

# Questões de Direito Comercial

Waldemar Ferreira

## I

### DA FUSÃO E INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADES – SUAS CONSEQUENCIAS E ENCARGOS FISCAIS

Nada se opõe, e a necessidade, muitas vêses o exige, se opere a reunião de duas ou mais sociedades mercantis para a consecução de seus objetivos, se comuns. Ou se juntam em *cartels*, afim de estabelecer monopolios, ou em *trusts*, combinações financeiras tendentes a realizar a fusão de emprêsas até então independentes. Efetua-se, na Alemanha, essa união na *konzern*, pela integração horizontal dos produtores de uma mesma mercadoria e pela integração vertical de todas as industrias concorrentes para a fabricação da mesma mercadoria depois da extração da materia prima até o acabamento do produto. Conservam todas as emprêsas, em tais condições, as suas personalidades proprias. O agrupamento é mantido pela comunidade de interesses. Realizam os inglêses, no mais das vêses, esse mesmo desiderato, pelo que chamam o *cronolo* de uma ou mais sociedades ou emprêsas: a aquisição da maioria das ações ou de tantas quantas permita a predôminancia nos seus órgãos de administração, de deliberação e fiscalização, seja organizando outras sociedades com o intuito de imprimir-lhes unidade de

direção e de administração, as *holding company*, seja sem elas, com tanto que as submetam á mesma direção comercial e tecnica.

No caso sujeito, certas pessoas, pelo possuírem a maioria das ações de duas companhias fabris, submetidas á mesma orientação comercial e tecnica, pretendem, em verdade, reuni-las em uma só e unica emprêsa, investindo-as da mesma personalidade juridica. Facilidade de administração, simplicidade de direção, unidade de escrituração, diminuição de trabalhos duplices, com a consequente redução de despêsas.

Duas ou mais sociedades anonimas podem, evidentemente, reunir-se em uma só por qualquer destes dois modos:

a) a  *fusão*: todas se dissolvem e, com os patrimonios de todas elas se constitúi uma outra e nova personalidade juridica, que assume os direitos e as obrigações das sociedades dissolvidas e extintas;

b) a  *incorporação*: uma subsiste e recebe o ativo e o passivo das outras, para esse fim dissolvidas e extintas.

Considera o art. 213 do decr. n. 434, de 4 de julho de 1891, a fusão de duas ou mais sociedades em uma só como constituição de nova sociedade: realizar-se-á, portanto, de conformidade com os arts. 65 e seguintes do mesmo decreto. Impossivel a fusão sem a dissolução das sociedades fusiveis. Dissolvidas, os socios de todas elas, como condôminos dos patrimonios de cada uma, com eles organizarão a nova sociedade: ou por escritura pública, ou por deliberação da assembléa geral, depois de praticadas as formalidades preliminares. A subscrição do seu capital. A avaliação dos bens com que entrará cada grupo de subscriptores e sua aprovação. E isso tudo com estrita observancia da lei.

Terminada a fusão pela definitiva constituição da nova sociedade, ficam as outras extintas e liquidadas. Cessa a sua existencia legal como pessoa juridica de direito privado. Perdem elas as suas denominações, os seus patrimonios, os seus administradores. Sucede-as, a titulo universal, a nova sociedade, credora dos seus direitos creditorios e devedora das suas obrigações. Opera-se-lhe a transferencia da propriedade dos bens daquelas,

moveis ou imoveis, devendo ser estes, nos respectivos registros imobiliarios, para a sua denominação transcritos.

Para dar-se a incorporação, entretanto, uma das sociedades subsistirá, conservando o seu patrimonio e a sua personalidade juridica. Dissolver-se-ão as outras. Para o efeito de se lhe transferirem os acêrvos destas, ela os adquirirá: será, pois, uma simples compra e venda de bens moveis e imoveis, se existirem. E essa operação poderá realizar-se antes mesmo delas se dissolverem. Em regra, dissolvem-se primeiro. Entram em liquidação. Nomeia cada um o seu liquidante, autorizando-o, desde logo, a transferir o seu patrimonio á sociedade superstite, pelo preço já estipulado ou a convencionar. E ele, recebendo-o, o distribuirá, em rateio, aos acionistas. Essa incorporação se efetivará pagando a sociedade adquirente o preço com as suas reservas. Se as não possuir, aumentará o seu capital tanto quanto necessario: recebendo as entradas dos subscritores, com elas efetuará o pagamento. Nada impede sejam as novas ações do aumento de capital subscritas ou pelos liquidantes das sociedades incorporandas, ou pelos proprios acionistas de cada uma, com a obrigação de as integralisarem com os bens constituintes dos acêrvos daquelas.

Outro não foi o ensinamento de J. X. Carvalho de Mendonça, no *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. 5, pag. 186, n. 1378:

«Uma das sociedades aumenta o capital; a outra decreta a sua dissolução e nomeia liquidantes, autorizando estes a subscreverem as ações correspondentes áquele aumento, realizando-as com o seu patrimonio livre e desembaraçado (bens e direitos). Recebidas as ações, ou são vendidas para se dividir o produto entre os acionistas da sociedade dissolvida, ou são partilhadas *in natura* entre eles. E' por isso que a incorporação para a sociedade subsistente não faz mais do que aumentar o seu capital, e para a sociedade absorvida é apenas um modo comodo, economico e rapido da sua liquidação.

Para a fusão é indispensavel o consenso de todos os acionistas de todas as sociedades fusiveis. Tratando-se, então, de constituir uma sociedade nova, ninguem poderá ser constrangido a entrar para ela, nem a subscrever ações.

O mesmo não se dá com a incorporação: assiste á assembléa geral o direito de autorizar a venda dos bens sociais, por intermedio da sua diretoria. Ou de dissolver a sociedade, podendo o liquidante, por attribuição propria, realizar a venda, se a assembléa expressamente não a autorizar. E a sua deliberação obriga tanto aos acionistas ausentes quanto aos dissidentes.

Prefere-se e aconselha-se, por isso, a incorporação á fusão. E não sómente por isso, senão, e principalmente, por ser operação mais economica.

Se, no caso de fusão de sociedades anonimas, a totalidade do capital, se estiver integrado, ou a parte realizada, no caso contrario, servirá de base para o cálculo do selo proporcional, nos termos do art. 13. n. 13, do decr. n. 17.538, 10 de novembro de 1926; no de incorporação sómente será tal selo devido se o capital da sociedade subsistente e adquirente for aumentado e na proporção do acrescimo, conforme a disposição do n. 10 do art. 13 do mesmo regulamento.

E desenha-se, neste passo, outra questão fiscal, de muito maior importancia: a de ser, ou não, devido o imposto de transmissão das propriedades imoveis ou para a nova sociedade, resultante da fusão, ou para a adquirente, no caso de incorporação. No sentir de J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direiño Commercial Brasileiro*, vol. 4, pag. 190, n. 1382, a sociedade anonima resultante da fusão de duas outras sociedades não está sujeita ao pagamento de tal imposto, mas unicamente ao do selo. E apoiou a sua afirmação no aviso de 10 de maio de 1892, do ministro da Fazenda, publicado no *O Direito*, vol. 61, pag. 333. Isso mesmo decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, pelo acórdão de 24 de agosto de 1917. Proferindo o seu voto, salientou o ministro Firmino Whitaker que, «no caso de fusão, ha uma constituição de sociedade nova e no caso de incorporação ha uma verdadeira cessão. No caso de fusão, só o pagamento de selo de verba e no caso de incorporação ha o pagamento de selo de transmissão de propriedade» (*Revista dos Tribunais*, vol. 23, pag. 132).

Fôrça é convir, entretanto, que, sem embargo da doutrina sustentada pelo incomparavel e saudoso commercialista brasileiro, reiterada em parecer publicado na *Revista de Direito*,

vol. 92, pag. 458, e das decisões administrativas e judiciais no mesmo sentido, até então, as legislações estaduais têm tributado a transferência de propriedade dos socios para as sociedades, afim de integralizarem as quotas de capital subscritas. Arguiu-se-lhes a inconstitucionalidade. Ainda ha pouco, pelo acórdão de 17 de outubro de 1928, decidiu ele estar a entrada com bens imoveis para o capital de sociedade anonima sujeito ao imposto de transmissão (*Revista de Direito*, vol. 91, pag. 501). Outros têm sido proferidos no mesmo sentido. Argumentava-se não constituir a conferência dos bens imoveis, no sentido tecnico, transmissão de propriedade. Eram postos em comunhão societaria. Desde, porêm, que o Código Civil reconheceu a personalidade juridica das sociedades mercantis e afirmou, como consequencia, distinguir-se o seu patrimonio de seus socios, só existe uma indagação a fazer: os bens imoveis se entregam á sociedade, pelos socios, a título de uso? Ou eles se incorporam ao seu patrimonio, mercê de transferencia de sua propriedade? Se a título de uso, o imposto não é devido, pela razão de não se operar a transferencia de sua propriedade, que continua a ser dos socios. Mas, na outra hipótese, transmitindo-se-lhe a propriedade, devido é ele. Pois não se incorporaram ao patrimonio da sociedade? Pois não perderam os socios qualquer direito a eles?

Em o Estado de São Paulo, o imposto de transmissão é devido tanto no caso de fusão, quanto no de incorporação de sociedades. Ficou isso expresso no decr. n. 5101, de 7 de julho de 1931. Declarou seu art. n. 2, no n. 1, devido o imposto «de todos os atos constitutivos, translativos de direitos reais sobre imoveis, inclusive dos bens imoveis com que os acionistas das sociedades anonimas e socios de sociedades civis e comerciais entrarem como contribuição para o respetivo capital»; e, no n. 7. «da fusão de sociedades da qual resulte nova sociedade do mesmo gênero». Esse imposto é, em qualquer dos dois casos, de tres e meio por cento.