de capital não pode ser considerado fato gerador do ITBI pelos Municípios, se a atividade preponderante do adquirente for imobiliária (compra e venda, locação ou arrendamento de bens imóveis).

O art. 156, § 2º, II, da CF/88, por sua vez, prescreve que o ITBI será cobrado pelo Município onde estiver localizado o bem imóvel, evitando que lei infraconstitucional dos Municípios venha a tributar o vendedor e o comprador ao mesmo tempo. Também visando conflitos de competência e guerra fiscal entre os Municípios, a alíquota máxima desse imposto é fixada pelo Senado Federal e atualmente está prevista em 8%, conforme a Resolução n. 9, de 5 de maio de 1992.

O Código Tributário Nacional traz disposições gerais à aplicação do referido imposto, que todos os Municípios devem obedecer ao instituir o ITBI, atendendo ao disposto no art. 146, III, da CF/88. O art. 37, § 1º, especificando os termos da imunidade constitucional

do ITBI na integralização de capital, prescreve que se considera atividade preponderante quando mais de 50% da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos 2 anos anteriores e nos 2 anos posteriores à aquisição do bem, decorrer de atividade imobiliária. Na hipótese de o início da atividade do adquirente ser posterior à aquisição do bem ou o período em atividade ser inferior a 2 anos: a preponderância será apurada levando em conta os 3 anos seguintes ao da aquisição do bem, como dispõe o art. 37, § 2º. Verificada a preponderância da atividade imobiliária, o ITBI será devido nos termos da lei vigente à data da aquisição (integralização do capital), conforme disposto pelo art. 37, § 3º.

O art. 38 do CTN, por sua vez, prescreve que a base de cálculo do ITBI será o valor venal dos bens transmitidos, que cada Município afere, em geral, utilizando os mesmos critérios para cobrança do Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana (IPTU).

Em São Paulo, conforme dispõe o art. 11, I, alínea *b*, do Decreto n. 46.228, de 23 de agosto de 2005 (instituído com fundamento na Lei n. 11.154/91), o ITBI é devido com alíquota de 2%.

12.5 Incidência do Imposto sobre Operações de Câmbio

O Imposto sobre Operações de Câmbio (IOF-Câmbio), por se traduzir em imposto devido quando da compra e venda de moeda estrangeira, incide apenas quando a integralização do capital for feita por estrangeiro (pessoa física ou jurídica).

Esse imposto tem fundamento no art. 153, V, da CF/88, e só pode ser instituído pela União. Conforme se pode observar do art. 153, § 1º, da CF/88, esse tributo tem caráter extrafiscal, isto é, serve predominantemente como forma de política regulatória do

Estado, e não como forma de arrecadação, e, por esse motivo, pode ser aumentado ou diminuído de um dia para o outro – sem obedecer ao princípio da anterioridade tributária.

O IOF-Câmbio é regulado pelo Decreto n. 6.306, de 14 de dezembro de 2007, com fundamento na Lei n. 8.894, de 21 de junho de 1994. Para evitar excessos por parte do Poder Executivo, essa lei institui que a alíquota do IOF-Câmbio pode ser aumentada em até, no máximo, 25% (art. 5^ª).

Atualmente, a alíquota vigente é de 0,38% e incide sobre o montante de moeda nacional entregue pelas casas de câmbio ou instituições financeiras, correspondente ao montante de moeda estrangeira.

12.6 Conclusão

Neste artigo tivemos como objetivo estudar os principais impactos tributários na integralização do capital de pessoa jurídica.

Em primeiro lugar, vimos que a integralização de capital com dinheiro só terá efeitos tributários caso seja feito por investidor estrangeiro. Nesse caso, teremos a incidência do IOF-Câmbio (ver item 12.5).

Por outro lado, a integralização de capital com bens móveis ou imóveis merece tratamento mais específico do ponto de vista tributário. Para efeitos de Imposto sobre a Renda, as variáveis importantes a se considerar são: (i) integralização do capital com o bem a preço de mercado ou pelo custo de aquisição e (ii) se o sócio ou acionista que realiza a integração é pessoa física ou jurídica. A integralização de capital com bens pelo seu custo de aquisição não terá impacto do IR. Já aquela feita com bens avaliados a preço de

mercado (obviamente quando este representa valor superior ao custo de aquisição) será tributada pela IRPJ (com alíquota de "25%") ou pelo IRPF (com alíquota de 15%), conforme o caso. Vimos, também, que, além dos "25%" de IRPJ, a pessoa jurídica estará sujeita ao pagamento de 9% de CSLL, cujo fato gerador coincide, nesse caso, com o do IRPJ. É importante lembrar que tanto as pessoas jurídicas como as pessoas físicas pagam o IR (e a CSLL, no caso das pessoas jurídicas) sobre a diferença positiva entre o valor do bem no momento da integralização e o custo de aquisição daquele (base de cálculo), mas as empresas pagam esse valor como antecipação (já que o efetivo valor do IRPJ e da CSLL são apurados ao final de cada ano ou cada trimestre), e as pessoas físicas pagam de forma definitiva (não fazem qualquer ajuste quando preenchem a DIRPF).

Além do IRPJ e da CSLL, as pessoas jurídicas também estarão sujeitas, na hipótese de integralização de capital com bens móveis avaliados por valor superior ao custo de aquisição, ao pagamento de 3,65% ou 9,25% a título de PIS e de COFINS dependendo da sistemática de apuração (cumulativa ou não cumulativa). Essa incidência não ocorre no caso de bens imóveis, pois há uma previsão legal que exclui da incidência do PIS e da COFINS as receitas decorrentes da alienação de bens do ativo imobilizado.

Por fim, embora não tenhamos o PIS e a COFINS nos casos de integralização de capital com bens imóveis, podemos ter a incidência do ITBI, cuja base de cálculo e cuja alíquota podem variar de acordo com o Município onde se encontra o bem, já que se trata de imposto municipal. Essa incidência só ocorrerá, todavia, se a pessoa jurídica receptora do capital tiver atividades imobiliárias como atividade preponderante. Se esse não for o caso, não haverá incidência por expressa disposição constitucional (imunidade).

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 8.894. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/Leis/Ant2001/lei889494.htm>>. Acesso em: 11 nov. 2010.

_____. Decreto n. 6.306, de 14 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6306.htm>. Acesso em: 11 nov. 2010.

_____. Lei n. 11.154, de 29 de julho de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11154.htm>. Acesso em: 11 nov. 2010.

_____. Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9249.htm>. Acesso em: 11 nov. 2010.

_____. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 11 nov. 2010.

CANADO, Vanessa Rahal. **As regras-matrizes de incidência tributária da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) nos regimes “cumulativo”, “não cumulativo”, de “incidência monofásica” e de “substituição tributária”, previstos na Lei Complementar n. 70/91 e nas Leis ns. 9.718/98, n. 10.147/2000, n. 10.485/2002, n. 10.560/2002 e n. 10.833/2003.** Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2008.

OFICINAS – ESTUDOS DE CASO

OFICINA VII – Caso MDI Ltda.

Aumento e redução do capital social

- Aumento e redução de capital em decorrência de admissão ou retirada de sócio
- Aspectos societários, contábeis e tributários

Conceitos fundamentais trabalhados na Oficina

- Direito Societário (Ltda. e S/A)
 - Direito de preferência
 - Integralização de capital em dinheiro e bens tangíveis e intangíveis
 - Ltda. vs. S/A
 - Aumento e redução de capital (preço de emissão e proteção de credores)
- Direito Tributário/Contabilidade
 - Integralização de capital com bens móveis e imóveis
 - Custo de aquisição vs. valor de mercado
 - Conceito de ganho de capital
 - Ágio na aquisição de ações
 - Ganho na devolução de capital

Caso – Ágio na subscrição e a alocação de percentuais na participação societária

Dr. Jekyll e Mr. Hyde foram colegas no curso de ciência da computação que fizeram na USP e resolveram, em 1998, montar uma pequena empresa de *software*, a Pineapple S.A., na qual cada um teria 50% de participação no capital social. Para iniciar a atividade, não precisaram de muitos recursos: apenas uma sala comercial, alguns computadores e outros equipamentos de informática. Desse modo, o balanço dessa sociedade poderia ser apresentado, resumidamente, da seguinte forma:

| Pineapple S.A. | | | |
|----------------|------------|----------------|------------|
| ATIVOS | | PASSIVOS + PL | |
| Imóveis | 150.000,00 | Capital Social | 160.000,00 |
| Equipamentos | 10.000,00 | | |
| Total | 160.000,00 | Total | 160.000,00 |

Da constituição até os dias atuais, graças à criatividade de seus fundadores, foram desenvolvidos alguns *softwares* e também revolucionária ferramenta de busca de informações na internet, o Smoooogle. Jekyll e Hyde estimam que as patentes de suas

criações, até mesmo em função da rentabilidade que vêm proporcionando, tenham o valor de R\$ 200.000,00.

Todavia, precisam ainda fazer novos investimentos para que possam manter atualizada a tecnologia desenvolvida, bem como implementar outros projetos que têm em vista. Pensam, desse modo, em admitir novo sócio, mediante aumento de capital.

Coincidentemente, semana passada, Bill Jobs, famoso empresário do setor, procurou os sócios da Pineapple, pretendendo ingressar na sociedade, aumentando o capital com consequente aquisição de 50% de participação, devendo contribuir, portanto, com o valor de R\$ 360.000,00. Os sócios ficam bastante entusiasmados com a possível parceria, pois é exatamente o valor que precisam para adquirir novos equipamentos e outra sala, para fins de expansão.

Nesses termos, questiona-se:

1. Quantas novas ações deverão ser emitidas e a que preço, para assegurar que Bill Jobs tenha exatamente 50% da participação societária, sem dissolver injustificadamente os sócios?

2. Como escriturar a operação no balanço da Pineapple (ágio)? Há reflexos tributários na operação, quais?

3. Seria possível, juridicamente, Bill Jobs integralizar as ações com uma sala comercial e equipamentos? Quais os requisitos legais para tanto? E se a empresa fosse uma Ltda.?

4. A sala comercial que Bill Jobs pretende oferecer para integralização tem o valor contábil (declaração de bens da pessoa física) de R\$ 150.000,00, mas pretende oferecer por R\$ 250.000,00 para a empresa, pois entende ser este o valor de mercado. Haverá incidência de IR nessa circunstância? Em quais patamares? Incidirá ITBI?

5. Num dado momento, os três sócios julgaram que o capital estava excessivo e deveria ser devolvida aos sócios a importância de R\$ 180.000,00:

(a) Justifique a redução de capital sob o enfoque da legislação societária para S.A. e Ltda.

(b) Considerando-se que as participações societária de Jekyll e Hyde estavam registradas em suas declarações de bens (PF) pelo valor de R\$ 80 mil e que serão devolvidas em dinheiro pelo R\$ 180 mil, questionam-se: (a) haverá ganho de capital na referida transação? (b) para quem? (considerar em sua resposta o art. 22, § 4º da Lei n. 9.249/95).

(c) Caso surja um interessado em adquirir as ações de Jekyll, Hyde e Bill Jobs, haverá diferença de tributação entre eles? Considere que a participação societária de Bill está registrada em sua declaração de bens por R\$ 180 mil.

Material de Apoio

Anexo I: Acórdão n. 106-15.131 do Primeiro Conselho de Contribuintes. Recurso 142126, 6ª Câmara, Relator Conselheiro Gonçalo Bonet Allage, j. 7-12-2005.

Bibliografia Básica

CARRAZZA, Roque Antônio. **ITBI – redução de capital – imunidade – exegese do art. 156 § 2º, I, da Constituição Federal**. São Paulo: Dialética, 1997, RDDT 24, p. 118.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HIGUCHI, Hiromi *et al.* **Imposto de renda das empresas. Interpretação e prática**. São Paulo: IR Publicações, 2008. Capítulos 1, 2, 30, 31 e 41.

MUNIZ, Ian; CASTELLO BRANCO, Adriano. **Fusões e aquisições: aspectos fiscais e societários**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. Capítulo 2 e Capítulo 7, item 7.2.

Bibliografia Complementar

IUDÍCIBUS, Sérgio de *et al.* **Manual de contabilidade das sociedades por ações**. São Paulo: Atlas, 2007.

Legislação Aplicável¹²

Legislação (disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>);

Constituição (art. 156, § 2º, I);

CTN, art. 37 (atividade preponderante para fins de imunidade);

Lei n. 6.404/76 (art 7º – avaliação, na subscrição em bens, art. 8º – laudo pericial e pressupostos e arts. 173 e 174 – redução; arts. 178 e 179 – contabilização do intangível);

Código Civil de 2002 (art. 1.055 – aumento de capital com bens e dinheiro; arts. 1.081 a 1.084 – aumento e redução de capital);

Decreto-lei n. 1.598/77 (art. 36 – ágio na emissão de ações e reserva de reavaliação e art. 38 – reavaliação para fins de integralização de participação em outra sociedade – diferimento do Gcap);

Lei n. 9.959/2000 (art. 4º – Gcap na realização efetiva da reserva de capital);

Lei n. 9.249/95 (arts. 22 e 23 – Gcap no aumento e na redução de capital em PJ).

[1](#) Art. 23, da Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995.

[2](#) Conforme dispõe o art. 43, do Código Tributário Nacional, a renda é entendida como acréscimo patrimonial.

[3](#) Art. 23, da Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995.

[4](#) Salvo os casos em que o valor declarado no balanço não corresponda ao efetivo valor despendido para aquisição do bem e, ainda, sem considerarmos, nesse exemplo, a depreciação do bem que reduz seu valor periodicamente.

[5](#) Mais informações sobre ganho de capital estão no item anterior, relativo às pessoas físicas.

[6](#) Mais informações sobre a incidência e apuração do IR das pessoas físicas e jurídicas podem ser encontradas no livro **Estratégias societárias, sucessórias e tributação I**, no prelo, a ser publicado pela Editora Saraiva.

[7](#) Outras informações sobre a incidência e apuração da CSLL podem ser encontradas no livro **Estratégias societárias, sucessórias e tributação I**, no prelo, a ser publicado pela Editora Saraiva.

[8](#) Para ilustrações dessa diferenciação entre ativo permanente e ativo circulante, ver artigo sobre a incidência do PIS e da COFINS nos casos de inadimplência, inserido no livro **Estratégias societárias, sucessórias e tributação I**, no prelo, a ser publicado pela Editora Saraiva.

[9](#) Lei n. 9.718/98, Lei n. 10.637/2002 e Lei n. 10.833/2003.

[10](#) Sobre a natureza jurídica dessa não tributação, ver CANADO, Vanessa Rahal. As regras-matrizes de incidência tributária da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) nos regimes “cumulativo”, “não cumulativo”, de “incidência monofásica” e de “substituição tributária”, previstos na Lei Complementar n. 70/91 e nas Leis n. 9.718/98, n. 10.147/2000, n. 10.485/2002, n. 10.560/2002 e n. 10.833/2003. Dissertação (Mestrado), PUC, São Paulo, 2008.

[11](#) Tecnicamente, a base de cálculo do IRPJ é chamada de lucro real. O lucro real é apurado a partir do lucro líquido contábil, excluindo-se deste as receitas não tributáveis e adicionando-se as despesas não dedutíveis. A CSLL segue o mesmo raciocínio. Mais informações, ver artigo sobre a tributação da renda das pessoas físicas e jurídicas, publicado no livro **Estratégias societárias, sucessórias e tributação I**, no prelo, a ser publicado pela Editora Saraiva.

12 A indicação de legislação não exclui eventual necessidade de o aluno pesquisar outros veículos normativos que entenda cabíveis, devendo, ainda, estar atento às constantes atualizações sobre o tema.