

**Sumário** (adicionado ao documento original)

**Exposição e Consulta**

Parecer [reprodução dos itens constantes do tópico Parecer]

O Grupo Alpha e o Poder de Reestruturá-lo

O Tratamento Tributário da Conferência de Ações ao Capital de Sociedade

A Incorporação de Ações

Incidência de PIS e COFINS

Tratamento Tributário da Devolução de Capital

**Resposta aos Quesitos**

**PARECER JURÍDICO**

Cisão de sociedade com o fim de alienar o controle indireto de controlada. Incorporação de ações nos termos do artigo 252 da Lei das S.A. (aspectos tributários)

**EXPOSIÇÃO E CONSULTA**

Pessoas físicas, sócios da ALPHA LTDA. ("ALPHA"), em seu nome e nos dos demais sócios desta sociedade ("Consulentes"), assim expõem os fatos relativos à consulta:

1. Os Consulentes, como titulares das quotas da ALPHA, detêm, em conjunto, o controle de um grupo de sociedades ("Grupo Alpha"), comandado pela ALPHA, a qual detém o controle direto ou indireto de diversas sociedades, inclusive:

a) o controle direto da ALPHA TECNOLOGIA S.A. ("ALPHA TECNOLOGIA"), como titular de 60% das ações de sua emissão, pertencendo os restantes 40% a aproximadamente 1.000 pessoas físicas;

b) o controle indireto da DELTA TELECOM LTDA. ("DELTA"), através da ALPHA TECNOLOGIA, que é titular de 99,999% das quotas da DELTA.

José Luiz Bulhões Pedreira  
*Advogado*

2. Uma empresa norte-americana, a BT & K, INC., por sua subsidiária TTBY INC., está interessada em adquirir o controle da DELTA, desde que esse controle tenha por fundamento todas as quotas do capital da DELTA, por valor substancialmente superior ao custo contábil dessas quotas; e para contratar a venda nessas condições, os Consulentes pretendem promover a reorganização do Grupo Alpha com o objetivo de reunir, numa única sociedade, as atuais participações indiretas na DELTA -- tanto dos Consulentes quanto dos 1.000 acionistas da ALPHA TECNOLOGIA. Essa reorganização compreenderá as seguintes providências:

- a) a cisão da ALPHA, mediante criação de nova sociedade para qual será transferida parcela de seu patrimônio que compreende como único ativo 60% de ações do capital da ALPHA TECNOLOGIA, de modo a separar o controle indireto da DELTA detido pelos Consulentes como objeto de direito distinto do controle da ALPHA remanescente da cisão;
- b) a cisão parcial da ALPHA TECNOLOGIA e criação de nova sociedade mediante transferência de parcela do patrimônio da ALPHA TECNOLOGIA cujos únicos ativos serão as quotas da DELTA;
- c) a reunião em única sociedade das participações indiretas na DELTA dos Consulentes e dos demais acionistas da ALPHA TECNOLOGIA, e a transformação da DELTA em subsidiária integral desta nova sociedade, que ficará em condições de vender à TTBY INC. o controle direto e a totalidade das participações na DELTA.

3. Essa reorganização compreenderá as operações descritas no Exhibit "P" (cópia anexa) que, em ordem cronológica, serão as seguintes:

- a) a cisão parcial da ALPHA TECNOLOGIA mediante versão, em nova sociedade, denominada LLZ EMPREENDIMENTOS S.A., pelo valor contábil, de todas as quotas do capital da DELTA pertencentes à ALPHA TECNOLOGIA;
- b) a cisão parcial da ALPHA, mediante criação da nova sociedade - - XYZ PARTICIPAÇÕES S.A., para a qual serão transferidas, pelo valor contábil, as ações que, em consequência da cisão referida em "a", a ALPHA detiver no capital da LLZ EMPREENDIMENTOS S.A.;

José Luiz Bulhões Pedreira  
*Advogado*

- c) a constituição, por alguns dos Conselentes, de nova sociedade anônima, doravante designada simplesmente NEWCOW;
- d) a incorporação da LLZ EMPREENDIMENTOS S.A. na XYZ PARTICIPAÇÕES S.A., avaliado o patrimônio líquido vertido pelo valor contábil; após a incorporação, a XYZ PARTICIPAÇÕES S.A. (que passará a ter as quotas da DELTA), terá como acionistas os Conselentes e as 1.000 pessoas físicas originariamente acionistas da ALPHA TECNOLOGIA;
- e) a transferência para a NEWCOW, pelos acionistas da XYZ PARTICIPAÇÕES S.A. de todas ou de parte das suas ações nessa sociedade, pelo valor de mercado, mediante subscrição de capital da NEWCOW a ser integralizado pela conferência das ações da XYZ PARTICIPAÇÕES S.A.;
- f) a transformação da XYZ PARTICIPAÇÕES S.A. em subsidiária integral da NEWCOW mediante incorporação de ações, pelo valor de mercado, nos termos do artigo 252 da Lei nº 6.404/76;
- g) em consequência das operações descritas em "e" e "f", as ações da XYZ PARTICIPAÇÕES S.A. ficarão registradas no ativo da NEWCOW por valor que compreenderá, além do valor de patrimônio líquido, ágio na aquisição cujo fundamento será a diferença entre o valor contábil do patrimônio líquido e o valor de mercado das quotas da DELTA;
- h) a NEWCOW incorporará a XYZ PARTICIPAÇÕES S.A. pelo valor contábil do seu patrimônio líquido, dando ao ágio a que se refere a letra "g" o tratamento previsto no artigo 386, § 1º do RIR/99, ou seja, computando-o no custo das quotas da DELTA, as quais, portanto, terão no ativo permanente da NEWCOW valor contábil igual ao de mercado.

Ao cabo dessa reorganização, a NEWCOW venderá o controle e as quotas da DELTA à TTBY INC., ou a quem esta indicar, pelo valor de mercado, igual ao custo contábil para a NEWCOW.

4. Posteriormente à venda, é intenção dos Conselentes que a NEWCOW reduza parte do seu capital entregando aos acionistas, pelo valor de mercado, bens que houver adquirido com o produto da venda das quotas da DELTA.

José Luiz Bulhões Pedreira  
*Advogado*

Os Consulentes formulam as seguintes questões:

1<sup>a</sup>) As operações acima descritas ajustam-se à legislação em vigor?

2<sup>a</sup>) A subscrição pelos Consulentes de capital da NEWCOW, mediante conferência de suas ações de emissão da XYZ PARTICIPAÇÕES S.A., avaliadas pelo valor de mercado, estará sujeita à incidência do imposto de renda?

3<sup>a</sup>) Na incorporação de ações nos termos do artigo 252 da Lei nº 6.404/76, referida na alínea "f":

a) haverá algum ganho de capital suscetível de tributação na NEWCOW ou nos acionistas pessoas físicas da XYZ PARTICIPAÇÕES S.A.?

b) haverá alguma diferença entre o tratamento tributário a que estarão sujeitos acionistas XYZ PARTICIPAÇÕES S.A. presentes à assembleia dessa empresa que aprovar a incorporação e aqueles que não comparecerem?

c) as pessoas físicas que já eram acionistas da NEWCOW terão tratamento diferenciado dos demais acionistas da XYZ PARTICIPAÇÕES S.A., em relação às ações transferidas pela incorporação de ações?

d) os acionistas que são diretores de duas empresas (NEWCOW e XYZ PARTICIPAÇÕES S.A.) terão tratamento tributário diferenciados?

4<sup>a</sup>) Na venda pela NEWCOW das quotas da DELTA:

a) haverá algum ganho de capital suscetível de tributação pelo imposto de renda e/ou pela contribuição social sobre o lucro?

b) haverá incidência de PIS e COFINS?

5<sup>a</sup>) Na entrega de bens aos acionistas, como Letras Financeiras do Tesouro e/ou CDB, pelo valor de mercado, em face da redução de capital mencionada no item 4 supra:

José Luiz Bulhões Pedreira  
*Advogado*

a) Se o valor dos bens entregues aos acionistas for superior ao custo corrigido das ações canceladas, haverá ganho de capital suscetível de tributação?

b) O artigo 39, XLVI, do RIR/99, é aplicável, na hipótese de os bens haverem sido adquiridos pela NEWCOW por valores iguais aqueles pelos quais sejam entregues aos acionistas, portanto, sem que a NEWCOW tenha auferido qualquer ganho suscetível de tributação?

6<sup>a</sup>) Nas operações descritas acima haverá alguma outra incidência tributária além da do imposto de renda sobre o ganho de capital que seja auferido pelos acionistas da XYZ PARTICIPAÇÕES S.A. na subscrição de capital da NEWCOW referida na letra "e"?

**PARECER**

**O Grupo Alpha e o Poder de Reestruturá-lo**

1. Os Consulentes são sócios controladores da ALPHA, que é sociedade controladora de um grupo de sociedades que compreende o controle direto da ALPHA TECNOLOGIA e, através desta, o controle indireto da DELTA ("Grupo Alpha").

O conjunto formado por duas ou mais sociedades interligadas por relações de participação constitui uma estrutura de sociedades, que é designada "grupo de sociedades" quando vinculadas também por relações de controle que subordinam uma ou mais sociedades a uma sociedade controladora. Ou seja, o grupo é uma estrutura hierarquizada de sociedades.

2. A expressão "controle de sociedades" significa o poder do sócio majoritário de dirigir a atividade da sociedade e orientar o funcionamento dos seus órgãos.

O sócio é vinculado à sociedade pelas relações de participação próprias do contrato de sociedade e somente adquire o poder de controlá-la quando se torna titular de votos em número suficiente para formar a maioria nas deliberações das assembleias da sociedade.

**José Luiz Bulhões Pedreira**  
*Advogado*

Nas sociedades em que os acionistas deliberam em assembleia, pelo voto da maioria, o poder supremo compete à assembleia e, dentro desse órgão, à maioria dos acionistas com direito de voto. A possibilidade de um sócio ser proprietário de várias ações ou quotas, ou de diversos sócios se obrigarem a exercer no mesmo sentido os votos de que são titulares, está na origem do poder de controle da sociedade: a pessoa -- ou conjunto de pessoas -- que é titular de direito de votos em número suficiente para formar a maioria na assembleia passa a deter o poder político na sociedade, pois adquire a capacidade de determinar as deliberações da assembleia geral, eleger e destituir os administradores (ou, ao menos, a maioria deles) e, por conseguinte, orientar ou determinar os atos que praticam no exercício de suas funções.

3. A Lei das S.A. define, nos dois dispositivos a seguir transcritos, o acionista controlador e a sociedade controladora:

"Art. 116 - Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

- a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
- b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia."

"Art. 243

§ 2º - Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores."

A lei se refere a duas modalidades de controle -- direto e indireto. No direto o acionista controlador (indivíduo ou grupo de pessoas) é titular da maioria de votos na assembleia geral da sociedade controlada; no indireto, controla uma sociedade através de outra ou outras que, em conjunto, detenham a maioria dos direitos de voto na assembleia geral da controlada.

O controle indireto é peculiar ao grupo de sociedades porque pressupõe estrutura hierarquizada de sociedades.

4. A Lei das S.A. de 1976, reconhecendo a importância econômica e social do fenômeno moderno de concentração de empresas mediante organização de grupos de sociedades, dedicou-lhes dois capítulos, assim explicados na Exposição e Justificativa com que o Poder Executivo submeteu o Projeto de Lei ao Congresso Nacional:

"O Projeto, depois de regular, até o Capítulo XIX, as companhias como unidades empresariais distintas, disciplina, nos Capítulos XX e XXI, a nova realidade que são as sociedades coligadas e o grupo de sociedades. No seu processo de expansão, a grande empresa levou à criação de constelações de sociedades coligadas, controladoras e controladas, ou grupadas -- o que reclama normas específicas que redefinam, no interior desses grupamentos, os direitos das minorias, as responsabilidades dos administradores e as garantias dos credores."

A lei admite dois tipos de grupos: (a) o "de fato", constituído apenas por relações de participação e controle, regulado no Capítulo XX, e (b) o "de direito", cuja organização compreende, adicionalmente, relações criadas por "Convenção de Grupo" arquivada no Registro do Comércio, que é regulada no Capítulo XXI. Praticamente todos os grupos de sociedade no País são "de fato" porque a deliberação da assembleia geral que aprova a "Convenção de Grupo" dá direito de retirada aos dissidentes.

A formação ou modificação do grupo de fato pressupõe apenas atos de aquisição, modificação ou extinção de relações de participação e controle entre sociedades, independentemente de qualquer outra formalidade.

5. A sociedade controladora de grupo exerce o poder supremo sobre todas as controladas, mesmo quando o controle é exercido através de outras controladas: como tem o poder de, através das controladas, dirigir as atividades e designar a maioria dos administradores das sociedades sob controle indireto, o seu poder de controle absorve o das relações de controle existentes entre controladas; e se a sociedade controladora do grupo está, por sua vez, sob o controle de uma ou mais pessoas naturais, a estas pessoas

**José Luiz Bulhões Pedreira**  
*Advogado*

cabe, em última instância, controlar diretamente a sociedade controladora e indiretamente todas as controladas do grupo.

O poder de controle exercido pela sociedade controladora ou pelos seus sócios controladores (se a sociedade controladora está submetida ao controle de pessoas naturais) compreende o de acrescer novas sociedades ao grupo, excluir existentes, reorganizar ou dividir o grupo, ou extinguí-lo; e a reorganização e divisão de grupo de sociedades em regra dá-se através da cisão de sociedade, assim definida pelo artigo 229 da Lei das S.A:

"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 existente, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão."

A cisão parcial da sociedade controladora de grupo implica a cisão de grupo, mediante transferência, para a sociedade que absorver parcela do patrimônio da cindida, de uma ou mais participações em controladas; a divisão do grupo pode compreender também a cisão de controladas, a fim de redistribuir participações entre os dois grupos resultantes da cisão; e o poder de apreciar e decidir sobre a oportunidade e conveniência da cisão do grupo e de cada uma de suas sociedades compete privativamente às pessoas que detêm o poder de controle da sociedade controladora.

6. O Grupo Alpha é grupo de fato, e os Consulentes, como controladores da ALPHA, que é a sociedade controladora do grupo, detêm o controle indireto de todas as sociedades controladas, direta ou indiretamente, pela ALPHA.

Os Consulentes podem, mediante alienação das quotas que possuem no capital da ALPHA, alienar o poder de controle direto desta e o controle indireto de todas as controladas do grupo, e têm o direito de, mediante cisão parcial da ALPHA, e reorganização das relações de participações e controle entre as sociedades do Grupo, cindi-lo para formar novo grupo cuja sociedade controladora tenha como subsidiária integral a DELTA.

Segundo descrito na consulta, a cisão do grupo compreenderá (a) a cisão da ALPHA e da ALPHA TECNOLOGIA, (b) a transferência para uma nova sociedade das quotas que os Consulentes possuem na sociedade

José Luiz Bulhões Pedreira  
*Advogado*

resultante da ALPHA, e (c) a transformação da DELTA em subsidiária integral desta nova sociedade mediante incorporação de ações nos termos do artigo 252 da Lei das S.A.

Todas as cisões, incorporações de sociedade e de ações referidas na consulta, são expressamente reguladas pela Lei das S.A. e os Conselentes, como controladores diretos da ALPHA e indiretos de todas as sociedades do Grupo Alpha, podem validamente decidir e determinar essas operações, como exercício regular de direito de sócios e do poder de controle.

Parece-nos, portanto, que todas as operações descritas na consulta ajustam-se à legislação em vigor.

### **O Tratamento Tributário da Conferência de Ações ao Capital de Sociedade**

7. A tributação dos ganhos de capital de pessoas físicas na alienação de participações societárias foi instituída pelo Decreto-lei nº 1.510/1976. Na aplicação desse diploma legal, a autoridade tributária adotou a orientação de considerar como modalidade de alienação a subscrição em bens de capital de sociedade, no que foi apoiada pelo Conselho de Contribuintes (AC. 1º CC nº 102-17.535/80, AC. 1º CC nº 104-5.416/86).

A mesma interpretação foi afirmada pela autoridade tributária na aplicação do Decreto-lei nº 1.641/1978, que regulou o ganho de capital na alienação de imóveis (PN-CST nº 18/81), interpretação essa também confirmada por decisões do Conselho de Contribuintes (AC. nº CSRF 01-0.510/85, AC. 1º CC nº 104-5.018/85, AC. 1º CC nº 102-21.656/85).

Foram, todavia, divulgadas várias opiniões doutrinárias no sentido de que o conceito tributário de ganho de capital não compreende a diferença entre custo de aquisição e valor atribuído na subscrição de capital, como as de FERNANDO ALBINO DE OLIVEIRA ("Revista de Direito Tributário", 2/232 e "Revista de Direito Mercantil", 46/51), JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO ("Revista de Direito Mercantil", 43/94) e ANTÔNIO ROBERTO DE SAMPAIO DÓRIA ("Distribuição Disfarçada de Lucros e Imposto de Renda", São Paulo, Resenha Tributária, 1975, p. 48).

José Luiz Bulhões Pedreira  
*Advogado*

Na apreciação de lançamentos fundados nos Decretos-leis nºs 1.510/76 e 1.641/78, o Poder Judiciário já se manifestou sobre a questão, e temos conhecimento dos seguintes acórdãos:

- a) TFR - 4<sup>a</sup> Turma, Mandado de Segurança nº 112.286 - DF, Acórdão de 07.12.88, Relator Ministro Armando Rolemberg, no qual se declara que embora importe alienação, a incorporação de imóvel ao capital de sociedade não traz lucro à pessoa do incorporador, por não traduzir acréscimo ao seu patrimônio, não sendo possível, por isso, considerar-se tal operação fato gerador do imposto de renda (ADCOAS 1989/401);
- b) TRF - 4<sup>a</sup> Região, Ap.C. nº 90.04.01827-1-RS, Ac. da 1<sup>a</sup> Turma em 11.04.91, relator o Juiz Ari Pargendler, que concluiu pela tributação, nos termos da Decreto-lei nº 1.641/78, da diferença entre valor histórico dos bens e o valor de sua incorporação à pessoa jurídica (Lex - Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais 35/525);
- c) STJ - 1<sup>a</sup> Turma, RESP Nº 22.821-2-PE, Ac. de 24.06.92, relator Ministro Garcia Vieira, que concluiu que a incorporação de imóvel à pessoa jurídica é forma "sui-generis" de alienação e não se confunde com nenhuma das hipóteses previstas no Decreto-lei nº 1.641/78 (Jurisprudência Selecionada do Imposto de Renda (IOB) 1993/274).

Posteriormente a essas decisões, a Lei nº 9.249/1995, adotou expressamente o entendimento que a conferência de bens é espécie de alienação e pode ser fato gerador do imposto de renda, dispondo no seu art. 23, o seguinte:

"Art. 23 - As pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos pelo valor constante da respectiva declaração de bens ou pelo valor de mercado.

§ 1º - Se a entrega for feita pelo valor constante da declaração de bens, as pessoas físicas deverão lançar nesta declaração as ações ou quotas subscritas pelo mesmo valor dos bens ou direitos transferidos, não se aplicando o disposto no artigo 60 do Decreto-lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e no artigo 20, II, do Decreto-lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983.

§ 2º - Se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital."

As normas gerais sobre ganhos de capital de pessoas físicas constam dos artigos 117 e seguintes do RIR/99; a alíquota do imposto é atualmente de 15% (Lei nº 8.981/95, art. 21 e RIR/99, art. 142) e o imposto deverá ser pago até o último dia útil do mês subsequente ao da percepção dos ganhos (Lei nº 8.981/95, art. 21, § 1º; RIR/99, art. 852).

### **A Incorporação de Ações**

8. A Lei das S.A. regula, como negócios jurídicos distintos, a incorporação de sociedade (art. 227, no Capítulo XVIII) e a incorporação de ações (no artigo 252 do Capítulo XX).

Incorporação de sociedade é negócio jurídico entre sociedades, peculiar ao direito societário, pelo qual uma sociedade (a incorporadora) absorve outra (a incorporada), e cujo procedimento, tal como definido pela Lei das S.A., compreende os seguintes atos:

- a) a elaboração e assinatura, pelos administradores ou sócios da sociedade, do Protocolo de Incorporação, que define as condições da operação (art. 224);
- b) a aprovação desse protocolo pelas assembleias gerais da incorporadora e da incorporada (art. 227, §§ 1º e 2º).
- c) o aumento do capital da incorporadora (quando houver) e a subscrição desse aumento pela incorporada, a ser formado com o valor do seu patrimônio líquido (art. 227, § 1º); e
- d) a aprovação pela assembleia geral da incorporadora (i) do laudo de avaliação do patrimônio líquido da incorporada e (ii) da incorporação, e a extinção da incorporada (art. 227, § 3º).

A análise da incorporação de sociedade revela que ela tem efeitos jurídicos de três espécies:

I - modificações nos estatutos (ou contratos sociais) da incorporadora e da incorporada, a saber:

a) a criação (em regra) no estatuto da incorporadora das posições jurídicas de sócios (ações, quotas ou quinhões) que substituirão as posições de sócio da incorporada e serão assumidas pelos sócios desta; e

b) a extinção do contrato da incorporada;

II - a extinção da incorporada, como pessoa jurídica; e

III - a consolidação dos patrimônios da incorporada e da incorporadora mediante sucessão, por esta, de todos os direitos e obrigações da incorporada; essa sucessão é universal -- tem por objeto o patrimônio da incorporada, como universalidade -- e não singular -- de cada direito ou obrigação como elemento patrimonial distinto.

9. As normas legais que regulam a incorporação deixam claro que:

a) quem subscreve o aumento de capital da incorporadora é a incorporada (art. 227, § 2º), e não seus acionistas, e estes recebem diretamente da incorporadora as ações que lhe couberem em substituição das que possuíam na incorporada (art. 223, § 2º);

b) a incorporada não realiza o aumento de capital da incorporadora mediante transmissão de determinados elementos patrimoniais, e sim pela versão do valor do patrimônio líquido, isto é, a diferença entre valor dos bens e das obrigações que compõem o patrimônio (art. 227, § 1º);

c) o objeto do laudo de avaliação é o valor de patrimônio líquido da incorporada a ser vertido para formação do capital social, e não determinados elementos patrimoniais (art. 226);

d) o protocolo de incorporação deve estabelecer o valor do aumento de capital da incorporadora (art. 224, V) e os critérios de avaliação do valor de patrimônio líquido da incorporada (art. 224, III), mas a operação somente poderá ser efetivada nas condições do protocolo aprovado se os peritos nomeados determinarem que o valor do patrimônio líquido da incorporada a ser vertido para formação do aumento de capital social da incorporadora é, ao menos, igual ao montante do capital a realizar (art. 226).

10. A incorporação de ações é negócio jurídico distinto, regulado nos seguintes termos, no artigo 252 da Lei das S.A.:

"Art. 252 - A incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira, para convertê-la em subsidiária integral, será submetida à deliberação da assembleia geral das duas companhias mediante protocolo e justificação, nos termos dos arts. 224 e 225.

§ 1º - A assembleia geral da companhia incorporadora, se aprovar a operação, deverá autorizar o aumento do capital, a ser realizada com as ações a serem incorporadas e nomear os peritos que as avaliarão; os acionistas não terão o direito de preferência para subscrever o aumento de capital, mas os dissidentes poderão retirar-se da companhia, observado o disposto no artigo 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230.

§ 2º - A assembleia geral da companhia cujas ações houverem de ser incorporadas somente poderá aprovar a operação pelo voto de metade, no mínimo, das ações com direito a voto, e, se a aprovar, autorizará a diretoria a subscrever o aumento do capital da incorporadora, por conta dos seus acionistas; os dissidentes da deliberação terão o direito de retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230.

§ 3º - Aprovado o laudo de avaliação pela assembleia geral da incorporadora, efetivar-se-á a incorporação e os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhes couberem."

A incorporação de ações é, tal como a de sociedade, negócio peculiar do direito societário, de que são partes as companhias, como pessoas jurídicas distintas, e não seus acionistas, mas dele se distingue essencialmente porque não consiste na absorção da incorporada pela incorporadora, e sim na conversão da incorporada em subsidiária integral da incorporadora: a companhia cujas ações são incorporadas não se extingue, mas passa a ser subsidiária integral da incorporadora.

O procedimento de incorporação de ações, tal como definido no artigo 252, comprehende os seguintes atos:

- a) a elaboração e assinatura pelos administradores ou sócios das sociedades, do Protocolo de Incorporação de Ações, que define as condições da operação;
- b) a aprovação desse protocolo pelas assembleias gerais da incorporadora e da incorporada;
- c) a aprovação do aumento de capital da incorporadora e a subscrição desse aumento pela incorporada, por conta dos seus acionistas, a ser formado com todas as ações do capital da incorporada;
- d) a aprovação, pela assembleia geral da incorporadora, (i) do laudo de avaliação das ações que formarão o aumento de capital desta e (ii) da incorporação das ações, com a consequente aquisição, pela incorporadora, da titularidade das ações da incorporada e a substituição, no patrimônio dos acionistas da incorporada, das ações que tinham no capital desta por ações de emissão da incorporadora.

A análise desse procedimento mostra que a operação tem efeito jurídico de três espécies:

I - a modificação do estatuto social da incorporadora mediante criação das posições jurídicas de sócios (ações) que substituirão, nos patrimônios dos acionistas da incorporada, as ações desta adquiridas pela incorporadora;

II - a submissão da incorporada às normas legais próprias das subsidiárias integrais, sem modificação, todavia, da sua personalidade jurídica.

III - Diferentemente do que ocorre na incorporação de sociedade, o negócio não implica modificação no patrimônio da incorporada nem sucessão, pela incorporadora, de bens desse patrimônio.

A incorporação de sociedade e a incorporação de ações têm em comum, todavia, que:

- a) as partes do negócio jurídico são as sociedades, e não os seus sócios ou acionistas;

- b) o negócio jurídico decorre da manifestação da vontade coletiva dos sócios ou acionistas, através do órgão social de deliberação;
- c) os sócios ou acionistas que participam da assembleia geral manifestam sua vontade no exercício da função de membros do órgão social, e não como pessoas naturais ou jurídicas que praticam ato de disposição de bens no seu patrimônio;
- d) a subscrição e integralização do aumento de capital da incorporadora dá-se por ato dos administradores da incorporada, em cumprimento à deliberação da assembleia geral;
- e) os acionistas da incorporada não praticam atos de transferência de bens dos seus patrimônios para o da incorporadora;
- f) as ações da incorporada são substituídas por ações de emissão da incorporadora, mas esta substituição não é efeito de atos dos acionistas, e sim da incorporada, representada por seus administradores; há, portanto, uma sub-rogação das ações da incorporada em ações da incorporadora, por efeito da deliberação social;
- g) os acionistas da incorporada recebem suas ações da incorporadora diretamente desta, e não da incorporada.

Essas características da incorporação de ações fundamentam as seguintes conclusões:

- a) não pode ocorrer ganho de capital da incorporada porque o ganho de capital é a diferença a maior entre o custo contábil de um bem que é transferido do patrimônio da pessoa jurídica para o patrimônio de outra pessoa, e na incorporação de ações não há transmissão de bens entre o patrimônio da incorporada e o da incorporadora;
- b) não há ganho de capital dos acionistas da incorporada, porque o ganho de capital das pessoas físicas pressupõe alienação de bens do seu patrimônio; alienação é do gênero dos atos jurídicos mediante os quais o titular de um patrimônio transfere, por ato voluntário, para outra pessoa, bens integrantes do seu patrimônio, e na incorporação de ações não há atos de disposição dos acionistas, mas sub-rogação real por efeito de uma

deliberação societária; deste modo, as ações que os acionistas da incorporada receberem da incorporadora em substituição às suas ações extintas deverão ser registradas nas suas declarações de bens pelo mesmo custo de aquisição;

c) não há diferença de tratamento tributário entre os acionistas da incorporada presentes e ausentes da assembleia da sociedade que aprova a incorporação porque os presentes, ao contribuírem com o seu voto para formar a vontade social, não praticam atos de disposição do seu patrimônio e sim de exercício da função de membros do órgão social;

d) por efeito do negócio de incorporação de ações, os acionistas da incorporada passam a ser acionistas da incorporadora, e, segundo o disposto no § 1º do artigo 109 da Lei das S.A., as ações da mesma classe conferem iguais direitos aos seus titulares, e não há na legislação tributária norma que distinga entre acionistas da mesma classe em função de ações criadas na incorporação de ações;

e) os diretores da incorporadora e da incorporada praticam atos no exercício dos seus cargos de administração, e não em nome individual, e não há na legislação tributária norma que defina tratamento tributário diferenciado para os diretores, em função do exercício de cargos na incorporadora ou na incorporada.

11. A aplicação analógica à incorporação de ações das normas legais sobre incorporação de sociedade implica o seguinte regime sobre a avaliação das ações incorporadas:

a) as sociedades que são partes no negócio têm liberdade de estipular, no Protocolo de Incorporação, os critérios de avaliação das ações da incorporada para efeito de formar o aumento de capital da incorporadora (art. 224, III);

b) os peritos devem determinar se o valor das ações estipuladas no protocolo para formação do capital da incorporadora é, ao menos, igual ao montante do capital a realizar (art. 226);

c) a operação somente poderá ser efetivada se a avaliação dos peritos for ao menos igual ao montante do capital a realizar.

José Luiz Bulhões Pedreira  
*Advogado*

Como no caso da consulta, as ações que os Consulentes conferirão à NEWCOW, em aumento do seu capital, serão avaliadas com base no valor de mercado da DELTA, parece-nos que as ações a serem incorporadas na NEWCOW deverão ser avaliadas com o mesmo critério, a fim de assegurar a todos os acionistas direitos de sócio proporcionais à participação indireta na DELTA.

12. Segundo descrito na consulta, tanto as ações conferidas pelos Consulentes ao capital da NEWCOW quanto as adquiridas pela NEWCOW mediante incorporação de ações serão avaliadas pelo valor de mercado e, por conseguinte, passarão a constar do ativo da NEWCOW por esse valor, que será o valor pelo qual as ações da DELTA ficarão registradas no ativo da NEWCOW. Na alienação, pela NEWCOW, das ações da DELTA, somente haverá incidência do imposto de renda ou de contribuição social sobre o lucro caso o valor da alienação seja superior ao do valor contábil pelo qual estiverem registradas no ativo da NEWCOW.

### **Incidência de PIS e COFINS**

13. De acordo com o disposto Lei nº 9.718/98 (art.3º, § 2º, inciso IV), o PIS e o COFINS não incidem sobre a receita proveniente da venda de bens do ativo permanente.

A participação da ALPHA na ALPHA TECNOLOGIA, bem como a desta na DELTA, estão registrados como investimentos integrantes do ativo permanente, e sua transferência para outras sociedades, por efeito de cisões, na incorporação de ações ou de sociedades, não modificam essa classificação, uma vez que terão a mesma função no patrimônio das sociedades adquirentes. Por conseguinte, ao se completar a reorganização do Grupo Alpha, a participação na NEWCOW e na DELTA estará registrada no seu patrimônio como investimento, e o produto da sua alienação não ficará sujeito à incidência de PIS e COFINS.

### **Tratamento Tributário da Devolução de Capital**

14. O artigo 22 da Lei nº 9.249/1995 dispõe que "os bens e direitos do ativo da pessoa jurídica, que forem entregues ao titular ou a sócio ou acionista a título de devolução de sua participação no capital social,

poderão ser avaliados pelo valor contábil ou de mercado"; e seus parágrafos estabelecem o seguinte regime:

I - se os bens forem entregues pelo valor contábil:

- a) a pessoa jurídica não apurará lucro tributável;
- b) o sócio pessoa jurídica registrará os bens recebidos pelo mesmo valor contábil;
- c) o sócio pessoa física informará a aquisição dos bens na declaração de bens pelo mesmo valor contábil;

II - se os bens forem entregues pelo seu valor de mercado:

- a) a diferença entre o valor de mercado e o contábil será considerado ganho de capital da pessoa jurídica sujeito ao imposto de renda e à contribuição social sobre o lucro líquido;
- b) o sócio pessoa jurídica registrará os bens recebidos na escrituração por esse valor de mercado, e a diferença entre esse valor e o valor contábil das ações ou quotas extintas não será computado na base de cálculo do imposto de renda ou da contribuição social sobre o lucro líquido.
- c) o sócio pessoa física informará na sua declaração de bens a substituição das ações ou quotas pelos bens recebidos registrados pelo valor de mercado, e a diferença entre esse valor e o valor das ações ou quotas extintas na declaração de bens não será computado com base para o cálculo do imposto de renda.

Por conseguinte, se a NEWCOW reduzir o seu capital entregando bens aos acionistas, e esses bens forem entregues pelo valor de mercado, a NEWCOW somente terá lucro tributável na medida em que esse valor de mercado for superior ao valor contábil dos bens entregues, e as pessoas físicas acionistas da NEWCOW não serão tributadas pela diferença entre o valor de mercado dos bens recebidos e o valor pelo qual constarem da sua declaração de bens as ações ou quotas da NEWCOW que tiverem sido extintas, ou parcialmente liquidadas em razão da redução do capital.

### **Resposta aos Quesitos**

Por esses fundamentos, assim respondemos aos quesitos da consulta:

1º) As operações descritas ajustam-se à legislação em vigor.

2º) A subscrição pelos Consulentes de aumento de capital da NEWCOW, mediante conferência de suas ações na emissão da XYZ PARTICIPAÇÕES S.A., avaliadas pelo valor de mercado, será sujeita ao imposto de renda sobre ganho de capital, à alíquota de 15%.

3º) Na incorporação de ações nos termos do artigo 252 da Lei nº 6.404/76:

a) não haverá ganho de capital suscetível de tributação na NEWCOW ou dos acionistas pessoas físicas da XYZ PARTICIPAÇÕES S.A.;

b) não haverá diferença de tratamento tributário a que estarão sujeitos acionistas da XYZ PARTICIPAÇÕES S.A. presentes à assembleia dessa empresa que aprovar a incorporação e aqueles que não comparecerem;

c) as pessoas físicas que já eram acionistas da NEWCOW não terão tratamento diferenciado dos demais acionistas da XYZ PARTICIPAÇÕES S.A., em relação às ações transferidas pela incorporação de ações;

d) os acionistas que são diretores das duas empresas não terão tratamento diferenciado.

4º) Na venda pela NEWCOW das quotas da DELTA somente haverá um ganho de capital suscetível de tributação pelo imposto de renda ou pela contribuição social sobre o lucro se o preço de venda for superior ao custo contábil das ações da DELTA no ativo da NEWCOW, resultante da aquisição de ações pelo valor de mercado, e não haverá incidência de PIS e COFINS.

5º) Na entrega de bens aos acionistas pela NEWCOW:

José Luiz Bulhões Pedreira  
*Advogado*

a) nos termos do artigo 39, XLVI do RIR/99, somente haverá ganho de capital suscetível de tributação se os bens forem entregues por valor de mercado superior ao custo pelo qual estiverem registrados no ativo da NEWCOW;

b) o artigo 39, XLVI do RIR/99 é aplicável na hipótese de os bens haverem sido adquiridos pela NEWCOW por valores iguais aqueles pelos quais sejam entregues aos acionistas, portanto, sem que a NEWCOW tenha auferido qualquer ganho tributável.

6º) A nosso ver, nas operações descritas não haverá outra incidência tributária além do imposto de renda sobre o ganho de capital auferido pelos acionistas da XYZ PARTICIPAÇÕES S.A. na subscrição de capital da NEWCOW referida na letra "e" do item 3 da exposição da consulta.

É o nosso parecer

Rio de Janeiro, 15 de outubro de 1999