

P A R E C E R

PGFN/PGA Nº 454/92

Preliminares.

O Contrato de Permuta: conceito de Pontes de Miranda.

A licitação como procedimento prévio. A interpretação do art. 65 da Lei nº 8.383/91.

Não incidência do I.R. sobre a mais-valia na Permuta.

Conclusões.

I

PRELIMINARES

Em primeiro lugar, é necessário ressaltar que o Parecer PGFN/PGA/Nº 970/91 não teve por fundamento o "caput" do art. 65 da Lei nº 8.383/91, por lhe ser anterior, o dispositivo interpretativo reforça a posição adotada no referido parecer, reconhecendo a existência de permuta. O fundamento tanto do diploma legislativo quanto do Parecer é a da existência da permuta, cuja consequência é a desoneração tributária pela simples inexistência do fato gerador.

2. Em segundo lugar, há que se fazer uma distinção entre o processo de privatização — que pode sujeitar-se a reclamação de acionistas minoritários — e o da permuta em si, que desonera a tributação — contra o qual, data venia, creio não ter a empresa ou seus acionistas interesse de agir. Agitar esse falso problema a propósito da desoneração tributária é subverter a equação lógico-jurídica, fundamentando-se em argumentos emocionais a fim de atingir a decisão política de privatização. Em síntese, a desoneração tributária na permuta não é um privilégio, e sim o reconhecimento de não incidência da regra de tributação.



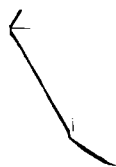


3. Em terceiro lugar, há que se desmistificar um argumento, aparentemente razoável — a existência de tratamento tributário diverso para a permuta e a compra e venda. Falar em "detrimento de quem queira comprar ações com dinheiro" (compra e venda) é demonstrar ser jejuno em matéria jurídica, pois permuta e compra e venda, embora semelhantes, são institutos jurídicos diversos. É evidente que o legislador da Lei nº 8.031/90 poderia ter determinado que as alienações só se fizessem mediante pagamento em dinheiro, no entanto, talvez para obedecer aos objetivos do Programa — contribuir para a redução da dívida pública (inciso II, art. 1º da Lei nº 8.031/90) —, tenha autorizado expressamente (art. 16) que as alienações se fizessem mediante o recebimento de títulos (permuta). Não deve ser criticável o fato de o contribuinte escolher a entrega de títulos (permuta) a dinheiro (compra e venda), pois é lícito a economia de impostos por meios legais, conforme o ensinamento de Ruy Barbosa Nogueira:

"Daí, desde que o contribuinte tenha estruturado os seus empreendimentos, as suas relações privadas, mediante as formas normais, legítimas do Direito Privado e com essa estruturação incidida em menor tributação, ele está apenas utilizando-se de faculdades asseguradas pela ordem jurídica. O fisco não pode influir na estruturação jurídico-privada dos negócios do contribuinte, para provocar ou exigir maior tributação". (RUY BARBOSA NOGUEIRA, Da Interpretação e da Aplicação das Leis Tributárias, pp. 65).

4. A fim de responder à Consulta formulada, impõe-se considerar que o contrato de permuta é negócio jurídico essencialmente bilateral. A licitação que a antecede é, quando muito, mera formalidade; é, mais rigorosamente, pré-negócio jurídico. Não tem a força que lhe quer dar o apressado intérprete do art. 65 da Lei nº 8.383/91. O licitante vencedor apenas promete trocar, continua proprietário e possuidor do objeto oferecido na licitação. Há, na permuta, consenso, bilateralidade e unicidade.





II

O CONTRATO DE PERMUTA: CONCEITO DE PONTES DE MIRANDA

5. Visando a esparcar qualquer dúvida sobre a natureza jurídica do contrato de troca, vou-me valer do festejado Pontes de Miranda:

"§ 4338

QUANDO HÁ TROCA - Há troca sempre que se presta direito de propriedade, ou posse, e se contrapresta outro direito de propriedade, ou posse, ou qualquer outro direito, inclusive o direito a alguma quantia certa.

3 CONTRAENTES - Na troca, há dois figurantes, que são em situação tal de semelhança que falta terminologia adequada para os distinguir, porque outorgantes, os dois o são. **TRADENS E ACCIPIENS** cada um o é. O fato de não haver diferença fundamental quanto às prestações de dar, ambos de res, dificulta a distinção".

"§ 4339

2 - CORRESPECTIVIDADE SEM PREÇO - Não há preço, no sentido próprio, porque um dos figurantes promete um bem, que não é dinheiro, e o outro figurante promete outro bem, que não é dinheiro". (PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado, vol. 39, pp. 378/9, 3a. edição, Borsoi, 1972).

III

A LICITAÇÃO COMO PROCEDIMENTO PRÉVIO

6. O art. 32 da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, ao determinar que a alienação das ações fosse efetuada através de leilão público, quis, em nome da moralidade pública, se utilizasse desse pro



cesso preliminar, tal como se afirmou no Parecer PGFN/PGA/Nº 970/91:

"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 atende aos interesses da coletividade. O leilão, espécie de concorrência pública, utilizada na venda de móveis e semoventes (Estatuto, art. 20, §§ 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 componente lógico da licitação."

"Mas isto observe-se: é apenas um procedimento administrativo preparatório do futuro ajuste, de modo que não confere ao vencedor nenhum direito. Realmente, concluída a licitação, não fica a Administração obrigada a celebrar o contrato, mas se o fizer, há de ser como o proponente vencedor." (Vide HELY L. MEIRELLES, Direito Administrativo Brasileiro, 14a. edição, pp. 240).

7. Como se vê, Hely L. Meirelles, na órbita do direito público, não assinala maior relevância ao processo preliminar da licitação, pois é um processo prévio à alienação, não pode ter a consequência de constituir em si um fato gerador de obrigação tributária, nem ter o condão de afastar uma incidência já definida na legislação.

IV

A INTERPRETAÇÃO DO ART. 65 DA LEI Nº 8.383/91

8. O art. 65 da Lei nº 8.383/91 apresenta a seguinte redação:

"Art. 65. Terá o tratamento de permuta a entrega, pelo licitante vencedor, de títulos da dívida pública federal ou de outros créditos contra a União, como contra partida à aquisição das ações ou quotas leiloadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização.

§ 1º Na hipótese de adquirente pessoa física, deverá ser considerado como custo de aquisição das ações ou quotas da empresa privatizável o custo de aquisição dos direitos contra a União,



corrigido monetariamente até a data da permuta.

§ 2º Na hipótese de pessoa jurídica não tributada com base no lucro real, o custo de aquisição será apurado na forma do parágrafo anterior.

§ 3º No caso de pessoa jurídica tributada com base no lucro real, o custo de aquisição das ações ou quotas leiloadas será igual ao valor contábil dos títulos ou créditos entregues pelo adquirente na data da operação.

§ 4º Quando se configurar, na aquisição, investimento relevante em coligada ou controlada, avaliável pelo valor do patrimônio líquido, a adquirente deverá registrar o valor da equivalência no patrimônio adquirido, em conta própria de investimentos, e o valor do ágio ou deságio na aquisição em subconta do mesmo investimento, que deverá ser computado na determinação do lucro real do mês de realização do investimento, a qualquer título.".

9. O "caput" do art. 65 da Lei nº 8.383/91, não muito feliz na sua redação, deve induzir o intérprete a buscar o mais justo e o mais prestável dentre os vários sentidos que a letra da lei oferece. É evidente que ele, ao falar da "entrega pelo licitante vencedor", não se referiu ao contrato preliminar de licitação, mas sim ao negócio jurídico, com eficácia, pois alude de forma expressa "a transmissão dos bens", ao falar da "entrega" e da "contrapartida".

10. O art. 65 da Lei nº 8.383/91 seria tautológico quando, no seu caput, afirma que terá tratamento de permuta o negócio jurídico definido pela doutrina como contrato de troca, pois, se de permuta se trata, o seu manejar só pode ser aquele que da sua essência decorre. Por outro lado, o citado dispositivo (art. 65) é uma norma jurídica de natureza tributária, logo o vocábulo "tratamento" só pode ter implicações tributárias. O dispositivo quis somente lembrar que, também nas operações do Programa Nacional de Desestatização, o contrato de troca afasta a incidência tributária. Para o intérprete não transformar em despidendo o caput do art. 65, ele deve ser entendido como mera ênfase e, ao mesmo tempo, para albergar nos seus 4 (quatro) parágrafos, dispositivos que o legislador enten

deu necessários para o registro contábil do custo de aquisição das ações no negócio jurídico concretizado.

V

NÃO INCIDÊNCIA DO I.R. SOBRE A MAIS-VALIA NA PERMUTA

11. O Prof. Ives Gandra Martins ao cuidar do SISTEMA TRIBUTÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988, embora falando de imposto sobre a transmissão de "bens imóveis", enfoca a Permuta, dizendo:

"A lei complementar em elaboração deverá esclarecer se nas permutas, que não representam transmissões onerosas, haverá qualquer incidência, visto que o espectro da competência esta dual se circunscreve às transmissões CAUSA MORTIS e "doações" e a dos municípios, como verei, aos atos onerosos".

"O sistema das duas competências não me permite visualizar a competência de Estado ou Município sobre as transmissões por "permutas", pois, se por valores idênticos, não são transmissões onerosas e nem tais operações foram contempladas pela constituição ." (IVES GANDRA MARTINS, Sistema Tributário na Constituição de 1988, Editora Saraiva, 1989).

12. A antiga Secretaria da Receita Federal expediu a Instrução Normativa nº 107, de 14 de julho de 1988, cuja ementa dispõe sobre os procedimentos a serem adotados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas e do lucro imobiliário das pessoas físicas, nas permutas de bens imóveis. Para fins desta Instrução Normativa, considera permuta toda e qualquer operação que tenha por objeto a troca de uma ou mais unidades imobiliárias por outra ou outras unidades, ainda que ocorra, por parte de um dos contratantes, o pagamento de parcela complementar em dinheiro, nela denominada "torna". E no item 2.1.1. diz a referida Instrução:

"No caso de permuta sem pagamento de torna, as permutantes não terão resultado a apurar; uma vez que cada pessoa jurídica

atribuirã ao bem que receber o mesmo valor contãbil do bem baixado em sua escrituração".

13. Na mesma linha de entendimento, Henry Tilbery, dando fundamento doutrinãrio ã posiçã das autoridades fiscais, diz:

"No caso de permuta de um bem por uma pessoa jurãdica que recebe em troca outro bem do mesmo valor, nã há diferenã de valores a registrar: o novo bem ingressa, no patrimõnio da empresa com igual valor ao bem substituído. Portanto, nesta hipõtese nã ocorreu na permuta nenhum ganho tributãvel. É esta a opiniã defendida por Josã Luiz Bulhões Pedreira, aceita pelo Parecer Normativo CST nº 504/71 no caso de permuta de ações. Parece este que expõe claramente a tese de a pessoa jurãdica que permutar ações por outras de valor equivalente ao de aquisiçã das cedidas, por consequẽncia nã alterando quantitativamente o patrimõnio social, nã estar sujeita ã imposiçã de tributo, ressaltando outrossim que nã é o valor das ações negociadas a base de apuraçã do resultado na transaçã, e sim o valor de aquisiçã das por ela cedidas, em confronto com o atribuído as que receba na permuta. No mesmo sentido tambẽm o Parecer Normativo CSR nº 213/73 que, no caso de permuta de imõveis, estabelece o princãpio que nenhum resultado irã apurar se a pessoa jurãdica, pelo bem alienado, receber dinheiro, direitos ou bens de igual valor ao daquele, apurado em seus registros contãveis (custo histõrico, mais correçã monetãria, menos depreciações)."

E ainda:

"No mesmo sentido tambẽm o Parecer CST nº 34/74, que entende no caso de transferẽncia de terreno por pessoa jurãdica, em pagamento de capital subscrito, traduzir a diferenã, entre o custo de aquisiçã e o valor atribuído ã "conferẽncia do bem", resultado de transaçã eventual da empresa subscritora."

Josã Luiz Bulhões Pedreira examina a situaçã sob outra perspectiva, isto é, equiparando a conferẽncia de bens a uma permuta pelas ações com eles integralizadas. Assim, conforme opiniã do ilustre autor, o custo dessas ações continua a ser o dos bens incorporados. Levando este raciocãnio ã sua consequẽncia lõgica, salienta:

"Somente ao vender as ações recebidas poderã a empresa saber se realizou lucro ou prejuízo. Essas ações poderã ser vendidas por preãço superior ou inferior ao nominal, e somente com a sua efetiva disposiçã serã possãvel apurar um resultado."

Em outras palavras, ainda não há resultado realizado." (HENRY TILBERRY, A Tributação dos Ganhos de Capital, Editora Resenha Tributária, 1977, pp. 177/8).

14. O direito comparado, tomando-se como mera indicação passageira do direito americano apresenta as seguintes afirmações:

"Exchange

The criterion in determining whether a transaction is a sale or an exchange is whether there is a determination of value of things exchanged, and if no price is set for either property is an "exchange". Gruver v. Commissioner of Internal Revenue, C.C.A.D.C., 142 F.2 d 363/366." (Black's Law Dictionary, Fifth Edition, West Publishing. co., 1979, pp. 505).

Tradução Livre

"Permuta

O critério para determinar se uma transação é uma venda ou uma permuta é se há determinação de valor dos bens permutados, e se nenhum preço é ajustado, é uma permuta."

"Intrinsic Value:

The value which a thing has of itself, and not the value reflecting extrinsic factors such as market conditions." (Black's Law Dictionary, Fifth Edition, West Publishing. co., 1979, pp. 505).

Tradução Livre

"Valor Intrínseco:

O valor que uma coisa tem em si mesma, e não o valor que reflete fatores extrínsecos como condições de mercado."

15. Atente-se que o art. 65, da Lei nº 8.383/91, através dos seus parágrafos, é muito elucidativo ao esclarecer que, na hipótese de pessoa jurídica, o valor contábil dos títulos ou créditos entregues pelo adquirente — leia-se permutante-licitante — será igual ao valor contábil das ações ou quotas registradas pela empresa alienante. Não podia ser de outra forma, pois além de se tratar



de permuta, os registros contábeis fazem prova plena quando se referem às mesmas transações, portanto, não poderia haver diferença nos assentamentos da transação mercantil — Permuta — realizada por ambos permutantes. (Vide Código Comercial, art. 23).

16. É evidente, os argumentos válidos para a permuta de imóveis, servem igualmente para demonstrar a inexistência do fato gerador do imposto de renda na permuta de ações por títulos diversos.

17. Alinham-se contra a tributação na Permuta os seguintes argumentos: um de caráter prático, ligado às dificuldades para demonstrar a avaliação de ganhos, uma vez que cada um dos contraentes aceitou o outro bem sem cogitar de prévio ajuste de preço; outro que corre paralelamente à idéia, ainda que existisse e se comprovasse ganho, ou seja, o fato de que o ganho não realizado não constituiria renda, logo não existiria capacidade tributária sem comprometer o próprio patrimônio. Um outro complicador, no caso específico dos ganhos de capital (quando existentes) das pessoas jurídicas, é a sistemática contábil em uso pois o resultado das empresas é lançado com base em resultados evidenciados pelos balanços sem discriminação quanto à sua integração individualizada, do que resulta na impossibilidade prática da distinção entre mais-valia e lucro.

18. É sabido na doutrina do direito tributário que todos os impostos, sem nenhuma exceção, necessariamente são baseados no princípio da capacidade contributiva. Sobre ele assim se exprimiu o Professor Geraldo Ataliba:

"2. Quanto a capacidade contributiva, é um conceito que já foi juridicizado e cuja definição e reconhecimento não são difíceis, nos dias que correm. De toda maneira, a circunstância de o Texto Constitucional tê-lo consagrado de modo explícito (art. 145, § 1º), obriga o jurista a reconhecer-lhe um determinado conteúdo, sentido e alcance. É a expressão tributária (quanto à espécie imposto) das exigências do princípio geral de isonomia consagrado no art. 5º e seu item I." (GERALDO ATALIBA, em R.D.P., nº 93, Editora Revista dos Tribunais).



19. Este princípio limita o poder de tributar do Estado, traduz-se na exigência de que a tributação seja modulada de modo a adaptar-se à riqueza dos contribuintes. A lei tributária deve atingir manifestação ou aspectos dessa riqueza e, o que é mais importante, sem destruir a sua fonte criadora.

20. O momento do fato gerador do imposto sobre mais-valia é o da alienação do bem por um preço que ultrapasse a reposição do capital, realizando-se só neste momento o ganho de capital. Ora, como bem acentuou Pontes de Miranda na troca há correspectividade sem preço, porque os figurantes da relação jurídica não entram com dinheiro, conseqüentemente inexistente fato gerador do tributo. Poder-se-ia dizer, no caso da permuta, sem troca de dinheiro, que o momento da incidência seria deferido no tempo.

21. Criar-se, fictamente, na permuta de bens, um ganho de capital é violar o próprio patrimônio. A sua tributação configuraria, por conseguinte, imposto sobre a propriedade e não sobre a renda e proventos de qualquer natureza. Não existe lei mandando cobrar imposto na permuta de bens, não onerosa. Ainda que existisse tal diploma legal, seria fulminado pelo vício da inconstitucionalidade.

22. Consequência juridicamente possível a ser extraída do art. 65 da Lei nº 8.383/91, seria o seu caráter interpretativo, visando a espancar dúvidas quanto a não incidência de gravame fiscal nas trocas efetuadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização, e, ainda, oferecer claramente os critérios para os registros contábeis do negócio jurídico realizado.



VI

CONCLUSÕES

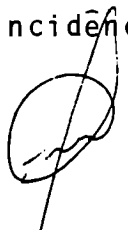
Em suma:

a) as dúvidas existentes sobre o tratamento tributário aplicável a operação de aquisição de ativos permanentes representados por ações de empresas estatais em regime de privatização foram dirimidas pelo Parecer PGFN/PGA/Nº 970/91;

b) se dúvidas ainda persistiram após referido parecer foram elas definitivamente afastadas pela Lei nº 8.303, de 30 de dezembro de 1991 que ao ato jurídico — privatização — estabeleceu o tratamento tributário de permuta. Não importa se no rigorismo formal de direito privado tal operação não tenha a natureza de permuta. Seria inútil investigar-se agora a natureza;

c) é pacífico na doutrina que o direito tributário pode adotar um instituto de direito privado na sua inteireza, transformá-lo em parte, ou inteiramente adotando instituto próprio. Isto falando no instituto enquanto norma em abstrato. Confira-se como exemplo mais marcante o conceito de pessoa jurídica que no direito tributário tem mais amplitude do que no direito privado;

d) é também pacífico na doutrina que uma lei pode, por razões de interesse público genérico ou política fiscal específica, colocar certos atos e fatos jurídicos fora do campo de incidência tri



butária (não incidência) ou dispensar o pagamento do tributo (isenção). Nesses casos, mesmo que a lei tributária adote na sua inteireza o instituto do direito privado, o ônus tributário é dispensado;

e) relevante no caso é que a lei tomou o ato jurídico e mandou aplicar a tal ato o tratamento tributário que usualmente se dá à permuta como instituto de direito privado sem qualquer distorção. É o exemplo típico em que se poderia dizer que a lei se adianta ao intérprete para dizer que tendo ou não características de permuta, o ato indicado pela norma terá o tratamento de permuta. Dirão os críticos que a lei ordinária não pode transformar o preto em branco ou distorcer o fato ou ato. Mas a crítica não tem muita sustentação quando olhada sob o prisma do interesse público que não afeta e nem afasta direitos fundamentais reconhecidos na Constituição. Poder-se-ia dizer que norma dessa natureza fere o princípio da isonomia. Ora, o leilão é público e aberto dentro dos pré-requisitos legais a todos quantos a ele desejassem ocorrer. Se não foram participantes do certame é porque não desejaram dele participar;

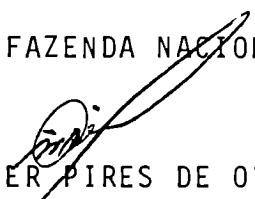
f) se é de permuta o tratamento e como se trata de contrato bilateral é sem sentido lógico indagar-se qual o tratamento tributário a ser dado a um dos contratantes isoladamente. É óbvio que o tratamento é aplicável a ambos;

g) ressalta notar que na permuta pura e simples os contratantes não são movidos pelo valor monetário ou, em outras palavras, preço dos bens envolvidos, mas sim pelo caráter hedonístico, ou seja, o valor intrínseco de utilidade que os bens permutados terão para cada uma das partes individualmente. É por isso que a doutrina afirma que em cada um dos patrimônios o que ocorre é mera substitui

ção de um bem de uma natureza por outro de natureza diferente, independente de qualquer referência a preço de mercado, seja este amplo e aberto ou restrito e dirigido como ocorre no leilão.

Sub-censura, é o parecer.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 06 de maio de 1992.


WAGNER PIRES DE OLIVEIRA
Procurador-Geral Adjunto

Aprovo.

Encaminhe-se à superior consideração do Sr. Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 07 de maio de 1992.


TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR
Procurador-Geral

Processo nº : 10168-001116/92-81

Interessado : BNDES - COMISSÃO DIRETORA DO PND

Assunto : Alienação de ações do Programa Nacional de Desestatização - PND.

C O N S U L T A

Considerando que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional firmou o entendimento, através do Parecer PGFN/PGA/Nº 970/91, de que as alienações, mediante permuta de ações no âmbito do Programa Nacional de Desestatização, não constituem hipóteses de incidência tributária do imposto de renda sobre ganhos de capital;

Considerando que a Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, posterior à emissão do Parecer PGFN/PGA/Nº 970/91, refere, no seu art. 65, que terá tratamento de permuta a entrega, pelo licitante vencedor, de títulos da dívida pública federal ou de outros créditos contra a União;

Consulta o Senhor Presidente da Comissão Diretora do Programa Nacional de Desestatização sobre a situação jurídico-tributária do outro contraente do negócio jurídico em que figure o licitante vencedor.



