



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

**Processo n°** 10580.722510/2016-87  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1401-002.821 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 14 de agosto de 2018  
**Matéria** IRPJ e CSLL  
**Recorrente** ODEBRECHT S/A  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2012

NULIDADE DE ACÓRDÃO DA DRJ POR INOVAÇÃO DO CRITÉRIO JURÍDICO. ART. 146 DO CTN. DIFERENÇA ENTRE MODIFICAÇÃO DO CRITÉRIO JURÍDICO E ACRÉSCIMO DE CRITÉRIO JURÍDICO.

A inovação do critério jurídico destacada pelo art. 146 do CTN representa a modificação completa dos critérios jurídicos adotados pela autoridade lançadora, o que não significa se concretizar quando a delegacia de piso apenas serviu-se de mais um argumento para a manutenção da autuação, e tal argumento não prejudica a defesa da contribuinte

Nulidade que se afasta.

IMPOSTO DE RENDA. GANHO DE CAPITAL. LIQUIDAÇÃO DE INVESTIMENTO E AQUISIÇÃO DE NOVA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. ACRÉSCIMO PATRIMONIAL. POSSIBILIDADE.

Investimento em participação liquidado e substituído na mesma operação por investimento diverso, cuja aplicação do percentual da participação devida resulta em patrimônio superior demonstra a existência do ganho de capital na operação. Tributa-se o ganho oriundo da diferença entre o valor do patrimônio que foi liquidado e o novo valor do investimento que o substituiu.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Lívia De Carli Germano, Luciana Yoshihara Arcângelo Zanin, Daniel Ribeiro Silva e Letícia Domingues Costa Braga. O Conselheiro Daniel Ribeiro Silva votou pelas conclusões. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Abel Nunes de Oliveira Neto. Participou do julgamento o Conselheiro Sergio Abelson em

substituição ao Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano, que se declarou impedido de julgar o presente processo.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente.

(assinado digitalmente)

Letícia Domingues Costa Braga - Relator.

(assinado digitalmente)

Abel Nunes de Oliveira Neto - Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente), Lívia De Carli Germano (Vice-presidente), Letícia Domingues Costa Braga, Luciana Yoshihara, Daniel Ribeiro Silva, Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa, Abel Nunes de Oliveira Neto e Sérgio Abelson.

## **Relatório**

Adoto como relatório, aquele da decisão de primeira instância, complementando-o a seguir:

Trata o presente processo de impugnação ao Auto de Infração que exige da interessada supra identificada, o recolhimento da importância de **R\$ 41.444.449,70** a título de **Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ**, relativo a fato gerador anual ocorrido em 31/12/2012, acrescida de multa de ofício de **75%** e juros de mora. Consta no referido Auto de Infração que o lançamento do IRPJ, apurado sob as regras do Lucro Real – apuração anual, decorre de:

***GANHOS E PERDAS DE CAPITAL APURADOS INCORRETAMENTE******INFRAÇÃO: ALIENAÇÃO OU BAIXA DE INVESTIMENTOS AVALIADOS PELO VALOR DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO***

*Falta de contabilização de ganho de capital apurado na alienação de investimento avaliado pelo valor do Patrimônio Líquido, gerando, em consequência, redução indevida do lucro sujeito à tributação, conforme Termo de Verificação de Infração em anexo.*

<b><i>Fato Gerador</i></b>	<b><i>Valor Apurado (R\$)</i></b>	<b><i>Multa (%)</i></b>
<i>30/04/2012</i>	<i>171.011.801,09</i>	<i>75,00</i>

***Enquadramento Legal***

*Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2012 e 31/12/2012:*

*art. 3º da Lei nº 9.249/95.*

*Arts. 247, 248, 249, inciso II, 251, 418 e 426 do RIR/99*

*art. 3º, §3º da Lei nº 7.713/98*

*Arts. 219, 225, 428 do RIR/99*

*Art.177 da Lei nº 6.404/76*

Como lançamento decorrente da matéria tributável apontada no lançamento de IRPJ, foi lavrado também Auto de Infração a título de **Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL**, da ordem de **R\$ 15.391.062,09**, acrescido de multa de ofício de 75% e juros de mora. Consta no referido Auto de Infração:

**RESULTADOS****INFRAÇÃO: APURAÇÃO INCORRETA DE RESULTADOS DA CSLL**

*Falta de contabilização de ganho de capital apurado na alienação de investimento avaliado pelo valor do Patrimônio Líquido, gerando, em consequência, redução indevida do lucro sujeito à tributação, conforme Termo de Verificação de Infração em anexo.*

<i>Fato Gerador</i>	<i>Valor Apurado (R\$)</i>	<i>Multa (%)</i>
<i>30/04/2012</i>	<i>171.011.801,09</i>	<i>75,00</i>

*Enquadramento Legal*

*Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2012 e 31/12/2012:*

*Art. 2º da Lei nº 7.689/88 com as alterações introduzidas pelo art.2º da Lei nº 8.034/90.*

*Art. 57 da Lei nº 8.981/95, com as alterações do art.1º da Lei nº 9.065/95.*

*Art. 2º da Lei nº 9.249/95.*

*art. 1º da Lei nº 9.316/96; art.28 da Lei 9.430/96*

*Art. 3º da Lei nº 7.689/88 com redação dada pelo art.17 da Lei nº 11.727/08*

*Art.28 da Lei 9.430/96, com redação dada pelo art.39 da Medida Provisória 563/12*

*Art.28 da Lei 9.430/96, com redação dada pelo art.49 da Lei 12.715/12*

Como parte integrante dos Autos de Infração, o **Termo de Verificação de Infração**, do qual extraímos o que se segue, esclarecendo que a presença de destaques pertencem ao original e, também, alterei a forma de apresentação gráfica original, mantido, evidentemente, os dados informados:

Empresas mencionadas: Odebrecht S/A (atuada), Odebrecht Realizações Imobiliárias Investimentos S/A (ORINV), GIF Realty Incorporações Imobiliárias e Participações S/A e GIF III Fundo de Investimentos e Participações (100% de participação na GIF – Realty).

Posição até 30/04/2012:

<b>EMPRESA</b>	<b>FATO/DESCRIÇÃO</b>	<b>VALOR CONTÁBIL – R\$</b>
ODEBRECHT S/A	Investimento na ORINV Participação: 85,5%	R\$ 779.476.305,51
GIF - REALTY	Investimento na ORINV Participação: 14,5%	R\$ 132.191.888,07
	Capital	R\$ 300.050.800,00
	Patrimônio Líquido	R\$ 346.351.189,88
ORINV	Patrimônio Líquido	R\$ 911.668.193,58

No relato da autoridade fiscal:

3. Em Assembléia Geral Extraordinária realizada em 30 de abril de 2012, os sócios da Odebrecht Realizações Imobiliárias Investimentos S.A. - (ORINV), CNPJ nº 10.454.844/0001-66, apreciaram e deliberaram, dentre outras providências, pela incorporação da Companhia pela GIF Realty Incorporações Imobiliárias e Participações S.A. - (GIF Realty), CNPJ nº 10.917.143/0001-16.

4. Consoante o Laudo de Avaliação e Protocolo de Incorporação e Justificação Relativo a Incorporação da Odebrecht Realizações Imobiliárias Investimentos S.A. - (ORINV), pela Gif Realty, o capital da GIF Realty foi aumentado em R\$ 779.476.305,51, valor este, que corresponde ao valor do patrimônio líquido da ORINV (R\$ 911.878.160,38), descontada a participação de 14,5% da GIF Realty (R\$ 132.191.888,07) na ORINV. Sendo assim, o capital da GIF Realty que era de R\$ 300.050.800,00 passou a ser de R\$ 1.079.527.105,51, representado por 2.069.315.862 ações ordinárias, todas nominativas e sem valor nominal, que foram distribuídas da seguinte forma: coube a Odebrecht S.A., 1.769.265.062 ações equivalentes a 85,5% do total de ações, e, a GIF III Fundo de Investimentos e Participações, 300.050.800 ações equivalentes a 14,5% do total de ações da GIF Realty após a incorporação.

5. A estrutura organizacional em relação às empresas ora referidas, após a incorporação, pode ser demonstrada graficamente conforme abaixo:

EMPRESA	FATO/DESCRIÇÃO	VALOR - R\$
ODEBRECHT S/A	Investimento na GIF - Realty Participação: 85,5%	950.486.547,67
GIF - REALTY	Capital	300.050.800,00
	Aumento de Capital	779.476.305,51
	Reservas de Lucros	38.042.419,55
	Prejuízos Acumulados	- 5.889.352,35
	Patrimônio Líquido	1.111.680.172,71

6. O investimento da ODEBRECHT S/A na ORINV estava registrado na conta contábil 131002, pelo valor de R\$ 779.474.746,58. Após a incorporação, o valor da participação acionária da Odebrecht S/A na GIF REALTY, considerando sua participação percentual de 85,5% no capital dessa última, resultou em R\$ 950.486.547,67, conforme demonstração gráfica acima.

7. Como será demonstrado adiante, após esses eventos de reorganização societária a ODEBRECHT S/A teve um **acréscimo patrimonial**, um **ganho de capital** correspondente à diferença entre o valor do investimento na ORINV e o novo investimento na GIF REALTY.

8. De acordo com o artigo 3º, §3º, da Lei nº 7.713/1998, na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins.

9. A permuta é uma espécie do gênero alienação. Os efeitos tributários são tratados pela legislação tributária como se alienação fosse, com a devida tributação quando houver diferença entre os valores dos bens entregues e recebidos. As duas únicas formas de permuta ressalvadas pela legislação estão consignadas nos artigos 121, I e 137 do Decreto nº 3.000/99 (RIR/99), porém, tais dispositivos versam, respectivamente, de permuta de unidades imobiliárias e entrega de títulos da dívida pública, situações específicas que não se aplicam ao caso em análise.

11. Assim, ocorrendo uma permuta de participações societárias, onde uma empresa substitui sua participação societária por outra, recebendo, em troca, ações em valor superior às que detinha, estará caracterizado um ganho de capital.

10. Nesse sentido, já julgou a Câmara Superior de Recursos Fiscais:

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA – IRPJ.*

*Ano-calendário: 2007*

*PERMUTA DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS. RECEBIMENTO DE VALOR SUPERIOR AO ENTREGUE. APURAÇÃO DE GANHO DE CAPITAL TRIBUTÁVEL. CABIMENTO.*

*Na hipótese de permuta de participações societárias, entre pessoas jurídicas, em que ocorre recebimento de valor superior ao entregue, é cabível a apuração de ganho de capital tributável, salvo nas hipóteses expressamente previstas em lei. (Câmara Superior de Recursos Fiscais CSRF - Primeira Turma – Acórdão CSRF/9101-002.172 - Data da Decisão: 19 de janeiro de 2016.*

11. Essa decisão da CSRF se amolda à situação ora tratada. Com efeito, conforme demonstrado nos tópicos 4 e 5, a ODEBRECHT S/A era acionista direta da ORINV, com um percentual de 85,5%. Em 30/04/2012 a ORINV foi incorporada pela GIF REALTY, que detinha 15,5% (sic) do capital daquela empresa. Nesse evento, a ODEBRECHT transferiu a titularidade das ações que detinha na ORINV e recebeu em troca ações da GIF REALTY, passando a ser acionista desta empresa com a participação percentual de 85,5%. Ou seja, houve uma permuta de ações. E, conforme descrito no tópico 6, houve uma diferença positiva entre o valor da participação anteriormente detida na ORINV e a nova participação na GIF REALTY, configurando um ganho de capital.

12. O artigo 418 do RIR/99 trata do ganho de capital:

*Art. 418. Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, na desapropriação, na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 31).*

*§ 1º Ressalvadas as disposições especiais, a determinação do ganho ou perda de capital terá por base o valor contábil do bem, assim entendido o que estiver registrado na escrituração do contribuinte e diminuído, se for o caso, da depreciação, amortização ou exaustão acumulada (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 31, § 1º).*

[...]

14. Ao proceder os registros contábeis decorrentes da operação abordada nos tópicos 4 e 5, a Odebrecht S/A, atribuiu à sua nova participação acionária na GIF REALTY o mesmo valor que detinha sobre a ORINV (R\$ 779.474.746,58), sem considerar que ocorreu um ganho em razão da aplicação do percentual de participação (85,5%) sobre o patrimônio líquido da GIF REALTY. Ou seja, imperiosamente, a Odebrecht S/A deveria ter reconhecido o seu novo investimento na GIF Realty com base no valor do patrimônio desta, e não com base no patrimônio líquido do investimento do qual se desfez. Isso porque os novos investimentos recebidos nunca poderão ser registrados pelo valor dos seus antecessores.

[...]

17. Intimada a esclarecer a razão pela qual o investimento em GIF REALTY não foi contabilizado pelo valor correspondente à participação no PL da GIF (R\$ 962.582.508,56), o contribuinte respondeu que a diferença questionada decorre do fato de a intimada já haver reconhecido em seu patrimônio líquido o ganho na variação do percentual de participação no investimento na ORINV. Diz que em 2010 a ODEBRECHT S/A era a única acionista da ORINV, e, em maio daquele ano, a ORINV aumentou seu capital social no montante de 84.785.491 ações, correspondentes a 14,5% do capital social. As ações foram integralmente adquiridas pela GIF REALTY pelo valor de R\$ 300.000.000,00, sendo R\$ 84.785.491,00 destinados ao aumento do capital e R\$ 215.214.509,00 destinados à formação de reserva de capital (ágio).

15. Prosseguindo, disse que teve sua participação na ORINV reduzida de 100% para 85,5%, tendo, em contrapartida, registrado um aumento do valor do seu investimento, proporcional ao ágio pago pela GIF, no valor de R\$ 214.146.168,00. Esse aumento no valor do investimento em ORINV teria sido contabilizado em contrapartida ao patrimônio líquido, seguindo orientação do item 66 da OCPC 09.

16. Aduziu que essa operação estaria amparada, do ponto de vista fiscal, no artigo 428 do RIR/99, que diz que não será computada na determinação do lucro real o acréscimo ou diminuição do valor do patrimônio líquido de investimento, decorrente de ganho ou perda de capital por variação na percentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada.

17. Afirmou que a incorporação da ORINV pela GIF acarretou no aumento da capital social desta última, mediante a emissão de 1.769.262.062 novas ações ordinárias, entregues à ODEBRECHT em substituição às ações da ORINV, que passou a deter 85,5% de participação na GIF. Nessa operação, a parcela representativa do investimento da ODEBRECHT na ORINV, no valor de R\$ 779.476.305,00, no qual já estaria considerado o valor de R\$ 214.146.168,00, foi incorporada ao patrimônio da GIF, passando a contribuinte a ser sócia desta empresa. Com

isso, o cálculo da equivalência patrimonial do investimento da ODEBRECHT na GIF excluiu o valor de R\$ 214.146.168,00, já reconhecido desde maio de 2010, como acréscimo ao investimento na ORINV, evitando que o efeito da participação não seja registrado em duplicidade.

18. Concluiu que, ao final, passou a deter participação na GIF REALTY, cujo patrimônio já incluía o ágio pago na subscrição das ações da ORINV em 2010. Por outro lado, os efeitos decorrentes do referido ágio já teriam sido reconhecidos, conforme explicado anteriormente. Assim, ao calcular sua participação de 85,5% do patrimônio líquido da GIF, o contribuinte subtrai o valor de R\$ 214.146.168,07 relativo ao ganho que teria sido reconhecido em 2010.

19. A explicação do contribuinte não se presta a excluir a tributação do ganho de capital ocorrido em 30 de abril de 2012. Primeiro porque se trata de operações e fatos geradores distintos. O que se está tributando é o **acrécimo patrimonial**, o **ganho de capital** auferido com a permuta de participações acionárias que o contribuinte detinha em uma empresa e passou a deter em outra. O ganho de capital é decorrente da participação que a ODEBRECHT passou a deter no PL da GIF (superior ao da ORINV). É disso que se trata!

20. O segundo ponto a esclarecer é que o investimento na ORINV estava registrado na contabilidade da ODEBRECHT pelo método da equivalência patrimonial, no valor de R\$ 779.474.746,58. Este valor considera o PL da ORINV em abril de 2012, no qual se inclui o ágio recebido em 2010 (contabilizado em reserva de capital). No cálculo do ganho de capital, que será demonstrado adiante, o custo de aquisição é o valor contábil (R\$ R\$ 779.474.746,58), ou seja, o acréscimo no investimento (ORINV) decorrente da operação de 2010 está sendo considerado no cálculo do ganho de capital, como custo de aquisição. Assim, não há o que se falar em duplicidade.

[...]

27. Cabe ressaltar que o ganho obtido pelo contribuinte através da aplicação da equivalência patrimonial sobre o PL da ORINV está atingido pelo disposto no artigo 428 do RIR/99, e, portanto, não tem reflexo tributário. Porém, esses é um dos lançamentos contábeis, o qual reconhece o ganho na variação. O outro lançamento, e esse é o que interessa ao presente caso, é o aumento no valor do investimento em ORINV. E, como dissemos nos tópicos 19 e 20, esse aumento reflete no custo de aquisição do investimento.

28. Pelo exposto, conclui-se que a operação de incorporação de ações da empresa ORINV, na qual a ODEBRECHT S/A entregou as ações que detinha nesta empresa para a GIF REALTY, a título de integralização de capital, recebendo, em permuta, ações da incorporadora, representou um ganho de capital para a ODEBRECHT S/A, na medida em que o valor das ações

*recebidas foi superior ao valor contábil das ações anteriormente detidas.*

*[...]*

*31. Desse modo, o ganho de capital decorrente dessa operação deixou de ser oferecido à tributação, fazendo-se necessário o lançamento de ofício para a constituição do crédito tributário, conforme demonstrado abaixo:*

<i>PL da Gif Realty</i>	<i>Participação da ODBSA no PL da Gif Realty</i>	<i>Valor Contabilizado pela ODBSA</i>	<i>Ganho Tributável</i> <i>D = b - c</i>
<i>(a)</i>	<i>b = a*85,5%</i>	<i>(c)</i>	
<i>1.111.680.172,71</i>	<i>950.486.547,67</i>	<i>779.474.746,58</i>	<i>171.011.801,09</i>

#### DA IMPUGNAÇÃO

Cientificada dos lançamentos, a Contribuinte apresentou sua impugnação, onde, após fazer um breve relato dos fatos relatados pela autoridade fiscal, reconhece que “...não há discrepância entre o TVI e os fatos tal como acontecidos, mas há evidente equívoco de interpretação dos mesmos, e negativa de aplicação de normas legais expressas, quando a conclusão da fiscalização é no sentido de que houve ganho de capital por se tratar de permuta.”

*- Acréscimo escritural intributável, decorrente do MEP*

Neste tópico, enfatiza que o MEP é fiscalmente neutro, transcrevendo os artigos 20, 22, 23 25 e 33, todos pertinentes do Decreto-Lei 1.598/77, onde concluiu:

*No caso concreto, a impugnante cumpriu a normatização recorrente do MEP, pois manteve neutro qualquer ganho que adviria dele em decorrência da incorporação, dado que manteve seu custo de aquisição anterior ao ato. Mais ainda, a impugnante agiu na contabilidade seguindo as práticas contábeis introduzidas no Brasil a partir da Lei n. 11.638, e o fez da maneira a mais conservadora possível, ou seja, descontando do PL da GIF-REALTY o ágio que esta pagou para adquirir 14,5% da ORINV, o qual já integrava o valor contábil do investimento da impugnante desde 2010, com isto evitando a duplicidade de um mesmo custo, que tem sido objeto de vários autos de infração e de decisões do CARF e da CSRF.*

*[...]*

*Isto somente sob o ponto de vista do MEP, mas outra violação, a ser explicitada adiante, foi tratar como permuta o que não é permuta.*

*- Conseqüente falta de fundamento legal para os lançamentos*

**- Primeira parte: nulidade e improcedência dos autos de infração**

Neste tópico, a Impugnante contesta os dispositivos legais citados no Auto de Infração, destacando que "...o TVI chega a referir-se ao art.3º da Lei 7.713, mas este é relativo ao imposto de renda das pessoas físicas, logicamente inaplicável às jurídicas."

Que o art.418 do RIR/99 trata de ganho de capital na alienação de investimentos, que não teria ocorrido, uma vez que "...o investimento continuou a existir."

Que o art.426 do RIR/99 também não procede, pois na conta de investimento da Impugnante não havia deságio.

Os demais artigos, todos eles, contem disposições genéricas ou tratam de outros assuntos "...e nenhum deles contém em sua hipótese de incidência qualquer relação com permuta."

Que o dispositivo mais próximo do ocorrido seria o art.428 do RIR/99, mas que este "...somente trata da situação que ocorreu com a Impugnante em 2010, quando a GIF-REALTY subscreveu capital da ORINV, e não diz respeito à incorporação desta por aquela em 2012, que é objeto da autuação."

**- Ainda a falta de fundamento legal para os lançamentos**

**- Segunda parte: impossibilidade de tratar incorporação como permuta, e em incorporação não há ganho de capital tributável**

Neste tópico trata de destacar que não houve **permuta** conforme aludido pela Fiscalização, que o que existiu foi a **incorporação** da ORINV pela GIF REALTY. Discorre, longamente, acerca dos conceitos e diferenças entre esses atos jurídicos, cumprindo transcrever alguns excertos (destaques do original):

*Em suma, a tentativa dos D.Audidores-Fiscais, de tributar uma acionista de uma companhia incorporada, cujas ações foram substituídas por ações de outra companhia, como se tratasse de permuta, não encontra respaldo mínimo, mormente porque não lhes é permitido pela lei que se afastem dela, dizendo que incorporação é permuta ou vice-versa, quando a lei diz que este ato é incorporação e aquele negócio é permuta, distinguindo claramente um do outro.*

[...]

*A conclusão inelutável é a de que, no ato de incorporação, processa-se ao mesmo tempo sub-rogação real das novas ações no lugar das substituídas, e sub-rogação pessoal da companhia incorporadora no lugar da companhia incorporada.*

[...]

*E a conseqüência clara é de que o patrimônio do titular das ações da sociedade incorporada, quanto às novas ações recebidas em substituição, resta na mesma posição em que se encontrava antes do ato de incorporação quanto às ações que*

*foram substituídas, constatando-se que o único custo possível para as novas ações, no seu patrimônio, é o custo das ações substituídas, porque ele nada mais despendeu para passar a ter as novas ações em lugar das antigas.*

*[...]*

*A propósito de fusão, incorporação e cisão, o serviço “Perguntas e Respostas – IRPF” da RFB, alude expressamente ao Parecer Normativo CST n. 39/81, nos seguintes termos:*

*“568. Qual é o tratamento tributário na substituição de ações ocorrida em virtude de cisão, fusão ou incorporação?”*

*A substituição de ações, na proporção das anteriormente possuídas, ocorrida em virtude de fusão, incorporação ou cisão, pela transferência de parcelas de um patrimônio para o de outro, não caracteriza alienação para efeito da incidência do imposto sobre a renda.*

*A data de aquisição é a de compra ou subscrição originária, não tendo havido emissão ou entrega de novos títulos representativos da participação societária.*

*Atenção:*

*O montante das novas participações societárias deve ser igual ao custo de aquisição da participação societária originária”.*

*Não se pode deixar de destacar o entendimento, que, portanto, é reiterado, contido nessa manifestação fazendária, de que na incorporação não existe alienação para feitos de incidência do imposto de renda, e de que o custo de aquisição das novas ações é o mesmo da participação societária original. Isto significa que não há ganho tributável.*

***- Ainda a falta de fundamento legal para os lançamentos***

***- Terceira parte: a não tributação relativa ao aumento de capital de 2010 e sua irrelevância para o processo sobre a incorporação de 2012***

*Com todo respeito ao trabalho dos Srs. Auditores Fiscais, a impugnante tem que apontar que a falta de fundamentação legal para as exações que lançaram sobre (sic) a incorporação de 2012 também está patenteada pela longa atenção que deram ao aumento de capital ocorrido em 2010, pelo qual a GIF REALTY subscreveu capital da ORINV com ágio.*

*Naquela ocasião, o ágio pago pela GIF REALTY e que foi creditado à reserva de ágio, refletiu na conta de investimento da impugnante na ORINV por força do MEP, mas nenhuma incidência tributária ocorreu porque o acréscimo patrimonial da impugnante foi excluído do lucro real em virtude da submissão da situação a duas normas excludentes.*

*A primeira norma já foi citada, mas merece ser relembrada. Trata-se do parágrafo 2º do art.33 do Decreto-lei n.1.598, o qual reza:*

*“§ 2o Não será computado na determinação do lucro real o acréscimo ou a diminuição do valor de patrimônio líquido de investimento, decorrente de ganho ou perda de capital por variação na porcentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada.”*

*O fato então ocorrido subsumiu-se à hipótese de incidência dessa norma, de tal arte que sua parte dispositiva – não computação no lucro real – aplicou-se perfeitamente.*

*Realmente, a GIF REALTY subscreveu capital da ORINV, em decorrência do que a impugnante teve sua participação reduzida de 100% para 85,5%, mas esta porcentagem aplicada ao PL da ORINV após o aumento, representou um ganho que o parágrafo 2º textualmente manda excluir do lucro real.*

*A segunda norma tem origem antiga. Realmente, desde os anos 60 do século passado há norma sobre a não tributação dos ágios, para a pessoa jurídica e par seus sócios ou acionistas.*

*Essa norma, não revogada até hoje, está no art.58 da Lei n. 4.728, de 1965, a qual sofreu alteração pelo art.49 da Lei n. 4.862, também daquele ano, tendo a seguinte redação após esta:*

*Art.58. Na emissão de ações, as importâncias recebidas dos subscritores a título de ágio não serão consideradas como rendimento tributável da pessoa jurídica, constituindo obrigatoriamente reserva específica, enquanto não forem incorporadas ao capital da sociedade.*

*§1º. Não sofrerão nova tributação na declaração de pessoa física, ou na fonte, os aumentos de capital das pessoas jurídicas mediante a utilização das importâncias recebidas a título de ágio, quando realizados, nos termos deste artigo, por sociedades das quais sejam as referidas pessoas físicas acionistas, bem como as novas ações distribuídas em virtude daqueles aumentos de capital.*

*§ 2º As quantias relativas aos aumentos de capital das pessoas jurídicas, mediante a utilização de acréscimos do valor do ativo decorrentes de aumentos de capital realizados nos termos deste artigo por sociedades das quais sejam acionistas, não sofrerão nova tributação.*

*Posteriormente, o Decreto-lei n. 1.598, no inciso I do seu art.38, expressamente manteve a regra relativamente à pessoa jurídica, a fim de adaptá-la à então nova Lei n. 6.404, dizendo:*

*“Art 38 - Não serão computadas na determinação do lucro real as importâncias, creditadas a reservas de capital, que o contribuinte com a forma de companhia receber dos subscritores de valores mobiliários de sua emissão a título de:*

*I - ágio na emissão de ações por preço superior ao valor nominal, ou a parte do preço de emissão de ações sem valor nominal destinadas à formação de reservas de capital;”*

*A legislação sofreu evolução sem jamais alterar a essência da intributabilidade dos ágios, como se pode notar pelo art.658 do RIR/99, particularmente no seu parágrafo 4º, inciso I.*

*Com efeito, o “caput” do art.658 decreta:*

*“Art.658. Os aumentos de capital das pessoas jurídicas mediante incorporação de lucros ou reservas não sofrerão tributação do imposto na fonte (Lei n. 8.849, de 1994, art.3º, e Lei n. 9.064, de 1995, art.2º).”*

*E, a respeito das condições para a isenção, o referido parágrafo ressalva:*

*“Parágrafo 4º. O disposto no parágrafo anterior não se aplica nos casos de (Lei n. 8.849, de 1994, art.3º, §5º, e Lei n. 9.064, de 1995, art.2º):*

*I – aumento do capital social mediante incorporação de reserva de capital formada com ágio na emissão de ações com o produto da alienação de partes beneficiárias ou bônus de subscrição, ou com correção monetária do capital;”*

*E é em coerência com tal disposição, que o retro transcrito art.33, parágrafo 2º do mesmo Decreto-lei n. 1598, também prescreveu que o ganho de capital dentro do método da equivalência patrimonial, nas mesmas situações de ágio para a pessoa jurídica a que se refere a participação (além de outras hipóteses), é ganho não tributável.*

*[...]*

*Naquele evento, o valor do aumento na conta de investimento da impugnante na ORINV foi isento de tributação e passou a integrar o custo do mesmo, segundo a lei, nada tendo a ver com o suposto ganho de capital ocorrido em 2012.*

*Aparentemente, o TVI sem qualquer base legal, pretendeu cobrar em 2012 o tributo que não poderia ter sido cobrado em 2010 face à norma isencional, e que também não mais poderia cobrar por efeito da decadência.*

**- Ainda a falta de fundamento legal para os lançamentos**

**- Quarta parte: mesmo que houvesse permuta teria sido intributável**

*Discorre longamente acerca do conceito de permuta, com citações a atos normativos da RFB e a pareceres da PGFN, para concluir que inexistente tributação na permuta, com exceção dos casos em que há torna.*

**- Base de cálculo**

*A Impugnante não tem como aferir os cálculos efetuados pela fiscalização autuante, a qual ora faz uma afirmação, ora faz outra.*

*De fato, no item 7 do TVI consta que o ganho de capital corresponde à diferença entre o valor do investimento na ORINV e o novo investimento na GIF REALTY.*

*Porém no item 32 consta que a apuração do ganho de capital deverá ser feita considerando a diferença entre o valor contábil do ativo transferido (ações da ORIMOB) e o valor do novo ativo recebido na permuta (ações da GIF REALTY), e que o valor será obtido pela multiplicação da participação pertencente à impugnante e o valor patrimonial da GIF.*

*São, pois, dois critérios que eventualmente podem conduzir a resultados diferentes, mas os cálculos não estão explicitados para poderem ser conferidos pela impugnante, o que, salvo se devidamente explicado, configurará nulidade por prejudicar o amplo direito de defesa.*

**- Descabimento de multa e juros**

*Neste tópico alega que seguiu entendimento em atos administrativos e pareceres normativo e da PGFN, de forma que nos termos dos incisos I e III do art.100 do CTN, não caberiam quaisquer acréscimos.*

A decisão da DRJ, do agora ilustre Conselheiro Cláudio Camerano dessa turma, restou assim ementada:

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ*

*Ano-calendário: 2012*

*Incorporação. Liquidação de Investimentos. Troca (Substituição) de Participações Societárias. Recebimento de Valor Superior ao Entregue. Ganho de Capital.*

*Na incorporação com extinção de ações, verificando-se que a participação societária que a autuada detinha na incorporada manteve-se a mesma na incorporadora, o acervo líquido recebido (em substituição das ações extintas) revelou-se superior ao custo contábil do investimento liquidado, cabendo a apuração de ganho de capital.*

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL*

*Ano-calendário: 2012*

*Lançamento Reflexo. Mesmos Eventos. Decorrente.*

*A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fatos geradores de vários tributos impõe a constituição dos*

*respectivos créditos tributários, e a decisão quanto à ocorrência desses eventos repercute na decisão de todos os tributos a eles vinculados. Assim, o decidido em relação ao Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ aplica-se à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL.*

*Impugnação Improcedente*

*Crédito Tributário Mantido*

Inconformada, a Recorrente interpôs recurso voluntário, alegando em síntese:

**01) Preliminar de nulidade inovação na fundamentação da autuação fiscal em lide.**

Aduz que, os julgadores de primeira instância, ao decidir manter a exigência fiscal deram novo fundamento legal à autuação lavrada e admitiram que a aplicação do instituto da permuta ao caso, era inadequada, e como, a seu ver, não influía na solução do litígio, restavam “prejudicadas as alegações da Impugnante neste sentido, uma vez que, de fato e de direito houve uma extinção ou liquidação de investimentos”.

Argumenta que restaram prejudicadas as alegações de defesa da recorrente quando os julgadores de 1ª instância, por unanimidade, não sentiram qualquer pejo em alterar expressamente a fundamentação legal que suporta os autos de infração, tratando de questões que sequer haviam sido abordadas pela fiscalização e, portanto, pela recorrente, em sua impugnação, sendo evidente o prejuízo ao seu direito de defesa.

Alega violação aos arts. 142, 146, inciso III do art. 145 c/c 149, todos do CTN.

**02) Acréscimo escritural intributável, decorrente do MEP**

Para justificar a neutralidade do MEP arguiu os arts. 42 e 43 do CTN e 20, 22, 23, 25 e 33 do Decreto -Lei 1.598/77.

Diz que se apura o valor do ganho ou perda com base no valor do custo do investimento sem considerar deságio. Argumenta que a jurisprudência reconhece não haver realização de ágio na incorporação.

Argumenta mais uma vez a nulidade da autuação por não terem sido expressos os fundamentos do auto de infração.

**03) Falta de fundamento legal para manutenção dos lançamentos. Impossibilidade de tratar incorporação como permuta ou como liquidação da pessoa jurídica. Em incorporação não há ganho de capital tributável.**

Argumenta que: "Em suma, a tentativa dos D. Auditores-Fiscais, de tributar uma acionista de uma companhia incorporada, cujas ações foram substituídas por ações de outra companhia, como se se tratasse de permuta, não encontra respaldo mínimo na lei, mormente porque não lhes é permitido pela lei que se afastem dela, dizendo que incorporação é permuta ou vice-versa, quando a lei diz que este ato é incorporação e aquele negócio é

permuta, distinguindo claramente um do outro, valendo, aqui, as mesmas ponderações quanto a alteração da fundamentação para a hipótese de liquidação".

Diz que a falta de fundamentação para a tributação do evento, eiva de nulidade toda autuação.

Discorre longamente sobre a questão da disponibilidade econômica e que não há qualquer tributação na incorporação. Que o que ocorreu foi simplesmente uma "troca" de ações por outras, tendo em vista a incorporação da sociedade anteriormente investida e a nova sociedade.

Argui ainda que os atos, ou negócios jurídicos estão perfeitos e não há qualquer ilegalidade capaz de desconfigura-lós, nesse sentido, argumenta que "em virtude deste arcabouço jurídico fundamental, os atos ou negócios jurídicos regularmente praticados perante o direito privado geram efeitos tributários que estão previstos nas correspondentes normas do direito tributário, e não podem gerar outros efeitos fiscais que não lhes sejam decorrentes."

Aduz ainda, que não há qualquer tributação nos acionista em virtude das transformações de suas investidas. Assim, tendo ocorrido a incorporação, não pode o sócio ser tributado pela conduta de outrem.

E mais, diz que "os efeitos jurídicos decorrentes da incorporação, portanto, são claros: trespasse do patrimônio da pessoa jurídica incorporada para o da incorporadora, persistência do vínculo social sem solução de continuidade, admissão dos acionistas da incorporada na incorporadora. São todos efeitos incompatíveis com a noção de renda realizada, perfeitamente compatíveis com a noção de sub-rogação."

E concluí: "enfim, nestas situações a tributação depende da posterior realização de qualquer ganho, através de alienação das ações recebidas em substituição das anteriores por valor superior ao do respectivo custo, e não há incidência no ato da incorporação, nem a título de suposta permuta, muito menos no ato da liquidação de investimentos."

#### **04) A não tributação relativa ao aumento de capital de 2010 e sua irrelevância para o processo sobre a incorporação de 2012**

Aduz em síntese, que: "Naquele evento, o valor do aumento na conta de investimento da recorrente na ORINV foi isento de tributação e passou a integrar o custo do mesmo, segundo a lei, nada tendo a ver com o suposto ganho de capital ocorrido em 2012."

#### **05) Ainda que houvesse permuta ou liquidação, teriam sido intributáveis**

Discorre sobre o tema citando leis, jurisprudência desse Conselho e pareceres normativos objetivando demonstrar que nem a permuta, nem a incorporação ou eventual liquidação seriam fatos geradores do IR e CSSL.

Nesse sentido conclui: "Crê a recorrente já estar demonstrada a impossibilidade da equiparação de um ato jurídico de incorporação de pessoa jurídica a um contrato de permuta ou ao procedimento de extinção da sociedade por liquidação, seja no âmbito do direito privado, seja no do tributário, de modo que, a rigor, não precisaria adentrar na questão da não incidência do IRPJ e da CSL sobre o negócio jurídico da permuta e seus

efeitos (uma vez que liquidação não é negócio jurídico e sua distinção entre a incorporação já foi satisfatoriamente realizada, até por ser auto-evidente serem figuras jurídicas diversas). Todavia, por exigência processual, a recorrente se defende da alegação de ter tido ganho tributável em virtude de permuta, pois foi esta, efetivamente, a alegação de direito em que se baseou a autuação em lide, mesmo que esta fundamentação tenha sido alterada pelo acórdão recorrido, afastando todos os argumentos a ele relativos (e até por isso). Ademais, como na sua caracterização da incorporação como espécie de liquidação de investimentos em que há recebimento da participação anteriormente detida por meio de troca de ações entre as partes, as considerações feitas a seguir são perfeitamente aplicáveis a qualquer tipo de troca ou permuta sem torna, como foi o caso destes autos. De modo, que a recorrente pede vênica para repisar aqui as considerações, feitas em sua impugnação, que demonstram ser a permuta um tipo de negócio jurídico cujo contrato está fora do campo de incidência do IRPJ e da CSL."

#### **06) Descabimento de multa e juros**

Caso fosse possível a cobrança do IRPJ e da CSL, sobre tais tributos não poderiam ser cobrados multa e juros, uma vez que a recorrente agiu em conformidade com atos normativos e com prática reiterada da RFB.

Por fim, requer a improcedência do Auto por todos argumentos expostos, bem como, na eventual possibilidade de manutenção, que não lhe seja imputado multas e juros.

Esse é o relatório do essencial.

#### **Voto Vencido**

Conselheira Leticia Domingues Costa Braga - Relatora

O recurso é tempestivo e dele conheço.

#### **01) Preliminar de Nulidade por alteração de critério jurídico**

Argui a recorrente, que a decisão da DRJ inovou na fundamentação da autuação e por esse motivo, deveria ser reconhecida a sua nulidade.

Entretanto, tal nulidade somente se operará em virtude de tal modificação ter prejudicado a defesa da contribuinte.

Ademais, a inovação trazida pela delegacia não foi o fundamento primordial para manter o lançamento, isto porque a DRJ trouxe também os fundamentos utilizados pela fiscalização, o que denota que somente houve um acréscimo no fundamento da autuação, não prejudicando o lançamento fiscal

Pois bem, duas são as razões que não permitem reconhecer a nulidade, são elas: (i) a decisão da DRJ apenas acrescentou fundamentação à autuação; (ii) conforme reconhecido pela recorrente, irrelevante qualquer uma das fundamentações, pois ambas seriam intributáveis (conforme exposto no último item do recurso voluntário da contribuinte).

Nesse sentido, o próprio acórdão da DRJ cita que a fundamentação legal da autuação permaneceria, pois em quaisquer um dos casos, o que se busca demonstrar é o ganho de capital ocorrido na sociedade investidora. Nesse sentido, qualquer uma das formas expostas, quer a permuta, quer a liquidação seria hipótese de incidência, na visão da DRJ para o pagamento do IR e da CSL na operação que se pretende tratar como fato gerador.

Por outro lado, como bem argumentado em seu último tópico do recurso, na minha visão, e também da própria recorrente, tanto faz se o que ocorreu foi permuta ou liquidação. Nessa parte o ilustre Relator da decisão *primeva* e a Contribuinte não ousam discordar.

Em qualquer uma das hipóteses, conforme argumentado pela DRJ, a operação seria tributável, ou ainda, na visão do contribuinte, a operação seria isenta, não tendo efeitos tributários para os acionistas e ocasionalmente, tão-somente, para a sociedade que foi transformada.

Por esses motivos, afastado a nulidade arguida e passo ao mérito da autuação.

## **02) No mérito**

Analisando os autos para bem compreender as operações de reestruturação societária levadas a efeito pela Recorrente, necessário, em caráter preliminar, esboçar a minha compreensão sobre os fatos.

Na Ata de Assembléia Geral Extraordinária da sociedade Odebrecht Realizações Imobiliárias Investimentos S.A. - (ORINV), os sócios desta, a saber: ODEBRECHT e GIF Realty Incorporações Imobiliárias e Participações S.A. - (GIF Realty), deliberaram pela incorporação da ORINV com base em Laudo de Avaliação pelo critério patrimonial. Em decorrência dessa operação, o capital da GIF Realty foi aumentado em R\$ 779.476.305,51, valor este que corresponde ao valor do patrimônio líquido da ORINV (R\$ 911.878.160,38), descontada a participação de 14,5% que a GIF Realty (R\$ 132.191.888,07) já detinha na ORINV.

Sendo assim, o capital da GIF Realty, que era de R\$ 300.050.800,00, passou a ser de R\$ 1.079.527.105,51, representado por 2.069.315.862 ações ordinárias, todas nominativas e sem valor nominal.

Sabe-se que nas operações de incorporação a relação de substituição de ações toma um aspecto central. Isto porque, pela determinação do valor comparativo das ações da sociedade incorporada e da incorporadora se fará a retribuição aos acionistas pelas ações extintas por eles detidas na sociedade incorporada.

Em regra, essa retribuição se dá através da determinação de justa contrapartida em ações de valor equivalente na sociedade incorporadora, de modo que os acionistas que tiveram suas ações extintas não suportem quaisquer prejuízos econômicos. A verdade é que essa lógica sempre procurou preservar os direitos de minoritários em operações do gênero, que não podiam se opor a sua realização. Como forma de contrabalançar o jogo de forças, a lei buscou proteger os minoritários, primeiro obrigando a ampla publicidade da operação com todas as condições do negócio, de sorte que eles pudessem ter ciência da sua nova condição política e patrimonial na sociedade incorporadora. Com efeito, os órgãos das sociedades envolvidas deverão firmar um Protocolo de Incorporação descrevendo as condições

do negócio, inclusive os critérios utilizados para determinar as relações de substituição das ações, na conformidade do art. 224 da lei do anonimato:

*"Art. 224. As condições da incorporação, fusão ou cisão com incorporação em sociedade existente constarão de protocolo firmado pelos órgãos de administração ou sócios das sociedades interessadas, que incluirá:*

*I - o número, espécie e classe das ações que serão atribuídas em substituição dos direitos de sócios que se extinguirão e os critérios utilizados para determinar as relações de substituição;*

*III - os critérios de avaliação do patrimônio líquido, a data a que será referida a avaliação, e o tratamento das variações patrimoniais posteriores"*

Assim, impõe-se conhecer o Protocolo de Incorporação da sociedade ORINV a verificar as condições do negócio e os critérios que nortearão as relações de troca das ações, lembrando que nem a Assembléia Geral poderá modificar os termos do Protocolo, que se afigura como um pré contrato, que vincula a vontade das sociedades envolvidas. A despeito de ser um pré contrato, preenche ele todas as condições do negócio, em bases definitivas, e não meramente preliminares. Sobre o método de avaliação das ações, Bulhões Pedreira já dizia que as sociedades são livres para convencionar a relação de substituição de ações e o valor atribuído ao patrimônio líquido da sociedade a ser incorporada, mas, para preservar a realidade do capital social, a lei requer avaliação do patrimônio líquido da incorporada com as mesmas cautelas adotadas na formação de capital social em bens, e não em dinheiro (*A Lei de S/A*, ed. Renovar, Rio de Janeiro, v. II, p. 562 e 563).

Percorrendo o Protocolo de Incorporação da sociedade ORINV percebe-se que a operação envolveu troca de ações (permuta) pela qual a ODEBRECHT, sócia majoritária da ORINV, tendo as suas ações extintas na sociedade incorporada, recebe, em contrapartida, como forma de remuneração, ações da GIF Realty, sociedade incorporadora, mantendo, a propósito, a mesma participação original de 85,5% que detinha na ORINV. Por força da operação aludida, o capital da GIF Realty passou de R\$ 300.050.800,00 para R\$ 1.079.527.105,51, representado por 2.069.315.862 ações ordinárias, todas nominativas e sem valor nominal. Coube a Odebrecht S.A. o total de 1.769.265.062 ações equivalentes a 85,5% do total de ações, e a GIF III Fundo de Investimentos e Participações, o equivalente a 300.050.800 ações, correspondentes a 14,5% do total de ações da GIF Realty após a incorporação.

A recorrente não nega esse efeito patrimonial, mas aponta que a avaliação pelo método de equivalência patrimonial, por se tratar de método obrigatório de avaliação contábil que reflete possíveis resultados futuros, deve ser fiscalmente neutro.

É o que passarei a comentar em seguida:

O art 43 do CTN é expresso ao estabelecer que o imposto de renda incidirá sobre a disponibilidade econômica ou jurídica de renda. Todavia, definir o aspecto temporal ou material que determina essa disponibilidade é tarefa que desafia o interprete da legislação como um todo.

Para grande parte da doutrina brasileira, a disponibilidade econômica deve ser entendida como disponibilidade financeira, ou seja, quando do recebimento efetivo do valor classificado como renda. Em outras palavras, aquele momento em que se pode dispor, de direito e de fato, material e diretamente, da riqueza livre e desembaraçada.

Detendo-se apenas no aspecto temporal de materialização da renda, que é o que importa para a análise do caso concreto, entende-se que o conceito de realização da renda confunde-se com a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica, sendo tida como o momento segundo o qual existirá o aspecto patrimonial.

Em alguns casos, até podemos admitir que o Fisco, com receio de que aquela riqueza não seja tributada em momento algum, possa criar algumas artificialidades para bem alcançar o seu objetivo, como é o caso de lucros de controladas no exterior. O mesmo raciocínio se aplica para empresas domiciliadas em paraíso fiscal, em que pese não distribuírem riqueza, ainda assim ficam sujeitas a tributação devida.

Contudo, no caso em tela, estamos diante de sociedades nacionais. Portanto, se houve efetivamente alguma manifestação de riqueza ou ocorrência de acréscimo patrimonial - com o que concordamos - em razão das alterações societárias resultado da incorporação, não se vislumbra, por outro lado, a citada disponibilidade econômica ou jurídica, a indicar a ocorrência do fator gerador do imposto de renda. Com relação ao MEP, cumpre destacar que tal método apenas permite que os investimentos sejam avaliados a preço que possam ser alienados eventualmente à terceiros. Não há qualquer efeito fiscal nesse método.

Assim, a sua neutralidade fiscal é a própria razão do MEP. O Método de Equivalência Patrimonial foi introduzido na lei brasileira para avaliar determinados investimentos em outras pessoas jurídicas através do patrimônio líquido contábil que elas apresentam, e não, como é a regra geral, pelo valor do custo do investimento.

O MEP busca demonstrar o valor real de determinadas pessoas jurídicas, pois eventualmente, o custo de investimento não refletiria o valor do negócio. Contudo, o fisco tende a encarar o MEP como algo que poderia gerar efeitos fiscais. Quando a diferença for a menor, não se questiona a possibilidade de tais valores não produzirem quaisquer efeitos na investidora, mas quando os efeitos são para maior, pode haver uma confusão, como estamos presenciando nesses autos.

Assim, as empresas investidoras não podem deixar de fazer refletir em seus balanços os valores de investimentos nas investidas --com as implicações inerentes à equivalência patrimonial no que diz respeito à **neutralidade** dos efeitos tributários. Isso não gera, por assim dizer, retorno de benefícios ou realização de ganhos suscetíveis de tributação, que somente serão perceptíveis no momento em que o contribuinte realizar a alienação do ativo em sentido amplo. Os ganhos suscetíveis de tributação se impõem na realização de lucros que acarrete transferência de resultados. Aí, sim, existe a exteriorização do fato gerador do tributo. Em outras palavras, apenas na realização de lucros ou de prejuízos **permanentes** haverá ou não a imposição do imposto.

Nesse sentido, importante observar que temos a problemática da nulidade da autuação arguida pela contribuinte, e, ainda, a dificuldade de enquadrar a operação em permuta ou liquidação de investimento pelo simples fato de que, a operação realizada pelo contribuinte, a meu ver, foi uma incorporação com permuta de ações, mas essa permuta não atrai a incidência do Imposto de Renda. Deve-se salientar que o próprio Fisco sequer mencionou se a

referida permuta foi com ou sem torna. Mais: sequer desqualificou a operação para mostrar que, no fundo, as partes buscavam uma alienação de ações entre as sociedades envolvidas, com atribuição de vantagens patrimoniais a Recorrente. Tivesse o Fisco produzido essa prova, talvez a conclusão fosse outra, a encaminhar a análise para a via da simulação.

Vejamos que a problemática reside exatamente em uma simples constatação: Houve acréscimo patrimonial da Recorrente, mas o ganho de capital que pudesse ensejar a tributação da renda não ocorreu. Faltou a verificação do FATO GERADOR.

O que aconteceu nesses autos foi uma incorporação, ou seja, a empresa investida não mais existe. O que aconteceu posteriormente? Houve a "troca" das ações da incorporada por ações da incorporadora. Contudo, optou o contribuinte por "trocar" essas ações a que faria jus por outras ações de emissão da incorporadora, mantendo a mesma participação que detinha na incorporada. Nesse caso, não haveria qualquer tributação, a menos que o Fisco desqualificasse a operação para mostrar que as sociedades envolvidas tencionaram, no fundo, a venda de participação societária na ORIMOB, sociedade na qual a GIF Realty passou a deter participação de 14,5%. Nota-se que não foi isso o que fez o Fisco. Simplesmente apontou um acréscimo patrimonial da Recorrente, materializado pela via da permuta de ações numa incorporação de sociedade e entendeu que essa permuta se enquadrava no conceito amplo de alienação, para efeito de incidência do imposto de renda. Todavia, insisto, não houve disponibilidade econômica nessa operação de incorporação e permuta de ações. Nesse sentido, verifico a dificuldade de enquadramento da situação em análise em quaisquer uma das hipóteses de incidência do Imposto.

Portanto, conforme exposto na peça recursal, se foi permuta ou se foi liquidação, nenhuma das duas seriam configuradas para a tributação do Imposto sobre a Renda e seus reflexos.

Assim, vejamos que nem se tentou desconsiderar a reorganização societária para fins estritamente tributários. Há a comprovação de todos os fatos ocorridos, não se falando, em qualquer momento, sobre a natureza meramente formal ou atos praticados com a única e exclusiva intenção de evitar incidência da exação, como há muito se tem julgado nesse Conselho.

Estamos aqui diante de operações lícitas e reconhecidas pelo fisco. Não há alienação, não se demonstrou a permuta com torna e a liquidação do investimento é decorrente da própria operação, como, a rigor, ocorreria em toda e qualquer transação, mas esta liquidação é insuscetível de tributação, nos moldes como quis ver o Fisco.

A incorporação e a subsequente permuta não autoriza a exigência do Imposto de Renda nem da CSLL diante da inexistência de fundamentação legal que autorize a incidência dos impostos, pois não há efetiva disponibilidade de renda. Não houve a comprovação de venda das ações detidas pela Recorrente.

O que ocorreu no caso em tela foi a troca de títulos por outros títulos. Veja-se que o Fisco sequer demonstrou que as novas ações contabilizadas o foram por valor superior ao valor contabilizado (ou valor de custo). Ainda que assim o fosse, reitero que este fato não permite dizer que houve acréscimo patrimonial ou ganho de capital suscetível de tributação, visto que não há qualquer disponibilidade efetiva de renda. Esta somente se verificará quando o contribuinte efetuar a alienação da participação societária, recebendo, em contrapartida, o preço. O ganho de capital, portanto, depende da realização da renda.

O conceito de realização de renda é reconhecido como um conceito necessário do ponto de vista jurídico para evitar a descapitalização dos contribuintes e preservar a sua capacidade contributiva.

Por outro lado, eventual comportamento abusivo do contribuinte poderia desqualificar a operação como tal, fazendo incidir a “realização” que fora propositalmente ocultada, simulada, artificialmente camuflada em verdadeiro simulacro com o único objetivo de afastar a incidência do imposto. Nestes casos, deve ser eliminado ou desconsiderado o abuso praticado e perseguir a realização que se quis ocultar. O conceito de alienação para efeito fiscal deve estar informado também pelo requisito da realização, a não ser que haja outras razões imperativas que se sobreponham aos seus objetivos.

Existem regras que claramente incorporam o princípio da não realização, que é a antiga figura da reavaliação, atualmente o chamado ajuste a valor justo (AVJ). Reflete-se contabilmente a valorização econômica, mas ela não deve ser tributada enquanto não for realizada.

A Lei n.º12.973/14 passou expressamente a permitir a tributação do ganho decorrente da avaliação de ativo apenas no momento de sua realização. Ora, se a mesma lei dispõe que o ganho de capital eventualmente apurado nas operações mencionadas somente seria tributado na sua alienação ou futura realização, lógico reconhecer, pelos princípios econômicos e jurídicos de neutralidade e da não contradição, que os ganhos apurados ou cristalizados nas mesmas operações não representam jurídica e economicamente “realização.”

De fato, com o ajuste a valor justo (AVJ) tem por objetivo capturar um ganho potencial do bem para fins de evidenciação contábil (tal como o MEP), não se podendo caracterizá-lo como renda realizada. Trata-se de mera aproximação do valor que se poderia receber numa transação com terceiros<sup>1</sup>. A positivação dessa regra de diferimento corrobora a correção do entendimento de boa parte da doutrina e jurisprudência que defende a inexistência de ganho de capital no momento da permuta.

Portanto, o acréscimo da eventual permuta só poderia ser considerado incorporado ao patrimônio da recorrente como tributável em momento futuro, quando ocorrer a efetiva realização do ativo e a consequente aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda prevista no art. 43 do CTN e os princípios que informar a própria legislação ordinária do Imposto de Renda.

Nesse sentido, não há que se falar sobre ganho ou perda de capital em relação à incorporação e a permuta de ações. Afinal, conforme exposto acima, não houve a realização do investimento.

Tanto não houve que se buscou o MEP para a base de cálculo do imposto eventualmente devido. Não sendo o MEP base de cálculo de imposto, e, ainda, demonstrada que a legislação do imposto de renda apenas configura a hipótese de incidência (com algumas

---

<sup>1</sup> Lei nº 6.404/1976:

"Art. 183. No balanço, os elementos do ativo serão avaliados segundo os seguintes critérios:

(...)

§1º Para efeitos do disposto neste artigo, considera-se valor justo:

(...)

c) dos investimentos, o valor líquido pelo qual possam ser alienados a terceiros (...)"

exceções), quando da realização do investimento, não tendo esse sido realizado, impossível atribuir validade a atuação.

Com relação a aplicação do art. 100 do CTN, deixo de avaliá-lo, tendo em vista a procedência do recurso.

### **Conclusão**

Restou demonstrado neste processo administrativo que a Recorrente realizou legitimamente operação de permuta de ações, sem a prática de qualquer ato simulado ou dissimulado.

Pelo acima exposto, conduzo meu voto, no sentido de rechaçar a preliminar de nulidade arguida e, no mérito, dar provimento para determinar o cancelamento da exigência.

(assinado digitalmente)

Letícia Domingues Costa Braga

### **Voto Vencedor**

Conselheiro Abel Nunes de Oliveira Neto - Redator Designado

Início o presente voto pedido a *maxima venia* à ilustre Conselheira relatora em face do seu fundamentado voto para dela discordar quanto ao entendimento da impossibilidade de existência de ganho de capital na espécie.

Iniciando nossa análise vejamos a acusação da fiscalização e o que foi apresentado pela Delegacia de Julgamento quando da manutenção da autuação.

Vejamos alguns pontos de como a acusação fundamentou a acusação.

*19. A explicação do contribuinte não se presta a excluir a tributação do ganho de capital ocorrido em 30 de abril de 2012. Primeiro porque se trata de operações e fatos geradores distintos. O que se está tributando é o **acréscimo patrimonial**, o **ganho de capital** auferido com a permuta de participações acionárias que o contribuinte detinha em uma empresa e passou a deter em outra. O ganho de capital é decorrente da participação que a ODEBRECHT passou a deter no PL da GIF (superior ao da ORINV). É disso que se trata!*

*20. O segundo ponto a esclarecer é que o investimento na ORINV estava registrado na contabilidade da ODEBRECHT pelo método da equivalência*

*patrimonial, no valor de R\$ 779.474.746,58. Este valor considera o PL da ORINV em abril de 2012, no qual se inclui o ágio recebido em 2010 (contabilizado em reserva de capital). No cálculo do ganho de capital, que será demonstrado adiante, o custo de aquisição é o valor contábil (R\$ R\$ 779.474.746,58), ou seja, o acréscimo no investimento (ORINV) decorrente da operação de 2010 está sendo considerado no cálculo do ganho de capital, como custo de aquisição. Assim, não há o que se falar em duplicidade.*

.....

*32. A apuração do ganho de capital auferido pela ODEBRECHT deverá ser feita considerando a diferença entre o valor contábil do ativo que foi transferido (ações da ORIMOB) e o valor do novo ativo que foi recebido na permuta (ações da GIF REALTY). O valor atribuído às ações da GIF REALTY será obtido pela multiplicação da participação percentual pertencente à ODEBRECHT e o valor patrimonial da GIF.*

Assim, a fiscalização entendeu que ocorreu o ganho de capital em razão de a recorrente ter se desfeito de um investimento que possuía um valor e ter recebido um novo investimento cujo percentual da participação aplicado ao PL era superior ao valor do investimento anteriormente existente e que foi liquidado. Assim o ganho foi formado pela diferença entre o valor dos investimentos liquidado e adquirido.

Por seu turno a Delegacia de Julgamento, ao analisar a impugnação, assim se manifestou a respeito do que foi lançado:

*A autuada Odebrecht S/A não foi protagonista nesta operação, ela não foi a incorporadora e nem a incorporada, o fato é que ela detinha ações de uma empresa que foi **extinta** por incorporação.*

*Estamos diante, portanto, de uma participação societária que foi extinta, por incorporação, o que se fez necessário uma troca (substituição) de ações, uma vez que a ORINV foi extinta por incorporação e as ações que a autuada detinha da ORINV foram **substituídas** por ações de emissão da incorporadora GIF REALTY.*

*Deixe-se registrado, portanto, que não se está lidando com o instituto de **permuta**, como foi citado pela autoridade fiscal e intensamente comentado pela Impugnante.*

*No caso, estamos tratando de **liquidação** de investimentos, por força da extinção de participação societária que a Odebrecht S/A (autuada) detinha na ORINV (incorporada), ocasião em suas ações foram trocadas por ações da GIF REALTY (incorporadora).*

.....

*Impõe-se destacar que a menção feita no Termo Fiscal ao instituto jurídico de **permuta**, ao sentir deste Relator, é inadequada, mas sua utilização não interfere em, absolutamente, nada na solução do litígio, restando prejudicadas as alegações da Impugnante neste sentido, uma vez que, de fato e de direito houve uma **extinção** ou **liquidação** de investimentos, institutos que, semelhante à alienação, podem gerar eventuais ganhos ou perdas de capital, conforme consta dos artigos 418 e 426 do RIR/99, mencionados no Auto de Infração:*

.....

*Se quis demonstrar, portanto, que nada há de errado com a fundamentação legal do lançamento, porque se houve, realmente, **ganho de capital**, os dispositivos supra citados se encarregariam de lhe atribuir a devida legitimação conforme prevê o art.142 do CTN.*

Após este intróito, a Decisão de Piso seguiu no sentido de demonstrar a existência numérica do ganho de capital conforme os seguintes excertos.

*Relembrando o relato fiscal:*

*[...] O ganho de capital é decorrente da participação que a ODEBRECHT passou a deter no PL da GIF (superior ao da ORINV). É disso que se trata.*

*O Termo Fiscal apontou com clareza a base de cálculo do ganho de capital.*

*As questões trazidas pela Impugnante e que envolvem a contabilização do **ágio** pago pela **GIFT REALTY** quando da aquisição da participação societária na **ORINV** e seus desdobramentos posteriores por força da incorporação, não influenciam o litígio posto.*

*Ainda, o que a **GIF REALTY** fez com este **ágio**, se amortizou ou não, se há ou não implicações tributárias, nada interessa ao que vemos nos autos do presente processo.*

*O **ágio** pago pela GIF REALTY, conforme relatoriado, foi contabilizado, acertadamente como vimos, pela **ORINV** em reserva de capital, parte integrante do patrimônio líquido, lá em 2010, e, importante, compôs o saldo de investimento da Odebrecht S/A naquela empresa, quando da avaliação pelo **equity**.*

*A Impugnante, na linha de sua argumentação, se socorre também em publicação da RFB que, segundo seu entendimento, lhe traria algum amparo.*

*Trata-se de publicação de Perguntas e Respostas de IRPF, da RFB, que tratou de dirimir algumas situações a respeito de implicação tributária em incorporação, quando da substituição de ações.*

*Aquele ato procurou definir o que já mostramos: que a substituição de ações (em incorporação) não caracteriza **alienação** para efeito de incidência tributária. Sim, mostramos aqui que se trata de uma **liquidação de investimentos**, instituto jurídico que pode originar, como comentamos, um resultado tributável (ou perda).*

*De se destacar o que a Impugnante reproduziu, uma parte do ato, a ver:*

*“Atenção:*

*O montante das **novas participações** societárias deve ser igual ao custo de aquisição da participação societária originária.”*

*Então, se a empresa, no caso a autuada Odebrecht S/A, tinha uma participação de **85,5%** na **ORINV** e isto representava, em 30 de abril de 2012, uma importância contabilizada em seu Ativo - Investimentos, no valor de **R\$ 779.476.305,51**, era este valor (de custo) que deveria receber/registrar quando da incorporação da **ORINV** pela **GIF REALTY**.*

---

*Agora, para que acontecesse dessa maneira, a participação, em termos percentuais, da Odebrecht S/A teria, necessariamente, de ser reduzida, para manter a mesma proporção (financeira) que tinha antes da incorporação.*

*A importância que permaneceu contabilizada em seu Ativo – Investimentos, agora na **GIF REALTY**, permaneceu no mesmo valor de **R\$ 779.476.305,51**, mantido, entretanto, o mesmo percentual de participação anterior na incorporada, de 85,5%! Por força disso, de se reconhecer que a Odebrecht S/A recebeu **novas participações** da incorporadora em montante **superior** ao custo de aquisição que se encontrava contabilizado em seu ativo.*

*De fato, a Odebrecht S/A, após a incorporação da **ORINV**, ao permanecer com o mesmo percentual de participação societária, de **85,5%**, na **incorporadora**, significa afirmar que a Odebrecht S/A passou a possuir **85,5%** da riqueza da incorporadora, representada pelo seu patrimônio líquido.*

*Este **acréscimo patrimonial** não foi considerado pela Odebrecht S/A em seu resultado, simplesmente porque ignorou as parcelas (novas) de riqueza, que detém no patrimônio líquido da **GIFT REALTY**.*

Eis a completa explicação da existência do ganho de capital e a base com que foi calculado. Evidentemente que a recorrente, diante desta análise não concorda com seus argumentos, posto entender de modo diverso, assim como demonstrou em seu recurso voluntário.

Demonstra-se, de todo o exposto, que a liquidação de um investimento e a aquisição do novo investimento com valor mais elevado, conforme todo acima relatado, gerou sim um ganho de capital para a recorrente e, desta forma, a fiscalização andou bem quando apurou a irregularidade e, mais ainda, a Delegacia de Julgamento quando manteve a autuação e bem demonstrou os fundamentos de sua validade.

Assim, pelo exposto e concordando com os fundamentos apresentados na decisão de Piso que validaram a autuação, entendo que efetivamente ocorreu o ganho de capital na operação e que este foi corretamente tributado.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Abel Nunes de Oliveira Neto - Redator Designado