

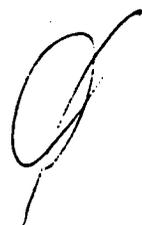
PARECER

PGFN/PGA/Nº 970/91

Consulta-se a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional sobre as consequências tributárias da aquisição de ações ou quotas de capital adquiridas através de público leilão no âmbito do Programa Nacional de Desestatização, mediante a entrega de cruzados novos, certificados de privatização ou ativos títulos de crédito (Portaria MEFP nº 263, de 22/4/91).

Através do Programa Nacional de Desestatização busca o Estado uma volta ao Estado liberal, predominante no século XVIII e XIX, dispensando tanto quanto possível a presença do Estado na atividade econômica.

2. O processo de desestatização, embora seja atividade diretamente contrária à intervenção na propriedade e no domínio econômico, também será exercido, como aquela, mediante atos de império, obedecido o interesse público e o princípio de legalidade. Portanto, o processo de desestatização será regrado por normas de direito público.



Processo nº 10168.007447/91-80

3. Nesse sentido, expediu-se a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, instituindo o Programa Nacional de Desestatização, nela incluindo o art. 16, que enumerou as modalidades a serem utilizadas no pagamento das alienações, cuidando de fazê-lo de maneira claramente exemplificativa evitando a adoção da modalidade taxativa que poderia conduzir a uma indesejável rigidez. Pelo contrário, deixou ao prudente alvedrio da norma regulamentar determinar a aprovação pela Comissão Diretora do Programa da forma de pagamento das alienações, de maneira a que a modalidade enfim adotada, que pode ser, inclusive, a combinação de mais de uma forma de aquisição, permitirá levar à obtenção do melhor preço em relação às condições de mercado no momento da transação. Em outras palavras, e considerando que os recursos provenientes das alienações serão empregados pelo Estado na realização do bem-estar social e do progresso econômico, a observância do princípio da finalidade aparece bem nítida: trata-se de obter do produto da alienação a maior quantidade possível de meios para produzir o máximo de bem-estar social, para citar a conhecida forma de Dalton. Assim não entendesse o legislador, não teria ele sequer inserido nas atribuições da Comissão Diretora o comando normativo do inciso IX, do art. 69, da Lei nº 8.031/90, que encerra nitidamente o conteúdo de poder de escolha da modalidade, conveniência e oportunidade; também teria ele redigido diferentemente o art. 16, dizendo que: as formas de pagamento deveriam ser somente as enumeradas com exclusão de quaisquer outras. Se assim não procedeu o legislador é porque não queria contratar o substratum teleológico do bem jurídico que se visava tutelar: retirar o Estado das ações econômicas que tradicionalmente não lhe são



Processo nº 10168.007447/91-80

próprias e concentrar a sua atividade, reforçada, inclusive, pelo produto das alienações, no desempenho daquelas atribuições do Estado.

4. Nessa ordem de raciocínio, a desejada flexibilidade tão bem esgrimida pelo legislador é que poderia, como de fato o fez, ser o instrumento adequado para atingir uma outra meta estritamente ligada à principal: atingir no momento e de acordo com as circunstâncias do ambiente econômico-financeiro nacional o melhor proveito.

5. Alienando as empresas deve ser adotado um processo geral e impessoal a fim de relacionar, entre várias propostas apresentadas por particulares, a que mais atenda aos interesses da coletividade. O leilão, espécie de concorrência pública, utilizável na venda de bens móveis e semovíveis (Estatuto, art. 20, parágrafos 5º e 43), foi a forma adotada pela Administração para alienar suas participações societárias em empresas estatais. A licitação é o antecedente necessário do contrato administrativo, o contrato é o conseqüente lógico da licitação. "Mas esta observe-se: é apenas um procedimento administrativo preparatório do futuro ajuste, de modo que não confere ao vencedor nenhum direito ao contrato, apenas uma expectativa do direito. Realmente, concluída a licitação, não fica a Administração obrigada a celebrar o contrato, mas, se o fizer, há de ser com o proponente vencedor" (vide Hely L. Meireles, Direito Administrativo Brasileiro, 14 edição, pp. 240).



Processo nº 10168.007447/91-80

6. O leilão, tecnicamente, exprime-se como processo prévio à alienação, que se realiza por pregões a quem mais der.

7. Ora, o Estado, no processo de desestatização, além do interesse de liberalizar a economia, pretende também como objetivo predominante diminuir o déficit público (Lei nº 8.031/90-II). Desfaz-se de um bem de seu ativo, em troca, recebe um título de crédito, que onerava o seu passivo. Este objetivo deve ficar presente, a fim de que se compreenda os objetivos do leilão. A expressão em cruzeiros do valor dos títulos oferecidos, traduz-se numa maior ou menor quantidade de títulos públicos, ou seja, não é preço, é um mero instrumentor referencial de troca. A moeda, por sinal, é universalmente reconhecida como intermediária nas trocas e medida de valor comum das mercadorias. Portanto, os cruzeiros lançados pelas partes representariam a quantidade de títulos, valorizados pelo seu valor de face. Logo, o leilão estaria desvinculado da moeda (cruzeiro) e sim diretamente vinculado à quantidade de títulos oferecidos em troca da participação acionária, conforme as formas operacionais de pagamento estabelecidas pelo art. 16 da Lei nº 8.031/90.

8. Por outro lado, o imposto de renda tem como fato gerador a disponibilidade econômica ou jurídica de uma renda ou de proventos de qualquer natureza, segundo preceitua o art. 43 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25/10/66). Como o conceito de renda é um conceito econô



Processo nº 10168.007447/91-80

mico e até hoje sem nítidos contornos, temos que o referido imposto incide sobre a percepção de uma renda, segundo critério jurídico. Isto significa que só são considerados renda ou proventos, os que a lei define como tais, coincidam ou não com o conceito econômico.

9. Ora, como demonstramos, os particulares e o Estado, participam de uma operação de troca (permuta), pois os participantes do leilão também buscam trocar títulos públicos por participações acionárias das estatais, e, dessa forma, afastar-se-ia a preocupação dos reflexos na licitação (leilão), pois o objetivo final dele, não são os cruzeiros, mas a maior quantidade de títulos públicos.

10. O vínculo jurídico estabelecido entre o Estado e o particular adquirente da participação societária, via leilão, tem por objeto imediato a prestação destinada a satisfazer o interesse das partes, e por objeto mediato o bem que deve ser prestado, no caso do particular as ações ou participações societárias e, relativamente ao Estado, receber títulos de dívida pública. Essa troca é o fundamento do negócio jurídico estabelecido, não se podendo confundir o objeto da obrigação (prestação) com o objeto de prestação (no caso lote de ações ou títulos de dívida pública). Nem se diga que haverá fraude ao leilão, o recebimento de títulos por 100, quando o seu preço de mercado seria, por exemplo 40, pois a melhor interpretação da Lei nº 8.031/90 é a que determina que o título entre pelo seu valor de face (100).



Processo nº 10168.007447/91-80

Este é um fato jurídico, hábil à produção de efeitos e do conhecimento de toda a coletividade. Esta defasagem é um vínculo social que foi transformado em vínculo jurídico. Logo os participantes de leilão, possuidores de títulos públicos, possuem um instrumento de troca (quase moeda) em igualdade jurídica, não econômica, com os possuidores de cruzeiros. Os negócios jurídicos celebrados entre particulares não têm o condão de interferir nas convenções ou acordos celebrados por pessoa jurídica pública, tendo em vista a predominância do interesse público sobre o privado. A consequência jurídica, no presente caso, é que o valor de mercado prevalente nas negociações privadas não pode prevalecer sobre o valor atribuído pelo Estado para seus títulos, devendo, no contrato administrativo, o título ser aferido pelo seu valor de face, inclusive, por ser o único reconhecido e registrado na contabilidade pública da União.

11. Advirta-se, além disso, que não se pode confundir a situação jurídica do "devedor" por título de crédito ou outro ativo financeiro que tenha "valor de face" com a situação jurídica de terceiro, "o mercado", que apenas avalia, em termos de mensuração, da vantagem econômica e da conveniência e oportunidade, se lhe interessa adquirir os créditos, a que o devedor está obrigado a tomar pelo seu valor de face.

12. Enquanto o devedor está obrigado por toda a dívida, o credor além de poder dispensar parte de seu crédito



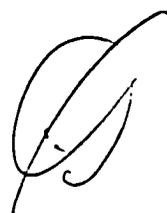


Processo nº 10168.007447/91-80

to, pode cedê-lo a terceiro, mediante a contraprestação que aceitar; e o terceiro pode, para assumir a posição do credor, avaliar a seu talante a expressão econômica, para si, dessa situação de credor, com as informações e baseado nas análises que entender de proceder. Mas é evidente que o devedor não pode se valer dessa avaliação praticada pelo mercado para se furtar da obrigação que assumiu.

13. É a lei, em que muitos casos elege o valor de mercado como parâmetro de negociações de títulos, valores mobiliários e outros bens. Todavia, não pode a lei, sob pena de incidir em confisco, determinar perda para o credor, alegando como parâmetro de grandeza, para realização de novo negócio jurídico com o devedor, a avaliação de mercado, já que tal crédito tem valor juridicamente exigível contra o devedor, que é o valor de face.

14. Eu diria, que foi criado, relativamente ao particular participante do leilão, obrigação alternativa, mediante sua escolha, ou entrega cruzeiros, ou entrega títulos, satisfazendo a prestação. Na primeira hipótese haveria claramente um contrato de compra e venda, na segunda hipótese a modalidade obrigacional seria tipificada como troca. O leilão teria o condão da transparência e igualar as oportunidades aos participantes de um negócio jurídico com o Estado (quer seja compra e venda ou permuta de valores).



Processo nº 10168.007447/91-80

15. Ainda que se quisesse, ad argumentandum, ver um ganho de capital entre a aquisição do título por 40 e o valor 100 conferido na troca, creio que haveria obstáculos jurídicos, relativamente ao aspecto temporal do fato gerador e a própria base de cálculo.

Ruy Barbosa Nogueira, Direito Financeiro, Curso de Direito Tributário, (1º Tomo, segunda edição, 1969, pp. 115), ensina:

"O momento da ocorrência do fato gerador é da maior importância porque é neste momento que nasce a obrigação tributária e, portanto, se aplica a lei vigente à data da sua realização".

16. É evidente que o momento não seria àquele da troca, mas sim quando o particular vendesse a participação acionária trocada. E, ainda, não existiria base de cálculo, pois o valor referencial em cruzeiros no leilão, existe somente como estímulo à troca dos bens (papéis públicos).

17. Esta tributação, ainda, seria iníqua, pois como não foram recebidos cruzeiros, não haveria disponibilida





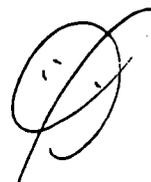
Processo nº 10168.007447/91-80

de líquida do contribuinte, e, em consequência naquele momento nenhuma base de cálculo para o fato gerador, pois a renda fica sujeita à tributação quando realizada e quantificada; evidentemente não é a hipótese sob exame.

18. A aparente parcela de maior valia nesta operação seria ilusória, pois nada nos indicaria que a futura participação societária poderia substituir eventualmente os títulos de crédito entregues no leilão.

19. No caso específico dos títulos da dívida agrária (TDA's), por força do art. 184 da Constituição Federal, a União não pode considerar outro valor, pois eles são medidos com cláusula de preservação do valor real, e cuja utilização é definida em lei, portanto, se constitucionalmente seu valor deve permanecer inalterado não há possibilidade jurídica de admitir-se a sua desvalorização para fins de encontrar uma mais valia.

Em conclusão, não há tributação, pois conforme a jurisprudência e a orientação uniforme das autoridades fiscais são no sentido de que não há ganho de capitais, quando ocorre mera troca de bens, principalmente, por ter a União como parte no contrato, e, em consequência, respondo à consulta no sentido de não haver tributação na aquisição de ações ou quotas de capital permutadas em público leilão



no âmbito do Programa Nacional de Desestatização.

SUB CENSURA, é o Parecer.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 16
de setembro de 1991.



WAGNER PIRES DE OLIVEIRA
Procurador-Geral Adjunto

Aprovo o Parecer.

Submeta-se à superior apreciação do Senhor
Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 23
de setembro de 1991.



TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR
Procurador-Geral da Fazenda Nacional

