

José Luís Bulhões Pedreira
Luiz Carlos Piva
Advogados

Carta-Parecer não atualizada

Rio de Janeiro, 19 de dezembro de 2001

À
CIA. BETA BRASIL
(endereço omisso)
São Paulo - SP

Incorporação de ações nos termos do artigo 252 da Lei nº 6.404/76. Natureza jurídica e efeitos, societários e fiscais.

Prezados Senhores,

Confirmamos, pela presente, a opinião manifestada a V. Sas. em reunião realizada neste escritório na primeira semana do corrente mês, e que pode ser assim resumida:

O Grupo BETA está implementando uma reestruturação societária das empresas abertas no Brasil, controladas pela Beta Ltda. A reestruturação se dará mediante incorporação de todas as ações da BETA FERTILIZADORA e da BETA NUTRIMENTO pela MONTESA S.A., cuja denominação será alterada para CIA. BETA BRASIL.

A questão objeto da consulta é o critério de avaliação que será utilizado para fins de aumento do capital da CIA. BETA BRASIL. Será proposto o aumento com base nas avaliações econômicas das sociedades a serem incorporadas, destinando-se parte a aumento de capital e parte a reserva de capital, e a parcela destinada a reserva de capital corresponderá à diferença entre o valor de avaliação econômica e o valor de avaliação de patrimônio líquido contábil.

Se o critério for aprovado nas assembleias, a incorporadora, ao contabilizar as ações que está incorporando, deverá segregar o respectivo valor total em valor de patrimônio líquido e valor de ágio, estimado em R\$ 1.425.000.000,00.

Relatados os fatos, V. Sas. nos formularam a seguinte consulta:

Primeiro quesito: “Do ponto de vista da legislação societária, incluindo CVM, existe algum impedimento em utilizar as avaliações econômicas como parâmetro para definir o aumento de capital na incorporação de ações, deixando parte do valor contabilizado em reserva de capital?”

Segundo quesito: “Assumindo que seja possível a utilização do critério pretendido, haveria algum reflexo fiscal para os acionistas titulares das ações incorporadas, ou seja, o fisco poderia sustentar que a incorporação de ações obriga o acionista a apurar ganho de capital tributável, como teria caso estivesse alienado suas ações?”

Terceiro quesito: “A transferência futura das ações para outra sociedade a título de integralização de aumento de capital de Montesa Participações (controlada da incorporadora), pode vir a ser tributada na Montesa S.A (a incorporadora)?”

Quarto quesito: “O ágio que será contabilizado na Montesa Participações, e fundamentado, poderá ser considerado despesa dedutível na Beta Fertilizadora e da Beta Nutrimento, a partir da extinção custará da Serrana Participações por incorporação de parcela cindida?”

1. A operação regulada no artigo 252 da Lei das S.A. (nº 6.404/76) sob a designação de "incorporação de ações" é inovação da lei brasileira que ainda não mereceu análise aprofundada da doutrina jurídica, e não conhecemos manifestação das autoridades fiscais sobre seus efeitos tributários. Por isso, a definição da natureza jurídica dessa operação e dos seus efeitos somente pode basear-se na interpretação do dispositivo legal no contexto do sistema da lei.

A comparação do artigo 252 (incorporação de ações) com o de nº 227 (incorporação de sociedade) deixa evidente que a incorporação de ações foi calcada sobre a de sociedade e constitui, no sistema da lei, uma variante da operação de que trata o artigo 227.

Incorporação de Sociedade

2. O procedimento de incorporação de sociedade compreende os seguintes atos:

- a) a elaboração e assinatura do Protocolo de Incorporação, do qual devem constar todas as condições da operação;
- b) o Protocolo deve ser aprovado pelas Assembleias Gerais da incorporadora e da incorporada, às quais é submetido acompanhado de justificação elaborada com observância do artigo 225 da lei;
- c) a Assembleia Geral da incorporadora, se aprovar o Protocolo, deverá autorizar aumento de capital a ser subscrito pela incorporada e por ela realizado mediante versão do seu patrimônio líquido, e nomear os peritos que o avaliarão;
- d) a Assembleia Geral da incorporada, se aprovar o protocolo da operação, deverá autorizar os administradores a praticarem os atos necessários à incorporação, inclusive a subscrição do aumento de capital da incorporadora, por conta de seus acionistas;
- e) a Assembleia Geral da incorporadora deverá apreciar o laudo de avaliação, e se o aprovar, declarar completada a incorporação, competindo à incorporadora entregar aos antigos acionistas da incorporada as ações que lhe couberem em substituição das ações que possuíam na incorporada (art. 223, § 2º).

3. A função do aumento de capital da incorporadora no procedimento de incorporação é criar as novas ações que serão atribuídas aos acionistas da incorporada em substituição das ações de emissão desta que se extinguem. Em termos de direitos de participação dos acionistas das duas sociedades no patrimônio unificado formado pela operação, o que importa é a posição relativa de cada um, e essa posição depende da relação de substituição das ações extintas da incorporada por ações da incorporadora, isto é, quantas ações da incorporadora substituirão cada ação extinta da

incorporada. Daí a lei exigir que o Protocolo de Incorporação estipule essa relação e os critérios utilizados para determiná-la.

A relação de substituição é livremente convencionada pelas duas sociedades -- é matéria negocial, que depende de juízos de conveniência -- e a única limitação da lei à liberdade de contratá-la é o princípio da realidade do capital social: a relação de substituição convencionada e o preço de emissão das ações implicam determinado aumento do capital social da incorporadora e a incorporação somente pode se realizar nas condições ajustadas no Protocolo se os avaliadores nomeados para avaliar o patrimônio líquido da incorporada forem de opinião que ele é ao menos igual ao montante do capital social da incorporadora a ser realizado na incorporação (art. 226 da Lei da S.A.). As sociedades que participam da operação podem, entretanto, convencionar livremente o valor do patrimônio líquido da incorporada ou os critérios para determinar esse valor, e não há, nem na lei comercial, nem na tributária, norma que lhes imponha o dever de adotar esse ou aquele critério.

4. Incorporação de sociedade é negócio jurídico cujas partes são as sociedades, e não seus sócios ou acionistas. Esse negócio nasce de acordo de vontades das sociedades, manifestadas através dos seus órgãos sociais: cada Assembleia Geral, ao deliberar a incorporação, manifesta a vontade coletiva da sociedade, e o aumento do capital da incorporadora é subscrito e integralizado pela sociedade incorporada por conta de seus acionistas, representada por seus diretores.

5. As observações acima sobre a natureza do negócio jurídico de incorporação e das deliberações da Assembleia Geral fundamentam as seguintes conclusões:

a) a extinção da incorporada como pessoa jurídica, a sucessão universal, pela incorporadora, de todos os direitos e obrigações da incorporada e a extinção das ações de emissão desta e sua substituição por ações de emissão da incorporadora são efeitos do negócio jurídico de incorporação, cujas partes são a incorporadora e a incorporada, e não de atos de seus sócios ou acionistas;

b) na incorporação não há ato da incorporada de alienação de seus bens à incorporadora, mas a sucessão universal desta em todos os direitos e obrigações da incorporada, com a consequente absorção do seu patrimônio, nem atos de alienação dos acionistas de bens do seu patrimônio para o patrimônio da incorporadora, pois os acionistas, ao participarem das deliberações sociais, não praticam atos de disposição de bens do seu patrimônio mas de exercício da função de membros da Assembleia Geral para formação da vontade social da incorporada;

c) a substituição das ações da incorporada por ações da incorporadora não é efeito de um ato de alienação dos acionistas titulares das ações extintas, mas subrogação real por efeito do negócio jurídico societário de incorporação.

Imposto de Renda

6. Analisando as operações de fusão, incorporação e cisão, para determinar se a substituição de ações de uma sociedade por outra implicava reinício da contagem do prazo de cinco anos da propriedade das ações, previsto na alínea "d" do § 5º do artigo 40 do RIR/80, a partir do qual a alienação de ações deixava de ser fato gerador de ganho de capital das pessoas jurídicas, a Coordenação do Sistema de Tributação da Secretaria da Receita Federal, no Parecer Normativo nº 39/81, que:

"as quotas ou ações que venham a substituir títulos de participação societária, na mesma proporção das anteriormente possuídas, não podem ser consideradas novamente "subscritas ou adquiridas", donde devem ser contada como data inicial do quinquênio aquela indicada no art. 4º, d, do DL nº 1.510/76."

7. Sejam quais forem a relação de substituição, os critérios de avaliação estipulados no Protocolo de Incorporação e a diferença de valor (segundo quaisquer critérios de avaliação) entre as ações extintas da incorporada e as ações da incorporadora que a substituírem, não ocorre o fato gerador do imposto de renda sobre o ganho de capital dos acionistas pessoas físicas que, na definição da lei, somente ocorre nas "operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de

cessão de direitos à sua aquisição ..." (Lei nº 7.713/88, art. 3º, § 3º; RIR/99, art. 27, § 4º).

A procedência dessa interpretação é confirmada quando se verifica os resultados práticos absurdos que conduz a proposição de que a substituição de ações no negócio jurídico de incorporação de sociedade constituiria modalidade de alienação praticada pelos acionistas da incorporada:

a) as deliberações da incorporada são atos coletivos formados pelo voto manifestado pela maioria dos acionistas, que exprimem a vontade social, ainda que nem todos os acionistas tenham comparecido à Assembleia e que alguns dos presentes à Assembleia tenham votado contrariamente à deliberação;

b) se da deliberação social se pudesse inferir a existência de atos de disposição de bens do seu patrimônio pelos acionistas da incorporada, estarse-ia afirmando que mesmo os acionistas que votaram contra a deliberação ou não participaram da votação teriam praticado ato de alienação de bens ou direitos do seu patrimônio, o que evidentemente constitui conclusão absurda.

Incorporação de Ações

8. A operação de incorporação de ações regulada no artigo 252 da Lei das S.A. é definida pela lei como "a incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira, para convertê-la em subsidiária integral".

O efeito final da operação é o mesmo da incorporação de sociedade sob os aspectos de:

a) unificar dois conjuntos de sócios diferentes, que participam de patrimônios distintos, e que passam a constituir um único corpo social; e

b) a incorporadora continua a existir, sem modificação na sua personalidade.

A incorporação de ações se distingue, todavia, da de sociedade, porque:

a) a companhia cujas ações são incorporadas não se extingue, mas continua a existir como subsidiária integral da incorporadora;

b) os patrimônios das duas sociedades continuam a ser distintos, mas o novo conjunto de sócios da incorporadora e da companhia cujas ações são incorporadas passam a ter participação em ambos os patrimônios -- diretamente no patrimônio da incorporadora e, indiretamente (através desta), no patrimônio da companhia cujas ações são incorporadas.

9. O procedimento de incorporação de ações regulado no artigo 252 é o mesmo da incorporação de sociedade de que trata o artigo 227:

a) a operação começa pela elaboração e assinatura do Protocolo de Incorporação, nos termos do artigo 224 da lei, que contém todas as condições da operação;

b) o Protocolo deve ser aprovado pelas Assembleias Gerais de ambas as sociedades, às quais é submetido acompanhado de justificação elaborada com observância do disposto no artigo 225;

c) a Assembleia Geral da incorporadora, se aprovar a operação, deverá autorizar aumento de capital a ser realizado com as ações a serem incorporadas e nomear os peritos que as avaliarão;

d) a Assembleia Geral da companhia cujas ações houverem de ser incorporadas, se aprovar o Protocolo, autorizará a diretoria a subscrever o aumento de capital da incorporadora, por conta dos seus acionistas;

e) a Assembleia Geral da incorporadora deverá examinar e aprovar o laudo de avaliação das ações e declarar efetivada a incorporação, e os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhes couberem.

10. Tal como na incorporação de sociedade, na incorporação de ações a relação de substituição de ações e os critérios de avaliação podem ser

livremente convencionados pelas duas sociedades, aplicando-se, por analogia, a regra do artigo 226 da lei segundo a qual a função dos avaliadores é verificar se as ações têm valor ao menos igual ao do aumento do capital social da incorporadora a ser realizado na incorporação.

A diferença entre as duas operações é que na incorporação de sociedade o aumento de capital da incorporadora é formado com o patrimônio líquido da incorporada, enquanto que na incorporação de ações é formado com as ações de emissão da outra sociedade, e não do seu patrimônio líquido.

11. Não obstante essas diferenças, as duas operações têm a mesma natureza jurídica:

- a) tal como na incorporação de sociedade, a de ações é negócio jurídico cujas partes são as sociedades, e não seus sócios ou acionistas;
- b) esse negócio nasce de acordo de vontades das sociedades, manifestadas através de seus órgãos sociais;
- c) o aumento de capital da incorporadora é subscrito e integralizado pela sociedade cujas ações são incorporadas, representada por seus diretores, por ordem e conta de seus acionistas;
- d) os acionistas da sociedade cujas ações são incorporadas exercem seu direito de voto na Assembleia Geral no exercício da função de membros do órgão social, e os que votam a favor da operação não praticam ato de disposição de bens do seu patrimônio, mas de formação de vontade da sociedade;
- e) a subrogação real das ações incorporadas em ações de emissão da incorporadora e a aquisição das ações incorporadas pela incorporadora são efeitos do negócio jurídico entre as duas sociedades, e não de atos individuais dos sócios ou acionistas da sociedade cujas ações são incorporadas;

f) por conseguinte, na substituição das ações incorporadas pelas ações da incorporadora não há ato de alienação que constitua fato gerador do imposto de renda sobre ganhos de capital.

Custo de Aquisição

12. Para a incorporadora, o custo de aquisição das ações incorporadas é equivalente ao preço de emissão das ações do aumento de capital efetuado para substituição das suas ações pelas ações incorporadas. Para os titulares das ações incorporadas, sejam quais forem os critérios de avaliação e a relação de substituição, a subrogação de ações não implicará alteração do custo de aquisição que consta da declaração de bens dos acionistas pessoas físicas, ou dos livros da pessoa jurídica se o seu investimento na sociedade incorporada não vier a se classificar como relevante em razão da incorporação. Se isso ocorrer, a pessoa jurídica investidora deverá desdobrar o investimento na MONTESA S.A. em valor de patrimônio líquido e ágio ou deságio.

Amortização do Ágio

13. O art. 391 do RIR/99 veda a amortização do ágio na aquisição do investimento, assim entendida a diferença a maior entre o custo de aquisição do investimento e seu valor determinado com base no patrimônio líquido da investida, mas admite que o ágio seja computado como parte no custo de aquisição para determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento, ainda que já amortizado na escrituração comercial do contribuinte (art. 426).

A Lei nº 9.532, de 1997 (art. 7º) criou, todavia, exceção a essa norma do RIR/99, admitindo, nos casos de incorporação, fusão ou cisão, a amortização do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados em até dez anos-calendário subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração.

Nessa hipótese, a amortização poderá ser deduzida nos casos e sob as condições previstas nos itens e parágrafos dos artigos 7º e 8º da lei.

Conclusão

14. Em razão do exposto, nosso entendimento sobre as questões formuladas por V. Sas. é a seguinte:

1º) Não existe impedimento em utilizar a avaliação econômica para definir o aumento de capital na incorporação de ações deixando parte do valor contabilizado em reserva de capital.

Deve-se salientar, entretanto, que, para fins de assegurar aos acionistas dissidentes da deliberação direito de recesso (art. 264, § 4º), na incorporação de ações de sociedade controlada ou sob controle comum a justificação apresentada à assembleia geral da controlada deverá conter, além das informações de que tratam os arts. 224 e 225 da Lei das Sociedades por Ações, o cálculo das relações de substituição das ações dos acionistas não controladores da controlada com base no valor do patrimônio líquido das ações da controladora e da controlada, avaliados os dois patrimônios segundo os mesmos critérios e na mesma data, a preços de mercado, ou com base em outro critério aceito pela CVM, no caso das companhias abertas.

2º) Na incorporação de ações de que trata o artigo 252 da Lei nº 6.404/76 não há alienação de ações que constitua fato gerador do imposto de renda sobre ganhos de capital de que sejam contribuintes os titulares das ações incorporadas;

3º) A eventual transferência das ações incorporadas pela MONTESA S.A. somente poderá vir a ser tributada na MONTESA S.A. se o valor pelo qual essas ações forem transferidas for superior ao custo de aquisição dessas ações pela MONTANA S.A.;

4º) A dedução da amortização, para efeito de determinar a base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro de pessoas jurídicas, de ágio na aquisição de investimento originário de

operação de incorporação de ações somente será dedutível, observados os requisitos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.457/97, no caso da posterior incorporação de uma sociedade pela outra, nos termos do artigo 227 da Lei das S.A.

Atenciosamente,
José Luiz Bulhões Pedreira
Luiz Carlos Piva