

Fusão e Incorporação de Sociedades Comerciais, em face do Decreto-Lei n.º 1.346/74

OTTO GIL

(Do Instituto dos Advogados Brasileiros)

O recente Decreto n.º 75.247, de 21 de janeiro de 1975, que regulamentou o Decreto-Lei n.º 1.346, de 25 de setembro de 1974, veio reativar o interesse do empresário nacional pelas fusões e incorporações de empresas, as quais, embora autorizadas desde o Decreto-Lei n.º 2.627, de 1940, ganharam renovada aplicação de força dos estímulos estabelecidos pelo Governo, a partir do Decreto-Lei n.º 1.182, de 1971.

O precitado Decreto n.º 75.247, de 21-1-75, o quinto diploma legislativo que disciplina e estimula as fusões e incorporações das empresas, em geral, eis que, particularmente, quanto as empresas de seguro e das Unidades Industriais Açucareiras, há leis específicas: o Decreto-Lei n.º 1.115/70, para a fusão

de Seguradoras, e o Decreto-Lei n.º 1.186, de 1971, para as Unidades Industriais Açucareiras. Ambos ainda em vigor.

A fusão e a incorporação de empresas é, pelo visto, tema antigo (Dec.-Lei n.º 2.627, de 1940) que se renovou face às leis de estímulos que o Governo julgou necessárias para facilitar a constituição da macro-empresa, nos setores de interesse da economia nacional, hoje, expressamente mencionados no art. 1.º do Decreto n.º 75.247, de 21-1-75.

É verdade que o prosseguimento dessas fusões e incorporações, sujeito, como está, à aprovação prévia pela "Comissão de Fusão e Incorporação de Empresas" (a COFIE), que funciona como dependência do Ministério da Fazenda, não tornou muito "fácil" a consecução dos objetivos visados pelo Governo ao baixar o primeiro decreto-lei de estímulo às fusões e incorporações.

Basta ler as "Resoluções" da COFIE que estabeleceram "as normas para encaminhamento e apreciação dos pedidos de isenção de imposto de renda para as fusões e incorporações" (notadamente a mais extensa delas, que tem o n.º 5, e está publicada no *Diário Oficial* — Seção I — Parte I, de 24 de abril de 1973), para logo verificar como é difícil obter a concordância do Governo à fusão ou incorporação, com isenção do imposto de renda!

Não obstante a série de exigências que a COFIE impõe a qualquer empresa que pretenda obter o benefício fiscal instituído nesses decretos-leis específicos, o Governo da República, ao submeter à apreciação do Congresso Nacional o Decreto-Lei n.º 1.253, de 29 de dezembro de 1972, informava:

"O Dec.-Lei n.º 1.182, de 16 de julho de 1971, vem cumprindo plenamente sua finalidade, tendo suscitado até a presente data (22 de dezembro de 1972) 75 pleitos, sendo 31 para os fins de fusão-incorporação de empresas e os restantes para fins de democratização de capital..." (*Diário do Congresso Nacional* — Seção II, de 23 de março de 1973, pág. 64.

Mas a verdade é que o Dec.-Lei n.º 1.182, de 1971, não só porque não explicitava quais "as empresas de interesse para a economia nacional" que poderiam gozar da isenção do imposto de renda que o mesmo decreto-lei estabelecia, como, ainda, força do compromisso, das empresas pretendentes ao benefício fiscal, de "abertura do capital da pessoa jurídica resultante da fusão ou incorporação" (art. 4º, II, do Dec.-Lei n.º 1.182, de 1971) não facilitou o processo de fusão e incorporação de empresas, bastando considerar o pequeno número de fusões e incorporações efetivamente aprovado, afinal, pela COFIE e dos quais se tem notícia, pela imprensa oficial.

A melhor prova desta assertiva se encontra no fato de ter o Governo, quando da prorrogação da vigência do Decreto-Lei n.º 1.182, de 1971 (efetivado pelo Decreto-Lei n.º 1.253, de 29 de dezembro de 1972), ter eliminado o compromisso de abertura do capital social pela pessoa jurídica que resultasse da fusão ou pela pessoa jurídica incorporadora (vide art. 6º do Dec.-Lei n.º 1.253, de 29 de dezembro de 1972).

Aliás, não foi apenas essa a única alteração que o Dec.-Lei n.º 1.253, de 1972, introduziu no primitivo diploma específico a que nos vimos referindo: o Decreto-Lei n.º 1.182, de 1971. A leitura do Dec.-Lei n.º 1.253, de 1972, nos mostra que houve ampliação do campo dos eventuais beneficiários dos incentivos fiscais: alteração dos §§ 1.º e 2.º do art. 1.º do Dec.-Lei n.º 1.182, de 1971; acréscimo de um parágrafo ao art. 2.º, a modo de permitir que a reavaliação dos bens pudesse ser feita por órgão técnico especializado indicado pela COFIE, e a ampliação dos benefícios fiscais e eventual prorrogação do prazo para utilização, em aumento de capital, do acréscimo resultante de reavaliação efetuada (§ 6.º do art. 5.º).

Ao ser, novamente, prorrogado, em 1973, o prazo de vigência dos incentivos fiscais à incorporação e fusão (pelo Dec.-Lei n.º 1.300, de 28 de dezembro de 1973), novas alterações foram introduzidas na primitiva legislação, objetivando, notoriamente, dispensar do compromisso de abertura do capital social da pessoa jurídica, após a fusão ou incorporação, realizada no regime do Decreto-Lei n.º 1.182, de 1971 (art. 3.º do Decreto-Lei n.º 1.300, de 28 de dezembro de 1973).

Finalmente, o Dec.-Lei n.º 1.346, de 25 de setembro de 1974, que prorrogou até 31 de dezembro de 1979 o prazo para a concessão dos benefícios fiscais às fusões e incorporações, reestruturou o primitivo Decreto-Lei n.º 1.182, de 1971, a modo tal que ao invés de declarar “revogadas as disposições em contrário” (art. 16), melhor teria dito se mencionasse, expressamente, a legislação anterior, que alterou e consolidou, revogando-a força do novo e recente diploma legislativo.

O Dec.-Lei n.º 1.346, de 25 de setembro de 1974, está hoje regulamentado pelo Decreto n.º 75.247, de 21-1-75, que teve em vista não só conceituar “as empresas que o Governo considera de interesse para a economia nacional”, como, também, declarar quais as verbas que poderão ser computadas como custo ou encargo, em cada exercício financeiro (art. 2.º).

Lamentável que o Poder Executivo, nesse regulamento, tivesse deixado de dizer tudo quanto devia o empresário saber para pleitear a fusão ou incorporação. Assim, continua o Ministro da Fazenda autorizado a baixar “os atos necessários à execução das normas do decreto regulamentar do Dec.-Lei n.º 1.346, de 1974”, o que vale conferir ao Ministro da Fazenda o poder de legislar, estabelecendo, através de Portarias, Resoluções ou Circulares, normas de caráter obrigatório, com “força de lei”.

ANÁLISE DO DECRETO-LEI N.º 1.346, DE 1974

O Dec.-Lei n.º 1.346, de 1974, constitui, como dissemos e vamos demonstrar, uma consolidação e atualização das normas especiais estabelecidas desde o Dec.-Lei n.º 1.182, de 1971, para obtenção dos benefícios fiscais — isenção do imposto de renda incidente sobre o acréscimo de valor decorrente da reavaliação dos bens integrantes do ativo imobilizado das empresas a serem fundidas numa só ou incorporadas à pessoa jurídica que promover a incorporação.

Assim é que o art. 1.º desse novo decreto-lei nada mais é do que a fusão do art. 1.º do Dec.-Lei n.º 1.182, de 1971, e do parágrafo único que se mandou

fazer constar desse artigo 1.º, em substituição aos parágrafos 1.º e 2.º do artigo 1.º do Dec.-Lei n.º 1.182, de 1971.

A conceituação das "empresas de interesse para a economia nacional", foi deixada ao regulamento da lei. E esse regulamento, que baixou com o Decreto n.º 75.247, de 21-1-75, diz, nos oito itens do seu art. 1º, quais as atividades consideradas de interesse para a economia nacional que poderão beneficiar-se dos incentivos à fusão e incorporação.

Ficou, agora, bem clara a orientação do Governo no tocante a esse incentivo: não se concede, desde logo, a isenção do imposto de renda, mas, apenas, a **suspensão do pagamento do imposto**, a qual será convertida em **isenção**, (art. 2.º),

"uma vez cumpridos todos os objetivos econômico-financeiros constantes do projeto aprovado pelo Ministro da Fazenda, no prazo de 3 (três) anos, a contar da data de sua aprovação" (art. 2º).

Daí se segue que, a aprovação, pelo Ministro, do Projeto de Fusão ou Incorporação, não importa em isentar a empresa, desde logo, do imposto de renda. Para declarar a isenção o Governo terá 3 (três) anos a contar da data da aprovação do projeto.

E, se nesse prazo de carência, outra lei vier a suprimir a isenção? Poderá a empresa invocar direito adquirido à isenção, num regime em que se assegura ao poder tributante o direito de, a qualquer tempo, revogar as isenções tributárias? (Recordar as isenções do I.C.M. concedidas pelos Estados e revogadas pelo Governo Federal.)

A nosso ver, esse longo prazo que o legislador estabeleceu para que se torne efetiva a isenção do imposto de renda, constitui um desestímulo e, não, um "incentivo" ao empresário. A pessoa jurídica que resultar da fusão, ou a que operar a incorporação de outra ou outras empresas, carece de tranqüilidade para trabalhar e produzir. E essa insegurança, ante o poder tributante, é prejudicial. Além d eque constitui uma verdadeira "espada de Dâmocles" sobre a cabeça do contribuinte.

O Decreto-Lei n.º 1.346, de 1974, mantém, junto ao Ministro da Fazenda, a Comissão de Fusão e Incorporação de Empresas (COFIE) com a finalidade de apreciar os projetos que visem os benefícios desse Decreto-Lei n.º 1.346, de 25-9-74.

Essa Comissão tem poderes amplos e incontroláveis de apreciação dos projetos de fusão ou de incorporação. Além do exame prévio, a lei lhe assegura um **controle permanente** sobre a empresa, a modo de:

"verificar a adequada utilização dos benefícios fiscais concedidos e a obtenção dos resultados previstos no projeto aprovado, ficando os beneficiários obrigados a prestar à COFIE os esclarecimentos que se fizerem necessários a essa finalidade" (art. 3.º, § 2.º).

A composição da COFIE continua idêntica à que lhe foi deferida pelo Decreto-Lei n.º 1.182/71, alterado apenas o representante do "Ministério do

Planejamento”, agora “Secretaria de Planejamento da Presidência da República” (art. 4.º).

Os objetivos apresentados com a proposta de fusão ou incorporação devem ser cumpridos pelo proponente ao benefício fiscal, eis que, se desatendidos aqueles objetivos, haverá que pagar não só o imposto de renda (cujo recolhimento estava “suspense”), como os juros e a correção monetária (art. 5.º). A cobrança do imposto de renda terá, assim, função punitiva, máxime porque agravada será de juros (que se supõe serem os de mora) e da correção monetária.

É certo que o decreto-lei concede ao proponente aos benefícios fiscais a eventual alteração dos projetos, desde que aprovada pela COFIE e retificada pelo Ministro da Fazenda (parágrafo único do art. 5.º). Pode suceder, entretanto, que a conveniência de alteração da proposta inicial somente se apresente depois de aprovado e posto em execução o projeto original. E, neste caso, caberá o pedido de retificação a que alude o parágrafo único do art. 5.º ou as autoridades fazendárias terão o arbítrio de qualificar a não observância integral da “proposta aprovada” como configuração de “não cumprimento dos objetivos propostos no projeto aprovado”, seguindo-se, via de consequência, a exigência do imposto de renda, com juros e correção monetária? Essa situação, que poderá verificar-se sem nenhuma malícia do contribuinte, não foi prevista, nem no Decreto-Lei n.º 1.346/74, nem no seu Regulamento. Ficará à livre apreciação das autoridades fazendárias exigir desde logo o imposto ou admitir o pedido de retificação, a posteriori. Mais uma fonte de questões, de controvérsias e, via de consequência, de insegurança para o empresário.

Este, como Incorporador de empresas, ou como “empresa” resultante de fusão, perderá, automaticamente, (diz a lei) os benefícios previstos no Decreto-Lei n.º 1.346/74, se e quando deixar de utilizar, para aumento do capital social, e dentro de 180 (cento e oitenta) dias,

“o acréscimo resultante da reavaliação efetuada acima dos limites da correção monetária” (art. 1.º, combinado com o art. 6.º).

Como penalidades ao proponente dos benefícios fiscais, o Dec.-Lei n.º 1.346/74 inscreve, ainda, as seguintes:

A) a redução do capital ou a extinção da pessoa jurídica.

Nos 5 (cinco) anos subsequentes à aprovação do projeto de fusão ou de incorporação, importará em sujeitar a pessoa jurídica à tributação, como lucro, da parcela incorporada.

Ainda,

B) no caso de alienação das ações ou quotas de capital recebidas com isenção do imposto de renda, antes do prazo de 5 (cinco) anos, o valor da receita auferida pelas pessoas jurídicas na operação (venda das ações ou quotas) será integralmente incluído no lucro tributável, para fins do imposto de renda.

(§ 5º do art. 6º do Dec.-Lei nº 1.346/74.)

E, quanto aos sócios, acionistas ou ao titular da empresa individual (aos quais o decreto-lei havia assegurado a isenção do imposto de renda), a consequência da redução do capital social ou da extinção da pessoa jurídica é a de tornar sujeitos ao imposto de renda os benefícios que esses mesmos sócios, acionistas ou titular de empresa individual haviam auferido, consequentemente à fusão ou incorporação, no regime do Decreto-Lei n.º 1.346/74 (§ 4.º do art. 6.º do Decreto-Lei n.º 1.346/74).

A forma como está redigido o § 4º do artigo 6º do Decreto-Lei nº 1.346/74, vai trazer muita confusão, pois, aludindo o legislador à **redução do capital social**, sem especificar se a redução é, apenas, da quantia incorporada ao capital (sob os benefícios da lei), poderá o fisco, ao aplicar a lei, entender que o beneficiário dos incentivos fiscais do Dec.-Lei n.º 1.346/74 não poderá reduzir o capital de qualquer parcela e, não apenas, da parcela que anule o aumento de capital realizado para cumprimento do disposto no art. 6.º do Dec.-Lei n.º 1.346/74.

O art. 8º do Dec.-Lei nº 1.346/74 (que reproduz o art. 7º do primitivo Dec.-Lei nº 1.182/71) estabelece que "o valor resultante da reavaliação prevista no Dec.-Lei nº 1.346/74 não importará em modificações no valor em moeda estrangeira registrado pelo Banco Central do Brasil, como investimento ou reinvestimento de pessoas residentes ou domiciliadas no exterior. Com essa restrição, o que se objetiva é impedir o retorno dessa "mais valia" isenta do imposto de renda. Mas, não seria preferível permitir o retorno do capital, nesse caso, sujeitando-o ao imposto de renda que não fora pago no processo de fusão ou de incorporação?"

O art. 7º do Dec.-Lei nº 1.346/74 manteve quase inalterado o art. 6º do Dec.-Lei nº 1.182/71, ao encarar a situação resultante de eventuais prejuízos na alienação ou baixa dos bens reavaliados e continua a proibir a aplicação dos seus "benefícios" às empresas concessionárias de serviços públicos (art. 12).

Verifica-se, por esse novo diploma legal, que o Governo continua interessado em possibilitar fusões e incorporações, de que resultam "macro-empresas". E, tanto é assim, que declarou que as fusões e incorporações de sociedades seguradoras poderão continuar, guardadas as normas específicas do Dec.-Lei n.º 1.115, de 24 de julho de 1970, e, no que lhes forem aplicáveis, as disposições do Dec.-Lei n.º 1.346/74.

É de estranhar, todavia, (e isto constitui reparo que fizemos em estudo do Dec.-Lei nº 1.182/71), que nada se tinha dito, ao propósito de fusões e incorporações quanto à repercussão que as fusões e incorporações possam trazer à economia nacional, por abuso do poder econômico, que a Emenda Constitucional n.º 1 manda reprimir, nestes termos:

"Art. 160 — A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

.....

V — repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros.”

Tendo em conta esse preceito constitucional, já tivemos oportunidade de nos manifestar no sentido de que, nos processos de fusão ou incorporação, devia ser, previamente, ouvido o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, út disposto no art. 74 da Lei n.º 4.137, de 1962, a nosso ver, ainda em vigor:

“Art. 74 — Não terão validade, senão depois de aprovados e registrados pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), os atos, ajustes, acordos ou convenções entre empresas, de qualquer natureza, ou entre pessoas ou grupos de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios que tenham por efeito:

- a) equilibrar a produção com o consumo;
- b) regular o mercado;
- c) padronizar a produção;
- d) estabilizar os preços;
- e) especializar a produção ou a distribuição;
- f) estabelecer uma restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas.”

Em trabalho que publicamos sob o título “As Sociedades Holdings; os “Trusts” e os Conglomerados face à Lei de Repressão ao Abuso do Poder Econômico” (Revista de Informação Legislativa n.º 37 — março/73, pág. 65) dissemos:

“Com essa faculdade assegura a lei, ao CADE, a fiscalização prévia, capaz de impedir a legalização dos chamados “Trusts”, em qualquer de suas formas, igualmente nocivas à economia nacional: os “Cartels”; os “Corner”; a “Konzern” etc.

“Destarte, mal se compreende possa ter o CADE decidido, recentemente, como acaba de decidir (a nosso ver contrariando o texto expreso da Lei, acima referido), que

“... A só fusão ou incorporação de empresas são negócios jurídicos que independem, para sua eficácia, de aprovação ou registro pelo CADE. ... O sistema de controle das fusões e incorporações de empresas se realiza a posteriori, sempre que o CADE julgar necessário.”

(Diário Oficial, Seção I, Parte I, de 18 de abril de 1972.)

“É verdade que, tanto a Constituição Federal (Emenda n.º 1), no seu art. 160, n.º V, como a Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962, se referem à repressão ao abuso do poder econômico, e, reprimir, quer dizer coibir, refrear, punir, o que pressupõe o ato já praticado. Mas, reprimir também pode ser sustar o ato ou o movimento e quer nos parecer que essa função preventiva, atribuída ao CADE, é que melhor se coaduna com o objetivo de impedir a ação nociva do “trust”, vale dizer, de não permitir nenhuma forma de abuso do poder econômico.

Há que considerar que a fusão de empresas é uma operação que pode conduzir ao “trust”, da mesma forma que o “trust” chamado vertical, pode se apresentar sob a forma de “Holding Trust”.

O que há que pesquisar, em cada caso, é o objetivo da coalização, para enquadrar, como forma de abuso do poder econômico, todo aquele que, seja qual for a forma operacional ou jurídica que adotar, vise:

“o domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.”

(Emenda Constitucional n.º 1, artigo 160, V.)

“Não esquecer que os sinais característicos do “trust” são a extensão do grupo econômico, a ligação financeira ou administrativa entre suas diversas partes; sua tendência à expansão. É a união de empresas industriais ou comerciais que visam obter, pela formação de unidades financeiras ou administrativas mais importantes, lucros mais altos e uma posição mais poderosa na vida econômica.”

(BENJAMIN SHIEBER, “Abusos do Poder Econômico”, São Paulo, págs. 161-163.)

“Havemos de convir que, com as facilidades com que o Governo está estimulando a incorporação e a fusão de empresas, se dilarga o caminho para a formação dos “trusts”, cujos malefícios é preciso impedir e, não somente reprimir, por ação platônica, a posteriori, como é, hoje, a declarada posição do Conselho Administrativo da Defesa Econômica (CADE).”

E, concluindo.

No regime do Dec.-Lei n.º 1.346/74, a COFIE assume grandes responsabilidades na aprovação dos projetos de fusão ou incorporação, eis que terá que impedir a formação de “cartels”, de “trusts” e “holdings”, que, disfarçadamente ou veladamente, encubram ajuste ou acordo de empresas objetivando o domínio de mercados; a eliminação da concorrência ou a formação de monopólios ou outras forças de abuso do poder econômico; artigo 2.º da Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962; Decretos n.ºs 52.025, de 20-5-63, e 53.647, de 28-2-64.