



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS**

**Processo nº** 14120.720002/2011-28  
**Recurso nº** Especial do Contribuinte  
**Acórdão nº** **9101-002.445 – 1ª Turma**  
**Sessão de** 21 de setembro de 2016  
**Matéria** IRPJ - GANHO DE CAPITAL  
**Recorrente** COMPANHIA COLORADO DE AGRONEGÓCIOS  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2008

Ementa:

**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. Precedente Acórdão nº 9101-002.172.

**MULTA ISOLADA. MULTA DE OFÍCIO. LEI. NOVA REDAÇÃO. FATOS GERADORES A PARTIR DE 2007.**

Tratam os incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 de suportes fáticos distintos e autônomos com diferenças claras na temporalidade da apuração, que tem por consequência a aplicação das penalidades sobre bases de cálculo diferentes. A multa de ofício aplica-se sobre o resultado apurado anualmente, cujo fato gerador aperfeiçoa-se ao final do ano-calendário, e a multa isolada sobre insuficiência de recolhimento de estimativa apurada conforme balancetes elaborados mês a mês ou ainda sobre base presumida de receita bruta mensal. O disposto na Súmula nº 105 do CARF aplica-se aos fatos geradores pretéritos ao ano de 2007, vez que sedimentada com precedentes da antiga redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, que foi alterada pela MP nº 351, de 22/01/2007, convertida na Lei nº 11.489, de 15/07/2007.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer parcialmente o Recurso Especial do Contribuinte, vencido o conselheiro Rafael Vidal de

Araújo, que não o conheceu e, no mérito, por voto de qualidade, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa (suplente convocado) e Demetrius Nichele Macei (suplente convocado), que lhe deram provimento. Solicitou apresentar declaração de voto o conselheiro Luís Flávio Neto.

*(assinado digitalmente)*

Marcos Aurélio Pereira Valadão - Presidente em Exercício

*(assinado digitalmente)*

André Mendes de Moura - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Marcos Aurélio Pereira Valadão (Presidente em Exercício), André Mendes de Moura, Adriana Gomes Rego, Rafael Vidal De Araújo, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa (suplente convocado em substituição à conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio), Demetrius Nichele Macei (suplente convocado em substituição à conselheira Nathália Correia Pompeu), Luis Flavio Neto e Cristiane Silva Costa.

## **Relatório**

Trata-se de Recurso Especial interposto pela COMPANHIA COLORADO DE AGRONEGÓCIOS (e-fls. 754 e segs) em face da decisão proferida no Acórdão nº 1302-001.080 (e-fls. 723 e segs), pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Primeira Seção, na sessão de 07/05/2013, no qual foi negado provimento ao recurso voluntário interposto pela Contribuinte.

### **Resumo Processual**

A autuação fiscal, relativa ao ano-calendário de 2008, trata de permuta realizada pela Contribuinte, que transferiu participação societária que detinha na Usina Eldorado, em troca de participação de capital da Nova Mucuri Participações S.A., empresa do grupo econômico (ETH). Entendeu a autoridade autuante pela ocorrência de ganho de capital na operação, vez que o valor contábil do investimento (Usina Eldorado), avaliado pelo Método

de Equivalência Patrimonial, era de R\$73.397.010,23, enquanto que o investimento na Nova Mucuri Participações S.A. foi escriturado tomando-se como base o valor de R\$232.540.000,00. Por conta da nova apuração realizada pela Fiscalização, apurou-se insuficiência no recolhimento de estimativas mensais, razão pela qual foi lançada a multa isolada.

A Contribuinte apresentou impugnação que foi julgada improcedente pela primeira instância (DRJ). Irresignada, a Contribuinte interpôs recurso voluntário, que foi negado pela segunda instância (Turma Ordinária do CARF).

Foi interposto pela Contribuinte recurso especial e a PGFN apresentou contrarrazões. O recurso foi admitido parcialmente por despacho de exame de admissibilidade, para dar seguimento às divergências: (1) tributação de ganho de capital na permuta sem torna entre participações societárias e aplicação subsidiária da legislação que trata de permuta de unidades imobiliárias (IN 107/88) à permuta de ações e (2) inaplicabilidade da multa isolada concomitante com a multa de ofício.

A seguir, maiores detalhes sobre a autuação fiscal.

### **Da Autuação Fiscal**

Transcrevo o relato apresentado do Termo de Verificação Fiscal (e-fls. 08/13), preciso e objetivo.

A auditoria fiscal se instaurou com o objetivo principal de verificar o tratamento tributário dado a operação societária realizada em março de 2008, da qual resultou venda/alienação da participação societária na controlada Usina Eldorado S.A., CNPJ 05.620.523/0001-54, pelo valor total de R\$ 232.540.000,00 (duzentos e trinta e dois milhões, quinhentos e quarenta mil reais), cujo valor contábil do investimento com base na equivalência patrimonial era de R\$ 73.397.010,23 (setenta e três milhões, trezentos e noventa e sete mil, dez reais e vinte e três centavos).

A mencionada participação societária está registrada na conta Investimentos - 1.03.01.01.04 - Usina Eldorado S/A, conforme indica a referida conta no Livro Razão nr. 30 página 2 de março de 2008 e, representa o valor contábil avaliado pelo valor de patrimônio líquido nos termos do art. 384 do RIR/1999, (doc. anexo).

Intimada através do "Termo de Início de Fiscalização", lavrado no dia 03/08/2011, a esclarecer e apresentar documentos relativos a referida operação, a fiscalizada apresentou cópia do "Contrato de Permuta e Outras Avenças" celebrado, em 18/03/2008, por de um lado, a fiscalizada, então denominada de Companhia Eldorado de Agronegócios, e seus então controladores, a família Coutinho, e de outro lado, Nova Boipeba Participações S.A. e ETH Participações S.A., e como intervenientes anuentes, ETH Bioenergia S.A., Nova Mucuri Participações S.A. e Usina Eldorado S.A., cujo objeto é a transferência do controle acionário da última da fiscalizada para o grupo econômico ETH, controlado pela Odebrecht S.A.

A Usina Eldorado S.A., é uma sociedade que atua no setor sucro-alcooleiro, mais especificamente no plantio, cultivo, aquisição e processamento de cana de açúcar e na produção, através de sua unidade produtiva localizada no Município de Rio Brillante, Estado de Mato Grosso do Sul, de açúcar, álcool e derivados.

Para melhor visualização do negócio, apresentamos em anexo, uma demonstração gráfica da estrutura societária da contribuinte e do grupo ETH, tanto antes e depois da referida operação de "permuta de ações".

Para as partes envolvidas levarem adiante o seu intento, o de concretizar a operação de compra e venda das ações da Usina Eldorado S/A, reduzem a termo em metucioso documento denominado pelas partes "contrato de permuta e outras avenças" as condições necessárias para a sua realização, (doc. anexo)

Na página 4 (quatro) do contrato de permuta itens 5 e 6 (cinco e seis) se lê:

*(5) "as Partes acordam, com base em suas avaliações de tais sociedades, que o valor econômico da Eldorado é equivalente ao valor econômico da Mucuri;"*

*(6) "sujeito aos termos e de acordo com as condições ora estipuladas, as Partes desejam permutar as Ações Eldorado pelas Ações Mucuri;"*

Não se questiona aqui, o título atribuído ao documento pelas partes para designar a operação de compra e venda, o documento, instrumento da celebração do negócio, pode ser intitulado pelo nome que melhor aprouver às partes, questiona-se os efeitos tributários.

Em 17/10/2011, através do "Termo de Intimação nr. 001" lavrado em 13/10/2011 foi intimada a esclarecer e fundamentar as razões da não apuração do ganho de capital, transcrevemos: (doc. anexo)

*"4.1. Tendo em vista a alienação realizada 18/03/2008, da participação societária na empresa Usina Eldorado S.A., pelo valor de R\$ 232.540.000,00 (duzentos e trinta e dois milhões, quinhentos e quarenta mil reais) através do "Contrato de Permuta e Outras Avenças" celebrado com o grupo econômico ETH Bioenergia S.A., em que a contribuinte adquire o controle societário da Nova Mucuri Participações S.A, esclarecer e fundamentar as razões da não apuração do ganho de capital obtido na operação, uma vez que o valor contábil do investimento na primeira era de R\$73.397.010,23 (setenta e três milhões, trezentos e noventa e sete mil, dez reais e vinte e três centavos)"*

Protocolizou correspondência em 27/10/2011 informando que: (doc. anexo)

*"A permuta efetuada em 13/03/2008 foi realizada de acordo com o "Contrato de permuta e outras avenças", e nos termos da lei vigente, não havendo, portanto, ganho de capital a tributar."*

Na escrituração contábil da contribuinte, o registro do fato contábil - operação de venda das participações societárias - foi escriturado conforme abaixo transcrito, os dados foram extraídos do Livro Razão nr. 30, página 2, de março de 2008, da seguinte maneira: (doc. anexo)

Data: 18/03/2008

D - Conta Investimento 1.03.01.01.08 - Nova Mucuri Participações S/A

a C - Conta Investimento 1.03.01.01.04 - Usina Eldorado Ltda

Histórico do lançamento: VLR REF. PERMUTA DE AÇÕES

Valor do lançamento: R\$ 73.397.010,23

Ou seja, o investimento na Usina Eldorado S/A foi baixado pelo seu valor contábil (R\$ 73.397.010,23) e, em seu lugar, criou-se a conta 1.03.01.01.08 - Nova Mucuri Participações S/A, representando um fato contábil permutativo, pois não há qualquer registro de baixa do investimento para apuração do seu resultado tributável.

No balanço patrimonial encerrado em 31/12/2008, a conta investimento em nome da Nova Mucuri Participações S/A, tem o seu valor aumentado para R\$ 231.547.817,32.

A contribuinte reajusta o valor do investimento contabilizando equivalência patrimonial conforme indicado no Livro Razão nr. 56, página 2, de dezembro de 2008, da seguinte maneira: (doc. anexo)

Data: 31/12/2008

D - 1.03.01.01.04 - Conta Investimento - Nova Mucuri Participações S/A

a C - 3.02 10.01.05 - Resultado Positivo de Equivalência Patrimonial

Histórico do lançamento: EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL NOVA MUCURI PARTICIPAÇÕES S/A

Valor do lançamento: R\$ 159.142.986,77 e,

Data: 31/12/2008

D - 3.02.10.02.05 - Resultado Negativo de Equivalência Patrimonial

a C - 1.03.01.01.04 - Conta Investimento - Nova Mucuri Participações S/A

Histórico do lançamento: EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL  
NOVA MUCURI PARTICIPAÇÕES S/A

Valor do lançamento: R\$ 992.179,68

Assim, o saldo da conta investimento, agora em nome da Nova Mucuri Participações S/A é de R\$ 231.547.817,32, ajustado pela contribuinte a título de equivalência patrimonial. O acréscimo sofrido na conta foi excluído no Livro de Apuração do Lucro Real - LALUR, não havendo qualquer efeito tributário, (doC anexo)

Na verdade a contribuinte deveria ter baixado o investimento na Usina Eldorado S/A por R\$ 73.397.010,23, lançado o novo investimento por R\$ 232.540.000,00, como uma típica operação de compra e venda. A diferença verificada entre os investimentos - R\$ 159.142.989,77 (Cento e cinquenta e nove milhões, cento e quarenta e dois mil, novecentos e oitenta e nove reais e setenta e sete centavos) representa resultado não operacional positivo, sujeitando-se à tributação do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, no mês de março de 2008, ora objeto deste auto de infração.

A contribuinte equivocadamente entendeu que a alienação das ações estaria fora do campo de incidência tributário por se tratar de operação de permuta em razão do intitulado "contrato de permuta e outras avenças", entretanto, embora intimado, não mencionou qualquer dispositivo legal que desse sustentação a tal procedimento.

Fundamental neste contexto é ter a compreensão de que as ações que a contribuinte possuía, representando o investimento na Usina Eldorado, estavam contabilizadas com o valor de custo de R\$ 73.397.010,23 - conta investimento 1.03.01.01.04, portanto, não poderiam ser negociadas por um outro bem no montante de R\$ 232.540.000,00, sem a apuração do respectivo ganho de capital.

As ações recebidas da Nova Mucuri Participações S/A, avaliadas por R\$232.540.000,00, conforme atesta o seu livro de Registro de Ações Nominativas, nada mais representam do que os próprios R\$ 232.539.000,00 transferidos pelo grupo ETH, através da Nova Boipeba Participações S/A, para pagamento da aquisição da Usina Eldorado, posto que conforme está consignado no balanço patrimonial da Nova Mucuri, levantado em 13/08/2008, consta como seu único bem patrimonial o valor da referida transferência, (docs. anexos)

Em contra-partida a Usina Eldorado S/A, no que pese fora negociada por R\$ 232.540.000,00, tem seu valor econômico avaliado em R\$ 377.473.000,00, conforme "Laudo de Avaliação Econômico-Financeira Projeto Eldorado", (doc. anexo)

Já, a Nova Mucuri possuía em 13/03/2008 R\$ 232.540.000,00 depositados no Banco Real e nada mais ! A contribuinte então, vende as ações da Usina Eldorado e adquire as ações da Nova

Mucuri, ou melhor, simplesmente se apropria do depósito bancário e entrega a Usina Eldorado S/A.

Na contabilidade da Nova Boipeba Participações S/A, o lançamento contábil que representa a contabilização da transferência dos recursos, conforme consta do Livro Razão na conta 1.3.1.1.01.08 - Nova Mucuri Participações S.A. (1393), indica o seguinte histórico: (doc. anexo)

*"valor transferencia para Nova Mucuri (Aquisição Eldorado) Banco Real" -valor do lançamento R\$ 232.539.000,00.*

Note a redação do histórico do lançamento "(Aquisição Eldorado)"

Vale lembrar que ambas as empresas (Nova Boipeba e Nova Mucuri) foram criadas em 27/02/2008, com sede no mesmo endereço, em Assembléia Geral ocorridas com a diferença de minutos (às 11:00 h e 11:30 h), como mesmo valor de capital social e ações (R\$ 1.000,00 e 1.000 ações), pelos mesmos acionistas, pelo grupo ETH para efetivar a operação, (doc. anexo)

O artigo 418 do RIR/1999, insere perfeitamente a operação no campo de incidência tributária, sujeitando seu resultado, quer seja ele, positivo ou negativo, a compor o lucro real, transcrevemos o artigo:

*"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"*

A permuta é uma espécie do gênero alienação. Os efeitos tributários são tratados pela legislação fiscal como se alienação fossem. As duas únicas formas de permuta ressalvadas pela legislação fiscal, estão consignadas nos artigos 121, inciso II e 137 do RIR/1999, que versam respectivamente da permuta de unidades imobiliárias, sem o recebimento de torna e a entrega de títulos da dívida pública federal, para a aquisição de ações no âmbito do Programa Nacional de Desestatização, que efetivamente, não contemplam o caso em tela.

Isto posto, considerando os fatos narrados procedemos a lavratura do respectivo auto de infração com o objetivo de tributar R\$ 159.142.989,77 (cento e cinquenta e nove milhões, cento e quarenta e dois mil, novecentos e oitenta e nove reais e setenta e sete centavos) a título de resultado não operacional positivo (atualmente outras receitas), apurados em março de 2008, recompondo o valor do lucro real apurado pela contribuinte em 31/12/2008.

Foram lavrados os autos de infração de IRPJ e CSLL, para o ano-calendário de 2008. Foi ainda lançada multa isolada por insuficiência no recolhimento de estimativas mensais.

**Da Fase Contenciosa.**

A contribuinte apresentou impugnação (e-fls. 294 e segs), que foi julgada **improcedente** pela 2ª Turma da DRJ/Campo Grande, nos termos do Acórdão nº 04-27.818 (e-fls. 588 e segs.), conforme ementa a seguir.

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

*Ano-calendário: 2008*

*CONTRADITÓRIO E DIREITO DE DEFESA. FASE DE FISCALIZAÇÃO. INAPLICABILIDADE.*

*O direito ao contraditório e à ampla defesa são garantidos ao contribuinte depois de formalizada a exigência fiscal, pois só a partir desse momento é que passa a existir formalmente a imputação ao contribuinte de responsabilidade pela prática de um fato considerado como infração.*

*GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE BENS OU DIREITOS DO ATIVO. DENOMINAÇÃO DADA AO NEGÓCIO JURÍDICO. IRRELEVÂNCIA.*

*O ganho de capital tributável se caracteriza quando o valor real de alienação é superior ao custo do bem alienado, sendo irrelevante a denominação dada pelas partes ao negócio jurídico de que decorreu a alienação.*

*MULTA ISOLADA. MULTA VINCULADA AO TRIBUTO. CUMULAÇÃO. VALIDADE.*

*É válida a cumulação da multa isolada com a multa vinculada ao tributo, porquanto cada uma delas corresponde a uma infração distinta e autônoma.*

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

*Ano-calendário: 2008*

*CONTRADITÓRIO E DIREITO DE DEFESA. FASE DE FISCALIZAÇÃO. INAPLICABILIDADE.*

*O direito ao contraditório e à ampla defesa são garantidos ao contribuinte depois de formalizada a exigência fiscal, pois só a partir desse momento é que passa a existir formalmente a imputação ao contribuinte de responsabilidade pela prática de um fato considerado como infração.*

*GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE BENS OU DIREITOS DO ATIVO. DENOMINAÇÃO DADA AO NEGÓCIO JURÍDICO. IRRELEVÂNCIA.*

*O ganho de capital tributável se caracteriza quando o valor real de alienação é superior ao custo do bem alienado, sendo*

*irrelevante a denominação dada pelas partes ao negócio jurídico de que decorreu a alienação.*

**MULTA ISOLADA. MULTA VINCULADA AO TRIBUTO. CUMULAÇÃO. VALIDADE.**

*É válida a cumulação da multa isolada com a multa vinculada ao tributo, porquanto cada uma delas corresponde a uma infração distinta e autônoma.*

Foi interposto recurso voluntário (e-fls. 626 e segs) pela Contribuinte, apreciado pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Primeira Seção do CARF, na sessão de 07/05/2013. Decidiu o Acórdão nº 1302-001.080 (e-fls. 723 e segs) negar provimento ao recurso voluntário, conforme ementa a seguir.

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

*Ano-calendário: 2008*

**GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE INVESTIMENTO. PERMUTA DE AÇÕES.**

*A IN SRF 107/88 só versa sobre permuta de unidades imobiliárias (casas, apartamentos, terrenos etc.), sendo totalmente descabida a sua aplicação ao caso de permuta de ações.*

*Na permuta de ações, a diferença entre o valor contábil das ações recebidas e das ações transferidas constitui-se ganho tributável pelo IRPJ, por aplicação do disposto no art. 31 do Decreto-Lei nº 1.598/77.*

*Não se pode conceber que uma empresa constituída unicamente por uma conta bancária com saldo de R\$ 232.540.000,00 seja alienada com deságio de R\$ 159.142.989,77, ainda que houvesse laudo de avaliação nos autos.*

**MULTA ISOLADA.**

*A multa isolada pune o contribuinte que não observa a obrigação legal de antecipar o tributo sobre a base estimada ou levantar o balanço de suspensão, logo, conduta diferente daquela punível com a multa de ofício proporcional, a qual é devida pela ofensa ao direito subjetivo de crédito da Fazenda Nacional.*

*O legislador dispôs expressamente, já na redação original do inciso IV do § 1º do art. 44 da Lei 9.430/96, que é devida a multa isolada ainda que o contribuinte apure prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa ao final do ano, deixando claro que o valor apurado como base de cálculo do tributo ao final do ano é irrelevante para se saber devida ou não a multa isolada e que a multa isolada é devida ainda que lançada após o encerramento do ano-calendário.*

**TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.**

*Tratando-se da mesma situação fática e do mesmo conjunto probatório, a decisão prolatada sobre o lançamento do IRPJ é aplicável, mutatis mutandis, ao lançamento da CSLL.*

Foi interposto pela Contribuinte recurso especial (e-fls. 754 e segs.). Em relação à admissibilidade, protesta sobre ocorrência de cinco divergências: **(1)** alteração jurídica do lançamento realizada pela DRJ, em afronta ao art. 146 do CTN, ao entender pela ocorrência de simulação no negócio jurídico, que não foi aventado pela autoridade autuante; **(2)** tratamento tributário das permutas sem torna de participação societária com valores diferentes; **(3)** aplicação subsidiária para permutas de participação societária do regramento previsto para permuta de unidade imobiliária; **(4)** forma de tributação do deságio em investimento avaliado por outras razões econômicas e **(5)** possibilidade de concomitância da multa de ofício com a multa isolada. No mérito, discorre sobre cada uma das divergências. Na **divergência 1**, afirma que a alteração do critério jurídico efetuada pela decisão da DRJ é causa de nulidade, vez que criou nova motivação ao lançamento, de que teria ocorrido uma operação de compra e venda simulada, quando o auto de infração tipificou a infração como um ganho de capital oriundo de uma operação de permuta, razão pela qual deve-se aplicar entendimento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.130.545/RJ e o art. 62-A do RICARF. Sobre a **divergência 2**, discorre que o contrato de permuta sem torna configura um mero ato permutativo do ativo, sem reflexos tributários imediatos, que só ocorrerão mediante alienação ou baixa do bem, vez que a aquisição da "renda" é apenas virtual, já o adquirente não possui disponibilidade econômica ou jurídica da mais valia do bem objeto da permuta. Trata-se de situação que não se amolda ao conceito de renda do CTN. Menciona que o art. 31 do Decreto nº 1.598, de 1977 foi interpretado sistematicamente pelo Parecer nº 970 de 1991, da PGFN, e que tal interpretação foi incorporada pela legislação tributária com o art. 65 da Lei nº 8.383, de 1991. Em relação à **divergência 3**, cita os Pareceres nº 970, de 1991 e 454, de 1992, da PGFN, para ratificar entendimento de que não cabe imposto sobre permuta de bens não onerosa, e jurisprudência no aplicando a IN SRF nº 107, de 1988, que dispõe que permuta imobiliária sem torna não tem acréscimo patrimonial. Sobre a **divergência 4**, discorre que, conforme apurado pela auditoria, teria contabilizado incorretamente o investimento MUCURI, ou seja, deveria ter sido escriturado o deságio na aquisição do bem, que a base de cálculo da autuação deveria ter ocorrido sobre o valor do deságio, e não sobre o ganho de capital, que a tributação do deságio só acontece quando houver futura alienação do investimento e que não se pode gerar autuação sobre um registro incorreto de deságio. Ao final, sobre a **divergência 5**, protesta sobre a impossibilidade jurídica de cumulação de multa isolada e da multa de ofício, porque possuem a mesma materialidade, e se incorreria em duplicidade de sanção sobre a mesma base de cálculo.

O Despacho de Exame de Admissibilidade de e-fls. 974/983, confirmado pelo Despacho de Reexame de e-fls. 984/985 deu seguimento parcial ao recurso, para as divergências (2) - tratamento tributário das permutas sem torna de participação societária com valores diferentes, (3) - aplicação subsidiária para permutas de participação societária do regramento previsto para permuta de unidade imobiliária e (5) - concomitância entre multa isolada e multa de ofício.

Foram apresentadas contrarrazões pela PGFN (e-fls. 987/1016), no qual entende que não restou caracterizada a divergência, vez que a empresa dada em permuta para a Contribuinte era uma sociedade veículo criada dezenove dias antes da formalização do negócio, tendo recebido um depósito em conta corrente, o único ativo da empresa, situação diversa dos acórdãos paradigmas, que não contemplaram a hipótese de permuta entre pessoas jurídicas de ações de emissão de outras pessoas jurídicas. Ou seja, não teria ocorrido permuta, e

sim um recebimento de pagamento em dinheiro, de maneira indireta, por uma participação societária. Por sua vez, ainda que se pudesse falar em permuta, não haveria que se falar em deságio na operação, e tampouco se poderia aplicar ao caso a normatização que trata de permuta entre unidades imobiliárias. Conclui para discorrer sobre a possibilidade de se aplicar a multa isolada sobre insuficiência de estimativas mensais concomitantemente com a multa de ofício, por serem penalidades com materialidades distintas.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro André Mendes de Moura

Trata-se de recurso especial interposto pela Contribuinte. O Despacho de Exame de Admissibilidade de e-fls. 974/983, confirmado pelo Despacho de Reexame de e-fls. 984/985, deu seguimento parcial ao recurso, em relação às seguintes divergências arguidas pela recorrente: (1) tratamento tributário das permutas sem torna de participação societária com valores diferentes, (2) aplicação subsidiária para permutas de participação societária do regramento previsto para permuta de unidade imobiliária e (3) concomitância entre multa isolada e multa de ofício.

Na realidade, os itens (1) e (2) tratam da mesma matéria, relativa à operação de permuta entre participações societárias, no qual a Fiscalização entendeu pela ocorrência de ganho de capital (R\$159.142.989,77), em razão da diferença entre o valor do investimento (Usina Eldorado) que foi entregue pela Contribuinte na permuta (R\$73.397.010,23), e o investimento recebido (Nova Mucuri Participações S.A), de R\$232.540.000,00.

Em relação à admissibilidade, em contrarrazões a PGFN discorre que não teria restado a divergência em relação aos itens (1) e (2), vez que o caso concreto trata de situação no qual a Contribuinte, ainda que por via indireta, recebeu dinheiro ao entregar a participação societária que detinha na Usina Eldorado. Aduz que a empresa recebida em permuta (Nova Mucuri Participações S.A) seria uma sociedade veículo, criada dezenove dias antes da formalização da permuta, sem nenhuma estrutura empresarial, sem nenhum direito em seu ativo, exceto o depósito em conta corrente utilizado para a aquisição da Usina Eldorado. Por outro lado, o acórdão paradigma trataria de suporte fático diferente, no qual não ocorreu utilização de empresa veículo com capital inteiramente composto por dinheiro em espécie, e tampouco operação de permuta entre pessoas jurídicas de ações de emissão de outras pessoas jurídicas.

Há, portanto, que se apreciar o acórdão paradigma apresentado para sustentar a divergência dos itens (1) e (2), de nº 2101-01.366, cuja ementa é transcrita a seguir.

*GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA POR MEIO DE PERMUTA, SEM TORNA. APLICAÇÃO DO MESMO TRATAMENTO LEGAL DESTINADO À PERMUTA DE BENS IMÓVEIS.*

*Deve-se aplicar à alienação de participação societária por meio de permuta, sem torna, o mesmo tratamento legal destinado à permuta de bens imóveis. Não tendo havido torna no presente caso, não há que se falar em tributação. Sendo assim, na futura alienação do bem, deverá ser considerado, para apuração do ganho de capital, o custo da aquisição originária do bem que fora objeto de permuta.*

Na decisão paradigma, a autuação trata de alienação de participação societária por meio de permuta. No caso, foi desconsiderada a correção monetária aplicada sobre o valor do investimento permutado após 01/01/1996, razão pela qual as ações receberam um valor menor do que aquele adotado pela empresa na operação de permuta, consumando-se uma transação entre participações societárias com valores diferentes, no qual teria a autuada auferido um ganho de capital. Contudo, apesar de o relator reconhecer a procedência da interpretação dada pela autoridade fiscal em relação à correção monetária, afastou o lançamento por entender que, por se tratar de permuta de ações, não haveria que se falar em ganho de capital. Valeu-se dos art. 128, § 4º e **121, do RIR/99, e da IN SRF nº 107, de 1988**, para concluir que a permuta sem torna não seria operação apta à geração de acréscimo patrimonial. Menciona ainda os Pareceres da PGFN nº 970/91 (que entendeu que a entrega de títulos da dívida pública federal e outros créditos contra a União como contrapartida à aquisição de ações seria permuta no qual não se apura ganho de capital, devido apenas em posterior alienação das ações por valor superior ao custo de aquisição) e nº 452/92 (que considera a permuta sem torna em dinheiro uma operação fora do alcance do ganho de capital).

Por sua vez, a decisão recorrida contesta diretamente fundamento levantado pela Contribuinte, de **que o art. 121 do RIR/99 e a IN SRF nº 107, de 1988**, autorizariam afastar a tributação do ganho de capital na permuta sem torna. A ementa é esclarecedora:

**GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE INVESTIMENTO.  
PERMUTA DE AÇÕES.**

*A IN SRF 107/88 só versa sobre permuta de unidades imobiliárias (casas, apartamentos, terrenos etc.), sendo totalmente descabida a sua aplicação ao caso de permuta de ações.*

*Na permuta de ações, a diferença entre o valor contábil das ações recebidas e das ações transferidas constitui-se ganho tributável pelo IRPJ, por aplicação do disposto no art. 31 do Decreto-Lei nº 1.598/77.*

*Não se pode conceber que uma empresa constituída unicamente por uma conta bancária com saldo de R\$ 232.540.000,00 seja alienada com deságio de R\$ 159.142.989,77, ainda que houvesse laudo de avaliação nos autos.*

De fato, na autuação fiscal paradigma o valor do investimento sofre uma alteração em razão da aplicação incorreta da correção monetária, e na presente autuação fiscal um dos investimentos objeto da transação foi criado em prazo de dezenove dias antes da permuta e com um único ativo, depósito em conta corrente. Contudo, as circunstâncias levaram a uma mesma situação para ambas as autuações fiscais: transação envolvendo participações societárias com valores diferentes. E, para cada um dos casos, foi dada interpretação diferente sobre a legislação tributária (no qual foram analisados os mesmos dispositivos normativos),

com divergência clara sobre a incidência ou não ganho de capital na operação de permuta realizada.

Portanto, conheço da divergência levantada para (1) tratamento tributário das permutas sem torna de participação societária com valores diferentes, (2) aplicação subsidiária para permutas de participação societária do regramento previsto para permuta de unidade imobiliária. Em relação à (3) concomitância entre multa isolada e multa de ofício, também conheço, pelas razões apresentadas no Despacho de Admissibilidade de e-fls. 974/983, com fulcro no art. 50, § 1º da Lei nº 9.784, de 1999<sup>1</sup>, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Passo ao mérito.

Em relação ao (1) tratamento tributário das permutas sem torna de participação societária com valores diferentes e (2) aplicação subsidiária para permutas de participação societária do regramento previsto para permuta de unidade imobiliária, trata-se de o assunto apreciado recentemente pelo presente Colegiado, por ocasião do julgamento do processo nº 16561.720151/2012-12 ("FIBRIA"), no qual foi proferido Acórdão nº 9101-002.172, na sessão realizada em 19 de janeiro de 2016.

No caso FIBRIA, após operação de permutas de ativos, em uma primeira etapa, a atuada contabilizou o investimento recebido (Chamflora), pelo valor de custo em que estava contabilizado no LA Celulose. Em uma segunda etapa, a atuada reajustou o valor do investimento via MEP.

Nos presentes autos, conforme relatado, a operação é a mesma: em uma primeira etapa a Contribuinte contabilizou o investimento recebido em permuta pelo valor do custo contabilizado na investidora anterior, para, numa segunda etapa, promover o reajuste do valor do investimento via equivalência patrimonial.

Nesse contexto, peço vênua para adotar o voto do Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão, com profunda fundamentação, objetivo, claro, a seguir transcrito e que enfrenta com precisão os mesmos argumentos aduzidos pela recorrente nos presentes autos.

A matéria posta à apreciação desta Câmara Superior refere-se à existência, ou não, de ganho de capital tributável, na hipótese de permuta de participações societárias em que o custo de aquisição do investimento recebido é o valor do investimento dado em troca; e o custo original do investimento dado (avaliado pelo MEP) é inferior ao valor do investimento recebido em troca.

Sopesados todos os argumentos do Ac. recorrido, do r. especial e das contrarrazões, passo a decidir sobre o tema.

---

<sup>1</sup> Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

(...)

V - decidam recursos administrativos;

(...)

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

Destaco, de início, que a decisão recorrida reconheceu, expressamente, que a operação em exame se tratou de **permuta de participações societárias** - e não de compra e venda, como alternativamente defendia a fiscalização - entendendo, porém, que, a essa permuta, se aplicaria a regra geral de tributação do ganho de capital eventualmente apurado na alienação.

Friso, ainda, que a decisão recorrida também reconheceu, expressamente, que, na operação em exame, **a recorrente recebeu valor superior ao entregue**, questão, essa, que, por envolver matéria de prova, não é passível de reexame nos estreitos limites do recurso especial de divergência (e-fls. 3.056, grifei):

*Uma vez afastado o tratamento da permuta estabelecido na IN 107/88 ao presente caso, temos que observar a operação de alienação do investimento em LA como qualquer outra alienação. Ora, alienação é gênero do qual compra e venda, doação, permuta etc. são espécies. Logo, observa-se do dispositivo acima transcrito que o custo será o valor contabilizado do investimento em LA (R\$ 1.004.999.278,39), logo, tendo a recorrente recebido em permuta o investimento em Chamflora, contabilizado por R\$ 2.850.838.707,48, resultou em um ganho de capital no montante de R\$ 1.845.839.429,09.*

Assim, não se trata, apenas, de ser cabível, ou não, a apuração de ganho de capital tributável na hipótese de permuta de participações societárias, mas de ser cabível, ou não, essa apuração, quando ocorre recebimento de valor superior ao entregue – o que evidentemente enseja a tributação pelo ganho de capital. Porém, mesmo se assim não fosse, há que se apurar ganho de capital quando há alienação na permuta pura e simples, se as condições próprias ocorrerem, pois a permuta é uma forma de alienação do bem permutado e quando o bem recebido em troca tem um valor a ser contabilizado maior que o valor registrado do bem permutado, há que ser reconhecido o ganho de capital e devidamente tributado, conforme se demonstra a seguir.

O tratamento legal da matéria corresponde à incidência da legislação que impõe apuração de ganho de capital tributável na alienação de ativos, e a base do ganho é a diferença entre o valor da alienação (o quanto de fato representa o bem alienado que corresponde ao valor do bem recebido) e o seu custo de aquisição (há diversos dispositivos que tratam da forma como se apura a base de cálculo, não citados). Ou seja, a variação patrimonial na forma prevista no art. 43 do CTN deve ser quantificada e deve ser pago o correspondente imposto de renda. Não há dúvida que na permuta há alienação do bem que está na propriedade do permutante – o que traz a incidência das normas de regência. Veja-se que nesses casos a base da tributação é, grosso modo, a diferença entre o valor registrado do bem objeto de alienação e o custo de aquisição do investimento recebido. Para demonstrar que essa é a *mens legis* genérica da legislação do Imposto de Renda, transcreve-se abaixo os dispositivos do RIR/1999 (que tem por fundamento diversos dispositivos legais) que tratam do tema aplicáveis às alienações e ganho de capital de pessoas físicas ou jurídicas (negritou-se o dispositivo aplicável ao caso concreto em exame):

*Art. 117. Está sujeita ao pagamento do imposto de que trata este Título a pessoa física que auferir ganhos de capital na alienação de bens ou direitos de qualquer natureza (Lei nº 7.713, de 1988, arts. 2º e 3º, § 2º, e Lei nº 8.981, de 1995, art. 21).*

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, ao ganho de capital auferido em operações com ouro não considerado ativo financeiro (Lei nº 7.766, de 1989, art. 13, parágrafo único).

§ 2º Os ganhos serão apurados no mês em que forem auferidos e tributados em separado, não integrando a base de cálculo do imposto na declaração de rendimentos, e o valor do imposto pago não poderá ser deduzido do devido na declaração (Lei nº 8.134, de 1990, art. 18, § 2º, e Lei nº 8.981, de 1995, art. 21, § 2º).

§ 3º O ganho de capital auferido por residente ou domiciliado no exterior será apurado e tributado de acordo com as regras aplicáveis aos residentes no País (Lei nº 9.249, de 1995, art. 18).

§ 4º 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 (Lei nº 7.713, de 1988, art. 3º, § 3º). (Negritou-se)

...

#### *Apuração do Ganho de Capital*

Art. 138. O ganho de capital será determinado pela diferença positiva, entre o valor de alienação e o custo de aquisição, apurado nos termos dos arts. 123 a 137 (Lei nº 7.713, de 1988, art. 3º, § 2º, Lei nº 8.383, de 1991, art. 2º, § 7º, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 17).

*Parágrafo único.* No caso de **permuta** com recebimento de torna em dinheiro, o ganho de capital será obtido da seguinte forma: (Negritou-se)

[...]

Veja-se que o parágrafo único do art. 138 acima traz os detalhes no caso de permuta com recebimento de torna em dinheiro. Mas veja-se, a tributação continua sendo a diferença valor de alienação e o custo de aquisição, no caso de torna há apenas um tratamento diferenciado. E:

Art. 225. Os ganhos de capital, demais receitas e os resultados positivos decorrentes de receitas não abrangidas pelo artigo anterior, serão acrescidos à base de cálculo de que trata esta Subseção, para efeito de incidência do imposto (Lei nº 8.981, de 1995, art. 32, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 2º).

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica aos rendimentos tributados pertinentes às aplicações financeiras de renda fixa e renda variável, bem como aos lucros, dividendos ou resultado positivo decorrente da avaliação de investimento pela

*equivalência patrimonial (Lei nº 8.981, de 1995, art. 32, § 1º, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 2º).*

*§ 2º O ganho de capital, nas alienações de bens do ativo permanente e de aplicações em ouro não tributadas como renda variável, corresponderá à diferença positiva verificada entre o valor da alienação e o respectivo valor contábil (Lei nº 8.981, de 1995, art. 32, § 2º, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 2º).*

...

**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). (Negritou-se dispositivo citado do TFV)**

[...]

*Art. 521. Os ganhos de capital, os rendimentos e ganhos líquidos auferidos em aplicações financeiras, as demais receitas e os resultados positivos decorrentes de receitas não abrangidas pelo art. 519, serão acrescidos à base de cálculo de que trata este Subtítulo, para efeito de incidência do imposto e do adicional, observado o disposto nos arts. 239 e 240 e no § 3º do art. 243, quando for o caso (Lei nº 9.430, de 1996, art. 25, inciso II).*

*§ 1º O ganho de capital nas alienações de bens do ativo permanente e de aplicações em ouro não tributadas como renda variável corresponderá à diferença positiva verificada entre o valor da alienação e o respectivo valor contábil.*

Assim, a regra geral é a tributação nos casos de permuta, espécie do gênero alienação. Porém há casos que não se tributa. E por que não tributa? Por que a legislação entendeu que se trata de não incidência, ou criou uma ficção jurídica que implica este efeito (além dos casos de isenção, onde há incidência mas não há tributação). Veja-se que, conforme consolidado nos § 1º do art. 137 e os §§ 1º, 2º e 4º do art. 431 do RIR (aplicáveis às pessoas físicas e às jurídicas respectivamente, no âmbito do PND) – não se tributa porque há uma ficção jurídica no sentido de que os bens permutados (os dados e os recebidos), nos casos ali previstos, têm idêntico custo ou valor (ainda que contabilmente não os tenha) – o que, por óbvio, não gera ganho de capital. A Lei aqui criou uma exceção e não pode ser de forma alguma ser entendida como norma interpretativa, como alega a recorrente. Como reforço do argumento, as normas referentes às exceções à tributação na permuta sem torna, tidas como não incidência (não incluídas as isenções), seguem transcritas abaixo (incluem os casos de permuta em sede do PND e os casos de permuta de bens imóveis):

---

*Art. 121. Na determinação do ganho de capital, serão excluídas (Lei nº 7.713, de 1988, art. 22, inciso III):*

*I - as transferências causa mortis e as doações em adiantamento da legítima, observado o disposto no art. 119;*

*II - a **permuta** exclusivamente de unidades imobiliárias, objeto de escritura pública, sem recebimento de parcela complementar em dinheiro, denominada torna, exceto no caso de imóvel rural com benfeitorias. (Negritou-se)*

*§ 1º Equiparam-se a **permuta** as operações quitadas de compra e venda de terreno, seguidas de confissão de dívida e escritura pública de dação em pagamento de unidades imobiliárias construídas ou a construir. (Negritou-se)*

...

*Art. 137. Terá o tratamento de **permuta** a entrega, pelo licitante vencedor, de títulos da dívida pública federal ou de outros créditos contra a União, como contrapartida à aquisição das ações ou quotas leiloadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 8.383, de 1991, art. 65). (Negritou-se)*

*§ 1º Será considerado como custo de aquisição das ações ou quotas da empresa privatizável o custo de aquisição dos direitos contra a União, atualizado monetariamente até 31 de dezembro de 1995 (Lei nº 8.383, de 1991, art. 65, § 1º, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 17, inciso I).*

*§ 2º O disposto neste artigo aplica-se, também, nos casos de entrega, pelo licitante vencedor, de títulos da dívida pública do Estado, do Distrito Federal ou do Município, como contrapartida à aquisição de ações ou quotas de empresa sob controle direto ou indireto das referidas pessoas jurídicas de direito público, nos casos de desestatização por elas promovidas (Medida Provisória nº 1.749-37, de 1999, art. 2º).*

...

*Art. 431. Terá o tratamento de **permuta** a entrega, pelo licitante vencedor, de títulos da dívida pública federal ou de outros créditos contra a União, como contrapartida à aquisição das ações ou quotas leiloadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 8.383, de 1991, art. 65). (Negritou-se)*

*§ 1º O custo de aquisição das ações ou quotas leiloadas será igual ao valor contábil dos títulos ou créditos entregues pelo adquirente na data da operação (Lei nº 8.383, de 1991, art. 65, § 3º).*

*Art. 763. Terá o tratamento de **permuta** a entrega, pelo licitante vencedor, de títulos da dívida pública federal ou de outros créditos contra a União, como contrapartida à aquisição das*

*ações ou quotas leiloadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização PND*

*(Lei nº 8.383, de 1991, art. 65). (Negritou-se)*

*§ 1º Considera-se como custo de aquisição das ações ou quotas da empresa privatizável o custo de aquisição dos direitos contra a União, no caso de pessoa física ou jurídica não tributada com base no lucro real, inclusive isenta, atualizado até 31 de dezembro de 1995, quando for o caso (Lei nº 8.383, de 1991, art. 65, §§ 1º e 2º, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 17, inciso II).*

*§ 2º No caso de pessoa jurídica tributada com base no lucro real, o custo de aquisição das ações ou quotas leiloadas será igual ao valor contábil dos títulos ou créditos entregues pelo adquirente na data da operação (Lei nº 8.383, de 1991, art. 65, § 3º).*

*§ 3º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, também, a fundo ou sociedade de investimento.*

As normas do RIR/1999 transcritas imediatamente acima são exceções à regra geral de tributação na permuta – incabível no bom uso da técnica hermenêutica entender-se de modo diverso.

Assim, da mera leitura e análise dos dispositivos legais acima reproduzidos transparece de forma cristalina que havendo alienação de ativo, e no caso presente houve, pois a empresa se desfez do ativo (via permuta), há que se apurar o ganho de capital correspondente à diferença entre o valor contábil do ativo que foi transferido e o valor do novo ativo que foi adquirido por permuta. Porém, cumpre trazer à tona e discutir os diversos argumentos trazidos pela recorrente e nas contrarrazões da Fazenda. Como segue.

Sustenta a recorrente, em suma, “que o negócio jurídico de permuta não acarreta acréscimo patrimonial aos permutantes, ou, em outras palavras, não implica a realização da renda que autorize a exigência fiscal, tendo em vista tratar-se de mera troca (substituição) de um bem por outro bem, não havendo que se falar, portanto, em ganho de capital” (e-fls. 3.107).

Afirma, ainda, que se estaria diante de um princípio geral do direito tributário, e um específico ao imposto de renda, e que as permutas (*res por res*, e não *res por pretium*), em qualquer situação, estariam fora do campo de incidência do imposto de renda, não dependendo de expressa disposição legal.

Tem-se que a operação de **compra e venda** corresponde à de **permuta**, dela se diferenciando apenas pelo fato de que se troca um bem por moeda (que não deixa de ser também um bem), e não por outro bem. Da mesma forma, a operação de **permuta** equivale a duas operações de **compra e venda**, nas quais a quantia em moeda, obtida na primeira operação, é convertida em bens na segunda, ambas com o mesmo contratante.

Não por outro motivo, a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Novo Código Civil), em seu art. 533, ao tratar da “troca ou permuta”, assim dispõe:

*Da Troca ou Permuta*

*Art. 533. Aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda, com as seguintes modificações:*

*I - salvo disposição em contrário, cada um dos contratantes pagará por metade as despesas com o instrumento da troca;*

*II - é anulável a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante.*

Por esse dispositivo legal fica clara a possibilidade de a “troca ou permuta” ter por objeto **bens de valores desiguais**, o que, por si só, não a descaracteriza como tal.

Veja-se que, no caso de permuta de um bem por pessoa jurídica que recebe, em troca, outro bem do mesmo valor, **não há diferença de valores a registrar**: o novo bem ingressa no patrimônio da empresa com valor igual ao do bem substituído (o valor contábil do bem que transferido é exatamente igual ao valor do bem adquirido). Portanto, nessa situação, não ocorre, na permuta, nenhum ganho patrimonial a ser tributado. Mas este não é o caso dos autos.

Assim, não é correto dizer — como a recorrente — que “não há qualquer alteração na situação patrimonial do contribuinte que troca um bem por outro” (e-fls. 3.115). Tal assertiva somente é verdadeira — como bem afirmado pelo Acórdão nº 10808.358, de 2005, por ela mesma transcrito e destacado (e-fls. 3.114 e 3.115) — quando houver “a mera troca de bens de valor equivalente” (o valor contábil do bem que transferido é exatamente igual ao valor do bem adquirido), o que não é o presente caso.

Cumprido, nesse ponto, ressaltar que, em se tratando de contribuinte **pessoa física**, o tratamento tributário pode ser diverso do contribuinte **pessoa jurídica**, já que, para a pessoa física é aplicado o regime de caixa — “à medida que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos” (art. 2º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988) —, e, para pessoa jurídica este, o de **competência** — “à medida em que os rendimentos, ganhos e lucros forem sendo auferidos” (art. 25 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995). Ou seja, àquele, exige-se, para efeito de tributação, a realização financeira do rendimento ou ganho de capital e, a este, não — embora haja exceções a esses regimes.

Assim, não procede a transcrição e a juntada, pela recorrente, de arestos do CARF e da CSRF que se limitam a analisar a questão unicamente sob o enfoque da pessoa física ou, ainda, a citação de legislação apenas a ela — pessoa física — pertinente. É o caso, por exemplo, dos arts. 121, inciso II, e §§ 1º e 2º; 123, § 3º; 128, §§ 4º e 5º; e 138, parágrafo único; todos do Regulamento do Imposto de Renda RIR/1999 (Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999), específicos às pessoas físicas, e que no caso do inciso II, remete à situações específicas de não incidência. Mas veja-se que, no nosso entendimento, mesmo as pessoas físicas estão sujeitas à tributação no ganho de capital nestes casos, exceto se houver previsão legal específica desonerando a tributação. É caso, por exemplo, da transmissão causa mortis em que o herdeiro após o encerramento da sucessão coloca em sua Declaração do Imposto de Renda Pessoa Física o valor do imóvel herdado pelo valor de mercado (base de cálculo do ITCD, de competência estadual), superior ao custo histórico que consta na última declaração do de cujus (ou do espólio conforme o caso) — em que há tributação pelo ganho de capital, embora o herdeiro não esteja

realizando o bem recebido. É o que dispõe a Instrução Normativa SRF nº 84, de 11 de outubro de 2001, em seu art. 3º, inciso I, in verbis:

*Art. 3o Estão sujeitas à apuração de ganho de capital as operações que importem:*

...

*II - transferência a herdeiros e legatários na sucessão causa mortis, a donatários na doação, inclusive em adiantamento da legítima, ou atribuição a ex-cônjuge ou ex-convivente, na dissolução da sociedade conjugal ou união estável, de direito de propriedade de bens e direitos adquiridos por valor superior àquele pelo qual constavam na Declaração de Ajuste Anual do de cujus, do doador, do ex-cônjuge ou ex-convivente que os tenha transferido.*

Prosseguindo, não só no âmbito civil, mas também no tributário, há estreita correlação entre a “alienação” e a “permuta”. Que a “permuta” é uma modalidade de “alienação”, aliás, trata-se de fato incontroverso, admitido explicitamente pelos próprios acórdãos paradigmas apontados pela recorrente (e-fls. 3.113).

Observa-se, por outro lado, que, em se tratando especificamente de **pessoa jurídica**, mesmo em situações em que o acréscimo ou ganho patrimonial não é considerado efetivamente realizado, há necessidade de expressa disposição legal para que se possa excluir da incidência do imposto de renda esse acréscimo ou ganho patrimonial.

É o que se nota, por exemplo, no caso da equivalência patrimonial, da reavaliação de bens, do lucro inflacionário acumulado até 31/12/1995 (quando vigente), etc. A própria recorrente reconhece esse fato, ao afirmar que (e-fls. 3.131, grifos do original):

*[...], além do art. 65 da Lei nº 8.383, existem na legislação ordinária do imposto de renda diversas disposições legais que disciplinam a neutralização de efeitos de lançamentos contábeis que refletem rendas meramente potenciais, não realizadas, como as pertinentes às reavaliações de ativos, a deságios no método da equivalência patrimonial (aplicável ao caso dos autos), a mais valia na conferência de bens para integralização de capital subscrito por uma pessoa jurídica, os ajustes a valor justo, e outras.*

Nessa linha de raciocínio, somente se poderia considerar, como não tributável pelo imposto de renda, o acréscimo ou ganho patrimonial oriundo de operação de permuta se, também, houvesse, da mesma forma, **expressa disposição legal excluindo a incidência daquele imposto**, atento, ainda, ao fato de que essa incidência se dá independentemente da origem e da forma de percepção da receita ou do rendimento (pretium ou res) [art. 43, § 1º, do Código Tributário Nacional – CTN (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966)].

E, no caso, até existem disposições legais e normativas nesse sentido, mas que regulam situações muito específicas — permuta de unidades imobiliárias e permuta de títulos ou créditos contra a União por ações ou quotas

leiloadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização —, não alcançando o caso objeto deste processo (participações societárias), como segue:

***Instrução Normativa SRF nº 107, de 14 de julho de 1988:***

*Operações de Permuta*

*2. Permuta Entre Pessoas Jurídicas:*

*2.1 – Na permuta entre pessoas jurídicas, tendo por objeto unidades imobiliárias prontas, serão observadas as normas constantes das divisões do presente subitem.*

*2.1.1 – No caso de permuta sem pagamento de torna, as permutantes não terão resultado a apurar, uma vez que **cada pessoa jurídica atribuirá ao bem que receber o mesmo valor contábil do bem baixado em sua escrituração.** (Negritou-se).*

*[...].*

***RIR/1999:***

*Art. 431. Terá o tratamento de permuta a entrega, pelo licitante vencedor, de títulos da dívida pública federal ou de outros créditos contra a União, como contrapartida à aquisição das ações ou quotas leiloadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 8.383, de 1991, art. 65).*

***§ 1º O custo de aquisição das ações ou quotas leiloadas será igual ao valor contábil dos títulos ou créditos entregues pelo adquirente na data da operação (Lei nº 8.383, de 1991, art. 65, § 3º).*** (Negritou-se).

Afora essas situações taxativamente previstas — às quais, se não existissem, obviamente obrigariam à apuração de ganho de capital tributável também nesses casos —, não é admissível que se pretenda imputar ao valor das participações societárias recebidas (R\$ 2,85 bilhões, no presente caso) o mesmo valor das participações societárias entregues em permuta (R\$ 1 bilhão, no presente caso).

Por outro lado, tem-se que a referida IN SRF nº 107/88, na parte que trata das pessoas jurídicas, só se aplica a permuta com bens imóveis – sendo, portanto, inaplicável ao presente caso, e da mesma forma o art. 431 do RIR, que remete às operações no âmbito do PND (voltaremos a este tema adiante).

Quaisquer questionamentos em contrário teriam caráter meramente teórico e acadêmico, em face da imprevisão legislativa, não podendo, portanto, ser admitidos como válidos.

Reportando-me ao Acórdão recorrido, faço adesão aos seus argumentos no que respeita à tributação do ganho de capital, exceto no que respeita à ilegalidade da IN SRF 107/88 e à questão do cálculo do deságio (conforme também alegado pelo recorrente), que entendo serem questões despiciendas no presente estado do processo e cuja discussão não afetaria os argumentos que estou a expor.

Em seu recurso a recorrente insiste que ao art. 65 da Lei nº 8.383/1991 embora seja específico para o PND seria uma espécie de norma “didática”. Porém entendo que ela não se presta a isto, simplesmente porque o caput do art. 65 só tem aplicação no sentido de desonerar as permutas (ou os atos equiparados pelo caput) por conta de que cria uma ficção de equivalência de custo e valor de aquisição, o que importa em inexistência de ganho de capital, a teor do §§ do art. 65 – sendo neste sentido, norma excepcionalíssima.

Outro argumento trazido no recurso é que “na permuta sem torna não há sacrifício do ativo” concluindo que “o custo do bem adquirido na permuta é tão somente o custo do bem que foi dado no negócio.” (fl. 11 do recurso). Com a devida vênia, trata-se de uma confusão de conceitos. Primeiramente, há sim sacrifício do ativo, pois o ativo (real) é alienado – e há que se fazer os competentes ajustes contábeis – que podem ter, sim, repercussão tributária (sacrifício não é perda do ativo). **O que se tem é o custo contábil do ativo alienado, conforme regulado na contabilidade, em confrontação com o valor do ativo adquirido (seu custo de aquisição), e disto resulta uma diferença – é sobre esta diferença que se está a discutir.**

Adiante, à fl. 13 do recurso, o recorrente invoca o argumento da realização da renda, e da capacidade contributiva, sustentando que a renda “antes de esta estar disponível, não ocorre o fato gerador porque o possível contribuinte ainda não tem capacidade contributiva.” E conclui: “Em outras palavras, o fisco não pode receber sua parte da renda, representada pelo tributo sobre esta, antes de haver a renda e esta estar na disponibilidade do contribuinte.” Ora, também não se pode aceitar esse argumento, isto porque capacidade contributiva não se confunde com disponibilidade financeira. Assim ocorrendo o fato gerador (o ganho de capital) o tributo passa ser devido pelo lançamento, não fosse assim, em outra situação, e.g., vendas a prazo se não recebidas à época do fechamento do período de apuração, não poderiam ser computadas na base de cálculo – a questão é de regime de competência de não de capacidade contributiva – pois esta surge em decorrência do ganho de capital apurado.

O recorrente cita consistentemente os Pareceres PGFN/PGA nº 970/1991 e PGFN/PGA nº 454/1992, buscando neles os fundamentos de seu recurso. Acerca dessa matéria, urge mencionar o **Parecer PGFN/CAT nº 1.722, de 9 de setembro de 2013**, do qual transcrevo os seguintes excertos:

*PARECER/PGFN/CAT/Nº 1722 /2013*

*Ausência de hipóteses que justifiquem sigilo – LAI – art. 6º, inciso I, e arts. 23 e 24 da Lei nº 12.527, de 18.11.2011. Decreto nº 7.724, de 16.5.2012. Imposto Sobre a Renda. Permuta. Tributação do ganho de capital existente em operação de permuta de ativos mobiliários. Abrangência do Parecer PGFN/PGA nº 970/91. Consulta Interna nº 1, de julho de 2013.*

*I*

*Trata-se de consulta Interna, na qual foi solicitado tratamento prioritário nos termos do art. 34, caput e § 2º da Portaria PGFN nº 1.267, de 6 de dezembro de 2010, proveniente da Divisão Nacional de Acompanhamento Especial Judicial e Estratégia de Defesa (DIAEJ) da Coordenação de Consultoria Judicial (COJUD) da Coordenação-Geral da Representação Judicial da*

*Fazenda Nacional, acerca da tributação do ganho de capital existente em operação de permuta de ativos mobiliários, bem como da abrangência do Parecer PGFN/PGA/Nº 970/91.*

[...].

*7. Ainda observa-se na consulta a fundamentação legal e item concernente à solução proposta pela consulente. Essa última parte será abordada ao longo do presente parecer, eis que a bem lançada argumentação<sup>2</sup> da referida solução foi considerada a mais adequada ao caso de que se cuida.*

*É o relatório.*

## II

*8. Prefacialmente deve-se perquirir o contexto e o alcance do quanto defendido no Parecer PGFN/PGA/Nº 970/91 para, então, passar-se à análise da legislação que rege as operações objeto da consulta. [...].*

[...].

*16. Abarcamos a proposta da DIAEJ na sua totalidade. O Parecer PGFN/PGA/Nº 970/91 se prestou especificamente para as finalidades delineadas no PND e não pode servir como substrato para quaisquer operações que não as precisamente realizadas naquele âmbito.*

## III

*17. Uma vez delineado o alcance do Parecer PGFN/PGA/Nº 970/91, passamos a analisar a legislação atinente à permuta e suas consequências tributárias. Desde logo, ressaltamos que **a permuta a ser examinada é referente a bens móveis**, visto que à troca<sup>3</sup> de imóveis é dispensado tratamento específico<sup>4</sup>, mas não*

<sup>2</sup> A consulta e a bem argumentada solução que aqui se faz menção foram elaboradas pela Procuradora da Fazenda Nacional Dra. Renata Fernandes Barroso.

<sup>3</sup> O Código Civil usa a palavra troca em vez de permuta, muito embora o título do capítulo correspondente faça referência a “troca ou permuta”, como se pode verificar nos termos do art. 533, verbis:

“Art. 533. Aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda, com as seguintes modificações:

I - salvo disposição em contrário, cada um dos contratantes pagará por metade as despesas com o instrumento da troca;

II - é anulável a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante.”

<sup>4</sup> De acordo com a pergunta nº 582, do documento “Perguntas e Respostas”, disponível no site da Secretaria da Receita Federal do Brasil ([www.receita.fazenda.gov.br](http://www.receita.fazenda.gov.br)), “para efeitos tributários, **considera-se permuta toda e qualquer operação que tenha por objeto a troca de uma ou mais unidades imobiliárias, prontas ou a construir, por outra ou outras unidades imobiliárias, ainda que ocorra, por parte de um dos proprietários-contratantes, o pagamento de parcela complementar, em dinheiro, comumente denominada torna.** A expressão ‘unidade imobiliária ou unidades imobiliárias prontas ou a construir’, compreende: a) o terreno adquirido para venda, com ou sem construção; b) cada lote oriundo de desmembramento de terreno; c) cada terreno decorrente de loteamento; d) cada unidade distinta resultante de incorporação imobiliária; e) o prédio construído para venda como unidade isolada ou autônoma; f) cada casa ou apartamento construído ou a construir. É necessário que a escritura, quando lavrada, seja de permuta. (...)” (destacamos)

*se pode dizer o mesmo no que concerne à permuta de valores mobiliários. (Negritos no original).*

[...].

30. *E prossegue a solução de consulta da DIAEJ:*

*“Assim, não parece haver diferença, em especial diante do que determina o art. 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/88, entre uma alienação feita por meio de compra e venda e aquela feita por meio de permuta, pois em ambos os casos X alienou ‘Alfa’, mas na compra e venda recebeu em pagamento R\$ 100,00 (valor que X poderia em seguida usar para comprar o bem ‘Beta’, fato que não lhe retiraria a obrigatoriedade de apurar o ganho de capital decorrente da alienação), e na permuta recebeu em pagamento diretamente o bem ‘Beta’, que vale os mesmos R\$ 100,00, valor igualmente superior ao valor de aquisição do bem alienado, mas que X já quis dar-lhe destinação específica. A destinação dada ao valor recebido pelo bem alienado não retira a natureza de alienação da operação, conforme o próprio conceito amplo utilizado pelo art. 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/88. **Há alienação (X deixa de possuir ‘Alfa’), há disponibilidade econômica ou jurídica (conforme exige o art. 43 do CTN) e há ganho de capital nas duas situações, a única diferença é que, na permuta, o alienante já usa a sua disponibilidade para adquirir outro bem dentro da mesma operação.**” (Destques no original).*

**31. Não restam dúvidas de que a operação de permuta de bens mobiliários está sujeita a apuração do ganho de capital.** *No caso concreto relatado na consulta de permuta realizada por meio de OPA de cancelamento de registro, uma ação da empresa que estava sendo cancelada foi avaliada como correspondendo a 0,9 do BDR da outra empresa. Logo, se o valor da ação que foi alienada é superior ao valor pelo qual ela foi adquirida há evidente ganho de capital, correspondente à diferença entre o valor da transação e o custo de aquisição. O mesmo ocorrendo se em lugar de permuta as ações fossem leiloadas na OPA em troca de numerário e esse numerário fosse aplicado na aquisição dos BDRs da outra empresa. (Negritou-se e sublinhou-se).*

[...].

#### IV

39. *Em conclusão, e respondendo objetivamente aos quesitos formulados na presente consulta, temos que:*

39.1. *o entendimento consubstanciado no Parecer PGFN/PGA/Nº 970/91 restringe-se ao âmbito do PND, não podendo ser estendido a situações outras que não aquelas especificamente tratadas no referido opinativo:*

*39.1.1. é possível tributar pelo imposto sobre a renda a diferença positiva, via ganho de capital, existente entre o custo de aquisição e o valor dos bens mobiliários permutados no momento em que é feita tal operação, independentemente da existência de torna;*

*39.1.2. é correto o entendimento de que a permuta, por encontrar-se no conceito de alienação, previsto no art. 3º da Lei nº 7.713, de 1988, via de regra é tributada, não tendo as desonerações previstas na legislação, como a tratada no art. 121, II, do RIR/99 (permuta de imóveis), o condão de serem aplicadas para situações diversas daquelas especificamente ali disciplinadas;*

*39.1.3. a determinação de que a apuração do ganho de capital recairá apenas sobre a torna, nos termos do § 2º do art. 121, do § 3º do art. 123 e do inciso III do parágrafo único do art. 138, todos os RIR/99, aplica-se exclusivamente às permutas de ativos imobiliários.*

O mencionado **Parecer PGFN/CAT nº 1.722, de 2013**, foi devidamente aprovado por despacho do Ministro da Fazenda de 29/05/2015, publicado no DOU de 01/06/2015, S. 1, p. 24, e vincula o CARF, sendo de observância obrigatória por parte de seus Conselheiros, conforme disposto nos arts. 13 e 42 da Lei Complementar nº 73 de 10 de fevereiro de 1993. O despacho de aprovação tem o seguinte teor:

*Processo: Registro PGFN Nº 4724/2013*

*Assunto: Imposto Sobre a Renda. Permuta. Tributação do ganho de capital existente em operações de permuta de ativos mobiliários.*

*Abrangência do Parecer PGFN/PGA nº 970/1991.*

*Despacho: Aprovo o Parecer PGFN/CAT/Nº 1722/2013, de 09 de setembro de 2013, que versa sobre a tributação do ganho de capital existente em operações de permuta de ativos mobiliários, e sobre a abrangência do Parecer PGFN/PGA/Nº 970/1991.*

**JOAQUIM VIEIRA FERREIRA LEVY**

Isto é importante porque a linha dos argumentos do recorrente é centrada nos pareceres PGFN/PGA/ nº 970/1991 e PGFN/PGA/ nº 454/1992 (especialmente este último), sendo que o Parecer PGFN/PGA/ nº 970/1991 trata de “alienações, mediante permuta de ações no âmbito do Programa nacional de desestatizações” e o Parecer PGFN/PGA/ nº 454/1992, posterior, veio esclarecer os efeitos decorrentes do art. 65 da Lei nº 8.383, de 30/12/1991, posterior ao 1º Parecer, que deu “tratamento de permuta a entrega, pelo licitante vencedor, de títulos da dívida pública federal ou outros créditos contra a União”, ou seja o segundo Parecer apenas esclareceu a aplicação do primeiro em relação a uma situação específica, já regulada por Lei. Assim, em que pesem os argumentos expendidos nos pareceres 970/1991 e 454/1992, eles têm aplicação restritas às matérias que analisaram (concluindo pela não tributação naqueles casos específicos no âmbito do PND).

Por outro lado, o Parecer PGFN/CAT nº 1.722, de 2013, utiliza fartamente argumentos contrários aos utilizados nos pareceres PGFN/PGA/ nº 970/1991 e PGFN/PGA/ nº454/1992. Em resumo, o Parecer PGFN/CAT nº 1.722, de 2013, afasta a extensão daqueles dois aos demais casos, em geral, e fixa outro entendimento – o de que há sim tributação na permuta de ativos quando há ganho de capital (permutas no âmbito do programa de desestatização e permuta de imóveis, são casos especiais de não tributação expressamente previstos na legislação).

Contudo de sua leitura não fica claro se se refere a operações específicas relacionadas a investidores estrangeiros e a pessoas físicas no caso do âmbito interno, em virtude da legislação que lhe dá supedâneo, ou se se suas conclusões são extensíveis a pessoas jurídicas (que constam da fundamentação), e por este motivo deixo de utilizá-lo como fundamento obrigatório de minha decisão, o que poria fim de forma irrefutável à questão. Embora, deva-se ressaltar, minhas conclusões se alinham perfeitamente com aquelas do PGFN/CAT nº 1.722/2013, que, pela forma como trata do assunto indubitavelmente reforma os fundamentos do entendimento dos PGFN/PGA/ nº 970/1991 e PGFN/PGA/ nº 454/1992 (uma das bases principais do argumento do recorrente), sendo que esses permanecem válidos única e exclusivamente aos casos a que expressamente se referem.

Rememoro ainda o entendimento expandido pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, que, de há bastante tempo, assim se pronunciou a esse respeito, por meio do Parecer Normativo CST nº 504, de 3 de agosto de 1971 (DOU de 27/8/1971), referenciado pela própria recorrente (e-fls. 3.139):

*1. Sociedade mercantil formula consulta, igualmente subscrita por pessoas naturais, acerca da tributação incidente na permuta que entre si pretendem realizar, envolvendo ações representativas do capital de empresas outras, tomadas pelo seu valor nominal.*

[...].

*3. Também a pessoa jurídica que permutar ações por outras de valor equivalente ao de aquisição das cedidas, por consequência, não alterando quantitativamente o patrimônio social, não estará sujeita à imposição de tributo.*

*4. Todavia, se resultar lucro para a pessoa jurídica na alienação de ações, quer esta se faça sob a forma de venda, troca por bens de outra natureza ou permuta por outras ações, será ele necessariamente computado no resultado do exercício para fins de tributação.*

*5. Ressalte-se, ainda, quanto à incidência na pessoa jurídica, não ser o valor nominal das ações negociadas a base de apuração do resultado na transação, e sim o valor da aquisição das por ela cedidas, em confronto com o atribuído às que receba na permuta, observando-se, em qualquer caso, as disposições das alíneas “a” e “b” do art. 251 [incisos I e II do art. 464], e, na hipótese de prejuízo, as normas dos arts. 192 e 193 [art. 393] do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 58.400, de 10/05/66) [(Decreto nº 3.000, de 26/03/99)].*

Portanto, nego provimento ao recurso da Contribuinte em relação ao (1) tratamento tributário das permutas sem torna de participação societária com valores diferentes e (2) aplicação subsidiária para permutas de participação societária do regramento previsto para permuta de unidade imobiliária.

No que concerne à (3) concomitância entre multa isolada e multa de ofício, a redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, foi alterada pela MP nº 351, de 22/01/2007, convertida na Lei nº 11.489, de 15/07/2007.

E precisamente a **nova** redação, aplicável aos fatos geradores ocorridos a partir de 22/01/2007 (o caso em debate), afastou qualquer dúvida sobre a possibilidade de aplicação concomitante das multas de ofício e das multas isoladas por insuficiência de estimativa mensal. As hipóteses de incidência que ensejam a imposição das penalidades da multa de ofício e da multa isolada em razão da falta de pagamento da estimativa são distintas, cada qual tratada em inciso próprio no art. 44 da Lei nº. 9.430, de 1996, com a redação da Lei nº. 11.488, de 2007:

*Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.489, de 2007)*

*I de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.489, de 2007)*

*II de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.489, de 2007)*

(...)

*b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída pela Lei nº 11.489, de 2007)*

*§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.489, de 2007)*

(...)

Observa-se que os incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, tratam de suportes fáticos distintos e autônomos, com diferenças claras na temporalidade da apuração, que tem por consequência a aplicação das penalidades sobre bases de cálculo diferentes. A multa de ofício aplica-se sobre o resultado apurado **anualmente**, cujo fato gerador aperfeiçoa-se ao final do ano-calendário. Por sua vez, a multa isolada é apurada conforme balancetes elaborados **mês a mês** ou, ainda, mediante receita bruta acumulada **mensalmente**. Ou seja, são materialidades independentes, não havendo que se falar em concomitância.

Portanto, voto no sentido de negar provimento ao recurso da Contribuinte para a (3) concomitância entre multa isolada e multa de ofício.

#### **IV. Conclusão**

Diante do exposto, voto no sentido de **conhecer parcialmente** o recurso da Contribuinte para (1) tratamento tributário das permutas sem torna de participação societária com valores diferentes, (2) aplicação subsidiária para permutas de participação societária do regramento previsto para permuta de unidade imobiliária e (3) concomitância entre multa isolada e multa de ofício, e, no mérito, **negar provimento**.

*Assinado Digitalmente*

André Mendes de Moura

r

#### **Declaração de Voto**

Conselheiro Luís Flávio Neto.

Na sessão de setembro de 2016, a Câmara Superior de Recursos Fiscais (doravante “**CSRF**”) analisou o recurso especial interposto pelo contribuinte no processo n. 14120.720002/2011-28, em que requer a reforma do acórdão n. 1302-001.080, assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2008

GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE INVESTIMENTO. PERMUTA DE AÇÕES.

A IN SRF 107/88 só versa sobre permuta de unidades imobiliárias (casas, apartamentos, terrenos etc.), sendo totalmente descabida a sua aplicação ao caso de permuta de ações.

Na permuta de ações, a diferença entre o valor contábil das ações recebidas e das ações transferidas constitui-se ganho tributável pelo IRPJ, por aplicação do disposto no art. 31 do Decreto-Lei nº 1.598/77.

Não se pode conceber que uma empresa constituída unicamente por uma conta bancária com saldo de R\$ 232.540.000,00 seja alienada com deságio de R\$ 159.142.989,77, ainda que houvesse laudo de avaliação nos autos.

MULTA ISOLADA.

A multa isolada pune o contribuinte que não observa a obrigação legal de antecipar o tributo sobre a base estimada ou levantar o balanço de suspensão,

logo, conduta diferente daquela punível com a multa de ofício proporcional, a qual é devida pela ofensa ao direito subjetivo de crédito da Fazenda Nacional. O legislador dispôs expressamente, já na redação original do inciso IV do § 1º do art. 44 da Lei 9.430/96, que é devida a multa isolada ainda que o contribuinte apure prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa ao final do ano, deixando claro que o valor apurado como base de cálculo do tributo ao final do ano é irrelevante para se saber devida ou não a multa isolada e que a multa isolada é devida ainda que lançada após o encerramento do ano-calendário.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Tratando-se da mesma situação fática e do mesmo conjunto probatório, a decisão prolatada sobre o lançamento do IRPJ é aplicável, *mutatis mutandis*, ao lançamento da CSLL.

A partir dos fatos e provas levados à sua análise, a Turma *a quo* assentou que **não houve simulação nas operações praticadas pelo contribuinte, tratando-se de legítima permuta de ações sem torna.**

Embora tenha assentado tal substrato fático como certo, a Turma *a quo* concluiu que a consequência tributária da operação de permuta sem torna seria a tributação do suposto ganho de capital apontado pela fiscalização. Também concluiu a decisão *a quo* pela manutenção cumulativa da multa isolada por não apuração e recolhimento de estimativas mensais com a multa de ofício.

No julgamento do recurso especial interposto pelo contribuinte, a CSRF, por voto de qualidade, decidiu manter o acórdão recorrido e a cobrança de IRPJ e CSL em face da aludida permuta de ações sem torna, bem como a exigência cumulativa das aludidas multas. Restando vencido, com a devida vênia, apresento os fundamentos que me fizeram votar pelo provimento do recurso especial interposto pelo contribuinte.

#### 1. PERMUTA DE AÇÕES SEM TORNA: HIPÓTESE DE NÃO INCIDÊNCIA DE IRPJ E CSL.

Embora se possa compreender que a discriminação de competências tributárias não seja requisito essencial a qualquer sistema federativo, assim o fez a Constituição brasileira<sup>5</sup>. Há expressa e detalhada repartição de competências tributárias entre os entes federados, a qual estabelece quais *signos presuntivos de capacidade contributiva* podem ser onerados privativamente por cada um dos entes federados. A “renda” e o “lucro”, no caso, podem ser tributados exclusivamente pela União.

Saber o sentido de “renda” e “lucro” é, então, essencial para a boa aplicação das normas constitucionais de distribuição de competência tributária e das normas de incidência tributária em sentido estrito. Isso explica as constantes discussões ao seu respeito, especialmente em torno de teorias como da “*renda como acréscimo patrimonial*” e da “*renda-produto* (ou “*teoria fonte*”).

A *teoria da renda como acréscimo patrimonial* pode ser compreendida a partir do *caso Antártica*<sup>6</sup>, julgado pelo Supremo Tribunal Federal cinco anos após a

<sup>5</sup> Nesse sentido, vide: SCHOUERI, LUÍS EDUARDO. Direito Tributário. Saraiva : São Paulo, 2012, p. 240. ROQUE ANTONIO CARRAZZA, por sua vez, entende a divisão de competência ínsita ao sistema federativo brasileiro, considerando-a como cláusula pétrea: “esta ‘cláusula pétrea’ não pode ser violada, nem por via oblíqua, o que ocorreria, por hipótese, se pretendêssemos retirar, mediante emenda constitucional, a competência tributária dos Estados.” (CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. São Paulo : Ed. Malheiros, 2003, p. 103).

<sup>6</sup> CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. RENDA - CONCEITO. Lei n. 4.506, de 30.XI.64, art. 38,

promulgação da Constituição de 1988, em que esteve em foco o conceito de “renda” presente no sistema tributário de 1964<sup>7</sup>. Acompanhando o voto do Min. Carlos Velloso, houve unanimidade no Plenário do Tribunal quanto ao entendimento de que “o conceito implica reconhecer a existência de receita, lucro, proveito, ganho, acréscimo patrimonial que ocorrem mediante o ingresso ou o auferimento de algo, a título oneroso”.

Note-se que, caso se adote um conceito de renda que a identifique como o produto (“ou “*teoria da renda-produto*” ou *teoria da fonte*”), apenas o *fruto*, o *produto* dos bens de capital ou do trabalho poderiam ser considerados “renda”. Sob tal perspectiva, estaria excluído do conceito de renda quaisquer ganhos e perdas de capital obtidos pela alienação da fonte produtora da renda, já que, metaforicamente, a tributação alcançaria apenas os *frutos da árvore*, mas não a alienação da *árvore em si*.<sup>8</sup>

### 1.1. O papel da lei complementar para a definição de “renda” tributável.

No atual sistema jurídico brasileiro, o debate sobre qual o conceito de *renda tributável* deve considerar que o art. 146 da Constituição Federal atribui à lei complementar a competência para estabelecer normas gerais, especialmente sobre a definição dos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes dos impostos discriminados no texto constitucional.

Assim, embora não haja delimitação expressa na Constituição quanto ao signo “renda” para fins tributários, o art. 43 do CTN veicula norma que permite que o legislador ordinário se valha ao menos de duas significações possíveis: (i) o inciso I, ao se referir à “renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos”, se aproxima da teoria da *renda-produto*; (ii) o inciso II, ao se referir a “proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior”, se aproxima da teoria da *renda acréscimo patrimonial*. Em ambos os casos, o *conceito* estabelecido pelo CTN exige que haja a *aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica* sobre a *renda*, a fim de que seja possível a tributação. O legislador complementar exige que haja a “aquisição de disponibilidade”, pouco importando ser ela “*econômica*” ou “*jurídica*”.

O legislador ordinário deve eleger hipóteses de incidência do imposto de renda que estejam compreendidas nos referidos moldes estabelecidos pela Constituição e pelo CTN.

### 1.2. A decisão do legislador ordinário: a lógica da determinação da base de cálculo do IRPJ e da CSL e a não tributação de situações que não geram acréscimo patrimonial.

Independentemente das predileções doutrinárias quanto ao mais adequado conceito de “renda” e embora se possa argumentar que a Lei Complementar tenha outorgado possibilidades mais amplas, **não há dúvida que o legislador ordinário utiliza**

---

C.F./46, art. 15, IV; CF/67, art. 22, IV; EC 1/69, art. 21, IV. CTN, art. 43. I. Rendas e proventos de qualquer natureza: o conceito implica reconhecer a existência de receita, lucro, proveito, ganho, acréscimo patrimonial que ocorrem mediante o ingresso ou o auferimento de algo, a título oneroso. C.F., 1946, art. 15, IV; CF/67, art. 22, IV; EC 1/69, art. 21, IV. CTN, art. 43. II. Inconstitucionalidade do art. 38 da Lei 4.506/64, que institui adicional de 7% de imposto de renda sobre lucros distribuídos. III. R.E. conhecido e provido. (STF, RE 117887, Relator Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 11/02/1993, DJ 23-04-1993)

<sup>7</sup> Anterior ao atual Código Tributário Nacional.

<sup>8</sup> Vide, sobre o tema: LANG, Joachim. The influence of tax principles on the taxation of income from capital, p. 18-21; BELSUNCE, HORACIO GARCÍA. El concepto de rédito en la doctrina y en el derecho tributario. Depalma : Buenos Aires, 1967, p. 88 e seguintes.

**sistematicamente, como diretriz central para a tributação da renda, a teoria da renda enquanto acréscimo patrimonial.** A constatação é pragmática: as regras do imposto de renda brasileiro, de forma geral, conduzem a uma base tributável que tende ao *acréscimo patrimonial* realizado pelo contribuinte em um determinado intervalo de tempo.

Na **sistemática do lucro real, aplicável à Recorrente**, a base de cálculo adotada pelo legislador ordinário corresponde ao “lucro líquido do período de apuração ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas” por lei, o que se alinha com a diretriz da tributação dos *acréscimos patrimoniais*. O lucro líquido será apurado “com observância das disposições das leis comerciais”.<sup>9</sup> Em tal sistemática, portanto, há permissão para a tributação quando se apura efetivo *acréscimo patrimonial*.

No caso dos autos, em que o lançamento fiscal realizado procura tributar suposto *ganho de capital*, a existência de efetivo *acréscimo patrimonial* como permissivo à tributação se mostra ainda mais evidente. Ocorre que a teoria da *renda produto* – que é a única alternativa à teoria da renda acréscimo patrimonial prescrita pelo art. 43 do CTN – tem como característica, justamente, não abarcar a tributação do *ganho de capital*.

**Nesse cenário, ao menos três consequências devem ser apreendidas para a solução da demanda ora em análise:**

- Apenas os *acréscimos patrimoniais* apurados pela contribuinte poderiam vir a ser tributadas;
- Há todo um universo de situações que não configuram “acréscimos patrimoniais” e que não devem ser tributadas pela União. São as chamadas hipóteses de não incidência tributária em sentido estrito;
- Excepcionalmente, algumas espécies de acréscimos patrimoniais não serão tributadas, ou serão tributada de forma diversa, por exceção ao princípio da generalidade. Incluem-se as regras de isenção ou imunidade, que igualmente conduzem à não incidência tributária.

As *hipóteses de não incidência em sentido estrito* correspondem a situações em que há ausência de substrato econômico passível de tributação ou, ainda, ausência de lei prescrevendo a incidência tributária sobre um substrato econômico que em tese poderia vir a ser tributado. No primeiro caso, não há **capacidade contributiva objetiva e base calculável para a apuração do tributo**, enquanto que, no segundo, o que se verifica é simplesmente a decisão do legislador (ainda que por omissão) de não exercer o seu poder de tributar sobre uma determinada situação que denota capacidade contributiva.

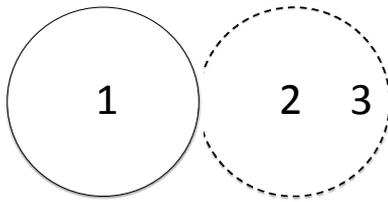
Graficamente, a questão poderia ser representada do seguinte modo:

(1) Situações que não representam “acréscimos patrimoniais” (na sistemática do lucro real, hipóteses de não incidência tributária do IRPJ e da CSL);

(2) Situações que representam “acréscimos patrimoniais” (na sistemática do lucro real, possíveis hipóteses de incidência do IRPJ e da CSL);

(3) Situações que representam “acréscimos patrimoniais”, mas que não são tributadas pelo IBPJ, ou pela CSL (isenções ou imunidades tributárias).

<sup>9</sup> Decreto 3000/00 (Regulamento do Imposto de Renda), art. 247; Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º; Lei nº 8.981, de 1995, art. 37, §1.



É relevante observar que a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, por meio do Parecer PGFN/PGA n. 454/92, expressamente reconheceu que operações de permuta sem torna correspondem a hipóteses de não incidência de IRPJ e CSL, ao afirmar e longamente fundamentar que:

**“Em síntese, a desoneração tributária na permuta não é um privilégio, e sim o reconhecimento de não incidência da regra de tributação.”**

Parece-me ser correta a conclusão obtida pelo Parecer PGFN/PGA n. 454/92. Por sua vez, ao exigir norma expressa de isenção para que a permuta de ações sem torna realizada pela Recorrente não se submetesse à tributação pela suposta incidência do art. 418 do RIR/99, o acórdão recorrido adotou premissa equivocada e, fatalmente, conclusão merecedora de reforma.

A partir da representação gráfica acima, o raciocínio desenvolvido pelo acórdão *a quo* pode ser explicado da seguinte forma:

- A operação realizada pela contribuinte é uma *permuta de ações sem torna*;
- As permutas sem torna estão entre as situações que representam “acréscimos patrimoniais”, localizadas, então, no “círculo (2)”.
- **Conclusão:** Como não há norma de isenção ou imunidade que expressamente afaste a tributação sobre permutas sem torna da tributação, alocando-as no “círculo (3)”, então a operação realizada pela contribuinte deve ser tributada.

A premissa equivocada, *permissa vênia*, consistiu em considerar que uma permuta sem torna está entre as situações que representam “acréscimos patrimoniais” – “círculo (2)” – quando, na verdade, se trata de hipótese de não incidência tributária, que deve ser alocada no “círculo (1)”. Corrigida essa premissa, teríamos necessariamente conclusão condizente com o sistema tributário pátrio:

- A operação realizada pela contribuinte é uma *permuta de ações sem torna*;
- As permutas sem torna estão entre as situações que não representam “acréscimos patrimoniais” (hipóteses de não incidência tributária do IRPJ e da CSL), alocadas, então, no “círculo (1)”;
- **Conclusão:** Não deve haver tributação sobre a permuta de ações sem torna, independentemente de dispositivo de lei expresso quanto à sua “isenção”, por se tratar de hipótese de não incidência tributária.

Note-se que, caso houvesse algum dispositivo na legislação que determinasse a tributação de operações de permuta de ações sem torna, este poderia estar, em tese, sujeito a questionamentos quanto à sua constitucionalidade. Tais questionamentos, como é sabido, extravasariam o âmbito de competência do CARF<sup>10</sup>. **A questão trazida aos autos, contudo, não é essa. Ocorre que não há lei em sentido estrito que prescreva, textual e expressamente, nem a tributação e nem a isenção da permuta de ações sem torna. Trata-se de decidir como deve agir a fiscalização na ausência de lei em sentido estrito que, textual e expressamente, prescreva ou a tributação ou a isenção da permuta de ações sem torna.**

A compreensão dessa questão é fundamental para que nos voltemos ao sistema jurídico vigente dispostos a colher dados necessários à solução da presente demanda. A partir daí, é possível constatar que há uma convergência de normas jurídicas que, sob a sistemática do lucro real, permitem concluir que **as permutas sem torna estão no campo da não incidência**, sem que haja fundamento razoável para a discriminação, por parte do intérprete, de bens ou direitos permutados. Não há texto prescritivo que expressamente determine a “incidência” ou a “isenção” de IRPJ e CSL sobre permutas de ações sem torna, mas há, sem dúvida, **norma** no sistema jurídico que prescreve a **não incidência tributária** sobre a aludida operação.

### 1.3. As normas jurídicas que situam as permutas sem torna no campo da não incidência tributária.

O enquadramento da permuta de ações sem torna entre as hipóteses de não incidência do IRPJ e da CSL, por não representar *acréscimo patrimonial*, pode ser verificada ao menos sob dois ângulos, analisados nos tópicos subseqüentes deste voto:

- A equivalência jurídica das prestações mútuas no negócio jurídico típico da permuta, tal como prescrito pelo Direito privado, e as consequências tributárias daí decorrentes: ausência de base imponible para o IRPJ e a CSL;
- A tradicional concepção de permuta como hipótese de não incidência tributária do Direito tributário brasileiro: instruções normativas e soluções de consulta da Receita Federal, pareceres normativos da PGFN, jurisprudência do CARF e do Poder Judiciário.

## 2. A equivalência jurídica das prestações mútuas no negócio jurídico típico da permuta, tal como prescrito pelo Direito privado, e as consequências tributárias daí decorrentes: ausência de base imponible para o IRPJ e a CSL.

### 2.1. O instituto jurídico da permuta no Direito civil.

“*Escambo*”, “*troca*”, “*permuta*” são sinônimos que se referem a um modelo contratual utilizado desde os primórdios, tendo em vista que a sua adoção torna desnecessária qualquer concepção de *moeda* ou *valor fiduciário* presente nas sociedades modernas. A

<sup>10</sup> Não cabe no bojo deste processo administrativo analisar possíveis inconstitucionalidades da tributação da permuta, o que é reservado ao Poder Judiciário, conforme o RICARF, art. 62: “Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade”

investigação histórica quanto à tutela desse instituto certamente encontrará quantidade enorme de fontes normativas. Para a presente análise, importa conhecer o Código Civil de 1916 e o de 2002.

O Código Civil de 1916 tutelou a figura da “troca”, já o Código Civil de 2002, embora não tenha alterado a essência do instituto<sup>11</sup>, utilizou indistintamente os termos “troca” e “permuta”, como sinônimos que são.

Até 2002, esse instituto era tutelado pelo antigo Código Civil, de 1916, em seu art. 1.164, e pelo Código Comercial, de 1850, em seus arts. 221 a 225. Tais dispositivos, no entanto, foram revogados pelo novo Código Civil.

O art. 533 do Código Civil de 2002 dispõe que aplicam-se à permuta as disposições daquele diploma referentes à compra e venda. Aduz o dispositivo, ainda, que salvo disposição em contrário, cada um dos contratantes pagará por metade as despesas com o instrumento da troca, bem como é anulável a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante.

O Direito Civil qualifica como operação de *permuta* o contrato de *troca* de um bem por outro, que não o dinheiro (“*rem pro re*”). A troca é um *contrato consensual, bilateral, comutativo e oneroso*. Trata-se de negócio jurídico *uno*, em que cada contratante assume o dever de entregar uma coisa (devedor), bem como o caráter de credor, dotado do direito de receber outra coisa.<sup>12</sup> Ausente a torna, as prestações simplesmente se compensam mutuamente, sem que a nenhuma delas seja atribuído preço.

São muito pertinentes as lições de PONTES DE MIRANDA<sup>13</sup>, *in verbis*:

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

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

(...)

2. Correspectividade sem preço - Não há preço, no sentido próprio, porque um dos figurantes promete um bem, que não é dinheiro, e o outro figurante promete outro bem, que não é dinheiro.”

Note-se que no critério material da *compra e venda* também está presente a entrega de uma coisa por outra (um bem por dinheiro), distinguindo-se a permuta sem torna exatamente por não haver uma prestação pecuniária envolvida. Ensina SILVIO RODRIGUES<sup>14</sup> que a *troca* e a *compra e venda* possuem a mesma natureza, pois este é espécie daquele. A peculiaridade do *contrato de compra e venda* em relação ao *contrato de troca*, ensina o civilista, decorre de uma das prestações ser pecuniária.

<sup>11</sup> Com a ressalva de que o novo Código passou a exigir o consentimento do cônjuge em algumas hipóteses.

<sup>12</sup> Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Contratos em espécie. São Paulo : Atlas, 2014, p. 98-100.

<sup>13</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, vol. 39, Borsoi, 1972, p. 378-9. Citação colhida do Parecer PGFN/PGA n. 454/92.

<sup>14</sup> RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil – Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 98; 197-198.

Conforme a pertinente observação de SÍLVIO DE SALVO VENOSA<sup>15</sup>, “a diferença mais notável entre com a compra e a venda reside no aspecto de que nesta há plena distinção entre a coisa e o preço; existem a coisa vendida e o preço, enquanto na permuta há dois objetos que servem reciprocamente de preço”. **Na permuta, não há propriamente preço, pois as partes não acordam a contraprestação de uma quantia em dinheiro, mas a entrega recíproca de bens representativos de prestações juridicamente equivalentes.**

Por sua vez, ORLANDO GOMES<sup>16</sup> ensina que “não é da essência da troca que as coisas tenham igual valor. A desigualdade somente desfigura a permuta quando a contratante, que dá coisa de valor menor, completa sua prestação com dinheiro e o complemento é mais valioso”.

É essencial destacar que, no negócio jurídico de permuta sem torna, os contratantes concordam em trocar um bem ou direito por outro, assumindo que ambas as partes possuem considerações particulares que os fazem legitimamente desejar mais o bem/direito recebido do que o bem/direito entregue na permuta. Tais considerações subjetivas, muitas vezes de foro íntimo, podem não ser economicamente aferíveis ou, ainda, apenas encontrar justificativa econômica a partir de eventos futuros, como com a destinação do bem em uma operação mais complexa, mostrando-se essencial ao conjunto. **Juridicamente, as prestações das partes permutantes são equivalentes.**

**2.2. Consequências no âmbito do IRPJ/CSL da operação típica de permuta sem torna tal como tutelada pelo Direito privado: como são juridicamente equivalentes, na sistemática do lucro real, a receita decorrente da entrada do bem ou direito recebido é necessariamente neutralizada pelo sacrifício (*custo* ou *despesa*) correspondente ao bem ou direito dado em permuta.**

A discussão deste Recurso Especial repousa, em uma de suas possíveis vertentes, na relevância do instituto da *permuta sem torna* no âmbito do Direito privado para a sua tributação pela Fazenda Nacional. É preciso, para a adequada solução do presente caso, compreender o relacionamento mantido entre o Direito tributário e o Direito privado.

Prescreve o CTN:

Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

A doutrina aponta que o art. 109 do CTN pode conduzir a duas compreensões quanto ao relacionamento do Direito tributário com o Direito privado. Nesse sentido, observa LUÍS EDUARDO SCHOUERI<sup>17</sup>:

“O texto não é claro.

Permite, em uma primeira leitura, ver a opção do legislador complementar pela autonomia do Direito Tributário. Afinal, conquanto dê importância ao Direito Privado para a pesquisa da definição, conteúdo e alcance de seus institutos, **permite que seus ‘efeitos tributários’ não sejam definidos pelo Direito Privado, mas pelo Direito Tributário.**

Os ‘efeitos tributários’ surgem, nesta leitura, como algo diverso dos ‘efeitos civis’, o que exigiria a procura por outros ‘efeitos’. (...)

<sup>15</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Contratos em espécie. São Paulo : Atlas, 2014, p. 98-99.

<sup>16</sup> GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro : Forense, 198, p. 300.

<sup>17</sup> SCHOUERI, LUÍS EDUARDO. Direito Tributário. Saraiva : São Paulo, 2012, p. 683.

O mesmo dispositivo oferece, entretanto, leitura diversa, que propõe um equilíbrio entre os dois ramos jurídicos: o Direito Tributário não está submetido ao Direito Privado; o legislador é livre para criar seus próprios institutos e o faz com frequência. Não é incomum até mesmo que expressões criadas no Direito Privado sejam aproveitadas no Direito Tributário com sentido diverso. Exemplo notório é o da pessoa jurídica, instituto próprio do Direito Privado que, não obstante, surge como na legislação do Imposto de Renda para abranger até mesmo as sociedades irregulares. **Se, entretanto, o legislador opta por um instituto, conceito e forma do Direito Privado e não o define com tintas próprias, então deve o intérprete/aplicador compreender que tais institutos não podem ser desprendidos do contexto (de Direito Privado) onde foram desenvolvidos.** Retomando o mesmo exemplo acima citado, a ideia de ‘sociedade’ pressupõe, no Direito Privado, um conjunto de pessoas e uma finalidade comum – distanciando-se do mero condomínio. Um condomínio não pode, destarte, ser tomado pelo intérprete/aplicador da lei tributária como sociedade se não houver norma (tributária) equiparando ambas as situações”.  
(grifos acrescentados ao original)

Note-se que, seja por uma leitura ou por outra do art. 109, do CTN, o legislador poderia atribuir ‘efeitos tributários’ diversos daqueles que decorreriam da definição, do conteúdo e do alcance dos institutos do Direito privado. Para tanto, contudo, exige-se que haja decisão do legislador tributário quanto ao desprendimento daquilo que tenha sido consagrado pelo Direito privado.

A *equivalência jurídica* das prestações, como prescrito no Direito privado, impõe ao legislador tributário uma decisão<sup>18</sup>:

- Atribuir consequências diversas àquelas que defluem, no Direito privado, da operação típica de permuta sem torna **ou**;
- Silenciar e valer-se do instituto da permuta tal qual existente no Direito privado.

**É decisivo observar que o legislador ordinário tenha se mantido silente, sem jamais ter atribuído à operação típica de permuta sem torna (em geral, independentemente do bem ou direito permutado) consequências diversas àquelas que defluem do Direito privado. É inclusive desnecessário cogitar da aplicação do art. 110 do CTN<sup>19</sup> ao presente caso, justamente por não ter o legislador tributário excepcionado qualquer conceito de Direito privado.**

**Para fins tributários, mantem-se incólumes a definição, o conteúdo e o alcance do instituto da permuta estabelecidos pelo Direito privado.**

Como se verificou, o instituto da permuta é tradicional no Direito civil. Entre os civilistas, entende-se que as prestações das partes da relação jurídica de permuta sem torna,

<sup>18</sup> Repita-se que não cabe no bojo deste processo administrativo questioner possíveis inconstitucionalidades da tributação da permuta, o que é reservado ao Poder Judiciário, conforme o RICARF, art. 62.

<sup>19</sup> CTN, Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

por equivalentes juridicamente entre si, se compensam mutuamente (“*rem pro re*”). Em uma operação de mercado sob as condições da figura negocial típica da permuta sem torna, as partes não entram em negociação quanto ao “preço” individualizado ou global dos ativos envolvidos.

No caso concreto, parece crível e conforme a tradição jurídica e negocial que os contratantes concordaram em trocar um bem pelo outro, assumindo que ambas as partes possuíam considerações particulares que os faziam legitimamente desejar mais o bem recebido do que o bem dado na permuta. Tais considerações subjetivas, como se expos, podem não ser economicamente aferíveis ou, ainda, apenas encontrar justificativa econômica a partir de eventos futuros, como com a destinação do bem em uma operação mais complexa, para a qual se mostre essencial ao conjunto.

Tal fator também foi considerado pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, no Parecer PGFN/PGA n. 454/92, *in verbis*:

“VII - Ressalta notar que na permuta pura e simples os contratantes não são movidos pelo valor monetário ou, em outras palavras, preço dos bens envolvidos, mas sim pelo caráter hedonístico, ou seja, o valor intrínseco de utilidade que os bens permutados terão para cada uma das partes individualmente e por isso que a doutrina afirma que em cada um dos patrimônios o que ocorre é mera substituição de um bem de uma natureza por outro de natureza diferente, independente de qualquer referência a preço de mercado, seja este amplo e aberto e aberto ou restrito e dirigido como ocorre no leilão.”

Se no Direito privado o contrato de permuta não requer a precificação ou atribuição de valor ao negócio jurídico realizado (os bens trocados compensam-se, pois são juridicamente equivalentes), tampouco há no Direito tributário exigência para que o contribuinte inclua em seus *contratos de permuta sem torna* o valor dos bens dados e dos bens recebidos (como o de mercado, por exemplo).

**Assim, ao submeter a permuta sem torna à sistemática do *lucro real*, em que as receitas devem ser confrontadas com os sacrifícios necessários à sua obtenção (custos e as despesas), emerge como característica essencial desse negócio jurídico típico a ausência de base imponible de IRPJ e CSL. Como são juridicamente equivalentes, na sistemática do lucro real, a *receita* decorrente da entrada do bem ou direito recebido é necessariamente neutralizada pelo sacrifício (*custo* ou *despesa*) correspondente ao bem ou direito dado em permuta. Não há, assim, como se cogitar a existência de base de cálculo para o IRPJ ou a CSL em operações de permuta sem torna.**

**É também por essa razão que a permuta sem torna está alocada nas hipóteses de não incidência do IRPJ e da CSL: conceitualmente, a base imponible será sempre “zero”. E, por óbvio, “zero” corresponde à ausência de “acréscimo patrimonial”, restando, portanto, impossibilitada o exercício de qualquer poder tributante da União para a cobrança de IRPJ e CSL, conforme se expos no tópico “2” deste voto.**

**Em termos estritamente técnicos, é correto dizer que, com a concretização da permuta sem torna, a renda, enquanto acréscimo patrimonial, ainda não foi realizada. Não há *realização do investimento* com a permuta sem torna praticada pela ora Recorrente. Há, tão somente, *troca patrimonial*. A *realização do investimento* e a consequente tributação da renda se dará em momento posterior, conforme prescreve o Decreto-lei n. 1.598/77 (analisado mais detidamente no tópico “5”, abaixo).**

No âmbito do CARF, tal constatação parece ter sido determinante para decisões como a do acórdão n. 2101-001366, de 2.12.2011:

“GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA POR MEIO DE PERMUTA, SEM TORNA. APLICAÇÃO DO MESMO TRATAMENTO LEGAL DESTINADO À PERMUTA DE BENS IMÓVEIS. Deve-se aplicar à alienação de participação societária por meio de permuta, sem torna, o mesmo tratamento legal destinado à permuta de bens imóveis. Não tendo havido torna no presente caso, não há que se falar em tributação. Sendo assim, na futura alienação do bem, deverá ser considerado, para apuração do ganho de capital, o custo da aquisição originária do bem que fora objeto de permuta”

Na jurisprudência do CARF, também é possível citar outros julgados que reconhecem a não incidência de IRPJ e CSL sobre permutas sem torna, como os que seguem:

- Acórdão n. 1401-00037, de 13.5.2009: “Ademais, tratando-se de permuta sem torna, sequer é o caso de o contribuinte apurar lucro, não havendo sentido em se lançar a contrapartida da variação monetária da obrigação em resultados de exercícios futuros”.

- Acórdão n. 3402-00154, de 2.6.2009: “Em operação de permuta sem torna, o custo de aquisição, para fins de apuração de ganho de capital, é o valor do bem dado em permuta”.

- Acórdão n. 2102-001909, de 16.4.2012: “A permuta ou troca é o contrato pelo qual as partes se obrigam a dar uma coisa por outra que não seja dinheiro. Tudo que pode ser objeto de uma compra e venda pode ser trocado, não sendo necessário que os bens permutados sejam de igual espécie ou valor, sendo lícito, portanto, permutar um imóvel por uma coisa móvel, ou ainda um bem imóvel ou móvel por um direito. A interpretação tributária que restringe à permuta a troca de bens imóveis não tem base na doutrina ou na própria legislação regente do ganho de capital. Dessa forma, ao contrato de permuta, de forma geral, deve ser dado o mesmo tratamento atribuído ao de permuta de unidades imobiliárias, quando somente se pode falar em ganho de capital se houver torna em dinheiro. Inexistindo torna, não haverá ganho de capital, exceto se o permutante ativar em sua declaração de bens e direitos o bem recebido por um valor maior do que o dado na permuta. Indo mais além, sempre que houver envolvimento de dinheiro em espécie na operação, forçoso reconhecer a eventual existência do ganho de capital.”

Não obstante, embora o acórdão recorrido tenha reconhecido a legitimidade da permuta de ações sem torna realizada pelo contribuinte, compreendeu que seria correto à fiscalização avaliar, em um dos polos do negócio jurídico, quais receitas (bens e direitos recebidos) e quais custos ou despesas (bens e direitos entregues) se prestariam à apuração do IRPJ e da CSL.

Dessa forma, a decisão recorrida – **à revelia de qualquer lei tributária que tenha alterado a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado relacionadas à “permuta”** – acabou por tornar não oponíveis ao fisco os efeitos jurídicos do negócio típico realizado pela Recorrente.

**3. A tradicional concepção de permuta como hipótese de não incidência tributária do Direito tributário brasileiro: instruções normativas da Receita Federal, pareceres normativos da PGFN, jurisprudência do**

### CARF e do Poder Judiciário.

Há coerência em uma série de normas que convergem para a compreensão de que, em operações de permuta sem torna, o valor dos bens e direitos recebidos (receitas) deve ser considerado como juridicamente equivalente ao valor dos bens e direitos entregues (custo ou despesa). Analiticamente, trata-se de presunção *iuris et de iure*, coerente com a concepção de que a figura típica da permuta sem torna, tal como tutelada pelo Direito privado, não gera acréscimo patrimonial pela equivalência jurídica das prestações envolvidas.

Nessa regra, não há exceções quanto a “o que se permuta”: o tratamento tributário será o mesmo independentemente do objeto permutado, em obediência à diretriz da renda enquanto *acréscimo patrimonial*.

Exemplos de algumas fontes normativas ilustram bem essa constatação. Começemos por instruções normativas enunciadas pela Receita Federal do Brasil.

Importa observar que as permutas no setor imobiliário sempre foram muito comuns. **Embora o legislador não se tenha dado o trabalho de reafirmar que a permuta sem torna de bens imóveis não faz nascer obrigações tributárias para as pessoas físicas ou, ainda, para as pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real, a Receita Federal, há aproximadamente 30 anos, mantém esse entendimento, especialmente por meio da Instrução Normativa SRF nº 107, de 14.07.1988.**

Nesse cenário, a sistemática de tributação da permuta, aplicável às pessoas físicas (IRPF)<sup>20</sup> e às pessoas jurídicas submetidas ao lucro real (IRPJ e CSL)<sup>21</sup>, é tradicionalmente incontestada ao possibilitar que o contribuinte assumira, como valor do bem imóvel recebido em permuta (receita), o valor contábil do bem imóvel entregue (custo ou despesa).

O Poder Executivo manifesta o acatamento a tal diretriz não apenas por meio de instruções normativas da Receita Federal, mas também por meio de Decreto. Assim, **à revelia de alguma lei ordinária expressa nesse sentido**, o Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99), veiculado pelo Decreto 3.000/99 com a função de sistematizar a legislação esparsa do imposto sobre a renda<sup>22</sup>, dispõe:

Art. 121. Na determinação do ganho de capital, serão excluídas:

(...)

II - a permuta exclusivamente de unidades imobiliárias, objeto de escritura pública, sem recebimento de parcela complementar em dinheiro, denominada torna, exceto no caso de imóvel rural com benfeitorias.

Note-se que os textos da IN 107/88 e do art. 121 do RIR/99 não indicam qualquer lei específica que lhes fundamente de forma imediata e direta, por uma razão muito simples: **não há**.

A inexistência de fonte legal imediata aos referidos atos infralegais poderia conduzir à apressada conclusão de sua ilegalidade. No entanto, de maneira alguma a IN 107/88 ou o art. 121, III, do RIR/99, seriam ilegais ou contrários a qualquer norma jurídica: referidos

<sup>20</sup> Vide: Instrução Normativa SRF nº 84, de 11.10.2001, art. 12.

<sup>21</sup> Vide: Instrução Normativa SRF nº 107, de 14.07.1988.

<sup>22</sup> CTN, Art. 212. Os Poderes Executivos federal, estaduais e municipais expedirão, por decreto, dentro de 90 (noventa) dias da entrada em vigor desta Lei, a consolidação, em texto único, da legislação vigente, relativa a cada um dos tributos, repetindo-se esta providência até o dia 31 de janeiro de cada ano.

atos infralegais simplesmente declaram a norma tradicionalmente vigente no sistema jurídico brasileiro, segundo a qual permutas sem torna não geram acréscimo patrimonial, pois as entradas patrimoniais equivalem juridicamente às saídas.

Em outros termos, a legalidade da IN 107/88 e do art. 121, III, do RIR/99, é dependente da função meramente declaratória, pedagógica, didática que assumem. Tais atos infralegais apenas atribuem maior segurança jurídica ao setor imobiliário quanto à inserção das permutas de bens imóveis sem torna, praticadas por pessoas físicas ou jurídicas submetidas ao lucro real, entre as hipóteses de não incidência do IRPJ e da CSL.

É necessário mais uma vez citar julgados do CARF, que corroboram com tal entendimento. Além dos já referidos nos tópicos precedentes, outros mais podem ser colacionados:

- Acórdão n. 1102-00020, de 26.8.2009: “A exclusão de parcela relativa à permuta de imóveis tem como fundamento a inocorrência de acréscimo patrimonial para as partes contratantes, não se aplicando para hipóteses de dação em pagamento e com a finalidade de realização de receitas operacionais”

- acórdão n. 2101-001751, de 10.7.2012: “Sendo certo que a alienação dos bens imóveis pelo contribuinte foram feitas mediante permuta por fração ideal de novo imóvel, sem o recebimento, de sua parte, de qualquer valor em espécie, mas, ao contrário, havendo pagamento de valor adicional para a aquisição dos novos bens, não há que se falar em ganho de capital. Havendo sido atribuída à fração ideal da nova unidade imobiliária custo de aquisição idêntico àquele relativo ao bem permutado, eventual ganho de capital será aferido futuramente, quando da alienação do novo bem”.

- acórdão n. 1302-001217, de 8.11.2013: “Não se pode comparar/ equiparar o contrato de permuta, o qual tem por objeto principal a troca de bens, com o contrato de compra venda, o qual tem por finalidade a obtenção de renda ou lucro. Os institutos em comento são diversos... E foi justamente pela diversidade dos institutos da permuta e da compra e venda que foi inserida no ordenamento jurídico pátrio a Instrução Normativa SRF n. 107/88, a qual permitiu que as pessoas jurídicas, ao realizarem os contratos de permuta, tributassem apenas a torna, caso está existente”.

Merece destaque o acórdão n. 9202-001819, da CSRF, na qual foi analisada permuta envolvendo inclusive elementos de natureza diversa, quais sejam, *ações ou quotas de pessoa jurídica e bens imóveis*:

GANHO DE CAPITAL ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA PERMUTA POR IMÓVEL COM TORNA. Não incide o imposto de renda na permuta de bens, exceto sobre o valor da torna em moeda corrente, se apurado ganho de capital na operação. Irrelevante, nesse caso, a retificação pelas partes do valor do bem recebido em permuta, efetuada antes do início da ação fiscal.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, merece destaque o seguinte precedente:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ARTIGO 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA. IMPOSTO DE RENDA. EXTINÇÃO DE

HOLDING. DEBATE ACERCA DA OCORRÊNCIA OU NÃO DE DISTRIBUIÇÃO EFETIVA DE LUCROS. SÚMULA 07/STJ.

1. Inexiste ofensa ao artigo 535, do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos.

2. In casu, nos embargos de declaração opostos contra o acórdão que julgou a apelação, a Fazenda Nacional requereu pronunciamento acerca da alegação de que o auto de infração impugnado não se referiria a lucros incorporados ao capital, mas a lucros não capitalizados.

3. Assentando o Tribunal a quo, com fulcro no parecer do Ministério Público, que o Fisco não demonstrara "aquilo que os autos desmentem, a saber, a suposta distribuição de lucros, a redundar em ganho para os sócios e justificar a incidência do IR, no caso concreto", bem como lançando a assertiva de que: "...quando a 'holding' foi extinta, não havia lucro efetivo a ser distribuído aos sócios, **sendo substituído o valor de participação de cada um dos quotistas por ações e quotas de outras empresas (as controladas), não havendo geração de riqueza nova, uma vez que ocorreu apenas uma permuta de bens. Tratou-se de simples fato permutativo, do ponto de vista das ciências contábeis, que provoca uma troca de elementos patrimoniais, sem, contudo, alterar o patrimônio líquido do contribuinte. Não se pode confundir com a hipótese de fatos modificativos positivos (plano contábil), que importam em uma efetiva mutação aumentativa dos elementos patrimoniais da pessoa, caracterizando acréscimo patrimonial, fato imponible do IR"**, ressoa cristalino que fundou a sua conclusão no contexto fático-probatório.

4. Destarte, revela-se inequívoco não só não ter a decisão hostilizada incorrido na omissão apontada, que ensejaria o provimento do recurso pela violação ao artigo 535, do CPC, como também, no que pertine ao debate acerca da ofensa ao artigo 43, do CTN, com o que pretende o recorrente o revolvimento de matéria insindicável, em sede de recurso especial, pelo E. STJ, ante a incidência da Súmula 07. Isto porque o acórdão recorrido, no exercício de cognição plena, perfilhou o entendimento da não incidência de imposto de renda, partindo da premissa de que, in casu, não houve distribuição de lucros efetivos aos sócios, mas mera permuta de bens, uma vez que o valor da participação de cada um dos quotistas foi substituído por ações e quotas de outras empresas (as controladas), gerando mera expectativa de percepção futura de lucro.

5. Análise da pretensão recursal que implica no indispensável reexame do contexto fático-probatório dos autos, porquanto exige o cotejo entre o auto de infração e a operação realizada pela empresa no ato de sua dissolução, para aferir a ocorrência ou não de distribuição efetiva de lucros, ensejador de acréscimo patrimonial, fato imponible do imposto de renda.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.

(STJ, REsp 668.378/ES, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/10/2005, DJ 14/11/2005, p. 197)

Prosseguindo com a análise de fontes formais do Direito tributário pertinentes ao tema, é preciso analisar como o legislador ordinário, ainda que omissivo, conduz à norma segundo a qual a permuta sem torna corresponde a uma hipótese de não incidência tributária.

A coerência do legislador em relação a essa matéria é tamanha que, a fim de conferir a situações geralmente tributadas o *status* de *hipóteses de não incidência tributária*, o

faz justamente por meio de *remissão legal* ao efeitos da permuta sem torna. Por tomar como livre de debates no sistema jurídico vigente que permutas sem torna não estão sujeitas à incidência de IRPJ e CSL, o legislador atribui o mesmo efeito a situações tributáveis que decide desonerar. Foi o que se fez, por exemplo, no art. 65 da Lei 8.383, de 30.12.91:

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

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

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

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

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

O art. 65 da Lei 8.383/91 é relevante ao presente caso, pois evidencia que a permuta sem torna, inclusive de ações, se encontra no campo da não incidência tributária.

O aludido dispositivo tutela a (não) tributação de operações de ***dação em pagamento***. Em situações normais, a *dação em pagamento* de títulos da dívida pública para a aquisição de ações de empresas estaria sujeita à tributação do ganho de capital. A distinção entre *permuta e dação em pagamento* é questão assente no CARF:

- Acórdão n. 3402-00048, de 5.3.2009: “Não podemos confundir a dação em pagamento onde há ingresso de rendimento no patrimônio do contribuinte com a permuta que é mera troca patrimonial de bens que não representaria acréscimo patrimonial, ressaltando os casos em que há pagamento de torna”.

Assim, na representação gráfica proposta acima (tópico “2”), os possíveis ganhos de capital dessa operação de *dação em pagamento representariam acréscimos patrimoniais sujeitos à tributação* e, portanto, localizados no “círculo (2)”. O art. 65 da Lei 8.383/91, contudo, desloca a *dação em pagamento* no “círculo (3)”, entre as *situações que representam “acréscimos patrimoniais”, mas que não são tributadas pelo IRPJ e pela CSL por norma de isenção que opera por remissão às consequências jurídico-tributárias da permuta sem torna*.

Note-se que o legislador basicamente repisa, nos parágrafos do art. 65 da Lei 8.383/91, conhecidos e tradicionais procedimentos para a neutralização de qualquer incidência tributária sobre operações de permuta. Assim, por exemplo, os aludidos dispositivos prescrevem que se considere, como valor das ações adquiridas (receitas), o valor dos títulos da dívida públicas entregues (custo ou despesa).

Não se pode esquecer, ainda, pareceres da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional que se alinham à mesma diretriz, como o Parecer PGFN/PGA n. 454/92 já referido neste voto, do qual ora se destaca o seguinte trecho:

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

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

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

"2. Quanto à capacidade contributiva, é um conceito que já foi juridicizado e cuja definição e reconhecimento não são difíceis, nos dias que correm. De toda maneira, a circunstância de o texto constitucional tê-lo consagrado de modo explícito (art. 145, § 19), obriga o jurista a reconhecer-lhe um determinado conteúdo, sentido e alcance. É a expressão tributária (quanto à espécie imposto) das exigências do princípio geral de isonomia consagrado no art. 5º e seu item I" (Geraldo Ataliba, em *RDP*, n. 93, Editora Revista dos Tribunais).

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

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

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

A decisão recorrida, que entendeu por manter a tributação de IRPJ e CSL sobre a operação de permuta de ações sem troca, contraria, como se evidencia, uma gama de vetores que convergem para que tal situação seja prontamente considerada como uma *hipótese de não incidência tributária*.

É por essa razão que voto pela reforma da decisão recorrida, para o cancelamento do respectivo auto de infração.

#### 4. “Normas pedagógicas” para elucidar hipóteses de não incidência tributária: imprescindíveis?

O acórdão *a quo*, por voto de qualidade, compreendeu que, como decorrência imediata da não aplicação da IN 107/88 à permuta de ações, tal operação deveria ser tributada. Quanto a essa questão, o acórdão recorrido restou assim ementado:

“As disposições da IN 107/88 versam apenas sobre permuta de unidades imobiliárias (edificações e terrenos), logo, inaplicável em caso de permuta de participações societárias. Por essa razão e à mingua de outra norma nesse sentido aplicável na espécie, não há falar que a participação societária recebida deva ser contabilizada pelo valor participação societária dada em permuta”.

No entanto, como se pôde observar, a própria legalidade da IN 107/88 é dependente de sua função meramente declaratória, pedagógica, didática ao setor imobiliário quanto à inserção das permutas de bens imóveis sem torna entre as hipóteses de não incidência do IRPJ e da CSL.

Há no sistema jurídico normas cuja função é meramente pedagógica, declaratória, didática. Tais normas não são, em absoluto, imprescindíveis, já que não lhes cabe mais do que repisar de forma mais clara e eficaz à sociedade algum mandamento já existente no ordenando jurídico.

A importância de normas gerais e abstratas meramente pedagógicas pode estar relacionada com a necessidade de se lembrar aos aplicadores do Direito a sua cogência, de modo que, quanto menor a *eficácia social*<sup>23</sup> das normas do sistema jurídico, mais pertinência pode vir a ter enunciados prescritivos meramente *pedagógicos, didáticos*.

No âmbito do Direito tributário, referidas normas podem ser enunciadas para reafirmar *hipóteses de não incidência*, com a utilidade, por exemplo, de pacificar contendas. Mas repita-se: não são, em absoluto, imprescindíveis, já que não lhes cabe mais do que repetir algum mandamento já existente no ordenando de forma mais clara e eficaz à sociedade.

A função meramente declaratória, pedagógica, didática da IN 107/88 e do art. 121, III, do RIR/99, é escancarada pela ausência de *lei*, na acepção estrita do termo, em que estejam embasados esses instrumentos infralegais, como se apontou acima. **Seria necessária a atividade prévia do Poder Legislativo, de enunciar lei ordinária com a previsão de não incidência de IRPJ e CSL sobre operações de permuta sem torna de bens imóveis, para só então o Poder Executivo ter competência para enunciar atos infralegais confirmando a não tributação de tais eventos? Não, pois trata-se de hipótese de não incidência tributária, há muito consagrada no Direito brasileiro, a qual sequer o legislador poderia contrariar sem contradizer a diretriz mestra da concepção de renda enquanto *acréscimo patrimonial*.<sup>24</sup>**

Normas de tal jaez seriam úteis para evitar a formação de demandas como esta, mas perfeitamente prescindíveis para que sejam respeitados os efeitos jurídicos de uma

<sup>23</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, “a eficácia social ou efetividade, por sua vez, diz respeito aos padrões de acatamento com que a comunidade responde aos mandamentos de uma ordem jurídica historicamente dada.” (CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. São Paulo : Saraiva, 2000, p. 81-82).

<sup>24</sup> Repita-se que não cabe no bojo deste processo administrativo questioner possíveis inconstitucionalidades da tributação da permuta, o que é reservado ao Poder Judiciário, conforme o RICARF, art. 62.

hipótese de não incidência tributária. A ausência de norma expressa quanto à não tributação de permutas sem torna, desse modo, não alteram a qualificação de hipóteses de não incidência tributária.

#### **5. O Método de Equivalência Patrimonial (MEP), o Deságio e o Diferimento da tributação para o momento da realização do investimento.**

Nos idos de 1976, a Lei 6.404 regulou a adoção do método da equivalência patrimonial, nos seguintes termos:

“Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos relevantes (artigo 247, parágrafo único) em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital social, e em sociedades controladas, serão avaliados pelo valor de patrimônio líquido, de acordo com as seguintes normas:  
(...)”

Nesse seguir legislação brasileira passou a prever que as pessoas jurídicas que detivessem investimentos em outras pessoas jurídicas controladas ou coligadas desdobrassem o custo destes pelo *método de equivalência patrimonial* (“MEP”) e o ágio ou deságio eventualmente verificado em sua aquisição:

#### **Decreto-lei n. 1.598/77**

Art. 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e

II - ágio ou **deságio** na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.

§ 1º - O valor de patrimônio líquido e o ágio ou **deságio** serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

§ 2º - O lançamento do ágio ou **deságio** deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:

a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

**c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.**

§ 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras **a e b** do § 2º deverá ser baseado em **demonstração** que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

Art. 25 - As contrapartidas da amortização do ágio ou **deságio** de que trata o artigo 20 **não serão computadas na determinação do lucro real**, ressalvado o disposto no artigo 33.

Sujeita à referida norma, no presente caso, a Recorrente avaliou o seu investimento pelo MEP e, ao permutar as suas ações, desdobrou o aludido investimento no valor equivalente ao patrimônio líquido da nova investida e no correspondente deságio verificado.

O ágio ou deságio apurado pela investidora, como decorrência contábil do MEP, é sabidamente neutro para fins fiscais. Ocorre que, tecnicamente, não houve qualquer “realização do investimento” com a permuta sem torna realizada. Houve apenas “troca patrimonial”.

Ao realizar a permuta de ações sem torna, a Recorrente não estaria de fato sujeita à cobrança de IRPJ e CSL, em consonância com a consagrada hipótese de não incidência tributária que vige no sistema jurídico brasileiro. Assim, **o legislador elegeu como fato gerador o momento seguinte ao evento da permuta sem torna que, aí sim, se tornaria capaz de ensejar a realização da renda. É o que se observa dos arts. 31 e 33 do Decreto-lei n. 1.598/77:**

Art. 31 - Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, inclusive por desapropriação (parágrafo 4º), na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente.

(...)

Parágrafo 3º - O ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento será determinado com base no valor contábil (parágrafo 1º), diminuído da provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.

Art. 33 - O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:

I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real;

Dessa forma, embora a permuta de ações sem torna não seja capaz de dar ensejo à ocorrência do fato gerador do IRPJ ou da CSL, em momento seguinte, quando a Recorrente alienar o seu investimento, o deságio escriturado em função da aludida permuta irá majorar o ganho de capital a ser tributado. Em outros termos, o deságio decorrente da permuta reduziria o “valor contábil” do investimento e, confrontando este com o valor pelo qual tal investimento vier a ser alienado, o ganho de capital tributável será proporcionalmente maior. É nesse momento da realização do investimento, então, que o deságio apurado pelo MEP poderia vir a ser legitimamente tributado pela União.

Desse modo, atento à consagrada hipótese de não incidência tributária que vige no sistema jurídico brasileiro e à não realização do investimento com a prática do típico negócio da permuta sem torna, o legislador prescreveu a seguinte sistemática:

- 1) previu a adoção de mecanismo de contabilização do investimento mantido em controladas ou coligadas acima referido (MEP), hábil para registrar o ágio ou deságio decorrente de operações de permuta (Decreto-lei n. 1.598/77, art. 20);
- 2) manifestou o diferimento do interesse tributante para o momento da alienação que, finalmente, enseje a realização do investimento (Decreto-lei n. 1.598/77, art. 25);

- 3) previu as consequências do ágio ou deságio apurado na operação de permuta para o cálculo do ganho de capital obtido com a posterior alienação (realização) do investimento (Decreto-lei n. 1.598/77, art. 31 e 33).

## 6. CONCOMITÂNCIA DA MULTA ISOLADA COM A MULTA DE OFÍCIO.

Com a manutenção da cobrança principal por este Colegiado, é preciso decidir se a *multa isolada* pelo não recolhimento das estimativas mensais de IRPJ e CSL deve ser cobrada cumulativamente com a multa de ofício, na hipótese de auto de infração lavrado após o término do exercício fiscal.

Conforme a Súmula CARF n. 82, “após o encerramento do ano-calendário, é incabível lançamento de ofício de IRPJ ou CSLL para exigir estimativas não recolhidas”. A inteligência da Súmula decorre da constatação de que as estimativas, recolhidas ou não, seriam meras antecipações do tributo cujo fato gerador ocorreria efetivamente no dia 31.12.

O legislador tributário, ao estruturar a sistemática de apuração do IRPJ/CSL pelo lucro real anual, foi coerente com essa metodologia:

- 1) durante o exercício fiscal, o contribuinte deve recolher estimativas mensais. Se no curso do exercício fiscal a fiscalização constatar que o contribuinte não apurou e recolheu estimativas mensais, salvo na hipótese de apresentação de balanços de suspensão ou redução, deverá lavrar auto de infração para a cobrança de tais valores, com a imposição da multa correspondente;
- 2) após o fim do exercício fiscal, nenhuma estimativa mais é devida ou multa pelo seu não cumprimento são exigíveis. O contribuinte deve apurar o IRPJ/CSL e recolher os valores devidos. Se após o término do exercício fiscal a fiscalização constatar que o contribuinte não apurou e recolheu o IRPJ/CSL, deverá lavrar auto de infração para a cobrança de tais valores, com a imposição da multa correspondente.

O legislador tributário, ao estruturar a sistemática de apuração do IRPJ/CSL pelo lucro real anual, naturalmente não exigiu a cumulação da exigência das estimativas e do IRPJ/CSL. Da mesma forma, o legislador coerentemente não exigiu a cumulação das multas, o que, entre outros princípios, ofenderia a *proibição da consunção*.

No caso da multa isolada por não apuração de estimativas sob julgamento, o seu critério temporal está adstrito ao exercício fiscal em que uma determinada estimativa deveria ser apurada e recolhida pelo contribuinte e não o tenha sido. Após esse marco temporal, o bem jurídico em questão (estimativas mensais) deixa de ser exigível, bem como a corresponde penalidade que busca garantir a seu cumprimento espontâneo pelo contribuinte também não é mais exigida pelo legislador. Após 31.12, competirá à fiscalização exigir não mais estimativas, mas o recolhimento do efetivo tributo (IRPJ e CSL) por ventura devido e não recolhido a seu tempo, com a multa de ofício cabível em razão desse atraso (qualificada, se for o caso).

Apenas na hipótese de a fiscalização exigir estimativas não apuradas e recolhidas no curso do próprio exercício fiscal é que se mostra cabível tanto a exigência dessas antecipações quanto a imposição da correspondente multa pelo não cumprimento desta. Merecem destaque algumas decisões proferidas por esta CSRF, que igualmente compreenderam inaplicável aludida multa isolada após o encerramento do exercício fiscal:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 1999, 2000, 2001, 2002, 2003

MULTA ISOLADA - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA - O artigo 44 da Lei nº 9.430/96 preceitua que a multa de ofício deve ser calculada sobre a totalidade ou diferença de tributo, materialidade que não se confunde com o valor calculado sob base estimada ao longo do ano. O tributo devido pelo contribuinte surge quando é o lucro apurado em 31 de dezembro de cada ano. Improcede a aplicação de penalidade pelo não-recolhimento de estimativa quando a fiscalização apura, após o encerramento do exercício, valor de estimativas superior ao imposto apurado em sua escrita fiscal ao final do exercício.

Recurso especial negado.

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Período de apuração: 2001

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE

ESTIMATIVA. O artigo 44 da Lei IV 9.430/96 preceitua que a multa de ofício deve ser calculada sobre a totalidade ou diferença de tributo, materialidade que não se confunde com o valor calculado sob base estimada ao longo do ano. O tributo devido pelo contribuinte surge quando é o lucro apurado em 31 de dezembro de cada ano. Improcede a aplicação de penalidade pelo não-recolhimento de estimativa quando a fiscalização apura, após o encerramento do exercício, valor e estimativas superior ao imposto apurado em sua escrita fiscal ao final do exercício.

(Acórdão n. 9101-000.575, de 18.05.2010)

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2004, 2005

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA.

O artigo 44 da Lei nº 9.430/96 preceitua que a multa de ofício deve ser calculada sobre a totalidade ou diferença de tributo, materialidade que não se confunde com o valor calculado sobre base estimada ao longo do ano. A jurisprudência da CSRF consolidou-se no sentido de que não cabe a aplicação da multa isolada após o encerramento do período. Ante esse entendimento, não se sustenta a decisão que mantém a exigência da multa sobre o valor total das estimativas não recolhidas.

(Acórdão n. 9101-001.547, de 22.01.2013)

Compreendo que tais fundamentos seriam suficientes para dar provimento ao recurso especial interposto pelo contribuinte.

Há, no entanto, uma questão fundamental que deve ser enfrentada, tendo em vista o seu caráter vinculante. **Faz-se necessário decidir se a Súmula n. 105 é aplicável também aos períodos posteriores à edição da Lei n. 11.488/2007, de forma a ter eficácia no julgamento do presente caso:**

**Súmula CARF n. 105:** A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44, § 1º, inciso IV, da Lei n.

9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Para tanto, é preciso analisar os efeitos trazidos pela Lei nº 11.488/2007 sobre o 44 da Lei nº 9.430/96, de forma a verificar se a Súmula n. 105 é igualmente aplicável aos períodos posteriores a 2007.

Em sua redação original, o art. 44 da Lei n. 9.430/96 assim prescrevia:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

§1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:

I - juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos; (...);

IV - isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente.

Com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.488/2007, o dispositivo passou a dispor:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

(...)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, **ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.**

Tanto nos termos do RICARF vigente à época da enunciação da Súmula n. 105 do CARF (08.12.2014) quanto no atual, para a edição de súmulas, são levados à apreciação dos Conselheiros deste Tribunal determinado número de julgados sobre a matéria, considerados capazes de possibilitar a “mais precisa percepção possível não apenas da questão de direito cuja relevância há de se aferir, como também do conflito em que ela se insere”<sup>25</sup>. Os casos selecionados devem propiciar a ventilação dos mais relevantes argumentos quanto à interpretação que deve ser atribuída à legislação federal, pois a norma decorrente da súmula deverá ser aplicada a todos os demais casos que apresentem questão de direito equivalente.

Por esse arcabouço jurídico, atribui-se à súmula do CARF a feição de precedente com “força necessária para servir como *ratio decidendi* para o juiz subsequente”<sup>26</sup>. Por essa sistemática, os fundamentos adotados nos acórdãos paradigmáticos que provocaram a

<sup>25</sup> TALAMINI, Eduardo. Julgamento de recursos no STJ ‘por amostragem’. Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini, 2008. Disponível em [www.justen.com.br/informativo](http://www.justen.com.br/informativo).

<sup>26</sup> À semelhança do que ocorre com os recursos repetitivos do STJ. A respeito destes, vide: MESQUITA, José Ignácio Botelho et al. A repercussão geral e os recursos repetitivos: economia, direito e política, In: Revista de Processo, São Paulo, v. 38, n. 220, p. 13-32, jun. 2013, p. 29.

edição da súmula passam a ser aplicáveis, de forma obrigatória, a todos os demais casos que vierem a ser submetidos ao CARF.

Para a solução do presente caso, é preciso compreender essa relação de complementariedade: a *ratio decidendi* dos acórdãos paradigmas não se despreendem da respectiva súmula, nem esta deve ser aplicável a hipóteses que não estariam abrangidas pelos aludidos paradigmas. Em outras palavras, como a súmula é *norma geral e concreta*<sup>27</sup> que veicula a *ratio decidendi* outrora presente em reiterados *acórdãos individuais e concretos*, a sua aplicação é restrita às situações que sejam equivalentes àquelas tratadas nos referidos acórdãos paradigmáticos. A aplicação de uma súmula a um caso concreto pressupõe que as *premissas fáticas* e as *normas questionadas* neste sejam equivalentes às *premissas fáticas* e às *normas questionadas* nos paradigmas que ensejaram a súmula.

No caso, duas *ratio decidendi* podem ser abstraídas dos fundamentos dos paradigmas da Súmula n. 105 do CARF. A primeira delas é que, **pelo critério da consunção, nas autuações realizadas após o término do exercício fiscal, a penalidade atinente à multa isolada pela não apuração de estimativas mensais deve ser absorvida pela multa de ofício.** É o que se observa dos seguintes acórdãos que serviram de inspiração à Súmula n. 105:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano-calendário: 1998

(...)

**MULTA ISOLADA - APLICAÇÃO CONCOMITANTE COM A MULTA DE OFÍCIO — Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço. A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda. O bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação.**

(CSRF, 9101-001.307, de 24/04/2012)

IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002

**APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA NA ESTIMATIVA - Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço. A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda. O bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação.**

(CARF, 3ª Turma Especial, 1ª Seção, 1803-001.263, de 10/04/2012)

<sup>27</sup> Vide, sobre o tema: CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 35-41.

Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ  
Contribuição Social sobre o Lucro Líquido CSLL  
Ano-calendário: 2001

Ementa: APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA NA ESTIMATIVA — Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço. A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. **Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda. O bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação.**

(CSRF, 9101-001.261, de 22/11/2011)

Neste último acórdão, houve a transcrição integral dos fundamentos adotados em outro julgamento da CSRF, que restou assim ementado:

Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ  
Exercício. 1999, 2000, 2001, 2002, 2003

Ementa: APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA NA ESTIMATIVA — Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço. A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. **Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda. O bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação.** Recurso especial negado.

(CSRF/01-05.838, de 15.04.2008)

A segunda *ratio decidendi*, que se abstrai dos paradigmas que inspiraram a Súmula n. 105 do CARF, consiste no **não cabimento de lançamento de multa isolada cuja base de cálculo seja coincidente ou esteja inserida na base de cálculo das multas de ofício.** É o que se observa de suas respectivas ementas, a seguir transcritas:

Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ  
Exercício: 2000, 2001

Ementa: MULTA ISOLADA. ANOS-CALENDÁRIO DE 1999 e 2000. FALTA DE RECOLHIMENTO POR ESTIMATIVA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO EXIGIDA EM LANÇAMENTO LAVRADO PARA A COBRANÇA DO TRIBUTO. Incabível a aplicação concomitante da multa por falta de recolhimento de tributo sobre bases estimadas e da multa de ofício exigida no lançamento para cobrança de tributo, **visto que ambas penalidades tiveram como base o valor das glosas efetivadas pela Fiscalização.** Recurso Especial do Procurador conhecido e não provido.  
(CSRF, 9101-001.203, de 17/10/2011)

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF  
Exercício: 2001

IR-FONTE. AFASTAMENTO. O próprio lançamento tributário em razão da desconsideração do planejamento fiscal já atribuiu as respectivas saídas de valores a causa e seus beneficiários.

MULTA ISOLADA. ANO-CALENDÁRIO DE 2000. FALTA DE RECOLHIMENTO POR ESTIMATIVA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO EXIGIDA EM LANÇAMENTO LAVRADO PARA A COBRANÇA DO TRIBUTO. Incabível a aplicação concomitante da multa por falta de recolhimento de tributo sobre bases estimadas e da multa de ofício exigida no lançamento para cobrança de tributo, **visto que ambas penalidades tiveram como base o valor da receita omitida apurado em procedimento fiscal**. Recurso especial do Procurador negado.  
(CSRF, 9101-001.238, de 21/11/2011)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ  
Ano-calendário: 2000, 2001

(...)

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. PENALIDADE. MULTA ISOLADA.  
FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS.

Devem ser exoneradas as multas isoladas por falta de recolhimento de estimativas, uma vez que, cumulativamente foram exigidos os tributos com multa de ofício, e **a base de cálculo das multas isoladas está inserida na base de cálculo das multas de ofício, sendo descabido, nesse caso, o lançamento concomitante de ambas.**

(...)

(CARF, 1ªC/2ªTO, 1102-00.748, de 09/05/2012)

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2003

DECADÊNCIA. MULTA ISOLADA. ESTIMATIVAS NÃO RECOLHIDAS. A regra geral para contagem do prazo decadencial para constituição do crédito tributário, no caso de penalidades, está prevista no artigo 173, I do CTN, apresentando-se regular a exigência formalizada dentro deste prazo. Por sua vez, em relação aos tributos, havendo antecipação de recolhimentos o prazo é contado na forma do art. 150, §4o. do CTN.

MULTA DE OFÍCIO ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAS CONCOMITANTE COM A MULTA DE OFÍCIO. INAPLICABILIDADE. **É inaplicável a penalidade quando existir concomitância com a multa de ofício sobre o ajuste anual (mesma base).**

(...)

(CARF, 4ªC/2ªTO, 1402-001.217, de 04/10/2012)

Em todos esses julgados, portanto, compreendeu-se não ser cabível o lançamento de multa isolada, quando:

- pelo critério da consunção, nas autuações realizadas após o término do exercício fiscal, a penalidade atinente à multa isolada pela não apuração de estimativas mensais deva ser absorvida pela multa de ofício;

- a sua base de cálculo seja coincidente ou esteja inserida na base de cálculo das multas de ofício.

**Os referidos fundamentos permanecem aplicáveis mesmo após a edição da Lei n. 11.488/2007, o que obriga este Colegiado à aplicação da Súmula 105, que não possui restrição temporal em seu enunciado.**

Em primeiro lugar, não há dúvidas que a referida súmula consagrou o princípio da **consunção**, que justamente serviu de fundamento aos acórdãos que a inspiraram. É o que se observa dos fundamentos do acórdão 01-05.838, proferido pela CSRF em 15.04.2008, da relatoria do então Conselheiro MARCOS VINICIUS NEDER DE LIMA, *in verbis*:

“Quando várias normas punitivas concorrem entre si na disciplina jurídica de determinada conduta, é importante identificar o bem jurídico tutelado pelo Direito. Nesse sentido, para a solução do conflito normativo, deve-se investigar se uma das sanções previstas para punir determinada conduta pode absorver a outra, desde que o fato tipificado constitui passagem obrigatória de lesão menor, de um bem de mesma natureza para a prática da infração maior.

No caso sob exame, o não recolhimento da estimativa mensal pode ser visto como etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. A primeira conduta é, portanto, meio de execução da segunda.

Com efeito, o bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação. Assim, a interpretação do conflito de normas deve prestigiar a relevância do bem jurídico e não exclusivamente a grandeza da pena cominada, pois o ilícito de passagem não deve ser penalizado de forma mais gravosa que o ilícito principal. É o que os penalistas denominam ‘princípio da consunção’.

Segundo as lições de Miguel Reale Junior: ‘pelo critério da consunção, se ao desenrolar da ação se vem violar uma pluralidade de normas passando-se de uma violação menos grave para outra mais grave, que é o que sucede no crime progressivo, prevalece a norma relativa ao crime em estágio mais grave...’. E prossegue ‘no crime progressivo portanto, o crime mais grave engloba o menos grave, que não é senão um momento a ser ultrapassado, uma passagem obrigatória para se alcançar uma realização mais grave’.

Assim, não pode ser exigida concomitantemente a multa isolada e a multa de ofício na hipótese de falta de recolhimento de tributo apurado no final do exercício e também pela falta de antecipação sob a forma estimada. Cobra-se apenas a multa de ofício por falta de recolhimento de tributo.”

**Repita-se: mesmo após as alterações introduzidas pela Lei n. 11.488/2007 ao art. 44 da Lei n. 9.430/96, a teoria da consunção permanece plenamente aplicável à matéria sob julgamento.** Esse é, inclusive, o entendimento que vem sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça (doravante “STJ”), como se observa do seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. MULTA ISOLADA E DE OFÍCIO. ART. 44 DA LEI N. 9.430/96 (REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.488/07). EXIGÊNCIA CONCOMITANTE. IMPOSSIBILIDADE NO CASO.

1. Recurso especial em que se discute a possibilidade de cumulação das multas dos incisos I e II do art. 44 da Lei n. 9.430/96 no caso de ausência do recolhimento do tributo.

2. Alegação genérica de violação do art. 535 do CPC. Incidência da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.

3. A multa de ofício do inciso I do art. 44 da Lei n. 9.430/96 aplica-se aos casos de "totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata".

4. A multa na forma do inciso II é cobrada isoladamente sobre o valor do pagamento mensal: "a) na forma do art. 8º da Lei no 7.713, de 22 de dezembro

de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007) e b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída pela Lei n. 11.488, de 2007)".

5. As multas isoladas limitam-se aos casos em que não possam ser exigidas concomitantemente com o valor total do tributo devido.

6. No caso, a exigência isolada da multa (inciso II) é absorvida pela multa de ofício (inciso I). A infração mais grave absorve aquelas de menor gravidade. Princípio da consunção.

Recurso especial improvido.

(STJ, REsp 1.496.354/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 24/03/2015)

Em seu voto, acompanhado pela unanimidade da Segunda Turma da 1ª Seção do STJ, o i. Ministro HUMBERTO MARTINS, relator do referido julgado, assim explicitou os fundamentos, *in verbis*:

“Sistematicamente, nota-se que a multa do inciso II do referido artigo somente poderá ser aplicada quando não possível a multa do inciso I.

Destaca-se que o inadimplemento das antecipações mensais do imposto de renda não implicam, por si só, a ilação de que haverá tributo devido. Os recolhimentos mensais, ainda que configurem obrigações de pagar, não representam, no sentido técnico, o tributo em si. Este apenas será apurado ao final do ano calendário, quando ocorrer o fato gerador.

As hipóteses do inciso II, "a" e "b", em regra, não trazem novas hipóteses de cabimento de multa. A melhor exegese revela que não são multas distintas, mas apenas formas distintas de aplicação da multa do art. 44, em consequência de, nos casos ali descritos, não haver nada a ser cobrado a título de obrigação tributária principal.

As chamadas "multas isoladas", portanto, apenas servem aos casos em que não possam ser as multas exigidas juntamente com o tributo devido (inciso I), na medida em que são elas apenas formas de exigência das multas descritas no caput.

Esse entendimento é corolário da lógica do sistema normativo-tributário que pretende prevenir e sancionar o descumprimento de obrigações tributárias. De fato, a infração que se pretende reprimir com a exigência isolada da multa (ausência de recolhimento mensal do IRPJ e CSLL por estimativa) é completamente abrangida por eventual infração que acarrete, ao final do ano calendário, o recolhimento a menor dos tributos, e que dê azo, assim, à cobrança da multa de forma conjunta.

Em se tratando as multas tributárias de medidas sancionatórias, aplica-se a lógica do princípio penal da consunção, em que a infração mais grave abrange aquela menor que lhe é preparatória ou subjacente.

O princípio da consunção (também conhecido como Princípio da Absorção) é aplicável nos casos em que há uma sucessão de condutas típicas com existência de um nexo de dependência entre elas. Segundo tal preceito, a infração mais grave absorve aquelas de menor gravidade.

Sob este enfoque, não pode ser exigida concomitantemente a multa isolada e a multa de ofício por falta de recolhimento de tributo apurado ao final do exercício e também por falta de antecipação sob a forma estimada. Cobra-se apenas a multa de ofício pela falta de recolhimento de tributo.”

Em decisão posterior, no REsp 1.499.389/PB, o STJ novamente vivificou o princípio da consunção para afastar a cumulação da multa de ofício com a multa isolada, em período posterior à Lei n. 11.488/2007. A referida decisão restou assim ementada:

TRIBUTÁRIO. MULTA ISOLADA E MULTA DE OFÍCIO. ART. 44 DA LEI N. 9.430/96 (REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.488/07). EXIGÊNCIA CONCOMITANTE. IMPOSSIBILIDADE NO CASO. PRECEDENTE.

1. A Segunda Turma desta Corte, quando do julgamento do REsp nº 1.496.354/PR, de relatoria do Ministro Humberto Martins, DJe 24.3.2015, adotou entendimento no sentido de que a multa do inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430/96 somente poderá ser aplicada quando não for possível a aplicação da multa do inciso I do referido dispositivo.

2. Na ocasião, aplicou-se a lógica do princípio penal da consunção, em que a infração mais grave abrange aquela menor que lhe é preparatória ou subjacente, de forma que não se pode exigir concomitantemente a multa isolada e a multa de ofício por falta de recolhimento de tributo apurado ao final do exercício e também por falta de antecipação sob a forma estimada. Cobra-se apenas a multa de ofício pela falta de recolhimento de tributo.

3. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 1499389/PB, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 28/09/2015)

É fundamental notar que a *ratio decidendi* presente nos referidos julgados do STJ, que se detiveram às alterações introduzidas pela Lei n. 11.488/2007, não é distinta daquela adotada pelo CARF em seus reiterados julgados proferidos na vigência da redação original do art. 44 da Lei n. 9.430/96 e que motivaram a edição da Súmula n. 105.

Nesse seguir, após as alterações introduzidas pela Lei n. 11.488/2007, o mesmo dilema quanto à **consunção**, anteriormente enfrentado pelo CARF e solucionado pela Súmula n. 105, permanece presente.

Além disso, também a segunda a *ratio decidendi* da Súmula n. 105 permanece aplicável mesmo após a edição da Lei n. 11.488/2007, atinente à **impossibilidade da base de cálculo da multa isolada estar inserida na base de cálculo das multas de ofício**.

Note-se que, no acórdão 1102-00.748, também citado acima entre os paradigmas da Súmula n. 105 do CARF, a então Conselheira ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA consignou que o fundamento para a proibição da cumulação da multa de ofício com a multa isolada se daria pelo fato da base de cálculo desta estar compreendida na base de cálculo daquela, *in verbis*:

“No caso destes autos, constata-se que o **valor da base de cálculo da multa isolada está inserido na base de cálculo da multa de ofício**.

Levando-se em conta que é o bem público que deve ser protegido, aplicar a multa proporcional cumulativamente com a multa isolada, por falta de recolhimento da estimativa sobre os valores apurados, em procedimento fiscal, sobre base de cálculo de idêntico valor, implicaria admitir que, sobre o imposto apurado de ofício, se aplicaria duas punições, que significaria em relação à falta, a imposição de penalidade desproporcional ao proveito obtido.”

(grifos acrescidos)

Como se pode observar, a *ratio decidendi* adotada nesse julgado, proferido com vistas à redação original da Lei n. 9.430/96, continua perfeitamente aplicável às normas sancionatórias veiculadas pela Lei n. 11.488/2007: enquanto a redação original previa que as bases de cálculo da multa isolada e da multa de ofício seriam idênticas, com a redação vigente

a partir de 2007, não há mais necessária coincidência, embora seja certo que **o valor da base de cálculo da multa isolada permanece inserido na base de cálculo da multa de ofício.**

## 7. CONCLUSÃO.

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

Tendo em vista que o legislador tributário não alterou a definição, o conteúdo e o alcance do instituto típico no Direito privado da permuta sem torna, as prestações mútuas da operação realizada pela Recorrente devem ser consideradas como *juridicamente equivalentes*. Como consequência, na sistemática do lucro real, não há base imponible (base de cálculo igual a “zero”) para o IRPJ e a CSL, que apenas tributariam acréscimos patrimoniais (*renda* ou *lucro*).

Na sistemática do *lucro real*, portanto, as permutas de ações sem torna estão inseridas no campo das *hipóteses de não incidência de IRPJ e CSL*, tornando desnecessários, inclusive, dispositivos legais ou infralegais que, para fins meramente didáticos, declarem a não tributação das aludidas operações.

Não se trata de qualquer isenção, mas de **hipótese de não incidência tributária** que conduz ao mero *diferimento* do pagamento de IRPJ e CSL: em momento posterior, o deságio apurado pelo método da equivalência patrimonial deverá ser *considerado* para o cálculo do ganho de capital obtido pela Recorrente com a *realizado o investimento* (por exemplo, venda).

Pelo que foi exposto e em linha com meu voto proferido no julgamento do presente recurso especial, no qual lhe dei provimento, entendo que a permuta de ações sem torna realizada pela Recorrente não dá azo à tributação de CSL e de IRPJ, razão pela qual o lançamento tributário realizado não deveria subsistir.

Com a manutenção dessa cobrança principal, por sua vez, deve ser afastada a exigência cumulativa da multa isolada e da multa de ofício, conforme fundamentos acima expostos.

*Assinado Digitalmente*

Luís Flávio Neto