



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

Processo nº	16327.004056/2003-41
Recurso nº	150.450 De Ofício e Voluntário
Matéria	IRPJ E OUTRO - EXS: DE 1999 a 2002
Acórdão nº	101-96.029
Sessão de	01 de março de 2007
Recorrentes	8ª. TURMA/DRJ-SÃO PAULO - SP. I e UNIBANCO AIG SEGUROS S.A

REO – PERCENTUAL PARA CÁLCULO DE ÁGIO E ARMOTIZAÇÃO – Restando confirmado em diligência o correto percentual no investimento realizado, não merece prosperar a glosa de amortização de ágio após a incorporação.

REO – MULTA DE OFÍCIO – EXIGIBILIDADE SUSPENSA – CSLL – A teor do disposto no artigo 63 da Lei 9.430/96, inaplicável a penalidade de ofício quando suspensa a exigibilidade do crédito no momento do lançamento.

RESGATE DE AÇÕES PREFERENCIAIS MEDIANTE ENTREGA DE PARTICIPAÇÃO – VERDADEIRA AVALIAÇÃO A MERCADO – APLICAÇÃO DO ARTIGO 22 DA LEI 9.249/95 – Ao regate de ações aplica-se o disposto no artigo 22 da Lei 9.249/95. No caso, o resgate implicava na devolução integral do montante investido, inclusive a parcela originalmente destinada à reserva de ágio. Quitação de montante equivalente ao total do investimento, implicando em avaliação a mercado, ao reverso do que fez constar a investida em seus registros. Capacidade contributiva da investida, que quitou o resgate com participação societária em outra empresa, mantendo todo o ágio registrado. Erro no lançamento, ao glosar amortização de ágio na investidora.

61

W

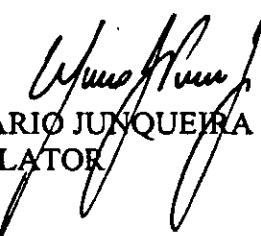
D

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso de ofício e voluntário interpostos pela 8ª. TURMA/DRJ-SÃO PAULO - SP. I e UNIBANCO AIG SEGUROS S.A.

ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício e DAR provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS

PRESIDENTE


MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR

RELATOR

FORMALIZADO EM: 03 MAI 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL, PAULO ROBERTO CORTEZ, VALMIR SANDRI, CAIO MARCOS CÂNDIDO, SANDRA MARIA FARONI e JOÃO CARLOS DE LIMA JÚNIOR.

Relatório

Trata-se de recursos de ofício e voluntário, em face de acórdão da DRJ em São Paulo, 8ª Turma, no qual foi julgado parcialmente procedente o lançamento de ofício para exigências de IRPJ e CSLL, exercícios de 1999 a 2002, cientificado ao contribuinte em 22/12/03, fls. 26.

Conforme Termo de Verificação a fls. 27, foram as seguintes as acusações apresentadas pela fiscalização:

1- após diversos atos societários preparatórios em face de pretendida associação entre o grupo Unibanco e a American International Group (AIG), em 15/10/97 a empresa Uniseg S.A. Participações (UP), pertencente ao grupo Unibanco, detinha 99,42% da empresa Uniseg;

2- por força de contrato celebrado entre os grupos acima citados, o grupo AIG constituiu a empresa AIG Brasil Holding (ABH), que veio a subscrever 24,41% das ações com direito a voto da Uniseg, restando à UP o novo percentual de 75,29% no capital votante da Uniseg;

3- referida subscrição foi efetuada com parcial destinação à reserva de ágio;

4- em 16.10.97 a UP deliberou a emissão de 214.667.700 ações classe B sem valor nominal, que foram subscritas em moeda nacional pela ABH, parte do valor destinado ao capital e parte a reserva de capital;

5- tais ações eram resgatáveis em 30.06.98, resgate este que poderia ocorrer em dinheiro ou através da entrega das ações da UP na Uniseg;

6- o resgate foi efetivado mediante a entrega das ações.

7- a ABH registrou ágio no investimento na Uniseg em dois momentos: o primeiro quando do investimento direto e o segundo quando do recebimento das ações da Uniseg pelo resgate das ações preferenciais classe B na UP;

8- a Uniseg incorporou posteriormente a ABH, alterando sua denominação para Unibanco AIG Seguros (UASEG), amortizando os valores registrados à título de ágio.

9- a primeira acusação deriva de um diferencial de percentual de participação quando do primeiro investimento direto, indicando o fisco um excesso de registro de ágio no montante de R\$5.474.739,94;

10- a segunda acusação deriva do ágio registrado quando do resgate de ações da UP, por entender o Fisco que tal operação rege-se pelo disposto no artigo 44 da Lei 6.404/76, revelando-se verdadeira liquidação forçada da participação societária, devendo ser apurado ganho ou perda de capital, mas não possibilitando qualquer registro de mais-valia;

11- afirmou a fiscalização que, no caso, teria a antiga ABH apurado um prejuízo por ocasião do resgate de ação da UP, prejuízo este que não pode mais ser compensado após a incorporação da empresa pela recorrente;

12- houve então a glosa das amortizações de ágio correspondentes.

13- por fim, houve autuação por compensação indevida de prejuízo, em face de sua reversão pelas supramencionadas infrações.

Irresignada, apresentou a autuada tempestiva impugnação. Extraio da decisão recorrida o resumo de suas razões:

3.1. Na peça de defesa, a impugnante, após descrição dos fatos, argui, preliminarmente, a nulidade do auto de infração, por entender que foram descumpridos, no curso do procedimento fiscal, preceitos legais inerentes à validade e eficácia dos atos então praticados pela autuante. Reclama que o artigo 2º da Portaria SRF nº 1.265/1999 (que trata da instauração de ações fiscais mediante Mandados de Procedimentos Fiscais – MPF) teria sido desrespeitado pela autoridade fiscal e, por conseguinte, seriam nulos os atos praticados por pessoa incompetente, consoante art. 59, I, do Decreto nº 70.235/1972, porquanto os autos de infração foram lavrados fora do prazo de validade do MPF-F nº 0816600 2003 00017-0, o qual teve seu prazo de validade estendido até 27/11/03, quando, definitivamente se extinguiu sem que houvesse sido novamente prorrogado.

3.2. Quanto ao mérito alega, de pronto, ter a autoridade fiscal autuante cometido erros quanto: a) ao conceito de ágio, b) à identificação dos subscritores das novas ações emitidas pela UNISEG em 15/10/97, por conta de seu aumento de capital; c) à participação societária da ABH na UNISEG e d) aos lançamentos contábeis referidos no item 4.1.12 (itens 10.1 e 10.2 do Termo de Verificação Fiscal reproduzidos no parágrafo 2.2.7, deste relatório). Aponta, também, a ocorrência de erro na apuração do(s) valor(es) da(s) participação(ões) da ABH no Patrimônio Líquido da UNISEG, em decorrência de incorreção no(s) percentual(is) de participação apontado(s) pela fiscalização (fls. 516), consoante quadro a seguir

...

3.2.1. Sob o tópico, "DA INEXISTÊNCIA DE ÁGIO CONTABILIZADO A MAIOR POR OCASIÃO DA SUBSCRIÇÃO DAS AÇÕES DA UNISEG PELA ABH", a impugnante tece comentários sobre conceito e legislação atinentes à "equivalência patrimonial" e "ágio" (art. 248 da Lei nº 6.404/1976; arts. 384, 387, 388 e 389 do RIR/99; art. 13, inciso II, e art. 14 da Instrução CVM nº 247/96, art. 20, incisos I e II, e § 2º, do Decreto-lei nº 1.598/1977 - reproduzido nos artigos 385, I e II, e § 2º, do RIR/99) para combater a autuação concernente à escrituração do ágio a maior quando da subscrição pela ABH das ações de emissão da UNISEG, em 15/10/1997 (aquisição direta). Conclui que a inexistência de ágio escriturado a maior pela ABH por conta da subscrição das ações da UNISEG, implica, inexoravelmente, descabida a base de cálculo apurada pela autoridade fiscal e indicada nos itens 4.2.4 e 4.2.5 desta impugnação.

3.2.2. Sob o tópico "DA INEXISTÊNCIA DE ÁGIO INDEVIDAMENTE CONTABILIZADO POR OCASIÃO DA OPERAÇÃO DE RESGATE DAS AÇÕES DA UP", a interessada argumenta que:

66 44

- Considerando então uma compra forçada, deduziu a autoridade fiscal, açodadamente, sob o manto do disposto no art. 44 da Lei nº 6.404/76, tratar-se o resgate como uma modalidade de liquidação de investimento, conforme disciplinado nos artigos 418, 425, 426 e 427 do RIR/99, com a ocorrência da baixa do investimento através da transferência da titularidade das ações resgatadas junto à ABH para a UP, devendo ser, portanto, sob o aspecto tributário, objeto de apuração de ganho ou perda de capital;
- a operação de resgate, contratualmente firmada, tornou-se obrigatória para as partes, constituindo-se no dever de entrega, pela ABH, das ações da UP em seu poder e do recebimento de algo em troca, fosse em moeda, no montante de R\$ 292.110.174,64, fosse em ações da UNISEG, detidas pela UP;
- Da forma como articula sua argumentação, a autoridade fiscal dá a entender terem a ABH e a UP acertado a operação de resgate sob a denominação de devolução de capital com o único propósito de afastar a aplicação do art. 44 da Lei nº 6.404/76 e amoldá-la ao comando legal inserto no art. 22 da Lei nº 9.249/95;
- Destaca-se aqui o primeiro equívoco cometido pela autoridade fiscal, visto não ter a impugnante, em nenhum momento, se manifestado contrariamente à aplicação, ‘in casu’ do contido no art. 44, § 1º, da Lei nº 6.404/76, mesmo, por que, como restará evidenciado, a operação de resgate das ações da UP, por meio das ações da UNISEG, com a consequente devolução da participação detida pela ABH no seu capital, não o afrontou, pelo contrário, a ele se subsumiu, do ponto de vista societário, e ao disciplinado no art. 22 da Lei nº 9.249/95, para efeitos contábil e fiscal;
- *ratificando a importância dos conceitos de “Equivalência Patrimonial” e de “Ágio”, abordados em tópico anterior, resta, para o deslinde do caso, o esclarecimento para a adequada aplicação dos conceitos de Resgate, Devolução de Capital, Liquidação e Alienação a que fez menção a autoridade fiscal no Termo de Verificação Fiscal;*
- Para compreender o significado do termo **devolução**, como inserto 22 da Lei nº 9.249/95, tomamos a definição dada por De Plácido e Silva (op. cit.), que entende a devolução, no conceito do Direito Civil, como a restituição ou regresso da coisa ao primeiro estado. Da mesma forma contextualiza a profª Maria Helena Diniz (op. cit.). É fácil agora concluir, com base no já discorrido no item 12.26, estar o conceito jurídico, no Direito Civil, da devolução contido no conceito de alienação. Aquela é espécie desta.
- Corroborando esse entendimento, De Plácido e Silva, in *Vocabulário Jurídico* (op. cit), define o termo **alienação**, de caráter genérico, como todo e qualquer ato que tem o efeito de transferir o domínio de uma coisa para outra pessoa seja por ‘venda, troca ou por doação’;
- *Segundo, ainda, De Plácido e Silva, liquidação, na técnica do Direito Comercial, é definida como a soma de operações promovidas em uma sociedade, após resolvida a sua dissolução, com o objetivo de realizar seu ativo e resgatar seu passivo, apurando-se ao final, o que*

64

W

deve caber a cada um dos sócios, para pagá-los e extinguir a comunidade;

• *Não tendo o artigo 44, § 1º, da Lei nº 6.404/1976 – Lei das S/A – definido a forma como se daria o pagamento do resgate, deixando livres as partes para fazê-la, e não existindo, até o advento da Lei nº 9.249/95, nenhuma previsão legal específica na legislação tributária sobre a matéria, não poderia a autoridade fiscal arvorar-se no poder discricionário de determinar como ele ocorreu no presente caso, muito menos, sob a alegação da inaplicabilidade do novo comando legal vigente, atribuir-lhe um valor, o das ações da UNISEG dadas em pagamento, pelo montante escriturado em conta de investimento da UP;*

• *O Prof. Modesto Carvalhosa, na obra adotada como referência pela autoridade fiscal, só admite o resgate mediante o pagamento em dinheiro ao titular, sócio, ou acionista, e, como no caso o pagamento se processou pela entrega de ações da UNISEG, a operação jamais poderia ter sido, sob o ponto de vista da autoridade fiscal, caracterizada como resgate, tornando improcedentes os fundamentos e, consequentemente, a própria autuação;*

• sem a liquidação do resgate em dinheiro, o que permitiria, sim, a efetiva apuração do eventual ganho ou perda de capital, decidiu a autoridade fiscal adotar, sem nenhum amparo legal, um valor a título de pagamento efetuado pela UP, vale dizer, aquele referente à sua participação acionária na UNISEG então transferida à ABH, pelo valor da equivalência patrimonial por ela escriturado como novo Investimento, de R\$ 134.307.157,56;

• o comando legal escolhido pela autoridade fiscal, após o inexplicável afastamento do disciplinado no art. 22 da Lei nº 9.249/95, para atribuir o valor pago pela UP no resgate de suas ações, foi aquele contido nos artigos 418, 426 e 427 do RIR/99, sob o esdrúxulo raciocínio de que tendo havido a baixa do investimento na UP, mediante a entrega pela ABH das ações por ela detidas em contrapartida ao recebimento das ações da UNISEG, teria ocorrido liquidação do investimento;

• No raciocínio da autoridade autuante, a alienação de uma participação societária, com a consequente baixa do investimento, espécie também elencada no art. 426 do RIR/99, seria igualmente uma forma de liquidação, o que levaria à conclusão de que alienação e liquidação são sinônimos, o que verdadeiramente, do ponto de vista fiscal, não é, e nem guarda sentido lógico;

• como no caso da ABH, como houve uma venda, portanto alienação, e não uma liquidação, o que seria suficiente, mais uma vez, para invalidar as afirmações da autoridade autuante.

• *a autoridade fiscal não só deixou de considerar o resgate como uma forma de alienação para fundamentar a lavratura do Auto de Infração, como todo o comando legal do referido dispositivo do RIR/99 em comento não se aplica ao caso, como restará, ao final, provado;*

• O sentido do termo liquidação, relativamente a direitos decorrentes de investimentos em coligadas ou controladas, como expresso no art. 426 do RIR/99, tem, por analogia, similitude àquele expresso no seu

68

4

art. 418, e aplicável aos bens do ativo – desapropriação, baixa por perecimento, extinção, etc;

- se quiséssemos ‘ad argumentandum’ seguir a linha de raciocínio da autoridade autuante, de que a operação de resgate implicou a liquidação do investimento da ABH, por compra ou venda forçada, e aplicar os comandos insertos nos artigos 418, 426 e 427 do RIR/99, a conclusão seria de que não houve ganho ou perda de capital na referida transação, uma vez que pela devolução de participação societária na UP, esta teria, por força do negócio contratado, pago o valor contábil daquela participação acionária;
- a quantia recebida por conta do resgate teria sido empregada pela ABH na compra da participação acionária da UNISEG e escriturada pelo valor contábil então registrado na UP, mais o ágio referente à diferença existente entre o preço de aquisição e aquele valor contábil a título de novo investimento na UNISEG, tudo em consonância com o que já abordado sobre Equivalência Patrimonial e Ágio, ainda que, inexplicavelmente, não considerado pela autoridade fiscal;
- *em relação ao artigo 22 da Lei nº 9.249/1995, o espírito do legislador, reconhecendo uma prática comum entre as pessoas jurídicas e os detentores de seu capital, a do resgate (devolução) da participação societária, foi o de permitir ao sócio retirante receber, como pagamento, outros bens ou direitos que não dinheiro, em contrapartida à devolução de sua participação no capital da empresa;*
- se o legislador tributário introduziu a espécie devolução como alienação realizada entre partes inter-relacionadas sem pagamento em dinheiro, por meio da edição do art. 22 da Lei nº 9.249/95, reproduzido no art. 419 do RIR/99, é por que quis distingui-la da alienação contida no art. 426 do RIR/99, essa para os dois casos. Assim, tais dispositivos da legislação tributária não poderiam ser interpretados de forma isolada, sem levar em conta a forma como se deu o pagamento, como fez a autoridade fiscal, mas sim de forma sistemática;
- até a edição da Lei nº 9.249/95, ainda que discutível, talvez fosse o art. 426 do RIR/99 aplicável ao caso vertente. Porém, a partir de 01/01/96, a autoridade fiscal não poderia afastar a aplicação do seu artigo 22, sob pena de imputar aos contribuintes infrações descabidas;
- *a operação de resgate em tela tem natureza jurídica de dação, explicitando que A dação (...) é uma espécie de negócio jurídico bilateral envolvendo a transferência recíproca de bens ou direitos;*
- realizado o pagamento por meio da transferência de coisa, no caso, ações da UNISEG, tem ele a natureza jurídica de ‘dação em pagamento’;
- dúvidas não podem remanescer de que a ABH, ao aceitar como pagamento, a título de devolução da participação societária que detinha na UP, as ações da UNISEG, o fez por entender que estava, sob as perspectivas de rentabilidade futura dessa sociedade, realizando um bom negócio e, sob o aspecto contábil e tributário, observado o inserto no art. 22 da Lei nº 9.249/95;

6/1

4/1

• a lei estipula que o valor a ser atribuído aos direitos recebidos pela ABH – ações da UNISEG detidas pela UP – seja o valor contábil da participação no capital devolvido à UP, composto da equivalência patrimonial mais o ágio e, também, que esses mesmos direitos sejam avaliados pela ABH pelo valor contábil das ações da UNISEG registrado na UP.

• Tendo em vista que a participação societária detida pela ABH é devolvida à UP – no ‘valor contábil’ de R\$ 309.468.354,55, escriturada pelo método da equivalência patrimonial (R\$ 151.665.337,96) mais o ágio pago (R\$ 157.803.016,59) quando da sua aquisição, nos termos dos artigos 384 e 385 do RIR/99 – apresentava valor superior aos direitos recebidos como contrapartida, referente às ações da UNISEG, exerceu ela o poder-dever, a teor do disciplinado no mesmo art. 385 do RIR/99, c/c o art. 22 da Lei nº 9.249/95, de registrar o novo investimento pelo valor contábil da participação na UP (R\$ 309.468.354,55) e escriturá-lo pelo valor das ações da UNISEG na UP (R\$ 151.667.308,76), também avaliadas por equivalência patrimonial, mais o ágio (R\$ 157.801.045,79), pela diferença;

• Não há suporte na técnica contábil, muito menos previsão na legislação tributária, para embasar a alegação de que uma perda (ganho) de capital em um contribuinte (a ABH), decorrente de uma operação de liquidação de investimento (venda), como fundamentou a autoridade fiscal na imposição da presente autuação, signifique um ganho (perda) no contribuinte (a UP) que o resgatou (compra). Isso é, no mínimo, uma inovação;

• O suposto ganho da UP apontado pela autoridade fiscal, repita-se, não tributado, corresponde ao valor do ágio escriturado pela ABH quando da aquisição de participação acionária na UP, e baixado por conta da operação de resgate. Não há contrapartida desse ágio na escrituração da UP, e nem poderia, como se evidenciará;

• a autoridade fiscal confundiu ‘ágio na subscrição’, com ‘ganho de capital’; aquele é a ‘diferença positiva entre o preço pago na subscrição pelo investidor e o valor patrimonial das ações’, a ser escriturado em conta de ativo da investidora, como previsto no art. 385 do RIR/99; esse, a ‘diferença entre o preço de venda de um investimento e o seu valor contábil, nos termos do art. 426 do RIR/99. Não se confundem;

• a autoridade fiscal confundiu, também, ‘ágio na emissão’ com ‘ágio na subscrição’, apontando que o primeiro é ‘diferença positiva entre o preço recebido na subscrição pela investida e o valor patrimonial das ações emitidas’, a ser escriturado em conta de reserva de capital na investida, como disciplinado no art. 391, I, do RIR/94, atual art. 442, I, do RIR/99, por ela citado;

• Quando do aumento de capital da UP e subscrições das Ações Preferenciais Classe B pela ABH, o ‘ágio na emissão’ escriturado pela UP em conta de reserva foi de R\$ 151.303.609,64, como apontado no item 8.2 do Termo de Verificação Fiscal, diferente do ‘ágio na subscrição’ escriturado pela ABH, de R\$ 157.803.016,59. Para tal fato não atentou a autoridade fiscal;

61
4

- Uma vez comprovado que a operação de resgate em questão não se enquadra como ‘liquidação de investimento’, como disciplinado no art. 426 do RIR/99, conforme apontou a autoridade fiscal autuante, mas sim, como ‘devolução de capital’, nos termos do art. 22 da Lei nº 9.249/95, mediante ‘dação em pagamento’, por meio de ações da UNISEG então em poder da UP, teria cabido à autoridade fiscal, quando do procedimento levado a cabo na impugnante, somente a verificação dos lançamentos contábeis da ABH, tendentes a analisar a exatidão de seus valores;
- Não bastassem os argumentos até aqui articulados, suficientes para comprovar a improcedência dos lançamentos efetuados pela autoridade fiscal, compete a essa autoridade julgadora, na remota hipótese de julgá-los procedentes – o que não acreditamos – declarar a teor do disposto no art. 151, IV, do Código Tributário Nacional, a suspensão da exigibilidade da CSLL relativa ao ano-calendário 1998 na parte que excede à alíquota de 8%, tendo em vista estar a impugnante protegida por decisão judicial proferida no Mandado de Segurança autuado sob o nº 98.0008210-7 (Doc. 11);
- O mesmo tratamento deve ser dado ao IRPJ do ano-calendário 1998, 1999, 2000 e 2001 quanto à parcela referente à dedução da CSLL de sua base de cálculo, haja vista a decisão judicial proferida nos Mandados de Segurança autuados sob o nº 98.0008207-7, 1999. 61.00.005606-3, 2000.61.00017381-3 e 2001.61.00.005187-6 respectivamente (Doc. 12);
- essa autoridade julgadora, ao abrigo do art. 63 da Lei nº 9.430/96, deverá exonerar a multa de ofício imposta e os juros moratórios, estes enquanto vigentes as medidas judiciais suspensivas da exigibilidade do crédito tributário em comento.

A decisão recorrida afastou a primeira acusação por terem sido comprovados em diligência os percentuais de participação da recorrente na Uniseg conforme sua escrituração, constituindo este tópico matéria referente ao recurso de ofício.

Também afastou a penalidade de ofício sobre o lançamento da CSLL no que excedente a 8%, por força de provimento judicial e o disposto no artigo 63 da Lei 9.430/96, o que também deve ser apreciado no âmbito da remessa necessária.

Manteve o restante o lançamento.

Rejeitou a preliminar de nulidade com o argumento de que compete legalmente aos Auditores Fiscais da Receita Federal a fiscalização dos tributos lançados, não podendo atos normativos de hierarquia inferior infirmar tal competência. Cita precedentes administrativos no sentido de que o MPF é mero instrumento de controle administrativo da Receita Federal.

No mérito, quanto ao ágio contabilizado na aquisição por resgate das ações da UP, afirmou inaplicável à espécie o disposto no artigo 22 da Lei 9.249/95, confirmando que, nos casos de resgate de ação, deve ser apurado ganho ou perda de capital, conforme a fundamentação da fiscalização.

Afastou também a possibilidade de dedução da CSLL na base do IRPJ em face de decisão judicial, por entender que tal efeito só seria possível no período em que efetivamente deduzido e lançado o encargo, o que não se dá nos casos de lançamento de ofício.

Em seu apelo voluntário, a recorrente retoma os argumentos da impugnação, argüindo novamente a nulidade dos lançamentos em face da expiração do prazo do MPF-F respectivo.

Apoiando-se em declaração de voto com fundamento divergente, afirma aplicável o artigo 22 da Lei 9.249/95, restando correto a contabilização do ágio quando do resgate das ações da UP, pela diferença entre o valor patrimonial das ações recebidas e o custo de aquisição, este representado pelo investimento realizado na UP quando da subscrição das ações preferenciais resgatáveis.

Não renova sua argumentação acerca da dedutibilidade da CSLL na apuração de ofício do IRPJ, mas pede o cancelamento integral da exigência por decorrência.

Há arrolamento.

É o Relatório.

A handwritten signature consisting of a stylized 'W' above a downward-pointing arrow, followed by a cursive 'Gd'.

Voto

Conselheiro MARIO JUNQUEIRA FRANCO JUNIOR, Relator

Os recursos preenchem os requisitos de admissibilidade, merecendo ser conhecidos.

Início pela remessa necessária.

O provimento quanto ao valor registrado como ágio por investimento direto derivou de diligência confirmado os percentuais de participação na data da subscrição. O acerto da decisão a esse respeito é, portanto, incontestável.

A questão da inaplicabilidade de multa de ofício em parcela do lançamento com exigibilidade suspensa deriva de expressa disposição do artigo 63 da Lei 9.430/96, sendo despiciendas maiores considerações.

Nego provimento ao recurso de ofício.

Quanto ao voluntário, deixo de apreciar a preliminar de nulidade em face do provimento que concederei em meu voto.

A questão nodal neste processo se resume em saber se no resgate de ações preferenciais classe B da empresa UP, deveria ou não a recorrente registrar um ágio pela diferença entre o valor patrimonial das ações da Uniseg entregue como pagamento, e o custo de sua inversão inicial na UP.

Antes, porém, devo admitir concordar com o argumento da recorrente de que o disposto no artigo 22 da Lei 9.249/95 tem aplicação aos casos de resgate de ações previsto no artigo 44 da Lei das Sociedades Anônimas.

A compulsoriedade inerente ao resgate não retira do pagamento o caráter de devolução de participação no capital social. Tal devolução se refere a qualquer caso de retirada do sócio, seja por resgate, exercício do seu direito de retirada, devolução pura e simples ou liquidação.

O dispositivo legal citado veio para eliminar dúvidas justamente no planejamento que muitos faziam em retirar contábil da sociedade e registrar por valor superior no sócio, reavaliando o bem do ativo em trânsito. Eliminou também qualquer dúvida acerca da aplicação dos conceitos de distribuição disfarçada de lucros aos casos de devolução de capital em bens.

Sua lógica é cristalina. Se a sociedade utiliza-se de um bem cujo valor contábil é inferior ao montante do capital devolvido, realiza um ganho que deve por ela ser tributado. Se, no entanto, a entrega do bem se dá por valor contábil, tal sobrevalia só será tributada no sócio, se e quando realizado.

No caso dos autos uma distorção se apresenta, tendo sido utilizada forma que burlou o conteúdo do dispositivo.




Inicialmente, a recorrente subscreve ações preferenciais resgatáveis da empresa UP. Tal investimento foi feito com registro de ágio, muito embora todo o valor investido fosse resgatável, o que já é sinal de artifício e jogo com os institutos.

Tendo a UP destinado parte do investimento a reserva de ágio, não a tributou, enquadrando no disposto no artigo 38 do Decreto-Lei 1598/77.

Já aqui tenho um questionamento. A função do referido dispositivo é fomentar os negócios da empresa, permitindo investimentos superiores ao valor da ação, que reverterão em favor de todos os acionistas, incrementando os negócios da pessoa jurídica.

Reserva de capital que já nasce carimbada a ser devolvida não preenche o conteúdo normativo do dispositivo, não se podendo aceitar interpretações fulcradas apenas na forma dos atos societários realizados.

O resgate previsto para período de pouco mais de seis meses continha ainda outra incongruência clara. Por acordo, as partes convencionaram que: ou seria pago em dinheiro, pelo valor total do investimento realizado, ou mediante a entrega de ações da Uniseg, cujo valor contábil registrado pela UP era inferior ao montante de sua dívida pelo resgate, já que se comprometera a devolver a totalidade do valor vertido, tanto o que destinou para capital quanto o valor registrado como reserva de capital.

Da forma como convencionado o resgate, alcançou-se a seguinte situação inusitada: A UP registrou como custo do resgate apenas o valor contábil representado pelo seu investimento na Uniseg, cujas ações foram entregues em pagamento, enquanto que a ABH registrou sua nova participação com ágio, ou seja, a valor de mercado. Saiu contábil da investida e chegou a mercado na investidora.

Driblou-se o conteúdo normativo do artigo 22 da Lei 9.249/95, na sua precípua finalidade de tributar o ganho na sociedade ou no sócio. Da forma como feito, ninguém tributou nada.

No meu entender, o ordenamento há de rejeitar a utilização formal de instrumentos sem conteúdo cujo interesse seja fraudar à lei.

Além do intrigante registro de ágio resgatável, a maior incoerência na forma adotada resume-se no acordo firmado para o resgate das ações preferenciais. Tal resgate, como já se disse, tinha duas formas possíveis de liquidação, sendo que, em tese, os valores poderiam ser diferentes: o total do investimento em dinheiro, ou as ações da Uniseg, registradas por valor inferior.

Para a UP, a liquidação não representou tão-somente a redução do capital pelo valor contábil das ações da Uniseg. Representou a liquidação de uma dívida pelo valor total do investimento em ações preferenciais classe B, parcela capital adicionada da reserva de capital.

No entanto, seu patrimônio líquido foi reduzido apenas pelo valor contábil das ações entregues permanecendo incólume a diferença da mais-valia anteriormente recebida.

Em um caso comum de aplicação do artigo 22 da Lei 9.249/95, a entrega de um bem a valor de mercado, representaria a sua baixa por valor contábil em contrapartida de uma

GD

UJ

redução de capital ou reservas superior, igual ao de mercado do bem, implicando a diferença em ganho tributável na sociedade.

No presente caso, pela forma adotada, embora o resgate representasse uma quitação equivalente ao total do investimento, apenas parte da dívida pelo resgate foi registrada como redução patrimonial.

A comprovar o que aqui se afirma, tivesse o resgate ocorrido pelo pagamento em dinheiro do total do investimento, a contrapartida à saída do circulante seria necessariamente a redução de patrimônio líquido equivalente.

Pelo o que pude compreender das operações societárias realizadas, elas não passaram de puro planejamento, a fim de que a empresa ABH viesse a adquirir participação na Uniseg sem que a UP pagasse pela sobrevalia, ou seja, registrasse um ganho de capital.

A entrega da participação na Uniseg pela UP, quando do resgate de suas ações preferenciais não foi a valor contábil, como a forma procurou dissimular. Foi a mercado, pois uma dívida superior, pelo total do investimento, restou liquidada.

Para a ABH o registro da nova participação realmente representaria um investimento com ágio e não uma perda de capital.

Este ágio tem como fundamento a rentabilidade futura da Uniseg, pois todo o investimento já estava lastreado nos negócios dessa empresa, sendo a UP uma empresa meramente holding.

A discrepância é que se o investimento tivesse ocorrido diretamente, a reserva de capital por ágio estaria na empresa a gerar a rentabilidade futura, ou seja, a Uniseg, e não na sua antiga controladora, a UP.

Não teria dúvidas em manter um lançamento de ofício que viesse a ser realizado na UP em face de ganho de capital na alienação de ações da Uniseg, requalificando toda a operação, pois esta é verdade e o conteúdo material dos atos praticados. O resto é uso de formalismo jurídico como instrumento de fraude à lei. A capacidade contributiva ficou toda na UP.

No entanto, pelo mesmo raciocínio, devo prover o recurso voluntário, por entender que a ABH, sucedida pela recorrente, está no pólo de aquisição de ações, sendo o registro do ágio correspondente à verdade econômica dos fatos.

Por estas razões, nego provimento ao recurso de ofício e dou provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

Sala das Sessões, (DF), em 01 de março de 2007

MARIO JUNQUEIRA FRANCO JUNIOR