

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**A OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADES COMO UMA
FORMA DE REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA**

GABRIELA ROMAGNOLI JANSEN

Rio de Janeiro
2019 / 2º SEMESTRE

GABRIELA ROMAGNOLI JANSEN

**A OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADES COMO UMA
FORMA DE REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor LL.M Allan Nascimento Turano.**

Rio de Janeiro
2019 / 2º SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

J35o Jansen, Gabriela Romagnoli
A OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADES COMO
UMA FORMA DE REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA / Gabriela
Romagnoli Jansen. -- Rio de Janeiro, 2019.
58 f.

Orientador: Allan Nascimento Turano.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Direito Societário. 2. Reorganização
Societária. 3. Planejamento Tributário. 4.
Aproveitamento de Prejuízo Fiscal. 5. Incorporação de
Sociedades. I. Turano, Allan Nascimento, orient.
II. Título.

GABRIELA ROMAGNOLI JANSEN

**A OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADES COMO UMA
FORMA DE REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor LL.M. Allan Nascimento Turano.**

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2019 / 2º SEMESTRE

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar a operação de incorporação de sociedades como uma forma de reorganização societária. O estudo tem como cerne principal a investigação da efetividade da operação de incorporação para àqueles que a procuram como uma alternativa para a manutenção da competitividade de seus negócios, tendo em vista o fenômeno da globalização e o avanço da tecnologia. Para isso, foram abordados aspectos concorrencias, fiscais, societários e operacionais do instituto. A análise foi feita através do estudo dos dispositivos legais do ordenamento jurídico brasileiro e doutrinas, além de um estudo de caso de uma sociedade empresária limitada, baseado em documentos societários públicos, bem como por entrevistas realizadas com seus colaboradores estratégicos.

Palavras-chaves: direito societário; reorganização societária; planejamento tributário; aproveitamento de prejuízo fiscal; incorporação de sociedades.

ABSTRACT

This document has the purpose to analyze the merger operation as a form of corporate reorganization. The aim of the study is the investigation of the effectiveness of the incorporation for those who seek it as an alternative for maintaining the competitiveness of their business, given the phenomenon of globalization and the advancement of technology. For this, the competition, tax, corporate and operational aspects of the institute were covered. The analysis was made through the study of the legal provisions of the Brazilian legal system and doctrines, as well as a case study of a limited company, based on public corporate documents and interviews with strategic employees of the company.

Keywords: corporate law; corporate reorganization; tax planning; use of tax loss; incorporation of companies.

Sumário

INTRODUÇÃO	7
I. INCORPORAÇÃO	10
1.1. Reorganizações Societárias	10
1.2. Base Legal	14
1.3. Incorporação de Sociedades e Incorporação de Ações	15
1.4. Procedimento de incorporação de sociedades	17
1.5. Efeitos da incorporação	19
1.5.1. Aumento do Capital	19
1.5.2. Extinção da Sociedade Incorporada	20
1.5.3. Sucessão Universal	21
II. ASPECTOS CONCORRENCIAIS E FISCAIS DA OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO	23
2.1. Aspectos concorrenciais	23
2.2. Reorganização Societária como forma de Planejamento Tributário	29
2.2.1. Elisão e Evasão Fiscal	29
2.2.2. Planejamento Tributário	33
2.2.3. Incorporação e absorção de prejuízos pela incorporadora	35
III. ESTUDO DE CASO: A REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA DA DAVITA NO BRASIL	38
3.1. Sobre a DaVita	38
3.2. Projeto Hug	39
3.3. Aspectos Fiscais	43
3.4. Aspectos Societários	47
3.5. Aspectos Operacionais	49
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

Em um contexto de globalização mundial, onde a atividade econômica se torna cada vez mais competitiva, os empresários enfrentam inúmeras dificuldades para manter a lucratividade de suas organizações. Com o intuito de minimizar custos e aumentar lucros, mantendo sua competitividade no mercado, estes passaram a ter a reorganização societária como uma grande aliada.

A reorganização societária se traduz em uma alteração na estrutura de uma sociedade, alterando e adaptando a forma como ela atua no mercado. Além disso, pode ocorrer através das operações de incorporação, transformação, cisão e fusão, podendo ser utilizada para diferentes finalidades, como: aumento da participação no mercado, diminuição da concorrência e complementação das competências das sociedades envolvidas no processo, nos campos de conhecimento de mercado e atualização tecnológica.

Assim, a reorganização societária é de suma importância, uma vez que dá ao empresário as condições necessárias para poder evoluir e adaptar seu negócio a novas carências que surgem no mercado, mantendo-os ativos e competitivos por bastante tempo.

A incorporação, uma das hipóteses de reorganização societária, é o instituto por meio do qual uma ou mais sociedades são absolvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. Esta operação tem sido cada vez mais utilizada por sociedades que buscam uma melhoria em seu desempenho, em face à alta competitividade do mercado atual.

Nesse sentido, o presente estudo tem por escopo analisar o instituto da incorporação de sociedades como forma de reorganização societária, verificando se realmente há, na prática, benefícios às sociedades que optam por esta operação e em quais escopos – operacionais, fiscais, societários, entre outros - podem ser encontrados tais vantagens.

Com base nisso, o estudo foi dividido em três capítulos. Em um primeiro momento, faz-se necessário uma análise específica dos aspectos da incorporação de sociedades, diferenciando-a da incorporação de ações e perpassando por um panorama geral dos motivadores e das demais hipóteses de reorganização societária no Brasil – transformação, cisão e fusão.

Será abordada, ainda, a cronologia das normas legais que versam sobre o instituto, analisando seu procedimento e efeitos, tais como a sucessão universal e o aumento do capital social.

Posteriormente, por ser a operação de incorporação um ato de concentração, será feita uma análise do instituto sob o viés do Direito Concorrencial, apontando as formas de controle e os possíveis empecilhos para a concretização da mesma. Ainda, tendo em vista a elevada carga tributária no Brasil e a ambição por economia fiscal, será examinada a reorganização societária – com enfoque na incorporação – como forma de planejamento tributário.

Ao final, será realizado um estudo de caso em torno de uma sociedade empresária limitada, que optou pela operação de incorporação como forma de reorganização societária. Nesse momento, serão analisados os motivadores que levam a mesma à escolha por esse método de reorganização e quais são os efeitos dele na prática.

O estudo se mostra relevante na medida em que percebemos que as organizações econômicas têm amplo papel em nossa sociedade. Elas servem para produzir bens e serviços que satisfazem as necessidades dos consumidores. Nesse processo, geram lucro, criam riqueza e movimentam a economia do país. Essa riqueza é distribuída não só pelos proprietários, como também pelos colaboradores, fornecedores, Estado e a sociedade em geral.

Com a globalização e o aprimoramento da tecnologia, as sociedades se tornam cada vez mais relevante, sendo papel do Direito regulamentar mecanismos que possibilitem às mesmas a adaptação às mudanças do mercado.

Assim, como a operação de incorporação tem sido um método de reorganização societária utilizado cada vez mais por àqueles que buscam uma maior competitividade, é imprescindível que se analise se o instituto é realmente benéfico.

Em se tratando da metodologia utilizada, o estudo trata-se de uma pesquisa básica pura indutiva, uma vez que pretende aprofundar e expandir o conhecimento disponível, partindo de observações específicas, para a obtenção de uma premissa geral.

Além disso, é uma pesquisa descritiva, tendo em vista a sua base na análise doutrinária já existente e em dispositivos legais do ordenamento jurídico brasileiro.

Para que os pontos mencionados anteriormente possam ser compreendidos, além do exame das correntes doutrinárias, será necessária também a abordagem da jurisprudência com relação à incorporação.

Com relação ao estudo de casos, este foi realizado através da análise de documentos societários públicos, devidamente arquivados perante as Juntas Comerciais competentes, bem como por entrevistas realizadas com colaboradores estratégicos da sociedade escolhida.

I. INCORPORAÇÃO

O intuito deste Capítulo é apresentar o instituto da incorporação, perpassando pelas operações de reorganização societárias existentes em nosso ordenamento jurídico, abarcando a base legal e procedimentos da incorporação.

1.1. Reorganizações Societárias

Devido ao fenômeno da globalização mundial e o aumento da competitividade dos mercados, muitas sociedades empresárias, com o intuito de se manterem competitivas, utilizam metodologias de reestruturação societária para que consigam sobreviver no mercado nacional e enfrentar a concorrência externa.

As reorganizações societárias são operações que se traduzem em transferências parciais ou totais do patrimônio de sociedades ou na alteração de tipo societários. No ordenamento jurídico brasileiro há quatro principais tipos de operações para reestruturação societária, a saber: transformação, fusão, cisão e incorporação.

O presente trabalho visa analisar especificamente os aspectos da incorporação de sociedades. Porém, é pertinente que se tenha antes um panorama geral dos motivadores e das hipóteses de reorganização societária no Brasil. Nesse contexto, válidas são as lições de Sérgio Botrel¹:

“[...] Essas operações, em linhas gerais, facilitam o acesso a novos mercados e atividades, possibilitam o aumento de poder de mercado, e têm o potencial de permitir ganhos de eficiência financeira com a exploração de sinergias” de custos e complementaridades.

O que se persegue com as combinações de negócios é a ocupação de uma melhor posição no mercado, que permita não somente o crescimento do faturamento, o aumento do portfólio de clientes, a contabilização de um maior número de contratos, mas principalmente que contribua para o aumento do EPS (eams per share - lucro por ação). Em determinadas situações, o aumento do EPS via F&A [Fusões & Aquisições] realiza-se mediante negócios que têm por objetivo não o crescimento ou expansão das atividades, mas sua segregação ou mesmo eliminação (via cisão e/ou trespasse), com o objetivo de prevenir a contaminação de atividades eficientes por outras de eficiência reduzida ou duvidosa.

¹ BOTREL, Sérgio. *Fusões e Aquisições*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 29-30.

A transformação é a operação que acarreta a mudança de tipo societário, podendo dizer respeito a todos os tipos de sociedades personalizadas do direito brasileiro. Neste processo não há extinção da pessoa jurídica da sociedade e nem criação de uma nova.² Sergio Campinho ensina:

A transformação é a operação pela qual uma sociedade altera o seu tipo, sem implicar a sua dissolução ou liquidação. Representa mera mutação na sua roupagem, sem afetar-lhe a personalidade jurídica. A sociedade mantém a sua personalidade jurídica, porém sobre outro tipo societário.

A fusão é regulada pelo *caput* do artigo 228 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (“Lei das S.A.”)³ e consiste na operação onde duas ou mais sociedades se unem para formar uma sociedade nova, que as sucederá em todos os direitos e obrigações. Neste processo todas as pessoas jurídicas participantes se extinguem, surgindo então, uma nova pessoa jurídica, que será a titular de todo o patrimônio pertencente às pessoas jurídicas envolvidas na operação.⁴

No geral, as fusões ocorrem para diversificar ou aumentar o nicho no mercado, aumentar a abrangência da marca, aumentar lucro, diminuir custos e proporcionar melhores estruturas para o negócio.

A cisão, por sua vez, é a operação pela qual o patrimônio de uma sociedade é transferido total ou parcialmente para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes. Existem duas versões de cisão, a total, que ocorre quando todo o patrimônio da sociedade é transferido e a mesma é extinta, e a parcial, que se dá quando apenas há um acervo cindido, de modo que a sociedade cindida segue existindo.⁵

Normalmente, esse tipo de reorganização societária é utilizado quando há a necessidade de aumentar o caixa da sociedade, situações onde há conveniência do planejamento tributário, necessidade de reestruturação dos sócios / acionistas, melhor definição do objetivo do negócio e alteração do gerenciamento, buscando melhoria e otimização.

² COELHO, Fábio Ulhoa. *Novo Manual de Direito Comercial*. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017. p. 228-229.

³ Lei das S.A.: “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 [...]”

⁴ MUNIZ, Ian. *Fusões e Aquisições Aspectos Fiscais e Societários*. 3. Ed. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil. 2015. p. 84.

⁵ CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa*. 12. Ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2011. p. 326-327.

Já a incorporação, que será melhor detalhada adiante, resume-se à operação pela qual uma sociedade, chamada incorporadora, absorve outra ou outras sociedades, as incorporadas, lhes sucedendo em todos os direitos e obrigações.

Algumas vantagens alcançadas pelas sociedades que optam por este processo podem ser observadas, são elas:

- a) Aumento da participação no mercado;
- b) Diminuição da concorrência;
- c) Aumento significativo no volume de produção;
- d) Redução de empregados, com a junção de departamentos que realizam as mesmas funções, o que acaba por gerar economias significativas;
- e) Concentração de esforços;
- f) Complementação das competências das sociedades envolvidas no processo, nos campos de conhecimento de mercado e atualização tecnológica.

Vale frisar que na incorporação, diferentemente da fusão, em que há a extinção de todas as pessoas jurídicas participantes do processo, apenas as incorporadas serão extintas. Nas palavras de Sérgio Campinho:

Da incorporação não surgirá nova sociedade, uma vez que a incorporadora irá suceder as suas incorporadas, permanecendo ela, incorporadora, com sua personalidade jurídica intacta. As incorporadas é que serão extintas com a implementação da incorporação.

Nessa temática de comparação entre incorporação e fusão, é oportuno destacar que em ambas as operações o resultado é a união de duas ou mais sociedades em uma só, a transmissão do patrimônio, mediante sucessão universal, para a sociedade remanescente ou resultante, e a extinção da sociedade independentemente do procedimento de liquidação. Assim, evidencia-se que em ambas as operações há a compenetração de sociedades mediante a sua reorganização.⁶

Tendo em vista os aspectos em comum de ambas as operações, em muitos outros países prevalece a orientação de que a fusão é um instituto do qual se desdobra a *fusão propriamente dita* e a *incorporação*, onde a incorporação seria uma fusão por absorção, com a incorporada

⁶ Cf. J. L. Bulhões Pedreira, Reorganização, in: A. Lamy Filho; J. L. Bulhões Pedreira (org.), *Direito das Companhias* cit, Ed. 2, p. 1745-1747.

sendo absorvida pela incorporadora.⁷ Porém, o direito brasileiro sempre definiu a incorporação como sendo um processo distinto da fusão.⁸

Sumarizando o que as similaridades e diferenças entre as operações, Ian Muniz ensina:

A fusão, a incorporação e a cisão constituem, antes de tudo, um processo de sucessão, ou seja, uma operação em que uma pessoa jurídica transfere para outra um conjunto de direitos e obrigações, ou de ativos e passivos, ou, ainda, um grupo de haveres e deveres, de forma tal que, sem que haja solução de continuidade, a outra pessoa jurídica (sucessora) absorve o acervo líquido que lhe foi transmitido e o utiliza para o exercício de uma atividade empresarial. (2015, p. 83)

A imprensa e o mercado em geral muitas vezes se referem como “fusão” à operações que, na realidade, são de “incorporação”. Nesse sentido, é importante registrar que pelo fato de ocorrer na fusão a extinção de todas as pessoas jurídicas participantes no processo e o surgimento de uma nova, enquanto que na incorporação a incorporadora subsiste, por questões operacionais, na prática, a incorporação tem muito mais popularidade. Na fusão, é necessário que se passe por todo o processo de criação de uma nova pessoa jurídica – como novo registro no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, do Ministério da Fazenda (CNPJ/MF), licenças para regular funcionamento, entre outros.

Além disso, há uma importante questão fiscal, já que a legislação de imposto de pessoas jurídicas permite um melhor aproveitamento de prejuízos fiscais na hipótese de incorporação, ao passo que na fusão há a perda total dos mencionados prejuízos.⁹

Sobre a preferência da incorporação à fusão, Bulhões Pedreira¹⁰ explica:

A grande maioria das operações de unificações de sociedades observadas no Brasil são negócios jurídicos de incorporação, o que explica por algumas vantagens que apresenta: preserva a personalidade jurídica de uma das sociedades (que em geral é a de maior dimensão ou reputação no mercado), reduz a averbação da unificação nos registros públicos de propriedades dos bens e requer menos formalidades do que a constituição da nova companhia criada pela fusão. As fusões são raras e, em regra, somente ocorrem quando as empresas a serem fundidas são de dimensões semelhantes

⁷ Cf. W. BULGARELI, *Fusões, incorporações e cisões de sociedades*, 5. Ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 69.

⁸ MUNIZ, Ian. *Fusões e Aquisições Aspectos Fiscais e Societários*. 3. Ed. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil. 2015. p. 86.

⁹ MUNIZ, Ian. *Fusões e Aquisições Aspectos Fiscais e Societários*. 3. Ed. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil. 2015. p. 83 – 86.

¹⁰ PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Incorporação, Fusão e Cisão. In: PEDREIRA, José Luiz Bulhões; LAMY Filho, Alfredo (coord.). *Direito das Companhias*. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2019. vol. II. p. 1746.

e nenhum dos grupos empresariais que as controlam aceita ser formalmente absorvido por outro.

Analisado os tipos de reestruturação societária em nosso ordenamento jurídico, passamos a versar sobre a base legal da incorporação.

1.2. Base Legal

Conforme abordado anteriormente, a incorporação é umas das técnicas de reorganização societária previstas no ordenamento jurídico brasileiro. O Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, foi o responsável pela introdução desse instituto, por meio de seu artigo 152, na legislação societária vigente à época.

O referido diploma legal foi revogado pela Lei das S.A., que passou a regulamentar, dentre outros temas, a incorporação. A Lei das S.A. em seu art. 227 dispõe que “a incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações (...)”.

Diante da ausência de regulamentação do instituto nos demais diplomas legais que regiam o direito societário à época¹¹, o procedimento de incorporação previsto na Lei das S.A. era aplicado analogamente aos demais tipos societários. Porém, com o advento da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (o atual “Código Civil”), a incorporação passou a ser regulada de forma geral pelo mesmo, sendo excluídas apenas as incorporações que envolvessem sociedades por ações, que continuaram a ser reguladas pela Lei das S.A.

A regulamentação da matéria pelo Código Civil ensejou críticas quanto a possível insegurança jurídica por ser silente e falha em alguns aspectos, o que acarretou em questionamentos sobre a aplicabilidade da Lei das S.A. às operações envolvendo outros tipos societários que não sociedades por ações.

Nesse sentido, José Edwaldo Tavares Borba aponta:

¹¹ Em especial, o Código Comercial (Lei nº 556, de 25 de junho de 1850) e o Decreto das Limitadas (Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919).

A nova regulação é extremamente limitada, deixando sem resposta muitas questões já resolvidas na lei das sociedades anônimas, que, não mais exercendo em relação à sociedade limitada uma função supletiva, apenas poderá ser invocada por remissão expressa ou por analogia.

Para o autor, quando a operação incluir sociedade anônima e outros tipos societários, por ser mais inclusiva, a Lei das S.A. deverá incidir não apenas no que tange os atos específicos da sociedade anônima, mas sim, com relação a questões de todas as partes envolvidas.¹²

Para Ian Muniz¹³, considerando que a regulamentação pelo Código Civil é inadequada e omissa em muitos aspectos e que, anteriormente, a Lei das S.A se aplicava indistintamente a todo tipo societário, os dispositivos da Lei das S.A. devem continuar sendo aplicáveis de forma supletiva e complementar, nos pontos em que não conflitarem com as normas do Código Civil, inclusive quanto às sociedades simples.

Superada a questão da base legal do instituto da incorporação, passamos a diferenciar incorporação de sociedades de incorporação de ações.

1.3. Incorporação de Sociedades e Incorporação de Ações

O trabalho aqui apresentado visa analisar os aspectos da incorporação de sociedades. Todavia, é adequado que se faça uma breve distinção dos conceitos de incorporação de sociedades e incorporação de ações para melhor entendimento dos institutos.

Conforme mencionado anteriormente, a incorporação (de sociedades) é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outras, que lhes sucedem em todos os direitos e obrigações.¹⁴

A incorporação poderá ser realizada entre sociedades de tipos iguais ou diferentes. De acordo com Sérgio Botrel¹⁵, quando a incorporação é efetivada, a sociedade incorporada é extinta, ao tempo em que a incorporadora tem seu capital aumentado com a transferência da

¹² BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 13. Ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2012. p. 503.

¹³ MUNIZ, Ian. *Fusões e Aquisições Aspectos Fiscais e Societários*. 3. Ed. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil. 2015. p. 92.

¹⁴ Lei das S.A.: “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. [...]”

¹⁵ BOTREL, Sérgio. *Fusões & Aquisições*. 4. Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2016. p. 125-126.

totalidade do patrimônio líquido da incorporada. Os sócios da sociedade incorporada recebem ações ou quotas de emissão da incorporadora em troca das participações societárias extintas em razão da incorporação.

Nesse sentido, preceitua Sérgio Botrel:

A rigor, em sede de direito privado, a ausência de vedação legal confere liberdade ampla para particulares (liberdade esta que encontra limites, naturalmente, na interdição ao abuso de direito e à fraude). Ademais, a assunção de todas as obrigações da sociedade incorporada é consequência da sucessão universal imposta por lei nos casos de incorporação, e não causa da operação societária.

A incorporação de ações, por sua vez, está prevista no artigo 252 da Lei das S.A.¹⁶ e se resume a operação pela qual a totalidade das ações de emissão de uma companhia, a incorporada, é transferida para outra companhia, a incorporadora, que passa a ser sua única acionista. É, portanto, o meio pelo qual a companhia incorporada se torna subsidiária integral da incorporadora.

É importante mencionar que também é possível que haja uma incorporação de quotas, ou seja, a incorporação das quotas de uma sociedade limitada por uma companhia, ou ainda, uma operação entre duas ou mais limitadas. Ressalta-se que essa hipótese só será concretizada caso haja a aprovação pela unanimidade dos sócios das sociedades envolvidas.

Além disso, a incorporação de ações representa uma forma de concentração empresarial, uma vez que uma companhia passa a ser a única acionista da outra, sendo que em virtude da não extinção da companhia que se transforma em subsidiária integral, há o afastamento da sucessão universal dos direitos e obrigações para a incorporadora, uma vez que não há perda da personalidade jurídica da companhia que se tornou subsidiária integral.¹⁷

A subsidiária integral poderá ser constituída de forma originária ou derivada, nessa perspectiva prescreve Botrel:

A constituição originária ocorre na forma do artigo 251 da LSA, em que uma sociedade brasileira destaca bens e/ou direitos de seu patrimônio para subscrever o

¹⁶ Lei das S.A.: “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 assembléia-geral das duas companhias mediante protocolo e justificação, nos termos dos artigos 224 e 225.[...]”

¹⁷ EIZIRIK, Nelson. A lei das S.A Comentada. Vol. III, arts. 189 a 300. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 397.

capital de uma companhia que a terá como única acionista. [...] A constituição derivada da sociedade subsidiária integral poderá ocorrer mediante a aquisição, por sociedade brasileira, de todas as ações de emissão de uma companhia, ou por meio da incorporação de ações.

Em suma, a diferença elementar entre os dois institutos é que na incorporação de ações as ações de emissão de uma companhia pela incorporadora é que são objeto de absorção, não havendo extinção de nenhuma companhia envolvida, enquanto que na incorporação de sociedades, uma sociedade absorve a outra, extinguindo-se a incorporada.¹⁸

1.4. Procedimento de incorporação de sociedades

Passados os conceitos básicos da incorporação, convém analisar o seu procedimento em si, uma vez que sem o cumprimento de determinadas formalidades, a operação não é válida.

Nesse sentido, Bulgarelli destaca que a incorporação divide-se em três fases indispensáveis, são elas, a transmissão total do patrimônio, a passagem dos acionistas de uma para outra, e a extinção da transmitente.¹⁹

A incorporação é iniciada mediante duas assembleias na incorporadora e uma assembleia em cada uma das incorporadas. As assembleias que dizem respeito à incorporadora objetivam: (a) a aprovação do protocolo e da justificação da operação pretendida, e a nomeação dos peritos que avaliarão o patrimônio líquido das sociedades a serem incorporadas e (b) a aprovação do laudo dos peritos e a efetivação da incorporação. A assembleia da incorporada, por sua vez, objetiva aprovar o protocolo e autorizar seus administradores a subscreverem o capital da incorporadora, mediante a versão de seu patrimônio líquido.²⁰

O aumento do capital acima mencionado será subscrito e integralizado pela sociedade incorporada, de acordo com seu patrimônio líquido, em conformidade com o que fora avaliado pelos peritos nomeados na assembleia geral da incorporadora.

Com relação às duas assembleias da incorporadora, é conveniente frisar que as mesmas podem se resumir em uma única assembleia, quando os peritos estiverem pré-indicados e se

¹⁸ BOTREL, Sérgio. *Fusões & Aquisições*. 4. Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2016. p. 145-146.

¹⁹ BULGARELLI, Waldirio. *Fusões, incorporações e cisões de sociedades*. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2000, p.102.

²⁰ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 13. Ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2012. p. 508.

apresentarem na assembleia com o laudo elaborado. Nesse caso, a assembleia geral da incorporadora irá aprovar o protocolo de incorporação, ratificar a escolha dos peritos, deliberar sobre o laudo elaborado e, se aprovado, declarar efetivada a operação.

Muitos autores acreditam ser imprescindível a unificação de ambas as assembleias da incorporadora, nas palavras de José Luiz Bulhões Pedreira:

A realização de uma única Assembleia Geral da incorporadora se impõe nas companhias abertas, porque, em regra, a elaboração do laudo de avaliação requer alguns meses e seria perturbador da regularidade do funcionamento dos mercados se houvesse a divulgação da aprovação do protocolo pela primeira Assembleia da incorporadora e a conclusão da operação ficasse durante meses até que se completasse o laudo de avaliação. (2009, p. 1800)

Cabe ressaltar que caso o protocolo não seja aceito por decisão em assembleia de qualquer das sociedades participantes, o procedimento de contratação da incorporação é encerrado. Porém, se o mesmo for aprovado com ressalvas, o procedimento é reiniciado, havendo a necessidade deste novo protocolo ser submetido à deliberação das demais sociedades.²¹

Sobre a efetivação da incorporação, Sergio Botrel afirma:

Aprovado o protocolo pelas assembleias gerais da incorporadora e da incorporada, uma vez entregue o laudo de avaliação do patrimônio da incorporada – e já aprovado em assembleia desta – este será objeto de deliberação pela assembleia geral da incorporadora. Se aprovado o laudo, colocar-se em votação, na mesma assembleia, a efetivação da incorporação. Aprovada a operação pela assembleia geral da incorporadora, extingue-se a incorporada, competindo aos administradores daquela primeira promover o arquivamento e a publicação dos atos da incorporação.

O arquivamento dos documentos deverá ocorrer nos 30 dias subsequentes à efetivação do negócio, hipótese em que os efeitos do registro retroagirão à data de realização da assembleia geral que formaliza a operação. Se ultrapassado esse prazo, o registro produzirá efeitos a partir de sua concessão, respondendo os administradores pelas perdas e danos, em caso de omissão e demora.

Com relação ao arquivamento e a publicação dos atos da incorporação, os mesmos devem ocorrer nos 30 (trinta) dias subsequentes ao arquivamento²², para que a incorporação se torne eficaz em relação a terceiros.

²¹ BOTREL, Sérgio. *Fusões & Aquisições*. 4. Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2016. p. 130-131

²² Lei 8.934/94: “Art. 36. Os documentos referidos no inciso II do art. 32 deverão ser apresentados a arquivamento na junta, dentro de 30 (trinta) dias contados de sua assinatura, a cuja data retroagirão os efeitos do arquivamento; fora desse prazo, o arquivamento só terá eficácia a partir do despacho que o conceder.”

Com base no exposto, o procedimento para a efetivação da operação de incorporação de sociedades pode ser resumido da seguinte forma: (a) celebração do protocolo de incorporação, nos termos do artigo 224 da Lei das S.A.²³; (b) elaboração da justificativa da operação (art. 225 da Lei das S.A.)²⁴; (c) aprovação, pela assembleia geral da incorporadora, do protocolo de incorporação e nomeação dos peritos que avaliarão o patrimônio líquido da sociedade incorporada; (d) aprovação do protocolo de incorporação e autorização para que os administradores da incorporada pratiquem os atos necessários à operação, tal qual a subscrição do aumento de capital da incorporadora; (e) aprovação do laudo de avaliação e declaração da efetivação da incorporada pela assembleia geral da incorporadora; (f) extinção da incorporada sem sua liquidação.

1.5. Efeitos da incorporação

Os principais efeitos da incorporação de sociedades são: o aumento do capital da incorporadora, a extinção da incorporada e a sucessão universal dos direitos e obrigações da incorporada pela incorporadora.

1.5.1. Aumento do Capital

Com a efetivação da incorporação, a sociedade incorporada é extinta, enquanto a incorporadora tem seu capital aumentado com a transferência da totalidade do patrimônio líquido da incorporada.

Nesse ponto, vale destacar que conforme mencionado anteriormente, nas hipóteses em que o patrimônio líquido da sociedade a ser incorporada for negativo ou igual a zero ou, ainda, nas hipóteses em que a sociedade incorporada for subsidiária integral da incorporadora, não haverá aumento de capital, restando claro que o referido aumento não é condição imprescindível para a realização da operação.

²³ Lei das S.A.: “Art. 224. 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: [...]”

²⁴ Lei das S.A.: “Art. 225. As operações de incorporação, fusão e cisão serão submetidas à deliberação da assembleia-geral das companhias interessadas mediante justificativa, na qual serão expostos: [...]”

O aumento de capital, quando existente, será subscrito e integralizado pela incorporada, nos termos do estipulado pelas partes no protocolo de incorporação. Vale ressaltar que o montante do aumento de capital não é estreitamente vinculado ao laudo de avaliação, há liberdade das partes para ajuste no valor que será aumentado, porém, não poderão as partes acordar um aumento de capital inferior ao valor estipulado no naquele.

Além disso, como consequência do aumento de capital, são emitidas novas ações de emissão da sociedade incorporadora, que serão conferidos aos acionistas (ou sócios, no caso da incorporação de quotas, que fora mencionada anteriormente) da sociedade incorporada, em detrimento das ações extintas como consequência da efetivação da incorporação e da extinção da sociedade incorporada.

Nessa questão, Borba pontua:

Os acionistas da sociedade incorporada recebem, em troca de suas antigas ações que se extinguem, ações do capital da incorporadora. As ações do capital da incorporada pertencentes à incorporadora ou se convertem em ações de tesouraria da incorporadora, até o limite dos lucros acumulados e reservas livres, ou são simplesmente extintas sem qualquer contrapartida de ações. Nesse caso, o aumento de capital a ser procedido na incorporadora em virtude da incorporação sofrerá redução correspondente ao percentual que as ações da propriedade da incorporadora representavam no capital da incorporada. Assim sendo, no patrimônio da incorporadora, passa a figurar a parcela do patrimônio da incorporada correspondente às ações extintas.

1.5.2. Extinção da Sociedade Incorporada

Com a aprovação pelas assembleias da incorporadora e da incorporada e a consequente efetivação da incorporação, ocorre a extinção da sociedade incorporada, competindo à incorporadora o arquivamento e a publicação dos atos desta operação.

De acordo com José Edwaldo Tavares Borba²⁵, a sociedade incorporada é extinta sem passar pelo processo de liquidação, isso se dá pelo fato de que a sua realidade econômico-jurídica, ou seja, ativo, passivo e acionistas, integra-se na incorporadora.

Vale ressaltar que para dissolver uma sociedade normalmente, algumas etapas são necessárias, como: a elaboração de ata de encerramento; formalização do Distrato Social;

²⁵ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 13. Ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2012. p. 508.

solicitação da Certidão Negativa de Débito junto à Previdência Social, do Certificado de Regularidade do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e da Certidão de Débitos Relativos a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União; solicitação de baixa nos cadastros da prefeitura e arquivamentos dos atos de extinção da sociedade na Junta Comercial competente²⁶.

Dessa forma, por ser bastante burocrático e moroso, o processo corriqueiro de baixa de uma sociedade é bastante criticado no Brasil, ato que faz com que o fato de as sociedades incorporadas serem extintas sem passar pelo processo de liquidação em uma incorporação se traduza em uma grande vantagem para operação.

1.5.3. Sucessão Universal

A incorporação é um processo de sucessão, em que uma pessoa jurídica transfere à outra um conjunto de direitos e obrigações, ou de ativos e passivos, sem que ocorra solução de continuidade. A outra pessoa jurídica, a sucessora, absorve o acervo líquido que lhe foi transferido e o utiliza para exercer uma atividade empresarial.²⁷

Ian Muniz define sucessão como:

O processo em que uma pessoa transfere ou transmite para outra um conjunto de bens e direitos (provavelmente, assumirá igualmente alguns passivos relacionados com o patrimônio recebido), tornando-se esta proprietária dos referidos bens e direitos (e igualmente devedora dos eventuais passivos).

Nas operações de incorporação, a sucessão da incorporada pela incorporadora resulta na transferência, a título universal, de todos os direitos e obrigações antes pertencentes à incorporada para a incorporadora.

Importante frisar que a característica essencial da sucessão universal é a transferência de uma universalidade de direitos e obrigações, sem que os mesmos sejam específicos e determinados. Sendo assim, conforme abordado acima, a incorporadora passará a ser sujeito

²⁶ A Instrução Normativa DREI nº 68/2019 instituiu a vedação à cobrança de preço pelo serviço de arquivamento dos documentos relativos à extinção do registro do empresário individual, da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – Eireli e da sociedade limitada (exceção é feita as sociedades anônimas).

²⁷ MUNIZ, Ian. *Fusões e Aquisições Aspectos Fiscais e Societários*. 3. Ed. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil. 2015. p. 83.

ativo e passivo de todos os direitos e obrigações da incorporada, a questão principal é que essa sucessão se dá mesmo que não haja previsão nesse sentido no protocolo de incorporação e ainda que eventuais passivos não sejam conhecidos ou escriturados à época da sucessão.

Além disso, como na operação de incorporação os estabelecimentos das sociedades envolvidas não sofrem solução de continuidade, é possível enxergar vantagens no campo operacional, uma vez que os documentos regulatórios, como alvarás e licenças, continuam em vigor, assim como os contratos, compromissos fiscais e relações empregatícias, em suma, todo o universo de interesses das sociedades abrangidas na operação continuarão a fluir²⁸.

²⁸ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 13. Ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2012. p. 513

II. ASPECTOS CONCORRENCIAIS E FISCAIS DA OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO

Em um ambiente globalizado, onde a concorrência se torna cada vez mais acirrada, a busca pela eficiência e controle de mercados atinge todas as variáveis de uma organização, que investe em alternativas para se manter competitiva. Nesse contexto a reestruturação societária, em especial a incorporação, tem se tornado uma etapa natural no processo de fortalecimento e sobrevivência das sociedades.

Este capítulo tem a finalidade de analisar os aspectos da operação de incorporação, com enfoque na parte concorrencial e fiscal.

2.1. Aspectos concorrenciais

De maneira cada vez mais recorrente, as concentrações empresariais são utilizadas pelas sociedades visando uma defesa contra a concorrência global extremamente competitiva, buscando a atuação em mercados não explorados, economia nos custos de produção, otimização de logística e diversos outros fatores.

Nesse sentido, quanto maior a operação, maior o impacto perante o mercado consumidor, fato que faz com que as reestruturações societárias devam ser analisadas sob o ponto de vista do impacto social que possam gerar.

Assim, a análise e prevenção à eventuais infrações contra a ordem econômica, entendidas como aquelas que colocam em risco a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, a função social da propriedade, a defesa dos consumidores e o uso devido do poder econômico, tornam-se cada vez mais necessárias.

Quando examinadas as operações de concentração empresarial sob o enfoque dos possíveis resultados em desfavor das demais sociedades concorrentes, a maior preocupação é que a sociedade beneficiada pelo ato concentracionista possa dominar determinado mercado de bens ou serviços e/ou limitar ou impedir o acesso ao mercado por novas sociedades; dentre outras condutas tidas como prejudiciais à livre concorrência ou à livre iniciativa.

Além disso, a concentração de mercado nas mãos de um só grupo também pode se tornar prejudicial aos consumidores, através de manipulação e aumento dos preços, perda de inovação, entre outros fatores.

Nesse contexto, o Direito da Concorrência visa a tutela específica das políticas econômicas da concorrência, assegurando a proteção de interesses individuais e coletivos de todos os concorrentes em geral, ou seja, todos aqueles que disputam um mercado.

Assim, buscando garantir os pressupostos constitucionais da livre-iniciativa e livre concorrência,²⁹ diante de mercados cada vez mais competitivos, o direito complementa tais conceitos por meio da repressão ao abuso do poder econômico e à concorrência desleal³⁰.

Com a finalidade de orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder econômico, exercendo papel de tutela na prevenção e repressão de tais abusos, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) foi criado pela Lei 4.137/62 e, posteriormente, transformado em autarquia vinculada ao Ministério da Justiça pela Lei nº 8.884/94.

O CADE é a última instância na esfera administrativa, responsável pela decisão final sobre a matéria concorrencial no que diz respeito aos atos de concentração e desempenha, a princípio, os papéis preventivo, repressivo e educativo.

Um ato de concentração ocorre quando duas sociedades, concorrentes ou não, ao se juntarem, passam a exercer posição dominante no mercado. Estes atos podem ser horizontais, verticais ou conglomerados.

A concentração horizontal é a forma mais comum e tradicional e se consubstancia na operação entre sociedades do mesmo nível da cadeia produtiva, ou seja, concorrentes diretos e que operam no mesmo mercado relevante. O objetivo de tal ato é a expansão da área de atuação, obtenção de economias de escala e maior participação no mercado.

²⁹ A CRFB/1988 os elenca como princípios gerais da atividade econômica, notadamente no art. 170, *caput* e IV.

³⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Novo Manual de Direito Comercial*. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017. p. 64-65

O Anexo V da Resolução CADE nº 15/98 define as relações horizontais como:

RELAÇÕES HORIZONTAIS: Ocorre uma relação horizontal quando duas ou mais empresas atuam num mesmo mercado como vendedoras de produtos similares (leia-se substitutos) ou quando duas ou mais empresas atuam num mesmo mercado como compradoras.

Já a concentração vertical, esta ocorre entre agentes econômicos que atuam em diferentes níveis da cadeia produtiva, em negócios que se complementem, dentro de um mesmo segmento e mercado relevante. Na concentração vertical objetiva-se a facilidade na distribuição dos produtos, garantia das matérias-primas, entre outros.

A resolução supramencionada conceitua as relações verticais como:

RELAÇÕES VERTICAIS: Ocorre uma relação vertical quando uma empresa opera como vendedora no mercado de insumos de outra, mesmo não havendo uma relação comercial entre elas.

Os atos de concentração conglomerados, por sua vez, ocorrem entre sociedades que não são concorrentes diretas e nem complementares. Nessa hipótese, os principais objetivos são a diversificação e o aproveitamento de oportunidades de investimento.

Retornando aos papéis que devem ser desempenhados pelo CADE – repressivo, educativo e preventivo – é importante que seja feito um breve resumo sobre cada um deles.

O papel repressivo corresponde à análise de condutas anticoncorrenciais, onde o CADE possui o dever de reprimir práticas que vão contra a ordem econômica, tais como acordos de exclusividade e cartéis.

O papel educativo, por sua vez, está contido no artigo 7º, XVIII, da Lei nº 8.884/94, que dispõe que o CADE tem o dever de instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica. Tal responsabilidade é desenvolvida através da realização de seminários cursos e palestras.

Por fim, o papel preventivo, que mais interessa para o estudo em questão e está disposto nos artigos 54 e seguintes da Lei nº 8.884/94, diz respeito à análise dos atos de concentração,

ou seja, análise das operações de fusão e incorporação, objetivando evitar a concretização³¹ de atos que poderiam limitar ou reduzir a concorrência³².

Em suma, é dever do CADE analisar os efeitos das operações de incorporação e fusão nos casos em que há possibilidade de criação de prejuízo ou restrições à livre concorrência, que a lei antitruste supõe ocorrer em situações de concentração econômica acima de 20% do mercado de bem ou serviço³³ ou quando envolvam uma sociedade que tenha faturamento bruto anual ou volume total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 750 milhões e outra sociedade que tenha tal faturamento bruto anual ou volume total no País equivalente ou superior a R\$ 75 milhões³⁴.

Importante mencionar que em 2012, uma nova Lei Antitruste entrou em vigência: a Lei nº 12.529/2011. Uma das principais mudanças trazidas por essa lei foi o fato de passar a ser necessária uma autorização prévia³⁵ pelo CADE dos atos de concentração pretendidos entre sociedades, contrapondo-se ao sistema anteriormente existente, em que os atos de concentração eram consumados e em seguida levados à aprovação – fato que era problemático, pois muitas vezes a consumação do ato levava a medidas de difícil ou impossível desfazimento.

³¹ Nessa temática, é importante mencionar o caso da tentativa de compra da Alesat pela Ipiranga: “A aquisição da distribuidora de combustíveis Alesat Combustíveis S/A pela concorrente Ipiranga Produtos de Petróleo S/A foi reprovada, por unanimidade, pelo Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade (...). O colegiado entendeu que há mercados de distribuição regionais que seriam afetados pelo ato de concentração (AC [08700.006444/2016-49](http://www.cade.gov.br/decisions/08700.006444/2016-49)) e não houve acordo com as partes no sentido de adotar remédios capazes de neutralizar os riscos identificados durante a análise da operação. De acordo com o conselheiro relator do caso, João Paulo de Resende, a Alesat é a maior distribuidora regional de combustíveis, com mais capacidade de rivalizar com as três que operam em nível nacional: Ipiranga, Petrobrás e Raízen. Como a estrutura do mercado de distribuição interfere no de revenda, a compra da Alesat pela Ipiranga geraria significativo impacto na capacidade de concorrência no mercado por parte de postos regionais e de bandeira branca abastecidos atualmente pela Alesat.” SOCIAL, Assessoria de Comunicação. *Compra da Alesat pela Ipiranga é vetada pelo Cade*. 2018. Disponível em < <http://www.cade.gov.br/noticias/compra-da-alesat-pela-ipuranga-e-vetada-pelo-cade> >. Acesso em 11 nov 2019.

³² COELHO, Fábio Ulhoa. *Novo Manual de Direito Comercial*. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017. p. 65

³³ Lei nº 8.884/94: “Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

(...)

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.”

³⁴ A Portaria Interministerial nº 994 de 30 de maio de 2012, modificou os valores para R\$ 750 milhões e R\$ 75 milhões, antes, de acordo com a Lei nº 12.529/2012, estipulava os valores de R\$400 milhões e R\$30 milhões, respectivamente.

³⁵ Lei nº 12.529: “Art. 88. § 2º O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda.”

Assim, o controle dos atos de concentração econômica que devam ser obrigatoriamente submetidos à aprovação do CADE será prévio e tais atos não poderão ser consumados antes de apreciados pelo Conselho, sendo o descumprimento de tal medida sujeito à punição³⁶.

Além disso, com o intuito de preservar o procedimento, as partes envolvidas na operação deverão manter suas estruturas físicas e condições competitivas inalteradas até a avaliação final por parte do CADE, sendo vedada, por exemplo, quaisquer transferências de ativos.

No que diz respeito ao procedimento para aprovação dos atos de concentração econômica, de acordo com a Cartilha do CADE³⁷, os pedidos deverão ser endereçados à Autarquia e instituídos com as informações e documentos indispensáveis à instauração do processo administrativo, definidos em resolução do CADE³⁸, além do comprovante de recolhimento da taxa específica.

De acordo com a Resolução nº 2, de maio de 2012 do CADE, algumas etapas são necessárias para a instauração do processo administrativo, a saber: I – Descrição da Operação (apresentação de um resumo da operação, especificando as partes na concentração, as respectivas áreas de atividade, a natureza da concentração, os mercados em que a concentração produzirá algum impacto e a justificativa estratégica e econômica para a operação); II- Informações relativas às partes (apresentação da razão social, CNPJ, forma legal, faturamentos brutos, organograma com a estrutura societária das partes diretamente envolvidas na operação, entre outros); III – Elementos relativos à operação (indicação do valor da operação e a forma de pagamento, se a operação abrange, total ou parcialmente, as atividades das partes, se a operação está sujeita a aprovação de outros órgãos reguladores no Brasil ou no exterior, entre outros); IV – Documentação (cópia da versão final ou mais recente de todos os instrumentos contratuais relativos à realização da operação, cópias de acordos de não concorrência e de acionistas, se houver, relatório de marketing, planos e estratégias de divulgação da marca, plano

³⁶Lei nº 12.529 “Art. 88. § 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.”

³⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cartilha do CADE. Brasília. 2016. Disponível em < <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf> >. Acesso em 10 nov. 2019.

³⁸ Resolução nº 2, de maio de 2012.

de negócios, entre outros); V – Definição do(s) mercado(s) relevante(s) (descrição de todas as linhas de produtos comercializados e /ou serviços prestados no Brasil pelas partes diretamente envolvidas na operação, identificação de todas as linhas de produtos e /ou serviços em que poderiam ser verificadas sobreposições horizontais, verticais e /ou complementares decorrentes da operação, entre outros); VI – Estrutura de oferta (apresentação de uma estimativa da dimensão total dos mercados relevantes identificados, em termos de valor e de volume de vendas, para os últimos 5 (cinco) anos e uma estimativa de crescimento para os próximos 5 (cinco) anos, apresentação do nome, endereço e sítio eletrônico dos 10 (dez) principais concorrentes identificados para todos os mercados relevante, entre outros); VII – Estrutura de demanda (informação do grau de concentração ou dispersão dos clientes nos mercados relevantes indicados, entre outros); VIII – Análise de poder de monopólio (indicação de clientes alternativos disponíveis para os fornecedores de cada mercado relevante indicado, entre outros); IX – Análise das condições de entrada e rivalidade (indicação, considerando os mercados relevantes indicados, a existência de quaisquer barreiras legais ou regulamentares à entrada, existência de barreiras relativas ao acesso a insumos ou infraestruturas, entre outros); X – Análise de poder coordenado (análise de cada um dos mercados relevantes indicados tendo em vista o número de empresas, se as fontes de insumos, matérias-primas e componentes são comuns a todos os produtores, entre outros); XI – Contrafactual (descrição da provável configuração futura dos mercados relevantes indicados, em termos concorrenciais, caso a operação não ocorresse por algum motivo) e XII – Observações finais (apresentação de quaisquer outros comentários ou informações que se façam pertinentes à análise da operação³⁹).

Ademais, caso o negócio seja prejudicial à concorrência, o CADE pode impor restrições à operação como condições para sua aprovação, como determinar alterações nos contratos ou obrigações de fazer ou não fazer⁴⁰.

³⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cartilha do CADE. Brasília. 2016. Disponível em < <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf> >. Acesso em 10 nov. 2019. p. 9 – 25.

⁴⁰ Para exemplificar as hipóteses restrições impostas pelo Cade, vale mencionar o caso da compra da Time Warner pela AT&T: “Para sanar os problemas concorrenciais identificados, as empresas firmaram um ACC com o Cade por meio do qual se comprometem a cumprir uma série de obrigações impostas pelo órgão antitruste. (...) Entre os compromissos assumidos pela AT&T está a manutenção da Sky Brasil e das programadoras de canais Time Warner como pessoas jurídicas separadas e com estruturas de administração e governança próprias, não sendo permitida a troca de informações concorrenciaismente sensíveis ou que possam implicar discriminação entre agentes que não façam parte do grupo econômico das empresas envolvidas na operação. (...) A AT&T também assumiu a obrigação de fazer com que as programadoras de canais Time Warner ofereçam a empacotadoras e prestadoras de televisão por assinatura não-afiliadas todos os canais de programação licenciados à Sky, mediante condições não-discriminatórias. (...) Foi estabelecida também a nomeação de um consultor independente que monitorará o cumprimento das obrigações assumidas pelas compromissárias no ACC e reportará ao CADE

Superada a temática de possíveis empecilhos para a operação de incorporação, passaremos, então, para os seus aspectos gerais.

2.2. Reorganização Societária como forma de Planejamento Tributário

Tendo em vista a elevada carga tributária no Brasil e a conseqüente necessidade de redução de custos, dentro dos limites da lei, para a manutenção da competitividade, tem se tornado relevante no contexto empresarial a aplicação das formas de reorganização societária objetivando uma economia fiscal.

A reorganização societária pode ser utilizada como uma forma de planejamento tributário, vez que se trata de um procedimento que visa o aumento da eficiência das empresas e de sua competitividade no mercado interno e externo, além de permitir a redução de custos através da economia de tributos.

Nesse contexto, a reorganização societária como forma de planejamento tributário tem se traduzido em levar para o campo do Direito Tributário as figuras societárias da fusão, da cisão e da incorporação empresarial como forma de praticar a elisão fiscal.

Para melhor entendimento do assunto e conceito de planejamento tributário é necessário que se faça a diferenciação entre Elisão e Evasão Fiscal, dessa forma, perpassaremos por alguns conceitos básicos.

2.2.1. Elisão e Evasão Fiscal

Um dos ambientes em que os empresários identificam maior custo para o exercício da empresa é, sem dúvidas, o tributário, uma vez que o Brasil está no topo da lista dos países com a maior alíquota de imposto sobre o lucro das pessoas jurídicas em todo o mundo – sendo cobrado a título de Imposto de Renda e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido o

eventuais descumprimentos. As partes deverão ainda informar ao órgão qualquer pedido de investigação ou denúncia no setor, assim como eventuais reclamações por estarem agindo de forma discriminatória”. <http://www.cade.gov.br/noticias/compra-da-time-warner-pela-at-t-e-aprovada-com-restricoes>

correspondente à 34% (trinta e quatro por cento)⁴¹. Diante de uma carga tributária tão elevada, os empresários buscam por alternativas para economia de impostos.

Dessa forma, enquanto alguns empresários adotam caminhos lícitos para organizar seus negócios de forma legalmente mais econômica, outros optam pela sonegação, simulação ou dissimulação, cuja manobra está desprotegida pelos princípios da legalidade tributária.

Nesse contexto, torna-se necessária a diferenciação entre elisão e evasão fiscal:

A elisão fiscal, também chamada de planejamento tributário, é uma forma juridicamente legal de reduzir a carga tributária das sociedades, antes da ocorrência do fato gerador. Tem como finalidade obter uma economia fiscal dentro da elasticidade que a legislação tributária oferece.

Na elisão fiscal, através do planejamento, evita-se a ocorrência do fato gerador de tributos. E, por não ocorrer o fato gerador, o tributo não é devido. Dessa forma, o planejamento não caracteriza ilegalidade, apenas usa-se das regras vigentes para evitar o surgimento de uma obrigação fiscal. Trata-se de planejamento tributário para economia de tributos⁴².

Silvio Crepaldi define elisão fiscal como:

Um conjunto de atos adotados por um contribuinte, autorizados ou não proibidos pela lei, visando a uma carga fiscal menor, mesmo quando esse comportamento prejudica o Tesouro. Consiste na economia lícita de tributos, deixando-se de fazer determinadas operações ou realizando-as da forma menos onerosa possível para o contribuinte. Trata-se de ação perfeitamente lícita, de planejamento tributário, econômico ou fiscal. Configura-se em um planejamento que utiliza métodos legais para diminuir o peso da carga tributária em um determinado orçamento.

Há duas espécies de elisão fiscal em nosso ordenamento, a decorrente da própria lei e a que resulta de lacunas e brechas existentes na legislação. Enquanto na primeira espécie existe uma vontade clara do legislador de dar ao contribuinte determinados benefícios fiscais, sendo os incentivos fiscais exemplos típicos. Na segunda, para configurar seus negócios com menor

⁴¹ ESTADÃO. *Em 2019, Brasil será o país que mais tributa empresas*. Disponível em < <https://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2019/01/em-2019-brasil-sera-o-pais-que-mais-tributa-empresas.html> > Acesso em: 12 de nov. 2019.

⁴² HIGUCHI, Hiromi. *Imposto de Renda das Empresas: Interpretação e prática*. 40. Ed. São Paulo: IR Publicações. 2015. p. 670

ônus tributário, o contribuinte utiliza elementos que a lei não proíbe, ou elementos da própria lei que possibilitem evitar o fato gerador de determinado produto⁴³.

Nessa temática, sobre o viés de uma reestruturação societária no molde *holding* e filiais, Silvio Crepaldi destaca:

A elisão fiscal é muito utilizada por empresas quando das transferências internacionais de recursos, na busca de conceitos tributários diferentes em países distintos, de forma a direcionar o tráfego dos valores. Assim, pode-se reduzir a carga tributária e fazer chegar às matrizes as maiores quantidades possíveis de recursos vindo das filiais.

A evasão fiscal, ou sonegação, por sua vez, consiste em utilizar procedimentos que violem diretamente a lei fiscal ou o regulamento fiscal por meios ilícitos, para evitar o pagamento de tributos.

Hiromi Higuchi conceitua evasão fiscal como:

Ato praticado com violação da lei, com o intuito de não pagar tributo ou contribuição ou de reduzir o seu montante. É ato praticado com violação de lei porque é posterior à ocorrência do fato gerador do tributo. Na evasão fiscal sempre está presente a simulação ou dissimulação. (...) Na evasão fiscal, como o fato gerador já ocorreu, essa ocorrência é acobertada com roupagem jurídica simulada ou dissimulada.

A evasão, ao contrário da elisão, consiste na lesão ilícita do Fisco, deixando de pagar tributo devido ou pagando menos que o devido, de forma deliberada ou por negligência.

Além da distinção pelos meios, pode-se diferenciar os conceitos de elisão e evasão fiscal pela cronologia do ato, uma vez que há uma diferença temporal entre a evasão fraudulenta e a elisão, que é lícita.

Se o ato destinado a evitar, reduzir ou retardar o pagamento do tributo for praticado antes da ocorrência do fato gerador do tributo, estamos diante da elisão. Porém, se o ato se ocorreu posteriormente, ocorre a evasão. Percebe-se assim, que o aproveitamento do planejamento tributário para ser lícito, deve ocorrer antes do surgimento da obrigação tributária⁴⁴.

⁴³ CREPALDI, Silvio. *Planejamento Tributário: Teoria e Prática*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2019. loc 2912 de 11673.

⁴⁴ CREPALDI, Silvio. *Planejamento Tributário: Teoria e Prática*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2019. loc 2890 de 11673.

Nesse âmbito, vale destacar que pelo fato de a elisão fiscal representar significativa queda na arrecadação de tributos, o Fisco vem reunindo esforços para desconsiderar tais operações, tentando qualificá-las como negócios eivados de simulação.

Em 11 de janeiro de 2001 foi publicada no Diário Oficial da União a Lei Complementar nº 104/2001, alterando dispositivos da legislação tributária. Entre as alterações, houve a inclusão do parágrafo único ao artigo 116 do Código Tributário Nacional (“CTN”), nestes termos:

Art. 116. (...)

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei originária.

O artigo supracitado versa sobre a chamada cláusula não elisiva e regulamenta a possibilidade de desconsideração do planejamento fiscal para fins tributários⁴⁵.

Ocorre que, em realidade, a norma não visa combater a elisão fiscal propriamente, e sim a evasão fiscal, que se utiliza da simulação como forma ilícita de evitar a satisfação ou cumprimento da obrigação tributária.

Nesse sentido, comentam Ives Gandra da Silva Martins e Paulo Lucena de Menezes⁴⁶:

O citado Anteprojeto também permite que determinadas operações sejam desconsideradas, mas somente 'atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária'. (...) parece que o texto limita-se apenas a atos fraudulentos, posto que, nas duas situações previstas, exige-se uma dissimulação, isto é, a constatação da existência de atos que procuram ocultar, encobrir, disfarçar. Pela literalidade do preceito, portanto, as hipóteses previstas são nitidamente de evasão fiscal.

Resta claro que o parágrafo único do artigo 116 do CTN deve ser interpretado como uma hipótese de evasão fiscal, pois, caso não o fosse, estaríamos diante de uma completa insegurança nos negócios praticados pelos contribuintes.

⁴⁵ CREPALDI, Silvio. *Planejamento Tributário: Teoria e Prática*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2019. loc 3052 de 11673.

⁴⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENEZES, Paulo Lucena de. *Elisão Fiscal*. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, nº 63, p. 171

Superada a diferenciação entre elisão e evasão fiscal, podemos dar início à análise do planejamento tributário e seus objetivos.

2.2.2. Planejamento Tributário

No Brasil, grande parte do faturamento empresarial é destinado ao pagamento de tributos, assim, o gerenciamento das obrigações tributárias tornou-se algo estratégico dentro das organizações, sendo imprescindível a adoção de um sistema de economia legal, ou de elisão fiscal, mais conhecido como planejamento tributário⁴⁷.

Fabretti, conceitua o planejamento tributário como “o estudo feito previamente, ou seja, antes da realização do fato administrativo, pesquisando-se seus efeitos jurídicos e econômicos e as alternativas legais menos custosas”.

Nesse mesmo sentido, Sílvio Crepaldi ensina:

Para limitar o impacto da alta carga de tributos no Brasil, muitas empresas buscam o planejamento tributário para a redução dos impostos. Tal prática consiste na designação corrente de uma série de procedimentos tradicionalmente conhecidos como formas de economia de imposto. Sua metodologia consiste em obter menor ônus fiscal sobre operações ou produtos, utilizando meios legais. Com efeito, as formas de economia fiscal têm sido enriquecidas por projetos de alta complexidade que envolvem avançada tecnologia fiscal, financeira e societária.

Em síntese, os autores destacam que o planejamento tributário visa a redução do ônus tributário a partir da análise das alternativas legais de tributação existentes em nosso ordenamento jurídico.

O planejamento tributário pode se dar de três formas⁴⁸:

- a) Planejamento objetivando a redução do ônus fiscal: o planejamento fiscal deve organizar o empreendimento ou atividade econômico-mercantil, mediante a utilização de estrutura e forma jurídicas, que possibilitem a concretização de hipóteses de incidências tributárias, cujas consequências resultem em um ônus menor;

⁴⁷ CREPALDI, Sílvio. *Planejamento Tributário: Teoria e Prática*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2019. loc 1713 de 11673.

⁴⁸ FABRETTI, L. C. *Incorporação, fusão, cisão e outros eventos societários: tratamento jurídico, tributário e contábil*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 153

- b) Planejamento objetivando a anulação do ônus fiscal: o planejamento fiscal deve articular o empreendimento ou a atividade econômico-mercantil, mediante o emprego de estrutura e forma jurídicas, que sejam capazes de impedir a concretização das hipóteses de incidências tributárias;
- c) Planejamento objetivando o adiantamento do ônus fiscal: o planejamento fiscal deve arquitetar o empreendimento ou a atividade econômico-mercantil, mediante a adoção de estrutura e forma jurídicas, que venham a possibilitar o deslocamento da ocorrência do fato gerador ou a procrastinação do lançamento ou pagamento do imposto.

Em resumo, o objetivo do planejamento tributário pode ser alcançado com a redução total da carga fiscal, redução parcial da carga fiscal ou postergação da carga fiscal.

Vale ressaltar que o planejamento tributário pode ser visto como um direito constitucional. Uma vez que, dentro da lei, todo contribuinte tem o direito de gerir seus negócios com liberdade e de acordo com seus interesses. Nesse sentido, destacam-se os seguintes textos constitucionais (Constituição Federal do Brasil – CF, 1988):

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

(...)

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

(...)

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

II - propriedade privada;

(...)

IV – livre concorrência;

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvos nos casos previstos em lei.

Resta claro que o planejamento tributário é um aliado de extrema importância para a gestão das empresas, devendo ser utilizado para racionalizar os custos através de redução do ônus tributário.

2.2.3. Incorporação e absorção de prejuízos pela incorporadora

Prejuízo fiscal se traduz no lucro real negativo que a pessoa jurídica obteve no período e que pode ser compensado posteriormente com os lucros positivos de exercícios futuros.

A apuração deste prejuízo parte do resultado do exercício assinalado no Livro de Apuração do Lucro Real (“LALUR”), após serem realizadas todas as adições, exclusões e compensações devidas.

No caso de mesmo após todos os ajustes contábeis o resultado apurado apresentar valor negativo, está-se diante de um prejuízo fiscal, que na tabela do LALUR vai ser reservado para futura compensação com os lucros obtidos efetivamente em períodos mais adiante.

A compensação de prejuízos fiscais é conveniente porque o empresário poderá diminuir seu lucro real em um período-base, para efeito de calcular o imposto que é devido, descontando o prejuízo fiscal de exercício anterior.

De acordo com o artigo 33 do Decreto Lei 2341/87⁴⁹, a pessoa jurídica sucessora por incorporação não poderá compensar prejuízos fiscais da sucedida, ou seja, em hipótese alguma a sucessora poderá levar para o seu LALUR prejuízos fiscais apurados na empresa sucedida.

Todavia, a incorporação é utilizada em planejamento fiscal quando há empresa com lucro fiscal e outra com prejuízo fiscal, uma vez que não há vedação de que a sociedade que tem prejuízo incorpore uma que tenha lucros. Assim, os lucros provenientes da incorporação passam a ser compensados com os prejuízos fiscais da incorporadora⁵⁰.

⁴⁹ Decreto Lei nº 2.341/87: “Art. 33. A pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão não poderá compensar prejuízos fiscais da sucedida.”

⁵⁰ CREPALDI, Silvio. *Planejamento Tributário: Teoria e Prática*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2019. p. loc 7959 de 11673.

Sobre essa operação Silvio Crepaldi exemplifica:

A Cia. Alpinópolis tem prejuízos fiscais de R \$ 3.000.000,00. Ela incorpora a Cia. Bambui, cujo lucro tributável previsto após a incorporação (não tendo prejuízos fiscais acumulados) é de R \$ 10.000.000,00. Assim teremos, após a incorporação, a seguinte projeção fiscal:

- Cia. Alpinópolis–prejuízos fiscais de R \$ 3.000.000,00.
- Cia. Bambui–lucro fiscal previsto (antes da compensação de prejuízos): R \$ 10.000.000,00.
- Cia. Alpinópolis–lucro fiscal previsto: R \$ 10.000.000,00 – R \$ 3.000.000,00 (prejuízo compensável) = R \$ 7.000.000,00.

Diferença de tributação antes e depois da incorporação:

Descrição/R\$	Antes	Depois	Diferença
Lucro/Prejuízo	10.000.000,00	7.000.000,00	3.000.000,00
IRPJ devido 15%	1.500.000,00	1.050.000,00	450.000,00
IRPJ adicional 10%	998.000,00	698.000,00	300.000,00
CSLL	900.000,00	630.000,00	270.000,00
Total IRPJ e CSLL	3.398.000,00	2.378.000,00	1.020.000,00

Resta claro que a incorporação de uma sociedade que tenha lucro fiscal por uma que apresente prejuízos é uma estratégia de planejamento tributário para a redução dos ônus fiscais, uma vez que não há vedação em lei e de acordo com o exemplo supramencionado, apresenta vantajosa economia de IRPJ e CSLL.

Assim, podemos perceber que a reorganização societária como instrumento de planejamento tributário é uma grande aliada para a redução do ônus fiscal e a manutenção da competitividade da sociedade no mercado econômico. Sendo importante ressaltar, que tal planejamento deve ser realizado por meio da elisão fiscal, ou seja, com observância às normas tributárias e de forma lícita.

III. ESTUDO DE CASO: A REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA DA DAVITA NO BRASIL

Dando continuidade ao que fora abordado nos capítulos anteriores - a operação de incorporação e seus aspectos - o presente capítulo objetiva estudar os seus efeitos em uma sociedade que optou pela operação de incorporação como forma de reorganização societária.

O estudo foi realizado em torno da sociedade empresária limitada DaVita Brasil Participações e Serviços de Nefrologia Ltda. (“DaVita” ou “Holding”), através da análise de documentos societários públicos, devidamente arquivados perante as Juntas Comerciais dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Paraná, Ceará, Pernambuco, Bahia, Minas Gerais, Goiás e Distrito Federal, bem como de entrevistas realizadas com colaboradores estratégicos da DaVita, notadamente o gerente do departamento fiscal e o advogado responsável pelas demandas societárias.

3.1. Sobre a DaVita

O grupo americano de serviços de saúde DaVita HealthCare Partners Inc. (“DaVita HealthCare” ou “Grupo”) é altamente especializado em tratamento renal, fornecendo serviços de diálise para pacientes com insuficiência renal crônica ou doença renal em estágio terminal.

Em janeiro de 2015, o governo brasileiro abriu o setor de saúde para investidores estrangeiros, através da Lei nº 13.097, de 12 de janeiro de 2015⁵¹, a fim de incentivar o desenvolvimento neste segmento, o que representou uma boa oportunidade para empresas estrangeiras, como a DaVita HealthCare.

Em agosto de 2015, o Grupo criou a DaVita Brasil Participações e Serviços de Gestão Ltda., hoje, denominada DaVita Brasil Participações de Serviços de Nefrologia Ltda. (“Holding” ou “DaVita”). A estratégia utilizada para a expansão do negócio foi a de crescimento inorgânico, ou seja, crescimento através de aquisições com o intuito de expandir seus serviços e atender um mercado maior. A partir disso, em seu primeiro ano de operação, a Holding adquiriu 8 (oito) clínicas de diálise no território brasileiro. Cerca de três anos após a

⁵¹ BRASIL. Lei n. 13.094, de 12 de jan. de 2015. Gratificação por Exercício Cumulativo de Jurisdição devida aos membros da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Brasília, DF, jan 2015.

aquisição da primeira clínica de diálise, atualmente, a DaVita possui 38 (trinta e oito) entidades cujo objetivo é a prestação de serviços de diálise e nefrologia.

Importante destacar que as aquisições feitas pela DaVita se dão através de um Contrato de Compra e Venda de Quotas e outras Avenças – conhecido em inglês como *Quota Purchase and Sale Agreement*. Por meio deste contrato, o quadro de sócios é alterado, bem como ocorre a reforma integral do contrato social, a alteração do administrador e do nome empresarial da sociedade.

Abaixo é apresentado quadro demonstrativo da expansão da DaVita no Brasil desde sua constituição, até outubro de 2019:

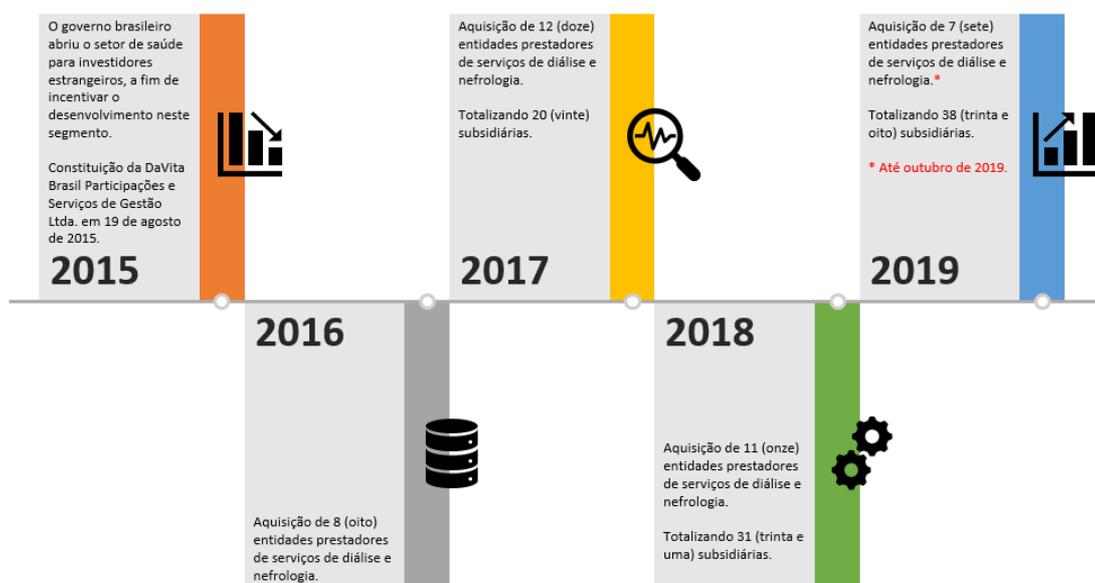


Figura 1: Expansão da DaVita no Brasil

Aspirando uma reestruturação societária mais eficiente, em 2017 começou a ser realizado um estudo que objetivava a provisão de alternativas para que a DaVita racionalizasse sua estrutura, visando o menor impacto corporativo e fiscal possível. Dessa forma, a fim de minimizar a quantidade de entidades do Grupo, decidiu-se que as subsidiárias brasileiras seriam incorporadas pela Holding.

3.2. Projeto Hug

Conforme mencionado no item acima, ficou decidido que a DaVita passaria por um processo de incorporação das sociedades do grupo, procedimento que ficou conhecido como “Projeto Hug”.

Considerando que as subsidiárias estavam baseadas em diferentes estados do Brasil, por uma questão operacional, ficou decidido que as mesmas seriam incorporadas em filiais da Holding. Assim, mesmo compondo uma única sociedade, as clínicas continuariam a ter CNPJs distintos, facilitando o processo de prestação de serviços individualizado, aquisição de insumos, entre outros.

Assim, através do Projeto Hug, a estrutura societária da DaVita que era bastante complexa (vide Figura 2), passaria a ser simplificada (Figura 4), contando com uma única matriz e suas filiais.

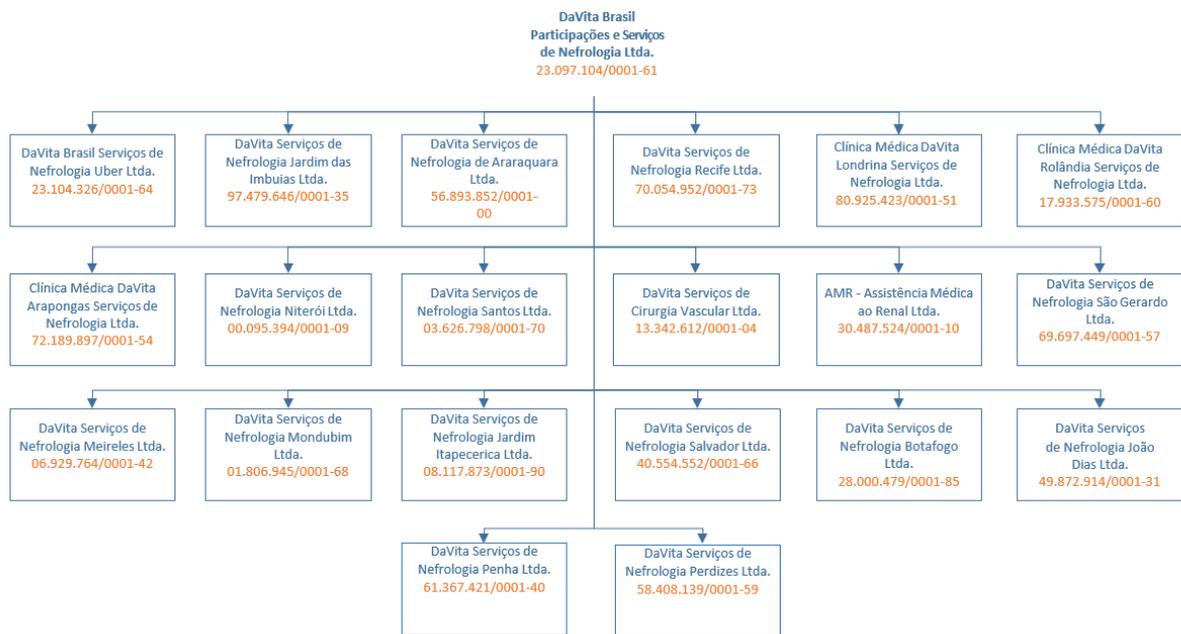


Figura 2: Estrutura societária da DaVita em 2017.

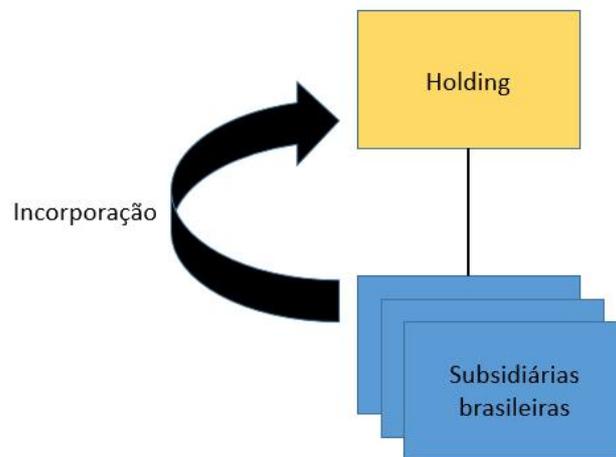


Figura 3: “Projeto Hug” – Projeto para incorporação das subsidiárias pela Holding

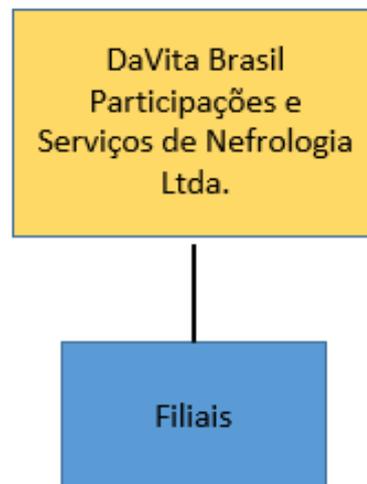


Figura 4: Estrutura societária almejada após a incorporação de todas as subsidiárias.

Importante ressaltar que, para a efetivação da operação pretendida, além da elaboração dos documentos societários obrigatórios, como o protocolo e justificação e laudo pericial, algumas questões necessitam de prévia análise.

Por se tratar de empreendimento de prestação de serviços médicos, para que a operação não seja prejudicada, é necessário que haja a verificação da existência de contratos firmados

com tomadores de serviços (hospitais públicos e privados) ou planos de saúde que contenham cláusula que obrigue a aprovação destes em caso de alteração do quadro societário da prestadora de serviço – as subsidiárias, sob pena de rescisão do contrato.

Na maioria dos contratos, é necessário apenas que se realize uma notificação aos tomadores de serviço informando sobre a operação societária pretendida. Porém, nos casos em que a anuência prévia é obrigatória, faz-se necessário uma negociação entre as partes contratantes envolvidas para que a operação seja efetivada.

A primeira etapa do Projeto Hug se deu em outubro de 2018, com a incorporação de 4 (quatro) sociedades, a saber: DaVita Serviços de Nefrologia Botafogo Ltda., DaVita Serviços de Nefrologia João Dias Ltda., DaVita Serviços de Nefrologia Penha Ltda. e DaVita Serviços de Nefrologia Perdizes Ltda.

Em julho de 2019, mais 4 (quatro) sociedades foram incorporadas – Clínica Médica DaVita Arapongas Serviços de Nefrologia Ltda., Clínica Médica DaVita Rolândia Serviços de Nefrologia Ltda., Clínica Médica DaVita Londrina Serviços de Nefrologia Ltda. e DaVita Serviços de Cirurgia Vascular Ltda. – e a previsão é que mais 5 (cinco) sociedades sejam incorporadas até o final do ano de 2019, dando continuidade ao projeto.

Dessa forma, tendo em vista as inúmeras aquisições realizadas pela DaVita e o avançar do Projeto Hug, a estrutura societária da mesma se tornou bastante diferente do que era em 2017 quando o projeto fora articulado, vide figura abaixo. O objetivo da DaVita é que nos próximos anos todas as sociedades sejam incorporadas.

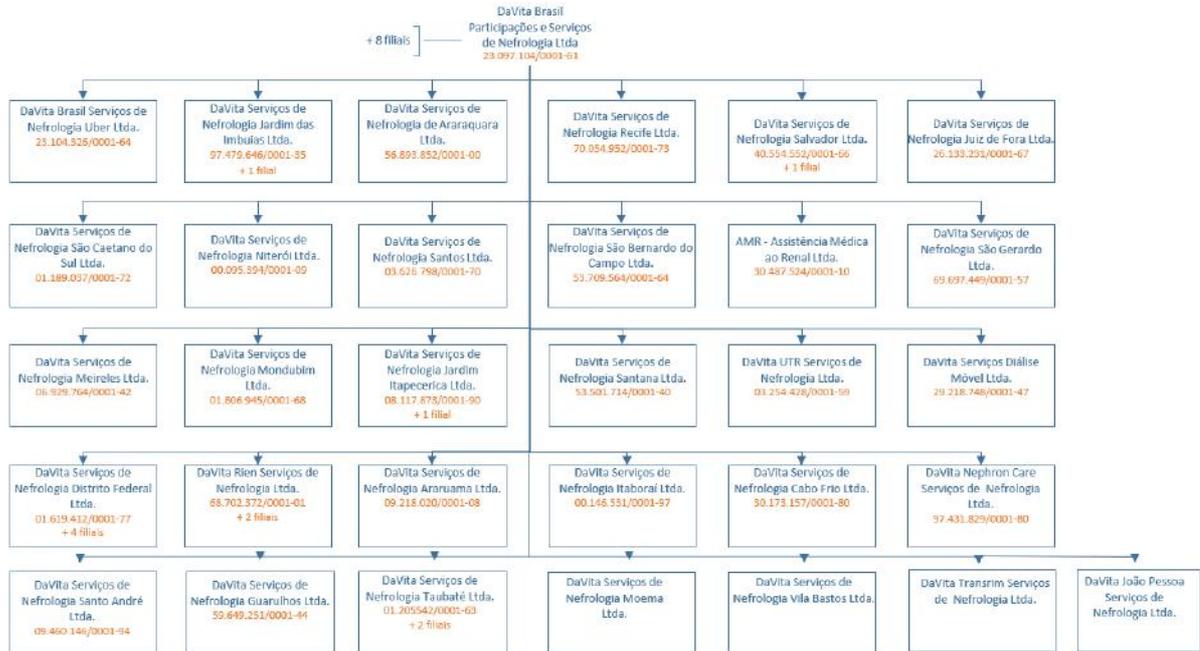


Figura 5: Estrutura societária atual da DaVita.

3.3. Aspectos Fiscais

Para melhor entendimento dos efeitos percebidos no dia-a-dia da DaVita por conta da operação de incorporação, foi realizada uma entrevista com o gerente do departamento fiscal da mesma.

A primeira vantagem abordada por este diz respeito às obrigações tributárias acessórias, para melhor entendimento do tema, é de bom alvitre que perpassemos por este conceito.

De acordo com Ricardo Alexandre, obrigação tributária principal é aquela que possui conteúdo pecuniário, enquanto as obrigações tributárias acessórias são as criadas com o objetivo de facilitar o cumprimento da obrigação tributária principal, bem como de possibilitar a comprovação deste cumprimento. Em suma, as obrigações acessórias são obrigações meramente instrumentais, deveres burocráticos que facilitam o cumprimento das obrigações principais.⁵²

O Código Tributário Nacional conceitua as mencionadas obrigações da seguinte forma:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

⁵² ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário. 11. Ed. Salvador: Editora JusPODIVM. 2017. p. 330 - 331

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária

Além das obrigações anuais (SPED Contábil [ECD], SPED-ECF, DIRF e DMED), cada uma das sociedades do grupo possui 3 (três) obrigações tributárias acessórias mensais, a saber: a DCTF (Declaração de Débitos e Créditos de Tributos Federais), que deve conter as informações relativas aos tributos e contribuições apurados pela Pessoa Jurídica no período correspondente à respectiva declaração; a EFD-Contribuições, que é utilizada pelas pessoas jurídicas de direito privado na escrituração da Contribuição para o PIS e COFINS, com base no conjunto de documentos e operações representativos das receitas auferidas, bem como dos custos, despesas, encargos e aquisições geradores de créditos da não cumulatividade⁵³; e EDF-Reinf, obrigação recente e que em outubro de 2019 será extensiva a todas as empresas do Brasil, utilizada pelas pessoas jurídicas e físicas, em complemento ao Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas – eSocial, que objetiva a escrituração de rendimentos pagos e retenções de Imposto de Renda, Contribuição Social do contribuinte⁵⁴.

Assim, a vantagem que pode ser observada com a operação de incorporação diz respeito à volumetria de obrigações tributárias acessórias, que é diminuída. Com a incorporação todos os impostos retidos na fonte passam a ser recolhidos de forma unificada, o que contribui para diminuição considerável da volumetria de apurações e conseqüentemente, das obrigações acessórias. Dessa forma, com o Projeto Hug o volume das obrigações fiscais tributárias já teve uma considerável diminuição e a tendência é que com a incorporação de todas as sociedades do grupo este volume seja reduzido de centenas para apenas 3 (três).

Nesse ponto, válida é a crítica ao nosso atual sistema tributário, onde o pagamento dos impostos em si é apenas uma das etapas de um longo processo burocrático. Para que o pagamento seja realizado, é necessário que, previamente, se calcule o valor do tributo a ser

⁵³ Sistema Público de Escrituração Digital. Disponível em < <http://sped.rfb.gov.br/pagina/show/284> >. Acesso em 02 nov. 2019.

⁵⁴ Sistema Público de Escrituração Digital. Disponível em < <http://sped.rfb.gov.br/pagina/show/1494> >. Acesso em 02 nov. 2019.

recolhido, preencha uma série de formulários e faça a análise de diversas normas para verificar o que pode ser descontado ou eventualmente transformado em crédito tributário.

Em decorrência deste longo processo burocrático, as sociedades passam a ter a necessidade de manutenção de uma estrutura tecnológica e de recursos humanos elaborada o suficiente para cumprimento de todas as normas do procedimento. Tamanha complexidade tributária representa um custo adicional e reduz a competitividade das sociedades do Brasil⁵⁵, fato que realça a vantagem da operação de incorporação, responsável pela redução da volumetria de obrigações tributárias acessórias.

Outra vantagem apontada diz respeito ao conceito de prejuízo fiscal. A Holding é uma sociedade que não tem viés operacional e atua realmente como controladora, dessa forma, ela possui apenas custos e despesas, não tendo receita, o que faz com que a mesma possua um prejuízo fiscal e contábil muito elevado.

O prejuízo contábil se dá quando as receitas de determinado exercício são superadas pelas despesas e custos, sendo sua compensação efetuada com reservas existentes ou com lucros contábeis futuros.

O prejuízo fiscal, por sua vez, é o resultado negativo decorrente da apuração do lucro real e compensável com lucros reais posteriores. Ou seja, ocorre quando uma sociedade obtém resultados negativo no período – não apresenta lucro - e, mesmo com esse resultado, paga determinados impostos. Esses valores pagos a mais poderão ser compensados nos exercícios subsequentes.

As sociedades que vêm sendo incorporadas pela DaVita são tributadas no lucro real, ou seja, com base no lucro/resultados contábil, ou no lucro presumido, onde o cálculo é feito a partir de um valor de lucro pré-fixado e aproximado, não correspondendo, necessariamente, ao valor do lucro real da empresa.

⁵⁵ ALVARENGA, Darlan. *Empresas gastam 1.958 horas e R\$60 bilhões por ano para vencer burocracia tributária, apontam pesquisas*. *GI*. 20 nov. 2017. Disponível em < <https://g1.globo.com/economia/noticia/empresas-gastam-1958-horas-e-r-60-bilhoes-por-ano-para-vencer-burocracia-tributaria-apontam-pesquisas.ghtml> >. Acesso em: 12 nov. 2019.

Silvério das Neves e Paulo Eduardo V. Viceconti⁵⁶ conceitual lucro real como:

O Lucro Real é o Resultado (Lucro ou Prejuízo) do período de apuração (antes de computar a provisão para o imposto de renda), ajustado pelas adições, exclusões e compensações prescritas ou autorizadas pela legislação do imposto sobre a renda. (...) o ponto de partida para determinação do lucro real é o resultado líquido apurado na escrituração comercial.

Já o lucro presumido:

É uma modalidade optativa de apurar o lucro e, conseqüentemente, o Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas e a Contribuição Social sobre o Lucro das empresas que não tiverem obrigadas à apuração do lucro real. (...)

O lucro presumido será o montante determinado pela soma das seguintes parcelas:

I - O valor resultante da aplicação de percentuais, variáveis conforme o ramo da atividade da pessoa jurídica, sobre a receita bruta auferida nos trimestres civis de cada ano-calendário;

II - Os ganhos de capital, os rendimentos e ganhos líquidos auferidos em aplicações financeiras e todos os resultados positivos decorrentes de receitas de atividades acessórias da pessoa jurídica.

No momento em que a operação de incorporação é efetivada, a incorporada é extinta e tudo que acontecia nela passará a refletir na incorporadora. Assim, como a Holding é tributada no lucro real, mesmo que as sociedades incorporadas sejam tributadas no lucro presumido, após a incorporação a tributação passará a ser no lucro real, seguindo a Holding.

Dessa forma, como as sociedades incorporadas são operantes e possuem lucro, todo o resultado positivo que ela vinha tendo acaba por ser incorporado pela Holding, acarretando em uma diminuição do prejuízo fiscal da mesma.

Ou seja, a vantagem é percebida no quesito caixa/financeiro pelo fato de a Holding ter um prejuízo fiscal muito alto e ser tributada pelo lucro real. Assim, ela acaba por absorver o lucro de todas as sociedades que vão sendo incorporadas. Caso as mesmas não passassem pelo processo de incorporação, continuariam recolhendo Imposto de Renda e Contribuição Social, mas como foram incorporadas pela Holding – que possui elevado prejuízo fiscal – deixam de ser devidos os ditos impostos e a Holding tem seu prejuízo fiscal reduzido.

É de se ressaltar que, de acordo com o artigo 33 do Decreto-Lei de nº. [2.341 de 29 de Junho de 1987](#), há vedação apenas para a compensação de prejuízos da incorporada pela

⁵⁶ DAS NEVES, Silvério et al. *Contabilidade Avançada e análise das demonstrações financeiras*. 14ª Ed. São Paulo: Editora Frase. 2005. p. 03 – 17.

incorporadora. Nada impede que uma sociedade que tem prejuízo fiscal incorpore uma que tenha lucros, fazendo com que os lucros advindos da incorporação passem a ser compensados com os prejuízos fiscais da incorporadora.

Há jurisprudência do CARF⁵⁷ nesse sentido, conforme transcrição abaixo:

INCORPORAÇÃO ÀS AVESSAS. DESCONSIDERAÇÃO DOS EFEITOS TRIBUTÁRIOS. Deve ser mantida a glosa de prejuízos fiscais e bases negativas da CSLL nas hipóteses de incorporação às avessas, quando uma empresa extremamente deficitária, com patrimônio líquido reduzido, com o intuito de redução de pagamento de tributos, incorpora uma empresa lucrativa (...).

Está sendo feito um estudo na DaVita para averiguar em quanto tempo o prejuízo fiscal da mesma será totalmente absorvido em razão das incorporações e sabe-se que se hoje todas as subsidiárias estivessem incorporadas o prejuízo fiscal estaria reduzido em 90% (noventa por cento).

Em contrapartida, uma desvantagem apontada diz respeito à emissão de Certidão Negativa de Débitos para a participação em licitações. Quando ocorre a incorporação de sociedades, a Holding e as sociedades incorporadas passam a compor uma única sociedade, dessa forma, caso uma das filiais esteja em débito, as demais empresas do grupo também estarão impossibilitadas de emitir a Certidão Negativa de Débitos pela Receita Federal, o que impede a participação da DaVita em licitações, ato prejudicial à obtenção de receita.

3.4. Aspectos Societários

No que diz respeito aos aspectos societários, foi possível perceber uma importante vantagem no que diz respeito às despesas relacionadas com Juntas Comerciais e despachantes.

Na estrutura societária atual, cada vez que se faz necessária a alteração dos contratos sociais das sociedades do grupo, cada uma delas, de maneira individualizada, precisa ser levada a registro na Junta Comercial da unidade da Federação na qual está localizada a sua sede, o que implica em gastos com taxas do próprio órgão e despachantes - contratados pelo departamento

⁵⁷ BRASIL. Ministério da Fazenda. Câmara Superior de Recursos Fiscais. *Amortização de Ágio de Compensação de Prejuízos*. Recurso Especial do Procurador e do Contribuinte (10830.016265/2010-91). Recorrentes: Fazenda Nacional e SOTREQ S/A.

jurídico da DaVita para o auxílio em questões burocráticas. Assim, com a incorporação das sociedades do grupo, o número de contratos sociais passa a ser reduzidos, refletindo em uma redução de custos com taxas e honorários.

A título exemplificativo, de acordo com tabela de preços praticada pela Junta Comercial do Rio de Janeiro, uma alteração de contrato social exige o pagamento de cerca de R\$400,00 (quatrocentos reais) à Junta e à Receita Federal do Brasil.

Convém mencionar, ainda, que a menor quantidade de documentos societários, como contratos sociais, procurações, atas de reunião dos sócios, acaba por diminuir a possibilidade de erros materiais na confecção dos mesmos, uma vez que estes são preparados com maior enfoque.

Além disso, cabe destacar que a Instrução Normativa DREI N° 66, de 6 de agosto de 2019⁵⁸, trouxe uma considerável vantagem para a DaVita em sua operação de incorporação das sociedades do grupo. Para melhor entendimento, convém uma breve contextualizada sobre o DREI e sua importância.

O DREI, Departamento de Registro Empresarial e Integração, é um dos órgãos que compõem o Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis do Comércio (SINREM) e tem por finalidade, entre outros, estabelecer e consolidar, as normas e diretrizes gerais do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins; solucionar dúvidas ocorrentes na interpretação das leis, regulamentos e demais normas relacionadas com o registro de empresas⁵⁹; orientar e fiscalizar as Juntas Comerciais; estabelecer normas procedimentais de arquivamento de atos de empresários individuais e sociedades empresárias; organizar e manter atualizado o Cadastro Nacional das Empresas Mercantis⁶⁰.

⁵⁸ BRASIL. Instrução Normativa DREI N° 66, de 6 de ago. de 2019. Altera a Instrução Normativa DREI n° 20, de 5 de dezembro de 2013 e os Manuais de Registro, aprovados pela Instrução Normativa DREI n° 38, de 2 de março de 2017, no que diz respeito ao deferimento pela Junta Comercial da sede dos atos relativos à abertura, alteração, transferência e extinção de filial em outra Unidade da Federação.

⁵⁹ Vide os Pareceres do DREI, disponíveis em: <http://www.mdic.gov.br/index.php/micro-e-pequenas-empresa/drei/decretos-drei-2> Acesso em 07 de novembro de 2019.

⁶⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Novo Manual de Direito Comercial. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017. p. 73-75

Em agosto de 2019, o DREI consolidou a Instrução Normativa nº 66, que tinha por objetivo alterar a Instrução Normativa DREI nº 20/2013 e os Manuais de Registro, aprovados pela Instrução Normativa DREI nº 38/2017, no que diz respeito ao deferimento pela Junta Comercial da sede dos atos relativos à abertura, alteração, transferência e extinção de filial em outra Unidade da Federação⁶¹.

De acordo com a Instrução Normativa supramencionada, a abertura, alteração, transferência e extinção de filial em outra unidade da federação ocorrerá exclusivamente por meio da Junta Comercial onde se localizar a sede da empresa.

Tal medida implica em uma maior celeridade para efetivação do Projeto Hug, uma vez que, conforme mencionado anteriormente, as sociedades do grupo são incorporadas em filiais da Holding. Assim, para que haja a incorporação de determinada sociedade, uma filial na mesma localidade é aberta na Holding, sendo necessário o arquivamento da alteração ao contrato social que dispõe sobre as mencionadas mudanças na Junta Comercial da Unidade Federativa da Holding e, logo após, nas correspondentes às filiais recém abertas.

Dessa forma, com a entrada em vigor da Instrução Normativa nº 66, em 07 de outubro de 2019, o processo para abertura de filiais visando a preparação para incorporação das sociedades do grupo poderá ser realizado de maneira célere e menos custosa financeiramente, uma vez que bastará o arquivamento do contrato social na Junta Comercial da Unidade de Federação da Holding.

Por outro lado, como o limite da responsabilidade dos sócios na sociedade limitada é o total do capital social subscrito e não integralizado⁶², quando temos sociedades distintas, conseguimos limitar o risco da operação ao seu capital social, evitando que seja confundido com o restante do patrimônio do grupo.

3.5. Aspectos Operacionais

⁶¹ BRASIL. Instrução Normativa DREI Nº 66, de 6 de ago. de 2019. Altera a Instrução Normativa DREI nº 20, de 5 de dezembro de 2013 e os Manuais de Registro, aprovados pela Instrução Normativa DREI nº 38, de 2 de março de 2017, no que diz respeito ao deferimento pela Junta Comercial da sede dos atos relativos à abertura, alteração, transferência e extinção de filial em outra Unidade da Federação

⁶² COELHO, Fábio Ulhoa. Novo Manual de Direito Comercial. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017. p. 177

Analisando o processo de incorporação da DaVita, algumas vantagens operacionais puderam ser observadas. A primeira delas diz respeito à redução de mão de obra, tendo em vista que cada uma das sociedades do grupo possui sua própria estrutura organizacional com empregados em diferentes setores, quando ocorre a incorporação das mesmas pela Holding, passa a inexistir a necessidade de manutenção de estruturas tão robustas. Um exemplo seria em relação ao departamento fiscal, com a incorporação de determinada sociedade passa a ser desnecessário que se mantenha o departamento da clínica incorporada, uma vez que os processos podem ser tomados apenas pelos empregados da Holding.

Outra vantagem que deve ser abordada diz respeito à negociação de contratos. Para que estes sejam firmados, é de praxe que os fornecedores solicitem a documentação societária dos tomadores do serviço. Assim, quando há a incorporação das sociedades do grupo, ao invés de ser necessário o envio dos documentos societários de diversas sociedades – como ocorre atualmente – serão enviados apenas os da Holding, contribuindo para a celeridade no processo de negociação.

Por outro lado, a incorporação de sociedades apresenta uma desvantagem contratual, que é a necessidade de aditamento dos contratos antes firmados pelas sociedades incorporadas. O aditamento de contrato objetiva acrescentar informações a um determinado contrato, quando é necessário corrigir ou esclarecer alguma cláusula específica, ou ainda, complementar com novos dados o contrato original. Assim, quando ocorre a incorporação das sociedades do grupo pela Holding, passa a existir a necessidade de aditamento aos contratos firmados por elas, alterando o preâmbulo dos mesmos, de maneira que passe a constar a razão social da Holding e o CNPJ correspondente à incorporação de cada sociedade (visto que, conforme mencionado anteriormente, as sociedades são incorporadas por filiais da Holding).

Além disso, pode ser observada uma desvantagem na operação de incorporação que diz respeito às licenças operacionais das clínicas de diálise, são exemplos: licença de funcionamento, alvará sanitário, CRM, alvará de produtos controlados, entre outros. Quando há a incorporação das sociedades do grupo por filiais da Holding, há a necessidade de obtenção das licenças necessárias para o funcionamento das mesmas correspondente ao novo CNPJ. Convém mencionar que as clínicas não podem operar sem estar com a documentação

regularizada e o processo de obtenção de tais licenças costuma ser moroso, fazendo com que a transição seja bastante trabalhosa.

Ainda na seara de licenciamento, importa destacar que os tomadores de serviços - hospitais públicos e privados – e os planos de saúde exigem que as clínicas estejam com suas documentações regulares, impedindo o pagamento dos serviços prestados àquelas que não a estejam. Dessa forma, quando as clínicas operam sem as devidas licenças, estão fadadas ao atraso no pagamento e, conseqüentemente, à perda de receita, impactando a operação da DaVita de maneira geral.

Como a receita percebida pela DaVita é proveniente dos tomadores de serviços – hospitais públicos e privados – e de planos de saúde, quando o pagamento é interrompido por ausência da documentação regulatória necessária, há uma quebra no fluxo de caixa da DaVita, o que acarreta em dificuldades no pagamento de despesas como: tributos, salários dos colaboradores e prestadores de serviços, além da dificuldade na compra de insumos e medicamentos para atendimento de seus pacientes, o que é extremamente prejudicial ao negócio da sociedade.

CONCLUSÃO

O presente estudo teve por objetivo a análise do instituto da incorporação de sociedades como uma forma de reorganização societária. Isso se deu pelo fato de que, nos dias atuais, com o fenômeno da globalização e o avanço da tecnologia, as pessoas jurídicas passaram a desempenhar papéis cada vez mais relevantes na sociedade. Nesse contexto, a atividade econômica se tornou ainda mais competitiva, fazendo com que aqueles que buscavam a manutenção de sua lucratividade passassem a ver a reorganização societária como aliada.

Para um maior entendimento do que se buscava analisar, o estudo foi dividido em três capítulos, sendo os dois primeiros teóricos, com base em dispositivos legais do ordenamento jurídico brasileiro, doutrinas e jurisprudência, e o terceiro composto por um estudo de casos, através da análise de documentos societários públicos e de entrevistas realizadas com colaboradores estratégicos da DaVita Brasil Participações e Serviços de Nefrologia Ltda.

Primeiramente, foram analisados os quatro tipos de operações para reorganização societária presentes no ordenamento jurídico brasileiro – transformação, fusão, cisão e incorporação – perpassando pelo conceito de cada uma delas e os possíveis motivadores para a sua efetivação.

Nesse momento, tendo em vista que a imprensa e o mercado em geral muitas vezes se referem como “fusão” às operações que, na realidade, são de “incorporação”, foi importante ressaltar a sua diferenciação e buscar os motivos pelos quais a operação de incorporação tem sido mais utilizada no cotidiano.

Foi possível concluir que, pelo fato de na operação de fusão todas as pessoas jurídicas envolvidas no processo são extintas, havendo a criação de uma nova, ao passo que na incorporação a pessoa jurídica incorporadora subsiste, algumas vantagens operacionais, econômicas e fiscais são observadas em relação à esta.

Diferentemente da fusão, na incorporação todas as licenças e alvarás necessários para regular funcionamento da sociedade continuam em vigor, o que faz com que a mesma possa continuar operando e não tenha gastos com os trâmites necessários para regularização de novos documentos. Além disso, na incorporação é possível que seja realizado o aproveitamento de

prejuízos fiscais, o que não ocorre na fusão, mostrando-se a incorporação mais uma vez vantajosa em relação àquela.

Em seguida, a cronologia dos dispositivos legais que regulam a operação de incorporação foi analisada, passando então, para um melhor entendimento dos procedimentos necessários para concretização da mesma. Percebeu-se que é de suma importância que todas as formalidades sejam respeitadas (como a aprovação em assembleia do protocolo e da justificação da operação pretendida, aumento do capital social e extinção da transmitente), sob pena de invalidade da operação.

Quanto aos efeitos da operação, foi possível perceber que há: o aumento do capital social da incorporadora (que não é condição imprescindível, uma vez que a sociedade incorporada pode ter patrimônio líquido negativo ou igual a zero, ou, ainda, quando a sociedade incorporada for subsidiária integral da incorporadora); a extinção da sociedade incorporada (que ocorre sem que haja a necessidade de passar pelo processo de liquidação – fato que se mostrou positivo, tendo em vista que o procedimento usual extinção de uma sociedade é bastante criticado por conta de sua burocracia e morosidade); e a sucessão universal (que é o fenômeno responsável por fazer com que a incorporadora passe a ser sujeito ativo e passivo de todos os direitos e obrigações da incorporada - o que se mostrou mais uma vez positivo para a operação de incorporação, tendo em vista que os documentos regulatórios, contratos, compromissos fiscais e relações empregatícias continuam em vigor).

Em seguida, por ser a operação de incorporação um ato de concentração, foi necessário fazer uma análise sob a ótica do Direito Concorrencial. As maiores preocupações em relação à essa temática dizem respeito à dominação de determinado mercado de bens ou serviços, impedimento do acesso ao mercado por novas sociedades e a manipulação e aumento dos preços.

Assim, percebeu-se que o CADE, última instância na esfera administrativa e responsável pela decisão final sobre a matéria concorrencial, possui significativo papel na prevenção e no combate a abusos de poder econômico, através de suas funções preventiva, repressiva e educativa.

Nesse sentido, mostrou-se importante o estudo acerca da Lei nº 12.529/2011, uma vez que essa trouxe uma mudança de suma importância para a atuação do CADE. Passou a ser necessária uma autorização prévia pela Autarquia de atos de concentração pretendidos entre sociedades de determinados portes, o que se mostrou bastante benéfico, uma vez que anteriormente, estes atos eram consumados e em seguida levados à aprovação, fato problemático considerando que a efetivação destes atos não raras vezes levava a medidas de difícil ou impossível desfazimento.

Após, passou-se a analisar a operação de incorporação sob uma ótica fiscal. Nessa temática, foi observado que tendo em vista a elevada carga tributária no Brasil e a consequente busca por redução de custos visando a manutenção da competitividade das sociedades, a reorganização societária passou a ser utilizada como uma forma de planejamento tributário.

Dessa forma, para um melhor entendimento da concepção de planejamento tributário, foi necessário perpassar pelos conceitos de elisão fiscal e evasão fiscal. O primeiro se traduz em uma forma juridicamente legal de reduzir a carga tributária das sociedades, antes do fato gerador ao passo que o segundo, é a utilização de procedimentos que violam diretamente a lei fiscal ou o regulamento fiscal por meios ilícitos, para evitar o pagamento de tributos.

A diferenciação é de suma importância, pois, conforme estudado, a simulação ou evasão fiscal, por ser ilegal, pode vir a gerar sérias consequências jurídicas penais e tributárias para a sociedade e seus sócios.

Passada essa questão, foram estudadas as três formas de planejamento tributário – planejamento tributário objetivando a redução do ônus fiscal, planejamento objetivando a anulação do ônus fiscal e planejamento objetivando o adiantamento do ônus fiscal – e pode-se concluir que o objetivo de tal planejamento pode ser alcançado com a redução total, redução parcial ou postergação da carga fiscal.

Dessa forma, restou claro que as sociedades podem se utilizar de métodos para redução do pagamento de impostos e compensação de prejuízos fiscais em determinadas situações, visando a manutenção de sua competitividade, porém, devendo sempre observar as regras legais, para que não haja um abuso do direito visando uma esQUIVA à tributação devida.

Ainda na temática fiscal, foi estudada a hipótese de absorção de prejuízos pela incorporadora. Para melhor entendimento deste instituto, foi analisado o conceito de prejuízo fiscal, que se traduz no lucro real negativo que a pessoa jurídica obteve em determinado período e que pode ser compensado posteriormente com os lucros positivos de exercícios futuros.

Assim, foi possível perceber que a compensação de prejuízos fiscais é conveniente pois o empresário poderá diminuir seu lucro real em um período base descontando o prejuízo fiscal de exercício anterior e que a incorporação de uma sociedade que tenha lucro fiscal por uma que apresente prejuízos é uma estratégia de planejamento tributário para a redução de ônus fiscais.

Esgotada a questão teórica do tema, foi realizado um estudo de caso que objetivava a análise dos efeitos de uma sociedade que optou pela operação de incorporação como forma de organização societária.

O mencionado estudo foi realizado em torno da sociedade empresária limitada DaVita, sociedade pertencente a um grupo americano especializado em tratamento renal e que se encontra baseada no Brasil desde agosto de 2015.

Foi observado que a DaVita optou pelo método de expansão inorgânica de crescimento, ou seja, através de aquisições de sociedades que operavam no mesmo mercado, e que atualmente, após cerca de 3 (três) anos de operação, possui 38 (trinta e oito) entidades com o objetivo de prestação de serviços de diálise e nefrologia.

Em 2017, almejando por uma reestruturação mais eficiente, foi iniciado um estudo que objetivava o fornecimento de alternativas para que a DaVita racionalizasse sua estrutura, de forma que desencadeasse no menor impacto corporativo e fiscal possível, e ficou decidido que as subsidiárias brasileiras deveriam ser incorporadas pela Holding – processo que ficou conhecido como “Projeto Hug”.

Vale ressaltar que, por questões operacionais, considerando que as subsidiárias estavam baseadas em diferentes estados do Brasil, ficou decidido que as mesmas seriam incorporadas em filiais da Holding. Dessa forma, mesmo compondo uma única sociedade, as clínicas continuariam a ter CNPJs distintos.

Foi possível perceber que a estrutura societária da DaVita que em 2017 – quando o Projeto Hug foi idealizado – era bastante complexa, passaria a ser simplificada com a efetivação do projeto, passando a contar com uma única matriz e suas filiais.

A primeira etapa do Projeto Hug se deu em outubro de 2018 e a segunda em julho de 2019, tendo o total de 8 (oito) sociedades incorporadas até o momento. O planejamento é que mais 5 (cinco) sociedades sejam incorporadas até o final do ano de 2019 e que o projeto tenha continuidade até que todas as subsidiárias sejam incorporadas.

Os efeitos percebidos no dia-a-dia da DaVita por conta da operação de incorporação foram divididos em: fiscal, societário e operacional.

Quanto aos efeitos no âmbito fiscal, foi constatado que com a incorporação, há uma significativa redução na volumetria das obrigações tributárias, já que com esta, os impostos retidos na fonte passam a ser recolhidos de forma unificada – ou seja, apenas pela Holding, o que contribui para a redução de apurações e conseqüentemente, das obrigações acessórias.

Além disso, foi constatado que por ser a Holding uma sociedade que não possui viés operacional – tendo apenas custos e despesas – acaba por possuir um prejuízo fiscal e contábil muito elevado. As sociedades incorporadas, por outro lado, são operacionais e possuem lucro.

É possível perceber uma vantagem no quesito caixa/financeiro pelo fato de a Holding ter um prejuízo fiscal muito alto e ser tributada pelo lucro real. Dessa forma, acaba por absorver o lucro de todas as sociedades que vão sendo incorporadas.

Em contrapartida, foi possível perceber uma desvantagem no que diz respeito à emissão de Certidão Negativa de Débitos para a participação em licitações, uma vez que, como a Holding e as sociedades passam a compor uma única sociedade, caso uma das filiais esteja em débito, as demais empresas do grupo também estarão impossibilitadas de emitir a mencionada certidão, que costuma ser requisito obrigatório para a participação em licitações.

No que tange aos aspectos societários, foi possível perceber uma importante vantagem no que diz respeito às despesas relacionadas com Juntas Comerciais e despachantes, visto que com a incorporação, os documentos passam a ser unificados.

No âmbito operacional foi possível observar vantagens como: redução de mão de obra (tendo em vista que com a incorporação deixa de ser necessária a manutenção de estruturas robustas de operação) e celeridade na negociação dos contratos (uma vez que apenas os documentos societários da Holding passam a ser exigidos).

Por outro lado, uma desvantagem observada diz respeito à necessidade de aditamento dos contratos antes firmados pelas sociedades incorporadas. Além disso, pelo fato de as subsidiárias serem incorporadas em filiais da Holding, há a necessidade de obtenção das licenças regulatórias necessárias para o funcionamento das mesmas nos novos CNPJs, processo que é bastante moroso.

Em suma, através do estudo realizado, foi possível perceber que a operação de incorporação de sociedades como uma forma de reorganização societária pode vir a ser uma grande aliada àqueles que buscam a manutenção da competitividade de seus negócios frente às turbulências de uma sociedade globalizada e competitiva, pois apresenta benefícios tanto no âmbito fiscal, como societário e operacional.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário*. 11. Ed. Salvador: Editora JusPODIVM. 2017.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 13. Ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2012.
- BOTREL, Sérgio. *Fusões & Aquisições*. 4. Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2016.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Cartilha do CADE*. Brasília. 2016. Disponível em < <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf> >. Acesso em 10 nov. 2019.
- BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995. *Lex: legislação federal e marginália*, São Paulo. v. 59. p. 1966. Out. /dez. 1995.
- BRASIL. Decreto Lei nº 2.341, de 29 de junho de 1987. *Correção monetária das demonstrações financeiras, para efeitos de determinar o lucro real, e dá outras providências*. Brasília. DF. 29 jun. 1987.
- BRASIL. Lei das 6.404, de 15 de dezembro de 1976. *Sociedade por Ações*. Brasília. Brasília. DF. 15 dez. 1976.
- BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. *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*. Brasília. DF. 11 jun. 1994.
- BRASIL. Lei 8.934, de 18 de novembro de 1994. *Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências*. Brasília. DF. 18 nov. 1994.
- BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga*

dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília. DF. 30 nov. 2011.

BRASIL. Lei n. 13.094, de 12 de jan. de 2015. *Gratificação por Exercício Cumulativo de Jurisdição devida aos membros da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*, Brasília. DF. 12 jan 2015.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Câmara Superior de Recursos Fiscais. *Amortização de Ágio de Compensação de Prejuízos*. Recurso Especial do Procurador e do Contribuinte (10830.016265/2010-91). Recorrentes: Fazenda Nacional e SOTREQ S/A.

CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa*. 12. Ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2011.

Cf. J. L. Bulhões Pedreira, Reorganização, in: A. Lamy Filho; J. L. Bulhões Pedreira (org.), *Direito das Companhias* cit, Ed. 2.

Cf. W. BULGARELI, *Fusões, incorporações e cisões de sociedades*, 5. Ed., São Paulo: Atlas, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Novo Manual de Direito Comercial*. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017.

CREPALDI, Silvio. *Planejamento Tributário: Teoria e Prática*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2019.

DAS NEVES, Silvério et al. *Contabilidade Avançada e análise das demonstrações financeiras*. 14ª Ed. São Paulo: Editora Frase. 2005.

ESTADÃO. *Em 2019, Brasil será o país que mais tributa empresas*. Disponível em < <https://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2019/01/em-2019-brasil-sera-o-pais-que-mais-tributa-empresas.html> > Acesso em: 12 de nov. 2019.

EIZIRIK, Nelson. *A lei das S.A Comentada*. vol. III, arts. 189 a 300. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

FABRETTI, L. C. *Incorporação, fusão, cisão e outros eventos societários: tratamento jurídico, tributário e contábil*. São Paulo: Atlas, 2001.

ALVARENGA, Darlan. *Empresas gastam 1.958 horas e R\$60 bilhões por ano para vencer burocracia tributária, apontam pesquisas*. *G1*. 20 nov. 2017. Disponível em < <https://g1.globo.com/economia/noticia/empresas-gastam-1958-horas-e-r-60-bilhoes-por-ano-para-vencer-burocracia-tributaria-apontam-pesquisas.ghtml> >. Acesso em: 12 nov. 2019.

HIGUCHI, Hiromi. *Imposto de Renda das Empresas: Interpretação e prática*. 40. Ed. São Paulo: IR Publicações. 2015.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENEZES, Paulo Lucena de. *Elisão Fiscal*. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, nº 63.

MUNIZ, Ian. *Fusões e Aquisições Aspectos Fiscais e Societários*. 3. Ed. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil. 2015.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Incorporação, Fusão e Cisão*. In: PEDREIRA, José Luiz Bulhões; LAMY Filho, Alfredo (coord.). *Direito das Companhias*. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2019.

Sistema Público de Escrituração Digital. Disponível em < <http://sped.rfb.gov.br/pagina/show/284> >. Acesso em 02 nov. 2019.

Sistema Público de Escrituração Digital. Disponível em < <http://sped.rfb.gov.br/pagina/show/1494> >. Acesso em 02 nov. 2019.