

INCORPORAÇÃO, FUSÃO E CISÃO NO PLANEJAMENTO E CRESCIMENTO SOCIETÁRIO

Cosme Eduardo Ramos dos Santos¹
Novembro/2008.

RESUMO

Este artigo tem por objetivo demonstrar a importância das Incorporações, Fusões e Cisões de empresas no Planejamento e Crescimento Societário, de modo a viabilizar maior controle em determinados seguimentos do mercado econômico.

Utilizando-me de pesquisas bibliográficas e por meio da Internet, busquei compreender a abordagem de alguns doutrinadores, bem como a metodologia de tais operações na atualidade.

Hodiernamente é comum que, com tais operações, algumas empresas consigam dominar seguimentos do mercado econômico, valendo frisar que existem casos, ainda que raros, em que a análise do CADE, por exemplo, pode obstacularizar a implementação dos institutos aqui estudados.

Fato é que determinadas operações societárias, como as aqui abordadas, podem beneficiar demasiadamente as empresas no ponto de vista fiscal, por exemplo, fazendo-nos refletir quanto a necessidade de uma aplicação mais incisiva do Direito Societário e da organização societária na totalidade das empresas em atividade de modo a permitir o crescimento e que seja alavancada a economia nacional.

Palavras-chave: Incorporação; Fusão; Cisão; mercado econômico; controle; holding; subsidiária integral, fato relevante.

¹ Advogado; Graduado em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira (1996-2000); Advogado Societário de empresa de grande porte do comércio varejista.

1 Introdução

A incorporação, a fusão e a cisão eram matérias reguladas somente pela lei das sociedades anônimas (Lei 6.404/76) de forma abrangente, compreendendo todas as espécies societárias, de modo que tais operações podiam, e ainda podem, processar-se entre sociedades do mesmo tipo (ex.: Limitada x Limitada), ou de tipos diferentes (ex.: Limitada x Sociedade Anônima, ou vice-versa).

Com o advento do novo Código Civil (Lei 10.406/2002), tal matéria, no que se refere a todas as demais sociedades, com exceção das sociedades anônimas, passou a ser por ele disciplinada, mediante um extrato resumido da Lei 6.404/76, trazendo em seus artigos 1.116 a 1.122 a normatização desses institutos.

Os institutos em estudo desempenham considerável papel como técnicas de reorganização empresarial, servindo a incorporação e a fusão à concentração societária, e a cisão à desconcentração.

Vale relembrar que, na incorporação², uma sociedade absorve outra ou outras que, para tanto, se extinguem; na fusão³, duas ou mais sociedades se extinguem para que, da reunião dos vários patrimônios, surja uma nova sociedade; e na cisão⁴, a sociedade se subdivide, dando lugar a outras novas sociedades ou à integração das partes separadas em sociedades existentes.

É importante ressaltar que, quando a operação (incorporação, fusão ou cisão) incluir sociedade anônima e outros tipos societários, a Lei 6.404/76, por ser mais abrangente, deverá incidir não apenas no que diz respeito aos atos específicos da sociedade anônima, como ainda

² 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. (Código Civil, artigo 1.116). Também se define como Incorporação a “aquisição de uma ou mais empresas por outra, em que a compradora (Incorporadora) não perde a sua identidade. As que foram adquiridas deixam de existir.” Nota: o Dicionário Michaelis chama o texto entre aspas de fusão, mas é indiscutivelmente a incorporação. (<http://www.cosif.com.br/mostra.asp?arquivo=curso13-definicao>)

³ A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações. (Código Civil, artigo 1.119).

⁴ Cisão é a operação pela qual uma companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades preexistentes ou constituídas especialmente para esse fim, extinguindo-se a sociedade cindida, se todo o patrimônio for vertido à nova companhia, ou repartindo-se o capital, se a versão for parcial. GUSMÃO, Mônica, "Direito Empresarial". 3ª edição, Niterói, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 176.

com relação a todos os documentos comuns ou que se reflitam sobre todas as partes envolvidas.

O processo de incorporação, fusão ou cisão começa com a elaboração de um protocolo ⁵ firmado pelos órgãos de administração ou sócios-administradores das sociedades interessadas, completando-se com as aprovações das respectivas assembleias gerais ou reuniões de sócios⁶.

No que diz respeito a operacionalização da Incorporação, esta se dará mediante duas assembleias na incorporadora e uma assembleia em cada uma das incorporadas, frisando-se que as assembleias na incorporadora destinam-se a aprovar o protocolo e a nomear os peritos que avaliarão o patrimônio líquido das sociedades a serem incorporadas; a segunda, a aprovar o laudo dos peritos e a efetivação da incorporação; e a assembleia da incorporada tem por objetivo aprovar o protocolo e autorizar seus administradores a subscreverem o capital da incorporadora, mediante a reversão do seu patrimônio líquido.

Na fusão, por sua vez, se faz necessário, em um primeiro momento, a realização de assembleia geral em cada uma das sociedades incluídas na operação, com o objetivo de aprovar o protocolo e nomear os peritos que avaliarão os patrimônios das outras companhias. Em um segundo momento, convoca-se uma assembleia geral conjunta das várias sociedades, na qual serão apreciados e votados os laudos de avaliação, com impedimento dos sócios de cada sociedade para votar a respeito da avaliação do respectivo patrimônio. Aprovados os laudos, delibera-se sobre a constituição definitiva da nova sociedade.

⁵ Artigo 224 da Lei 6.404/76: As condições da incorporação, fusão ou cisão com incorporação em sociedade existente constarão de protocolo firmado pelos órgãos de administração ou sócios das sociedades interessadas, que incluirá:

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

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

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

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

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

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

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

Parágrafo único. Os valores sujeitos a determinação serão indicados por estimativa.

⁶ A Instrução CVM nº 319/99, alterada pelas Instruções CVM números 320/99 e 349/01, estabelece exigências e procedimentos a serem adotados nos casos de incorporação, fusão e cisão envolvendo companhias abertas.

Já na cisão, diferentemente da incorporação e da fusão, a sociedade se divide em duas ou mais parcelas patrimoniais (valores ativos e passivos) que tanto poderão originar novas sociedades como integrarem-se em sociedades existentes⁷. No primeiro caso, não haverá protocolo, posto que todo o processo se desenvolverá no âmbito interno da sociedade cindida. No segundo caso, como as parcelas patrimoniais serão incorporadas por outras sociedades, entre estas e a cindida será celebrado o protocolo.

A assembléia geral da sociedade que será cindida deverá receber dos administradores informações detalhadas sobre a operação, inclusive, quando não houver protocolo, todas as indicações que deste constariam. Decidida a cisão, serão indicados os peritos que avaliarão o patrimônio a ser transferido, cabendo à nova assembléia que for convocada para a apreciação do laudo pericial, se o aprovar, funcionar como assembléia de constituição das novas sociedades. Tratando-se de cisão com incorporação em sociedades existentes, realizarão estas as assembléias previstas para uma operação de incorporação.

Se a cisão importar na completa transferência do patrimônio, a sociedade cindida se extinguirá; remanescendo uma parcela do patrimônio em seu poder, preservada estará a primitiva sociedade, com o capital naturalmente reduzido à proporção do patrimônio líquido sobejo.

2 Incorporação, Fusão e Cisão como formas de sucessão

Conforme simples leitura e interpretação do artigo 1.116 do Código Civil, vemos que a sucessão trata-se de transferência dos direitos e das obrigações de uma sociedade para outra ou outras, quando há a extinção da sociedade primitiva.

Ainda quanto ao seu conceito, podemos citar as “*Anotações das aulas ministradas pelos professores Marcelo José Ladeira Mauad, Ivani Contini Bramante, Bosco Araújo de Menezes e Maria Cecília Menezes, na FDSBC*”⁸”, obtidas do endereço eletrônico:

⁷ Hebert Jorge Fritsch distingue o que chama de cisão pura de outros tipos de cisão: “Doutrinariamente, pode-se distinguir a cisão pura de outros tipos assemelhados, como: a) a cisão pura, em que a sociedade divide o seu patrimônio entre vários novos e se extingue; b) a cisão-absorção, em que a sociedade divide o seu patrimônio entre sociedades existentes e desaparece; c) a falsa cisão ou *apport partiel d’actif* em que a sociedade transfere parte do seu patrimônio, permanecendo; d) a cisão *holding*, em que a sociedade reparte o seu patrimônio entre duas ou mais sociedades constituídas para esse fim, permanecendo como sociedade *holding*”. Essa última hipótese configuraria mais propriamente a constituição de subsidiárias, posto que o pressuposto da cisão – a subdivisão da titularidade acionária – não se encontra presente. FRITSCH, Hebert Jorge, “Cisão nas Limitadas”. Porto Alegre, Rio Grande do Sul. Editora: Livraria do Advogado, 1993, p. 107.

⁸ Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

<http://diridotrab.blogspot.com/2008/05/sucesso-de-empresas-na-sua-estrutura.html>, que, voltada para relação de trabalho, nos diz: “*Sucessão ocorre quando há uma mudança na propriedade de uma empresa. Quem adquire a empresa responsabiliza-se pelo pagamento dos salários, férias, 13º salário, etc. É a mudança na estrutura jurídica da empresa.*”

A sucessão, muito embora conceitualmente venhamos a entender que é uma forma de transferência de obrigações, dentre elas citamos: pagamentos de funcionários; manutenção de maquinários; pagamentos de fornecedores; dentre outros, e transferência de direitos, dentre eles citamos: recebimentos de créditos; titularidade de marcas e/ou de patentes; direito de exploração comercial em determinadas áreas e/ou seguimentos; dentre outros, de uma sociedade para outra ou outras, observamos que algumas obrigações assumidas ou criadas pela/durante a vigência da sociedade primitiva, não são transferidas em toda sua plenitude para as novas sociedades. Vale a pena citar algumas situações:

Com relação aos credores, tanto na Incorporação quanto na Fusão, estes, sentindo-se prejudicados, poderão requerer judicialmente, e no prazo decadencial de sessenta dias, a anulação da respectiva operação. Porém tal medida não será deferida se o crédito que se está requerendo for consignado, ou, se ilíquido, for garantido.

Já com relação a Cisão, tem-se a responsabilidade solidária⁹ entre a sociedade primitiva (cindida) e as que absorverem parcelas de seu patrimônio, exceto se o ato de cisão determinar o contrário, situação em que assegurar-se-á ao credor, que notificar a sociedade em até noventa dias contados da publicação dos atos de cisão, o direito de continuar a contar com a solidariedade. Essa regra de exclusão da solidariedade funciona como instrumento de lesão aos credores que não estiverem atentos à divulgação da cisão.

Vale esclarecer, contudo, que, uma vez evidenciada a prática de fraude, consistente no esvaziamento patrimonial de uma sociedade em proveito de outra, que não assuma, em contrapartida, parcela compatível do passivo, poderá o credor, independentemente do prazo de noventa dias, caracterizar o ilícito e atingir a sociedade dela beneficiária.

Continuamos ainda observando que as formas de sucessão aqui estudadas, assim como não transferem de imediato e em toda plenitude as obrigações da sociedade inicial à(s)

⁹ Essa prevalência da solidariedade foi acentuada pelo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 195.077/SC, através de decisão unânime datada de 04/05/2000, de cuja ementa consta o seguinte: “I – Em se tratando de cisão parcial, nada pactuando as partes acerca da responsabilidade das obrigações sociais em relação a terceiros, prevalece a responsabilidade solidária prevista no caput do art. 233 da Lei nº 6.404/76, restando afastada a aplicação de seu parágrafo único” (Decisão publicada no D.J. de 26/06/2000, pág. 158).

nova(s) sociedade(s), também não expressam a transferência de benefícios de forma total e absoluta às pessoa jurídicas sucessoras, conforme se observa, por exemplo, pelo RIR¹⁰/99 em seu artigo 514 e parágrafo único: “*A pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão não poderá compensar prejuízos fiscais da sucedida (Decreto-Lei nº 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 nº 2.341 de 1987, art. 33, parágrafo único).*”

Assim notamos que a sucessão através dos institutos aqui estudados se dará de forma perfeita e acabada, nisto incluindo-se a transferência de todos os direitos e todas as obrigações, no decorrer do tempo, observando-se, paralelamente, as legislações subsidiárias e/ou suplementares aplicáveis a cada caso, dentre elas citamos as legislações tributárias, trabalhistas, da concorrência, dentre outras.

3 O Planejamento e o Crescimento Societário oriundos da Incorporação, da Fusão e/ou da Cisão

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

Em 24 de janeiro de 2007 a mídia¹¹ divulgou anúncio da Lojas Americanas sobre a compra, por R\$ 186,2 milhões, da BWU, empresa esta que pertencia, na época, ao Unibanco Empreendimentos e Participações e possuía as 127 lojas da rede de videolocadoras Blockbuster no Brasil.

Prossegue ainda dizendo “*nas 127 lojas no Brasil, a Blockbuster explora atividades de locação e venda de DVDs, games e fitas VHS. Com o negócio, a Lojas Americanas espera aumentar a gama de produtos vendidos. A BWU possui um contrato de licenciamento da marca Blockbuster por 20 anos. A rede locadoras está no Brasil desde 1995, possui cerca de 330 mil clientes ativos e emprega 1.200 funcionários. As lojas adquiridas estão localizadas em áreas de alto fluxo, com acesso às classes A e B e têm layout compatível com o formato*

¹⁰ Regulamento do Imposto de Renda.

¹¹ Informação obtida pelo endereço eletrônico: <http://www.htforum.com/vb/showthread.php?t=42368>.

Americanas Express. Será esse o formato que deverá ser dado às lojas da Blockbuster. Com o negócio, o número de lojas da empresa na região Sudeste passa de 144 para 249. Já na Grande São Paulo, passa de 41 para 100.

A Blockbuster chegou ao Brasil por meio de um acordo celebrado entre o grupo Moreira Salles, do Unibanco, e a Blockbuster Entertainment Corp. Juntos os dois grupos criaram a BWU e inauguraram a primeira loja no Brasil em 1995, no bairro paulistano do Itaimbi. Atualmente, a rede possui lojas espalhadas por São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Paraná, Santa Catarina, Bahia, Ceará, Pernambuco, Pará, Goiás e Distrito Federal. A rede Blockbuster nasceu em 1985, no Texas, numa época em que a locação de vídeos era um negócio relativamente novo. A empresa cresceu rápido e, em 1994, foi incorporada à Viacom, um dos maiores grupos especializados em entretenimento do mundo. Entre as principais empresas do grupo, estão marcas muito conhecidas do grande público, como MTV, Nickelodeon e Paramount Pictures. Hoje a rede de locadoras opera em 26 países, com oito mil lojas e mais de 70 milhões de associados.”

Vale observar que em 1994 houve uma incorporação que, sem dúvida, contribuiu para o crescimento célere dos negócios da Incorporadora, de modo que esta pôde ingressar no mercado de vários países, dentre eles o Brasil, vindo a Lojas Americanas a utilizar-se do mesmo instituto da Incorporação para expandir seus negócios e passar a deter uma boa parcela do mercado no ramo de entretenimento.

Mais um grande exemplo prático de utilização dos institutos em estudo para o crescimento societário foi a fusão entre a própria Americanas.com e a Submarino, divulgada na mídia em novembro de 2006, empresas estas que atuam no ramo do comércio eletrônico, conforme informações obtidas da Folha OnLine¹², abaixo:

“As empresas de comércio eletrônico Submarino e Americanas.com anunciaram hoje a assinatura de um acordo para a fusão de suas operações.

A empresa resultante da fusão vai se chamar B2W Companhia Global de Varejo e terá um valor de mercado estimado em R\$ 8 bilhões por Márcio Kawassaki, analista de varejo da Fator Corretora.

¹² Endereço eletrônico: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u112608.shtml>.

A maior empresa de comércio eletrônico do país teve faturamento acumulado nos nove primeiros meses deste ano de quase R\$ 1,6 bilhão --R\$ 563 milhões do Submarino e R\$ 1 bilhão da Americanas.com.

A fusão se dará por meio de troca de ações. Cada ação atual do Submarino será trocada por um papel da B2W. Os acionistas do Submarino também receberão R\$ 500 milhões que estão no caixa da própria empresa e foram levantados com a oferta inicial de ações realizada pela empresa no ano passado. Já as Lojas Americanas farão uma injeção de R\$ 175 milhões na Americanas.com antes da fusão.

Quando a troca de ações estiver completa, os acionistas das Lojas Americanas terão 53,25% da nova empresa e os do Submarino, 46,75%. As ações da B2W serão listadas na Bovespa (Bolsa de Valores de São Paulo).

Apesar de o Submarino responder por pouco mais de um terço do faturamento da nova empresa, terá 46,75% das ações porque o controle da B2W ficará com a Americanas.com.

Com a fusão, as duas empresas esperam alcançar sinergias, redução de custos com a maior escala e aumento da oferta de produtos que podem levar a uma economia estimada em R\$ 800 milhões.

A nova empresa vai atuar em diversos canais de distribuição: televidas (com anúncios por televisão e catálogos), televisão, catálogos, quiosques e internet e espera ser capaz de competir com tradicionais empresas de varejo por um mercado estimado em R\$ 200 bilhões.

‘A transação permitirá a combinação de melhores práticas e possibilitará a expansão do segmento de venda à distância, que hoje tem representatividade menor que 2% do varejo total do Brasil’, afirmam as empresas em nota.

O acordo de fusão ainda será apresentado aos acionistas do Submarino e da Lojas Americanas e precisará ser aprovado em assembleias gerais extraordinárias e por órgãos reguladores.

A expectativa é de que a fusão seja concluída até o final de dezembro. Até lá, as duas empresas seguirão com suas operações de forma independente.

A B2W será co-presidida pelos atuais presidentes da Americanas.com, Anna Saicali, e do Submarino, Flávio Jansen. Dos nove membros do conselho de administração, cinco serão indicados pela Lojas Americanas e os outros quatro pelo Submarino.

As Lojas Americanas atuam no país há 77 anos e tem hoje 219 lojas e três centros de distribuição (em São Paulo, Rio de Janeiro e Recife), além de operar em comércio à distância e eletrônico por meio de sua subsidiária Americanas.com.

Já a Americanas.com foi fundada em 1999 e opera por meio de diversos canais de venda: televisão (Shoptime), catálogo, quiosques e Internet.

O Submarino oferece em seu site mais de 700 mil itens de 25 diferentes categorias de mais de 1.300 fornecedores, além de serviços como viagens e vendas de ingressos.”

Os institutos em estudo não são utilizados somente por empresas puramente comerciais, mas também por empresas que atuam em outros ramos do mercado, como por exemplo podemos citar a fusão anunciada por dois dos maiores bancos brasileiros da atualidade – Itaú e Unibanco – que pretendem criar a controladora Itaú Unibanco Holding S/A e, com isso, serem o maior banco do hemisfério sul.

Podemos citar a reportagem obtida no jornal eletrônico Globo.com¹³, em novembro de 2008, que segue: “Os bancos brasileiros Unibanco e Itaú anunciaram nesta segunda-feira (3) que se unirão para formar um conglomerado com valor de mercado entre os 20 maiores do mundo. O novo banco deverá ser o maior do hemisfério sul, segundo comunicado oficial do banco Itaú.

Segundo a nota da instituição, a operação “surge em momento de grandes mudanças e oportunidades no mundo, particularmente no setor financeiro”.

A operação precisa ser aprovada em assembléias extraordinárias de acionistas - previstas para serem realizadas entre a última semana de novembro e a primeira semana de

¹³ Endereço eletrônico: http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL846978-9356,00-UNIBANCO+E+ITAU+ANUNCIAM+FUSAO+E+CRIAM+GIGANTE+FINANCEIRO.html.

dezembro, pelo Banco Central do Brasil e demais autoridades competentes, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Procurado pelo G1¹⁴, o Cade informou que irá avaliar os riscos concorrenciais apenas após ser notificado da operação. As instituições têm 15 dias para notificar o órgão.

Segundo as instituições financeiras, o novo banco resultante da fusão terá R\$ 575 bilhões em ativos e patrimônio líquido de cerca de R\$ 51,7 bilhões. Contará com aproximadamente 4,8 mil agências, representando 18% da rede bancária; e 14,5 milhões de clientes de conta corrente, ou 18% do mercado.

Em volume de crédito, representará 19% do sistema brasileiro; e em total de depósitos, fundos e carteiras administradas, atingirá 21%.

Ainda de acordo com o comunicado oficial do Itaú, nada muda operacionalmente para os clientes dos dois bancos neste momento. Todos continuarão a utilizar normalmente os diferentes canais de atendimento, cheques, cartões e demais produtos e serviços.”

Notamos que, antes mesmo de se pensar no crescimento societário, há um planejamento societário prévio de modo a verificar a viabilidade da operação a ser realizada no âmbito fiscal, trabalhista, comercial, administrativo, financeiro, dentre outros, pois com tais operações uma ou mais empresas detentoras de modestas fatias da economia nacional, ou até mesmo mundial, passam a deter uma fatia muito mais expressiva e mais rentável, não podendo esquecer, contudo, que também passam a deter maior responsabilidade com o crescimento considerável das obrigações a serem adimplidas para com a sociedade, com o fisco, e com a economia, nos liames da lei.

Da mesma forma que a Incorporação e a Fusão, a Cisão também pode ser e é utilizada pelas empresas como forma de reorganização e planejamento societário para uma melhor administração dos negócios e, com isso, redução de perdas e aumento de lucros.

Assim, podemos citar a notícia mencionada pela ABIGRAF¹⁵ em 08 de novembro de 2008, em seu endereço eletrônico¹⁶, em que a empresa Votorantim Celulose e Papel e a empresa Suzano Papel e Celulose, irão deliberar pela cisão total da empresa Ripasa, da qual

¹⁴ Caderno de Economia e Negócios do Jornal eletrônico Globo.com

¹⁵ Associação Brasileira da Indústria Gráfica.

¹⁶ http://www.abigraf.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=3716&Itemid=33.

são acionistas, para operar em modalidade de consórcio. Citamos a matéria: “*A Votorantim Celulose e Papel (VCP) e a Suzano Papel e Celulose informaram que irão deliberar em assembléias gerais em 29 de agosto sobre a cisão total da Ripasa. As operações da unidade industrial de Americana em modelo de consórcio (Consórcio Paulista de Celulose e Papel) deve ser iniciada em 01 de setembro de 2009. As empresas anunciaram ainda que com a cisão, as unidades fabril e florestais da Ripasa serão transformadas em uma unidade produtiva, a ser operada por meio do consórcio.*”

Contudo, nem todas as incorporações e/ou fusões anunciadas pelas empresas conseguem ser implementadas, muito embora a prática nos tenha revelado que, em regra, tais operações são mantidas, existem casos em que estas operações são desfeitas, como exemplo podemos observar o caso da incorporação pretendida pela empresa Nestlé Brasil Ltda. da empresa Chocolates Garoto S/A, que foi obstaculizada pelos competentes Órgãos de Defesa da Economia e da Concorrência, tendo em vista que iriam monopolizar o mercado de chocolates e doces no país.

Tais empresas, em atenção ao artigo 54 da Lei 8.884/94¹⁷, submeteram ato de concentração à Secretaria de Direito Econômico, cujo ato obteve o nº 08012.001697/2002-89, onde em tal processo algumas outras empresas do ramo, tais como: Kraft Foods Brasil S/A (Lacta); Cadbury Stani do Brasil Produtos Alimentícios Ltda.; Parmalat Brasil S/A Indústria de Alimentos, além de Deputados, Senadores e Prefeitos, manifestaram-se negativamente a operação. Assim, a Secretaria de Direito Econômico concluiu o parecer no processo em comento:

“Pelo exposto ao longo deste parecer, o poder de mercado adquirido pela NESTLÉ com a aquisição da GAROTO não pode ser inibido pela entrada de importações, pela entrada de um novo concorrente nem tampouco pela rivalidade das empresas já presentes nos mercados relevantes analisados, pelo menos no curto prazo.

¹⁷ Lei que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

A análise mostrou que o exercício unilateral do poder de mercado por parte da NESTLÉ é altamente provável, por passar a deter um monopólio no mercado relevante de coberturas de chocolate líquida, por possuir elevada capacidade ociosa na produção de coberturas de chocolates. Nos mercados relevantes de chocolates de consumo imediato, de tabletes entre 101g a 400g, de tabletes culinário, de ovos de páscoa e de caixas de bombons, por possuir marcas que são a primeira e a segunda escolha dos consumidores para muitos chocolates (por exemplo, caixas de bombons) e/ou pelo amplo portfólio de produtos que passou a deter, o que lhe permite aumentar o preço de alguns produtos e mesmo assim conseguir aumentar o seu faturamento (para muitos produtos, a maioria dos consumidores ou aceitará pagar o preço mais elevado ou migrará para produtos NESTLÉ/GAROTO).

Além disso, o exercício coordenado do poder de mercado é também altamente provável. A LACTA não possui capacidade (sua capacidade ociosa é muito baixa) e nem tampouco interesse em adotar uma postura agressiva frente a aumentos gerais nos preços dos chocolates das Requerentes. É muito mais lucrativo acompanhar esses aumentos.

Vale dizer que, independentemente da forma pela qual se manifeste o poder de mercado das Requerentes (unilateral ou coordenadamente), os consumidores e os clientes finais (caso das coberturas) podem ser prejudicados com a aprovação desta operação na forma em que se apresenta.

É necessário, portanto, avaliar qual condição de aprovação do ato seria suficiente para restabelecer a

concorrência nos mercados relevantes analisados. Para tanto, inicialmente, é importante considerar que qualquer solução que não contemple conjuntamente as três variáveis (rede de distribuição, marca e capacidade instalada) não será eficaz, no sentido que não será capaz de inibir o exercício do poder de mercado das Requerentes, pelo menos no curto prazo. Vale ainda dizer que, dessas três variáveis, as mais problemáticas são a marca e a montagem de uma rede de distribuição, pelas razões já expostas neste parecer.

Todavia, a operação não suscita preocupações concorrenciais nos mercados relevantes de balas e confeitos, chocolates em pó e achocolatados em pó. No entanto, cabe registrar a dificuldade de encontrar uma solução para aprovar a operação somente nesses mercados, tendo em vista que a GAROTO possui apenas uma unidade fabril. Não constam nos autos informações sobre as possibilidades de alienação/aquisição segmentada, cabendo às empresas comprovar perante o CADE essa possibilidade. Assim sendo, diante das questões colocadas, a aprovação do ato só pode se dar mediante a imposição de condições que inviabilizem o exercício do poder de mercado adquirido, conforme apontado no presente parecer. Caberia, portanto, às Requerentes apresentar perante o CADE alternativas que impeçam tal exercício e eficiências que possam compensar a restrição substancial da concorrência, nos mercados relevantes afetados, o que, até o momento, não ocorreu.”

Destarte, verifica-se que a operação de incorporação da Garoto pela Nestlé não pôde ser concluída, tendo de ser desfeita após manifestação e atuação do CADE¹⁸.

Temos ainda como um exemplo atual que leva a desfazer as operações em comento, a ocorrência de fato relevante no mercado financeiro mundial, qual seja: a crise econômico-financeira dos Estados Unidos da América (EUA) que refletiu em todo o mundo, ao ponto das sete maiores economias mundiais, que formam o G7, terem de se unir para socorrer a maior economia do mundo. Em razão de tal crise, a Lojas Renner, uma das maiores no mercado nacional de comércio varejista, desistiu e desfez as operações de aquisição/incorporação da Lojas Leader.

Tal fato foi veiculado pela mídia como um exemplo dos reflexos da crise mundial no mercado nacional, como podemos citar trecho da reportagem do Jornal O Globo, extraído de seu endereço eletrônico¹⁹: *“A Lojas Renner²⁰ desistiu de comprar a Leader, rede varejista com lojas nos estados do Rio de Janeiro, Espírito Santo, Minas Gerais, Pernambuco, Sergipe e Alagoas. De acordo com fato relevante enviado à CVM²¹, o distrato do negócio foi amigável e se deveu à “relevante alteração no cenário econômico-financeiro brasileiro e mundial verificada nas últimas semanas”. A Renner frisa que a desistência não impicará nenhum ônus ou multa para nenhuma das partes.*

Também foi cancelado, sem multas, o acordo com o Bradesco “cuja finalidade era regular suas relações na condição de acionistas da Leader S.A. Administradora de Cartões de Crédito”.

O negócio foi anunciado pela primeira vez em março, quando foram fechados os entendimentos iniciais. A transação foi efetivamente acertada em 3 de setembro, por R\$ 670 milhões, mais a dívida de R\$ 74 milhões da Leader, que seria assumida pela Renner.

No começo, a Renner pretendia pagar R\$ 440 milhões à vista e restante de R\$ 230 milhões em parcelas ao longo de cinco anos. No fim de setembro, com o agravamento da crise, a Renner propôs fazer o pagamento dos R\$ 440 milhões em seis parcelas, sendo que a

¹⁸ Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

¹⁹ oglobo.globo.com/economia/mat/2008/10/27/lojas_renner_desiste_de_comprar_rede_varejista_leader-586148700.asp

²⁰ Sociedade Anônima de capital aberto, ou seja, que opera com compra e venda de ações em bolsa de valores, e é regulada pela CVM.

²¹ Comissão de Valores Mobiliários.

última seria em janeiro de 2011. No entanto, a desvalorização das empresas de varejo de capital aberto nas últimas semanas deixou o preço da operação muito alto em comparação com outros ativos do setor.”

Assim, além das possíveis obstacularizações apresentadas pelos Órgãos de Defesa Econômica e da Concorrência, fatos relevantes também podem impedir e, com isso, obrigar as empresas a desfazer as operações de Incorporação, Fusão e/ou Cisão que, porventura, já tenham iniciado.

4 Exemplo de planejamento e crescimento societário vivenciado pelo autor

No que tange ao planejamento e crescimento societário, pude trabalhar em operações importantes, dentre as quais, uma empresa do ramo de comércio varejista, que há pouco mais de 7 (sete) anos, era uma sociedade de responsabilidade Limitada (LTDA) e foi convertida em Sociedade Anônima de capital fechado²².

Observando a concorrência e o crescimento célere do mercado, os acionistas desta, constituíram uma outra sociedade para atuar como Administradora de Cartões de Crédito e, assim, administrar seu próprio crediário, emitindo-se cartão de crédito próprio, formando, deste modo, um pequeno grupo econômico e obtendo sucesso em seus feitos com um crescimento célere de clientes e uma arrecadação satisfatória, muito embora houvesse margem de inadimplência.

Três anos após a criação desta Administradora de Cartões de Crédito, vendo ainda a necessidade de buscar maior adequação ao crescimento que o mercado exigia, a gestão do grupo resolveu criar uma Holding pura²³, a qual tornou-se única acionista das duas empresas existentes. Na Holding, todos os acionistas subscreveram ações e esta tornou-se única acionista das demais, ou seja, tornou-se a controladora, e as duas outras tornaram-se subsidiárias integrais²⁴.

²² Sociedade Anônima de capital fechado não opera suas ações na Bolsa de Valores e, com isso, não está regulada pela CVM, mas sim pela Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas).

²³ Dizemos Holding Pura, quando o objeto social da Holding for somente de participação no capital de outras sociedades, segundo entendimentos obtidos dos ensinamentos do Dr. José Edwaldo Tavares Borba. BORBA, José Edwaldo Tavares, "Direito Societário". 9ª edição, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004, p. 49.

²⁴ É uma sociedade unipessoal. Pode ser constituída por escritura pública, tendo como única acionista uma sociedade brasileira, derivar da aquisição de todas as ações de uma sociedade por outra ou, ainda, da incorporação de todas as ações do capital social de uma sociedade ao patrimônio de outra companhia

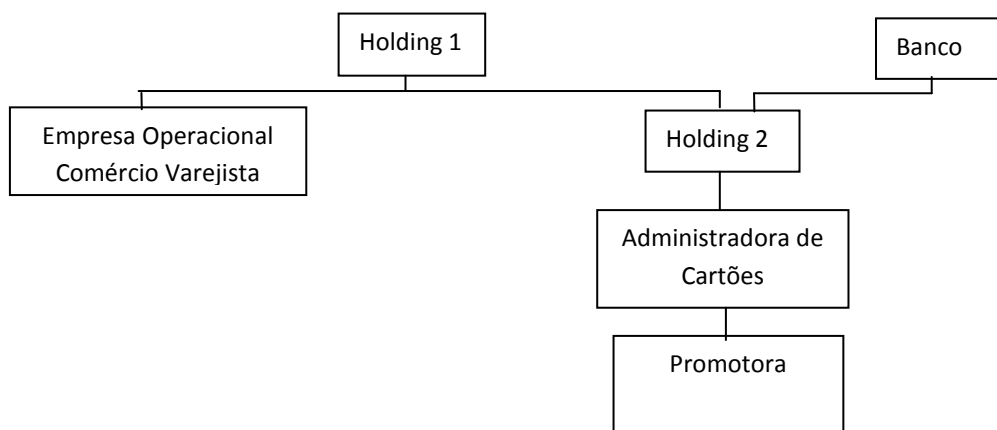
Alguns meses após a criação da Holding, e após negociações com um banco nacional, novas mudanças societárias foram efetuadas, de modo que tal banco integrasse no grupo como um acionista e, assim, injetasse numerário de maneira a permitir que novas filiais fossem criadas, bem como que a infra-estrutura do grupo viesse a acompanhar as exigências mercadológicas, possibilitando, assim, um crescimento econômico-financeiro para a sociedade.

Neste momento, dois meses antes deste banco integrar o grupo como acionista, foi criada uma nova holding (holding 2), que teria como acionistas tanto a Holding anterior, que neste momento, chamamos de Holding 1, como o mencionado banco. Esta Holding 2 passou a ser a controladora da Administradora de Cartões de Crédito.

Outrossim, criou-se uma sociedade que atuaria como promotora das atividades de crédito da Administradora anteriormente mencionada, vindo esta a ser a única acionista daquela. Vale verificar aqui que a Administradora concentra em si tanto a figura de controlada quanto de controladora.

Desta forma, a Holding 1 era acionista tanto da primitiva sociedade que iniciou-se há 50 anos, quanto da holding 2 que, juntamente com o banco, tinha participação direta na Administradora e indireta na promotora, já mencionadas.

Vide Organograma Societário consolidado abaixo:



brasileira. Exceto se houver cláusula expressa, não há solidariedade entre a subsidiária integral e sua instituidora.

Diferentemente de sua instituidora, a subsidiária integral tem de adotar, por força de lei, a forma de sociedade anônima. GUSMÃO, Mônica, "Direito Empresarial". 3ª edição, Niterói, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 332.

No momento da associação do banco ao grupo, foi também confeccionado um Acordo de Acionistas²⁵, de modo a delinear a forma de participação nos negócios, traçando-se regras para eleição de seus gestores, bem como disciplinando direitos de voto, evitando-se, portanto, riscos às partes.

Ainda em consonância com a operação em comento, todos os funcionários da Administradora foram alocados na promotora, de modo a evitar qualquer possível confusão que permitisse pleitos judiciais com amparo em legislações e convenções coletivas específicas dos financiários e dos bancários.

Notamos aqui, que o planejamento e crescimento societários permitiram que a sociedade obtivesse uma arrecadação de numerário maior a partir do momento que se associou ao banco, entretanto permitiu que continuasse a ingerência deste sobre a sociedade primitiva e sobre as demais sociedades criadas, mesmo que dividindo-se a participação com o banco nestas últimas.

Com o passar do tempo, foi-se verificando a necessidade de nova alteração no organograma societário do grupo, visto que a sociedade limitada primitiva, veio ao longo do tempo adquirindo patrimônios, especialmente imóveis, onde algumas de suas filiais funcionavam. Ademais, a sociedade locava alguns dos imóveis não utilizados por ela a terceiros, passando a ter também na locação uma forma de arrecadação que, porém, não guardava relação com seu objeto social principal.

No que diz respeito ao pagamento do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ), por exemplo, a sociedade estava obrigada a ser tributada pelo Lucro Real, tendo em vista o volume de seus negócios, até porque havia despesas que valiam a pena serem deduzidas. Entretanto, no que tange a atividade de locação de imóveis, as despesas não representavam valor tão alto assim, de modo que, criando-se uma nova sociedade, para exercer exclusivamente esta atividade social, seria compatível o enquadramento desta no lucro presumido. Desta forma, se a arrecadação com aluguéis fosse, por exemplo, de R\$ 100.000,00, enquanto na sociedade operacional a tributação seria de 15% sobre essa quantia, ou seja, R\$ 15.000,00; na imobiliária, enquadrada no lucro presumido seria de 15% sobre a

²⁵ Destina-se o acordo de acionistas a reger o comportamento dos contratantes em relação à sociedade de que participam, funcionando, basicamente, como instrumento de composição de grupos. BORBA, José Edwaldo Tavares, "Direito Societário". 9ª edição, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004, p. 342.

base de cálculo de 32%, ou seja, R\$ 4.800,00 de IRPJ à pagar, perfazendo uma economia tributária de 10,2% só no IRPJ²⁶, fora CSLL, Cofins e outros tributos.

Desta forma, foi criada mais uma sociedade limitada (LTDA.) para atuar como Administradora de Imóveis, porém, dos imóveis próprios, que aqui podemos denominar de Imobiliária, onde a primitiva sociedade atuou como Quotista majoritária – com 99% das ações – desta última, integralizando o capital social com a totalidade de seus bens imóveis. Destarte, a Imobiliária locava seus imóveis a terceiros, permitindo-se uma maior arrecadação para o grupo, e firmava contratos de comodato com sua sócia majoritária e com demais empresas do grupo de modo, no caso dos imóveis onde funcionavam suas filiais.

A nova organização, permitiu que a empresa expandisse rapidamente de modo a criar filiais em outros Estados da Federação, reduzindo gastos e aumentando seus lucros, contribuindo significativamente para a economia nacional, reduzindo-se, por exemplo, a margem de desemprego, além de colaborar com uma política de responsabilidade social mais incisiva.

5 Conclusão

Verificamos com o presente trabalho que toda sociedade empresária, necessita planejar sua organização societária de modo que as responsabilidades trabalhistas, fiscais, financeiro-econômicas, administrativas, dentre outras, não funcionem como obstáculo ao crescimento, mas sim impulsionem sua expansão.

Os institutos aqui estudados são tão importantes que o legislador interviu de modo a regulá-los de forma mais específica através do Código Civil, uma vez que a Lei das Sociedades Anônimas – Lei 6.404/76 – regulava de forma abrangente, podendo, por isso, acabar permitindo aplicação equivocada ou prejudicial de algum ou alguns dos institutos na organização societária das empresas. Independentemente do dispositivo a ser aplicado, devemos sempre recorrer à doutrina e à jurisprudência para que haja uma maior e perfeita sinergia na organização societária.

²⁶ Entendimento extraído dos ensinamentos de Hiromi Higuchi e de Celso Hiroyuki Higuchi, da obra "Imposto de Renda das Empresas – Interpretação e Prática. HIGUCHI, Hiromi; HIGUCHI, Celso Hiroyuki, "Imposto de Renda das Empresas – Interpretação e Prática". 27ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2002, páginas 25/49.

Além dos institutos aqui estudados, existem outras formas de crescimento das empresas, como por exemplo, a franquia. Todavia, nos prendemos a três, apenas, que guardam importância significativa, como já demonstrado, de modo a permitir uma saúde econômico-financeira da sociedade, possibilitando geração de empregos a contento e satisfação funcional considerável, desde a função mais simples até a presidência da empresa.

Mencionamos o exemplo de uma grande empresa em atividade há mais de 50 anos, onde observamos que nos últimos 7 anos esta sociedade teve um considerável crescimento de seus negócios, a partir do momento em que passou a preocupar-se em se organizar do ponto de vista societário, possibilitando menores despesas e maiores arrecadações. Podemos, portanto, imaginar as dimensões desta sociedade atualmente, caso houvesse a preocupação da administração, com a organização societária há cerca de, pelo menos, 20 anos atrás. Certamente seria internacionalmente conhecida, como foi o caso da rede de videolocadoras Blockbuster, mencionada neste trabalho.

A cada dia cresce o número de empresas que recorrem a Escritórios especializados em Direito Societário para buscarem, através dos mesmos, uma melhor forma de gerir seus negócios e, com isso, estarem a frente de suas concorrentes, ou pelo menos num grau considerável de igualdade, e permanecerem dentro das exigências do mercado.

Porquanto, podemos considerar que o Direito Societário, visando o planejamento para o crescimento societário, é detentor de grande fatia de importância dentre os demais ramos do Direito que permeiam o bom desempenho de uma sociedade.

6. REFERÊNCIAS

BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário, 9ª Edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

GUSMÃO, Mônica. Direito Empresarial, 3ª Edição, Niterói, Rio de Janeiro, Impetus, 2004.

FRITSCH, Hebert Jorge, "Cisão nas Limitadas". Porto Alegre, Rio Grande do Sul. Editora Livraria do Advogado, 1993.

HIGUCHI, Hiromi e **HIGUCHI**, Celso Hiroyuki. Imposto de Renda das Empresas – Interpretação e Prática, 27ª Edição, São Paulo, Atlas Ed., 2002.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado, 10ª Edição, São Paulo, Saraiva Ed, 2004.

CARRION, Valentim. Comentários à Consolidação ds Leis do Trabalho, 31ª Edição atualizada, São Paulo, Saraiva Ed., 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário, 27ª Edição, São Paulo, Malheiros Ed., 2006.

PEREZ, Maria da Glória, da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, em São Paulo, 21/05/2008. <http://diritotrab.blogspot.com/2008/05/sucesso-de-empresas-na-sua-estrutura.html>

FOLHA ONLINE, São Paulo, 23/11/2006.
<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u112608.shtml>

G1, São Paulo, 03/11/2008.
http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL846978-9356,00-UNIBANCO+E+ITAU+ANUNCIAM+FUSAO+E+CRIAM+GIGANTE+FINANCEIRO.html

ABIGRAF, Associação Brasileira de Indústria Gráfica. InvestNews/Celulose Online, São Paulo, 15/08/2008.
http://www.abigraf.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=3716&Itemid=33

OGLOBO. Valor Online e Valor Econômico, São Paulo, 27/10/2008.
oglobo.globo.com/economia/mat/2008/10/27/lojas_renner_desiste_de_comprar_rede_varejista_leader-586148700.asp