



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA**

PROCESSO N° : 13805.006029/98-12
RECURSO N° : 120.033
MATÉRIA : IRPJ E OUTROS – EXS: DE 1992 E 1993
RECORRENTE : BANCO MULTIPLIC S/A
RECORRIDA : DRJ EM SÃO PAULO(SP)
SESSÃO DE : 17 DE OUTUBRO DE 2000
ACÓRDÃO N° : 101-93.209

IRPJ – GANHOS DE CAPITAL – SIMULAÇÃO – ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS –
Caracteriza simulação a transferência pela controladora para a controlada, de ações da controlada, e desta para a verdadeira compradora, quando a aquisição de suas próprias ações pela controlada para permanência em tesouraria não preenche os requisitos estabelecidos no artigo 30 e seus parágrafos da Lei das Sociedades Anônimas. No caso dos autos, as ações da controlada foram alienadas pela controladora diretamente para a compradora, como consta de Acordo e ratificado em Protocolo firmado pelas partes e, também, em virtude de os pagamentos terem sido efetuados e contabilizados pela compradora validando os ajustes firmados.

IRPJ – GANHOS DE CAPITAL – PERMUTA DE AÇÕES ENTRE A CONTROLADA E A AQUIRENTE – Se a aquisição de suas próprias ações pela controlada de sua controladora caracteriza simulação, por descumprimento do artigo 30 e seus parágrafos da Lei das Sociedades Anônimas, não cabe a imputação de omissão de ganhos de capital como sucessora tendo em vista que com a venda direta de ações da controladora para a adquirente, a controladora deixou de ser sucessora de sua controlada.

IRPJ – APURAÇÃO DE GANHOS DE CAPITAL – ÁGIOS PAGOS NA AQUISIÇÃO – Procedente a glosa de prejuízos apurados em vendas simuladas quando a fiscalização apropria os custos de aquisição, inclusive os ágios pagos, na determinação de ganho de capital.

IRPJ – COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS – Se os prejuízos declarados foram parcialmente aproveitados para compensação com os valores tributáveis apurados pela fiscalização, cabe a glosa da compensação, como indevida, nos meses em que os mesmos prejuízos foram aproveitados nas declarações de rendimentos.

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO – Os créditos tributários apurados pela fiscalização em ganho de capital com base em escrituração contábil do sujeito passivo e de terceiros bem como, os créditos tributários decorrentes de glosa de compensação de prejuízos fiscais acumulados e glosa de prejuízo na apuração de ganhos de capital estão sujeitos a multa de lançamento de ofício de 75%.

PROCESSO Nº: 13805.006029/98-12
ACÓRDÃO Nº : 101-93.209

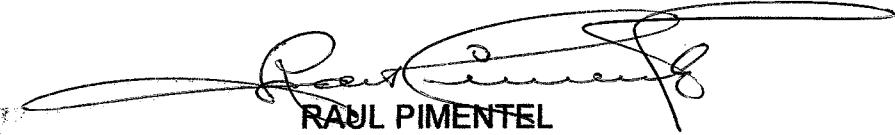
Preliminar rejeitada e recurso provido parcialmente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **BANCO MULTIPLIC S/A**.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar suscitada e, no mérito, DAR provimento parcial ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator. E pelo voto de qualidade reduzir a multa, vencidos os Conselheiros Kazuki Shiobara, Sandra Maria Faroni, Jezer de Oliveira Cândido e Francisco de Assis Miranda, que mantinham a multa qualificada sobre os ganhos de capital e o Conselheiro Sebastião Rodrigues Cabral que dava provimento total a multa. Designado para redigir o voto vencedor no item multa reduzida o Conselheiro Raul Pimentel, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE



RAUL PIMENTEL
RELATOR-DESIGNADO

FORMALIZADO EM: 09 JAN 2001

RECURSO DA FAZENDA NACIONAL: RP/101-0.231

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: CELSO ALVES FEITOSA e SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL.

PROCESSO N°: 13805.006029/98-12
ACÓRDÃO N° : 101-93.209

RECURSO N°. : 120.033
RECORRENTE: BANCO MULTIPLIC S/A

RELATÓRIO

A empresa **BANCO MULTIPLIC S/A**, inscrita no Cadastro Geral de Contribuintes sob n° 42.177.527/0001-36, inconformada com a decisão de 1º grau proferida pelo Delegado da Receita Federal de Julgamento em São Paulo(SP), apresenta recurso voluntário a este Primeiro Conselho de Contribuintes objetivando a reforma da decisão recorrida.

O crédito tributário contido nos presentes autos refere-se a seguintes impostos e contribuições, representados em UFIR:

NOME/TRIBUTO	VALOR/TRIBUTO	JUROS/MORA	MULTAS	TOTAIS
IRPJ	30.795.683,06	13.834.472,09	92.387.049,18	137.017.204,33
PIS/FATURAM.	544.095,85	261.166,01	1.632.287,55	2.437.549,41
IRF/LL	3.482.513,46	1.567.131,06	10.447.540,38	15.497.184,90
CSLL	13.565.533,46	6.104.490,06	40.696.600,38	60.366.623,90
TOTAIS	48.387.825,83	21.767.259,22	145.163.477,49	215.318.562,54

Na decisão de 1º grau, as exigências relativas aos Imposto de Renda de Pessoa Jurídica e Contribuição Social sobre o Líquido foram mantidas, com a redução do percentual da multa de lançamento de ofício de 300% para 150% e canceladas as exigências relativas a Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido e contribuição para o PIS/FATURAMENTO.

A autoridade julgadora de 1º grau apresentou recurso de ofício no processo administrativo fiscal n° 13805.01351/96-20 e foi lhe negado provimento no Acórdão n° 101-92.397, de 11 de novembro de 1998.

O lançamento principal correspondente ao Imposto de Renda de Pessoa Jurídica, a autoridade lançadora descreveu a infração cometida pelo sujeito passivo, no Termo de Verificação, de fls. 128 a 130, nos seguintes termos:

"1 - O Banco Multiplic S/A deixou de reconhecer como resultado do ano calendário de 1992, o ganho de capital de Cr\$ 153.942.156.407,25, resultante da alienação das 2.785.247 ações de sua controlada Barra Mansa S/A à Metalúrgica Matarazzo S/A pelo preço de Cr\$ 189.749.127.682,00 menos o custo contábil das referidas ações (valor + ágio) de Cr\$ 35.806.970.274,75 (art. 323, incisos I e II, do RIR/80).

2 -- o Banco Multiplic S/A, na qualidade de sucessor por incorporação (art. 132 do CTN) da Barra Mansa S/A, responde pelo ganho de capital (ano calendário de 1992) efetivado pela mesma na permuta das quotas da sua controlada integral Litográfica BM Ltda., assim calculado: Cr\$ 189.749.127.682,00 – Cr\$ 3.310.407.000,00 = Cr\$ 186.438.720.682,00.

3 -- Tendo em vista que já foi considerado o ágio no valor contábil da alienação direta (Banco/Metalma), na determinação do ganho de capital, fizemos a glosa do valor de Cr\$ 33.696.499.823,41 levado a prejuízo do Banco para tributá-lo na forma do artigo 191 do RIR/80, como despesa indevidável.

4 -- Para efeito de apuração do imposto devido, deve-se excluir dos valores apurados a quantia de Cr\$ 21.696.634.677,54, como compensação de prejuízo escriturado às fls. 57 do LALUR (saldo do prejuízo corrigido relativo a agosto/92), tributando-se, no entanto, os valores compensados em 31/12/92, na quantia de Cr\$ 22.152.149.028,89 e, em 31/01/93, a quantia de Cr\$ 13.946.666.305,74."

A fiscalização chegou a esta conclusão, após o relato dos procedimentos adotados pelo sujeito passivo com a participação do Grupo Metalma que foram consideradas operações simuladas para eximir-se do pagamento de tributos e contribuições, sintetizado nos seguintes termos:

"em 28/12/90: (a) - o Grupo Multiplic ('Banco' e 'Participações') – credor – celebrou com o Grupo Metalma (Metalúrgica Matarazzo – Metalma e outras) – devedor – acordo geral para consolidação de dívidas e outras avenças(fls. 26/37); (b) - Metalma constitui a empresa 'Barra Mansa S/A', mediante conferência de bens, por cisão de 'Litográfica Matarazzo (fls. 74/91); (c) - ações da 'Barra Mansa' foram dadas pela Metalma, ao Grupo Multiplic, na proporção de 19,55% ao 'Banco' e, 80,45% à 'Participações', quitando-se, então a dívida daquela (Metalma) com estes; (d) - os imóveis e equipamentos da 'Barra Mansa', foram locados à Metalma, pelo Grupo Multiplic."

"em 30/10/92: – os Grupos Multiplic e Metalma, além de 'Barra Mansa' e sua controlada – integral – 'Litográfica BM', visando equacionar o acordo celebrado em 28/12/90, celebram um novo acordo, consubstanciado em dois instrumentos contratuais, de teores praticamente semelhantes, a saber: no primeiro deles, entregue pelo fiscalizado e assinado somente pelo Grupo Metalma, podendo aquele, entretanto, assina-lo e faze-lo vigorar a qualquer instante, consta às suas folhas 06, cláusula 1.2, a venda direta de ações da 'Barra Mansa', pertencentes ao 'Banco', à 'Metalma' (fls. 135); já no segundo instrumento – este retido pela Fiscalização, junto á 'Metalúrgica Matarazzo S/A', em sua sede social – devidamente assinado por ambas as partes, consta às mesmas folhas (6) e cláusula (1.2), ser a 'Barra Mansa' a vendedora de suas próprias ações, à 'Metalma'; o fiscalizado omitiu a existência desse segundo instrumento(fls. 161); "

"em 30/10/92: a Diretoria da 'Barra Mansa' realiza reunião, cuja Ata respectiva discrimina a operação de venda das ações (19,55%) da mesma, e pertencente ao 'Banco', à 'Metalma', da seguinte forma: (a) – o 'Banco' aliena-as à própria 'Barra Mansa', para que esta as mantenha em tesouraria, pelo preço de Cr\$ 2.460.471.451,34, considerando o ágio de Cr\$ 33.346.499.823,41, como prejuízo; (b) – ato contínuo, a 'Barra Mansa' as revende à 'Metalma', por Cr\$ 189.749.127.682,00, constituindo uma reserva não tributada de Cr\$ 187.288.656.230,66 (art. 343, inciso IV do RIR/80); (c) – 'Barra Mansa' constitui a 'Litográfica BM Ltda.', com capital social inicial de Cr\$ 3.310.407.000,00, esvaziando seu patrimônio mediante a versão de imóveis e equipamentos, forma esta utilizada para integralização de sua participação na nova empresa; (d) – 'Barra Mansa' entrega à 'Metalma' a totalidade das quotas da Litográfica BM', recebendo de volta, as suas 2.785.237 ações, agora, sim, para permanência em tesouraria."

Em prosseguimento ao relato das irregularidades que teriam sido cometidas pela fiscalizada, a fiscalização justifica que teria havido a simulação com os seguintes argumentos:

"Salientamos que a existência de dois contratos sobre o mesmo fato revela a simulação articulada na Ata da Reunião da Diretoria acima referida.

...

Da descrição dos fatos, verifica-se que houve, por parte da Diretoria do Banco (a mesma da Barra Mansa), uma manipulação de valores (disparidade de preços para a mesma

coisa e na mesma data) tendo por objeto eliminar ou reduzir o montante do imposto devido, com infração do art. 158 do RIR/80, que trata da falsificação da escrituração e seus comprovantes e a realização de operações simuladas, com o objetivo de elidir o surgimento da obrigação tributária principal e obtenção de vantagens fiscais (PN-CST nº 46, de 17/08/87 e art. 51 da Lei nº 7.450/85). Com efeito, a Barra Mansa, ao criar a Litográfica BM Ltda. não efetuou uma correta avaliação dos bens do seu ativo (imóveis e equipamentos), mas atribuiu aos mesmos o valor de Cr\$ 3.310.407.000,00. Apura-se, nesta operação de permuta (Barra Mansa/Metalma) uma mais valia de Cr\$ 186.438.720.683,00 em contrapartida ao valor das ações devolvidas à Barra Mansa que já tinham o valor definido de Cr\$ 189.749.127.658,00. Essa diferença representa para a Barra Mansa um ganho de capital na permuta (art. 323, inciso I do RIR/80). Essa mais valia está registrada no Diário nº 35, fls. 159 da Metalúrgica Matarazzo como ágio pago na aquisição das quotas de Litográfica BM Ltda. Esta matéria está definida, com clareza, no PN-CST nº 504/71.

Releva salientar que: (a) – a Barra Mansa só poderia adquirir ações para permanência em tesouraria utilizando reservas de capital (art. 30, § 1º, 'b' combinado com art. 200, inciso II, da Lei nº 6.404/76) e não mediante empréstimo recebido do Banco; (b) – a entrada e saída instantânea das ações em tesouraria não caracteriza permanência de que fala a Lei das Sociedades Anônimas, porém um subterfúgio para desviar um ganho de capital que seria tributado no Banco; (c) – a operação de permuta acima relatada foi absurdo já que a Barra Mansa trocou todo o seu patrimônio (a Litográfica BM Ltda.) por apenas 20% de suas próprias ações.

Há, nos fatos descritos, uma conjugação de atos, todos praticados na mesma data, que caracterizam sonegação (art. 743, inciso I do RIR/80), fraude, isto é, ação dolosa tendente a impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal ou a excluir ou a reduzir o montante do imposto devido ou evitar ou diferir o seu pagamento (art. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64), ato simulado e abuso de forma jurídica.

O art. 51 da Lei nº 7.450/85 dispõe que ficam compreendidos na incidência do imposto de renda todos os ganhos e rendimentos de capital, qualquer que seja a denominação que lhe seja dada, independentemente da natureza, da espécie ou da existência de título ou contrato escrito, bastando que decorram de ato ou negócio, que, pela sua finalidade, tenha os mesmos efeitos do previsto na norma específica de incidência do imposto de renda. Essa norma visa a coibir a prática de operações simuladas, com o objetivo de escapar à incidência do imposto.”

No recurso voluntário, de fls. 281/314, a recorrente levanta a preliminar de nulidade do Auto de Infração tendo em vista que como atestam os contratos anexados pela própria fiscalização, a maior parte da transação foi realizada pela MULTIPLIC PARTICIPAÇÕES LTDA. (PARTICIPAÇÕES), que detinham 80,50% das ações da Barra Mansa S/A e que não foi objeto de fiscalização e nem foi intimada para tanto mas esta sendo atribuída a recorrente à totalidade dos pretensos resultados obtidos nas operações.

Acrescenta que, mesmo levando em conta a reorganização societária ocorrida posteriormente, o Banco não poderia ser responsabilizado por multas punitivas eventualmente aplicáveis à PARTICIPAÇÕES e estes argumentos não foram examinados pela autoridade julgadora de 1º grau.

FATOS

A recorrente descreve a seqüência de fatos ocorridos, de acordo com o seu ponto de vista, para tentar demonstrar que não ocorreu a alegada simulação ou qualquer fato gerador imponível que possa ser objeto de incidência do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica.

1 - Em 28.12.90, a recorrente adquiriu 2.785.237 ações, correspondente a 19,5% que a METALMA detinha da sua subsidiária integral (BARRA MANSA) e a MULTIPLIC PARTICIPAÇÕES LTDA. (PARTICIPAÇÕES) adquiriu 11.461.502 ações da BARRA MANSA, equivalente a 80,50% de participações.

2 - O Grupo MULTIPLIC passou a ter o controle integral da BARRA MANSA e ressalta que a fiscalização equivocou-se ao entender que as ações foram objeto de dação em pagamento, quando na verdade, as ações foram efetivamente compradas tanto pelo BANCO como pela PARTICIPAÇÕES.

3 – Os débitos da METALMA foram liquidados junto ao Recorrente, mediante o pagamento dos mesmos com o valor recebido pela venda das mesmas ações da BARRA MANSA e com isso ocorreu a liquidação da dívida, e não dação em pagamento ou qualquer novação de dívida.

4 – Não houve também a permuta e nem acerto de contas como diz a autoridade julgadora de 1º grau mas sim alienação de ações da BARRA MANSA ao Recorrente e posterior quitação da dívida da METALMA com o valor recebido pela Vanda das ações.

5 – Posteriormente, em 30.10.92, foi firmado contrato entre as partes envolvidas na operação pelo qual a BARRA MANSA adquiriu pelo valor patrimonial de livros, 2.785 ações detidas pela Recorrente, que corresponde a 19,50% de participação, para mantê-las em tesouraria.

6 – O artigo 30 da Lei das Sociedades Anônimas autoriza a sociedade a negociar com suas próprias ações, adquirindo-as para permanecer em tesouraria, até o valor do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, e sem diminuição do capital social.

7 – A BARRA MANSA possuía reserva suficiente para proceder à aquisição de suas próprias ações e nesse caso, não ocorreu a redução do seu capital social.

8 – A BARRA MANSA, por sua vez, alienou as ações em tesouraria, apurando-se lucro nessa transação. Esse lucro, no entanto, não foi computado na determinação do lucro real uma vez que foi creditado à conta de reserva de capital, de acordo com a permissão contida no artigo 343 do RIR/80, atual artigo 390, inciso IV do RIR/94.

9 – O artigo 390 do RIR/94 dispõe que não serão computadas na determinação do lucro real as importâncias, creditadas a reserva de capital, que o

contribuinte com a forma de companhia receber dos subscritores de valores mobiliários de sua emissão a título de lucro na venda de ações em tesouraria.

10 – Há divergência entre o que dispõe a minuta e o contrato definitivo, mas especificamente no item 1.2 (página seis) porquanto embora a minuta disponha que a Recorrente esteja vendendo ações, na verdade, a própria BARRA MANSA é que vendeu as suas ações em tesouraria para METALMA.

11 – A Ata da Reunião da Diretoria datada de 30.10.92 bem como os próprios registros contábeis da BARRA MANSA refletem exatamente esses fatos.

12 – Os registros contábeis da METALMA, por sua vez, demonstram a aquisição de ações da BARRA MANSA, mas em nenhum momento atestam que essa aquisição foi feita do Banco, conforme alega a fiscalização.

13 – Qualquer referência ao contrato com a Recorrente refere-se apenas ao empréstimo obtido pela METALMA, não se referindo à aquisição das ações da Recorrente.

14 – Desta forma e se a Recorrente não é a alienante das ações, consequentemente, não teria motivos para oferecer à tributação o ganho de capital que nem apurou posto que a própria BARRA MANSA que alienou suas ações em tesouraria para a METALMA.

15 – Embora a fiscalização e a autoridade julgadora de 1º grau afirmem que a venda de ações em tesouraria não caracteriza ‘permanência’ de que trata a Lei das Sociedades Anônimas, chama a atenção para o fato de que a referida lei não define o que seja esta ‘permanência’ e, assim, nada obsta que, no primeiro momento, a BARRA MANSA pretenda adquirir as ações para permanência em tesouraria, e posteriormente, resolva aliená-las.

16 – Como parte da reestruturação necessária, BARRA MANSA constituiu a LITOGRÁFICA BARRA MANSA II LTDA (BARRA MANSA II) mediante conferência do seu imobilizado por valor contábil, ou seja, a BARRA MANSA substituiu seu ativo imobilizado pelas ações da nova sociedade e a simples substituição do seu ativo imobilizado pelo investimento não pode configurar, em hipótese alguma, esvaziamento de patrimônio líquido como alega a fiscalização.

17 – Segundo a Lei das Sociedades Anônimas (arts. 178 e 182), o patrimônio líquido pode ser demonstrado pelo capital, reserva de capital, reserva de reavaliação, reserva de lucro, lucros acumulados, etc. e, portanto, é totalmente infundada a alegação de esvaziamento de patrimônio líquido pela mera substituição do ativo imobilizado pelo investimento da BARRA MANSA II.

18 – A BARRA MANSA e a METALMA firmaram contrato de permuta entre as quotas do capital social da BARRA MANSA II detidas pela BARRA MANSA e as 2.785.237 ações do capital social da BARRA MANSA detidas pela METALMA e essa permuta ocorreu sem qualquer pagamento de torna ou reposição, não tendo as partes recebido qualquer remuneração adicional, não havendo, assim, apuração de ganho de capital nessa hipótese.

MÉRITO

No mérito, a recorrente apresenta as suas razões de defesa para descharacterizar a autuação, adequando-se ou melhor, interpretando a legislação tributária vigente em conformidade com os fatos relatados acima.

Sobre a dedutibilidade do ágio, a recorrente não concorda com o posicionamento da autoridade julgadora de 1º grau que entendeu como não impugnado posto que em sua defesa disse e o julgador reconheceu que na impugnação foi registrado que o ágio deve ser considerado despesa dedutível e portanto, foi estabelecido o litígio.

Ressalta a recorrente que a redação do artigo 17 do Decreto nº 70.235/72 foi alterada pelo artigo 67 da Lei nº 9.532/97 e, portanto, não poderia atingir defesas protocoladas antes da vigência da mudança da legislação.

Desta forma, o nem o novo dispositivo aplica-se ao caso dos autos vez que a recorrente apresentou a declaração de rendimentos com base no lucro real.

Reitera que o ágio regularmente pago pode ser deduzido ou excluído na determinação do lucro real da investidora, desde que observadas as condições previstas na legislação do imposto de renda, por ocasião da aquisição do investimento, como decidido pelo Primeiro Conselho de Contribuinte, no Acórdão nº 101-84.191/92.

Insiste que somente com o advento do artigo 21, § 2º da Lei nº 9.249/95 e o artigo 58, § 1º da Instrução Normativa SRF nº 11, de 21/02/96, ficou estabelecido que somente no caso de pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no lucro presumido ou arbitrado, que optar pela avaliação dos bens e direitos a valor de mercado, a diferença entre 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.

Sobre a aquisição de ações para permanência em tesouraria, a recorrente demonstra sua contrariedade quanto ao entendimento contido na decisão recorrida de que como as ações não permaneceram nem um dia na tesouraria não se aplica o disposto no artigo 30, § 1º, letras "b" e "c", da Lei nº 6.404/76.

Sustenta a recorrente que nada obsta que o contribuinte adquira as ações para permanência em tesouraria, o que foi feito, e depois resolva aliená-las, independentemente do prazo da tal permanência porquanto a BARRA MANSA, ao

PROCESSO N°: 13805.006029/98-12
ACÓRDÃO N° : 101-93.209

adquirir as suas ações, teve a intenção de mantê-las em tesouraria, embora, em seguida, tivesse resolvido aliena-las para METALMA.

No tocante a permuta de ações entre a BARRA MANSA e a METALMA, a recorrente diz que a simples substituição do ativo imobilizado pelo investimento não pode configurar, em hipótese alguma, esvaziamento de patrimônio líquido como alega a fiscalização porque o patrimônio líquido de uma sociedade não se materializa somente com bens do ativo imobilizado.

A BARRA MANSA e a METALMA firmaram contrato de permuta entre as quotas do capital social da BARRA MANSA II detidas pela BARRA MANSA e as 2.785.237 ações do capital social da BARRA MANSA detidas pela METALMA e essa permuta ocorreu sem qualquer pagamento de torna ou reposição, não tendo as partes recebidas qualquer remuneração adicional, não havendo, assim, apuração de ganho de capital nessa hipótese.

A recorrente sustenta que a Instrução Normativa SRF nº 107/88 que disciplina o tratamento tributário a ser adotado na determinação do lucro real das pessoas jurídicas e do lucro imobiliário das pessoas físicas nas operações de permuta de bens imóveis, estabelece que a permuta de bens imóveis – baixa de um bem e sua conseqüente troca por outro imediatamente a seguir – sem pagamento de torna, não gera resultado tributável a apurar.

No processo de privatização brasileiro, a Procuradoria da Fazenda Nacional emitiu parecer no processo nº 10168.007447/91-80, que foi aprovado pelo Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento, confirmado que a troca das moedas de privatização por ações leiloadas no Programa de Desestatização caracteriza-se como permuta, não gerando qualquer ganho de capital tributável, cujo entendimento foi consagrado no artigo 65 da Lei nº 8.383/91.

Esclarece que o próprio Supremo Tribunal Federal no Acórdão 95.905-0 já manifestou entendimento no sentido de que não haverá a incidência de

imposto de renda na figura da pessoa física que incorpora bens à pessoa jurídica para aumento de capital, uma vez que a incorporação de bens ao capital social é um ato típico que afasta a idéia de lucro, porque não se traduz em dinheiro mas em ações correspondente ao valor dos bens, ainda que expressas nominalmente em quantias diversas, pela avaliação feita.

Insiste a recorrente que não houve qualquer ganho de capital nessa operação de permuta e que pretender tributar o suposto ganho de capital na alienação de ações e na permuta configuraria dupla tributação, uma vez que se trata de mesmo valor.

Em seguida, tece longas considerações sobre a inocorrência da alegada simulação, citando doutrina e jurisprudência predominante para concluir pela inaplicabilidade do disposto no artigo 51 da Lei nº 7.450/85 e Parecer Normativo CST nº 46/87.

Diz mais que se a recorrente não omitiu informações, não prestou declaração falsa e nem praticou ato simulado ou fraudulento, não há que se enquadrar a operação no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, ou seja, não se trata de crime contra a ordem tributária, muito menos crime de sonegação fiscal e em razão disso, é totalmente descabida a aplicação da multa de 150, por ausência de suporte fático e legal.

Quanto à exigência de Contribuição Social sobre o Lucro, a recorrente argumenta que os artigos 38 e 39 da Lei nº 8.541/92, que passou a produzir efeito a partir de 1º de janeiro de 1993, são inaplicáveis ao caso dos autos posto que o lançamento corresponde a fatos geradores ocorridos durante o ano-calendário de 1992.

Acrescenta mais o seguinte:

"Por outro lado, como o artigo 44 da Lei nº 8.383/91 estabelece que aplicam-se a CSL as mesmas normas de pagamento

estabelecidas para o IRPJ, uma vez que o Recorrente não apurou ganho de capital para efeito de imposto de renda, não há que se falar em exigência da CSL.

Além do mais, o lucro obtido na alienação de ações em tesouraria deve ser registrado em reserva de capital, que não transita pela conta de resultado. Dessa forma, como a Lei nº 7.689/88, com a alteração introduzida pela Lei nº 8.034/90 define como base de cálculo o resultado do período-base com observância da legislação comercial, improcede a exigência da CSL sobre o lucro na alienação de ações em tesouraria que tiver sido contabilizado como reserva de capital.

Ademais, não há fundamento legal para se tributar a reserva de capital constituída com o lucro na alienação de ações em tesouraria, muito menos a adição do valor correspondente ao lucro líquido do período. Além disso, é inconstitucional a aplicação de alíquota majorada em se tratando e instituição financeira, tendo em vista o princípio da isonomia prevista na Constituição Federal.”

Ao final, a recorrente resume a sua defesa nos seguintes termos:

1 – não existem dois contratos que versem sobre a mesma operação e em nenhuma hipótese a recorrente apresentou informação falsa ou omitiu informações, como afirma a fiscalização;

2 – não houve a ocorrência de simulação, fraude e muito menos, crime de sonegação fiscal, uma vez que a reestruturação societária e tributária adotada pela recorrente é absolutamente legal;

3 – deve ser considerado como despesa dedutível no momento da alienação, o valor do ágio pago na aquisição das mesmas;

4 – a recorrente não pode ser compelido a efetuar o pagamento de imposto de renda sobre o suposto ganho de capital uma vez que a verdadeira vendedora de ações em tesouraria foi a BARRA MANSA, que, por sua vez, registrou o lucro obtido em conta de reserva de capital;

5 – não há que se falar em ganho de capital na permuta de ações, uma vez que constitui mera substituição de ações por outras sem pagamento de qualquer parcela adicional;

6 – a tributação do suposto ganho de capital na alienação de ações e na permuta – como pretende a fiscalização – configura dupla tributação.

Com estas considerações, a recorrente pleiteia deferimento do recurso, com a integral reforma da decisão recorrida de forma a cancelar a exigências em questão, com o consequente arquivamento do processo administrativo.

O recurso voluntário foi encaminhado face à liminar concedida pela 19ª Vara da Justiça Federal, no processo nº 98.0016443-0 e no Agravo de Instrumento que suspendeu a caução, no processo nº 98.03.040309-5.

A Douta Procuradoria da Fazenda Nacional apresenta as contrarrazões, as fls. 383, opinando pela negativa de provimento do recurso voluntário.

A recorrente apresentou Memorial insistindo na tese de ausência de simulação e que as transações foram efetuadas por razões econômicas e, por fim, esclareceu que a cláusula 4.2 (a) do contrato assinado pelas partes não pode ser interpretada isoladamente e que tal cláusula deve ser examinada em conjunto com as cláusulas 1.2 e 1.3, as quais prevêem a venda das ações da BARRA MANSA para METALMA e não para o Recorrente e mais que a referida cláusula 4.2 (a) deve, também, ser examinada à luz da cláusula 4.1 que trata de garantia e a expressa a ser entregue ao Banco contida na cláusula 4.2 (a) refere-se à entrega das ações em garantia e não à entrega de recursos.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

Conselheiro: KAZUKI SHIOBARA - Relator

O recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade e inexistindo qualquer comunicação sobre a cassação da liminar que dispensou o depósito recursal de 30% do valor do litígio, esta Câmara deve conhecer do recurso.

O litígio submetido ao crivo desta Câmara refere-se a tributação das seguintes parcelas:

1 – Cr\$ 153.942.156.407,25 correspondente a ganhos de capital resultante da alienação de 2.785.247 ações de sua controlada BARRA MANSA S/A – COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES para a METALÚRGICA MATARAZZO S/A, pelo preço de Cr\$ 189.749.127.682,00 menos o custo contábil das referidas ações de Cr\$ 35.806.971.275,75;

2 – Cr\$ 186.438.720.682,00 correspondente a ganhos de capital resultante da diferença entre Cr\$ 189.749.127.682,00 menos Cr\$ 3.310.407.000,00 na qualidade de sucessor por incorporação da BARRA MANSA S/A – COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES pela permuta das quotas de sua controlada integral LITOGRÁFICA BM LTDA.;

3 – Cr\$ 33.346.499.823,41 correspondente a glosa de prejuízo apurado pela autuada na venda de ações para a BARRA MANSA S/A – COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES;

4 – as parcelas acima totalizam Cr\$ 373.727.376.912,66 e que deduzido o prejuízo apurado no mês de agosto de 1992, de Cr\$ 21.696.634.677,54, resultaria uma base de cálculo de Cr\$ 352.030.742.236,12, no mês de outubro de 1992;

5 – em consequência do aproveitamento do prejuízo fiscal gerado no mês de agosto de 1992, foi providenciada a glosa de prejuízo compensado de Cr\$ 22.152.149.028,89 e Cr\$ 13.946.666.305,74, respectivamente, nos meses de dezembro de 1992 e janeiro de 1993.

PRELIMINAR

Não procede a preliminar argüida.

Embora a MULTIPLIC PARTICIPAÇÕES LTDA. tenha adquirido 80,5% do capital social (11.461.502 ações) e o BANCO MULTIPLIC S/A, 19,5% das ações (2.785.237 ações) da BARRA MANSA S/A – COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES, as transações com ações objeto dos presentes autos dizem respeito apenas as 2.785.237 ações pertencentes a BANCO MULTIPLIC S/A.

Desta forma, o fato de a MULTIPLIC PARTICIPAÇÕES LTDA. não ter sido objeto de fiscalização não acarreta a nulidade do lançamento como pretende a recorrente.

MÉRITO

O primeiro aspecto que ressalta nos presentes autos diz respeito à simulação, ou seja, se as 2.785.235 ações da BARRA MANSA S/A – COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES foram vendidas pelo BANCO MULTIPLIC S/A (BANCO) diretamente para a METALURGICA MATARAZZO S/A (METALMA) ou se o BANCO MULTIPLIC S/A vendeu as mesmas ações para a BARRA MANSA S/A – COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES e este por sua vez vendeu as mesmas ações para a METALÚRGICA MATARAZZO S/A.

A venda direta consta do contrato entregue pelo procurador do BANCO MULTIPLIC S/A e contém assinatura dos representantes da METALMA – METALURGICA MATARAZZO S/A e não estão assinados pelos representantes do

PROCESSO N°: 13805.006029/98-12

ACÓRDÃO N° : 101-93.209

BANCO MULTIPLIC S/A e o segundo contrato foi apreendido na METALMA e contém a assinatura de todos os envolvidos na transação e difere do primeiro apenas no item 1.2 e 1.3 (página 06), como transcrita abaixo:

"PRIMEIRO CONTRATO:

1.2 – Como providência necessária para a futura transferência à METALMA dos IMÓVEIS E EQUIPAMENTOS LOCADOS, o BANCO concorda em vender à METALMA, como vendido tem, nesta data, 2.785.237 ações representativas do capital social da BM pelo preço certo e ajustado de Cr\$ 189.749.127.682,00.

1.3 – Para a aquisição das ações da BM pela METALMA, o BANCO concordou em conceder um financiamento que, entre outras utilizações, servirá para pagar o preço de aquisição das referidas ações, nos termos e condições estipulados na Cláusula IV abaixo. Com o produto de parte desse financiamento a METALMA paga ao BANCO, neste ato, o preço de aquisição das ações referidas na cláusula 1.2 acima, de Cr\$ 189.749.127.682,00, cujo recebimento o BANCO dá a METALMA plena e geral quitação.”

"SEGUNDO CONTRATO:

1.2 – Como providência necessária para a futura transferência à METALMA dos IMÓVEIS E EQUIPAMENTOS LOCADOS, a BM concorda em vender à METALMA, como vendido tem, nesta data, 2.785.237 ações em tesouraria representativas do capital social da BM pelo preço certo e ajustado de Cr\$ 189.749.127.682,00.

1.3 – Para a aquisição das ações da BM pela METALMA, o BANCO concordou em conceder um financiamento que, entre outras utilizações servirá para pagar o preço de aquisição das referidas ações, nos termos e condições estipulados na Cláusula IV abaixo. Com o produto de parte desse financiamento a METALMA para à BM, neste ato, o preço de aquisição das ações referidas na cláusula 1.2 acima, de Cr\$ 189.749.127.682,00, de cujo recebimento a BM dá à METALMA plena e geral quitação.”

Tanto a autoridade lançadora como a julgadora de 1º grau entendeu que o segundo contrato é uma simulação posto que, em verdade, a transação efetivada foi a venda de 2.785.237 ações da BARRA MANSA S/A – COMÉRCIO E

PROCESSO N°: 13805.006029/98-12
ACÓRDÃO N° : 101-93.209

PARTICIPAÇÕES, diretamente, pelo BANCO MULTIPLIC S/A para a METALMA – METALÚRGICA MATARAZZO S/A.

Efetivamente, o primeiro contrato só tem assinatura de uma das partes contratantes e portanto, entendo que não passa de uma minuta de contrato enquanto que o segundo foi levado ao registro na Junta Comercial do Estado de São Paulo, sob nº 199.187/92-7, como alteração contratual da BARRA MANSA S/A – COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES, cuja certidão (fls. 112) resume a ocorrência:

"DELIBERAÇÃO: Foram aprovadas unanimemente as seguintes matérias: a) aquisição ao BANCO MULTIPLIC S/A de 2.785.237 ações do capital social dela própria, BARRA MANSA; b) venda à METALÚRGICA MATARAZZO de 2.785.237 ações do capital social dela própria, BARRA MANSA; c) constituição da LITOGRÁFICA BM LTDA. com subscrição do capital inicial por conferência, ao patrimônio, da nova sociedade, dos bens imóveis e móveis integrantes do ativo permanente da subscritora; d) aquisição a METALURGICA MATARAZZO S/A de 2.785.237 ações do capital social dela própria, BARRA MANSA, por permuta com transferência de quotas do capital social da LITOGRÁFICA BM LTDA."

A contabilidade da BARRA MANSA S/A – COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES S/A registra todos os fatos que lhe dizem respeito.

Entretanto, a contabilidade da METALURGICA MATARAZZO S/A registra que as 2.785.237 ações da BARRA MANSA foram vendidas conforme contrato de 30/10/92 adquiridas a BANCO MULTIPLIC S/A e que os pagamentos foram efetuados para o BANCO (Termo de Verificação Fiscal, fls. 244).

Para que não pare qualquera dúvida sobre a contabilização na METALURGICA MATARAZZO S/A, transcrevo o registro contábil espelhado na Ficha Razão, página 12, correspondente a:

BANCOS CONTA MOVIMENTO - MULTIPLIC

(conta 171 1.1.12.10.19):

DATA	HISTÓRICO	DÉBITO	CRÉDITO
30/10/92	VR.REF.CTR.MULTIPLIC DE 30.10.92	254.519.409.570,00	0
	PGTO AQUISIÇÃO AÇÕES CFE CTR 30/10/92	0	189.749.127.682,00
	LIQUIDAÇÃO CONTRATO 16812 MUTIPLIC	0	41.581.387.726,00
	VR.REF.PGTO.ARR.EM ATRASO MULTIPLIC	0	23.188.894.162,00
	TOTAIS	254.519.409.570,00	254.519.409.570,00

A fiscalização examinou com todo o cuidado os registros contábeis e portanto a acusação não está baseada em simples suspeita mas sim em fatos efetivamente ocorridos e regularmente contabilizados na METALMA MATARARAZO S/A na forma contratada e que posteriormente o Grupo MULTIPLIC registrou de forma diferente.

Aliás, o segundo contrato confirma o fato na cláusula IV quando estabelece que:

"IV – FINANCIAMENTO A METALMA

4.1 – o BANCO concorda em conceder a METALMA, nesta data, financiamento de acordo com os termos e condições indicados a seguir, o qual será documentado pelo Contrato de Empréstimo e respectiva Nota Promissória também assinados nesta data. Os termos e condições do empréstimo são os seguintes:

Devedor: METALMA

Credor: BANCO

Data-base: 30.10.1992

Prazo: 90 (noventa) dias

Valor do Principal: Cr\$ 254.519.409.570,00

...

4.2 – A METALMA concorda em utilizar o valor do principal do financiamento para liquidação das obrigações indicadas a seguir, desde já autorizando o BANCO a efetuar o desembolso do financiamento para tal fim:

(a) Cr\$ 189.749.127.682,00 para pagamento do preço de aquisição das ações da BM, referido na Cláusula 1.2 acima, a ser entregue ao BANCO:

(b) Cr\$ 23.188.894.162,00 para pagamento à BM dos aluguéis devidos até a presente data, referidos na Cláusula 3.4 acima; e

(c) Cr\$ 41.581.387.726,00 para pagamento ao BANCO do saldo devedor do empréstimo de capital de giro referido no considerando (xi) (a) (iii) acima.”

O registro contábil da METALMA é uma prova incontestável e além de confirmar a letra (a), do item 4.2, da Cláusula IV do segundo contrato, constitui prova mais do que suficiente para invalidar a contabilidade da BARRA MANSA que era controlada da recorrente e portanto não pode ser aceita como prova válida porque produzida pela própria interessada.

Quanto a alegação de a letra “a”, do item 4.2, do contrato diz respeito a entrega de ações como garantia e não valores em dinheiro piora mais a defesa porque a inverdade passou dos limites.

De fato, os itens 1.1 e 1.2 do mesmo contrato não trata de qualquer garantia em ações e o termo garantia aparece somente na CLÁUSULA IV – FINANCIAMENTO À METALMA, item 4.1, nos seguintes termos:

“Garantia: caução da totalidade das quotas representativas do capital social da BM II.”

Ora, a BM II, ou seja LITOGRÁFICA BM LTDA., segundo a linha de defesa da recorrente, foi criada pela BARRA MANSA S/A após venda para a METALMA de suas próprias ações que teriam sido adquiridas do BANCO MULTIPLIC S/A, mediante cisão e conferência de imóveis e equipamentos locados.

As quotas de Capital Social da LITOGRÁFICA BM LTDA. que foram dadas em garantia correspondem a Cr\$ 3.310.407.000,00, como registrado na Junta Comercial e portanto não cabe a alegação de que teria servido para garantir Cr\$ 189.749.127.682,00, além do fato de que a letra “a”, do item 4.2 diz, A SER ENTREGUE AO BANCO, no singular referindo-se ao preço da aquisição de ações e não a ações.

A justificativa de que a METALURGICA MATARAZZO S/A fez a cisão com a conferência de bens e equipamentos para criar a METALURGICA BARRA MANSA S/A e, posteriormente, esta segunda empresa faz nova cisão a conferência dos mesmos imóveis e equipamentos, única e exclusivamente, por razões econômicas e empresariais, não pode ser aceita.

Além disso, tanto a autoridade lançadora como a julgadora de 1º grau insistiu na inviabilidade de negociação com ações próprias, em tesouraria, como um dos motivos que levariam a simulação.

De fato, o artigo 30 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76), dispõe:

"Art. 30 – A companhia não poderá negociar com as próprias ações:

§ 1º - Nessa proibição não se compreendem:

- a) as operações de resgate, reembolso ou amortizações previstas em lei;*
- b) a aquisição, para permanência em tesouraria ou cancelamento, desde que até o valor do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, e sem diminuição do capital social ou por doação;*
- c) a alienação das ações adquiridas nos termos da alínea b e mantidas em tesouraria;*
- d) a compra quando, resolvida a redução do capital mediante a restituição, em dinheiro, de parte do valor das ações, o preço destas em bolsa for inferior ou igual a importância que deve ser restituída.*

§ 2º - A aquisição das próprias ações pela companhia obedecerá, sob pena de nulidade, às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, que poderá subordiná-la à prévia autorização em cada caso."

A aquisição de ações próprias e venda simultânea das mesmas ações não preenche os requisitos estabelecidos na letra "b", do § 1º, do artigo 30 da Lei nº 6.404/76 posto que de conformidade com o disposto no *caput* do artigo 30 não poderia ser objeto de negociação pela BARRA MANSA S/A – COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES, por se tratar de ações próprias.

A autoridade julgadora de 1º grau focalizou com bastante clareza a inocorrência da permanência em tesouraria, como queria a impugnante.

Não tenho a menor dúvida que o *caput* do artigo 30 da Lei nº 6.404/76 é aplicável ao caso presente e como tal, no segundo contrato, a simulação estaria presente posto que a compra e venda de próprias ações na forma como foi realizada não poderia ser avalizada pela autoridade fiscal para surtir os efeitos fiscais.

Registre-se, por oportuno, que o BANCO MULTIPLIC S/A como controladora da BARRA MANSA S/A – COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES foram representados pelos mesmos diretores em todos os atos que envolvem a transação objeto dos presentes autos.

Aliás, o contrato foi firmado entre o GRUPO METALMA, GRUPO MULTIPLIC, incluindo, também, a BARRA MANSA composto de BARRA MANSA S/A COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES e LITOGRÁFICA BM LTDA.

A BARRA MANSA S/A – COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES foi representada por Manoel Felix Cintra Neto e Ricardo Castro de Azevedo que, como dito acima, representavam, também o BANCO MULTIPLIC S/A e MULTIPLIC REPRESENTAÇÕES LTDA. e a LITOGRÁFICA BM LTDA. foi representada por Ângelo Andréa Matarazzo e Norman Knowton King.

Alem disso, como bem lembrou a autoridade julgadora singular, o ACORDO GERAL REFERENTE A CONSOLIDAÇÃO DE DÍVIDAS, CISÃO DE

SOCIEDADE, COMPRA E VENDA DE AÇÕES, LOCAÇÃO E OUTRAS AVENÇAS, de 28 de dezembro de 1990, em seu item 8 já estava acertado que:

"8 – MULTIPLIC e PARTICIPAÇÕES desde já comprometem-se a vender a METALMA e METALMA obriga-se a adquirir todas as ações da BM, no dia 30 de abril de 1994..."

Este acordo foi RATIFICADO no INSTRUMENTO PARTICULAR DE ADITAMENTO E RATIFICAÇÃO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE AÇÕES, firmado em 28 de dezembro de 1991 (fls. 28 a 30), como consta do ajuste assim redigido:

"... tem entre si justo e acertado o seguinte:

1 – Aditar o instrumento particular de compromisso de compra e venda de ações celebrado entre as partes em 28 de dezembro próximo passado no sentido de que dele passe a constar, nova cláusula, sob o número 1.1.1, com a seguinte redação: 1.1.1 – o objeto desta promessa abrange não só as quantidades de ações enunciadas no considerando (1), como também todas aquelas que vieram a representar a totalidade do capital social, por força do acréscimo da quantidade de ações que advirá da ratificação dos atos da constituição da sociedade BM;

2 – Ratificar todas as cláusulas e condições do instrumento ora aditado e ratificado, inclusive aquelas que dizem respeito ao preço e às condições de pagamento, permanecendo todas elas com o mesmo teor e forma e para um só efeito, desde que não colidam com o disposto neste instrumento."

Entendo que a decisão recorrida está consoante com a pacífica jurisprudência já pacificada na Câmara Superior de Recursos Fiscais sob nº CSRF/01-01.874, de 15/05/74, citado pela própria recorrente e cuja ementa está assim enunciada:

"IRPJ – SIMULAÇÃO NA INCORPOERAÇÃO – Para que se possa materializar é indispensável que o ato praticado não pudesse ser realizado, fosse por vedação legal ou por qualquer outra razão. Se não existia impedimento para a realização da incorporação tal como realizada e o ato praticado não é de natureza diversa daquele que de fato aparenta, isto é, se de fato e de direito não ocorreu ato diverso da incorporação: não como qualificar-se a operação de simulada. Os objetivos visados com

a prática do ato não interferem na qualificação do ato praticado, portanto, se o ato praticado era lícito, as eventuais consequências contrárias ao fisco devem ser qualificadas como casos de elisão fiscal e não de evasão fiscal.”

Opino, pois, pela manutenção da tributação sobre a parcela de Cr\$ 153.942.156.407,25 correspondente a ganho de capital do BANCO MULTIPLIC S/A pela venda de 2.785.237 ações da BARRA MANSA S/A - COMERCIO E PARTICIPAÇÕES.

O segundo tópico diz respeito à tributação da parcela de Cr\$ 186.438.720.682,00 correspondente a ganhos de capital resultante da diferença entre Cr\$ 189.749.127.682,00 menos Cr\$ 3.310.407.000,00 na qualidade de sucessor por incorporação da BARRA MANSA S/A - COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES pela permuta das quotas de sua controlada integral LITOGRÁFICA BM LTDA.

A decisão recorrida examinou de forma superficial o litígio submetido ao seu julgamento e disse o seguinte:

“Pode-se, então, notar de maneira nítida, a desnecessidade de ocorrência de tais operações em que, houve, em realidade, um único beneficiário, qual seja, o próprio BANCO MULTIPLIC. Senão vejamos:

a) aproveitou-se do valor do ágio, contabilizando-o como prejuízo, quando da alienação das ações à própria BARRA MANSA, pelo valor de custo;

b) eximiu-se do eventual lucro, havido no repasse das referidas ações, pela BARRA MANSA à METALMA, quando em realidade deveria, face a Contrato/Acordo firmado entre MULTIPLIC e METALMA, fazê-lo de maneira direta, sem a necessidade da utilização de interposta pessoa (BARRA MANSA). Ao assim proceder, esta descumpriu as determinações contidas no artigo 30, da Lei nº 6.404/76. Houvesse procedido de maneira escorreita, sem simular (esconder) seu verdadeiro propósito, ao BANCO seria atribuído o resultado de tal operação;

c) e, por fim, - comprovando, de forma cabal, a desnecessidade e a irregularidade da operação anterior – não reconheceu o ganho

de capital entre as ações/quotas de BARRA MANSA e LITOGRÁFICA BM.

Correto, portanto, o lançamento efetuado contra o verdadeiro beneficiário de todas as operações, exigindo do mesmo, os tributos/contribuições sobre as mesmas incidentes.”

Concordo com a autoridade julgadora de 1º grau, no tocante a ágio contabilizado como prejuízo, já que no primeiro tópico, o custo de aquisição, incluindo o ágio foi apropriado como custo na apuração de ganho de capital.

Entretanto, a eleição do BANCO MULTIPLIC S/A como sujeito passivo de mais valia auferida pela BARRA MANSA S/A – COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES, na permuta de quotas da LITOGRÁFICA BM LTDA. com as próprias ações, não condiz com a seqüência dos fatos relatados pela autoridade lançadora.

De fato, se a venda de 2.785.237 ações da BARRA MANSA foi efetivada, diretamente, do BANCO para METALMA e, por isso, foi confirmada a exigência contida no primeiro tópico, o BANCO não seria mais a sucessora da BARRA MANSA. Não há informações adicionais nos autos de que, posteriormente, as ações da BARRA MANSA S/A – COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES tenha sido transferidas para o BANCO.

Relativamente à glosa de valor do ágio contabilizado como prejuízo na alienação de ações para a BARRA MANSA, procede a autuação, posto que este valor já foi computado pela autoridade lançadora como custo na apuração do ganho de capital na venda direta de ações de BANCO para a METALMA. Admitir a dedutibilidade como prejuízo estar-se-ia apropriado o mesmo valor em duplicidade, uma vez como custo e outra vez como prejuízo.

Outrossim, mesmo que não fosse a hipótese de simulação e que a venda de ações da BARRA MANSA pelo BANCO para a própria BARRA MANSA, o ganho de capital deveria ter sido determinado com base no valor contábil do bem ou

investimento, assim entendido o que estiver registrado na escrituração do contribuinte, corrigido monetariamente e diminuído, se for o caso, da depreciação, amortização ou exaustão acumulada e a provisão para perdas que tiver sido computada na determinação do lucro real, tudo conforme o disposto nos artigos 317, § 1º e 322, do RIR/80.

Quanto ao último tópico, a decisão recorrida manifestou-se como segue:

"Da mesma maneira, exato o procedimento da Fiscalização, ao considerar a compensação do prejuízo sofrido pelo Autuado, relativo ao mês de Agosto/92 e, atualizado até Outubro/92, mês este base da ocorrência dos demais fatos. Decorrente das irregularidades apuradas e da referida compensação relativo ao resultado de agosto/92, restaram valores indevidamente compensados pelo contribuinte, exigidos corretamente pelo lançamento em questão, e relativos a dezembro/92 (Cr\$ 22.152.149.028,89 – fls. 06) e janeiro/93 (Cr\$ 13.946.666.305,74 – fls. 07), afetando, entretanto, tais parcelas, apenas a exigência relativa ao IRPJ."

No Termo de Verificação, a fiscalização compensou o prejuízo fiscal acumulado de Cr\$ 21.696.634.677,54 e que deve ser respeitado na apuração da base de cálculo, a ser demonstrada como segue:

MÊS/ANO	INFRAÇÕES APONTADAS	VALOR TRIBUTÁVEL
OUT/92	Ganhos de Capital – venda direta de ações	153.942.156.407,25
OUT/92	Glosa de ágio registrado como prejuízo	33.346.499.823,41
OUT/92	Compensação de prejuízo fiscal gerado em agosto/92	(21.696.634.677,54)
OUT/92	VALOR TRIBUTÁVEL NO MÊS DE OUTUBRO/92	165.592.021.553,12
DEZ/92	Prejuízo compensado indevidamente	22.152.149.028,89
JAN/93	Prejuízo compensado indevidamente	13.946.666.305,74

Nestas condições, para efeito de base de cálculo do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica deve ser excluída a parcela de Cr\$ 186.438.720.682,00, no mês de outubro de 1992.

Quanto à multa de lançamento de ofício, deve ser mantido percentual de 150% sobre o imposto apurado no mês de outubro de 1992, ou seja, sobre o crédito tributário incidente sobre a parcela de Cr\$ 132.245.521.729,71 (Cr\$ 153.942.156.407,25 menos o prejuízo fiscal acumulado de agosto de 1992 de Cr\$ 21.696.634.677,54), tendo em vista que ficou cabalmente demonstrada a ocorrência de simulação para eximir-se do cumprimento de obrigação tributária principal.

Outrossim, para os impostos incidentes sobre as parcelas de Cr\$ 33.346.499.823,41, Cr\$ 22.152.149.028,89 e Cr\$ 13.946.666.305,74, devidos nos meses de outubro e dezembro de 1992 e janeiro de 1993, cuja exigência decorre de indevida compensação de prejuízo e glosa de prejuízo na apuração de ganhos de capital que veio a ser desclassificado pela fiscalização, entendo que não há fundamento de fato e nem de direito que justifique a aplicação da multa qualificada e, portanto, deve ser reduzida para 75% (setenta e cinco por cento).

De fato, uma vez desclassificadas as operações consideradas simuladas, a glosa deu-se em virtude de apropriação em duplicidade, uma vez como custo e outra como prejuízo. Em outras palavras, tanto a glosa de prejuízo na apuração de ganho de capital como a glosa de compensação de prejuízo acumulado seria promovida pelo fisco independentemente da natureza primeira infração, se qualificada ou não.

Relativamente à tributação reflexa e relativa a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, em se tratando de omissão de receita de ganho de capital que deveria ter sido contabilizado, a decisão proferida no lançamento principal deve ser estendida ao lançamento reflexivo, dada à relação de causa e efeito que vincula um lançamento a outro, inclusive no tocante a multa de lançamento de ofício.

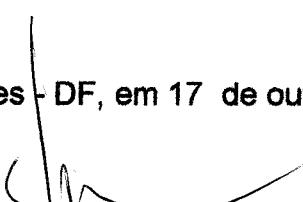
A menção dos artigos 38 e 39 da Lei nº 8.541/92 não prejudica o lançamento porque está capitulada também, no artigo 2º e seus parágrafos da Lei nº 7.689/88 que ampara o lançamento.

PROCESSO N°: 13805.006029/98-12

ACÓRDÃO N° : 101-93.209

De todo o exposto e tudo o mais que consta dos autos, voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, dar provimento parcial para excluir da base de cálculo do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido a parcela de Cr\$ 186.438.720.682,00 (item 9º, letra 'b', do Termo de Verificação) de outubro de 1992 e, ainda, reduzir o percentual da multa de lançamento de ofício de 150% para 75% correspondentes aos créditos tributários incidentes sobre as parcelas de Cr\$ 33.346.499.823,41, Cr\$ 22.152.149.028,89 e Cr\$ 13.946.666.305,74, devidos, respectivamente, nos meses de outubro e dezembro de 1992 e janeiro de 1993.

Sala das Sessões - DF, em 17 de outubro de 2000


**KAZUKI SHIOBARA
RELATOR**

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
Processo nº 13805-006.029/98-12
Acórdão nº 101-93.209

VOTO VENCEDOR

Conselheiro RAUL PIMENTEL, Redator designado:

Acompanho o Ilustre Conselheiro Relator, Dr. KAZUKI SHIOBARA, exceto no que se refere à manutenção da multa de lançamento de ofício agravada para 150%.

Com efeito, a penalidade prevista no artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, deve ser exigida nos casos em que fique provado inequivocadamente o intuito de fraude ou simulação com vistas a impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

Arrimou-se o fisco ao aplicá-la no presente lançamento, na existência de 2 (dois) contratos relacionados à tributação sobre Ganhos de Capital, resultante da alienação de 2.785.247 ações da empresa BARRA MANSA S/A - COMERCIO E PARTICIPAÇÕES, controlada da recorrente, para a empresa METALÚRGICA MATARAZO S/A, pelo preço de Cr\$ 189.749.127,682,00, através dos quais concluiu pela inviabilidade da operação, de acordo com o disposto no artigo 30 da Lei nº 6.404/76, assim anunciados no Voto do Ilustre Relator:


"PRIMEIRO CONTRATO:

1.2 - Como providência necessária para a futura transferência à METALMA, dos IMÓVEIS E EQUIPAMENTOS LOCADOS, o BANCO concorda em vender à METALMA, como vendido tem, nesta data, 2.785.237 ações representativas do capital social da BM pelo preço certo e ajustado de Cr\$ 189.749.127.682,00.

1.3 - Para a aquisição das ações a BM pela METALMA, o BANCO concordou em conceder um financiamento que, entre outras utilizações, servirá para pagar o preço de aquisição das referidas ações, nos termos e condições estipulados na Cláusula IV abaixo. Com o produto da parte desse financiamento a METALMA paga ao BANCO, neste ato, o preço de aquisição das ações referidas na cláusula 1.2 acima, de Cr\$ 189.749.127.682,00, cujo recebimento o BANCO dá à METALMA, plena e geral quitação."

"SEGUNDO CONTRATO:

1.2 - Como providência necessária para a futura transferência à METALMA dos IMÓVEIS E EQUIPAMENTOS LOCADOS, a BM concorda em vender à METALMA, como vendido tem, nesta data, 2.785.237 ações em tesouraria representativas do capital social da BM pelo preço certo e ajustado de Cr\$ 189.749.127.682,00.

1.3 - Para a aquisição das ações da BM pela METALMA, o BANCO concordou em conceder um financiamento que, entre outras utilizações servirá para pagar o preço de aquisição das referidas ações, nos termos e condições estipulados na Cláusula IV abaixo. Com o produto da parte desse financiamento a METALMA paga à BM, neste ato, o preço de aquisição das ações referidas na cláusula 1.2 acima, de Cr\$ 189.749.127.682,00, de cujo recebimento a BM dá à METALMA plena e geral quitação."

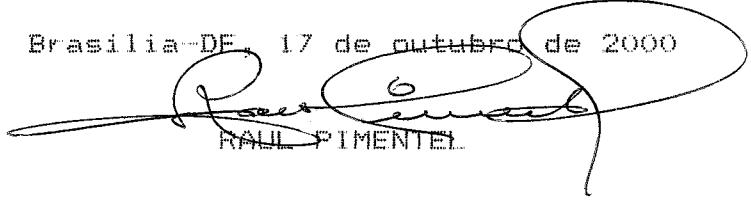
Como deixou bem claro o Conselheiro SHIOBARA, apenas o segundo contrato contém as assinaturas de todos os envolvidos na operação, de forma que não vejo como compará-los, um e outro, para os efeitos de deixar caracterizada e provada a existência de evidente intuito de fraude.

Por outro lado, toda matéria tributada no presente processo foi apurada na escrituração contábil do

contribuinte e de terceiros, de forma que não vejo como aplicar ao lançamento a penalidade agravada a que se refere o artigo 44, inciso II, da lei nº 9.430/96, por inexistir prova efetiva de fraude ou simulação contra a Fazenda Nacional.

Dou provimento parcial ao recurso também nessa parte, para reduzir a multa de lançamento ex officio de 150% para 75%.

Brasília-DF, 17 de outubro de 2000


RAUL PIMENTEL