ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA

GIOVANA CAMILA PORTOLESE

HARMONIZAÇÃO DA TRIBUTAÇÃO DIRETA INCIDENTE SOBRE AS OPERAÇÕES
DE FUSÃO, INCORPORAÇÃO E CISÃO REALIZADAS POR SOCIEDADES
EMPRESARIAIS CONSTITUÍDAS NA ARGENTINA E NO BRASIL – DIAGNÓSTICO E
REFLEXÕES

2006

GIOVANA CAMILA PORTOLESE

HARMONIZAÇÃO DA TRIBUTAÇÃO DIRETA INCIDENTE SOBRE AS OPERAÇÕES
DE FUSÃO, INCORPORAÇÃO E CISÃO REALIZADAS POR SOCIEDADES
EMPRESARIAIS CONSTITUÍDAS NA ARGENTINA E NO BRASIL – DIAGNÓSTICO E
REFLEXÕES

Monografia apresentada à Escola de
Administração Fazendária, como requisito para
a conclusão do II Curso de Integração
Econômica e Direito Internacional Fiscal.

Orientadora: Prof.^a Maria de Fátima Ribeiro

Co-orientador: Prof. Vasco Branco Guimarães

BRASÍLIA

2006

Aos professores Maria de Fátima Ribeiro e Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy,
que desde o curso de graduação orientam e incentivam o aperfeiçoamento da
minha formação acadêmica.

Sinceros agradecimentos

Ao professor Vasco Branco Guimarães, que iluminou meus momentos de crise com a sua lucidez e capacidade de direcionamento;

À equipe de coordenação do II Curso de Integração Econômica e Direito Internacional Fiscal, com particular carinho à Sra. Luiza Maria Franganito Araújo e à Sra. Carmenísia Darui, pelo apoio e colaboração;

À Secretaria da Receita Federal, na pessoa do Delegado em Londrina, Dr. Sérgio Gomes Nunes, que gentilmente autorizou minha participação no Curso.

Quando se tornou patente e insofismável que a Península Ibérica se tinha separado por completo da Europa, assim já se ia dizendo, Separou-se, [...] Nasceu a Nova Atlântida, No Xadrez Mundial Moveu-se uma Pedra, Um Traço de União Entre a América e a Europa, Entre a Europa e a América Um Pomo de Discórdia, Um Campo de Batalha para o Futuro [...] Precisa-se de um Novo Tratado de Tordesilhas [...] a península estaria posta sobre o que fora a linha que naqueles tempos gloriosos, dividira o mundo em duas partes, pataca a mim, pataca a ti, a mim pataca [...] De um ponto de vista de política prática, o problema que se discutia nas chancelarias europeias e americanas era o das zonas de influência, isto é, se apesar da distância, a península ou ilha, deveria conservar os seus laços naturais com a Europa, ou se, não os cortando completamente, deveria orientar-se, de preferência, para os desígnios e destino da grande nação norte-americana [...] Alheia a estes bastidores da intriga política, a península continua a navegar para ocidente.

[...]

José Saramago

(A Jangada de Pedra)

RESUMO

Trata-se de diagnóstico da tributação da renda incidente sobre as operações de fusão, incorporação e cisão, na Argentina e no Brasil. Contextualiza-se a análise no fenômeno de integração econômica regional vivenciado no Mercosul. Aborda-se a problemática na definição da atividade empresarial transnacional e no seu reconhecimento pelos ordenamentos jurídicos nacionais. Aponta-se a limitação jurídica à implementação de operações de fusão, incorporação e cisão entre sociedades empresariais constituídas sob diferentes leis societárias. Pontua-se a disciplina societária e tributária destas modalidades de reorganização empresarial nas leis argentinas e brasileiras. Revela-se a premente necessidade de se promover o alinhamento das legislações societária e fiscal destes países para a evolução e consolidação do mercado comum vislumbrado no Tratado de Assunção.

Palavras Chaves: Mercosul – Mercado Comum – Atividade Empresarial Transnacional – Operações de Fusão, Incorporação e Cisão – Harmonização da Tributação da Renda

ABSTRACT

This work is a diagnosis of the contribution of the income taxation from mergers and divisions both held in Argentina and in Brazil. Hereby it is contextualized the concept of the analysis of the local economical integration phenomena in Mercosul. In this study, there is a tendency to view this issue according to the definition of the transnational enterprises, as well as to its legal recognition by the national juridical orders. There is indeed a legal limitation in the implementation of the mergers and divisions governed by different legal systems. Therefore, it is fair to underline the corporation and the tax quotation disciplines related to these business divisions, nonetheless valid both in the Argentinean and in the Brazilian laws. This essay also reveals the necessity of the promotion of the alignment of the corporation and the tax legislations that rule these two countries in the same patterns of the development and the consolidation of a common market established since the Treaty of Asuncion.

Key words: Mercosul – Common Market - Transnational Enterprises – Mergers and Divisions – IncomeTax Harmonization

Sumário

	INTRODUÇÃO	8
1	O MERCADO COMUM E A TRIBUTAÇÃO DA RENDA	12
1.1	O Mercado Comum e sua Interconexão com os Fenômenos da Globalização e da Integração Econômica Regional	13
1.2	O Mercado Comum: Conceito e Princípios Correlatos	19
1.3	A Inter-relação do Mercado Comum e a Harmonização da Tributação da Renda	24
2	A ATIVIDADE EMPRESARIAL TRANSNACIONAL	29
2.1	A Qualificação da Atividade Empresarial em Nacional, Multinacional e Transnacional	30
2.2	As Operações de Reorganização Societária	40
2.3	Fusão, Incorporação e Cisão à Luz das Leis Societárias Argentina e Brasileira	46
3	A TRIBUTAÇÃO DAS OPERAÇÕES DE FUSÃO, CISÃO E INCORPORAÇÃO NA ARGENTINA E NO BRASIL	59
3.1	Traços da Estrutura da Tributação da Renda na Argentina e no Brasil	59
3.2	Fusão, Incorporação e Cisão à Luz da Legislação Tributária Argentina e Brasileira	62
	CONCLUSÕES	76
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	82

INTRODUÇÃO

As transformações no cenário internacional, ocorridas no transcorrer do século XX, imprimiram a mudança de paradigma na forma de organização dos Estados e das organizações internacionais clássicas. Tornaram premente a necessidade de alianças entre Estados soberanos, sem as quais o enfrentamento dos problemas afetos à nova ordem social, a qual se convencionou chamar de sociedade global, careceria de efetividade.

Neste contexto de globalização econômica, social e jurídica, surgem as organizações de integração regional. Reação do particular sobre o geral, estes sujeitos de direito internacional representam a necessidade do compartilhamento da gestão de assuntos comuns a vários Estados, em áreas que transitam da política e da segurança à economia e à defesa comercial.

O movimento de integração regional ganha seus primeiros contornos na Europa, logo após a Segunda Guerra Mundial, com a assinatura do Tratado de Roma¹, ponto de partida para o processo que culminou na formação da União Européia. Atinge a América Latina logo após, no início da década de sessenta, com a criação da Associação Latino-Americana de Livre Comércio – ALALC, revigorada, na década de oitenta, pela Associação Latino-Americana de Integração – ALADI². Desemboca, nos últimos anos do século XX, no Tratado de Assunção que lança as bases para a formação de um mercado comum entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai: o Mercado Comum do Sul - Mercosul.

A análise história deste movimento revela que a integração econômica, especialmente aquela vislumbrada em acordos de âmbito regional do tipo União Européia e Mercosul – que fixaram o objetivo de instituir um mercado comum – não configura fenômeno estático.

¹As Comunidades Européias que representaram a base constitutiva da hodierna União Européia – EU são: a Comunidade Européia do Carvão e do Aço – CECA, Comunidade Econômica Européia – CEE e Comunidade Européia de Energia Atômica – EURATOM. A primeira instituída pelo Tratado de Paris (1951) e as duas outras pelo Tratado de Roma (1957).

²A ALALC e a ALADI decorrem dos Tratados de Montevideu, firmados, respectivamente, em 1960 e 1980.

Desenvolve-se, antes, lentamente, mediante processo³, em que os Estados-membros e as instituições criadas pelo Tratado são continuamente convidados a participar.

No universo dos assuntos que permeiam as negociações entabuladas entre Estados em processo de integração, a questão tributária adquire especial relevância, em razão de seus reflexos econômicos, sendo que o objeto de discussão no âmbito tributário variará de acordo com a intensidade de integração almejada (RAYMUNDO, 2004; SANTOS, 2003).

Decorrida mais de uma década da assinatura do Tratado base, o Mercosul ainda caminha à efetivação completa da etapa união aduaneira. Natural, portanto, que o foco de atenção dos estudiosos recaia, primordialmente, sobre questões afetas à harmonização da tributação indireta, ou seja, aquela incidente sobre operações de consumo de bens e de serviços. Pouco se lê a respeito da tributação direta no Mercosul. Cita-se, porém, *en passant*, a necessidade e a importância da discussão deste tema em etapas mais avançadas do processo de integração econômica (BARRIEUX e VILLELA, 2003; CANO, 2004; SANTOS, 2003).

A implementação de políticas tendentes à constituição e ao fortalecimento da etapa integracionista denominada de mercado comum traz a baila a problemática da harmonização da tributação direta, incidente sobre o patrimônio e a renda, da qual a tributação da renda auferida pelas empresas constitui expoente.

O critério de tributação dos rendimentos influencia diretamente a escolha empresarial no momento do aporte de investimentos. A assimetria da política tributária levada a cabo por países integrantes de um bloco econômico afasta a idéia da neutralidade fiscal e viola princípios chaves do mercado comum.⁴

³ A doutrina costuma destacar as seguintes etapas no processo de integração econômica: área de livre comércio, união aduaneira, mercado comum, união econômica e monetária e união política (d'ARCY, 2002; RAYMUNDO, 2004).

⁴ A criação do mercado comum implica na livre circulação de mercadorias, serviços, pessoas e capitais; liberdades amparadas pelos princípios da livre concorrência, da não-discriminação, da neutralidade fiscal, da liberdade de estabelecimento (d'ARCY, 2002).

A monografia ora apresentada versa acerca do tratamento dispensado pela Argentina e pelo Brasil às operações de reorganização empresarial denominadas de fusão, incorporação e cisão. Analisa a questão societária que lhes é subjacente e os reflexos tributários que delas possam resultar.

O estudo proposto, calcado em pesquisa bibliográfica, estrutura-se no intuito de trazer a lume o debate acerca da tributação direta no âmbito do Mercosul, tendo em vista sua relevância e a escassez da sua abordagem.

Optou-se por focar o regramento comercial e tributário conferido por apenas dois países-membros do Mercosul: a Argentina e o Brasil. A seleção pautou-se nos seguintes motivos, que colocam estes países em posição de destaque dentro do bloco econômico:

a) razões de ordem histórica, pois como comenta Peña (2001, p. 60), citando o uruguaio Alberto Menthol de Ferre, “dez anos de experiência [...] [do Mercosul] iluminam o caminho para a construção futura da aliança estratégica entre Argentina e Brasil. [...] o Mercosul tem sido o fruto de tal aliança. Ela segue sendo sua coluna vertebral”;

b) a existência de Acordos firmados entre estes países para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de impostos sobre a renda⁵ e para o estabelecimento e empresas binacionais⁶ ;

c) o fato de ambos serem Estados federais;

d) a interdependência econômica entre os dois países, advinda do significativo fluxo comercial⁷ e estampada no efeito perturbador do ajuste cambial no Brasil sobre as exportações da Argentina (PEÑA, 2001).

⁵ No Brasil, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 74, de 5 de dezembro de 1981 e promulgado pelo Decreto nº 87.976, de 22/12/1992.

⁶ Na Argentina, conforme indicado por Llobera (1997, p.7) o Tratado foi aprovado pela “ley 23.935, sancionada el 18 de abril de 1991. Promulgada el 10/5/91 y publicada en el "Boletín Oficial" el 22/5/91”. No Brasil, o Tratado foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 26, de 26 de maio de 1992, e promulgado pelo Decreto nº 619, de 29/7/1992 e publicado no Diário Oficial da União em 30/7/1992.

⁷ Dados estatísticos consultados em <http://www.mre.gov.br/portugues/politica_externa/mercosul/mercosul.xls>. Acesso em 28 fev. 2006. Ver, também, Jaguaribe (2001, p.15)

Ainda por razões de corte metodológico, considerando a amplitude do fenômeno da tributação incidente sobre as operações de fusão, incorporação e cisão, delimitou-se o objeto à análise da tributação da renda.

O trabalho apresenta-se organizado em três capítulos.

No primeiro deles, cuidou-se de contextualizar a formação do Mercosul no movimento de globalização econômica deflagrado no período que sucedeu o final da Segunda Grande Guerra Mundial.

Estabeleceram-se, também, conceitos relacionados ao mercado comum e seus princípios regentes. Como resultado, revelou-se o liame entre o fortalecimento do processo de integração econômica e a necessidade de se harmonizar a tributação direta para o efetivo implemento de um mercado comum entre os países signatários do Tratado de Assunção.

No segundo capítulo, o enfoque deslocou-se à disciplina imprimida pelo direito societário à organização empresarial e suas formas de atuação. Abordou-se a conceituação de empresa nacional, multinacional e transnacional e a definição das operações de concentração e desconcentração empresarial no âmbito internacional.

O terceiro capítulo versou sobre o tratamento tributário conferido pela Argentina e pelo Brasil, às operações de fusão, cisão e incorporação. Analisou-se a hipótese de incidência do imposto sobre a renda afeto a estas operações e as implicações dela decorrentes.

Objetiva-se com este estudo reunir num único trabalho elementos suficientes para traçar o panorama da tributação da renda incidente nas operações de reorganização societária do tipo fusão, incorporação e cisão, realizadas sob as leis societárias argentina e brasileira.

1. O MERCADO COMUM E A TRIBUTAÇÃO DA RENDA

A harmonização da legislação tributária constitui fator decisivo à instituição do mercado comum. A movimentação de pessoas e capitais entre países pode ser distorcida em função da sistemática de tributação aplicável sobre os rendimentos resultantes das atividades desenvolvidas neste transitar. É nessa medida que o mercado comum e a tributação da renda se inter-relacionam, contrapondo a soberania fiscal dos Estados às liberdades e aos princípios vetores do modelo de integração adotado pela União Européia e pelo Mercosul: liberdade de estabelecimento, de prestação de serviços, de movimentação de trabalhadores e de capital, não-discriminação, neutralidade e livre concorrência.

Assim, de início, há que se compreender o significado e o alcance do termo mercado comum, o que pressupõe a sua localização no âmbito dos processos de globalização e de integração econômica regional, que lhe servem de moldura e lhe conferem sentido (subcapítulo 1.1).

Superada a contextualização do que se usou denominar de mercado comum, o enfoque passa a recair sobre a definição dos seus contornos, o que implica em estabelecer o seu conceito e identificar os princípios que lhe dão efetividade (subcapítulo 1.2).

Percorrido este *iter*, abre-se caminho para revelar a conexão entre a consolidação do mercado comum e a necessidade de alinhamento da sistemática de tributação direta - com especial nuance na tributação da renda - adotada por países integrantes de um mesmo bloco econômico (subcapítulo 1.3).

1.1. O Mercado Comum e sua Interconexão com os Fenômenos da Globalização e da Integração Econômica Regional

A análise da globalização enseja grandes embates doutrinários. Alguns a reconhecem como fenômeno inédito, historicamente identificado a partir da segunda metade do século XX. Outros afastam a sua característica inovadora, considerando-a um mito (MATIAS, 2005).

Afirmar ou negar a existência da globalização não modifica o modelo de organização da sociedade internacional que começou a ser desenhado a partir da segunda metade do século XX. Por um lado é verdade que o mundo já experimentara, no período compreendido entre o final do século XIX e o deflagrar da Primeira Grande Guerra, um sistema econômico aberto aliado a avanços tecnológicos⁸. Mas, também, não há como se negar, diante da ruptura tecnológica advinda com o surgimento do computador e com a formação das redes de informação, a nova nuance da hodierna internacionalização da economia.⁹

Em que pese a opinião dos céticos, convencionou-se chamar este novo modelo da organização social mundial de globalização. Modelo que não se esgota no elemento

⁸ Matias (2005, p. 109-110), afirma que a humanidade, neste período, vivenciou fenômeno similar à atual globalização e cita o seguinte pensamento do Fundo Monetário Internacional: “A globalização não é um fenômeno novo. Mercados altamente integrados contribuíram para o rápido crescimento do comércio e produção durante o período do padrão-ouro anterior à Primeira Guerra Mundial [...] A liberalização do comércio e fluxos financeiros nos últimos cinquenta anos, resultou gradualmente em um nível de integração similar em alguns aspectos àquele conhecido no início do século”. O autor prossegue, ainda, colacionando excerto da obra de Keynes, o qual se reproduz: “Que episódio fantástico no progresso econômico da humanidade aquela época que chegou a um fim em agosto de 1914! [...] O habitante de Londres poderia ordenar por telefone, sorvendo na cama seu chá matinal, vários produtos de toda a terra, em tal quantidade que ele achasse suficiente, e esperar razoavelmente por sua pronta entrega em sua porta; ele poderia no mesmo momento e pelos mesmos meios aventurar sua riqueza em recursos naturais e novos empreendimentos em qualquer canto do mundo, e usufruir, sem esforço ou mesmo problemas, de seus frutos e vantagens futuras; ou ele poderia decidir associar a proteção de suas fortunas à boa fé dos cidadãos de qualquer grande município em qualquer continente que o capricho ou a informação lhe pudessem recomendar. [...] Porém, mais importante de tudo, ele veria essa situação dos negócios como normal, certa e permanente, exceto na direção de mais melhorias, e qualquer desvio da mesma como aberrante, escandaloso e evitável. Os projetos e políticas do militarismo e do imperialismo, das rivalidades raciais e culturais, dos monopólios, restrições e exclusão, que fariam o papel da serpente nesse Paraíso, eram pouco mais que distrações em seu jornal diário, e pareceriam não exercer absolutamente qualquer influência no curso ordinário da vida social e econômica, cuja internacionalização estava quase completamente em prática”.

⁹ Jaguaribe (2001, p. 19), citando Aldo Ferrer, afirma que “o atual processo de globalização constitui a terceira onda, incomparavelmente mais ampla e profunda, de um processo que se iniciou com as descobertas marítimas e o subsequente mercantilismo, prosseguiu, em maior escala, com a revolução industrial; e atingiu, nas últimas décadas do século XX, imensas e planetárias proporções com a revolução tecnológica”.

econômico. Antes, constitui fenômeno complexo. Abarca a idéia de processo. Seu caráter inovador decorre da articulação do fator econômico com o movimento de intensificação das relações sociais em escala mundial¹⁰, expresso pelo crescimento da cooperação internacional, pelo nascimento de uma sociedade civil transnacional e pelo desenvolvimento de mercados financeiros que ultrapassam as fronteiras nacionais. Isto tudo, embalado à velocidade dos instrumentos introduzidos pela revolução tecnológica (MATIAS, 2005).

No âmbito da cooperação internacional desenvolve-se, paralelo e concomitante à globalização, o processo de integração econômica regional. A formação de blocos regionais de países para a gestão compartilhada de assuntos que perpassam os limites de um único Estado soberano, ao mesmo tempo, compõe o fenômeno da globalização e representa a reação à nova ordem econômica mundial dela decorrente¹¹.

O flagelo causado na Europa pelas duas guerras que marcaram o século XX desencadeou a superação do paradigma do Estado Nacional. Os dirigentes dos países europeus perceberam que a sua atuação individual não seria suficiente para a reconstrução do continente, e concordaram em estabelecer vínculos de cooperação e integração econômicas. As prementes questões de segurança e de crescimento econômico fizeram com que Estados soberanos renunciassem às políticas nacionais, refletindo o “desejo ardente de manter a paz por meio do alinhamento dos interesses econômicos” (KRUGMAN e OBSTFELD, 2005, p.451). É lançada a semente da integração econômica regional.

Neste contexto, nascem as Comunidades Européias. Inicialmente, em 1951, a Comunidade Européia do Carvão e do Aço – CECA e, pouco tempo depois, em 1957, a Comunidade Econômica Européia – CEE, e a Comunidade Européia de Energia Atômica – EURATOM. A segurança do continente relacionava-se precipuamente ao controle dos

¹⁰ Anthony Giddens, citado por Matias (2005, p.107).

¹¹ Penã (2001, p. 46), falando de integração afirma que “ a idéia [...] não é, então, uma idéia resultante de uma hipotética racionalidade supranacional [...] na sua raiz cultural mais profunda, é em função da necessidade de afirmar a identidade nacional frente às forças centrífugas originadas na globalização que se estabelece e estratégia de trabalhar juntos, em forma sistemática e com vocação de permanência”.

recursos energéticos. O desenvolvimento da região dependia de uma voz única para a defesa eficaz dos interesses econômicos diante dos Estados Unidos (KRUGMAN e OBSTFELD, 2005).

Na América Latina, o processo de integração regional inicia-se na década de 60, com a instituição da ALAC e acaba por ser orientado pela ideologia da Comissão Econômica para América Latina e Caribe – CEPAL¹², cujo objetivo centrava-se no desenvolvimento econômico, mediante a formação de um mercado comum latino-americano.

Em seus primórdios, a CEPAL sustentava a estratégia do regionalismo do tipo fechado, representado pela adoção do processo de substituição das importações, como instrumento de defesa para a industrialização da América Latina e a inserção dos países no comércio internacional (BRAGA, 2005).

Nas décadas seguintes, diante do fracasso da tentativa de integração econômica da América Latina veiculada por meio da ALAC, redesenhou-se o modelo de integração, impulsionado pela criação da ALADI. O foco das atenções da CEPAL volta-se aos problemas estruturais dos países latino-americanos conexos ao endividamento externo, à dependência econômica e à inflação. Eleva-se a promoção do ajuste macroeconômico dos países da região à categoria de requisito essencial e imprescindível ao sucesso do plano de integração regional.

As bases para a segunda fase significativa do movimento de integração econômica da América Latina são lançadas. A CEPAL abandona a estratégia do regionalismo fechado e passa a defender a inserção das economias latino-americanas na economia internacional, defendendo, agora, o modelo de regionalismo aberto (BRAGA, 2005). Repete-se e renova-se uma das idéias fundamentais do processo de integração europeu: a conjunção de esforços de um grupo de países para a defesa eficaz dos seus interesses econômicos frente ao mercado internacional.

¹² Comissão Regional das Nações Unidas, criada em 1948 por Resolução do Conselho Econômico e Social. Ver: < <http://www.eclac.cl/>>. Acesso em 4 mar. 2006.

Este pensamento permeia o texto do Tratado de Assunção que, assinado em 26 de março de 1991, denota o interesse dos países signatários em instituir e fortalecer um espaço econômico único, do tipo mercado comum, a que se convencionou chamar de Mercosul¹³.

Afora a questão econômica que marcou a instituição dos blocos econômicos citados, a partir dos anos 90, em especial, o processo de integração regional adquire outra nuance. O intensificar da globalização altera de forma significativa a estrutura de poder dos Estados soberanos que, individualmente, já não detêm a capacidade de controlar de modo efetivo as atividades que ultrapassam seus limites territoriais e jurisdicionais¹⁴. Assim, na busca desta efetividade, os Estados acordam em transferir parcelas do seu poder¹⁵ aos órgãos instituídos nos Tratados de integração regional.

Deste modo, a atuação transnacional das entidades aparece como idéia conexas às de globalização e regionalização. Abstraindo-se da polêmica que envolve o assunto, entende-se por transnacional a atividade que transpassa o controle do Estado Nacional, em que a ação individual do Estado não é suficiente para exercer seu controle eficaz. A atividade transnacional surge como contraponto às relações travadas internacionalmente. Esta exercida por entidades em mais de um país, porém submetidas ao controle dos Estados onde estão localizadas (MATIAS, 2005). O mesmo controle não se verifica na transnacionalidade.

A efetividade da regulação das atividades transnacionais relaciona-se diretamente ao grau de integração alcançada pelos Estados participantes do bloco econômico. É bastante tênue quando o processo integracionista circunscreve-se às etapas de zona de livre comércio e

¹³ A criação de um mercado comum entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai é objetivo destacado no artigo primeiro do Tratado de Assunção: “Os Estados Partes decidem constituir um Mercado Comum, [...] e que se denominará Mercado Comum do Sul (Mercosul)”.

¹⁴ Jaguaribe (2001, p. 21), revela o papel do Mercosul como “sistema de asseguramento da autonomia nacional de seus partícipes [...] o Mercosul é o principal fator de preservação das margens de autonomia internacional de que ainda dispõem seus partícipes, os quais isoladamente, notadamente nos casos de Paraguai e Uruguai, tenderiam [...] a se converter em segmentos anônimos do mercado internacional, exogenamente dirigidos pelas grandes multinacionais e potências com jurisdição sobre suas matrizes”.

¹⁵ Não constitui objeto desta monografia discorrer sobre a fragilização da soberania estatal clássica frente ao processo de globalização. O tema pode ser aprofundado pela leitura do brilhante trabalho de pesquisa elaborado por Eduardo Felipe P. MATIAS, apresentado na obra: “A Humanidade e as suas fronteiras: Do Estado Soberano à Sociedade Global. São Paulo: Paz e Terra, 2005”.

de união aduaneira. Encorpa-se com a instituição do mercado comum e da união econômica e monetária. Busca seu ápice quando caminha em direção da união política.

A experiência advinda do movimento europeu demonstra que a implementação da fase mercado comum cria sinergia entre os países, impulsionando-os ao estreitamento da suas relações econômicas. Traz a tona o debate regional de questões relacionadas à proteção da livre concorrência e da neutralidade fiscal (RAYMUNDO, 2004)¹⁶. Toca em pontos essenciais da soberania estatal. Representa, portanto, a paulatina transferência de poderes típicos do Estado à esfera de decisão intergovernamental ou supranacional, a cargo dos órgãos regionais¹⁷.

No âmbito do Mercosul, embora o objetivo maior seja a instituição do mercado comum, o processo de integração resume-se à união aduaneira imperfeita, porque, como assevera Araújo (2001, p. 98), o bloco “ainda apresenta problemas cujas soluções urgem ser implementadas, tais como a dupla cobrança da tarifa externa comum, a diferença nos regimes especiais de importação, os incentivos às exportações intrazonais e os tratamentos tributários discriminatórios”.

O processo de integração no Mercosul precisa ser fortalecido, superar a união aduaneira imperfeita¹⁸ e evoluir para a instituição do mercado comum. Esta é a condição básica para a inserção dos seus países-membros no mercado mundial¹⁹. As principais economias do bloco,

¹⁶ A autora qualifica a prática da concorrência fiscal entre países como “*dumping* fiscal”.

¹⁷ Embora o Tratado de Assunção e seus Protocolos tenham delimitado a estrutura dos órgãos do Mercosul, estes têm caráter exclusivamente intergovernamental e as decisões do bloco são tomadas por consenso. Na União Européia a estrutura organizacional abriga três pilares, sendo-lhe, por isso, atribuída a semelhança a um “templo grego”. As suas competências estão distribuídas entre estes pilares. No pilar comunitário, de caráter supranacional, localizam-se o Mercado Único e a União Econômica e Monetária. Os outros dois pilares têm caráter intergovernamental e abrigam a Política Exterior e de Segurança Comum e a Justiça e Assuntos de Interior (HARTMANN, 2005).

¹⁸ Peña (2001, p. 54) critica o uso da expressão “união aduaneira imperfeita”, discorrendo que “pode-se observar, inclusive, um problema de ‘marketing’ da realidade do Mercosul, quando se abusa do conceito tecnicamente questionável de uma ‘união aduaneira imperfeita’ [...] o que sim tem existido é uma transição para uma união aduaneira”.

¹⁹ Jaguaribe (2001, p. 17-18) falando de extratificação do poder mundial, o divide em três níveis, e afirma que no segundo nível incluem-se países “dotados de relativa autonomia doméstica e internacional, que não dispõem de condições de se oporem à supremacia americana, mas podendo oferecer-lhe suficiente resistência para

Argentina e Brasil, já não têm poder de negociar individualmente no mercado internacional, devem superar a sua dualidade, incluindo neste par o Paraguai e o Uruguai, sob pena de enfraquecer e desacreditar o Mercosul (GONÇALVES e PEÑA, 2006).

A formação do mercado comum no Mercosul é fato premente e inevitável. O seu alargamento em direção aos demais países da América - Latina, tal como propugnado pela ALAC e ALADI, é desejável e aconselhável²⁰, mas constitui etapa posterior à consolidação da etapa mercado comum. Reforçando esta idéia, vale citar, ainda, Araújo (2001, p. 69 e 93-99):

[...] a formação de um mercado comum seria a forma mais eficiente de uma estratégia consistente de defesa dos interesses comuns dos países menos desenvolvidos. Os estágios intermediários de zona de livre comércio e união aduaneira não são suficientes para promover esta resistência, pois não impõem respeitabilidade em nível mundial. Por não se configurarem um mercado comum, e não avançarem neste sentido, as frágeis economias da periferia passam a desarticular-se diante das pressões do mercado mundial globalizado. Enquanto ostentem apenas os *status* intermediários, mesmo entre os integrantes de um mesmo bloco, o resultado seria igualmente o saque das economias mais fracas em prol das mais fortalecidas ou robustas. [...] A finalidade almejada com a instituição de um mercado comum é a aquisição de uma competitividade geradora de bem-estar (*welfare*) dos Estados-Membros do tratado [...] A constituição de um espaço econômico possibilita uma consistente resistência às investidas do mercado mundial e dos organismos internacionais, cujos interesses encontram-se centrados na busca de mercados enfraquecidos pela obsolescência tecnológica inapta à competitividade e remunerações vantajosas ao capital volátil. O Mercosul constitui-se em reação ao fenômeno da globalização dos mercados, visando potencializar os

preservarem apreciável margem de autonomia internacional e maior ainda de autonomia doméstica. [...] O Brasil dispõe, potencialmente no âmbito do Mercosul, de acesso a esse nível”.

²⁰ Observe-se o que afirma Jaguaribe (2001, p. 14, 22 e 26): “O Mercosul carece de suficiente equilíbrio entre os países membros. [...] A correção desse desequilíbrio depende, entre outras medidas, do alargamento do Mercosul [...]. [pois este] constitui um sistema insuficientemente amplo para assegurar, satisfatoriamente e em mais longo prazo, os interesses internacionais de seus partícipes. Importaria, no que se refere ao próprio sistema, a ele incorporar alguns outros países sul-americanos [...] Importaria, adicionalmente, ajustar com o Pacto Andino um sistema sul-americano de cooperação econômica e política, que gerasse no continente uma área de livre comércio para os respectivos países [...] O Mercosul é o núcleo duro de um sistema econômico sul-americano. [...] uma área sul-americana de livre comércio abriria os mercados da região à competição de empresas de semelhante nível de competitividade. Facilitaria, igualmente, [...] um grande acordo de livre comércio com a União Européia”.

recursos latino-americanos, em detrimento da dependência e do processo de espoliação praticado pelas potências econômicas mundiais. [...] caso a integração fosse estabelecida de forma mais ágil, a renúncia de soberania seria compensada pela formação de um bloco econômico mais coeso frente a outras potências internacionais [...] A perda de soberania individual concederia ao bloco uma soberania maior nas negociações mundiais.

A definição do que vem a ser o mercado comum vai além da sua simples classificação como etapa do processo de integração econômica regional. Mister, então, aprofundar a análise, trazendo seu conceito, princípios correlatos e a interconexão entre a sua implementação e fortalecimento e a necessidade de harmonização da tributação direta.

2.2. O Mercado Comum: Conceito e Princípios Correlatos.

No âmbito do Mercosul, a conceituação de mercado comum pode ser extraída dos elementos enumerados no artigo primeiro do Tratado, o qual se transcreve:

Os Estados Partes decidem constituir um Mercado Comum, que deverá estar estabelecido a 31 de dezembro de 1994, e que se denominará Mercado Comum do Sul (MERCOSUL).

Este Mercado Comum implica:

A livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não-tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente;

O estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais;

A coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes - de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e

outras que se acordem, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes; e

O compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.

Os mesmos elementos podem ser encontrados no Tratado que instituiu a Comunidade Européia, pelo cotejo do conteúdo dos artigos 2º, 3º e 14.²¹

Destes delineamentos infere-se que o mercado comum constitui-se pela extensão do mercado interno de cada um dos países, definindo-se como: espaço econômico ampliado, desprovido de barreiras tarifárias internas, dotado de fronteira aduaneira única frente a terceiros, nos limites do qual exista a livre circulação de bens, serviços, pessoas e capitais, garantida pela coordenação de políticas macroeconômicas, setoriais e comerciais e a instituição de órgãos supranacionais.

Santos (2003, p. 50) destaca que:

A idéia subjacente ao mercado comum é a de que a união aduaneira não basta, nem para proceder à abertura dos diversos mercados nacionais, nem para implantar a concorrência. É ainda necessário abolir as restantes barreiras (barreiras “não visíveis”) que dificultam uma livre circulação de mercadorias e a concorrência e instituir a livre circulação dos fatores de produção.²²

Observa-se, portanto, que a característica marcante do mercado comum reside na dinâmica do seu funcionamento. Conforme ensina Araújo (2001, p. 70), o mercado integrado atua “como se todo o espaço do mercado comum funcionasse como o espaço econômico de um único Estado, no que diz respeito ao fluxo de mercadorias, produtos e serviços”. Há que se acrescentar o fluxo de capitais, cuja liberdade de circulação também é assegurada no contexto de um mercado comum.

²¹ Ver versão compilada do Tratado, renumerado pelo Tratado de Amsterdã, de 2 de outubro de 1997.

²² O autor, em nota de rodapé, esclarece: “são exemplos de tais barreiras as restrições legais, as patentes, as tarifas aduaneiras, as práticas restritivas, os auxílios de Estado”.

Ao lado das liberdades de circulação, a coordenação das políticas macroeconômicas e setoriais, e a institucionalização do processo de integração situam-se como elementos fundamentais à concepção e à evolução de um mercado comum. A sinergia criada pelo gradual abertura e alargamento dos mercados faz com que estes elementos atuem em duas frentes: estabelecendo as bases para a constituição do mercado comum e, atingido este, servindo de mola propulsora a sua estabilidade, fortalecimento e transformação em um mercado único²³.

Gomes (1993, p. 109) reforçando a idéia de que o mercado ampliado assume as características do mercado interno, onde se pressupõe a coordenação das políticas fiscais, destaca que:

desde el punto de vista de las finanzas públicas un mercado común implica, la abolición de las fronteras fiscales internas (que tienen la finalidad de nivelar las diversas cargas tributarias) y como consecuencia, un acercamiento a un régimen financiero con un presupuesto de tipo federal [...] aunque se excluya 'la integración política' existirá una intensa dosis de 'armonización política'.

A institucionalização do processo de integração, por sua vez, dá-se pela criação de órgãos supranacionais, dotados de competências definidas.²⁴

É o que Santos (2003, p. 46-47) chama de “integração formal”, a “*regulação do processo económico de integração através de um processo predominantemente político-jurídico*”. A contrapõe à integração real, ou seja, aquela que resulta de “*um processo, global e dinâmico, de transnacionalização do movimento do capital [...]*”. Conclui, acrescentando, “*[...] a integração formal [...] actua não só como elemento dinamizador do processo de*

²³ Na União Européia, após a instituição do mercado comum e da criação da moeda única, o Euro, o processo de integração evoluiu para a união econômica e monetária, falando-se, então em mercado único europeu (d'ARCY, 2002).

²⁴ A institucionalização no Mercosul não foi estabelecida no Tratado de Assunção, mas decorre, ainda que de maneira incompleta, dos Protocolos de Brasília (17 dez. 1991), de Ouro Preto (17 dez. 1994), e de Olivos (18 fev. 2002).

integração real, mas ainda como enquadramento institucional do processo de regulação económica privada e pública”.

Donde se conclui, então, que o mercado comum é um estágio da integração econômica que pressupõe a confluência dos seguintes elementos: inexistência de barreiras tarifárias internas, fronteira aduaneira única, liberdade de circulação de bens, pessoas e fatores de produção, política macroeconômica e comercial coordenadas e enquadramento institucional.

O pleno exercício dessas quatro liberdades essenciais enseja inúmeros embates nascidos da contraposição dos interesses dos Estados, os quais refletem diretamente na atividade dos particulares.

A soberania fiscal faz parte deste rol de interesses. Em matéria de tributação da renda, a distorção entre os subsistemas de tributação interna violará o exercício das liberdades de estabelecimento e de circulação de capitais, as quais dizem respeito, principalmente, às empresas²⁵ que, juntamente com os Estados, figuram como atores do processo de integração.

Isto porque, a imposição tributária adotada por um Estado poderá restringir *“the freedom of nationals of another Member State to establish themselves within its territory [...] [or] restricting the ability of its own nationals to establish themselves in other Member States”* (MASON, 2005, p. 50)²⁶.

Há casos, porém, em que a atuação estatal não implica a violação direta das liberdades essenciais. A violação decorre, antes, de práticas contrárias ao adequado funcionamento do mercado comum, mediante a aplicação de medidas discriminatórias ou que alterem a

²⁵ Vale destacar que a liberdade de estabelecimento aplica-se não só às pessoas jurídicas, mas também às pessoas físicas, conforme ensina Mason (2005, p. 50): *“Under Article 48, Article 43 applies to companies and firms as well as individuals”*.

²⁶ Mason (2005, p. 51) estabelece o critério de diferenciação entre liberdade de estabelecimento e de circulação de capital: *“The freedom of establishment should also be distinguished from freedom of capital movement, because both apply to cross-border investment. In order for the freedom of establishment to apply to investors, their investment must rise above a certain threshold.”* A autora aponta, também, os casos *C-251/98 Barrs v. Inspecteur, 2000 e C-436/00 X & Y v. Riksskatteverket, 2002*, nos quais o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia - TJCE *“has ruled that a national of a Member State who holds capital in a company in another Member State ‘which gives him definite influence over the company’s decisions and allows him to determine its activities is exercising his right of establishment’”*.

liberdade de concorrência. Nestas situações, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia – TJCE tem aplicado reiteradamente os princípios da não-discriminação e da livre concorrência – ambos expressamente previstos no Tratado da Comunidade Europeia ²⁷ – para afastar a conduta ilegítima do Estado.

Daí porque ser possível afirmar que os princípios da não-discriminação e da livre concorrência são correlatos ao conceito de mercado comum e vinculam-se ao exercício das liberdades essenciais.

É pelo princípio da não-discriminação em razão da nacionalidade das pessoas ou das empresas²⁸ que se garante a plenitude do exercício da liberdade de estabelecimento e de circulação de capital, quando a questão tributária entra em cena.

Portugal (2001, p.50) destaca o liame entre o princípio e a liberdade, afirmando que “a liberdade de estabelecimento possibilita que as pessoas físicas e jurídicas se estabeleçam ou prestem serviços em qualquer um dos Estados que fazem parte do mercado comum, [...] com os mesmos direitos e garantias sem nenhuma discriminação quanto à nacionalidade”.

O princípio da livre concorrência, por sua vez, é corolário da economia de mercado aberto, o que o torna incompatível com a prática da concorrência fiscal prejudicial. Dele extrai-se, também, o dever de neutralidade fiscal. A idéia de que o fator tributário não deve influenciar a escolha empresarial. Raymundo (2004) diz ser a liberdade de concorrência uma condição para a efetividade do mercado comum.

Tem-se, assim, que:

a construção de um mercado comum acentuará no mínimo, a necessidade de consagrar um princípio de neutralidade dos subsistemas de tributação interna [o que impõe o debate acerca da] aproximação/harmonização da fiscalidade directa, nomeadamente para garantir a liberdade de estabelecimento e, sobretudo, de circulação de capitais inerentes a um espaço financeiro comum. (SANTOS, 2003, p. 94).

²⁷ Artigos 4º, 12, da versão consolidada do Tratado que institui a Comunidade Europeia, de acordo com a renumeração que lhe foi dada pelo Tratado de Amsterdã, de 2 de outubro de 1997.

²⁸ Nesta monografia o uso do termo “empresa” não observará os rigores técnico-jurídicos que lhes são ínsitos. Portanto, será utilizado indiferentemente para designar a atividade como sociedade empresarial.

1.3. A Inter-relação do Mercado Comum e a Harmonização da Tributação da Renda

Harmonizar, segundo Franco, citado por Santos (2003, p.115) “*traduz um esforço de convergência ou aproximação parcial entre aspectos da estrutura e conteúdo dos sistemas fiscais autónomos, suprimindo aquelas divergências entre eles que possa afectar os fins essenciais do processo de integração*”.

Michel de Wolf, também mencionado por Santos (2003, p. 102) apresenta três métodos de harmonização fiscal:

o método compulsório, quando ela é levada a cabo imperativamente por autoridades supranacionais ou federais; o método da coordenação, quando diferentes Estados (ou jurisdições) se põem de acordo sobre certas fórmulas de harmonização necessária para a coexistência de legislações; e o método da aproximação espontânea, quando um Estado decide unilateralmente aproximar a sua legislação da de outros parceiros económicos.

A harmonização tributária como parte do fenômeno de integração econômica, desenrola-se gradualmente, em etapas, podendo revestir-se de caráter mais ou menos amplo, conforme o grau de integração desejado.

No percurso à constituição de um mercado comum, no que tange à harmonização tributária e fiscal, coloca-se em foco a sistemática da tributação indireta e direta e da concessão de incentivos fiscais.

A harmonização da tributação indireta, que envolve os impostos incidentes sobre o consumo, revela-se importante na medida em que objetiva garantir a liberdade de concorrência entre as mercadorias e serviços provenientes de cada um dos países cujos mercados se pretende integrar. Como afirma Raymundo (2004, p. 6), nos impostos desta natureza, “o ônus econômico é transferido para o consumidor final por meio de mecanismos de preços”.

A ausência de harmonia da tributação indireta adotada pelos Estados-partes do bloco econômico acaba por influenciar e determinar a escolha do consumidor. Permite a prática da concorrência fiscal entre eles e, portanto, viola duas das liberdades essenciais estabelecidas no Tratado: a livre circulação das mercadorias e de serviços.

Uma vez superada estas questões, e diante da intensificação do intercâmbio comercial entre os países, o mercado comum começa a ganhar seus contornos e surge a necessidade de se promover a harmonização da tributação direta.

No Mercosul, como já se ressaltou na introdução desta monografia, a preocupação acerca da harmonização da tributação da renda constitui assunto marginal. A maioria dos estudos voltam-se à tributação indireta sobre o consumo. Isso, porém, não torna o seu debate menos importante.

Alguns autores, como Raymundo (2004, p. 6) entendem que “os impostos diretos (impostos sobre a renda e o patrimônio) [...] apenas necessitam ser harmonizados na hipótese de se almejar a conquista do espaço econômico constituído sob a forma de mercado comum.”

A experiência européia demonstra a importância de se promover a harmonização dos impostos incidentes sobre a renda das pessoas físicas e jurídicas, como requisito indispensável à implementação do mercado comum.

Tanto que em 1990, antes mesmo de se completar o ambicioso projeto de constituição de um mercado comum – o que veio a ocorrer somente em 1º de janeiro de 1993 (d'ARCY, 2002) – o Conselho Europeu editou duas diretivas para se regular comunitariamente a tributação das operações de fusão, cisão, transferência de ativos, distribuição de lucros entre

empresas de um mesmo grupo²⁹, e iniciou o debate acerca da tributação dos rendimentos provenientes do pagamento de juros, *royalties* e poupança³⁰.

É que a falta de harmonização da tributação incidente sobre a renda afeta o aporte de investimentos externos provenientes de terceiros países, o fluxo de capitais dentro do espaço econômico e a mobilidade das pessoas.

No âmbito da tributação sobre a renda a concorrência fiscal advém da relação direta entre a imposição tributária e a rentabilidade do capital. O investimento torna-se mais atrativo quanto maiores forem as vantagens fiscais oferecidas pelo país receptor.

A distorção na forma de tributar a renda entre Estados parceiros acentua, assim, as disparidades econômicas porventura existentes, viola a liberdade de circulação de pessoas e capitais, e torna mais distante a conclusão do projeto de criação do mercado comum.

No Mercosul, um fator que merece destaque, revelando outra nuance destes mecanismos artificiais para a atração de investimentos, é a prática de concessão de incentivos fiscais adotada pela Argentina e pelo Brasil, em benefício das empresas estabelecidas em seus territórios.

Devido a grande disparidade econômica regional verificada no mercado interno de cada um desses países e em decorrência da adoção da forma federativa de Estado – onde as unidades federadas gozam de certa autonomia fiscal – a concessão de incentivos fiscais gera uma acirrada concorrência fiscal, quer entre as próprias unidades da federação (estados ou províncias), quer entre os Estados soberanos.

²⁹ Diretivas nº 90/434/CEE e 90/435/CEE do Conselho, de 23 de julho de 1990, alteradas, respectivamente pelas Diretivas nº 2005/19/CE do Conselho, de 17 de Fevereiro de 2005 e nº 2003/123/CE do Conselho de 22 de dezembro de 2003.

³⁰ Diretivas nº 2003/48/CE do Conselho, de 3 de junho de 2003, relativa à tributação dos rendimentos da poupança sob a forma de juros e nº 2003/49/CE, do Conselho, de 3 de junho de 2003, concernente ao regime fiscal comum aplicável ao pagamento de juros e royalties efetuado entre sociedades associadas situadas em Estado membros diferentes.

Exemplo típico de concorrência fiscal prejudicial, calcada na concessão de incentivos fiscais, seria a tributação do consumo brasileira, de competência dos estados federados, e levada a cabo no imposto sobre o consumo de mercadorias e serviços – ICMS, que até alguns anos atrás motivava a irracional guerra entre os fiscos estaduais.³¹

No que atine especificamente a tributação direta, a problemática desloca-se aos incentivos fiscais relacionados ao imposto de renda das empresas, de competência federal, em ambos os Estados.³²

Uma possível solução para a atual situação seria, tal como ocorreu na União Européia, a regulamentação supranacional da concessão de incentivos fiscais, o que nivelaria a distribuição dos investimentos e propiciaria a correção das distorções econômicas existentes entre as regiões de cada país, ou até mesmo as assimetrias existentes entre os países do bloco.

Cano (2004, p. 208), sugere que o processo de harmonização tributária:

[...] deverá ser gradual, semelhante, em certo sentido, ao corrido na União Européia, a fim de eliminar maiores distorções, primeiro na concorrência para o comércio intra-regional e, segundo, na localização dos investimentos. [...] A experiência da União Européia, a qual, ao mesmo tempo em que limitou os incentivos fiscais diferenciados dentro de cada país, estabeleceu programas, aprovados de forma comunitária, para o desenvolvimento das regiões mais atrasadas de cada associado. [...] A harmonização dos incentivos fiscais no Mercosul é, entretanto, um requisito da evolução da atual união alfandegária imperfeita para um verdadeiro mercado comum. [...] O projeto de agenda para a futura coordenação impositiva poderia começar pelos incentivos fiscais, prosseguir pelo Imposto sobre o Valor Agregado (IVA) e outros impostos sobre o consumo e finalmente atingir alguns aspectos internacionais do imposto de renda das empresas.

³¹ Isto sem citar a dificuldade de harmonização da tributação sobre o consumo, uma vez que a competência no Brasil do principal imposto – o ICMS – está na esfera estadual, o que o torna descentralizado, enquanto nos demais Estados-partes, seu imposto correspondente – o IVA – é de competência do governo central.

³² A Lei de Responsabilidade Fiscal aprovada no Brasil, em 2000, serve como sinalizador da vontade política dos governos federal e estadual em reduzir o impacto dos incentivos fiscais concedidos indiscriminadamente, na medida em que estabelece reservas à renúncia de receitas públicas. Ver artigo 14 da Lei Complementar nº 101/2000.

É deste contexto que decorre o interesse em se traçar o panorama do tratamento dispensado pela Argentina e pelo Brasil à tributação incidente sobre os rendimentos porventura apurados nas operações de fusão, incorporação e cisão. Isto porque, num ambiente de integração econômica – integração real, com denomina Santos (2003) - o pressuposto básico é o da livre movimentação das sociedades dentro do espaço criado, o que, necessariamente, importará na transposição das fronteiras nacionais.

Portanto, afeta a esta problemática, podendo-se dizer até que preliminarmente a ela, localiza-se a disciplina aplicada pelo direito societário a esta forma de atuação empresarial transnacional. Tem-se que boa parte das implicações tributárias das operações de reorganização societária advém do modo pelo qual os Estados reconhecem a existência e o desenvolvimento de atividades em seu território de sociedades estrangeiras. Este é o motivo pelo qual o capítulo seguinte é dedicado ao estudo dos tipos de reorganização empresarial.

2. A Atuação Empresarial Transnacional

Na criação de um mercado comum, onde existe a preocupação do fluxo de capitais no espaço econômico alargado e a alocação de investimentos provenientes de países terceiros, a forma como os Estados atribuem a nacionalidade às pessoas jurídicas, reconhecem as sociedades estrangeiras e regulam as operações de reorganização societária podem determinar o sucesso ou o insucesso da integração econômica pretendida. Isto porque, afora à imposição tributária, a disciplina comercial e civil das pessoas físicas ou jurídicas pode, também, atuar como fator de concorrência prejudicial entre os países.

À liberdade de circulação de fatores de produção atrela-se a idéia de movimentação do capital. Em um espaço econômico ampliado esta movimentação tem duas vertentes: a circulação do capital entre os Estados e a alocação dos investimentos provenientes de países terceiros.

Imprescindível, então, compreender como as empresas se constituem para atuar no cenário internacional. Nessa missão, mister se debruçar sobre a legislação comercial e civil de cada país, no caso Argentina e Brasil, cotejando-as com as regras do direito internacional, já que no Mercosul, a disciplina supranacional da organização das sociedades é, ainda, realidade distante (PALLARÉS, 1999, p. 4).³³

Este capítulo dedica-se a traçar breves considerações acerca da organização empresarial nos países destacados, como prévia habilitação à análise das implicações tributárias nas operações de reorganização societária. Nesse desiderato, aborda a definição das atividades nacional, transnacional, internacional e multinacional (subcapítulo 3.1.), e as formas de reorganização das sociedades denominadas de fusão, incorporação e cisão (subcapítulo 3.2).

³³ O direito comunitário europeu criou as figuras da Sociedade Européia – SE e da Sociedade Cooperativa Européia – SCE, por meio, do Regulamento CE 2157/2001, relativo ao Estatuto da Sociedade Européia, alterado pelo Regulamento CE 885/2003, e do Regulamento CE 1435/2003, relativo ao Estatuto da Sociedade Cooperativa Européia, alterado pela Decisão do Comitê Misto do EEE 15/2004.

2.1. A Qualificação da Atividade Empresarial em Nacional, Multinacional e Transnacional

A dinâmica do processo de integração regional compõe-se da confluência dos interesses – nem sempre coincidentes – dos Estados soberanos e dos atores privados internacionais. Deveras, não há como se conceber o fenômeno dissociado da idéia de que a integração econômica promove-se tanto pelo desenvolvimento de atividades empresariais que superam as fronteiras nacionais – integração real – como por reação dos Estados a este movimento de internacionalização da economia – integração formal.

Neste contexto, o primeiro problema a se enfrentar quando se tem em foco a forma de organização empresarial é a questão da pertinência do uso de adjetivos – nacional, internacional, multinacional e transnacional – para qualificar as suas atividades.

A nacionalidade pode ser definida como atributo decorrente do vínculo jurídico existente entre a empresa e o Estado. Assim, a atribuição de nacionalidade inclui-se no rol das prerrogativas de cada Estado, por ser assunto que toca a sua jurisdição interna.

Llobera (1997, p. 2) comenta que esta prerrogativa não é absoluta, de modo que a nacionalidade atribuída pelo Estado a um particular nem sempre corresponde àquela que lhe é concedida pela ordem internacional, o que pode acarretar que

la concesión de la nacionalidad a una persona por la legislación interna de un Estado tenga plenos efectos dentro del ámbito de vigencia de dicha legislación, pero que a la luz de principios del derecho internacional carezca de eficacia frente a otros Estados.

Os debates nascidos desta controvérsia levaram a doutrina e a jurisprudência a elaborar diversas teorias³⁴ para estabelecer os critérios de atribuição da nacionalidade às empresas. Dentre estas, tem especial relevância a “teoria da instituição”, que serve de paradigma no

³⁴ Llobera (1997, p. 3) enumera quatro critérios que podem ser reunidos nos seguintes sistemas: “ Sistema de la autonomía de la voluntad; sistema de la incorporación; sistema de la sede social y sistema del control.

âmbito do direito internacional e consta do Modelo de Convenção tributária relativa a o rendimento e ao capital, indicado no relatório da Comissão de Assuntos Fiscais da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (XAVIER, A., 2004).

Pela teoria da incorporação, a pessoa jurídica adquire a nacionalidade do Estado sob cujo ordenamento jurídico se constituiu. Ressalva, Xavier, A. (2004, p. 277), que “esta [*law of incorporation*] não é necessariamente a lei do lugar onde se procedeu à constituição da sociedade, mas sim a lei de acordo com a qual (*under which*) a constituição se efetuou”.

Nos Estados Unidos e na Inglaterra, a título de exemplo, a aplicação deste sistema decorre da sua legislação interna, o que rende impossível para as empresas a modificação da sua *lex societatis*, mesmo diante da mudança da sua sede para outros países. (BOGGIANO, 2001).

Ainda exemplificando, no Brasil, a concessão da nacionalidade brasileira depende do atendimento de dois requisitos cumulativos: a constituição da sociedade sob as leis brasileiras e a localização da sua sede administrativa no país³⁵. Portanto, se a sociedade transfere a sua sede para outro país, perde a nacionalidade brasileira. E, nos casos de nacionalização, conforme dispõe o art. 26 do Decreto nº 93/1995, exige-se a transferência para o Brasil da sede do principal estabelecimento, o emprego de capital e a organização dos estatutos de acordo com a lei brasileira, e autorização da transferência pelo Governo brasileiro (Tôrres, 2001b).

Outra regra de ouro no que respeita à concessão de nacionalidade às empresas extrai-se da Teoria Latino-americana, também chamada de Doutrina Irigoyen, que nega a atribuição de

35 É o que se depreende da leitura do artigo 60 do Decreto nº 2.627, de 26 de outubro de 1940, que dispõe sobre as sociedades por ações, mantido pelo artigo 300 da Lei nº 6.404/76; e do artigo 1126, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o novo Código Civil brasileiro, sendo que ambas tem redação semelhante, por isso opta-se por transcrever este último: Art. 1.126 “É nacional a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a sede de sua administração”.

nacionalidade às sociedades comerciais (LLOBERA, 1997)³⁶. Esta teoria defendida por Bernardo de Irigoyen, ex-ministro das Relações Exteriores da Argentina, sustenta que a nacionalidade das sociedades de capital não pode ser determinada nem em função da titularidade das ações, nem pelo local da sua constituição, em virtude de que “*su capital presenta la característica de que fácilmente puede cambiar de titulares y éstos ser de distinta nacionalidad*”. (Llobera, 1997, p. 2)³⁷.

Inferre-se, então, que a simples análise da nacionalidade não esgota a problemática da atuação empresarial quando esta transpassa os limites nacionais, porque como restou demonstrado, a lei interna de cada país é que vai regulamentar a sua atribuição, estabelecendo os requisitos mínimos, que nem sempre são exigidos ou reconhecidos como válidos diante dos outros países.

Imperativo, assim, adicionar-se à análise a questão do reconhecimento da sociedade estrangeira pela lei interna de cada Estado, o que não poucas vezes gera divergências. Na prática isto quer significar o reconhecimento da personalidade jurídica da sociedade estrangeira – e, por conseguinte, a sua nacionalidade – e o estabelecimento de regras para a sua atuação no interior dos Estados de destino. Importa, aqui, introduzir a disciplina do assunto na Argentina e no Brasil.

Ponto pacífico nestes dois países é o reconhecimento de pleno direito da personalidade jurídica das sociedades privadas regularmente constituídas sob a lei estrangeira, quando estas pretendam, em seus territórios, praticar apenas atos esporádicos e isolados ou comparecerem em juízo para defender seus interesses.

³⁶ Embora Llobera (1997) fale em sociedades comerciais, acredita-se que o termo correto seria sociedades de capital, uma vez que na Argentina, sob a denominação de sociedades comerciais, estão tanto as sociedades anônimas, como as sociedades limitadas. Ver Lei nº 19.550, de 3 de abril de 1972, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 22.903/83. Consigne-se que o próprio autor, em trecho adiante, comentando um caso em tramitação na Chancelaria argentina afirma: “la República Argentina admite hoy en día la atribución de nacionalidad a las sociedades comerciales”.

³⁷ Tôres (2001b, p. 178) comentando a doutrina Irigoyen afirma que “a origem do capital não influi na determinação da nacionalidade”.

Porém, quando estas sociedades objetivem a prática regular das atividades para as quais se constituíram no estrangeiro, passando a funcionar nestes países, deverão ajustar-se e adaptar-se às exigências que as leis argentina e brasileira impõem. Como acrescenta Boggiano (2001), o cumprimento destas exigências implica no reconhecimento *a priori* da sociedade estrangeira, tanto que não se lhes exige a reconstituição, mas a simples adaptação.

Na Argentina, este entendimento decorre da aplicação do artigo 118, da Lei 19.550, de 3 de abril de 1972. Transcreve-se:

Art. 118.- La sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y forma por las leyes del lugar de constitución.

ACTOS AISLADOS

Se halla habilitada para realizar en el país actos aislados y estar en juicio.

EJERCICIO HABITUAL

Para el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente, debe:

- 1 Acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes de su país;
- 2 Fijar un domicilio en la República, cumpliendo con la publicación e inscripción exigidas por esta ley para las sociedades que se constituyan en la República;
- 3 Justificar la decisión de crear dicha representación y designar la persona a cuyo cargo ella estará.

Si se tratare de una sucursal se determinará además el capital que se le asigne cuando corresponda por leyes especiales.

No Brasil, segundo Tôrres (2001b), inexistem regras expressas sobre o reconhecimento da personalidade jurídica de sociedades estrangeiras, exurgindo a disciplina do assunto da interpretação sistemática do artigo 11 do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil) e do artigo 64 do Decreto-lei nº 2.627, de 26 de outubro de 1940 (dispõe sobre as sociedades por ações). *In verbis*:

Art. 11 – As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem.

§1º Não poderão, entretanto, ter no Brasil filiais, agências ou estabelecimentos, antes de serem os atos constitutivos aprovados pelo Governo brasileiro, ficando sujeitas à lei brasileira.

Art. 64 - As sociedades anônimas ou companhias estrangeiras, qualquer que seja o seu objeto, não podem, sem autorização do Governo Federal, funcionar no país, por si mesmas, ou por filiais, sucursais, agências, ou estabelecimentos que as representem, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionistas de sociedade anônima brasileira (art. 60).

Parágrafo único. O pedido ou requerimento de autorização deve ser instruído com:

- a) prova de achar-se a sociedade constituída conforme a lei de seu país;
- b) o inteiro teor dos estatutos;
- c) a lista dos acionistas, com os nomes, profissões, domicílios e número de ações de cada um, salvo quando, por serem as ações ao portador, for impossível cumprir tal exigência;
- d) cópia da ata da assembléia geral que autorizou o funcionamento no Brasil e fixou o capital destinado às operações no território nacional;
- e) prova de nomeação do representante no Brasil, ao qual devem ser concedidos poderes para aceitar as condições em que é dada a autorização;
- f) o último balanço.

Todos os documentos devem estar autenticados, na conformidade da lei nacional da sociedade anônima requerente, e legalizados no Consulado Brasileiro da sede respectiva.

Com os documentos originais, serão oferecidas as respectivas traduções em vernáculo, feitas por tradutor público juramentado.

Observa-se que em relação à Argentina, o Brasil requer um *plus* para que as sociedades estrangeiras funcionem no país. Este se exterioriza pela exigência de prévia autorização governamental para que a empresa venha a funcionar no país.

Reitere-se, todavia, que os procedimentos adotados nestes dois países para que a sociedade estrangeira neles funcione – entendendo-se por funcionar a prática reiterada das atividades conexas ao seu objeto social – indicam o reconhecimento da personalidade jurídica

destas empresas, que se lhes é concedida pelo ordenamento jurídico do país sob cuja lei se constituíram.

Uma vez feito este breve comentário acerca da nacionalidade das sociedades empresariais³⁸, pode-se, então, adentrar em questão ainda mais polêmica que é a pertinência do uso e da extensão dos termos multinacional e transnacional para qualificar a atividade empresarial transfronteiriça.

Como era de se esperar, os autores não são uníssonos quanto à propriedade do emprego e nem quanto à fixação dos traços diferenciadores entres os adjetivos “multinacional” ou “transnacional”, muito utilizados para qualificar indistintamente as empresas, cujo campo de atuação não se restringe ao mercado de um único país.

Há aqueles que criticam a existência de empresas transnacionais, como Castells (1999, p.252) que afirma serem estas pertencentes “mais ao mundo da representação mítica (ou formação de imagem para benefício próprio por parte dos consultores administrativos) do que às realidades institucionais da economia internacional”.

Outros existem que, muito embora reconheçam o seu uso, insurgem-se contra o jogo de palavras incompreensível aplicado na definição do que viria a ser a empresa transnacional. Entre eles está Tôrres (2001b, p. 178), o qual a afirma que estas definições envolvem:

aspectos jurídicos e elementos de índole econômica, referindo-se sempre a um tal complexo de unidades produtivas, de nacionalidades diversas, juridicamente autônomas entre si e variavelmente integradas e coordenadas,

³⁸ Note-se que a expressão “sociedade empresarial” foi adotada pelo novo Código Civil de 2002, em substituição à de “sociedades comerciais” empregada no Código Comercial de 1850. Na Argentina, o termo utilizado pela *Lei 19.550/72* é sociedade comercial. Assim, neste trabalho, ambas as expressões serão empregadas indistintamente, porque apresentam o mesmo conteúdo, indicado pelos artigos 966 e 982 do Código Civil brasileiro e art. 1º da Lei argentina. Respectivamente: Art. 966. “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.” Art. 982. “Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais. Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.”. Art. 1.- “*Habrà sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta Ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas*”.

sob uma centralização de planificação e direção, em combinação com uma descentralização operativa e gerencial, como substancial unidade econômica.

De outro lado, ainda, situa-se a corrente em que a principal crítica quanto à existência de organizações de caráter transnacional apóia-se em elementos comuns àquela crítica dedicada às empresas multinacionais. Isto é, valem-se do mesmo fundamento que antes era utilizado para negar a existência de entidades multinacionais. Qual seja: o centro de decisão destas empresas – em razão da localização da maior parte do capital acionário e das atividades de pesquisa e desenvolvimento – mantém forte base nacional, o que as vincula ao país em que estão sediadas, denotando “a permanência das suas raízes nacionais” (CASTELLS, 1999, p. 250).

Comunga deste raciocínio Robert Wade, citado por Matias (2005, p. 125), que assevera não ser apropriado definir estas empresas como corporações transnacionais, mas sim como “firmas nacionais com operações internacionais”.

Diante deste emaranhado de posições, talvez a mais sensata seja aquela do analista organizacional Ken’ichi Imai, citado por Castells (1999, p. 222) que ao invés de qualificar, identifica o processo de internacionalização da atividade empresarial, dividindo-o em três estratégias diferentes. Nas suas palavras:

A primeira e a mais tradicional refere-se a uma estratégia de múltiplos mercados domésticos para as empresas que investem no exterior a partir de suas plataformas nacionais. A segunda visa o mercado global e organiza diferentes funções da empresa em lugares diferentes integrados em uma estratégia global articulada. A terceira estratégia, característica do estágio econômico e tecnológico mais avançado, baseia-se em redes internacionais.

De fato, diante do fenômeno descrito na terceira estratégia, a crítica do uso dos termos “transnacional” ou “multinacional” torna-se irrelevante, ultrapassada (CASTELLS, 1999).

Num ambiente de economia globalizada, porém, há que se reconhecer a coexistência dos três níveis de internacionalização dos processos empresariais. As empresas multinacionais continuam a existir atuando de acordo com o descrito na primeira estratégia e, por isso, ainda muito ligadas a suas bases nacionais. O mesmo ocorre com as organizações transnacionais, cuja segunda estratégia parece exprimir o que a maioria dos autores – evidentemente favoráveis ao emprego da expressão “empresa transnacional” como categoria independente - define como seu modo de atuação³⁹.

Castells (1999) visualiza a tendência de evolução destas duas estratégias mediante a incorporação da idéia de redes internacionais. Estas por sua vez formadas por empresas multinacionais que transcendam fronteiras, identidades e interesses nacionais, o que de certa forma, representa a conjunção das duas primeiras estratégias de atuação empresarial: a multinacional tradicional e a mítica transnacional.

Matias (2005), mais centrado no fenômeno que representa este movimento de transposição da atividade empresarial aos limites nacionais, utiliza indistintamente os termos “multinacional” e “transnacional”, ressaltando, contudo, a sua preferência por este último, por ter sido adotado pelo Centro das Nações Unidas sobre Companhias Transnacionais (UNCTNC), hoje incorporado à Unctad (*United Nations Conference on Trade and Development*).

Não é o único a optar pelo uso do adjetivo “transnacional” ao invés do “multinacional”. Prefere-o, também, Tôrres (2001b, p. 178) “exatamente porque não se exige que a empresa seja polipátrida para se lhe conferir tal designação”. Fábio Nusdeo, mencionado por este último (2001b, p. 180) filia-se igualmente a esta corrente e acrescenta “a rigor, o nome que melhor descreveria seria o de empresa transnacional, porque, justamente, ela transcende as fronteiras nacionais”.

³⁹ Ainda que Castells (1999, p. 251) não reconheça a validade da idéia de que as empresas transnacionais possam ser consideradas “cidadãs da economia mundial”.

Assim, ainda que se reconheça a pertinência, originalidade e validade da crítica de Castells⁴⁰, neste trabalho adotar-se-á o uso da qualificadora “transnacional”, porque esta representa uma síntese de tudo que foi exposto e resgata na memória coletiva a idéia de atuação empresarial “baseada predominantemente no investimento externo direto e na adoção de uma estratégia global” (MATIAS, 2005, p. 123)⁴¹.

Assim, ao se falar em empresa transnacional, sem é claro ignorar as estratégias empresariais identificadas por Ken’ichi Imai, ter-se-á em mente a seguinte definição de Tôres (2001b, p. 180), que parece reunir parte considerável dos elementos que compõem o fenômeno:

O critério mais adequado para o seu isolamento [empresa transnacional] como categoria própria seria [...] sua articulação numa pluralidade de centros de gestão, de tantas quantas sejam as jurisdições onde desempenhe suas atividades, mediante a aquisição de residência ou nacionalidade do respectivo país de instalação. E transnacional será tanto um grupo de empresas como uma empresa que mantenha distintas residências no exterior ou nacionalidades, como aquela que participa no capital de empresas não-residentes, com poder de influência sobre as respectivas decisões destas ou não.

Desta forma, estabelecido está o vínculo da mítica transnacionalidade com a vanguardista rede transnacional de produção, de circulação e de consumo. Ambas resultando do processo de globalização econômica e com ele se confundindo. Ambas inseridas no ambiente de competitividade empresarial do mercado globalizado, o qual exige a adoção de

⁴⁰ Inclusive, o próprio (1999, p. 163) utiliza a expressão, mas a vincula ao contexto de “redes transnacionais de produção”.

⁴¹ Convém esclarecer que os investimentos externos diretos representam o modo indireto de atuação da empresarial, que se revela por meio de participação acionária, mediante a constituição de coligadas, subsidiárias, controladas, ou, ainda, pelas operações de reorganização societária. Por outro lado, a presença internacional da pessoa jurídica pode dar-se, também, diretamente, mediante a prática de atos isolados, ou por meio da constituição de estabelecimentos permanentes, filiais ou sucursais em outros países.

estratégias que possibilitem a produção de bens e de serviços em mais de um país e a sua distribuição e consumo no mercado mundial⁴².

O argumento vem reiterado, obviamente, em Castells (1999, p. 163-164) que afirma:

O novo sistema produtivo depende de uma combinação de alianças estratégicas e projetos de cooperação *ad hoc* entre empresas, unidades descentralizadas de cada empresa de grande porte e de redes de pequenas e médias empresas que se conectam entre si e/ou com grandes empresas ou redes empresariais.

Deste complexo cenário decorre a diversidade dos modos de atuação internacional das empresas, que podem variar da tradicional presença direta em outros países à sofisticada atuação indireta, estabelecendo relação de controle sobre empresas situadas em outros territórios ou de igualdade, cooperação, como é o caso das *joint-ventures* internacionais (TÔRRES, 2001b). Sem olvidar, evidentemente, a estratégia de atuação global representada pelas operações de reorganização societária, implementadas, dentro outras formas, por meio das fusões, incorporações e cisões.

É nesse movimento dinâmico de alteração e de sobreposição de formas, que as empresas – quer nacionais ou multinacionais atuando por meio de redes transnacionais – constituem-se e reorganizam-se. É neste contexto que se analisará a estratégia de reorganização empresarial, concretizada por meio da fusão, da incorporação e da cisão de sociedades constituídas sob a lei brasileira e argentina.

⁴² Interessante acrescentar aqui, como fundamento às estratégias adotadas pelas empresas, o que sem dúvida reflete na forma da sua organização internacional, a “teoria do ciclo do produto”, proposta por Raymond Vernon e explicada por Matias (2005, p. 130): “Segundo esta teoria, a empresa inicialmente introduziria um novo produto em seu mercado-sede. Quando, pela atuação da concorrência, esse produto deixasse de ser inovador e seu retorno diminuísse, a empresa passaria a exportar aquele mesmo produto para novos mercados onde o produto ainda não tivesse concorrentes. Quando, pela concorrência de outros exportadores, mesmo as exportações comesçassem a apresentar baixos retornos, a empresa estenderia o ciclo do produto, passando a produzi-lo no mercado estrangeiro a um custo mais baixo e com maior eficiência. Até que novo produto, mais inovador, fosse introduzido pela empresa, gerando um novo ciclo”.

2.2. As Operações de Reorganização Societária

É na disciplina comercial do tema que se estabelecem os primeiros contornos da liberdade de estabelecimento das empresas no espaço econômico criado pela integração regional. O primeiro entrave a ser removido envolve o reconhecimento das sociedades pelos países integrantes do bloco econômico e das operações por elas perpetradas. De nada adiante existir uma legislação tributária harmonizada, quando a dissonância da legislação civil e comercial aplicável às atividades empresariais transfronteiriças dificulta a liberdade de estabelecimento.

As operações de reorganização societária envolvem diversas figuras. Na União Européia as Diretivas 90/434 e 2005/19 emanadas do Conselho, apontam os seguintes tipos de operações: *i.* transferência de sede; *ii.* fusão, *iii.* cisão total e parcial, *iv.* entrada de ativos e *v.* permuta de ações.

Tôrres (2001a, p. 427) comenta que as reestruturações empresariais abarcam “três modelos básicos: a concentração, a desconcentração e a integração de empresas”. Entende que a concentração implementa-se por meio da fusão ou da incorporação de sociedades, enquanto que a desconcentração revela-se na cisão delas. Na integração, vê a expansão da atuação empresarial, a qual se verifica pela tomada de participação no capital de outras sociedades, adquirindo ou não o controle acionário.

Reig, citado por Ruetti (2001, p. 2) define os processos reorganizacionais como “*concepto a mi entender abarcativo tanto de los proceso de concentración como los procesos de desconcentración y demás transferências de idéntico propósito*”.

Dentro do fenômeno concentracionista, Bulgarelli (2001, p. 52) distingue três formas: “a *união* ou *associação*, quando realizada pela via contratual ou por outras formas, *integração*,

quando realizada pela participação acionária ou controle e *fusão e incorporação*, quando ocorra ao menos a extinção de uma das sociedades participantes”.

Nesta monografia, diante do universo de figuras, o enfoque será dado apenas sobre as operações de fusão, cisão e incorporação. A escolha fundamenta-se em dois motivos: *i.* em virtude destes tipos de reorganização gozarem de maior sistematização doutrinária em relação aos demais; *ii.* em razão da freqüente impropriedade do seu uso.

A primeira problemática que decorre deste estudo recai sobre a validade das operações quando estas envolvem sociedades situadas em mais de um Estado.

A doutrina não apresenta uma resposta eficaz e conclusiva para fins de admitir ou afastar a existência de fusões, cisões e incorporações internacionais⁴³.

Boa parte dos autores⁴⁴ expõe a dificuldade de se considerar estas operações a nível internacional. Concluem que as fusões, cisões e incorporações internacionais somente teriam validade quando os ordenamentos jurídicos das sociedades envolvidas no processo reconheçam reciprocamente os seus efeitos (GÁRCIA, 2002).

Ruetti (2001, p. 3) comentando a dificuldade de se harmonizar princípios e condições para a realização das operações de reorganização societárias internacionais, menciona algumas pautas básicas elaboradas pela doutrina espanhola e citadas por Navarro Egea:

a) Que la fusión sólo puede realizarse por sociedades fundadas según las leyes de dos o más países entre los cuales exista un régimen de reconocimiento recíproco. b) En tanto que la fusión tiene por objeto agrupar los recursos de varias sociedades en una sola (sociedad nueva o absorbente), será necesario cumplimentar todas las condiciones requeridas por el estatuto personal de la sociedad nueva o de la sociedad absorbente. c) Si la fusión internacional depende de los estatutos personales de todas la sociedades que van a fusioarse, ésta es imposible si una de esas leyes no

⁴³ Ruetti (2001, p.14), mencionando a situação na Argentina, consigna: “Es muy escasa la labor doctrinaria em nuestro país sobre la aplicación de las disposiciones sobre reorganización societária a los proceso internacionales”. A pesquisa efetuada nesta monografia resta por indicar que o mesmo pode ser aplicado à construção doutrinária brasileira.

⁴⁴ BOGGIANO (2001), GÁRCIA (2002), RUETTI (2001).

admite la fusión. d) No será necesario cumplir todas las exigencias requeridas por las leyes en presencia, cuando éstas no se apliquen de forma cumulativa, sino distributiva. Este último principio quiere significar que basta para la sociedad absorbente que observe las normas de su propio estatuto para integrar a la otra sociedad.

Ruetti (2001, p. 4) segue citando Corriente Córdoba, que elaborou um estudo comparado sobre o tema e descreve o seguinte panorama jurídico da fusão internacional:

1) algunas legislaciones contemplan las fusiones internas e internacionales, mientras que otras sólo regulan la fusión interna y carecen de normativa para la internacional; 2) ciertas legislaciones admiten sólo un tipo de fusión internacional, como puede ser la absorción de una sociedad extranjera por una sociedad nacional pero no el fenómeno contrario; 3) existen legislaciones que dificultan seriamente cualquier fusión entre sociedades nacionales e extranjeras mediante la exigencia de un cúmulo de requisitos legales difíciles de superar; 4) el tratamiento legal de los requisitos formales y substanciales necesarios para encara una fusión internacional varían mucho de unos ordenamientos a otros.

Destas colocações percebe-se a complexidade do tratamento uniforme do tema enseja⁴⁵. Mesmo na hipótese de se vislumbrar plausível que, as fusões, cisões e incorporações, ocorram no cenário internacional, não há que se desconsiderar que o seu processo sempre criará grandes embates e, muitas vezes, implicará na descaracterização da operação.

Talvez, por esse motivo, Tórres (2001a, p. 432) seja tão incisivo a manifestar a sua opinião no sentido de negar a existência de operações de fusões, cisões e incorporações que transpassem fronteiras. No desiderato de justificar o seu entendimento, indaga e argumenta:

Seria a lei interna do outro país aplicável à operação (in totum), considerando a diversidade de ordenamentos jurídicos, cada um regulando

⁴⁵ Como noticia Ruetti (2001), o 48º Congresso do IFA (1994) tratou das conseqüências tributárias nacionais e internacionais da cisão de empresas. O relator consignou que “*las escisiones que comprenden más de un país son um fenómeno bastante nuevo y, por conseguinte, la información dada en vários informes nacionales es también bastante escasa*”.

suas distintas fases? A realidade dos ordenamentos é assaz cambiante, mas em geral, quando se verifica a extinção de uma das sociedades num determinado país, para concentração num outro ou vice-versa, a resposta costuma ser negativa, porque a legislação de um ordenamento específico não poderia atribuir ao ato os efeitos constitutivos-extintivos, as cautelas e proteções aos direitos de terceiros, a transmissão de patrimônio com a seguinte subscrição de capital em favor dos sócios ou acionistas da empresa que se extingue, sócios minoritários e credores [...]

O autor assevera que muito embora do ponto de vista econômico seja cabível falar-se em uma suposta fusão, cisão ou incorporação internacional, juridicamente estas proposições caem por terra, diante da simples consulta à legislação que rege a matéria⁴⁶.

De certa forma, filia-se à mesma corrente, negando a existência de fusões e cisões a nível internacional, Berthold Goldman. Citado por Boggiano (2001), o professor, em 1968, tendo por base a análise comparativa dos direitos societários vigentes nos países da Comunidade Econômica Européia, concluiu que as normas internas sobre fusão⁴⁷ eram inadequadas para regulamentar a fusão internacional. Goldman, exemplificando a polêmica, aponta a legislação societária italiana que, embora permitisse a fusão internacional, não deixava de questionar a operação quando a sociedade incorporadora não é italiana. Expõe, ainda, que o direito alemão excluía a fusão internacional, mesmo quando a incorporadora fosse alemã.

Por isso que, na Europa, é possível observar, a partir dos anos setenta, o movimento de aproximação das legislações societárias, como meio de se garantir a constituição de um mercado comum nos moldes do mercado interno de cada país.

⁴⁶ A idéia, de certa forma, vem reforçada em Bulgarelli (2000, p. 197): “Não seria demais advertir, ainda, que o fenômeno do ponto de vista econômico é muito mais amplo do que sob o aspecto jurídico, de vez que se afunila, em face da regulamentação jurídica na qual deve enquadrar-se”.

⁴⁷ Entenda-se incluído no termo “fusão”, aqui empregado tanto a fusão, como a incorporação. É que boa parte dos países utiliza apenas o nome fusão para denominar as duas figuras, como restará explicado adiante.

Este movimento proporcionou, no início da década de noventa, a instituição de um regime tributário neutro em relação às operações de reorganização societária, expresso na Diretiva 90/434/CEE, alterada pela Diretiva 2005/19/CE, ambas do Conselho.

Alguns anos de vigência do regime levaram à constatação de que apenas a neutralidade da tributação destas operações não era suficiente para garantir a liberdade de estabelecimento das sociedades no espaço econômico único. Persistiam, ainda, empecilhos calcados nas legislações societárias nacionais.

Por isso, no ano de 2001, veio a lume o Regulamento 2157/2001, do Conselho, que instituiu o Estatuto da Sociedade Europeia, entre cujos fundamentos, encontra-se o seguinte:

O quadro jurídico em que as empresas devem exercer as suas atividades na Comunidade, continua a basear-se, sobretudo, nas legislações amplamente nacionais, e não se coaduna com o quadro econômico em que devem desenvolver-se para permitir a realização dos objetivos enunciados no artigo 18º do Tratado. Esta situação pode constituir um entrave considerável ao agrupamento de sociedades de Estados-Membros diferentes.

Assim que, efetivamente só há que se falar em fusões, cisões e incorporações internacionais quando as operações se verificarem entre países cujas leis societárias as permitam e prevejam. A nível supranacional, tal implementação somente é possível e extensível aos países integrantes da União Europeia, em virtude do Estatuto da Sociedade Europeia.

Na realidade do Mercosul, como oportunamente asseverado linhas atrás, inexistente uma regulamentação supranacional, como a implementada na Europa. Então, para se fixar um posicionamento favorável ou contrário quanto à possibilidade da existência jurídica destas figuras de reorganização entre sociedades constituídas na Argentina e no Brasil, há que se trazer o fenómeno à luz dos ordenamentos jurídicos desses países.

Pois bem, na Argentina, a lei que regula as relações societárias, a Lei 19.550/72, alterada pela Lei nº 22.903/83, não contempla nem a fusão, nem a cisão internacional, conforme informa Boggiano (2001, p. 5-9): “*No existe norma específica em la ley 19.550 que regule la fusión internacional (laguna) [...] En escisiones internacionales em que participa uma sociedad argentina [...] a falta de norma específica em la ley*”⁴⁸.

Igualmente, no Brasil⁴⁹, a legislação societária não regula os procedimentos e efeitos de uma eventual fusão, incorporação ou fusão internacional. Aqui, também, há de se falar em lacuna.

Deste modo, nas hipóteses que envolvem estas operações de reorganização verificadas entre sociedades em que uma é constituída sob a lei brasileira, e a outra sob a lei argentina, há que se filiar a idéia de Tôrres, de que tais operações, juridicamente, não podem ser enquadradas como de fusão, incorporação ou cisão.

As operações podem até vir a ocorrer e ser enquadradas, do ponto de vista econômico, como sendo de fusão, cisão e incorporação internacionais. Juridicamente, porém, existirá apenas uma “mera compra e venda ou cessão do patrimônio das absorvidas, acompanhada pela dissolução e liquidação da sociedade (Tôrres, 2001a, p. 432, *apud* J. X. Carvalho de Mendonça).

Tôrres (2001a, p. 433) assevera “[...] porque estando em jurisdições diversas, os pressupostos objetivos e subjetivos dos institutos não se aperfeiçoariam, [para constituir] ato jurídico perfeito e direitos adquiridos.”

Como não basta negar a possibilidade da implementação destas operações entre a Argentina e o Brasil, cumpre destrinchar este raciocínio, fundamentando a afirmação na legislação e na doutrina destes países.

⁴⁸ O argumento apresenta-se reiterado em Ruetti (2001).

⁴⁹ É importante lembrar que no direito brasileiro as sociedades empresariais podem tomar a forma de sociedades por ações – regidas pela Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76, que recepcionou os artigos 59 a 73 do Decreto-Lei nº 2.627/40 e teve a sua redação alterada pela Lei nº 9.457/97) – ou de sociedades limitadas – regidas pelo Código Civil brasileiro.

2.3. Fusão, Incorporação e Cisão à Luz das Leis Societárias Argentina e Brasileira

De início, há que se pontuar a tipicidade dos institutos da fusão, da incorporação e da cisão. Isto equivale a dizer que quando não atendidos todos os requisitos que a lei lhes impõe, descaracterizam-se como “construção unitária, de elaboração complexa, alterando também as formalidades e atos que implicam e que justificam a sua existência” (BULGARELLI, 2000, p. 67).

Assim, faz-se necessário extrair os elementos que caracterizam as operações. Não se deve, entretanto, perder de vista a crítica de Ferri trazida por Bulgarelli (2000), de que geralmente a essência dos institutos não é por inteiro captada pelos doutrinadores, em razão destes concentrarem sua análise sobre os ordenamentos jurídicos de cada país, que nem sempre regulam o fenômeno em sua inteireza.

É nesse espírito que se pode afirmar, em linhas gerais, que a regulamentação destas operações no direito societário dos países em foco não apresenta diferenças estruturais significativas. Convém, porém contrapor os seus elementos essenciais e apontar as eventuais divergências.

No Brasil, a regulação da matéria varia conforme se trate das sociedades anônimas, que têm disciplina própria na Lei das Sociedades Anônimas, ou das sociedades limitadas, cuja disciplina está afeta ao Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/2002)⁵⁰. Na Argentina, a disciplina é única e encontra-se na Lei das Sociedades Comerciais (Lei nº 19.550/72), alterada pela Lei nº 22.903/83.

Bulgarelli (2000, p. 50), mencionando Uria, oferece um conceito amplo sobre o que seria a fusão: “*acto de naturaleza corporativa o social, por virtude del cual dos o más*

⁵⁰ Neste trabalho se utilizará como parâmetro o regramento estabelecido pela Lei das Sociedades Anônimas, porque geralmente as operações tratadas envolvem ao menos uma sociedade anônima e conforme afirma Coelho, F. (2003, p. 217) “Os procedimentos de reorganização das empresas que envolverem pelo menos uma sociedade anônima devem atender à disciplina da LSA. Não havendo, na operação, nenhuma sociedade desse tipo, a disciplina é a do CC/2002 (arts. 1.113 a 1.122).”

sociedades, previa dissolución de alguna o de todas ellas, confunden su patrimonios y agrupan a sus respectivos sócio em uma sola sociedad”.

Inicialmente, destaque-se que o Brasil, diferentemente da Argentina, optou por disciplinar de forma independente o fenômeno da fusão. Sob a simples denominação de fusão, abarcou-se a hipótese em que ambas as sociedades se extinguem e constituem uma nova. Por outro lado, denominou-se de incorporação aquela em que sociedade que se extingue verte o seu patrimônio à sociedade preexistente.”⁵¹.

Desta forma, a fusão vem regulamentada em dois artigos da Lei das Sociedades Anônimas – LSA brasileira:

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. [...]

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. [...]

Na Lei das Sociedades Comerciais – LSC argentina, destaque-se, com a redação que lhe foi introduzida pela Lei nº 22.903/83, a fusão está prevista no artigo 82:

Art. 82 - *Hay fusión cuando dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse, para constituir una nueva; o cuando una ya existente incorpora a otra u otras que, sin liquidarse, son disueltas.*

Percebe-se que a tênue diferença não afasta os elementos essenciais que se subsumem da interpretação dos textos legais e que bem se expressam no pensamento de Bugarelli (2000, p. 51):

A idéia, portanto, da compenetração (agrupação, reunião, integração) de sociedades, marca o conceito, com suas conseqüências ou efeitos extintivos,

⁵¹ A consideração da fusão como um único instituto que se divide em duas formas específicas: a fusão propriamente dita e a incorporação – fusão por constituição e fusão por incorporação, na Argentina – assim como a tendência das legislações mais recentes para um tratamento unitário de ambas as formas, pode ser consultada em Bugarelli (2000).

constitutivos ou modificativos, como queria Ferri, a transmissão patrimonial e o ingresso dos sócios das extintas na nova ou na nova remanescente.

Desta definição infere-se o primeiro significativo elemento caracterizador dos institutos da fusão e da incorporação⁵²: a transmutação do elemento subjetivo. Esta advinda da constituição de nova pessoa(s) jurídica(s), diferente(s) das sociedades preexistentes, que se dissolvem – na fusão – ou modificam seu contrato social – na incorporação.

Este efeito da fusão/incorporação vem brilhantemente colhido por Ferri, outra vez citado por Bulgarelli (2000, p. 51), que ensina:

b) è possibile ed esatto parlare della fusione come di una trasformazione estintiva della società; ma occorre precisare che trasformazione estintiva non equivale a scioglimento del vincolo sociale e ricostituzione su base più ampia. Trasformazione implica che il vincolo sociale si modifichi, ma non si sciolga; l'estinzione non può essere riferita che all'ente sociale, cioè al soggetto di diritto.

Na fusão, portanto, extingue-se a personalidade jurídica de pelo menos uma das sociedades que se fusionam, mas o vínculo social entre os sócios permanece, modifica-se, amplia-se. Na prática este efeito é sentido no fato das ações ou das quotas do capital da nova sociedade serem distribuídas entre os sócios ou acionistas - das fusionadas, ou das incorporadas e incorporadoras - diretamente, sem passagem prévia pela sociedade que se dissolve (Bulgarelli, 2000; Tôres 2001a).

Da extinção da personalidade jurídica decorrem os seguintes efeitos, reiterados e agrupados por Bulgarelli (2000, p. 52), valendo a pena citá-lo, ainda que com certa repetição:

[A fusão] Apresenta-se, portanto como um instituto típico societário, que se caracteriza:

- 1) por exceder ao marco de uma unidade societária [...]. Trata-se de modificação da estrutura jurídica de duas ou mais sociedades;
- 2) por ao menos uma das sociedades se extinguir, tratando-se, portanto, de dissolução, sem liquidação;

⁵² Adiante constatar-se-á que este efeito também é inerente à operação de cisão.

- 3) pela passagem dos patrimônios das sociedades fusionadas, formando um patrimônio único; ocorrendo uma sucessão “intervivos” com novação subjetiva dos devedores⁵³;
- 4) pelo fato de os sócios das fusionadas passarem a ser consócios de uma mesma e única sociedade.

Delimitadas a fusão e a incorporação, cumpre complementar a análise adicionando-se a cisão. Esta, conforme define Záldivar, apresentado por Martorell (1989, p. 7) ocorre:

cuando una sociedad destina parte de su patrimonio para la creación de un nuevo ente con otra sociedad, o decide incorporar tal patrimonio a una sociedad ya existente, o sea crea una nueva compañía con parte del patrimonio de la sociedad que se escinde.

O instituto vem definido no artigo 88 da LSC argentina, com a redação que lhe foi introduzida pela Lei nº 22.903/83; e no artigo 229, da LSA brasileira, alterada pela Lei nº 9.457/97. *In verbis*:

Art. 88 - *Hay escisión cuando:*

I. una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para fusionarse con sociedades existentes o para participar con ellas en la creación de una nueva sociedad;

II. una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para constituir una o varias sociedades nuevas;

III. una sociedad se disuelve sin liquidarse para constituir con la totalidad de su patrimonio nuevas sociedades. [...]

Art. 229 - A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão [...]

⁵³ Acrescente-se a idéia de Modesto Carvalhosa, colacionado por Tôrres (2001a, p. 430) “O primeiro e mais fundamental efeito jurídico da fusão, da incorporação e da cisão total é a sucessão *opes legis*, a título universal, de todos os direitos e obrigações e responsabilidades anteriormente assumidos pelas sociedades que se extinguem”.

Nítido está que ambas as leis contemplaram os quatro tipos de cisão apontados pela doutrina⁵⁴:

1) Cisão propriamente dita: A sociedade, sem liquidar-se, divide o seu patrimônio, entre várias sociedades novas e se extingue;

2) Cisão-absorção: A sociedade fragmenta-se e verte partes do seu patrimônio em diversas sociedades preexistentes⁵⁵;

3) Cisão-parcial ou “*apport partiel d’actif*”: A sociedade transfere parte do seu patrimônio e não se extingue;

4) Cisão-*holding* ou “*escisión-división*”: A sociedade reparte seu patrimônio entre duas ou mais sociedades constituídas para esse fim, permanecendo como sociedade *holding*.

Observe-se que nas quatro modalidades de cisão é perfeitamente identificável a transferência patrimonial e não apenas de parcelas do ativo. Com isso, opera-se o instituto da sucessão patrimonial e a conseqüente modificação da personalidade jurídica da sociedade cindida, repise-se, este elemento apresenta-se inclusive na cisão-parcial, também chamada de falsa fusão (BULGARELLI, 2000), pois embora remanesça a sociedade, dela se destaca parcela patrimonial, geralmente representada por uma atividade específica.

Prosseguindo na análise da fusão, cisão e incorporação, vislumbra-se que o outro elemento fulcral exsurge do procedimento previsto na lei para a sua implementação. E assim o é, porque a natureza dos institutos nele se revela: relação jurídica complexa, constituída por contrato societário, cuja eficácia fica condicionada às decisões internas das sociedades⁵⁶.

⁵⁴(BULGARELLI, 2000; MARTORELL, 1989; TÔRRES, 2001a)

⁵⁵ Neste caso, pode-se falar que a operação se assemelha à fusão por incorporação e, inclusive, afirmar que se trata de uma operação de concentração ao invés de desconcentração.

⁵⁶ Bulgarelli (2000, p. 82) complementa a idéia, ao definir o negócio jurídico da fusão, ao afirmar: “Não há, portanto, dúvidas de que a fusão se apresenta sob dois aspectos: contratual, externo, portanto, entre as sociedades, e corporativo, associativo ou societário, portanto interno. São as duas faces do mesmo fenômeno, porém nem se contrapondo, nem se sobrepondo.”

No Brasil, Tôrres (2001a, p. 463) resume o procedimento⁵⁷ nas seguintes fases, que, aliás, são comuns à fusão, à incorporação e a cisão: “protocolo, justificação, deliberação em reunião dos sócios ou pela assembléia, avaliação, aprovação dos laudos, constituição da nova sociedade, direito de retirada dos dissidentes”, este último quando admitido.

Seria prudente acrescentar a estas fases, uma última, qual seja, a da inscrição do ato no registro público, porque somente a partir dele é que se aperfeiçoarão todos os efeitos derivados da operação de fusão, “quando as sociedades fusionadas extinguem-se para o mundo do direito, sem liquidação” (TORRES, 2001a, p. 458).

Ressalve-se que a LSA brasileira, no que tange à fusão e à incorporação, prevê que os credores das sociedades que se dissolvem poderão manifestar sua oposição somente após a conclusão da operação, por meio de ação judicial, cuja sentença poderá determinar a extinção do ato. Observe-se o texto legal:

Art. 232. Até 60 (sessenta) dias depois de publicados os atos relativos à incorporação ou à fusão, o credor anterior por ela prejudicado poderá pleitear judicialmente a anulação da operação; findo o prazo, decairá do direito o credor que não o tiver exercido. [...]

Na cisão o procedimento é sensivelmente diverso, em razão da responsabilidade solidária que se estabelece entre a sociedade cindida e as que absorvem parte do patrimônio. Porém, a lei estabelece que no ato da cisão-parcial as sociedades poderão pactuar a exclusão da responsabilidade. Em contrapartida, surge para os credores o direito de a ele se oporem, como na fusão e na incorporação, mas consignando prazo superior, que é de noventa dias:

Art. 233 – Na cisão com extinção da companhia cindida, as sociedades que absorverem parcelas do seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da companhia extinta. A companhia cindida que subsistir e as que absorverem parcelas do seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da primeira anteriores à cisão.

⁵⁷ Este vem previsto nos artigos 223 a 234 da Lei das Sociedades Anônimas.

Parágrafo único. O ato de cisão parcial poderá estipular que as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida serão responsáveis apenas pelas obrigações que lhes forem transferidas, sem solidariedade entre si ou com a companhia cindida, mas, nesse caso, qualquer credor anterior poderá se opor à estipulação, em relação ao seu crédito, desde que notifique a sociedade no prazo de 90 (noventa) dias a contar da data da publicação dos atos da cisão.

Na Argentina, o *iter* da fusão – aqui compreendida a incorporação, dado o tratamento unitário - vem enxugado por Martorell (1989), desenrolando-se nas seguintes fases: elaboração de balanço, subscrição do compromisso prévio, aprovação do compromisso prévio e do balanço; publicidade dos atos; oposição dos credores; subscrição do acordo definitivo; constituição da nova sociedade ou modificação integral do estatuto da incorporadora; inscrição dos bens transferidos nos registros públicos correspondentes a sua natureza; unificação das sociedades dissolvidas; julgamento das questões inerentes ao direito de retirada e de preferência.

Percebe-se que, no geral, os procedimentos se assemelham (BOGGIANO, 2001). Porém, observa-se a existência de dois pontos bastante divergentes: a elaboração de balanço⁵⁸ e a proteção dos direitos dos credores.

No Brasil, conforme lembra Bulgarelli (2000, p. 216):

Não determinou a lei [societária], no processo de nenhuma das operações, fusão, cisão ou incorporação, o levantamento de *balanço especial*, o que é de lamentar, pois os elementos do balanço normal do exercício, por certo não refletirão a situação das sociedades na sua profunda verdade. [...] pois o cotejo entre os patrimônios é indispensável para se fixar a relação dos valores das ações.

⁵⁸ Todavia, a legislação do Imposto de Renda (artigo 21 da Lei nº 9.249/95 e artigo 1º, § 1º da Lei nº 9.430/96) exige que as operações sejam precedidas de balanço específico, levantado até 30 dias antes da data da deliberação que as aprovar.

Neste item, andou bem o legislador argentino que prevê expressamente o dever das sociedades envolvidas no processo de elaborar balanço, levantado até três meses antes da assinatura do compromisso prévio. Transcreve-se:

Art. 83 - La fusión exige el cumplimiento de los siguientes requisitos:

COMPROMISO PREVIO DE FUSIÓN 1 El compromiso previo de fusión otorgado por los representantes de las sociedades que contendrá: [...] b) los balances especiales de fusión de cada sociedad, preparados por sus administradores, con informes de los síndicos en su caso, cerrados en una misma fecha que no será anterior a tres (3) meses a la firma del compromiso, y confeccionados sobre bases homogéneas y criterios de valuación idénticos; [...]

Art. 88 - Hay escisión cuando: [...]

REQUISITOS La escisión exige el cumplimiento de los siguientes requisitos: [...] 2 el balance especial de escisión no será anterior a tres (3) meses de la resolución social respectiva, y será confeccionado como un estado de situación patrimonial; [...]

Quanto à proteção dos credores, a lei societária argentina também se revela superior à brasileira⁵⁹, porque aqueles têm direito de se manifestar antes que o procedimento se conclua, o que pode impedir a concretização da operação, pois “el ‘acuerdo definitivo’ por el cual ella se perfecciona, no puede suscribirse hasta que hayan transcurrido los veinte días subsiguientes al de vencimiento del plazo de oposición” (MARTORELL, p. 4).

Ao contrário do que ocorre no Brasil, que o ato se aperfeiçoa e deflagra seus efeitos, mas até o decurso do longo prazo decadencial de 60 (sessenta) dias, ou de 90 (noventa), contado da publicidade dos atos, poderá ser anulado por decisão judicial, mediante a provocação do credor prejudicado. É arte do legislador brasileiro de criar situações nas quais “as relações jurídicas delas decorrentes” serão reguladas posteriormente⁶⁰.

⁵⁹ Vale introduzir o comentário de Boggiano (2001, p. 8): “*El principio de protección a los acreedores beneficia la solución argentina; el principio de concentración beneficia la brasileña*”.

⁶⁰ Menção às nefastas Medidas Provisórias criadas pelo direito constitucional brasileiro, previstas no artigo 62, da Constituição Federal de 1988.

Bem, muito embora se possa concluir que a legislação societária brasileira é similar à argentina, isso não garante a implementação de processos de fusão, cisão e incorporação entre estes países.

Cite-se Boggiano (2001), defensor da aplicação de princípios de direito internacional privado para colmatar as lacunas derivadas da falta de previsão expressa, nos ordenamentos jurídicos nacionais, das modalidades de fusão e cisão internacionais.

Este autor aposta no critério de acumulação dos requisitos previstos em cada legislação nacional para dar validade ao ato internacional de fusão ou de cisão. Porém, quando contrapõe o problema advindo da proteção dos credores, cuja solução implementada na legislação brasileira e na argentina não são uniformes, conclui:

No cabe aquí la simple acumulación, pues las soluciones materiales non las toleran [...] Se requiere una adaptación material, sea en casos individuales, sea mediante la adopción de soluciones uniformes en normas materiales convencionales. (BOGGIANO, 2001, p. 8)

Assim, há que se filiar ao argumento defendido por aqueles que não admitem a realização de atos internacionais de fusão e de cisão, quando a *lex societatis* dos países envolvidos não os regulamente expressamente.

E outra não poderia mesmo ser a solução. Estes institutos, como asseverado anteriormente, são típicos. Nas fusões e cisões internacionais, a falta de previsão legal poderá levar ao absurdo de uma empresa ser considerada extinta sob um ordenamento jurídico e não obter o reconhecimento junto ao ordenamento jurídico do país de destino. Situação esta que poderá causar graves danos às sociedades envolvidas, a seus sócios ou acionistas e a seus credores.

Os atos de fusão, incorporação e de cisão implementados no âmbito da *lex societatis* que os preveja e regulamente, opera, simultaneamente, o efeito constitutivo-extintivo. Este efeito é elemento caracterizador do ato e decorre da aprovação da operação pela assembléia geral

das sociedades – na fusão – da incorporada - na incorporação – e da cindida – na cisão total. Sem ele, não se configuram estes institutos. Este efeito é atribuído pela lei societária de cada Estado, não sendo possível que a lei vigente em um país, o determine nos limites jurisdicionais do outro.

Conclui-se, assim, pela impossibilidade jurídica da existência de operações de cisão, fusão e incorporação entre a Argentina e o Brasil. Nesse raciocínio, vale reiterar o argumento de Tôrres (2001a, p. 432):

Seria a lei interna do outro país aplicável à operação (*in totum*), considerando a diversidade de ordenamentos jurídicos, cada um regulando suas distintas fases? [...] em geral, quando se verifica a extinção de uma das sociedades num determinado país, para concentração num outro ou vice-versa, a resposta costuma ser negativa, porque a legislação de um ordenamento específico não poderia atribuir ao ato os efeitos constitutivos-extintivos, as cautelas e proteções aos direitos de terceiros, a transmissão de patrimônio com a seguinte subscrição de capital em favor dos sócios ou acionistas da empresa que se extingue, sócios minoritários e credores [...]

Desta afirmação decorre que a reestruturação entre sociedades constituídas sob a *lex societatis* argentina e brasileira não poderá ser implementada por meio de fusões, cisões ou incorporações. As sociedades deverão recorrer às demais figuras de reorganização empresarial.

Estas figuras, em linhas gerais, podem ser alinhadas em duas categorias: a associação e a integração, nas quais a personalidade jurídica das sociedades envolvidas na transação permanece intacta. Na associação, verifica-se a união de empresas, geralmente pela utilização da via contratual, como ocorre nas *joint-ventures*. A integração efetiva-se por meio de participações acionárias, transferência de ativos, compra e venda de ativos e passivos, cessão patrimonial, incorporação de ações (BULGARELLI, 2000; TÔRRES, 2001a)⁶¹.

⁶¹ Coelho, S. (2002), analisando a reorganização societária sob a ótica do direito brasileiro, considerando que a operação se verifique no Brasil, afirma que a figura da incorporação de ações superou as formas contratuais

A prática demonstra que estas formas de reorganização societária foram amplamente utilizadas na década de noventa nos países do Mercosul. Tanto que o estudo realizado por Bonelli (2002) revela um considerável número de “fusões”⁶² e aquisições no Mercosul.

Contudo, o fenômeno econômico não afasta os efeitos prejudiciais que a falta de regulamentação supranacional da disciplina societária das fusões, cisões e incorporações acarreta à liberdade de estabelecimento entre as sociedades constituídas na Argentina e no Brasil.

É importante destacar que num contexto de mercado globalizado as empresas têm de “adotar uma estrutura jurídica, fiscal e econômica que maximize o aproveitamento de todas essas vantagens, minimizando os respectivos custos, quer da reestruturação, quer da operação [relacionada ao objeto social da empresa]” (LOUREIRO, 2003)

A lacuna legal quanto à possibilidade de realização de fusões, cisões e incorporações a nível internacional – ao menos supranacional – limita as opções de gestão empresarial. Além disso, estabelece discriminação entre as sociedades nacionais e estrangeiras, na medida em que permite a imposição de tratamento diferenciado entre elas. Isto porque as sociedades sob a mesma *lex societatis* podem realizar estas operações e gozar dos seus benefícios, enquanto que as demais sociedades não têm acesso àquelas e, conseqüentemente, a estes.

Os benefícios da fusão, cisão e incorporação podem se desdobrar em dois aspectos: quanto ao custo da operação de reorganização e quanto à imposição tributária. Do ponto de vista do custo da operação, a vantagem, por exemplo, pode ser representada pela extinção das sociedades que se fundem, sem a necessidade destas passarem pelo custoso processo de liquidação. Processo este que impõe ao liquidante o dever de “ultimar os negócios da

clássicas, exteriorizadas no contrato de compra e venda e de cessão; bem como a simples subscrição de ações da incorporante e seu aumento de capital, mediante a integralização *in natura*.

⁶² Aqui o termo apresenta-se empregado na sua conotação econômica e não jurídica, pelos motivos já explicitados anteriormente.

companhia, realizar o ativo e pagar o passivo e partilhar o remanescente entre os acionistas” (artigo 210, inciso IV da Lei nº 6.404/76).

Na ótica fiscal, estes benefícios relacionam-se ao gozo de tratamento tributário especial, o qual em regra, não é extensível às demais espécies de reorganização societária, implementadas por meio da associação e da integração de empresas.

No Mercosul, no que tange especificamente à reorganização empresarial, há que se abrir parênteses para introduzir a figura da Empresa Binacional.

Esta advém da assinatura do Tratado para o estabelecimento do estatuto das empresas binacionais brasileiro-argentino, ou argentino-brasileiras, subscrito na cidade de Buenos Aires, em 6 de julho de 1991.

As empresas binacionais constituem espécie do gênero *joint-venture* e enquadram-se no fenômeno das reorganizações societária como forma de integração por coordenação de grupos empresariais (PORTUGAL, 2001).

Embora recebam a qualificação de empresas binacionais, juridicamente, o Estatuto não lhes confere a dupla nacionalidade. Isto porque deverão ser constituídas e ter sua sede em um dos dois países, adotando uma das formas jurídicas admitidas nas suas *lex societatis*, o que se lhes atribui a nacionalidade do país sob cuja lei se organizam (LLOBERA, 1997). Sem olvidar, é claro, que no Brasil a atribuição de nacionalidade exige o cumprimento do duplo requisito: constituição sob a lei brasileira e sede administrativa no país.

A grande vantagem comparativa deste tipo empresarial reside no fato de gozarem de alguns benefícios, provenientes do:

[...] mesmo tratamento dispensado [...] às empresas de capital inteiramente nacional [quando estiverem atuando fora do país em que se constituíram], em matéria de: a) tributação interna; b) acesso a crédito interno; c) acesso a incentivos ou vantagens de promoção industrial, nacional, regional ou

setorial; e d) acesso às compras e contratos do setor público. (PORTUGAL, 2001).

Como vantagem, acrescenta-se, ainda, a adoção do critério do domicílio e não da nacionalidade para caracterizar o investidor como nacional. Isto permite que o controle efetivo e real da sociedade concentre-se nas mãos de investidores estrangeiros domiciliados no Brasil ou na Argentina. Sem dúvida, um forte estímulo à atração de capital, por meio de investimentos externos diretos.

Cumpra, todavia, dizer que a integração das sociedades somente configurará uma *joint-venture*, do tipo empresa binacional brasileiro-argentina, quando cumprir todos os requisitos constantes do Estatuto, os quais por razões metodológicas não serão enfocados nesta monografia.

Fechando os parênteses, urge, então, retornar ao tema e apresentar os efeitos tributários desencadeados pelos atos de fusão, cisão e incorporação na Argentina e no Brasil.

3. A TRIBUTAÇÃO DAS OPERAÇÕES DE FUSÃO, CISÃO E INCORPORAÇÃO NA ARGENTINA E NO BRASIL

Como restou consignado, as leis societárias argentina e brasileira não autorizam expressamente a realização de operações de fusão, incorporação e cisão entre sociedades constituídas sob *lex societatis* diferentes. Tal omissão na disciplina legal faz com que estas operações de reestruturação empresarial só venham a ocorrer entre sociedades nacionais do mesmo país, o que acarreta a discriminação entre sociedades nacionais e estrangeiras.

Neste capítulo, a pesquisa volta-se à análise do regime de tributação da renda aplicável a estas formas de reorganização societária nos dois países mencionados. Em primeiro plano, convém levantar alguns traços do sistema de tributação da renda das pessoas jurídicas adotado pela Argentina e pelo Brasil (subcapítulo 3.1). Após, pretende-se registrar a disciplina tributária dada ao tema, pontuando as eventuais divergências entre as legislações tributárias nacionais. Em seguida, verificar se a forma como as operações são tributadas pode acentuar ou não a discriminação decorrente da vedação da realização de fusão, incorporação e cisão entre as sociedades constituídas sob a lei argentina e as sociedades constituídas sob a lei brasileira (subcapítulo 3.2).

3.1. Traços da Estrutura da Tributação da Renda na Argentina e no Brasil

Longe de se pretender esboçar a estrutura da tributação da renda nestes países, este subcapítulo tem como objetivo apenas apresentar a nomenclatura dada aos tributos incidentes sobre a renda, registrar a pressão tributária por eles exercida na economia e mencionar alguns dos critérios e princípios que os norteiam. Presta-se, unicamente para contextualizar o que se apresentará em seguida.

Os rendimentos, ganhos e lucros das pessoas jurídicas são tributados na Argentina, proporcionalmente, pelo *impuesto a las ganancias*, mediante a aplicação da alíquota de 35% (trinta e cinco por cento). No Brasil, a incidência tributária sobre estes elementos dá-se por meio do imposto de renda - e proventos de qualquer natureza - das pessoas jurídicas e da contribuição social sobre o lucro líquido. As alíquotas do imposto são levemente progressivas: sobre o montante do lucro que não exceder a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) a alíquota é de 15% (quinze por cento). Sobre a parcela excedente a este valor aplica-se a alíquota de 10% (dez por cento). A contribuição social sobre o lucro líquido, por sua vez, será determinada pela aplicação da alíquota de 9% (nove por cento) sobre o lucro ajustado. O que pode perfazer a incidência total de 34% (trinta e quatro por cento) sobre o lucro auferido pela pessoa jurídica.

Em 2001, a pressão tributária decorrente do imposto de renda sobre as pessoas jurídicas, representou na Argentina 3,75% (três inteiros e setenta e cinco centésimos por cento) do Produto Interno Bruto – PIB e, no Brasil, 6% (seis por cento). Tal diferença, segundo Cano (2003), decorre do diferente nível de evasão entre os países e do fato da base de incidência do imposto da renda das sociedades ser mais estreita e reduzida na Argentina.

Ambos os países adotam o critério da renda mundial, definido por Barreix Y Villela como:

[...] los individuos residentes en el país, las empresas nacionales y las filiales y otros “establecimientos permanentes” de empresas extranjeras son gravados por sus rentas de fuente nacional y del exterior, en tanto los individuos y empresas no residentes son gravados por sus rentas de fuente nacional.

Na Argentina o critério foi introduzido pela Lei nº 24.073/92. Cano (2003) afirma que aplicação efetiva do princípio da renda mundial somente adveio com as alterações normativas implementadas em 1998 e 1999. Bertazza (2001, p. 3), defende que até a edição da Lei nº 25.063/98, a tributação em bases mundiais não passava de:

una mera expresión de deseos [...] La absoluta falta de normas para la determinación de la materia sujeta a impuesto, correspondiente a rentas de fuente extranjera de residentes argentinos, como también la ausencia de disposiciones referidas a la liquidación del tributo (regulaciones sobre “tax credit”) hasta la ley 25063, hacen que la aplicación del principio de renta mundial carezca de la debida legitimidad, razón por la cual el Fisco no tiene facultad para exigir el pago del tributo sobre dichas rentas.

Porém, o autor noticia que o fisco argentino por meio do *Dictamen* 23/00, fixou o entendimento de que as disposições da Lei nº 24.073/72 são aplicáveis às pessoas jurídicas a partir de 1/4/1992, e às físicas, a partir de 1993.

No Brasil, a disciplina da tributação da renda em bases universais foi introduzida pelo artigo 25 da Lei nº 9.249/95, com vigência a partir de 1/1/1996.

É interessante destacar que, do ponto de vista tributário, a estratégia de reorganização empresarial deve considerar dois momentos distintos: o primeiro, que envolveria o custo tributário da operação em si, como por exemplo, transferência de prejuízos, ganhos de capital na reavaliação dos bens e direitos. O segundo, referente à incidência tributária sobre os rendimentos auferidos pela nova sociedade que se forma, como decorrência da sua atividade empresarial normal.

No primeiro momento, não há que se considerar os reflexos advindos da adoção do critério de tributação da renda em bases mundiais⁶³. O critério irá influir somente na segunda

⁶³ Excetua-se, é claro, a hipótese das sociedades que se extinguem possuírem filiais, sucursais, coligadas e controladas no exterior, cujos lucros ainda não foram oferecidos à tributação no Brasil. Observe-se o disposto no artigo 2º, §§ 3º e 4º, da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal (SRF) nº 213/2002: “Os lucros auferidos no exterior, por intermédio de filiais, sucursais, controladas ou coligadas serão computados para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL no balanço levantado em 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil. [...] § 3º Os lucros ainda não tributados no Brasil, auferidos por filial, sucursal, controlada ou coligada, domiciliadas no exterior, cujo patrimônio for absorvido por pessoa jurídica sediada no Brasil, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, serão computados para fins determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL no balanço levantado em 31 de dezembro do ano-calendário do evento. § 4º No caso de cisão, total ou parcial, a responsabilidade da cindida e de cada sucessora será proporcional aos valores do patrimônio líquido remanescente e absorvidos.

etapa, quando se deverá oferecer o resultado da atividade exercida pelas sociedades brasileiras e argentinas no exterior à tributação.

Entretanto, cumpre consignar que estes efeitos atenuam-se entre o Brasil e a Argentina, em virtude da vigência do Tratado para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria do imposto sobre a renda, firmado em Buenos Aires, no dia 17 de maio de 1980, e regularmente transposto para o direito interno dos países.

Estes Estados, também, adotam o princípio do fluxo de ingressos, pelo qual:

se consideran gravados todos los ingresos que recibe la empresa, provengan o no de sus actividades principales. Por lo tanto, en todos los casos se gravan las ganancias de capital que obtengan las empresas por la diferencia entre el precio de venta y el de compra de activos como acciones, participaciones en otras empresas, inmuebles y maquinarias.(BARREIX Y VILLELA, 2003, p. 10)

Feitas estas breves considerações acerca do regime geral de tributação da renda das pessoas jurídicas, introduz-se, na seqüência, o tratamento tributário aplicado às operações de fusão, cisão e incorporação.

3.2. Fusão, Incorporação e Cisão à Luz da Legislação Tributária Argentina e Brasileira

Parece oportuno salientar que o tema revela infundáveis nuances, as quais poderão ser captadas somente diante do caso concreto, inclusive para definir se a operação levada a cabo pode ou não se enquadrar na tipologia fechada da fusão, cisão ou incorporação.

Por isso, diante dos recursos disponíveis, dar-se-á um enfoque em linhas gerais sobre o tratamento tributário concedido às operações sob três aspectos fundamentais: incidência de imposto sobre a renda sobre os ganhos de capital apurados em virtude da reavaliação do patrimônio; transferência dos prejuízos acumulados nas sociedades que se extinguem para as

sociedades que recepcionam o patrimônio vertido; a incidência do imposto de renda sobre a substituição das ações ou quotas, imposta por força das operações.

Na Argentina, a forma de tributação das operações de fusão, incorporação e cisão vem estabelecida no artigo 77 da Lei nº 20.628/73 (*ley del impuestos a la ganancias*) e alterações posteriores. O Decreto nº 649/97 a regulamenta. E a Resolução Geral da *Dirección General de Impuestos* – D.G.I. nº 2.245/80, estabelece as condições, requisitos e formalidades acerca das informações que deverão ser prestadas à Administração Tributária.

Da leitura do artigo 77, extrai-se que o país adota regime especial de tributação das operações de reorganização empresarial, com o objetivo de garantir-lhes neutralidade fiscal. O regime beneficia não só as figuras da fusão e da cisão, mas, também, os estende às vendas e transferências efetuadas entre entidades integrantes de um mesmo conjunto econômico⁶⁴.

Transcreve-se:

Art. 77 - Cuando se reorganicen sociedades, fondos de comercio y en general empresas y/o explotaciones de cualquier naturaleza en los términos de este artículo, los resultados que pudieran surgir como consecuencia de la reorganización no estarán alcanzados por el impuesto de esta ley, siempre que la o las entidades continuadoras prosigan, durante un lapso no inferior a DOS (2) años desde la fecha de la reorganización, la actividad de la o las empresas reestructuradas u otra vinculada con las mismas. [...]

Se entiende por reorganización:

- a) La fusión de empresas preexistentes a través de una tercera que se forme o por absorción de una de ellas.*
- b) La escisión o división de una empresa en otra u otras que continúen en conjunto las operaciones de la primera.*
- c) Las ventas y transferencias de una entidad a otra que, a pesar de ser jurídicamente independientes, constituyan un mismo conjunto económico.*

⁶⁴ García (2002, p. 3-4) noticia que a partir do *Dictamen nº 45/79 (DATJ)* a jurisprudência administrativa argentina firmou entendimento de que “*El inciso c) del artículo 70 (actual 77) citado esta referido exclusivamente a ventas y transferencias de ‘fondos de comercio’*”.

Observando-se a técnica da lei argentina, em princípio, será necessário acrescentar que a legislação tributária brasileira não usa definir institutos próprios do direito privado, por força do disposto no art. 110 da Lei nº 5.172/66 - Código Tributário Nacional – CTN. Reza o artigo que “a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos, conceitos e formas de direito privado [...] para definir ou limitar competências tributárias”.

Donde concluir-se que, para fins tributários, adota-se a definição societária dos institutos, apresentada pelos artigos 227, 228 e 229 da Lei nº 6.404/96⁶⁵.

Antes de analisar a tributação dos resultados advindos das operações de incorporação, cisão e fusão, no Brasil, faz-se importante informar a existência de três regimes para a apuração da base de cálculo sobre a qual incidirá o imposto de renda das pessoas jurídicas, chamados de lucro real, lucro presumido ou lucro arbitrado. Estes nada mais são do que métodos para a apuração do lucro tributável.

É que a sistemática pela qual pessoa jurídica terá seus lucros apurados - real, presumido ou arbitrado - irá determinar os efeitos tributários que incidirão sobre a reavaliação dos bens e direitos por conta da fusão, cisão ou incorporação.

Esta diferença de tratamento revela-se no art. 21 da Lei nº 9.249/95, regulamentado pelo artigo 235 do Decreto 3.000/99 – Regulamento do Imposto de Renda – RIR – que além de prever o procedimento a ser seguido nestas operações (*caput*, §§ 1º e 4º), acrescenta regra especial relativa à avaliação dos bens e direitos das pessoas jurídicas tributadas com base no lucro presumido ou arbitrado (§ 2º):

Art. 21 - A pessoa jurídica que tiver parte ou todo o seu patrimônio absorvido em virtude de incorporação, fusão ou cisão deverá levantar balanço específico para esse fim, no qual os bens e direitos serão avaliados pelo valor contábil ou de mercado.

§ 1º O balanço a que se refere este artigo deverá ser levantado até trinta dias antes do evento.

⁶⁵ Os mencionados artigos encontram-se transcritos no capítulo anterior, sendo, portanto, desnecessário reproduzi-los novamente.

§ 2º No caso de pessoa jurídica tributada com base no lucro presumido ou arbitrado, que optar pela avaliação a valor de mercado, a diferença entre este e o custo de aquisição, diminuído dos encargos de depreciação, amortização ou exaustão, será considerada ganho de capital, que deverá ser adicionado à base de cálculo do imposto de renda devido e da contribuição social sobre o lucro líquido.

§ 4º A pessoa jurídica incorporada, fusionada ou cindida deverá apresentar declaração de rendimentos correspondente ao período transcorrido durante o ano-calendário, em seu próprio nome, até o último dia útil do mês subsequente ao do evento.

Porém, a exata dimensão da diferença advém somente pela leitura do artigo 440 do RIR, que regulamentou o artigo 37 do Decreto-Lei nº 1.598/77. Este artigo informa:

Art. 440 - A contrapartida do aumento do valor de bens do ativo em virtude de reavaliação na fusão, incorporação ou cisão não será computada para determinar o lucro real enquanto mantida em reserva de reavaliação na sociedade resultante da fusão ou incorporação, na sociedade cindida ou em uma ou mais das sociedades resultantes da cisão.

Pois bem, da contraposição do parágrafo segundo do artigo 235 com o artigo 440, ambos do RIR, percebe-se que:

a) As sociedades tributadas pelo lucro presumido e arbitrado poderão avaliar seus bens pelo valor contábil ou pelo valor de mercado. Optando pelo valor de mercado, caso se apure diferença positiva entre este valor e o custo de aquisição dos bens e direitos, esta diferença será considerada ganho de capital e deverá ser oferecida à tributação;

b) As pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real, poderão reavaliar os bens do seu ativo permanente, sendo que a diferença positiva advinda da reavaliação não será tributada a título de ganho de capital, enquanto permaneça afeta à conta reserva de avaliação. Trata-se de hipótese de diferimento da tributação. Ferreira (2004, p. 330) explica que “enquanto o bem

reavaliado não for alienado, baixado, depreciado, a reavaliação não representará ganho efetivo”.

Esta diferenciação estabelece tratamento discriminatório entre as pessoas jurídicas tributadas pelo lucro presumido ou arbitrado e as tributadas pelo lucro real. Pois, se para aquelas a reavaliação resultar no aumento no valor dos seus bens e direitos, este aumento será considerado ganho de capital e será imediatamente tributado. Enquanto que o aumento no valor dos bens e direitos da pessoa jurídica tributada pelo lucro real implicará em tributação diferida.

A discriminação não encontra amparo nem mesmo no argumento de que as sociedades tributadas pelo lucro presumido e arbitrado podem optar por avaliar seus bens e direitos pelo seu valor contábil. É que este método de avaliação constitui um falso benefício, já que da sua utilização não decorrerá, obviamente, a apuração de ganhos ou de perdas passíveis de integrar a base de cálculo do imposto e da contribuição social.

Ademais, a prática demonstra que na maioria das vezes, as empresas envolvidas no processo de fusão, cisão e incorporação, optam por avaliar seus bens e direitos pelo valor de mercado, o que resulta na apuração de diferenças positivas ou negativas em relação ao custo de aquisição. Nestes casos, havendo diferença a maior, esta será considerada ganho de capital e será tributada, esvaziando-se qualquer possibilidade de gozo de benefícios.

Xavier, A. L. (1991), analisando o regime fiscal das variações patrimoniais adotado à época em Portugal, tece críticas no mesmo sentido, quanto à impropriedade de se falar em benefício, diante da utilização do método de avaliação contábil:

A norma citada constitui, afinal, uma redundância: parece óbvio que, caso a referida regra da identidade contabilística seja efectivamente cumprida, por definição, não poderão verificar-se variações patrimoniais. A primeira parte do nº 2 do artigo 62º [do Código de Imposto de Renda das Pessoas Coletivas – CIRC] assim, [está] longe de estabelecer um autêntico benefício [...]

Abstraindo-se dessa questão exclusiva ao direito tributário brasileiro, de ora em diante considerar-se-á, para fins de comparação da tributação das operações de incorporação, fusão e cisão no Brasil e na Argentina, apenas as pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real.

Muito bem, deste primeiro cotejo das legislações tributárias argentina e brasileira, verifica-se que:

a) A Argentina reúne em um só artigo o regime especial aplicável às operações de reorganização empresarial, incluindo em seu conceito as fusões⁶⁶, cisões e as vendas e transferência de bens entre entidades do mesmo conjunto econômico. O Brasil estabelece regime especial somente para as operações de fusão, cisão e incorporação. Em todas as demais figuras de reestruturação empresarial que por ventura o direito societário brasileiro venha a admitir, aplica-se o regime geral que, conforme o caso concreto, poderá ser abrandado;

b) O eventual ganho de capital com a reavaliação dos bens e direitos envolvidos na operação não são tributados na Argentina. No Brasil, a tributação do resultado positivo da reavaliação dos bens e direitos é diferida. Isto é, não se tributa enquanto a sociedade mantém o valor representativo do aumento contabilizado na conta reserva de reavaliação.

No que toca à disciplina dos prejuízos fiscais, em geral – quer dizer, não relacionadas diretamente às operações de reorganização societária - a legislação tributária argentina permite a sua acumulação e transporte (*carry forward*) para os exercícios seguintes, por até cinco anos, quando, então, prescrevem. Não há a imposição de limites quanto ao percentual a ser utilizado em cada exercício. No Brasil, ao invés, não há limite temporal para a sua utilização. Em contrapartida, a dedução destes prejuízos, anualmente, está limitada ao valor correspondente a 30% do lucro apurado. (BARREIX, VILLELA, 2003).

⁶⁶ É importante lembrar que neste país a expressão fusão abarca tanto a fusão propriamente dita, como a incorporação.

Ingressando no campo das operações de reorganização societária, tem-se que o Brasil veda a transposição dos prejuízos fiscais acumulados pela pessoa jurídica sucedida para a sua sucessora, em caso de fusão e incorporação. Na cisão-parcial, permite que os prejuízos da sucedida sejam compensados com o seu próprio lucro, na proporção do patrimônio líquido remanescente.

O artigo 514 do Decreto nº 3.000/99 - Regulamento do Imposto de Renda – RIR, regulamentando o artigo 33 do Decreto-Lei nº 2.341/87, diz textualmente:

Art. 514. A pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão não poderá compensar prejuízos fiscais da sucedida. Parágrafo único. No caso de cisão parcial, a pessoa jurídica cindida poderá compensar os seus próprios prejuízos, proporcionalmente à parcela remanescente do patrimônio líquido.

O mesmo ocorre com a contribuição social sobre o lucro líquido, outro tributo que incide sobre os rendimentos das pessoas jurídicas, cuja base de cálculo negativa acumulada pela sucedida não pode ser transportada para a sociedade sucessora (artigo 33, do Decreto-lei nº 2.341/87, combinado com o artigo 22 da Medida Provisória 2158-35/2001).

Neste ponto parece interessante registrar que esta vedação, reiteradamente, é contornada por meio de planejamento tributário, por meio da figura que se usa chamar de incorporação reversa. Esta prática, nada vanguardista, implica na incorporação de empresa lucrativa por empresa que possua prejuízos fiscais. Neste caso, os prejuízos fiscais poderão ser compensados. Se a operação foi ao contrário, reversa, os prejuízos acumulados perder-se-ão na operação. Vale, outra vez, invocar Bulgarelli (2000, p.197), que citando Champaud, apresenta um caso concreto desta prática, que não configura “privilégio” concedido apenas pela legislação brasileira:

[...] o exemplo do *Bank of America*, que assumiu o controle de um cinema para se reembolsar de um empréstimo, embora o cinema fosse deficitário; para se compensar, tratou que fosse incorporado por uma empresa de sabão altamente lucrativa também pertencente ao grupo, deduzindo esta os prejuízos do cinema.

Na Argentina, os prejuízos acumulados pela entidade sucedida podem ser transferidos à sucessora, no âmbito das operações de reorganização empresarial submetidas ao regime especial de tributação: fusão, cisão e vendas e transferências entre empresas do mesmo conjunto econômico. Tal permissão advém da combinação do *caput* e parágrafo primeiro do artigo 77, com o artigo 78, ambos da Lei nº 20.628/73:

Art. 77 - Cuando se reorganicen sociedades, fondos de comercio y en general empresas y/o explotaciones de cualquier naturaleza en los términos de este artículo [...]

En tales casos, los derechos y obligaciones fiscales establecidos en el artículo siguiente, correspondientes a los sujetos que se reorganizan, serán trasladados a la o las entidades continuadoras. [...]

Art. 78 - Los derechos y obligaciones fiscales trasladables a la o las empresas continuadoras, en los casos previstos en el artículo anterior, son:

1) Los quebrantos impositivos no prescriptos, acumulados. [...]

Claro, portanto, que a legislação argentina revela-se superior à brasileira no quesito do transporte de prejuízos da sucedida para a sucessora. A regra tributária brasileira não parece adequada à nova realidade econômica mundial, por prejudicar a liberdade de empreendimento.

Felizmente, esta posição radical prevista na lei tem começado a ceder diante da própria jurisprudência administrativa, conforme notícia Bezerra (2003), em artigo dedicado ao estudo da limitação à compensação de prejuízos fiscais nos casos de incorporação, fusão e cisão de sociedades. Observe-se a ementa do acórdão nº 108-06.683, proferido pelo Primeiro Conselho

de Contribuintes no processo 13502.000495/00-96, posteriormente confirmado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda:

Incorporação – Declaração Final da Incorporada – Limitação de 30% (trinta por cento) na compensação de prejuízos – Inaplicabilidade. No caso de compensação de prejuízos fiscais na última declaração de rendimentos da incorporada, não se aplica a norma de limitação a 30% do lucro líquido ajustado.

Embora o acórdão não aborde a transferência dos prejuízos à incorporadora, já revela a tendência a não se aplicar o limite para que a incorporada utilize a totalidade dos prejuízos fiscais na compensação do lucro apurado por ocasião da incorporação.

Isto posto, resta, ainda, analisar o tratamento tributário conferido à substituição das ações⁶⁷ da sucedida pelas ações da sucessora.

Evidente que a substituição de ações ou das quotas de per si não representa qualquer variação patrimonial dos acionistas que as recebem. Simplesmente, com o próprio nome diz, trata-se de mera troca de ações. Se antes os acionistas possuíam ações da sucedida, com a operação de fusão, cisão e incorporação, estas ações serão trocadas pelas ações da sucessora. E, como não há alteração patrimonial, não há o que se tributar.

Porém, além da mera substituição, pode acontecer que se opere a valorização ou desvalorização destas ações, o que poderá ensejar a tributação no Brasil, caso os acionistas optem por alienar suas ações.

Na Argentina, as pessoas físicas estão isentas⁶⁸ do resultado advindo pela alienação de ações. É o que determina a alínea “w” do artigo 20 da Lei nº 20.628/73:

⁶⁷ Embora se fale somente em ações, não se perdeu de vista que as operações de fusão, cisão e incorporação também se operaram nas sociedades de responsabilidade limitada, onde as partes sociais são chamadas de quotas. Os efeitos aqui tratados serão os mesmos, por isso utilizar-se-á apenas a denominação ações.

⁶⁸ Cano (2003, p. 12-13) critica o extenso rol de isenções concedidas pela lei do imposto de renda: “*Así, el artículo 20 que trata las excepciones del impuesto a las ganancias, ha agotado las letras del abecedario para detallar las que se exceptúan del impuesto.[...] parece clara la necesidad de reconstruir el impuesto personal a las ganancias, reduciendo a medio y largo plazo las exenciones e gravando las rentas del capital hoy exentas.*”

Art. 20 - Están exentos del gravamen: [...]

w) los resultados provenientes de operaciones de compraventa, cambio, permuta, o disposición de acciones, títulos, bonos y demás títulos valores, obtenidos por personas físicas y sucesiones indivisas, en tanto no resulten comprendidas en las previsiones del inciso c), del artículo 49, excluidos los originados en las citadas operaciones, que tengan por objeto acciones que no coticen en bolsas o mercados de valores, cuando los referidos sujetos sean residentes en el país.

Portanto, no Brasil, deve-se distinguir o evento em duas etapas. Na primeira, os acionistas recebem as ações novas em substituição às antigas. Até este ponto não tem relevância tributária o aumento ou a diminuição do seu valor. Na segunda etapa, o acionista resolve alienar estas ações. Neste momento, o aumento do valor das ações implicará na configuração de ganhos de capital, incidindo, então, a tributação.

Destaque-se mais uma vez que a apuração de ganho de capital não decorrerá da operação de cisão, fusão ou incorporação em si mesma. A substituição das ações é operação neutra do ponto de vista fiscal. Apurar-se-á o ganho apenas quando o acionista, após a operação, resolver alienar suas novas ações. Se as mantiver sob sua propriedade, não será tributado.

Outro não é o entendimento de Côelho S. (2002, p. 179-183):

No que tange às pessoas físicas, quer estejamos nos referindo à incorporação, fusão ou cisão, [...] inexistente incidência do imposto sobre a renda do sócio ou acionista. É que não ocorre nenhuma forma de alienação por parte dos sócios. [...]

É evidente que, uma vez alienado as ações, no futuro, a pessoa física deverá apurar ganho de capital tributável. A jurisprudência administrativa e judicial firmaram o entendimento de que, mantido inalterado o custo na declaração de bens da pessoa física, esta não poderia ser imediatamente tributada pela mais valia do bem ou do direito incorporado ao patrimônio da pessoa jurídica – a tributação da pessoa física deveria ocorrer somente no momento

em que as ações integralizadas fossem alienadas, momento esse em que seria realizado e, portanto apurável, o ganho de capital efetivo.

Neste item, acredita-se que a legislação brasileira seja mais adequada que a argentina. Tanto que a solução apresentada alinha-se àquela encontrada na União Européia e expressa no artigo 8º da Diretiva 90/434, do Conselho:

Artigo 8º

1. Em casos de fusão, cisão ou permuta de acções, a atribuição de títulos representativos do capital social da sociedade beneficiária ou adquirente a um sócio da sociedade contribuidora ou adquirida, em troca de títulos representativos do capital social desta última, não deve, por si mesma, implicar qualquer tributação sobre o rendimento, os lucros ou as mais-valias do referido sócio. [...]

A aplicação do nº 1 não impede que os Estados-membros tributem o ganho resultante da alienação ulterior dos títulos recebidos, do mesmo modo que o ganho resultante da alienação dos títulos existente antes da aquisição. [...]

Do que foi exposto, pode-se chegar à apressada conclusão de que o regime argentino, como um todo, seja mais favorável que o brasileiro. Contudo, a neutralidade fiscal que nele se vislumbra condiciona-se ao cumprimento de certos requisitos. Requisitos estes que, de certo modo podem atuar como entraves à realização das operações de reorganização empresarial que a lei busca beneficiar.

Ruetti (2001) resume estes requisitos em dois: a conservação da atividade da antecessora e a manutenção do capital pelo prazo de dois anos. A não verificação deles atua como condição resolutive do regime especial e sujeita as entidades ao regime geral, o qual irá determinar as regras para a apuração do imposto devido, sem prejuízo dos acréscimos legais cabíveis.

Os requisitos e as sanções podem ser identificados pela simples leitura do *caput* e dos parágrafos 2º, 3º, 7º e 8º do artigo 77, notando que estes dois últimos parágrafos lhe foram introduzidos pela Lei nº 25.063/98. Transcrevem-se:

Art. 77 - Cuando se reorganicen sociedades, fondos de comercio y en general empresas y/o explotaciones de cualquier naturaleza en los términos de este artículo, los resultados que pudieran surgir como consecuencia de la reorganización no estarán alcanzados por el impuesto de esta ley, siempre que la o las entidades continuadoras prosigan, durante un lapso no inferior a DOS (2) años desde la fecha de la reorganización, la actividad de la o las empresas reestructuradas u otra vinculada con las mismas. [...]

2 - El cambio de actividad antes de transcurrido el lapso señalado tendrá efecto de condición resolutoria. La reorganización deberá ser comunicada a la DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA en los plazos y condiciones que la misma establezca.

3 - En el caso de incumplirse los requisitos establecidos por esta ley o su decreto reglamentario para que la reorganización tenga los efectos impositivos previstos, deberán presentarse o rectificarse las declaraciones juradas respectivas aplicando las disposiciones legales que hubieran correspondido si la operación se hubiera realizado al margen del presente régimen e ingresarse el impuesto con más la actualización que establece la Ley Nº 11.683, sin perjuicio de los intereses y demás accesorios que correspondan.[...]

7 - Para que la reorganización tenga los efectos impositivos previstos en este artículo, el o los titulares de la o las empresas antecesoras deberán mantener durante un lapso no inferior a dos (2) años contados desde la fecha de la reorganización, un importe de participación no menor al que debían poseer a esa fecha en el capital de la o las empresas continuadoras, de acuerdo a lo que, para cada caso, establezca la reglamentación.

8 - El requisito previsto en el párrafo anterior no será de aplicación cuando la o las empresas continuadoras coticen sus acciones en mercados autorregulados bursátiles, debiendo mantener esa cotización por un lapso no inferior a dos (2) años contados desde la fecha de la reorganización.

Ruetti (2001, p. 11) consigna que a finalidade da imposição destes requisitos “*es clara: se quiere evitar que el proceso de reorganización tenga por exclusiva finalidad la obtención de beneficios fiscales*”.

Porém, o que ocorre na prática, é que o decreto que regulamentou a lei, assim como as alterações que foram introduzidas pela Lei nº 25.063/98, engessaram o procedimento de tal forma que a neutralidade objetivada pela lei restou praticamente aniquilada (Ruetti, 2001).

Durkarevich e Barreiro (2003), analisando os aspectos do sistema tributário argentino que preocupam os investidores estrangeiros, criticam o regime de tributação das reorganizações empresariais, ao constatar que: “*las normas existentes hoy en día son escasas y no regulan de manera integral el tema, limitando las alternativas de los contribuyentes*”. A mesma crítica pode ser tecida para o sistema brasileiro.

Do quadro que foi traçado tem-se que as normas relativas à fusão, cisão e incorporação na Argentina e no Brasil precisam ser aperfeiçoadas para garantir que as operações a nível interno gozem de neutralidade fiscal.

Em ambos os países, percebe-se a grande preocupação em evitar o planejamento tributário das empresas, o que acaba por dificultar o procedimento de reorganização empresarial. Esta postura dos Estados prejudica a formação do mercado comum que se pretende alcançar no Mercosul.

Em alguns pontos a legislação argentina revela-se superior à brasileira, como por exemplo, quando permite a absorção pela sucedida dos prejuízos acumulados pela sucessora e quando regula a venda e a transferências entre entidades do mesmo grupo econômico. Porém, em outras situações, apresenta soluções um tanto quanto avessas à dinâmica empresarial, como quando fixa o prazo de dois anos para que a sucessora mantenha a titularidade do capital e o objeto da atividade desenvolvida pela sucedida.

Disso tudo, constata-se que a legislação tributária dos dois países, dadas as suas divergências e limitações, acentua o problema advindo da ausência de expressa previsão, nas leis societárias, da possibilidade da consecução de operações de fusão, cisão e incorporação a nível internacional.

CONCLUSÕES

Diante do panorama que se traçou, prefere-se pontuar algumas reflexões ao invés de se estabelecer conclusões. Até porque, a realidade demonstra que a harmonização do tratamento societário e fiscal conferido pela Argentina e pelo Brasil às operações de fusão, cisão e incorporação faz parte de algo que se inicia e ainda está longe de encontrar a sua conclusão. Este espaço, assim, será utilizado para concatenar as idéias que foram expostas na monografia.

O Mercosul é a primeira delas. O movimento de integração econômica regional, que lhe é ínsito, tem o ambicioso projeto de constituição de um mercado comum entre seus membros. Diferencia-se das demais tentativas, atuais e passadas, de integração econômica da América Latina, exatamente porque vislumbra a formação do mercado comum. Nele reside sua força. Nele apresentam-se suas dificuldades.

Não há como se negar, embora não seja algo muito diplomático, que a Argentina e o Brasil têm maior representatividade dentro do grupo, em razão da dimensão das suas economias. Aliás, economias com considerável grau de interdependência, haja vista o efeito devastador causado na Argentina, em virtude da desvalorização cambial da moeda brasileira, no final da década de 90. Na época, acreditava-se que o evento provocaria o soterramento definitivo do Mercosul. O tempo demonstrou exatamente o contrário. O fato revelou a necessidade de coordenação das políticas macroeconômicas nacionais. Impulsionou o processo de integração.

Pois bem, como no início do Mercosul, a consolidação do bloco econômico nasce da sinergia das relações travadas entre Argentina e Brasil, capaz de agregar os outros dois membros – Paraguai e Uruguai – e acolher os velhos e novos parceiros: Bolívia, Chile e Venezuela. De outro lado, são estes, e os demais que ainda estão por vir, que conferem equilíbrio à conturbada relação Brasil-Argentina.

Tem-se, então, que o objetivo de constituição do mercado comum continua válido. Ainda que o movimento em sua direção tenha experimentado, anos atrás, estagnação e retrocesso. Prefere-se, contudo, manter a visão otimista de que nos próximos anos o processo de integração tomará corpo e evoluirá rapidamente na direção do mercado comum. A presente monografia pauta-se nesse desejo.

Sabe-se que o processo de integração desdobra-se em duas vertentes: a econômica e a jurídica. Por isso, refere-se àquela como integração real e a esta como integração formal. Neste fenômeno, participam, assim, Estados e particulares. Interesses ora colidentes, ora coincidentes. O sucesso da integração depende, portanto, da adequada dosagem destas forças.

Tudo isso para dizer que o pressuposto básico ao alcance do mercado comum é a criação de condições para que os fatores de produção, assim como as pessoas, circulem livremente no espaço alargado que ele representa. É a integração real na dependência da integração formal.

Neste contexto, quando se caminha à instituição de um mercado comum, do ponto de vista das atividades empresariais transnacionais, dois fatores preocupam: os obstáculos criados pelas legislações nacionais à mobilidade das empresas no interior deste mercado; e a distorção na captação de investimentos externos, decorrente da falta de alinhamento destas legislações.

Na pesquisa realizada nota-se que as sociedades estabelecidas na Argentina e no Brasil, constituídas ou não sob seus ordenamentos jurídicos, enfrentam o grave problema da instabilidade jurídica. Instabilidade derivada quer da manutenção no sistema jurídico de normas ultrapassadas e carentes de eficácia, quer da existência de lacunas intransponíveis nas leis societárias e tributárias.

Quanto às normas ineficazes, refere-se principalmente àquela veiculada no artigo 64 do Decreto-lei nº 2.627/40, infelizmente recepcionado pela Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades

Anônimas), que condiciona o funcionamento de sociedades estrangeiras no país à prévia autorização do Governo Federal⁶⁹.

Diante da nova ordem econômica constitucional brasileira, seria adequado que esta norma viesse a ser expressamente revogada. Talvez, a mesma não seja alvo de críticas constantes porque há tempos já perdeu a sua eficácia.

No que toca às lacunas, há que se separá-las em duas ordens: regulamentação societária e regime tributário.

As primeiras limitações encontradas referem-se à inexistência de norma societária capaz de convalidar as operações de fusão, cisão e incorporação entre sociedades que se constituem cada qual sob a lei do seu país, no caso, Brasil e Argentina. Isto estabelece a discriminação entre sociedades nacionais e estrangeiras. Explica-se. Essas, mesmo funcionando em um dos países mencionados, não estarão aptas a empreender qualquer das citadas operações em face de sociedade nacional. Isto simplesmente pelo fato de ser constituída sob o manto de outro ordenamento jurídico.

Essa limitação acentua-se diante do regime tributário especial que é aplicado, em ambos os países, às mencionadas operações. Ou seja, caso uma sociedade argentina resolva organizar-se com uma sociedade brasileira, ou vice-versa, deverá optar por forma de reorganização societária diversa da fusão, da incorporação ou da cisão. Em optando por outra figura, já não mais gozará do benefício fiscal concedido às operações de fusão, incorporação ou cisão.

⁶⁹ Tôrres (2001b, p. 187) relata que na prática as companhias estrangeiras burlam este sistema de autorização, mediante planejamento societário. Primeiro constituem, por meio de terceiras pessoas, sociedade nacional com o mesmo objeto social. Depois, tornam-se acionistas controladoras dessa sociedade nacional. Diz ser a “prática tão arraigada que dificilmente se vê no Diário Oficial da União algum decreto concedendo autorização de funcionamento a empresa alienígena”.

Importante frisar, que em linhas gerais, as leis societárias e argentinas, quanto à regulamentação das referidas transações, não apresentam grandes diferenças. A maior divergência situa-se apenas no mecanismo de oposição dos credores à operação.

Seria interessante que esta divergência fosse eliminada. Porque mesmo diante da regulamentação supranacional destas operações no âmbito do Mercosul, as leis nacionais serão mantidas. E, a oposição dos credores após a aprovação da operação, conforme previsto na lei brasileira, poderá resultar na sua anulação judicial. Evidentemente, este efeito a nível transnacional poderá causar danos irreversíveis às partes envolvidas, inclusive quanto à convalidação e o reconhecimento da operação. Acredita-se que a solução oferecida pela legislação argentina, de manifestação prévia dos credores, seja mais conveniente.

Na esfera tributária, observa-se que o regime especial aplicado pela Argentina às operações de fusão, incorporação e cisão revela-se mais benéfico do que aquele praticado no Brasil. Naquele país, à maior neutralidade fiscal das operações, deve-se à permissão da transferência de todos os direitos e obrigações fiscais de titularidade da sucedida à sociedade sucessora. Além disso, os eventuais ganhos de capital auferidos pelos acionistas ou sócios que, após o implemento da operação, optem por alienar suas ações ou quotas, não serão tributados.

Por outro lado, há que se considerar, também, que a legislação argentina condiciona o gozo da referida neutralidade fiscal, ao cumprimento de certos requisitos, os quais não se coadunam com a idéia de liberdade de estabelecimento.

Parece, então, conveniente que o Brasil e a Argentina concentrem esforços no sentido de alinhar seus regimes de tributação das operações de fusão, incorporação e cisão, conferindo-lhe efetiva neutralidade fiscal. A manutenção da diversidade de tratamento fiscal apontada poderá garantir à Argentina maior aporte de investimentos externos, numa etapa mais avançada do processo de integração econômica verificado no Mercosul.

Seria, ainda, razoável, que os benefícios tributários hoje conferidos apenas às operações de fusão, incorporação e cisão fossem estendidos às demais modalidades de reorganização societária, como, por exemplo, a transferência de ativos e a permuta de ações.

Evidente que, quando se clama pela conferência de neutralidade fiscal às figuras da reorganização societária, não se olvida que o seu gozo estará sempre condicionado à persecução de finalidades lícitas. Seu fundamento deverá ser a racionalização da estrutura empresarial e não, exclusivamente, a utilização do benefício fiscal.

Relembrando-se que estas últimas considerações servem apenas de convite à reflexão sobre o assunto, sob pena de se utilizar sem cautela o *standard* da neutralidade fiscal, vale registrar, ainda, o pensamento de dois autores. Respectivamente, Mold (2004, p. 42-44) e Masi (2000, p. 92-95):

Una de las medidas más utilizadas para atraer inversiones extranjeras son las concesiones tributarias. [...] Esta tendencia puede verse claramente en las tasas establecidas por ley del impuesto sobre las sociedades. Anteriormente, los países solían gravar el ingreso neto de las sociedades con tasa marginales que oscilaban entre el 30% y el 50% (Caves, 1996, p. 189). Además, no había grandes diferencias entre las tasas del impuesto a las sociedades que aplicaban los países en desarrollo y los países industrializados. En cambio, hoy en día hay evidencias de que la brecha entre las tasas vigentes en la OCDE y las vigentes en los países en desarrollo se está ensanchando. Pocos países en desarrollo aplican a las sociedades tasas impositivas superiores al 20%. [...] Si bien hay por cierto casos individuales en los que las tasas impositivas han influido en la decisión final, en general las empresas transnacionales parecen encarar las decisiones de localización con una perspectiva de largo plazo, y es más probable que se dejen influir por factores como la calidad de la infraestructura local, la disponibilidad de mano de obra calificada y, probablemente lo más importante de todo, un mercado local dinámico. Conclusiones como confieren credibilidad a la idea de que los gobiernos han hecho demasiadas concesiones a las empresas transnacionales a cambio de demasiado poco – la competencia tributaria no es ni siquiera un método muy eficaz de atraer inversión extranjera de largo plazo.

Os capitalistas aperfeiçoaram no mundo todo uma estratégia precisa [...] Obtiveram assim a privatização dos setores mais lucrativos da economia e compraram a baixo preço as ações das sociedades privatizadas [...] Como se não bastasse, fizeram de forma a receber de volta o dinheiro que tinham pago ao Estado, na forma de incentivos fiscais ou empréstimos a baixo custo e com prazos a perder de vista. Depois disso, começaram a reduzir os custos nessas empresas privatizadas, realizando fusões e demitindo empregados. Dessa maneira, acumularam quantias imensas de dinheiro, usando inclusive a desculpa de que as grandes somas são indispensáveis para realizar investimentos produtivos e voltar assim a aumentar a oferta de empregos. Mas na verdade, tanto nos Estados Unidos como na Europa, os investimentos privados diminuíram, em vez de aumentar. [...] Em poucas palavras, a este maior ganho dos empregadores correspondem uma grande diminuição da receita estatal, um aumento do desemprego e um decréscimo da qualidade de vida dos trabalhadores.

Somente para agregar estes pensamentos à já infundável problemática que envolve a atividade arrecadatória do Estado.

Com estas nem tão breves reflexões, encerra-se a presente monografia. Espera-se que a pesquisa nela apresentada possa, de algum modo, contribuir para que o tema “harmonização da tributação direta” entre no foco dos debates que rondam o processo de construção do Mercosul.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Clarice. Aspectos Tributários para a Integração dos Países Signatários do Mercosul. In: SZTAJN, Rachel (Coord.). **Direito da Integração**. São Paulo: Cultural Paulista e UNICID, 2001.

BARREIX, Alberto; VILLELA Luiz. *Tributación en el Mercosur y Posibilidades de Coordinación*. In: BARREIX Alberto, TACCONE, Juan J. e VILLELA Luiz (Editores). Mercosur: **Impacto Fiscal de la Integración Económica**. Buenos Aires: BID-INTAL/ITD, 2003.

BERNAL-MEZA, Raul. Harmonização de Políticas Econômicas Nacionais no MERCOSUL. In: HOFMEISTER, W.; TREIN, F. (orgs.). **Anuário Brasil – Europa 2000: Instituições e Integração**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

BERTAZZA, Humberto J. **Sobre la Vigencia de la Normativa de la Renta Mundial en el Impuesto a las Ganancias**. Revista Doctrina Tributaria de Errepar, enero, 2001.

BEZERRA, Maurício D.. **Da Inaplicabilidade da Limitação à Compensação de Prejuízos Fiscais nos Casos de Incorporação, Fusão e Cisão de Sociedades**. Revista Dialética de Direito Tributário n.96, p.49-57, set. 2003.

BOGGIANO, Antonio. **Sociedades: Derecho Internacional Privado**. 2001. Disponível em: <www.lexisnexis.com.ar> (Lexis n. 1103/001353). Acesso em 7 nov. 2005

BONELLI, Régis. Fusões e Aquisições no Mercosul. In: BAUMANN (org.). **Mercosul: Avanços e Desafios da Integração**. Brasília: IPEA; CEPAL, 2001. Também disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/biblioteca>>. Acesso em 7 nov. 2005.

BRAGA, M. Bobik. **Ganhos e Custos da Integração Comercial**. In: FRITZ, Bárbara. 2005. 88f. Monografia (II Curso de Integração Econômica e Direito Internacional Fiscal) – Escola Superior de Administração Fazendária (ESAF) e União Européia. Brasília.

BULGARELLI, Waldírio. **Fusões, Incorporações e Cisões de Sociedades**. 5ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CANO, Hugo G.. A situação atual da tributação nos países membros do Mercosul. In: REZENDE, Fernando e OLIVEIRA, Fabrício A. (Org). **Federalismo e Integração Econômica Regional. Desafios para o Mercosul**. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2004.

_____. *Propuesta de Reforma Tributária para Mejorar La Competitividad de la Economía Argentina*. Buenos Aires: Banco Interamericano de Desarrollo, 2003.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 8ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

COELHO, Fábio U. **Manual de Direito Comercial**. 14ed. São Paulo: Saraiva: 2003.

CÔELHO, Sacha C. N.. **Imposto sobre a Renda e Incorporação de Ações de Sociedade “Holding”**. Revista Dialética de Direito Tributário n.77, p.167-190, fev. 2002.

d’ARCY, François. **União Européia: Instituições, Políticas e Desafios**. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2002.

DECRETO 87.976/82, de 22 de dezembro de 1982, que promulga a Convenção entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria do Impostos sobre a Renda. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/PreparaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em 13 nov. 2005.

DECRETO 619, de 29 de julho de 1992, que Promulga o Tratado para o Estabelecimento de um Estatuto das Empresas Binacionais Brasileiro-Argentinas, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Argentina. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/b_argt_302_779.htm>. Acesso em 10 mar. 2006.

DECRETO-LEI 2.627, de 26 de outubro de 1940, que dispõe sobre as sociedades por ações. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/PreparaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em 7 nov. 2005.

DIRETIVA 90/434/CEE do Conselho, de 23 de julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-membros diferentes. Disponível em: <<http://europa.eu.int/scadplus/leg/pt/lvb/l26037.htm>>. Acesso em 5 out. 2005.

DIRETIVA 90/435/CEE do Conselho, de 23 de julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-membros diferentes. Disponível em: <http://europa.eu.int/scadplus/leg/pt/lvb/l26039.htm> . Acesso em 5 out. 2005.

DIRETIVA 2003/48/CE do Conselho, de 3 de junho de 2003, relativa à tributação dos rendimentos da poupança sob a forma de juros. Disponível em: <<http://www.europa.eu.int/scadplus/leg/pt/lvb/l31050.htm>>. Acesso em 10 mar. 2006.

DIRETIVA 2003/49/CE, do Conselho, de 3 de junho de 2003, concernente ao regime fiscal comum aplicável ao pagamento de juros e royalties efetuado entre sociedades associadas situadas em Estado membros diferentes. Disponível em: <<http://www.europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l31039.htm>> . Acesso em 10 mar. 2006.

DIRETIVA 2003/123/CE do Conselho, de 22 de dezembro de 2003, que altera a Diretiva 90/435/CEE, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-membros diferentes. Disponível em: <<http://europa.eu.int/scadplus/leg/pt/lvb/l26039.htm>> . Acesso em 5 out. 2005.

DIRETIVA 2005/19/CE do Conselho, de 17 de fevereiro de 2005, que altera a Diretiva 90/434/CEE, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-membros diferentes. Disponível em: <<http://europa.eu.int/scadplus/leg/pt/lvb/l26037.htm>>. Acesso em 5 out. 2005.

DUKAREVICH, P.; BARREIRO, M. *Aspectos del Sistema Tributario Argentino que Preocupan a los Inversionistas Extranjeros*. In: BARREIX Alberto, TACCONE, Juan J. e VILLELA Luiz (Editores). *Mercosur: Impacto Fiscal de la Integración Económica*. Buenos Aires: BID-INTAL/ITD, 2003.

FERREIRA, Ricardo J. **Contabilidade Avançada e Intermediária**. 2ed. Rio de Janeiro: Editora Ferreira, 2004.

GARCÍA, Fernando. *Algunos Problemas Teóricos y Técnicos Vinculados a la Reorganización de Empresas*. 2002. Disponível em: <www.aef.org.ar>. Acesso em 8 nov. 2005.

HARTMANN, Philipp W.. **A Integração Econômica Européia**. 2005. 93f. Monografia (II Curso de Integração Econômica e Direito Internacional Fiscal) – Escola Superior de Administração Fazendária (ESAF) e União Européia. Brasília.

JAGUARIBE, Helio. Mercosul: problemática factual e institucional. In: HOFMEISTER, W.; TREIN, F. (orgs.). **Anuário Brasil – Europa 2000: Instituições e Integração**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

LEI 6.404, de 15/12/197, dispõe sobre as sociedades por ações. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em 12 out. 2005.

LEI 9.457 de 5/5/1997, altera dispositivos da Lei n. 6404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as sociedades por ações e da Lei n. 6385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em 12 out. 2005.

LEI 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil Brasileiro. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 19 mar. 2006.

LLOBERA, Hugo O. H. *Nacionalidad o Binacionalidad de la Forma Jurídica de la Empresa Binacional Argentino – Brasileña*. 1997. Disponível em: <www.lexisnexus.com.ar> (Lexis nº 0021/000059). Acesso em 7 nov. 2005

LOUREIRO, Carlos. **Problemas Fiscais da Fusão e da Aquisição de Empresas**. In: Seminário do Fisco: Lisboa, 1993.

MATIAS, Eduardo F. P. **A Humanidade e suas Fronteiras: Do Estado Soberano à Sociedade Global**. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

MARTORELL, Ernesto. E. **Sociedad de Responsabilidad Limitada: Transferencia, Fusión, Escisión**. 1989. Disponível em: <www.lexisnexus.com.ar> . Acesso em 7 nov. 2005.

MOLD, Andrew. *Una Propuesta de Gravar con Impuestos Unitarios las Ganancias de las Empresas Transnacionales*. Revista de la Cepal n. 82, p.37-54, abr. 2004.

MOLINA, Pedro M. H.; CARRETERO, Belén G. *Imposición Directa, no Discriminación y Libertades Comunitarias*. In: TÔRRES, Heleno T. (Coord.). **Direito Tributário Internacional Aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

PALLARÉS, Beatriz. *Constitución y Actualización de las Sociedades en el Mercosur*. 1999. Disponível em: <www.lexisnexus.com.ar> (Lexis nº 0003/000115). Acesso em 7 nov. 2005.

PORTUGAL, Heloisa H. A. **Atividade Empresarial e Liberdade de Estabelecimento no Mercosul: As Empresas Binacionais**. Curitiba: Juruá, 2001.

PEÑA, Félix. Mercosul: Análise de uma década e tendências para o futuro. In: HOFMEISTER, W.; TREIN, F. (orgs.). **Anuário Brasil – Europa 2000: Instituições e Integração**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

REGULAMENTO 2.157/2001/CE, do Conselho, de 8 de dezembro de 2001, relativo ao Estatuto da Sociedade Europeia. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexdoc!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=32001R2157&model=guicheti>. Acesso em 12 mar. 2006

RUETTI, Germán. *La Interposición en la Legislación Argentina de los Efectos Derivados de la Concentración y Desconcentración Empresarial Internacional*. 2001. Disponível em: <www.aef.org.ar>. Acesso em 8 nov. 2005.

SANTOS, Antonio C. **Auxílios de Estado e Fiscalidade**. Coimbra: Almedina, 2003.

SILVA, Maria A. T. **A Harmonização Fiscal**. 2004. 48f. Monografia (I Curso de Integração Econômica e Direito Internacional Fiscal) – Escola Superior de Administração Fazendária (ESAF) e União Européia. Brasília.

TÔRRES, Heleno T. **Direito Tributário Internacional: Planejamento Tributário e Operações Transnacionais**. São Paulo: RT, 2001 (a).

_____. **Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas**. 2ed. São Paulo: RT, 2001 (b).

TRATADO que institui a Comunidade Européia. Versão compilada. Disponível em: <<http://www.europa.eu.int/eur-lex/lex/pt/treaties/dat/12002E/htm/12002E.html>>. Acesso em 10 mar. 2006.

XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 6ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

XAVIER, Antonio L. **Sobre o Regime Fiscal das Variações Patrimoniais**. Revista Fisco: Doutrina, Jurisprudência e Legislação, n.27, p.3-5, jan. 91.