

Incorporação de Ações: a natureza jurídica e o reflexo na incidência tributária do Imposto de Renda

João Paulo Mortari Neves

I - Introdução

A arrecadação tributária possui extrema relevância para financiar os gastos públicos com os diversos direitos e garantias sobre os quais o Estado necessita tutelar, assim como para auxiliar na distribuição de recursos a fim de alcançar objetivos do Estado brasileiro, sem que haja a perda da eficiência econômica¹. Em razão disso, a ciência do Direito Tributário visa, dentro da zetética e dogmática, compreender e interpretar as diversas operações societárias como bases de cálculo para que haja a incidência tributária, limitada à previsão legal. Sob tal perspectiva, portanto, desenvolve-se a celeuma da arrecadação tributária indevida sob a operação de incorporação de ações nas sociedades anônimas.

Após diversos julgados proferidos pelo Conselho de Administração de Recursos Fiscais (CARF) entendendo pela incidência da tributação do Imposto de Renda sobre a operação societária de incorporação de ações, houve uma mudança recente que demonstrou o abrandamento do Poder do Fisco e reconhecimento sob esse tipo de operação. A mudança de entendimento teve como base a compreensão da incorporação das quotas da Organização Farmacêutica Drogão Ltda. pelo contribuinte para a Drogaria São Paulo S/A. Em contrapartida, a aludida a Companhia efetuou parte do pagamento em dinheiro - equivalente 1.935.790 quotas da sociedade limitada - e a outra parte ocorreu mediante a subscrição do contribuinte das ações da Drogaria São Paulo S/A (967.895 ações subscritas). Embora tenha ocorrido o provimento parcial relativo à incidência tributária, o CARF afastou a arrecadação do Imposto de Renda (IR) da operação que compreende a segunda parte da contraprestação: incorporação de ações.

A decisão do CARF possui alta relevância no que tange à concentração empresarial que ocorre no Brasil, assim como à reestruturação interna e redução de custos operacionais, pois trata-se de um imposto que tem como base de cálculo os acréscimos patrimoniais decorrentes da operação societária. A fim de aprofundar, sem exaurir a compreensão sobre as correlações das áreas jurídicas, haverá a necessidade de se compreender os pormenores da incorporação de ações e as consequências tributárias inerentes a ela.

II - Definições

¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 11ª ed. Saraiva: São Paulo, 2020. p. 50.

a) Definições Societárias

Destarte, afirma-se que a incorporação de ações, prevista no Art. 252 da Lei n. 6.404 de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas - LSA) é uma operação societária, que terá o intuito de constituir derivadamente uma subsidiária integral a outra companhia, sendo que os acionistas da incorporada receberão, em contraprestação, o direito de subscrição das ações a serem emitidas pela incorporadora, após o aumento de capital, conforme dispõe a própria Lei para caracterizar a operação societária em análise. Destaca-se que a subsidiária integral é uma sociedade unipessoal, tendo como único acionista uma sociedade brasileira, conforme dispõe o Art. 251 da LSA. Ademais, a subsidiária integral deverá adotar o tipo societário de sociedade anônima, ainda que certos institutos não sejam aplicados em razão da unipessoalidade, como pode ser o caso da substituição das Assembleias Gerais por um “termo de resolução”².

Cumprе consignar, no entanto, que a incorporação de ações é distinta da incorporação de sociedade. Enquanto a incorporação de sociedade compreende a absorção de uma ou mais sociedades por uma outra companhia, havendo a extinção da personalidade jurídica daquela que fora incorporada (Art. 227, LSA), a incorporação de ações não trará a extinção da personalidade jurídica da companhia incorporada, designada doravante de subsidiária integral, conforme o aludido Art. 252. Logo, pode-se dizer que, na incorporação de sociedades, há uma sucessão universal de direitos e obrigações³, justamente em razão de não existir mais a personalidade jurídica, enquanto nas incorporações de ações, em razão de blindar a personalidade, não haverá a aludida sucessão. Logo, nota-se que, na incorporação de ações, os acionistas da incorporada – futura subsidiária integral – perderão as ações desta e irão adquirir o direito de subscrever às ações da incorporadora – controladora da subsidiária integral.

A fim de concretizar essa operação societária prevista no Art. 252 da LSA, haverá a incorporação das ações de uma companhia (incorporada) por outra (incorporadora), sem findar a personalidade jurídica daquela que teve as ações adquiridas. Em razão da permanência da personalidade jurídica da incorporada, adotar-se-á a tese do professor e jurista Nelson Eizirik⁴, em que a operação compreenderá institutos híbridos, ocorrendo pela integração das ações (como nas incorporações e fusões) em concomitância com a permanência da personalidade jurídica na incorporada (como ocorre nos grupos de sociedades empresárias). Frisa-se que a

² BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2021. p. 570.

³ Cf. BORBA, José Edwaldo Tavares. *Op. cit.* p. 503. e EIZIRIK, Nelson. *Incorporação de Ações: Aspectos Polêmicos*. In: WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge (Coord.). *Fusão, Cisão, Incorporação e Temas Correlatos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 82.

⁴ EIZIRIK, Nelson. *Op. cit.* p. 78-79.

incidência de institutos híbridos ocorre, pois, as incorporações e fusões são operações societárias que findam a personalidade jurídica daquela incorporada ou daquelas companhias que realizaram a fusão (Arts. 227 e 228, LSA, respectivamente). Os grupos de sociedades empresárias, por sua vez, realizam a concentração de empresas, havendo um controle comum, sem que haja a extinção da personalidade jurídica⁵. Deste modo, a finalidade da incorporação de ações será incorporar todas as ações de uma companhia no mercado, tornando-a uma subsidiária integral sem que haja a extinção da personalidade jurídica, como ora exposto.

De tal forma, a LSA compreende, como consequência da operação, o aumento de capital da incorporadora, conforme o §1º do dispositivo supramencionado: “*a assembleia-geral da companhia incorporadora, se aprovar a operação, deverá autorizar o aumento de capital, a ser realizado com ações a serem incorporadas (...)*”. Nota-se que se trata de uma norma cogente, ou seja, deverá ser cumprida pelas partes que desejam realizar a operação em comento. Assim sendo, o aumento de capital com as ações da companhia incorporada não será reduzido por mera faculdade da companhia a fim de cumprir a economicidade da atividade empresarial, mas sim por uma suplementação legislativa, visando a constituição derivada de uma subsidiária integral.

A consequência do aumento de capital implicará a subscrição das ações somente daqueles acionistas da companhia incorporada, não sendo permitido que os acionistas da incorporadora exerçam o direito de preferência para subscrever a essas novas ações emitidas, como ainda dispõe o §1º, na segunda parte: “*(...) os acionistas [da companhia incorporadora] não terão direito de preferência para subscrever o aumento de capital da incorporadora, mas os dissidentes poderão retirar-se da companhia (...)*”. A finalidade disso é de que a companhia incorporadora seja a única acionista da incorporada, cumprindo, efetivamente, com o instituto da subsidiária integral, que ainda preserva a personalidade jurídica da incorporada.

Ressalta-se que o ato de subscrever às ações de aumento do capital da incorporadora será realizado pela Diretoria, por força do §2º do Art. 252 da LSA, e não pelos acionistas. Isso decorre do interesse social, deliberado no seio da Assembleia Geral, mediante votação dos acionistas com direito de voto, tendo assim repercussão no patrimônio de todos os acionistas. Logo, nota-se que o cerne da incorporação de ações está na deliberação da Assembleia geral, com força no princípio majoritário de ambas as companhias - incorporada e incorporadora -, gerando efeitos compulsórios para os acionistas das empresas, como a supramencionada perda da ação daquele que é titular da ação da incorporada.

⁵ BORBA. José Edwaldo Tavares. *Op. cit.* p. 576.

De tal maneira, a operação compreende a natureza de sub-rogar as ações das companhias, pois as ações da incorporada serão adquiridas pela incorporadora, enquanto os acionistas da companhia incorporada irão subscrever as ações da incorporadora, de acordo com o valor correspondente das ações que eram titulares anteriormente. A sub-rogação real e legal, por estar prevista na LSA, é uma consequência⁶ para todos os acionistas, implicando, inclusive, o aumento de capital supracitado. Em contrapartida, haverá a subscrição equivalente das ações da incorporadora⁷, justamente por esta companhia ter adquirido as ações da incorporada. Nota-se que o acionista, *grosso modo*, apenas substitui as ações da incorporada pelas ações - equivalentes - da incorporadora. Ante o exposto, é imperioso notar que há a omissão do caráter rentável em face dessa operação, pois, como diversas vezes mencionado, trata-se de uma mera sub-rogação das ações.

b) Definições Tributárias

Já no que tange à matéria tributária, o fato gerador do Imposto de Renda é o produto do capital e/ou do trabalho (renda) e os acréscimos patrimoniais (proventos de qualquer natureza) do contribuinte, conforme prevê o Art. 43 da Lei n. 5.172 de 1966 (Código Tributário Nacional). Nota-se, dessa maneira, que o acionista da então companhia incorporada, que agora detém ações da incorporadora, apenas efetua uma sub-rogação de título de permanência⁸ com natureza de valor mobiliário. Assim sendo, não compreende um acréscimo patrimonial do acionista, pois houve a sub-rogação diante de um valor equivalente. Logo, não há que se falar em incidência do Imposto de Renda, justamente por estar ausente o fato gerador para que haja a incidência tributária. Contudo, o CARF, durante anos, não pensou dessa forma, apresentando a tese que será exposta a seguir.

III - A tese antiga e consolidada do CARF

Anteriormente, o CARF entendia que, no momento que houvesse a subscrição das ações da incorporadora pelo acionista da incorporada, ocorreria um ganho de capital, sendo passível de tributação a partir do Imposto de Renda. O aludido ganho seria, a princípio, decorrente da variação da cotação das ações da incorporada e incorporadora.

⁶ DE MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado v. XXIII: Direito das Obrigações, relações obrigacionais e transferência de crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 435.

⁷ EIZIRIK, Nelson. *Op. cit.* p. 89.

⁸ Cf. ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio Franco da. *Títulos de Crédito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 63.

A razão disso ocorrer é que, pelo entendimento do CARF, tal operação possuía natureza jurídica de alienação, não de sub-rogação. Cumpre ainda consignar que tal fato não decorre de uma mera particularidade do caso, mas sim de entendimento sobre a natureza da operação prevista no próprio dispositivo legal da LSA, conforme a seguinte tese da decisão:

A operação de entrega de ações para incorporação, nos moldes previstos no art. 252 da Lei das S/A, mediante o recebimento de novas ações emitidas pela empresa incorporadora, ambas avaliadas a valor de mercado, caracteriza-se como alienação e está sujeita a apuração de ganho de capital.⁹

Os Conselheiros, portanto, não compreendiam que há uma recomposição patrimonial decorrente da incorporação de ações, sendo a própria natureza jurídica da sub-rogação inerente ao aludido instituto. Em especial, quando o valor equivalente da ação subscrita da incorporadora fosse maior do que aquela ação da incorporada, era clarividente para os Conselheiros que se tratava de um ganho de capital passível de ser tributado pelo Imposto de Renda.

Esse raciocínio, inclusive, ocorreu em casos de companhias famosas no mercado, como Banco Bradesco S/A¹⁰ e Itaú Unibanco S/A¹¹. Em ambos os casos houve o entendimento da incidência da tese supramencionada, ou seja, compreendeu-se que houve, sobretudo, um ganho de capital decorrente das incorporações de ações. Inclusive, houve a defesa por um dos contribuintes - o Bradesco S/A enquanto recorrente no aludido Acórdão - que não concorreram ao elemento volitivo para que houvesse a incorporação, justamente em razão do princípio majoritário em deliberação vincular aqueles acionistas que, embora tenham permanecido na companhia, não utilizaram o direito de retirada.

Assim sendo, para possibilitar o aumento de capital, o CARF entendeu que houve uma dação do bem dos acionistas da incorporada, a fim de subscreverem o capital social da incorporadora. Isso, seguindo essa corrente, caracteriza uma alienação em sentido amplo, não uma sub-rogação real prevista em lei (designada de sub-rogação legal). Contudo, existe uma corrente que compreende que, ainda se fosse o caso de se tratar da natureza de sub-rogação real, tratar-se-ia de uma sub-rogação ficta, pois se relaciona a um juízo relativo, sendo que as ações sub-rogadas não ocupariam a título universal aquelas substituídas¹². A razão de haver

⁹ CSRF. Acórdão n. 9101005691. Rel. Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, 1ª Turma. Sessão de 11 de ago. de 2021.

¹⁰ Idem.

¹¹ CSRF. Acórdão n. 9101003605. Rel. Conselheiro Gerson Macedo Guerra, 1ª Turma. Sessão de 05 de jun. de 2018.

¹² SCHOUERI, Luiz Eduardo; ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. *Incorporação de Ações: Natureza Societária e Efeitos Tributários*. Revista Dialética de Direito Tributário n. 200, maio-2012. p. 51.

uma sub-rogação real ficta não prejudica a existência de uma alienação, pois, diante da relatividade da sub-rogação, para que haja a alienação, parte da obrigação deve se desprender mediante um negócio jurídico¹³. Logo, tratando-se de uma alienação com a possibilidade de abranger uma sub-rogação ficta, haverá a dação de bens a fim de concretizar a aludida operação.

IV - A tese nova do CARF e o respeito à natureza jurídica das incorporações

Mesmo diante de todas as considerações feitas, a tese mais recente do CARF¹⁴ decidiu pelo afastamento da cobrança do Imposto de Renda justamente em face do reconhecimento da natureza de sub-rogação real, prevista na lei, para a incorporação de ações.

Esse novo entendimento do CARF está de acordo com o voto vencido da Conselheira Livia De Carli Germano em outro julgado, que se manifestou da seguinte forma sobre a natureza da incorporação de ações:

A operação da incorporação de ações nada mais é do que uma troca (permuta) de ativos e nesta não há preço, no sentido objetivo do termo, já que para os permutantes os bens permutados têm valor equivalente.¹⁵

De tal modo, percebe-se que há uma tributação de um ativo financeiro - as ações - pela simples permuta. Desta forma, haverá incidência tributária na mera propriedade do ativo, o que não é condizente com a legislação tributária tendo em vista a ausência de previsão de um dispositivo que institua tributação sobre esse fator gerador. Essa possibilidade de tributação, com fato gerador errôneo, é contra a própria Lei n. 5.175 de 1966 (Código Tributário Nacional), como prevê o seguinte dispositivo:

Art. 4º. A natureza jurídica específica do tributo é **determinada pelo fato gerador** da respectiva obrigação (...) (grifos próprios)

Desta maneira, pode-se dizer, inclusive, que existe uma ilegalidade na incidência do tributo em razão de haver a cobrança do Imposto de Renda sobre a operação de incorporação de ações, uma vez que não há um capital de giro numa mera permuta, não devendo, portanto, incidir a aludida espécie tributária em comento.

V - Conclusão

¹³ SCHOUERI, Luiz Eduardo; ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. *Op. cit.* p. 58.

¹⁴ CSRF. Acórdão n. 9202009948. Rel. Conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, 2ª Turma. Sessão de 24 de set. de 2021.

¹⁵ Voto da Conselheira Livia De Carli Germano no CSRF. Acórdão n. 9101005691. Rel. Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, 1ª Turma. Sessão de 11 de ago. de 2021.

O reconhecimento recente da natureza jurídica de sub-rogação real demonstra grande avanço por parte do CARF. Entende-se que está ocorrendo um alinhamento com as decisões proferidas na Justiça Federal¹⁶, que tem decidido a favor do acionista contribuinte, afastando a incidência do Imposto de Renda na incorporação de ações.

A tributação sobre as operações societárias é de extrema relevância, pois abrange questões econômicas fundamentais para as companhias. A incidência do Poder do Fisco no cotidiano da empresa afeta balanços patrimoniais, sendo estes um dos instrumentos mais utilizados por investidores ao aportar recursos na companhia, em especial nas sociedades de ações com capital aberto no mercado de valores mobiliários. Compreende-se que a parcimônia do Fisco em analisar a concretude e averiguar a riqueza no contexto das operações societárias, pode ser benéfica para a atividade empresarial. Logo, a empresa, enquanto sujeito de direito, contribui de diversas formas com a sociedade, como, por exemplo, a partir da contribuição decorrente do resultado de exercício na Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL (Art. 2º, Lei n. 7.689 de 1988).

¹⁶ TRF4. Processo n. 50527934220114047000. Rel.: Des. Maria de Fátima Freitas Labarrère, 2ª Turma. j. 22.09.2015; e TRF3. Processo 50265286720184036100, 7ª Vara Cível Federal de São Paulo. j. 24.09.2021.

Referências Bibliográficas

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2021.

DE MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado v. XXIII: Direito das Obrigações, relações obrigacionais e transferência de crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

EIZIRIK, Nelson. *Incorporação de Ações: Aspectos Polêmicos*. Apud: WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge (Coord.). *Fusão, Cisão, Incorporação e Temas Correlatos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio Franco da. *Títulos de Crédito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 11ª ed. Saraiva: São Paulo, 2020.

SCHOUERI, Luiz Eduardo; ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. *Incorporação de Ações: Natureza Societária e Efeitos Tributários*. Revista Dialética de Direito Tributário n. 200, maio-2012.