

Editor: Fernando Aurelio Zilveti
Editor-assistente: Michell Przepiorka Vieira

ISSN 1415-8124

REVISTA DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

RD TA

42

2^o Semestre 2019

Current Issues of Tax Law Review

N. 42 – 2019 / 2nd Semester



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

ASPECTOS CONTROVERTIDOS SOBRE A ENTREGA DE INSTRUMENTOS PATRIMONIAIS AOS SÓCIOS NA DEVOLUÇÃO DE CAPITAL (ART. 22 DA LEI N. 9.249/1995)

*CONTROVERSIAL ASPECTS OF THE CAPITAL
REIMBURSEMENT BY MEANS OF A TRANSFERENCE OF
ASSETS AT BOOK VALUE TO THE SHAREHOLDERS (ART. 22 OF
THE LAW N. 9.249/1995)*

Bruno Akio Oyamada

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Especialista em Direito Tributário e Direito Tributário Internacional pelo IBDT. Advogado em São Paulo. E-mail: bruno.oyamada@gmail.com

Recebido em: 19-08-2019

Aprovado em: 22-10-2019

RESUMO

Ao longo dos últimos anos, o tema do planejamento tributário e seus limites tem sido amplamente discutido na doutrina e na jurisprudência, tendo, recentemente, ganhado destaque na jurisprudência administrativa as operações de devolução de capital com entrega de bens a valor contábil aos sócios, realizadas com base no disposto no art. 22 da Lei n. 9.249/1995. Desse modo, o presente artigo tem como objetivo analisar o alcance da norma que se extrai do aludido dispositivo legal, bem como os principais aspectos fiscais envolvidos nas operações de devolução de capital, antes e depois do advento da Lei n. 12.973/2014.

PALAVRAS-CHAVE: PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO, ART. 22 DA LEI N. 9.249/1995, DEVOLUÇÃO DE CAPITAL, LEI N. 12.973/2014

ABSTRACT

Over recent years, many topics related to tax planning have been discussed and, recently, in the administrative courts, it has been noticed a relevant number of cases related to capital reimbursement, by means of transfer of assets at book value to the shareholders, based on the article 22 of the Law n. 9.249/1995. In this context, this articles analysis the extension of the rule prescribed in this article and the main tax aspects connected to these transactions, before and after the introduction of the Law n. 12.973/2014.

KEYWORDS: TAX PLANNING, ARTICLE 22 OF THE LAW N. 9.249/1995, CAPITAL REIMBURSEMENT, LAW N. 12.973/2014

1. INTRODUÇÃO

Ao longo dos últimos anos, o tema do planejamento tributário e seus limites tem sido amplamente discutido na doutrina e na jurisprudência, tendo, recentemente, ganhado destaque na jurisprudência administrativa as operações de devolução de capital com entrega de bens a valor contábil aos sócios, realizadas com base no disposto no art. 22 da Lei n. 9.249/1995¹.

Com efeito, analisando-se os acórdãos recentemente proferidos pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”) sobre o tema de planejamento tributário, é possível verificar um número relevante de casos envolvendo sociedades *holding* que, por meio operações de devolução de capital, entregaram aos seus sócios – pessoas físicas ou residentes no exterior, sujeitos à alíquota do imposto de renda menor do que aquela aplicável à pessoa jurídica sediada no Brasil – ações de sociedades operacionais, avaliadas pelo valor contábil, para posterior alienação a terceiros.

Desse modo, o presente artigo propõe-se, em um primeiro momento, a analisar os principais aspectos relacionados ao alcance da norma que se extrai do aludido dispositivo legal, demonstrando-se que as operações de devolução de capital não se encerram na hipótese de redução de capital, por esse ser excessivo, prevista no art. 173 da Lei n. 6.404/1976. Ainda nesse primeiro momento, serão analisados os limites do poder das Autoridades Fiscais de questionar as operações realizadas sob o manto dessa norma.

Posteriormente, passará a se analisar os principais aspectos fiscais envolvidos nessas operações, antes e depois do advento da Lei n. 12.973/2014, que ao dar um ponto final ao

1 Conforme será exposto adiante, o art. 22 da Lei n. 9.249/1995 contempla uma opção legal, de modo que, a rigor, não se poderia falar em planejamento tributário nesse caso. Contudo, considerando-se que não é escopo do presente trabalho a amplitude do conceito do termo “planejamento tributário”, tal expressão será também utilizada também para se referir a situação prevista no mencionado dispositivo legal.

Regime Tributário de Transição (“RTT”), introduziu, na esfera fiscal, os novos métodos de avaliação de ativos decorrentes da adoção dos padrões internacionais de contabilidade.

Para tanto, abordaremos alguns cenários práticos de devolução de capital com entrega de instrumentos patrimoniais aos sócios que surgiram com o advento do novo diploma legal (exemplo: instrumento financeiro avaliado pelo seu valor justo e participação societária avaliada pelo método de equivalência patrimonial e impactada por ajuste de valor justo da controlada) e apontaremos questões controvertidas sobre o tema.

2. ART. 22 DA LEI N. 9.249/1995 – CAMPO DE APLICAÇÃO

2.1. Alcance da norma

De acordo com o que dispõe o art. 22 da Lei n. 9.249/1995², os bens e direitos do ativo da pessoa jurídica que forem entregues a título de devolução de sua participação no capital social poderão ser avaliados pelo valor contábil ou mercado.

Por meio desse dispositivo legal, o legislador conferiu aos contribuintes uma opção legal³, de modo que as pessoas jurídicas poderão, quando da devolução de capital aos seus sócios com entrega de bens, avaliar esses ativos com base em seu valor contábil ou de mercado.

Tal disposição se harmoniza com o art. 23 desse mesmo diploma legal, que prevê que as pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens pelo valor contábil ou de mercado. Nesse ponto, é importante destacar que a possibilidade de as pessoas físicas aportarem bens pelo seu valor contábil na formação do capital social da sociedade incentiva os investimentos no mercado, uma vez que confere ao investidor a possibilidade de investir em instrumentos patrimoniais (ações ou quotas da sociedade) sem realizar o ganho potencial no bem entregue à companhia.

Analisando-se os dispositivos de forma conjunta, portanto, é possível notar que esses têm como objetivo garantir uma neutralidade fiscal no aporte de bens, de modo que um investidor que entrega um bem pelo seu valor contábil na formação ou aumento do capital social de uma companhia consiga se retirar dessa sociedade com esse mesmo bem e pelo exato valor do aporte, sem que surja qualquer obrigação tributária nessa operação. Nesse sentido, cite-se o Acórdão n. 1201-001.920 (Caso Terrativa), proferido na sessão de 18 de

2 “Art. 22. Os bens e direitos do ativo da pessoa jurídica, que forem entregues ao titular ou a sócio ou acionista a título de devolução de sua participação no capital social, poderão ser avaliados pelo valor contábil ou de mercado sócios.”

3 De acordo com Marco Aurélio Greco as opções fiscais “são alternativas criadas pelo ordenamento, propositalmente formuladas e colocadas à disposição do contribuinte para que delas se utilize, conforme a sua conveniência” (GRECO, Marco Aurélio. Planejamento tributário. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 104).

outubro de 2017⁴, e o Acórdão n. 1401-002.307 (Caso Bexma), proferido na sessão de 15 de março de 2018⁵.

Tecidos esses breves esclarecimentos, um primeiro aspecto que deve ser analisado diz respeito ao alcance da referida norma, ou seja, deve-se verificar quais as situações fáticas e/ou jurídicas estão abrangidas por esse dispositivo legal. Tal verificação é de extrema relevância, já que, analisando-se a jurisprudência administrativa, é possível notar a existência de decisões que analisaram situações cobertas por esse dispositivo, mas que, por um equívoco, deixaram de aplicá-lo⁶.

Conforme dispõe o dispositivo legal em referência, poderão ser avaliados pelo seu valor contábil ou mercado os bens que forem entregues aos sócios em operações de devolução de sua participação no capital social. Desse modo, estão abrangidas pela norma que se extrai do art. 22 da Lei n. 9.249/1995 todas as situações nas quais sejam verificados, de forma concomitante, os seguintes elementos: (a) devolução de capital ao(s) sócio(s); e (b) entrega de bens – exceto dinheiro em espécie – do ativo da pessoa jurídica ao(s) sócio(s).

Em relação ao primeiro elemento – devolução de capital aos sócios –, deve-se destacar que o legislador ordinário, ao dispor sobre essas operações, não se valeu de um instituto jurídico específico (*e.g.* redução de capital prevista no art. 173 da Lei n. 6.404/1976), mas utilizou como vetor de aplicação na norma um efeito jurídico que pode decorrer de diversos institutos de Direito Privado (devolução de capital).

Nesse contexto, embora as operações de devolução de capital, com o objetivo de gerar uma economia fiscal, ocorram, em grande parte dos casos, por meio de uma redução do capital social da pessoa jurídica, por esse ser excessivo, o art. 22 da Lei n. 9.249/1995 não possui seu âmbito de aplicação adstrito a essa hipótese, de modo que todas as operações que possuem como efeito uma devolução de capital aos sócios ou acionistas (primeiro elemento), realizadas mediante a entrega de bens do ativo da pessoa jurídica (segundo elemento), estão abrangidas pelo dispositivo legal em referência.

4 “Os artigos 22 e 23 da Lei nº 9.249, de 1995, adotam o mesmo critério tanto para integralização de capital social, quanto para devolução deste aos sócios ou acionistas, conferindo coerência ao sistema jurídico.” (fl. 01)

5 “Não seria lógico exigir ganho de capital quando os bens e direitos fossem entregues pelo valor de mercado na integralização de capital social e não se admitir a devolução destes, aos acionistas, pelo valor contábil. [...] Diante do fato de que o acesso a recursos junto ao mercado financeiro, de que necessitam as empresas, está ligado, em parte, ao capital social das Companhias, a regra que permite a devolução da participação acionária pelo valor contábil, sem que isto implique em custo tributário ao titular dos recursos, se constitui em norma indutora de comportamento que tem por finalidade aumentar o capital social das empresas, garantindo a devolução destes aos sócios acionistas, pelo valor contábil, sem exigência de tributação neste ato.” (fls. 01 e 02)

6 Nesse sentido, mencione-se, a título exemplificativo, que no Acórdão n. 1402-002.959 (Caso TUC), proferido na sessão de 18 de março de 2018, o CARF, ao analisar operação de resgate de ações com entrega de ativos avaliados a valor contábil aos sócios, deixou de avaliar que essa é uma operação abrangida pela Lei n. 9.249/1995.

Nesse sentido, veja-se a seguir algumas das operações, previstas na Lei n. 6.404/1976, que podem gerar uma devolução do capital pela pessoa jurídica aos seus sócios⁷:

i) Redução de capital (art. 173 da Lei n. 6.404/1976)

No exercício regular de suas atividades, é possível que uma companhia se encontre em situação de excesso de capital social, razão pela qual o art. 173 da Lei n. 6.404/1976 prevê que a assembleia-geral poderá deliberar a sua redução quando julgá-lo excessivo ou se houver perda, quando poderá haver a redução do capital para absorção dos prejuízos acumulados⁸.

Nesse particular, é importante destacar que a redução do capital social por ser excessivo não decorre necessariamente de uma impossibilidade de a sociedade aplicar os seus ativos em investimentos com taxa interna de retorno adequada. Ou seja, o excesso de capital social não se confunde com um excesso de ativos.

Com efeito, é possível que o capital social se torne excessivo em razão de um desequilíbrio entre capital próprio e capital de terceiros na estrutura de capital da sociedade, ocasião na qual poderá haver uma captação de recursos financeiros no mercado via instrumentos de dívida e posterior redução de capital, sem que haja uma redução de ativos.

ii) Dissolução da sociedade e partilha de ativos (arts. 206 a 219 da Lei n. 6.404/1976)

Nos termos do que dispõe o Capítulo XVII da Lei n. 6.404/1976, a “morte” da companhia ocorre por meio de um processo que envolve três fases distintas, quais sejam: (a) a dissolução; (b) a liquidação; e (c) a extinção. Em relação ao encadeamento desses atos, Nelson Eizirik, de forma bastante didática, pontua que “a dissolução constitui uma etapa para a abertura do processo de liquidação, que conduz à extinção da companhia”.

A liquidação da sociedade, a qual sucede a dissolução, tem como objetivo (a) a apuração e alienação de ativos; (b) a identificação e pagamento de passivos e (c) a partilha de bens entre os sócios, ocorrendo, nessa última etapa, uma devolução de capital com entrega de bens.

Desse modo, nos termos do que dispõe o art. 22 da Lei n. 9.249/2005, esses bens recebidos quando da partilha poderão ser avaliados pelo valor de mercado ou pelo valor contábil. Nesse sentido, por meio da Solução de Consulta (“SC”) DISIT n. 46 de 11 de abril de 2013, a Receita Federal do Brasil (“RFB”) esclareceu que “na dissolução parcial de sociedade, com

7 A corroborar o fato de que o art. 22 da Lei n. 9.249/1995 não se aplica apenas aos casos de redução de capital previstos no art. 173 da Lei n. 6.404/1976, vale notar que mesmo as operações de redução de capital não se encerram nas hipóteses previstas no aludido dispositivo legal. Com efeito, Nelson Eizirik explica que “a norma não esgota os casos em que ocorre a redução do capital. Há outros dispositivos de cuja aplicação decorre ou pode decorrer redução do capital como são os de: ações caídas em comisso (artigo 107); ações reembolsadas por exercício do direito de resgate (artigo 45); cancelamento de ações em tesouraria (artigo 30, § 1º, alínea ‘b’); ações resgatadas com redução de capital (artigo 44, § 1º); e ações adquiridas pela companhia em operações de fusão, incorporação ou cisão com incorporação (artigo 226, § 1º). A cisão parcial também pode acarretar a redução nominal do capital social da sociedade cindida se parte do capital é incluída na parcela de patrimônio transferida a outra sociedade (artigo 229).” (EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/A comentada. 2. ed., rev. e ampl. – artigos 138 a 205. São Paulo: Quartier Latin, 2015. v. III, p. 307)

8 Tratamento semelhante é conferido a outros tipos de sociedade, nos termos do que dispõe os arts. 1.082 a 1.084 do Código Civil.

devolução do capital em bens e direitos do ativo da pessoa jurídica, que forem transferidos ao titular ou a sócio ou acionista, a título de devolução de sua participação no capital social, poderão ser avaliados pelo valor contábil ou de mercado”.

Essa manifestação das Autoridades Fiscais, além de corroborar, de forma específica, a possibilidade de entrega de bens a valor contábil da dissolução da sociedade, reforça, de modo geral, o fato de que o art. 22 da Lei n. 9.249/1995 não é aplicável apenas à redução de capital, nos moldes do disposto no art. 173 da Lei n. 6.404/1976, mas também a qualquer operação que gere uma devolução de capital.

iii) Cisão da sociedade (art. 229 da Lei n. 6.404/1976)

A cisão é operação por meio da qual uma sociedade destaca parte ou a totalidade de seu patrimônio e a transfere a uma ou mais sociedades que podem ser tanto constituídas para esse fim quanto já existentes.

De modo geral, as operações de cisão são realizadas com o objetivo de garantir uma descentralização dos investimentos/realocação de recursos dentro de uma estrutura societária ou para resolver disputas insolúveis entre sócios⁹ e, embora não sejam instrumentos próprios a este fim, em situações específicas, é possível que acarretem uma devolução de capital aos sócios¹⁰ e nesses casos a operação estará abarcada pela norma contida no art. 22 da Lei n. 9.249/1995.

iv) Resgate de ações (art. 44 da Lei n. 6.404/1976)

De acordo com o que dispõe o art. 44 da Lei n. 6.404/1976, a sociedade, por meio de autorização expressa no estatuto ou através de assembleia-geral extraordinária, poderá aplicar lucros ou reservas no resgate de ações. A operação de resgate, consonante disposto no § 1º do dispositivo em referência, consiste no “pagamento do valor das ações para retirá-las definitivamente de circulação, com redução ou não do capital social” e que pode ser realizada mediante a entrega de bens ou dinheiro¹¹.

v) Exercício do direito de retirada e reembolso de ações (art. 45 da Lei n. 6.404/1976)

Com vistas a proteger os interesses dos acionistas minoritários, a Lei n. 6.404/1976 assegura, em situações específicas, o direito desses se retirarem da sociedade, por meio do exercício do direito de retirada (*e.g.* na incorporação ou fusão da sociedade). Nessas situações, caso

9 CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n. 11.638, de 28 de dezembro de 2007. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 311.

10 Operação de cisão parcial dessa natureza foi analisada no Acórdão n. 1201-002.082 (Caso Cerradinho), proferido na sessão de 13 de março de 2018, tendo o CARF, de forma acertada, entendido pela aplicação do art. 22 da Lei n.º 9.249/1995.

11 Nesse sentido, Nelson Eizirik explica que “nada impede que o credor, titular da ação resgatada, concorde expressamente em receber o valor de suas ações por meio de outra moeda de pagamento, que não dinheiro” (EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/A comentada. 2. ed. rev. e ampl. – artigos 1º a 179. São Paulo: Quartier Latin, 2015. v. I, p. 325).

haja o exercício do aludido direito, surgirá para a sociedade a obrigação legal de adquirir as suas próprias ações, mediante operação denominada de reembolso, que assim como as outras operações indicadas, gera uma devolução de capital e atrai, assim, a aplicação do art. 22 da Lei n. 9.249/1995.

2.2. Opção legal e extensão do poder das Autoridades Fiscais de questionar as operações de devolução de capital realizadas pelos contribuintes

Apontou-se no tópico anterior que, por meio do art. 22 da Lei n. 9.249/1995, o legislador conferiu aos contribuintes, pessoas jurídicas, uma opção legal de entregar aos seus sócios, na operação de devolução de capital, bens avaliados pelo valor contábil ou de mercado. Além disso, foi demonstrado que são inúmeras as hipóteses de devolução de capital previstas na legislação, de modo que o campo de aplicação da norma extraída do dispositivo legal em referência não está adstrito às operações de redução de capital.

Desse modo, feitas essas breves considerações quando ao alcance da norma em referência, cabe agora analisar se haveria espaço para as Autoridades Fiscais questionarem as operações de devolução de capital realizadas pelos contribuintes e, se sim, quais seriam os limites dos possíveis questionamentos.

Para tanto, é necessário verificar, inicialmente, se o legislador ordinário, ao dispor sobre as operações de devolução de capital, teria se valido de uma figura do Direito Privado, já que embora o Direito Tributário não seja um Direito de Sobreposição, o legislador tributário é livre para valer-se de estruturas daquele ramo do direito e, sendo esse o caso, deve ser respeitada a autonomia privada¹².

Em relação a esse ponto, em linha com exposto no tópico anterior, nos parece que, embora a devolução de capital não seja, em si, um instituto jurídico, essa representa um efeito (jurídico) que decorre de diferentes figuras previstas na legislação de Direito Privado. Desse modo, ao nosso ver, para que a operação esteja acobertada pela norma contida no art. 22 da Lei n. 9.249/1995, devem ser preenchidos todos os requisitos previstos na legislação comercial.

E nesse particular, deve-se destacar que, embora o art. 22 da Lei n. 9.249/1995 contemple uma opção fiscal, isso não significa que os contribuintes podem realizar operações que gerem devolução de capital sem atender aos requisitos previstos na legislação comercial para que tal devolução ocorra. Isso porque as opções fiscais, tal como a contemplada nesse dispositivo legal, operam em dois momentos distintos e o momento da escolha do

12 Sobre a relação entre o Direito Privado e o Direito Tributário, Luís Eduardo Schoueri destaca que "Hoje, entende-se caber ao intérprete verificar se o legislador levou em conta, ou não, a estrutura de Direito Privado, na definição da hipótese tributária. O legislador é livre para se vincular, ou não, às formas daquele. O fato de o legislador utilizar uma expressão que também surge no Direito Privado não implica que aquela expressão exija que se considere o instituto do último que com aquela se designa. [...] Claro que é possível que o legislador tributário se valha do Direito Privado e, em tal caso, deve-se respeitar a autonomia privada." (SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 753-754)

contribuinte, conforme explica Marco Aurélio Greco¹³, é o segundo momento. Sendo assim, primeiro é necessário que haja uma situação de fato que se enquadre numa previsão legal (primeiro momento) para que, a partir dessa, o contribuinte possa exercer a sua opção (segundo momento).

Desse modo, de forma geral, é possível que as Autoridades Fiscais questionem o enquadramento da situação fática à previsão legal (primeiro momento), mas não o exercício da opção (segundo momento), já que essa é conferida pela própria lei.

Nesse contexto, em relação à opção legal contida no art. 22 da Lei n. 9.249/1995, embora as Autoridades Fiscais não possam questionar o método de avaliação do bem adotado pelo contribuinte (segundo momento), essas estão autorizadas a questionar aspectos formais referentes às operações de devolução de capital (primeiro momento), já que a falta de cumprimento de requisitos específicos previstos na legislação comercial pode, a depender de cada caso, desenquadrar a situação fática do disposto na norma em análise¹⁴.

Além disso, devem ser cumpridos todos os requisitos gerais de validade dos negócios jurídicos correspondentes, existindo espaço também para questionamentos quanto à sua existência ou validade dos mesmos¹⁵.

Não obstante, deve-se pontuar que a extensão do poder das Autoridades Fiscais de questionar tais operações se encerra na análise do cumprimento dos requisitos formais previstos, sendo vedado à Fiscalização infirmar, com base em avaliações subjetivas, as decisões tomadas pelos sócios ou administradores das sociedades no âmbito do seu direito à livre iniciativa¹⁶.

Desse modo, embora a Autoridade Fiscal possa, por exemplo, questionar uma operação de redução de capital que não cumpriu os requisitos formais previstos nos arts. 173 e 174 da Lei n. 6.404/1976 (*e.g.* ausência de aprovação dos debenturistas), essa não pode buscar infirmar

13 GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 110.

14 Nas palavras de Charles McNaughton, “cabe à autoridade administrativa identificar a norma tributária aplicável a cada situação, a fim de averiguar a adequação da norma individual e concreta produzida pelo contribuinte. Para isso, no caso da superposição do direito tributário a situações jurídicas, terá de observar a qualificação, conforme o regramento do direito privado ou do segmento do direito que o regule, que se atribui a cada ato ou negócio jurídico, para, então, definir qual norma tributária incide sobre tal ou qual situação.” (MCNAUGHTON, Charles. *Elisão e norma antielisiva: completabilidade e sistema tributário*. São Paulo: Noeses, 2014, p. 397)

15 Nesse particular, Humberto Ávila explica que “a liberdade do contribuinte, contudo, não é absoluta. Por conseguinte, embora a autoridade fiscal não possa adentrar no âmbito do exercício de liberdade dos contribuintes, pode negar efeitos aos negócios jurídicos que não forem existentes ou válidos, na medida em que a constituição não protege nem os negócios aparentes, nem as qualificações falsas.” (ÁVILA, Humberto. *Notas sobre o novo regime jurídico do ágio*. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; e LOPES, Alessandro Broedel (coord.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2014, v. 5, p. 153)

16 Nesse sentido, cabe destacar, junto com Paulo de Barros Carvalho, que “a opção negocial feita pelo contribuinte, para melhorar operacionalizar o desempenho de suas atividades, não pode ser desconsiderada pela autoridade administrativa, para fins de tributação”, já que, “em face da taxatividade da tipologia tributária, à autoridade administrativa não resta espaço para valoração econômica acerca dos negócios praticados” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Entre a forma e o conteúdo na desconstituição dos negócios jurídicos simulados. Estudos em direito tributário em homenagem ao Professor Gerd Willi Rothmann*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 728-729).

operação dessa natureza com base na alegação de que, no seu entendimento, o capital social da sociedade não seria excessivo¹⁷.

Não obstante, é possível que existam casos em que as características fáticas do caso concreto relevam que a causa declarada pelo contribuinte e exigida pela lei para a realização de determinada operação de devolução de capital não foram cumpridas e, nessas hipóteses, poderá haver espaço para questionamentos¹⁸.

3. ART. 22 DA LEI N. 9.249/1995 – IMPACTO DOS PADRÕES INTERNACIONAIS DE CONTABILIDADE (ANTES E DEPOIS DA LEI N. 12.973/2014)

Após ter sido analisado o alcance da norma que se extrai do art. 22 da Lei n. 9.53/1995, bem como a extensão do poder das Autoridades Fiscais de questionar as operações de devolução de capital realizadas pelos contribuintes com base nesse dispositivo, passa-se nesse momento a analisar os correspondentes aspectos fiscais, antes e depois do advento da Lei n. 12.973/2014.

3.1. Antes da Lei n. 12.973/2014

3.1.1. Métodos de avaliação de instrumentos patrimoniais

Antes do advento da Lei n. 12.973/2014¹⁹, os instrumentos representativos de participação no capital social de uma sociedade deveriam ser avaliados de acordo com os seguintes métodos:

a) Custo Histórico: valor equivalente ao sacrifício financeiro suportado pela sociedade na aquisição do ativo; ou

b) Método de Equivalência Patrimonial (“MEP”): valor referente à participação proporcional no patrimônio líquido da sociedade investida e que pode ser tanto superior quanto inferior ao custo histórico. A avaliação pelo MEP, nos termos do que dispunha o art. 248 da Lei n. 6.404/1976, antes das alterações promovidas pela Lei n. 11.638/2007 e n. 11.941/2009, era

17 Nesse sentido, Nelson Eizirk explica que a “a redução do capital constitui decisão que se insere dentre os poderes do órgão, que expressa a vontade social. Uma vez adotados os procedimentos previstos na Lei das S.A. e adequadamente assegurados os direitos dos credores e dos acionistas minoritários, se for o caso, a decisão de reduzir o capital social, por constituir matéria concernente à gestão empresarial, não pode ser, no mérito, objeto de contestação.” (EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*. 2. ed. rev. e ampl. – artigos 138 a 205. São Paulo: Quartier Latin, 2015. v. III, p. 306) Na mesma linha, cite-se os Acórdãos n. 1301-002.582 (Caso Esteve Irmãos S/A), proferido na sessão de 16 de agosto de 2017, n. 1301-002.761 (Caso FMA), proferido na sessão de 19 de fevereiro de 2018, n. 130-2002.567 (Caso Santista), proferido na sessão de 21 de fevereiro de 2018 e n. 1301-003.023 (Caso COVEG), proferido na sessão de 16 de maio de 2018.

18 Em relação ao tema, Fábio Piovesan Bozza destaca que “nos negócios típicos, nos quais a causa abstrata foi previamente determinada e aprovada pelo ordenamento, para que ocorra a legitimação do interesse das partes perante a ordem jurídica, faz-se necessário o cotejo entre a causa abstrata e a causa concreta, isto é, entre a função econômico-social do tipo contratual a ser utilizado e os interesses concretos e comuns que as partes pretendem alcançar, revelados ou extraídos do ajuste contratual.” (BOZZA, Fábio Piovesan. *Planejamento tributário e autonomia privada*. Série Doutrinária v. XV. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 136)

19 É importante destacar que as alterações nas regras contábeis referentes à avaliação desses elementos do ativo foram introduzidas, em realidade, pelas Lei n. 11.638/2007 e n. 11.941/2009. Contudo, em razão do Regime Tributário de Transição, esses critérios somente passaram a ter efeitos na esfera tributária a partir do advento da Lei n. 12.973/2014.

aplicável aos casos de investimentos em coligadas, controladas e outras sociedades para as quais a pessoa jurídica detivesse 20% ou mais do capital social.

Nesse contexto, antes do advento do novo diploma legal, quando houvesse uma devolução de capital, por meio da entrega de bens a valor contábil aos sócios, os instrumentos representativos de participação no capital social de uma sociedade seriam entregues pelo seu custo histórico ou pelo valor de MEP, a depender da situação concreta. E tais valores, em decorrência dos padrões contábeis anteriormente aplicados pelo Brasil, nos quais não havia a obrigação do reconhecimento de ativos e passivos pelo seu valor justo, eram, na grande parte dos casos, bastante inferiores ao valor de mercado desses ativos.

Desse modo, considerando-se as diferenças no regime tributário aplicável sobre o ganho de capital auferido pela pessoa jurídica e pela pessoa física, o art. 22 da Lei n. 9.249/1995 permitia que houvesse uma redução substancial dos encargos tributários sobre a alienação de ativos, por meio da transferência desses às pessoas físicas²⁰ para posterior venda a terceiros.

Tal economia tributária era obtida por meio da transferência de ativos, avaliados pelo seu valor contábil – custo histórico ou MEP – pela pessoa jurídica, aos sócios pessoas físicas para que esses realizassem, posteriormente, a alienação dos bens a terceiros, tributando o ganho de capital à alíquota de 15%²¹ ao invés da alíquota de 34% (IRPJ – 25% e CSLL – 9%), aplicável às pessoas jurídicas.

Nesse sentido, veja-se a seguir um exemplo de operação de devolução de capital com entrega de bens a valor contábil aos sócios para posterior alienação a terceiros.

3.1.2. Devolução de capital com entrega de quotas ou ações avaliadas pelo MEP

Considere-se que a sociedade *holding* A detinha a totalidade das ações de emissão da sociedade operacional B e que esses instrumentos patrimoniais, embora possuíssem valor de mercado superior, estavam registrados na contabilidade daquela primeira sociedade pelo valor de R\$ 1.500,00, decorrente da aplicação do MEP, mandatário em razão da relação de controle:

20 O mesmo efeito fiscal (economia tributária de 19%) poderia ser obtido por meio da transferência de bens a valor contábil aos sócios pessoas físicas ou jurídicas residentes no exterior, os quais estão submetidos a uma alíquota de IR/Fonte de 15%. Mencione-se que operação dessa natureza foi analisada no Acórdão n. 1201-001.809 (Caso Cobra), proferida na sessão de 25 de julho de 2017, tendo o CARF concluído pela legalidade da transferência dos bens aos sócios não residentes. Deve-se destacar, por outro lado, que decisão diametralmente oposta foi alcançada no Acórdão n. 1402-002.772 (Caso Vialco), proferida na sessão de 17 de outubro de 2017.

21 Conforme será abordado adiante, a partir do advento da Lei n. 13.259/2016, houve a majoração das alíquotas aplicáveis às pessoas físicas, as quais passaram a ser progressivas com base no ganho auferido na alienação de bens e direitos.

| <i>Sociedade Holding A – Balanço Patrimonial</i> | | | | | |
|--------------------------------------------------|-----|----------|---------------------------|-----|----------|
| <i>Ativo</i> | | | <i>Passivo</i> | | |
| Caixa | R\$ | 500,00 | Empréstimos | R\$ | – |
| Invest. (MEP) | R\$ | 1.500,00 | | | |
| | | | <i>Patrimônio líquido</i> | | |
| | | | Capital Social | R\$ | 2.000,00 |

| <i>Sociedade Operacional B – Balanço Patrimonial</i> | | | | | |
|------------------------------------------------------|-----|----------|---------------------------|-----|----------|
| <i>Ativo</i> | | | <i>Passivo</i> | | |
| Estoque | R\$ | 500,00 | Empréstimos | R\$ | 1.000,00 |
| Máquinas | R\$ | 1.000,00 | | | |
| Terreno | R\$ | 1.000,00 | <i>Patrimônio líquido</i> | | |
| | | | Capital Social | R\$ | 1.500,00 |

Caso houvesse o interesse na alienação das ações da sociedade B a terceiros, era possível, desde que cumpridos os requisitos previstos nas regras de Direito Privado, que a sociedade *holding A* realizasse uma operação de devolução de capital (redução de capital, cisão,

resgate de ações etc.), entregando aos seus sócios as ações de B avaliadas pelo seu valor contábil (*i.e.* R\$ 1.500,00):

| <i>Sociedade Holding A – Balanço Patrimonial</i> | | | | | |
|--------------------------------------------------|-----|--------|---------------------------|-----|--------|
| <i>Ativo</i> | | | <i>Passivo</i> | | |
| Caixa | R\$ | 500,00 | Empréstimos | R\$ | – |
| | | | | | |
| | | | <i>Patrimônio líquido</i> | | |
| | | | Capital Social | R\$ | 500,00 |

| <i>Sociedade Operacional B – Balanço Patrimonial</i> | | | | | |
|------------------------------------------------------|-----|----------|---------------------------|-----|----------|
| <i>Ativo</i> | | | <i>Passivo</i> | | |
| Estoque | R\$ | 500,00 | Empréstimos | R\$ | 1.000,00 |
| Máquinas | R\$ | 1.000,00 | | | |
| Terreno | R\$ | 1.000,00 | <i>Patrimônio líquido</i> | | |
| | | | Capital Social | R\$ | 1.500,00 |

Nesse ponto, é importante destacar que mesmo que o valor contábil do investimento, avaliado pelo MEP, fosse superior ao seu custo histórico, nenhum tributo seria exigido da pessoa jurídica, tendo em vista a isenção da contrapartida do ajuste do valor do patrimônio líquido do investimento, prevista no art. 389 do RIR/1999. Além disso, o art. 33 do Decreto-lei n. 1.598/1977, mesmo após as alterações da Lei n. 12.973/2014, manteve disposição no sentido de que, para fins de apuração do ganho de capital na alienação de investimento

avaliado pelo MEP, o valor contábil do investimento será o valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade²².

Posteriormente, caso os sócios decidissem pela alienação das ações da sociedade B a terceiros, estariam sujeitos à alíquota de 15% de IRPF.

Como é possível notar do exemplo supra, a operação de devolução de capital com entrega de bens avaliados pelo valor contábil aos sócios era da perspectiva da pessoa jurídica uma operação permutativa²³, já que tinha como efeito apenas a modificação de elementos do balanço patrimonial, sem que houvesse qualquer lançamento a contas de resultado ou mesmo adições ou exclusões na apuração do lucro real.

Por outro lado, caso a pessoa jurídica avaliasse os bens entregues ao sócio ou acionistas pelo seu valor de mercado, ocorreria, da perspectiva da sociedade, uma operação modificativa, surgindo assim a obrigação da companhia de oferecer à tributação a diferença entre aquele valor e o valor contábil do bem, nos termos do que dispõe o § 1º do art. 22 da Lei n. 9.249/1995²⁴.

3.2. Depois da Lei n. 12.973/2014

3.2.1. Métodos de avaliação de instrumentos patrimoniais

A partir do advento da Lei n. 12.973/2014, houve a extinção do RTT, de modo que as alterações promovidas pela Lei n. 11.638/2007 e pela Lei n. 11.941/2009, que introduziram, no Brasil, os padrões internacionais de contabilidade, passaram a surtir efeitos na esfera tributária. Em decorrência, os instrumentos representativos de participação no capital social de uma sociedade (ações e cotas) passaram a ser avaliados, também para fins fiscais, com base em três diferentes métodos, quais sejam:

a) *Valor Justo*²⁵: de acordo com o disposto no art. 183, inciso I, alínea “a”, da Lei n. 6.404/1976, devem ser avaliados pelo seu valor justo as aplicações em instrumentos financeiros, dentre

22 Em relação a esta disposição legal, João Francisco Bianco aponta que “o resultado de equivalência patrimonial, que é neutro de efeitos fiscais na sua apuração ao término de cada período de apuração, acaba sendo incorporado ao custo de aquisição do investimento e afeta diretamente o cálculo do ganho de capital quando este for alienado” (BIANCO, João Francisco. Natureza jurídica do resultado de avaliação do investimento relevante por equivalência patrimonial. Revista Direito Tributário Atual v. 20. São Paulo: Dialética e IBDT, 2006, p. 98).

23 Neste sentido, Roberto Quiroga Mosquera explica que “os fatos contábeis permutativos são aqueles que provocam uma troca de elementos patrimoniais, sem contudo alterar o patrimônio líquido da pessoa” (MOSQUERA, Roberto Quiroga. Rendas e proventos de qualquer natureza: o imposto e o conceito constitucional. São Paulo: Dialética, 1996, p. 106).

24 “§ 1º No caso de a devolução realizar-se pelo valor de mercado, a diferença entre este e o valor contábil dos bens ou direitos entregues será considerada ganho de capital, que será computado nos resultados da pessoa jurídica tributada com base no lucro real ou na base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido devidos pela pessoa jurídica tributada com base no lucro presumido ou arbitrado.”

25 Destaque-se a definição de valor justo constante da legislação comercial é bastante semelhante àquela prevista no “CPC 46 – Mensuração do Valor Justo” que dispõe que o valor justo é “o preço que seria recebido pela venda de um ativo ou pago pela transferência de um passivo em uma transação não forçada no mercado principal (ou mais vantajoso) na data de mensuração nas condições atuais de mercado (ou seja, um preço de saída), independentemente de esse preço ser diretamente observável ou estimado utilizando-se outra técnica de avaliação”.

os quais estão incluídos os títulos representativos de participação no capital social de outras sociedades, disponíveis para venda. Valor justo, nos termos do que dispõe o § 1º é o “valor que pode se obter em um mercado ativo, decorrente de transação não compulsória realizada entre partes independentes”; e, na ausência de um mercado ativo para um determinado instrumento financeiro²⁶ “1) o valor que se pode obter em um mercado ativo com a negociação de outro instrumento financeiro de natureza, prazo e risco similares; 2) o valor presente líquido dos fluxos de caixa futuros para instrumentos financeiros de natureza, prazo e risco similares; ou 3) o valor obtido por meio de modelos matemático-estatísticos de precificação de instrumentos financeiros.”

b) Método de Equivalência Patrimonial: valor referente à participação proporcional no patrimônio líquido da sociedade investida e que pode ser tanto superior quanto inferior ao custo histórico. A avaliação pelo MEP, nos termos do que dispõe a atual redação do art. 248 da Lei n. 6.404/1976, é aplicável aos casos de investimentos em coligadas, controladas ou outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo ou estejam sob o controle comum.

c) Custo Histórico: valor equivalente ao sacrifício financeiro suportado pela sociedade na aquisição do ativo. Esse método passou a ser aplicável aos casos de investimentos em sociedades que não são controladas ou coligadas. Ainda, dispõe o Pronunciamento CPC 38 – Instrumentos Financeiros que ativos financeiros que não tenham preço de mercado cotado em mercado ativo e cujo valor justo não possa ser confiavelmente medido não devem ser avaliados pelo valor justo.

Nesse contexto, a partir do advento da Lei n. 12.973/2014, quando houver uma devolução de capital, por meio da entrega de bens a valor contábil aos sócios, os instrumentos representativos de participação no capital social de uma sociedade estarão registrados pelo seu (a) valor justo, (b) MEP ou (c) custo histórico, a depender da situação concreta, sendo que, caso os instrumentos patrimoniais estejam avaliados pelo seu (a) valor justo ou pelo (b) MEP, poderão, pelo menos da perspectiva das Autoridades Fiscais, haver efeitos fiscais para a pessoa jurídica. Desse modo, passa-se a analisar cada um desses dois cenários.

3.2.2. Devolução de capital com entrega de quotas ou ações avaliadas pelo seu valor justo

Considere-se que a sociedade *holding* A possui ações de emissão da sociedade operacional B, classificadas no ativo circulante e disponíveis para venda, e que esses instrumentos financeiros, embora tenham sido adquiridos pelo valor de R\$ 1.000,00 (custo histórico), estejam registrados na contabilidade daquela primeira sociedade pelo valor justo de R\$ 2.000,00, tendo sociedade controlado o ajuste de avaliação a valor justo (“AVJ”) de R\$

²⁶ Desse modo, ainda que não exista mercado ativo para determinado instrumento financeiro, esse deverá ser avaliado pelo seu valor justo, com base no valor presente líquido de fluxos de caixa ou outros modelos de precificação disponíveis.

1.000,00 em subconta e não o oferecido à tributação, nos termos do que dispõe o art. 13 da Lei n. 12.973/2014²⁷⁻²⁸:

| <i>Sociedade Holding A – Balanço Patrimonial</i> | | | | | |
|--------------------------------------------------|-----|----------|------------------------------|-----|----------|
| <i>Ativo</i> | | | <i>Passivo</i> | | |
| Caixa | R\$ | 500,00 | Empréstimos | R\$ | – |
| Ações B (Custo Histórico) | R\$ | 1.000,00 | | | |
| Ações B (Variação AVJ) | R\$ | 1.000,00 | <i>Patrimônio líquido</i> | | |
| | | | Capital Social | R\$ | 2.000,00 |
| | | | Receita de AVJ ²⁹ | R\$ | 1.000,00 |

Aqui, novamente, caso surja a oportunidade de alienação das ações da sociedade B a terceiros, é possível que a sociedade *holding* A realize uma operação de devolução de capital, entregando aos seus sócios as ações de B que estão avaliadas pelo seu valor justo.²⁹

Nesse cenário, surge a dúvida se o “valor contábil”, expressão utilizada pelo legislador na redação do art. 22 da Lei n. 9.249/95, seria equivalente ao custo histórico ou se deveria ser agregado a esse o ganho ou perda decorrente da avaliação do valor justo do ativo.

Essa matéria foi objeto de análise pela RFB nas (i) SC n. 415 – COSIT, de 8 de setembro de 2017 e (ii) SC n. 10.014 – SRRF10/DISIT, de 17 de novembro de 2017, tendo as Autoridades Fiscais concluído que, caso os ativos entregues em operação de devolução de capital

27 “Art. 13. O ganho decorrente de avaliação de ativo ou passivo com base no valor justo não será computado na determinação do lucro real desde que o respectivo aumento no valor do ativo ou a redução no valor do passivo seja evidenciado contabilmente em subconta vinculada ao ativo ou passivo. (Vigência) § 1º O ganho evidenciado por meio da subconta de que trata o caput será computado na determinação do lucro real à medida que o ativo for realizado, inclusive mediante depreciação, amortização, exaustão, alienação ou baixa, ou quando o passivo for liquidado ou baixado.”

28 Em relação à impossibilidade de tributação dos ganhos de AVJ antes da sua realização, Ricardo Mariz de Oliveira aponta que “na parte relacionada às novas práticas contábeis para demonstração e medição do patrimônio e para a determinação do lucro líquido, a Lei nº 12.973/2014 teve a sabedoria de anular (ou permitir anular) efeitos de ajustes a valor presente ou a valor justo, e em geral respeitou o princípio da efetiva realização da renda, que impede a tributação de rendas meramente potenciais, ou simplesmente escriturais, em atenção ao princípio constitucional da capacidade contributiva, do qual a realização (disponibilidade, na dicção do art. 43 do CTN) da renda é reflexo específico no âmbito dos tributos sobre a renda, mas também dos que incidem sobre as receitas.” (OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Lei nº 12.973/14 e efeitos tributários das modificações contábeis (escrituração x realismo jurídico). Tributação atual da renda: da harmonização jurídico-contábil à tributação de lucros no exterior. São Paulo: Noeses, 2015, p. 333)

29 Considerando-se que se trata de ativo financeiro mensurado pelo seu valor justo por meio do resultado.

estejam registrados pelo seu valor justo, o valor contábil deverá incluir eventual ganho de AVJ, de modo que a pessoa jurídica deverá, nessa ocasião, adicionar às bases de cálculo do IRPJ e da CSLL o ganho controlador por subconta.

Contudo, o entendimento manifestado pelas Autoridades Fiscais, por meio das referidas soluções de consulta, é questionável, pelas seguintes razões. Inicialmente, é importante repisar que o art. 22 da Lei n. 9.249/1995 tem como objetivo garantir uma neutralidade no aporte de bens na formação ou aumento de capital da sociedade, de modo que um investidor possa se retirar de uma sociedade, recebendo um bem que aportou anteriormente em formação ou aumento de capital social, sem que haja qualquer efeito fiscal.

Todavia, tal neutralidade não é conservada quando se considera que no valor contábil do bem deve ser considerada eventual variação positiva de AVJ, já que o sócio que aportou tal bem na formação ou aumento de capital não poderá, exceto em situações excepcionais, se retirar com esse ativo, já que o valor deste (custo histórico somado ao ganho de AVJ) será superior à participação no capital social detida pelo sócio.

Adicionalmente, é importante frisar que a Lei n. 12.973/2014 alterou o art. 32 da Lei n. 8.981/1991, para dispor que, na apuração de ganho de capital na alienação de ativos, “os ganhos e perdas decorrentes de avaliação do ativo com base em valor justo não serão considerados como parte integrante do valor contábil”³⁰.

Soma-se também o fato de que a interpretação dada pelas Autoridades Fiscais ao art. 22 da Lei n. 9.249/1995 acaba, de certa maneira, esvaziando a opção legal conferida pelo legislador aos contribuintes. Isso porque, considerando-se que, de forma geral, o valor justo será equivalente ao valor de mercado, o contribuinte estará sempre obrigado a entregar, na devolução de capital, o instrumento financeiro pelo seu valor de mercado.

Portanto, nos parece que, a despeito do entendimento manifestado pelas Autoridades Fiscais nas aludidas soluções de consulta, é possível que a pessoa jurídica entregue aos seus sócios, pelo seu custo histórico, os bens sujeitos à avaliação pelo seu valor justo, não havendo que se falar no surgimento de qualquer obrigação tributária nesse momento.

3.2.3. Devolução de capital com entrega de quotas ou ações avaliadas pelo MEP e impactadas por reflexo de ganhos de AVJ de sociedade controlada

Considere-se que a sociedade *holding* A possui a totalidade das ações de emissão da sociedade operacional B e que esses instrumentos patrimoniais estejam registrados na

30 Deve-se destacar, ainda, que o art. 41, § 1º, da Instrução Normativa RFB n. 1.700/2017, prevê que “o aumento ou redução no valor do ativo registrado em contrapartida a ganho ou perda decorrente de sua avaliação com base no valor justo não será considerado como parte integrante do valor contábil”.

contabilidade daquela primeira sociedade pelo valor de R\$ 1.500,00, decorrente da aplicação do MEP, mandatário em razão da relação de controle:

| <i>Sociedade Holding A – Balanço Patrimonial</i> | | | | | |
|--------------------------------------------------|-----|----------|---------------------------|-----|----------|
| <i>Ativo</i> | | | <i>Passivo</i> | | |
| Caixa | R\$ | 500,00 | Empréstimos | R\$ | – |
| Invest. (MEP) | R\$ | 1.500,00 | | | |
| | | | <i>Patrimônio líquido</i> | | |
| | | | Capital Social | R\$ | 2.000,00 |

| <i>Sociedade Operacional B – Balanço Patrimonial</i> | | | | | |
|------------------------------------------------------|-----|----------|---------------------------|-----|----------|
| <i>Ativo</i> | | | <i>Passivo</i> | | |
| Caixa | R\$ | 500,00 | Empréstimos | R\$ | 1.000,00 |
| Máquinas | R\$ | 1.000,00 | | | |
| Terreno (Custo Histórico) | R\$ | 1.000,00 | <i>Patrimônio líquido</i> | | |
| | | | Capital Social | R\$ | 1.500,00 |

Ainda, considere-se que, em decorrência de eventos supervenientes, houve a valorização do terreno – propriedade para investimento – detido pela sociedade B e que o valor justo desse ativo passou a ser de R\$ 2.000,00, tendo a companhia registrado tal valorização em subconta, não a oferecendo à tributação, nos termos do que dispõe o já mencionado art. 13 da Lei n. 12.973/2014.

Nessa situação, em decorrência da variação positiva de AVJ, haverá o aumento do patrimônio líquido da sociedade B, de forma que tal variação será captada, de forma reflexa, pela sociedade A, que avalia a sua participação naquela primeira companhia pelo MEP. Tal variação, de acordo com o que dispõe o § 1º do art. 24-A da Lei n. 12.973/2014³¹, deverá ser controlada em subconta vinculada à participação na sociedade B:

| <i>Sociedade Holding A – Balanço Patrimonial</i> | | | | | |
|--------------------------------------------------|-----|----------|---------------------------|-----|----------|
| <i>Ativo</i> | | | <i>Passivo</i> | | |
| Caixa | R\$ | 500,00 | Empréstimos | R\$ | – |
| Invest. (MEP) | R\$ | 1.500,00 | | | |
| Invest. (AVJ Reflexo) | R\$ | 1.000,00 | <i>Patrimônio líquido</i> | | |
| | | | Capital Social | R\$ | 2.000,00 |
| | | | Receita MEP | R\$ | 1.000,00 |

| <i>Sociedade Operacional B – Balanço Patrimonial</i> | | | | | |
|------------------------------------------------------|----|----------|----------------|----|----------|
| <i>Ativo</i> | | | <i>Passivo</i> | | |
| Caixa | R | 500,00 | Empréstimos | R | 1.000,00 |
| | \$ | | | \$ | |
| Máquinas | R | 1.000,00 | | | |
| | \$ | | | | |

31 “Art. 24-A. A contrapartida do ajuste positivo, na participação societária, mensurada pelo patrimônio líquido, decorrente da avaliação pelo valor justo de ativo ou passivo da investida, deverá ser compensada pela baixa do respectivo saldo da mais-valia de que trata o inciso II do caput do art. 20.

§ 1º O ganho relativo à contrapartida de que trata o caput, no caso de bens diferentes dos que serviram de fundamento à mais-valia de que trata o inciso II do caput do art. 20, ou relativo à contrapartida superior ao saldo da mais-valia, deverá ser computado na determinação do lucro real, salvo se o ganho for evidenciado contabilmente em subconta vinculada à participação societária, com discriminação do bem, do direito ou da obrigação da investida objeto de avaliação com base no valor justo, em condições de permitir a determinação da parcela realizada, liquidada ou baixada em cada período.”

| | | | | | |
|------------------------|---------|----------|-------------------------------|---------|----------|
| Terreno | R \$ | 1.000,00 | <i>Patrimônio líquido</i> | | |
| Terreno (Variação AVJ) | R \$ | 1.000,00 | Capital Social | R \$ | 1.500,00 |
| | | | Receita de AVJ | R \$ | 1.000,00 |

Caso a sociedade *holding* A realize uma operação de devolução de capital (redução de capital, cisão, resgate de ações etc.), entregando aos seus sócios as ações da sociedade B avaliadas pelo seu valor contábil de R\$ 3.000,00, aquela deverá oferecer à tributação à alíquota de 34% o valor de R\$ 1.000,00, controlado em subconta e referente ao reflexo do AVJ captado via MEP, nos termos do que dispõe o § 3º do mencionado art. 24-A da Lei n. 12.973/2014³². Tal adição ao lucro contábil somente não será devida se o ganho de AVJ referente ao terreno detido pela sociedade operacional B já tiver sido oferecido à tributação por essa sociedade.

Como é possível notar, em razão da introdução da avaliação a valor justo, mesmo no caso da devolução de capital com a entrega de participação societária avaliada pelo MEP aos sócios poderá haver impactos fiscais à companhia, caso existam valores de AVJ da sociedade controlada que foram refletidos na controladora em decorrência da avaliação do investimento pelo MEP.

Nesse ponto, vale destacar que, ao contrário do que ocorre com os bens avaliados pelo seu valor justo, o art. 33 do Decreto-lei n. 1.598/1977, como já abordado, é expresso no sentido de que, para fins de apuração de ganho de capital, o valor contábil será considerado o valor do patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte.

Desse modo, conjugando-se o disposto no art. 22 da Lei n. 9.249/1995 com o previsto no art. 33 do Decreto-lei n. 1.598/1977, tem-se que a pessoa jurídica, quando avaliar o investimento pelo MEP, poderá entregá-lo aos seus sócios, em operação de devolução de capital, pelo seu valor de mercado ou pelo valor contábil, que será equivalente à avaliação pelo MEP e não ao custo histórico.

32 "§ 3º O ganho relativo ao saldo da subconta de que trata o § 1º deverá ser computado na determinação do lucro real do período de apuração em que o contribuinte alienar ou liquidar o investimento.

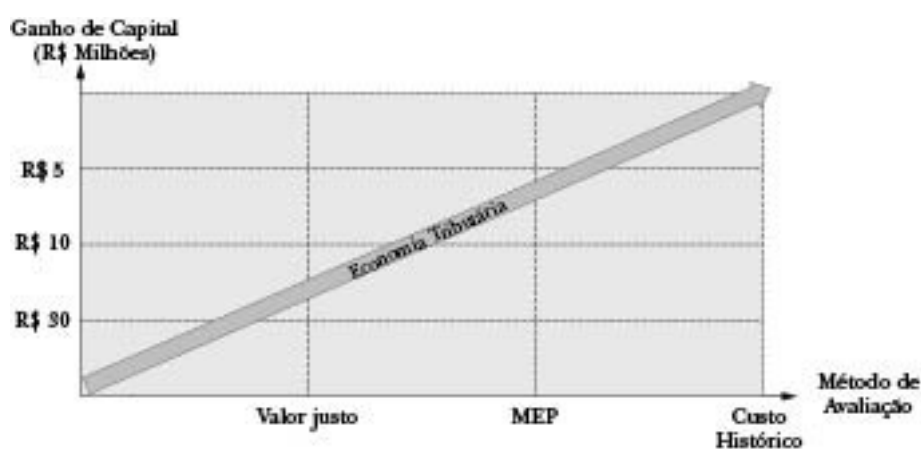
§ 4º A Secretaria da Receita Federal do Brasil irá disciplinar o controle em subcontas de que trata este artigo."

4. Art. 22 da Lei n. 9.249/1995 – esse planejamento tributário ainda vale a pena?

Além das alterações introduzidas pela Lei n. 12.973/2014, relativas às alterações na forma de avaliação de instrumentos patrimoniais, abordadas no tópico anterior, houve a alteração das alíquotas de IRPF relativas a ganhos de capital auferido por pessoas físicas, pela Lei n. 13.259/2016, as quais passaram a ser progressivas, de 15% a 22,5%, em razão do montante auferido na alienação de bens e direitos.

Como resultado das (i) alterações das formas de avaliação de instrumentos patrimoniais e da (ii) majoração das alíquotas aplicáveis sobre os ganhos de capital auferidos pelas pessoas físicas, a economia fiscal que era proporcionada pela devolução de capital, com entrega de bens a valor contábil para pessoas físicas, para posterior alienação a terceiros, foi reduzida de forma substancial, em especial considerando o entendimento RFB, quanto aos ativos avaliados pelo seu valor justo.

De fato, a partir do advento da Lei n. 12.973/2014 e da Lei n. 13.259/2016, a economia fixa de 19% proporcionada por esse tipo de operação foi relativizada, passando a variar de acordo com as especificidades do caso concreto, em especial, aquelas atinentes ao valor da transação e a forma de avaliação do ativo, conforme abaixo ilustrado³³:



Conforme é possível notar do gráfico retro, a economia fiscal será maior nos casos envolvendo ativos avaliados pelo seu valor histórico e alienados com ganhos de capital pouco expressivos. Por outro lado, haverá uma economia fiscal reduzida nos casos envolvendo ativos avaliados pelo seu valor justo – considerando-se o entendimento da RFB nas já mencionadas SC – e alienados com ganho de capital relevante.

33 Devem ser feitas as seguintes considerações: (i) o gráfico leva em conta a interpretação da RFB no sentido de que o ganho de AVJ deveria ser incluído no valor contábil do ativo, tributando-se o ajuste positivo controlado em subconta no momento da devolução; (ii) ainda, foi considerado que para um mesmo instrumento patrimonial o AVJ resultará, de modo geral, em um valor superior ao MEP. Isso porque, ainda que o MEP seja afetado pelo AVJ de ativos e passivos da investida, esse irá captar apenas o valor justo dos itens do balanço da controlada. Por outro lado, na avaliação do instrumento patrimonial pelo seu valor justo, poderão ser considerados outros elementos (e.g., intangíveis não contabilizados).

Nesse contexto, é possível concluir que, em que pese o art. 22 da Lei n. 9.249/1995 ter mantido a sua redação original, em decorrência das alterações legislativas abordadas no presente artigo, houve um impacto substancial nos efeitos fiscais decorrentes da devolução de capital com entrega de bens a valor contábil para pessoas físicas, criando a necessidade de se avaliar as especificidades do caso concreto.

5. CONCLUSÃO

Por meio do art. 22 da Lei n. 9.249/1995, o legislador ordinário conferiu aos contribuintes uma opção legal, no sentido de que os ativos entregues em operações de devolução de capital poderão ser avaliados pelo seu valor contábil ou de mercado.

Em termos práticos, isso significava, antes do advento da Lei n. 12.973/2014 e da Lei n. 13.259/2016, uma economia fixa de 19% sobre o ganho de capital na alienação de ativos – consistente na diferença entre a alíquota combinada de IRPJ e CSLL aplicável à pessoa jurídica (34%) e aquela aplicável às pessoas físicas ou investidores não residentes (15%) –, que era alcançada pelos contribuintes mediante a eleição do valor contábil como critério de avaliação dos ativos entregues aos sócios na devolução de capital.

Contudo, com o advento da Lei n. 12.973/2013 e da Lei n. 13.259/2016, esse cenário de economia fixa de 19% foi alterado, já que tais diplomas promoveram mudanças tanto nos métodos de avaliação de instrumentos patrimoniais, para fins fiscais, quanto nas alíquotas aplicáveis às pessoas físicas ou investidores não residentes, que passaram a ser de 15% a 22,5%.

Nesse sentido, alguns instrumentos patrimoniais passaram a ser avaliados pelo seu valor justo, sendo que a RFB apresentou manifestação no sentido de que, para fins de determinação do valor contábil a que se refere o art. 22 da Lei n. 9.249/1995, deverá ser considerado o valor justo e não o custo histórico desses instrumentos, de modo que, no momento da devolução de capital, o ganho de AVJ controlado em subconta deverá ser oferecido à tributação pela pessoa jurídica.

Além disso, para as participações societárias avaliadas pelo MEP, a entrega desses investimentos pela pessoa jurídica aos seus sócios também deixou de ser neutra em determinadas circunstâncias, já que, existindo valores de AVJ da investida refletidos e captados via MEP na investidora, esses deverão ser oferecidos à tributação pela pessoa jurídica por ocasião da devolução de capital, nos termos do que dispõe o § 3º do art. 24-A da Lei n. 12.973/2014.

Sendo assim, conclui-se que, em decorrência alterações legislativas abordadas no presente artigo, as operações de devolução de capital com entrega de bens avaliados pelo seu valor contábil aos sócios deixaram de ser operações neutras para a pessoa jurídica, tornando-se, assim, imprescindível a análise das circunstâncias fáticas, caso a caso, para uma tomada de decisão consistente por parte dos contribuintes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. Notas sobre o novo regime jurídico do ágio. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; e LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2014. v. 5.

BIANCO, João Francisco. Natureza jurídica do resultado de avaliação do investimento relevante por equivalência patrimonial. *Revista Direito Tributário Atual* v. 20. São Paulo: Dialética e IBDT, 2006.

BOZZA, Fábio Piovesan. Planejamento tributário e autonomia privada. *Série Doutrinária* v. XV. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. Entre a forma e o conteúdo na desconstituição dos negócios jurídicos simulados. *Estudos em direito tributário em homenagem ao Professor Gerd Willi Rothmann*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n. 11.638, de 28 de dezembro de 2007. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*. 2. ed. rev. e ampl. – artigos 1º a 179. São Paulo: Quartier Latin, 2015. v. I.

_____. *A Lei das S/A comentada*. 2. ed. rev. e ampl. – artigos 138 a 205. São Paulo: Quartier Latin, 2015. v. III.

GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

MCNAUGHTON, Charles. *Elisão e norma antielisiva: completabilidade e sistema tributário*. São Paulo: Noeses, 2014.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Rendas e proventos de qualquer natureza: o imposto e o conceito constitucional*. São Paulo: Dialética, 1996.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Lei nº 12.973/14 e efeitos tributários das modificações contábeis (escrituração x realismo jurídico). *Tributação atual da renda* da harmonização jurídico-contábil à tributação de lucros no exterior. São Paulo: Noeses, 2015.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.