MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10280.720108/2017-23

Processo nº	10280.720108/2017-23
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	**2401-006.662 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	4 de junho de 2019
Recorrente	RAUL AGUILERA
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA (IRPF)

Ano-calendário: 2012

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ALIENAÇÃO. GANHO DE CAPITAL. INCIDÊNCIA. FATO GERADOR. MOMENTO.

Na operação de incorporação de ações, a transferência das participações societárias para o capital social da companhia incorporadora caracteriza alienação em sentido amplo. A diferença positiva entre o preço efetivo da operação e o respectivo custo de aquisição das ações constitui ganho de capital passível de tributação pelo imposto sobre a renda. Há realização de renda no momento em que a pessoa física recebe as novas participações emitidas pela companhia incorporadora, tornando-se proprietária das ações.

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL. CLÁUSULA DE "LOCK UP". PENHOR. MOMENTO DO ACRÉSCIMO PATRIMONIAL.

A existência de cláusula contratual de restrição temporária à faculdade de disposição do direito de propriedade sobre as novas participações societárias, consistente na obrigação de não alienar os ativos por determinado lapso temporal, não tem a eficácia de desconstituir a transferência de domínio por ocasião da incorporação das ações. A celebração do contrato de penhor revela a aquisição da titularidade e a disponibilidade jurídica das novas ações, pois apenas o proprietário pode dar bens em garantia e para tanto, além do domínio, deve ter a livre disposição da coisa. A situação jurídica que representa a disponibilidade econômica pela realização de renda passível de tributação foi definitivamente constituída no momento da transferência da propriedade das ações, quando restou configurado o acréscimo patrimonial da pessoa física.

GANHO DE CAPITAL. DEDUÇÃO DE VALORES COM ASSESSORIA

Deve ser considerado para o cálculo do ganho de capital o valor relativo à alienação das ações, excluindo o montante gasto pelo contribuinte quanto à empresa de assessoria, haja vista que a finalidade da norma é excluir a parcela não integrante do valor do bem (valor da corretagem), quando suportado pelo alienante, do valor da alienação levado a efeito para o cálculo do ganho de capital.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM NO FATO GERADOR. REGIME DE BENS.

> Uma vez adquirida a titularidade das participações societárias após a celebração do casamento em comunhão parcial de bens, os cônjuges são coproprietários em razão do regime de bens, havendo inegável interesse comum na situação jurídica constitutiva do imposto de renda sobre ganho de capital.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, dar provimento parcial aos recursos voluntários para excluir do valor da alienação os valores proporcionais pagos à empresa AGL. Vencidos os conselheiros Andréa Viana Arrais Egypto (relatora), Rayd Santana Ferreira, Matheus Soares Leite e Luciana Matos Pereira Barbosa, que davam provimento parcial em maior extensão para excluir a exigência do ganho de capital relativo à incorporação de ações. Vencida em primeira votação a conselheira Andréa Viana Arrais Egypto (relatora), que dava provimento parcial em maior extensão para excluir a responsabilidade solidária da Sra. Priscila Guimarães Rodrigues. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Andréa Viana Arrais Egypto – Relator

(documento assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Cleberson Alex Friess, Rayd Santana Ferreira, José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Matheus Soares Leite, Marialva de Castro Calabrich Schlucking, Andréa Viana Arrais Egypto, Luciana Matos Pereira Barbosa e Miriam Denise Xavier (Presidente).

Relatório

Tratam-se de Recursos Voluntários interpostos em face da decisão da 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba - PR (DRJ/CTA) que, por unanimidade de votos, julgou improcedente as Impugnações, mantendo o Crédito Tributário exigido, conforme ementa do Acórdão nº 06-60.298 (fls. 1630/1656):

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2012

MANIFESTAÇÕES DOUTRINÁRIAS E DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. EFEITOS.

Manifestações doutrinárias e decisões administrativas e judiciais, à exceção das decisões do STF sobre inconstitucionalidade da legislação e daquelas objeto de Súmula Vinculante não constituem normas gerais, de modo que estas decisões não têm aplicação para fora dos processos em que são exaradas e aquelas manifestações configuram meras opiniões sem eficácia vinculante.

OFENSA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. INCOMPETÊNCIA.

A autoridade administrativa é incompetente para decidir sobre alegações de ofensa a princípios constitucionais.

RESPONSABILIDADE. SOLIDARIEDADE.

São solidariamente obrigadas as pessoas que têm interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal.

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL.

Na operação de incorporação de ações, a transferência dessas para o capital social da companhia incorporadora caracteriza alienação, sendo tributável, como ganho de capital, a diferença a maior obtida pelo detentor de ações transferidas para o capital social da companhia incorporadora.

GANHO DE CAPITAL. REMUNERAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSESSORIA. INDEDUTIBILIDADE.

Despesas com serviços como assessoria, consultoria e semelhantes, que não configuram corretagem, são indedutíveis na apuração do ganho de capital.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

O presente processo trata do Auto de Infração - Imposto Sobre a Renda da Pessoa Física (fls. 02/03), lavrado em 08/02/2017, por meio do qual são exigidos R$ 6.069.687,98 de Imposto de Renda, R$ 4.552.265,98 de multa proporcional e R$ 3.104.645,40 de juros de mora, calculados até 02/2017, dando o montante total de R$ 13.726.599,36, referentes à omissão/apuração incorreta de ganhos de capital na alienação de ações/quotas não negociadas em bolsa de valores.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal (fls. 16/38) temos que:

1. Por meio de um acordo de investimentos a Drogaria Guararapes Brasil S.A. adquiriu 62,13% do capital votante da Distribuidora Big Benn S.A. por meio de alienação das ações ordinárias pertencentes ao Contribuinte e demais acionistas, pelo valor total de R$ 293.023.605,25 a serem pagos da seguinte forma:
    i. R$ 100.909.000,00 no fechamento da operação;
    ii. Três parcelas anuais de R$ 58.045.000,00; e
    iii. R$ 17.979.605,25 a serem pagos diretamente aos Assessores Financeiros dos vendedores na operação;
2. O Contribuinte possuía 1.163.250 ações ordinárias da Distribuidora Big Benn que correspondia a 22,50% das 5.170.000 ações ordinárias de emissão da empresa;

3. Com a capitalização de reserva de lucros no valor de R$ 18.767.745,60, realizado pela Big Benn em 05/03/2012, o capital social da empresa passou a ser R$ 23.937.745,60 divididos em 5.170.000 ações ordinárias;

4. Como resultado da capitalização realizada o custo de aquisição da participação societária do Contribuinte, correspondente a 22,50%, passou a ser de R$ 5.385.992,76;

5. Desta forma, a parcela recebida pelo Contribuinte no fechamento do acordo de investimento foi R$ 61.884.900,00, e o custo de aquisição das ações por ele alienadas à Guararapes, equivalentes a 62,13% da sua participação societária, era R$ 3.346.318,61, resultando em um ganho de capital de R$ 58.538.581,39;

6. Esse ganho de capital gerou imposto a pagar no valor de R$ 8.780.787,20, sendo R$ 3.221.522,26 devidos no ano de 2012 e os R$ 5.559.264,64 restantes devidos nos anos posteriores;

7. Nesta operação a Fiscalização apurou que no cálculo do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital auferido no ano-calendário 2012, referente à parcela recebida no fechamento do acordo de investimento, foi indevidamente deduzido do valor da alienação as despesas com Assessoria Financeira, proporcionalmente à participação acionária do Contribuinte;

8. A dedução indevida no valor de alienação das ações gerou o recálculo do imposto devido referente à parcela recebida em março de 2012, restando apurado uma diferença a pagar de R$ 347.889,13;

9. Imediatamente após a aquisição dos 62,13% das ações da Big Benn, a Guararapes realizou a incorporação dos 37,87% das ações remanescentes, pertencentes aos Vendedores da Big Benn, passando estes a serem sócios da Guararapes;

10. Nesta incorporação os vendedores receberam 1.205.292 ações da Guararapes no valor de R$ 178.600.005,00;

11. Ato contínuo, a BR Pharma realizou a incorporação da totalidade das ações da Guararapes recebidas pelos Vendedores da Big Benn, passando estes a serem sócios da BR Pharma;

12. Nesta segunda incorporação feita pela BR Pharma os Vendedores receberam 23.813.334 de novas ações no mesmo valor de R$ 178.600.005,00;

13. Desta forma, o custo de aquisição das ações do Contribuinte objeto da incorporação, equivalentes a 37,87% da sua participação societária, era de R$ 2.039.675,46;

14. O valor das ações da Guararapes, posteriormente substituídas por ações da BR Pharma, recebidas pelo Contribuinte na operação de "incorporação de ações" correspondia a 22,50% do valor total da ações recebidas pelos vendedores, ou seja, R$ 40.185.001,13;

15. Nesta operação de "incorporação de ações", realizada no ano-calendário 2012, a Fiscalização constatou que o Contribuinte obteve ganho de capital tributáveis que não foi oferecido à tributação;

16. Aplicando a alíquota de 15% sobre o ganho de capital auferido nesta segunda operação, a Fiscalização apurou um imposto devido no valor de R$ 5.721.798,85;

17. Sobre o total do imposto devido foi aplicada multa de ofício de 75%, na forma do art. 44, inciso I da Lei nº 9.430/96;

18. A cônjuge do Contribuinte, Sra. Priscila Guimarães Rodrigues Aguilera, foi considerada responsável solidária tendo em vista que os fatos geradores constantes do procedimento fiscal são oriundos da alienação de bens comuns do casal, uma vez que eles se casaram em 18/11/2005 no regime de bens "comunhão parcial" e o Contribuinte adquiriu suas ações da Big Benn em 02/03/2012.

O Contribuinte e a responsável solidária tomaram ciência do lançamento, via Correio, em 13/02/2017 (AR fls 398/401) e, em 15/03/2017, interpuseram suas respectivas Impugnações de folhas 406/1489 e folhas 1492/1627.

O Processo foi encaminhado para 6ª Turma da DRJ/CTA que, em 14/09/2017, através do Acórdão nº 06-60.298, decidiu por unanimidade pelas improcedências das impugnações, mantendo-se o crédito tributário exigido.

O Contribuinte tomou ciência do Acórdão proferido pela DRJ/CTA em 20/09/2017 conforme Termo de Abertura de Documento (fl. 1666).

Inconformado com a decisão prolatada, tempestivamente, em 20/10/2017 o Contribuinte interpôs seu Recurso Voluntário de fls. 1670/1758.

Inicia seu RV fazendo um breve resumo dos fatos onde descreve as operações societárias que antecederam a incorporação de ações, como se deu a alienação de parcela das ações e a incorporação das ações restantes pela BR Pharma.

Prossegue em seu RV trazendo argumentos, acompanhados de farta doutrina e jurisprudência, no sentido de que, na Incorporação de Ações inexiste ganho de capital tributável, uma vez que, restou demonstrado:

1. Na operação realizada não ocorreu a alienação de ações, mas tão somente a substituição por outras ações de valor equivalente, o que não gera ganho de capital tributável pelo IRPF;

2. Não se observou, sob qualquer prisma, a disponibilidade econômica ou jurídica das ações da BR Pharma recebidas pelo Contribuinte;

3. As ações da BR Pharma não são passíveis de alienação por conta do penhor, fato que reforça a ausência de disponibilidade econômica ou jurídica;

4. A tributação pelo IRPF, representaria tributação sobre renda virtual, transformando-se em tributação sobre o patrimônio e não sobre renda efetivamente auferida, ofendendo, ainda, o Princípio da Capacidade Contributiva, Princípio da Estrita Legalidade e o regime de caixa, princípios informadores deste tributo;

5. Manteve em sua declaração de ajuste o valor que já constava, correspondente ao custo de aquisição, não considerando o valor decorrente da avaliação realizada no âmbito da incorporação de ações;

6. A avaliação das ações da empresa incorporada Big Benn é decorrência da imposição legal expressamente prevista no artigo 252, § 1º, da Lei 6.404/76 e em nada se confunde com a legislação tributária, relativa ao ganho de capital;

7. A Incorporação de Ações ocorrida não se sujeita à regra contida no artigo 3º, § 3º, da Lei n.º 7.713/98, nem tampouco àquela do artigo 23 da Lei n.º 9.249/95, esta última um dos fundamentos básicos da autuação fiscal, uma vez que não houve alienação alguma e que a incorporação de ações e a integralização de capital com a integralização de bens não se confundem.

Com relação às supostas deduções indevidas na base de cálculo do Imposto de Renda, o Contribuinte afirma que agiu bem ao deduzir, proporcionalmente, os valores despendidos na contratação dos Assessores Financeiros, uma vez que:

1. Restou demonstrado que os contratos celebrados com os Assessores Financeiros possuem natureza de corretagem;

2. É incontroverso que o ônus do pagamento dos valores acordados nos referidos contratos foram arcados pelos Acionistas;

3. A própria Receita Federal do Brasil, em resposta a Solução de Consulta formulada em 2007, já se manifestou no sentido de que, observados os dois requisitos elencados no artigo 123, §5º do RIR/99, o valor pago a título de corretagem na alienação poderá ser excluído do ganho de capital tributável.

Finaliza seu Recurso requerendo o seu integral provimento a fim de cancelar o lançamento efetuado e, por conseguinte, a totalidade das exigências fiscais, uma vez que a operação de incorporação de ações não resulta na apuração de ganho de capital tributável pelo imposto de renda e a dedução de despesas com corretagem foi realizada nos termos permitidos por lei.

Em 20/10/2017 a Responsável Solidária, Priscila Guimarães Rodrigues Aguilera, também interpôs, tempestivamente, seu Recurso Voluntário de fls. 1763/1853, onde se insurge contra a sua inclusão no polo passivo do Processo Administrativo e segue trazendo as mesmas argumentações feitas no RV do Contribuinte.

Argumenta que o interesse comum constante do Inciso I do art 124 do CTN, utilizado como fundamento legal para sua inclusão no polo passivo não se aplica ao caso em tela, pois inexiste interesse comum com a ausência do recolhimento da obrigação principal, ou seja, não há qualquer liame entre o sujeito passivo, o responsável tributário e a obrigação tributária.

Por fim, requer a sua exclusão do polo passivo e, subsidiariamente, o integral provimento do recurso e o cancelamento do lançamento.

Em 30/11/2018 o Contribuinte apresenta Petição de fls. 1859/1861 onde requer a juntada dos documentos constantes nas folhas 1862 a 1918 a fim de reforçar argumento apresentado sobre a inexistência de ganho de capital na operação de Incorporação de Ações ocorrida.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Andréa Viana Arrais Egypto, Relator.

Juízo de admissibilidade

O Recurso Voluntário foi apresentado dentro do prazo legal e atende aos requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Mérito

A acusação fiscal constatou que o contribuinte auferiu ganhos de capital com a alienação de suas ações da Distribuidora Big Benn S.A. para a Drogaria Guararapes Brasil S.A., por meio de operação de incorporação de ações. Apurou ainda dedução indevida de despesas no cálculo do imposto pago a título de ganho de capital no ano de 2012 referente à parcela recebida no fechamento do acordo.

Foram citados como enquadramento legal da infração, dentre outros, o artigo 3°, § 3°, da Lei n° 7.713/88 e o artigo 23, § 2°, da Lei n° 9.249/95, segundo os quais:

> Lei n° 7.713/88
>
> Art. 3°. O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9° a 14 desta Lei.
>
> (...)
>
> § 3°. 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 n° 9.249/95
>
> Art. 23. As pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos pelo valor constante da respectiva declaração de bens ou pelo valor de mercado.
>
> § 1º. Se a entrega for feita pelo valor constante da declaração de bens, as pessoas físicas deverão lançar nesta declaração as ações ou quotas subscritas pelo mesmo valor dos bens ou direitos transferidos, não se aplicando o disposto no art. 60 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e no art. 20, II, do Decreto-Lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983.
>
> § 2º. Se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital.

De acordo com a acusação fiscal, corroborada pela decisão proferida pela DRJ, na operação em julgamento, restou caracterizada a alienação dos 37,87% das ações da Big Benn

para a Drogarias Guararapes S.A., por meio da operação de incorporação de ações, com ganho de capital.

Afirma ainda que o disposto no § 2º artigo 23 da Lei nº 9.249/95, amolda-se ao conceito de ganho de capital no caso concreto, não havendo a criação de nova hipótese de incidência.

A decisão de piso destaca que na incorporação de ações há alienação das ações incorporadas, nos termos do art. 3º, § 3º, da Lei nº 7.713, de 1988, sendo a transmissão da propriedade dos ativos onerosa e avaliada em dinheiro, razão porque, havendo diferença positiva entre o valor da transmissão e o respectivo custo de aquisição, essa deve ser tributada como ganho de capital, independentemente da existência de fluxo financeiro.

No entanto, cabe ressaltar que a operação em comento é a incorporação de ações, prevista no art. 252, da Lei nº 6.404, de 1976, que assim estabelece:

> Art. 252. A incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira, para convertê-la em subsidiária integral, será submetida à deliberação da assembleia-geral das duas companhias mediante protocolo e justificação, nos termos dos artigos 224 e 225.
>
> § 1º A assembleia geral da companhia incorporadora, se aprovar a operação, deverá autorizar o aumento de capital, a ser realizado com as ações a serem incorporadas e nomear peritos que as avaliarão; os acionistas não terão direito de preferência para subscrever o aumento de capital, mas os dissidentes poderão retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230.
>
> § 2º A assembleia geral da companhia cujas ações houverem de ser incorporadas somente poderá aprovar a operação pelo voto da metade, no mínimo, das ações com direito a voto, e se a aprovar, autorizará a diretoria a subscrever o aumento do capital da incorporadora, por conta dos seus acionistas; os dissidentes da deliberação terão direito de retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230.
>
> § 3º Aprovado o laudo de avaliação pela assembleia-geral da incorporadora, efetivar-se-á a incorporação e os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhes couberem.

Conforme se destaca no artigo 252 da referida lei, na incorporação das ações há uma transferência de todas as ações para o patrimônio da empresa incorporadora pela absorção de seu patrimônio, com consequente conversão da empresa incorporada em subsidiária integral da incorporadora, ocorrendo uma concentração empresarial em que se mantém a personalidade jurídica da companhia cujas ações são incorporadas. Não ocorre a sucessão de direitos e obrigações entre as companhias envolvidas.

Essa situação é diferente daquela prevista no artigo 227 da Lei nº 6.404/76 (Lei das S.A.) em que ocorre a extinção da sociedade incorporada na incorporação de sociedades:

> Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

Da mesma forma, a incorporação de ações não se confunde com o aumento de capital através de aporte de bens, disposta no art. 23 da Lei nº 9.249/95, haja vista que a incorporação de ações não representar subscrição de capital em bens.

In casu, de acordo com os documentos adunados aos autos, constata-se que foi celebrado acordo de investimentos, através do qual resultou no contrato de compra e venda de ações ("Alienação de Ações Big Benn") e incorporação de parcela das ações da Big Benn

("Incorporação de Ações Big Benn"). Assim, foi realizada uma reorganização societária, em que a Drogaria Guararapes adquiriu participação societária equivalente a 62,13% do capital votante da Big Benn, através da alienação das ações ordinárias detidas pelo contribuinte Recorrente e demais acionistas, pelo valor total de R$293.023.605,25. As ações da Big Benn mantidas pelos Acionistas, após a referida compra e venda, foram objeto de operação de incorporação de ações.

Assim, em decorrência da venda pelo Recorrente, de 62,13% da participação na Big Benn alienada à Drogaria Guararapes, após a dedução de despesas, foi apurado ganho de capital, tendo sido oferecido à tributação o montante correspondente à parcela à vista recebida no ano-calendário de 2012. As demais ações, correspondentes a 37,87% (trinta e sete inteiros e oitenta e sete centésimos por cento) remanescentes do capital social da Big Benn e que estavam sob a titularidade do Recorrente, foram objeto de incorporações, conforme descrito no Recurso Voluntário:

> 31. As ações que permaneceram sob titularidade do RECORRENTE após a alienação foram incorporadas pela BR Pharma por meio de operação de incorporação de ações realizada em duas etapas.
>
> 32. Na primeira etapa, em sede de Assembleia Geral Extraordinária da
>
> Big Benn, realizada em 29 de março de 2012 (Doc. 20 da Impugnação) e de Assembleia Geral Extraordinária da Drogaria Guararapes, realizada na mesma data (Doc. 21 da Impugnação) foi aprovada a Incorporação de Ações ("Primeira Incorporação de Ações"), por meio da qual a Big Benn se tornou subsidiária integral da Drogaria Guararapes, com uma relação de substituição fixada em 0,615624 (seiscentos e quinze mil, seiscentos e vinte e quatro milionésimos) ações de emissão da Drogaria Guararapes para cada ação da Big Benn — conforme pode ser conferido no anexo Protocolo e Justificação de Incorporação de Ações (Doc. 22 da Impugnação).
>
> 33. Em razão da Primeira Incorporação de Ações, o capital social da Drogaria Guararapes foi acrescido em R$178.600.005,00 (cento e setenta e oito milhões, seiscentos mil e cinco centavos), montante representativo do valor das ações da Big Benn incorporadas ao patrimônio da Drogaria Guararapes, conforme avaliado por Laudo Econômico (Doc. 20 da Impugnação), mediante a emissão de 1.205.292 (um milhão, duzentos e cinco mil e duzentas e noventa e duas) novas ações da Drogaria Guararapes, quantidade esta determinada mediante a aplicação da relação de substituição descrita acima, passando o capital social da Drogaria Guararapes de R$344.603.583,56 (trezentos e quarenta e quatro milhões, seiscentos e três mil, quinhentos e oitenta e três reais e cinquenta e seis centavos), anteriormente representados por 2.397.218 (dois milhões, trezentos e noventa e sete mil, duzentos e dezoito) ações ordinárias, para R$523.203.588,56 (quinhentos e vinte e três milhões, duzentos e três mil, quinhentos e oitenta e oito reais e cinquenta e seis centavos), representado por 3.602.510 (três milhões, seiscentas e dois mil, quinhentas e dez) ações ordinárias.
>
> 34. Com a incorporação de ações da Big Benn pela Drogaria Guararapes, esta passou a deter os 37,87% (trinta e sete inteiros e oitenta e sete centésimos por cento) remanescentes do capital social da Big Benn, de forma que a Big Benn se tornou uma subsidiária integral da Investidora.
>
> 35. A Primeira Incorporação de Ações resultou na emissão de novas ações da Guararapes para os antigos acionistas do Grupo Big Benn, passando, assim, o RECORRENTE, a deter um total de 271.191 (duzentas e setenta e um mil, cento e noventa e uma) ações de emissão da Drogaria Guararapes (Doc. 23 da Impugnação).
>
> 36. Na segunda etapa, ocorrida na mesma data, em sede de nova Assembleia Geral Extraordinária da Guararapes (Doc. 24 da Impugnação) e de Assembleia Geral Extraordinária da BR Pharma, (Doc. 25 da Impugnação) foi aprovada nova Incorporação de Ações ("Segunda Incorporação de Ações"), por meio da qual a Drogaria Guararapes se tornou subsidiária integral da BR Pharma, com uma relação de

> substituição fixada em 19,757322 (dezenove inteiros, setecentos e cinquenta e sete mil, trezentos e vinte e dois milionésimos) ações de emissão da BR Pharma para cada ação da Drogaria Guararapes — conforme pode ser conferido no anexo Protocolo e Justificação de Incorporação de Ações (Doc. 26 da Impugnação).
>
> 37. Em razão da Segunda Incorporação de Ações, o capital social da BR Pharma foi acrescido em R$178.600.005,00 (cento e setenta e oito milhões seiscentos mil e cinco reais), montante representativo do valor das ações da Drogaria Guararapes incorporadas ao patrimônio da BR Pharma, conforme avaliado por Laudo Econômico (Doc. 24 da Impugnação), mediante a emissão de 23.813.334 (vinte e três milhões, oitocentos e treze mil, trezentas e trinta e quatro) novas ações da BR Pharma, quantidade esta determinada mediante a aplicação da relação de substituição descrita acima, passando o capital social da BR Pharma de R$838.224.282,43 (oitocentos e trinta e oito milhões, duzentos e vinte e quatro mil e duzentos e oitenta e dois reais e quarenta e três centavos), anteriormente representados por 161.301.410 (cento e sessenta e um mil, trezentos e um, quatrocentos e dez) ações, para R$1.016.824.287,43 (um bilhão, dezesseis milhões, oitocentos e vinte e quatro mil, duzentos e oitenta e sete reais e quarenta e três centavos), representado por 185.114.744 (cento e oitenta e cinco milhões, cento e quatorze mil, setecentos e quarenta e quatro) ações ordinárias.
>
> 38. Esse acréscimo na conta de capital social da BR Pharma, ocorrido em razão da Segunda Incorporação de Ações, resultou na emissão de novas ações para os antigos acionistas do Grupo Big Benn, passando, assim, os Acionistas a deterem um total de 23.813.334 (vinte e três milhões, oitocentos e treze mil, trezentas e trinta e quatro) ações de emissão da BR Pharma, na proporção de suas participações.
>
> 39. Em resumo, o efeito prático observado para o RECORRENTE após as duas operações de Incorporação de Ações foi a substituição – sem variação patrimonial – de 271.191 (duzentas e setenta e um mil, cento e noventa e uma) ações da Big Benn por 5.358.000 (cinco milhões, trezentas e cinquenta e oito mil) ações da BR Pharma. (Doc. 27 da Impugnação).

O Recorrente assevera que o efeito prático observado após as duas operações de Incorporação de Ações foi a substituição – sem variação patrimonial – de 271.191 (duzentas e setenta e um mil, cento e noventa e uma) ações da Big Benn por 5.358.000 (cinco milhões, trezentas e cinquenta e oito mil) ações da BR Pharma, e que manteve em sua declaração de ajuste o valor que já constava, correspondente ao custo de aquisição, não considerando o valor decorrente da avaliação realizada no âmbito da incorporação de ações

Destacou ainda que as 5.358.000 ações recebidas pelo contribuinte foram objeto de penhor para garantir as obrigações assumidas pelo Recorrente, nos termos das cláusulas contratuais VIII e IX do Acordo de Investimento, o que tornou indisponível as ações pelo prazo de três anos (Lock Up - cláusula 9.3 do Contrato de Penhor), até a extinção do gravame (duração do penhor de 10 anos).

Segundo o contribuinte, "não se pode admitir a cobrança de numerário que, apenas a título de principal, supera R$6.000.000,00 (seis milhões de reais), sem que o RECORRENTE tenha acrescido sequer R$1,00 (um real) ao seu patrimônio. Repita-se: o RECORRENTE foi autuado sem ter recebido um único centavo em razão das operações que resultaram na troca de ações da Big Benn por ações da BR Pharma em um cenário em que, ainda que quisesse, não poderia ter alienado as ações em razão das disposições contidas no Contrato de Penhor".

Com efeito, o resultado da operação de incorporação de ações implicou na troca de participações societárias. O que se constata é a substituição de ações onde, quem detém a participação na sociedade cujas ações serão incorporadas, passa a deter a participação diretamente na sociedade incorporadora. Do conjunto probatório adunado aos autos não se

vislumbra a transferência, por ato de alienação, de bens de pessoa física para uma pessoa jurídica.

Mas não é só. Há de se verificar se efetivamente ocorreu a realização da renda e, por conseguinte, a configuração do fato gerador do IRPF com a verificação da disponibilidade econômica ou jurídica de renda.

Com efeito, o ganho de capital guarda relação direta com o conceito de renda, razão pela qual, para que ocorra, há necessidade de acréscimo realizado e disponível. A realização da renda é necessária para que não exista incerteza quanto à efetiva existência do ganho de capital, até porque a tributação do IRPF segue o regime de caixa. Vejamos o disposto contido no art. 43 do Código Tributário Nacional:

> Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:
>
> I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;
>
> II- de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Nos termos do 2º da Lei n.º 8.134/90, a tributação do imposto sobre a renda para as pessoas físicas está sujeita ao regime de caixa, sendo que o momento da ocorrência do fato gerador se configura com o efetivo recebimento de recursos financeiros. Vejamos:

> Art. 2° O Imposto de Renda das pessoas físicas será devido à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos, sem prejuízo do ajuste estabelecido no art. 11.
>
> Art. 11. O saldo do imposto a pagar ou a restituir na declaração anual (art. 9°) será determinado com observância das seguintes normas:
>
> I - será apurado o imposto progressivo mediante aplicação da tabela (art. 12) sobre a base de cálculo (art. 10);
>
> II - será deduzido o valor original, excluída a correção monetária do imposto pago ou retido na fonte durante o ano-base, correspondente a rendimentos incluídos na base de cálculo (art. 10);

O Regulamento do Imposto de Renda (Decreto 3.000/99), vigente à época dos fatos, ao tratar do imposto de renda pessoa física, assim estabeleceu:

> Art. 38. A tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda e da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título.
>
> Parágrafo único. Os rendimentos **serão tributados no mês em que forem recebidos, considerado tal o da entrega de recursos** pela fonte pagadora, mesmo mediante depósito em instituição financeira a favor do beneficiário. (grifamos).

Do fundamento da exigência tributária contida no lançamento, com base no art. 3º, §3º da Lei nº 7.713/88, dessume-se que a tributação somente ocorre quando restar configurado o acréscimo patrimonial, sem o qual não há que se falar em renda. Isso porque a realização da renda é conceito necessário com vistas a preservar a capacidade contributiva do contribuinte disposta no art. 155, § 1º da Constituição Federal.

Com a operação de incorporação de ações há uma expectativa de obtenção de ganho que poderá se realizar no futuro no caso de alienação das ações por um valor superior ao do custo de aquisição.

Percebe-se que na acusação fiscal sequer restou demonstrado que as novas ações foram contabilizadas por valor superior ao de custo, embora este fato, por si só, não permita concluir que ocorreu efetivamente um acréscimo patrimonial ou ganho de capital suscetível de tributação, pois não houve disponibilidade efetiva de renda que somente se verificará quando o contribuinte efetuar a alienação da participação societária, para que não ocorra a tributação do patrimônio com violação ao princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º da CF).

Na realidade, ocorreu uma sub-rogação, no patrimônio do acionista, das ações de uma empresa pelas ações de outra empresa, não havendo que se falar em ganho de capital, pois não há disponibilidade efetiva da renda, que pode acontecer, caso o contribuinte efetue a alienação da sua participação societária.

Destarte, o ganho de capital depende da realização do ganho e, de fato, pelo que consta dos autos, o sujeito passivo não recebeu numerário com a incorporação das ações. O art. 2º da Lei 7.713/88 determina que Imposto de Renda Pessoa Física será devido à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos. Dessa forma, inexistindo ganho efetivo, conquanto possa ser aferível ganho potencial, não há que se falar em realização do fato gerador.

Ressalte-se ainda que a atribuição de valor às ações é requisito do ato, inexistindo fixação de preço, mas sim avaliação das ações para fins societários específicos. Isso porque o mercado de capitais possui como principal característica a sazonalidade, sendo possível, quando da alienação da participação, a ocorrência de valorização ou desvalorização das ações, razão pela qual poderá ou não ocorrer o ganho de capital, posteriormente.

Destaque-se a seguir trechos do Recurso Voluntário que, com muita propriedade, traz a realidade do mercado de capitais ao caso concreto:

> 170. Trazendo os conceitos apresentados acima para o mundo real, é importante ressaltar que as ações da BR Pharma recebidas pelo RECORRENTE no escopo da operação desvalorizaram drasticamente entre a data da Incorporação de Ações, ocorrida em 29 de março de 2012, e a data da lavratura do auto de infração, ocorrida em 13 de fevereiro de 2017.
>
> 171. Com efeito, o custo de aquisição das ações detidas pelo RECORRENTE na Big Benn, considerado pela D. Fiscalização em razão da Incorporação de Ações, foi de R$4,63 (quatro reais e sessenta e três centavos) por ação.
>
> 172. Por sua vez, o valor de aquisição de cada ação da Guararapes considerado pela D. Fiscalização para fins de apuração do suposto ganho de capital, foi de R$148,18 (cento e quarenta e oito reais e dezoito centavos), fato descrito no próprio TVF (fls. 16 e 17).
>
> 173. Já o valor atribuído pela D. Fiscalização para cada ação recebida da BR Pharma (BPHA3) pelo RECORRENTE, ao final da operação, foi de aproximadamente R$7,50 (sete reais e cinquenta centavos) (valor de emissão de cada ação da BR Pharma).
>
> 174. Pois bem. Quando da lavratura do auto de infração, dia 13 de fevereiro de 2017, a mesma ação (BPHA3) era negociada na BM&F Bovespa a R$7,35 (sete reais e trinta e cinco centavos), conforme se verifica do anexo Resumo Mensal de Negociação – Brasil Pharma, documento que comprova o valor de cada ação da BR Pharma em bolsa (cotação do dia 13 de fevereiro de 2017) (Doc. 33 da Impugnação).
>
> 175. Tal valor até seria razoável se **as ações da BR Pharma não tivessem sofrido grupamento de 50 para 1 em outubro de 2015** (Fato Relevante – Doc. 34 da Impugnação), de forma que, quem no passado detinha 50 (cinquenta) ações, hoje possui apenas 1 (uma).
>
> 176. Em outras palavras, **após o grupamento de ações o RECORRENTE deixou de possuir 10.716.000 ações e passou a possuir 214.320 ações (10.716.000/50), como se**

> **verifica do anexo extrato atualizado emitido pelo Banco Bradesco (Doc. 35 da Impugnação)**.
>
> 177. Logo, as 50 ações – que no passado equivaleriam a cerca de R$375,00 (trezentos e setenta e cinco reais) – na data da autuação, após o já mencionado grupamento de ações, correspondiam ao valor unitário negociado por ação de R$7,35 (sete reais e trinta e cinco centavos).
>
> 178. A desvalorização é evidente. O que se tem, em números, são ações que valeriam hoje, de forma unitária, cerca de R$0,15 (quinze centavos)!
>
> 179. Assim, caso o RECORRENTE optasse por alienar hoje as ações recebidas por meio da incorporação de ações, o que sequer é possível em razão do penhor das ações e só se admite para argumentar, incorreria em vultuosa perda: tais ações valem hoje muito menos do que o valor informado em sua Declaração Anual de Ajuste de Imposto de Renda ("DAA 2012") (Doc. 31 da Impugnação).

Cabe ainda ressaltar que, ao buscar subsídios jurisprudenciais neste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, não obstante a existência de decisões contrárias, verifiquei que a 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais julgou, na sessão do dia 03/03/2015, em caso similar ao ora em escopo e, através do Acórdão nº 9202003.579, entendeu pela não incidência do IRPF na operação de incorporação de ações. O Conselheiro Manoel Coelho Arruda Junior, de maneira minuciosa e didática, proferiu o voto vencedor, abrangendo o tema sob diversas perspectivas, conforme se destaca a seguir:

> De acordo com o Novo Dicionário Eletrônico Aurélio, versão 5.11a, Alienar significa "Transferir para outrem o domínio de; tornar alheio; alhear;".
>
> Sob minha ótica, "incorporação de ações" não se confunde com "incorporação de sociedades" nem tampouco com "subscrição de capital em bens" e, portanto, inexiste fundamento legal que dê sustentação ao lançamento.
>
> Na incorporação de empresas, ocorre a transmissão do patrimônio da incorporada para a incorporadora, com a extinção daquela. Já a integralização de capital consiste na subscrição de capital, quando uma sociedade comercial é constituída, ou seja, os sócios assinam um termo prometendo injetar valores na empresa, quer sob a forma de dinheiro ou de bens e direitos.
>
> A integralização do capital é o cumprimento da promessa, quando do sócio efetivamente entrega os valores ou bens para a empresa.
>
> O artigo 23 da Lei n° 9.249/95 trata de operações de transferência de bens e direitos a título de integralização de capital, sendo, pois, inaplicável ao caso, segundo penso, na medida em que incorporação de ações não representa subscrição de capital em bens.
>
> Pela não ocorrência de alienação, mas de mera substituição, de participação societária, entendo que não pode dar sustentação à exigência o artigo 3°, § 3°, da Lei n° 7.713/88.
>
> Já pela figura da incorporação de ações, transmite-se a totalidade das ações (e não do patrimônio), sendo que a incorporada passa a ser subsidiária integral da incorporadora, sem, obviamente, ser extinta, ou seja, permanecendo com direitos e obrigações.
>
> Neste caso, se dá a substituição no patrimônio do sócio, por idêntico valor, das ações da empresa incorporada pelas ações da empresa incorporadora, sem sua participação, pois quem delibera são as pessoas jurídicas envolvidas na operação. Os sócios, pessoas físicas, independentemente de terem ou não aprovado a operação na assembleia de acionistas que a aprovou, deverão, apenas, promover a alteração acima referida em suas declarações de ajuste anual.
>
> Não se pode olvidar que de acordo com o artigo 5°, inciso II, com o artigo 37 e com o artigo 150, inciso I, todos da Constituição Federal, ao que se soma o artigo 97, incisos I

e III, e § 1°, do Código Tributário Nacional – CTN, somente a lei pode instituir ou majorar tributos, bem como definir o fato gerador da obrigação tributária.

(...)

Resta claro que os arts. 1º e 2º tratam da hipótese que define incidência da ocorrência do fato gerador, que só ocorre, como definido em Lei, quando os rendimentos são percebidos por pessoas físicas. Além disso, define claramente, que o imposto será devido, pelas pessoas físicas, à medida em que os rendimentos e ganho de capital foram percebidos.

É certo que a Constituição da República de 1988 outorgou competência tributária aos entes federativos por meio de regras compostas por expressões que denotam riqueza tributável (os "fatos-signos presuntivos de riqueza", conforme expressão cunhada por Alfredo Augusto Becker). Dada a vaguidão e a ambiguidade dos vocábulos, é patente a dificuldade de se precisar, semanticamente, o que deve ser entendido por "renda e proventos de qualquer natureza", "faturamento", "receita", "salários", dentre outros.

O legislador constituinte se utilizou de conceitos fechados e determinados, que vinculam a atividade do legislador infraconstitucional, como forma de se garantir a segurança jurídica e a legalidade. Quis o legislador constituinte repartir, com rigidez e precisão, o espaço de tributação de cada ente federativo, evitando, desta forma, conflitos de competência. Se com a rígida discriminação de competências tributárias, vemos a todo o tempo situações de bitributação, certamente a adoção de tipos aumentaria, sobremaneira, as invasões de competência.

Os conceitos constitucionais não poderão ser alterados pelo legislador infraconstitucional, a quem caberá, tão somente, defini-lo por meio de instrumento normativo próprio (a Lei Complementar prevista no artigo 146 da Lei Constitucional de 1988, que será objeto de análise em tópico próprio). Qualquer atuação que extrapole o conceito constitucional, implica reconhecimento do vício de inconstitucionalidade da norma jurídica tributária.

(...)

Por outro lado, não obstante as delimitações negativas que buscamos realizar, é importante salientar que o Texto Constitucional consagra o direito de propriedade (artigo 5º, XXII, da Constituição da República de 1988), a capacidade contributiva (artigo 145, §1º, do mesmo Diploma) e a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III). A tributação consiste em invasão no patrimônio do contribuinte, relativizando o seu direito de propriedade, que destaca parte de sua riqueza (a ser calculada de acordo com o referencial adotado – renda, patrimônio, faturamento, receita, dentre outros) e a entrega ao Estado, como forma de abastecimento dos cofres públicos e concretização dos valores constitucionais perseguidos pela sociedade. Esta invasão, no entanto, não pode aniquilar direitos fundamentais. A capacidade contributiva, a seu turno, impõe que o legislador capte as manifestações de riqueza, previamente estipuladas pelas regras de competência tributária.

Com essas palavras, queremos pontuar que só há renda– acréscimo patrimonial – após o confronto entre as receitas e as despesas, de modo a se tributar, efetivamente, riqueza disponível, e não um ônus, uma perda ou, enfim, qualquer decréscimo patrimonial.

Nesse diapasão, parece-nos que o vocábulo renda só pode significar o acréscimo de riqueza definitivo ao patrimônio do contribuinte, obtido após a dedução das despesas indispensáveis à manutenção da fonte produtora, verificada em determinado período de tempo. O conceito em tela distingue-se principalmente da noção de "patrimônio" (que é o conjunto estático de bens) e de "receita" (ingresso patrimonial), vez que sua configuração depende da dedução de determinadas saídas. Do contrário, ter-se-ia renda como sinônimo de receita.

Posto isso, cabe analisar se a definição do conceito de "renda e proventos de qualquer natureza" realizada pelo legislador nacional complementar, é compatível com a regra de competência do artigo 153, III, da Carta Magna de 1988.

Coube à Lei Complementar, nos termos do artigo 146, III, a, da Constituição da República, definir os conceitos constitucionais, a fim de delimitar e balizar o legislador ordinário na expedição da regra-matriz de incidência dos tributos de sua competência. O legislador complementar, portanto, deve se ater ao conceito constitucional de renda, sem prejuízo das demais limitações formais e materiais ao poder de tributar previstas na Carta Magna de 1988.

Nesse diapasão, o legislador complementar definiu o conceito de renda, conforme o artigo 43, I e II, do CTN – Código Tributário Nacional:

(...)

A tributação da renda só é possível quando configurada a disponibilidade –econômica ou jurídica – que denote manifestação de capacidade contributiva por parte do contribuinte. A disponibilidade econômica refere-se à efetiva disponibilidade dos recursos financeiros em caixa, enquanto a disponibilidade jurídica consiste em título jurídico, líquido e certo, que lhe permite obter, incontestavelmente, a realização em dinheiro. O importante, para que se viabilize a incidência do tributo, é que o contribuinte adquira esta disponibilidade e manifeste **capacidade econômica** para arcar com a carga tributária que lhe será imposta em razão deste acréscimo.

Definir se a incorporação de ações enseja ganho de capital aos acionistas, pessoas físicas da empresa incorporada, exige domínio do conceito constitucional de renda, da sua definição à luz do Código Tributário Nacional e se há subsunção deste evento, ou não, ao critério material da hipótese de incidência da norma tributário. Ademais, é decisivo saber se esta operação societária equipara-se à alienação de bens ou direitos por meio de subscrição de ações, conforme disposto no §3º do artigo 3º da Lei nº 7.713/88.

De nossa parte, afirmo sem qualquer receio que a incorporação de ações não se equipara à alienação de bens. Alienar tem como acepção de base a transferência de algo a outrem. O Código Civil de 2002, trata a alienação como forma de perda da propriedade, consoante o artigo 1.275, I, e se concretiza quando há um negócio jurídico bilateral, pelo qual o alienante transfere, a título gratuito ou oneroso, determinado bem ou direito ao alienatário.

Na incorporação de ações ocorre troca, permuta ou, como enuncia a Lei das Sociedades Anônimas, substituição de ações. Esta transação, frise-se, não se dá entre os acionistas da incorporada e a sociedade incorporadora, mas sim entre as duas companhias. Os acionistas da incorporada deliberam sobre a formalização da operação, mas não se exige votação unânime. O sócio que tenha recusado a incorporação, caso não exerça o seu direito de retirada, sofrerá os efeitos da operação societária, passando a ser considerado acionista da incorporadora, de quem receberá novas ações, em substituição àquelas que possuía, cabendo-lhe efetuar as alterações necessárias em sua declaração de bens.

A incorporação tem como um de seus efeitos a transformação da sociedade incorporada em sua subsidiária integral – e não a sua extinção, como ocorre com a incorporação tradicional – da qual a incorporadora passa a ser a única acionista. Ato contínuo, a incorporadora emite ações em seu nome, para substituir aquelas que foram incorporadas, cujo valor pode ser idêntico, inferior ou superior ao valor de custo. Daí o caráter de permuta: o acionista entrega a sua participação societária, e recebe em troca novas ações, agora da empresa incorporadora.

Trocam-se, portanto, títulos por outros títulos. **O fato de as novas ações serem eventualmente superiores ao valor contabilizado (ou valor de custo), não permite dizer que houve acréscimo patrimonial, visto que não há qualquer disponibilidade efetiva de renda. Esta somente se verificará quando o contribuinte efetuar a**

alienação da participação societária, recebendo, em contrapartida, o preço. O ganho de capital, portanto, depende da realização da renda.

Relevante salientar que este ganho verificado em razão da substituição dos títulos é meramente potencial. Como é cediço, o mercado de capitais é sazonal, de modo que o contribuinte pode sofrer a desvalorização de suas ações, nova valorização, e assim sucessivamente. Somente quando ocorrer a alienação efetiva da participação, com recebimento das quantias pela sociedade empresária, é que se poderá verificar a existência, ou não, de ganho de capital tributável.

Desta forma, ainda que se possa aceitar a ocorrência de uma transferência de ações (dos acionistas da incorporada à incorporadora), não há recebimento de preço pelos títulos, mas sim de novas ações, cujo valor total, ainda que superior, poderá ser momentâneo, diante das variáveis acima mencionadas.

Assim, inexiste qualquer ganho de capital tributável pelo imposto sobre a renda quando ocorre a denominada incorporação de ações. A situação descrita não se amolda ao critério material da norma tributária. Não há efetivo acréscimo patrimonial, mas mera possibilidade de acréscimo, a ser verificado quando da efetiva alienação destas ações. Por conseguinte, exigir o tributo da pessoa física, nestas situações, não só afronta o conceito constitucional de "renda e proventos de qualquer natureza" - porquanto tributa-se patrimônio e não renda - como também viola o princípio da capacidade contributiva (artigo 145, §1º, da Lei Constitucional de 1988, vez que o contribuinte não manifesta qualquer riqueza passível de tributável) e da legalidade (artigo 150, I, do mesmo Diploma, vez que se exige exação sem respaldo em lei ou na própria Carta Magna).

A partir dessa conclusão, surgem algumas indagações:

a) o contribuinte que consta da autuação - pessoa física - percebeu/recebeu algo em operação?

Entendo que não, pois não houve a venda de ações. Não houve realização monetária neste momento;

b) Ocorreu integralização de capital por pessoa física, sujeita a tributação pela Lei 9.249?

Entendo que não, pois houve incorporação de ações, entre pessoas jurídicas, instituto jurídico definido em lei, diverso da integralização de ações;

c) Há hipótese de incidência do IRPF nessa operação, sobre a pessoa física?

Entendo que haverá quando a pessoa física vender suas ações. Aliás, é bom destacar que a Declaração de Rendimentos da Pessoa Física do contribuinte, sujeito passivo da relação jurídico-tributária, não foi alterada, persistindo com o mesmo valor, mesmo após a incorporação de ações, haja vista que não houve alteração do patrimônio. Não se deve esquecer as lições do Professor Alberto Xavier que leciona: "A tributação sobre eventual ganho de capital apenas ocorrerá caso de alienação futura das ações da companhia incorporadora, sendo então tal ganho a diferença entre o preço de alienação e o custo originário constante da declaração de bens";

d) Por derradeiro, questiona-se: sendo o contribuinte acionista com poder de decisão na assembleia geral e, por conseguinte, definido a incorporação, não seria a hipótese de se tributar pela existência de elemento de vontade?

Entendo que não, pois, conforme lições do Professor NELSON EIZIRIK, na incorporação de ações é estabelecida uma relação entre duas sociedades – a incorporadora e aquela cujas ações serão incorporadas. Verifica-se, assim, a convergência de vontades entre as duas companhias, cujas assembleias aprovam a operação de incorporação de ações pode ser deliberada por maioria, não exigindo a unanimidade. Ademais, na incorporação de ações, ao contrário, prescinde-se da vontade do acionista da companhia cujas ações serão incorporadas. A operação é aprovada por

> maioria e independentemente da vontade do acionista minoritário, cabendo-lhe, apenas no caso de dissidência, o exercício do direito de recesso.
>
> Registro, por oportuno, que tal entendimento foi manifestado recentemente [19/05/2014] pela d. Procuradoria Federal que atua junto a Comissão de Valores Mobiliário-CVM, em Parecer n /2014/GJU-2/PFE/PGF/AG [doc. entregue com os memoriais] da lavra da Procuradora Federal Raquel Passarelli de Souza Toledo de Campos, conforme se observa:
>
> ASSUNTO: CONSULTA. INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. NATUREZA JURÍDICA. EFEITOS PARA OS ACIONISTAS DA INCORPORADA.
>
> [...] 17. Tanto a vontade que movimenta a incorporação de ações é a das sociedades envolvidas, e não de cada acionista de per si, que a transação é aprovada pela maioria de votos e não por sua unanimidade. Assim, repita-se, a vontade individual determina, apenas, se a ação detida por certo titular será ou não substituída por outra emitida pela nova controladora. Mas é a vontade das assembleias que constitui elemento essencial do negócio de incorporação de ações.
>
> 18. Assim, em uma visão global da operação, temos que o negócio é celebrado entre as companhias, que manifestam vontade de contratar por meio das respectivas assembleias e completam as formalidades legais por seus diretores. A emissão das novas ações para os acionistas da incorporada termina de cumprir o procedimento legal e é consequência da aquisição dos títulos originais pela incorporadora e da necessária recomposição dos patrimônios individuais afetados.
>
> 19. Por todo o exposto, não existe **alienação das ações pelos acionistas da incorporada, cujas manifestações de vontade estão dirigidas à celebração do negócio social. Embora a vontade individual seja relevante para a efetiva substituição de títulos, não o é para perfectibilidade do negócio. A substituição final é consequência legal e lógica da operação e condição imprescindível ao equilíbrio dos interesses contínuos.**
>
> Portanto, não se pode ignorar o princípio da entidade e dizer, noutra linha, que não haverá tributação. Entendo que a ocorrência do fato gerador do IRPF quando existir a realização dessa renda.
>
> (...)
>
> Haverá ganho de capital, sim, quando o contribuinte alienar, por valor superior ao custo de aquisição, a participação societária recebida em razão da incorporação de ações ora apreciada. (Grifamos).

Nas diversas perspectivas em que o tema foi abordado no Acórdão supratranscrito, destacamos as seguintes conclusões:

i. A incorporação de ações não se confunde com incorporação de sociedades nem tampouco com subscrição de capital em bens, portanto, inexiste fundamento legal que dê sustentação ao lançamento;

ii. Não existe alienação das ações pelos acionistas da incorporada, cujas manifestações de vontade estão dirigidas à celebração do negócio social;

iii. Não há disponibilidade econômica ou jurídica de renda;

iv. Na incorporação de ações trocam-se títulos por outros títulos. O fato de as novas ações serem eventualmente superiores ao valor contabilizado (ou valor de custo), não permite dizer que houve acréscimo patrimonial, visto que não há qualquer disponibilidade efetiva de renda;

v. Somente haverá incidência de IRPF quando a pessoa física vender suas ações;

vi. Não há recebimento de preço pelos títulos, mas sim de novas ações, cujo valor total, ainda que superior, poderá ser momentâneo, diante das variáveis que podem acontecer nesses casos devido às oscilações do mercado de capitais.

Por oportuno, importante nesse ponto mencionar o entendimento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por ocasião do julgamento da Apelação nº 505279342.2011.4.04.7000, que de forma elucidativa entendeu que não há a alienação de ações ou mesmo uma incorporação ficta, mas sim a sub-rogação legal dos acionistas cujas ações houveram de ser incorporadas, nas ações da incorporadora, senão vejamos:

> Não há a alienação de ações ou mesmo uma incorporação ficta, mas sim a sub-rogação legal dos acionistas cujas ações houveram de ser incorporadas, nas ações da incorporadora. (...) A alienação importa na renúncia de um direito e é, portanto, voluntária. Tendo em vista que na sub-rogação real derivada de lei há a substituição de uma coisa por outras em razão de expressa previsão legal, não há que se confundir alienação com sub-rogação real. (...)
>
> Mesmo que se considerasse a incorporação de ações como ato de alienação, não estaria a situação dos autos enquadrada no âmbito da regra matriz de incidência do IRPF. Pela simples e óbvia razão de que nem toda alienação implica em ganho de capital. Em outras palavras, a realização de uma alienação. Por si só, não gera ganho de capital cujo exemplo típico é a permuta sem torna, ainda que não coincidentes os valores dos bens permutados. (2ª Turma, ReI. Des. Otávio Roberto Pamplona, J: 11/10/2015).

No presente caso, não ocorreu a disponibilidade econômica ou jurídica de renda, pois não houve aumento patrimonial, mas sim uma permuta de participações das ações e o direito ao crédito decorrente da troca de ações que representa um ganho potencial não realizado.

Nesse diapasão, diante da inexistência de realização da renda que autorize a exigência do Imposto de Renda Pessoa Física por ganho de capital na incorporação de ações, impõe-se, nesse ponto o cancelamento da exigência fiscal.

Ganho de capital na alienação – Dedução de Custos

O Recorrente aduz que da leitura do artigo 123, §5º do RIR/99, verifica-se que são necessários dois requisitos para dedução dos valores pagos à título de corretagem Financeiros: (i) natureza de corretagem e (ii) ausência de transferência do ônus do pagamento ao adquirente (no caso concreto, a BR Pharma).

Afirma que os contratos se referem à corretagem e que o ônus do pagamento dos valores devidos ao Credit Suisse e à AGL foram suportados pelos próprios Acionistas.

Com relação ao contrato com a Credit Suisse, resta que claro que não há qualquer e relação de prestação de serviço com a venda em si do negócio, razão pela qual não cabe interpretar que ocorreu alguma forma de corretagem/comissão, conforme se constata da análise do contrato, cujo trecho transcrevemos a seguir (fl. 235):

Os Contratantes reconhecem e concordam que o Credit Suisse foi contratado somente para atuar como assessor financeiro no âmbito da Operação, e que nenhum relacionamento fiduciário ou de representação entre os Contratantes e o Credit Suisse foi constituído por este instrumento, ou pelo fato de o Credit Suisse ter orientado ou estar orientando os Contratantes em quaisquer outras questões. Em relação a esta contratação, o Credit Suisse está apenas prestando serviços de assessoria financeira aos Contratantes, de forma independente, e não em qualquer outra capacidade.

Os Contratantes entendem que o Credit Suisse não está se comprometendo a fornecer qualquer consultoria jurídica, contábil, regulatória ou fiscal em relação a este instrumento e, portanto, não emitirá qualquer opinião sobre qualquer destes assuntos em relação à Operação. Assim sendo, os Contratantes deverão se basear na opinião de profissionais especializados por ela contratados para opinar e decidir sobre tais assuntos. O Credit Suisse não será responsável pela decisão negocial tomada pelos Contratantes no sentido de efetuar uma Operação, tampouco pela orientação ou pelos serviços prestados por quaisquer outros consultores ou contratados dos Contratantes. Os Contratantes deverão ser exclusivamente responsáveis pelas premissas comerciais que fundamentaram qualquer orientação de avaliação fornecida pelo Credit Suisse.

Com relação ao contrato celebrado com a empresa AGL, a motivação da fiscalização para glosar o custo de aquisição foi o fato da composição da empresa ser de familiares da contribuinte (fls. 34/35), entendendo assim que não havia corretagem.

No entanto, da análise do contrato de compra e venda adunado aos autos, em que consta o valor da alienação recebido por cada acionista (anexo A), o montante dos honorários pagos para a realização do contrato não integra o valor do bem alienado.

O contrato traz o seguinte objeto quanto aos serviços prestados:

I. OBJETO

1.1 O presente Contrato tem por objeto a prestação, pela Contratada, de serviços de consultoria em relação à Transação, incluindo (i) auxiliar os Contratantes na Reestruturação, incluindo eventual planejamento familiar; (ii) a apresentação da Transação a potenciais investidores, incluindo a coordenação de visitas ao Grupo Big Benn; (iii) coordenação dos trabalhos envolvendo outros assessores, incluindo assessores financeiros, jurídicos e contábeis; (iv) intermediação das negociações junto aos Contratantes, os potenciais interessados na Transação, bem como seus respectivos assessores; e (v) auxiliar no planejamento imobiliário do Grupo Big Benn (em conjunto "Serviços").

Ressalte-se que o contrato firmado com a AGL foi celebrado antes do inicio das tratativas entre os acionistas da Big Benn e a BR Pharma e no objeto do contrato inclui a apresentação da transação a potenciais investidores e intermediação nas negociações, e não houve transferência do ônus do pagamento para o adquirente.

Cabe ainda destacar que o § único do art. 723 do Código Civil estabelece a necessidade do corretor prestar ao cliente todos os esclarecimentos acerca da segurança ou do risco do negócio:

> Art. 723. O corretor é obrigado a executar a mediação com diligência e prudência, e a prestar ao cliente, espontaneamente, todas as informações sobre o andamento do negócio. (Redação dada pela Lei nº 12.236, de 2010)
>
> Parágrafo único. Sob pena de responder por perdas e danos, o corretor prestará ao cliente todos os esclarecimentos acerca da segurança ou do risco do negócio, das alterações de valores e de outros fatores que possam influir nos resultados da incumbência. (Incluído pela Lei nº 12.236, de 2010)

Na operação de incorporação de ações, o serviço de corretagem engloba vários envolvidos para que se possa trazer mais segurança à uma operação extremamente complexa.

A respeito do tema, cabe ainda ressaltar a decisão proferida no Acórdão nº 2201003.891, de relatoria da Conselheira Ana Cecília Lustosa da Cruz, cuja ementa segue:

> ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF
>
> Ano-calendário:
>
> 2011, 2012
>
> PROCESSO JUDICIAL NÃO CONCOMITANTE COM O PROCESSO ADMINISTRATIVO. APRECIAÇÃO DA MATÉRIA.
>
> Não ocorrendo concomitância entre o processo judicial e o administrativo sobre a mesma matéria, haverá decisão administrativa quanto à matéria.
>
> GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES. ATUALIZAÇÃO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS SEM EMISSÃO DE NOVAS AÇÕES. POSSIBILIDADE.
>
> A capitalização dos lucros, com ou sem a emissão de novas ações, implica, para o acionista, o benefício de aumento do custo fiscal de aquisição do investimento, nos termos previstos na legislação de regência.
>
> VALOR DA ALIENAÇÃO DAS AÇÕES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXCLUSÃO.
>
> Com a análise do contrato de compra e venda anexo aos autos, resta claro o valor da alienação recebido por cada acionista, de modo que, embora seja inconteste o pagamento de honorários para a realização do contrato referido, tal valor adjacente não integra o valor do bem alienado.
>
> Deve ser considerado para o cálculo do ganho de capital o valor efetivamente relativo a alienação das ações.
>
> (Acórdão nº 2201003.891 - 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária; Sessão de 13 de setembro de 2017; Ana Cecília Lustosa da Cruz)

Ressalte-se ainda que a autoridade fiscal não traz quaisquer provas concretas quanto a eventual existência de conluio, fraude ou simulação em relação aos valores dispendidos pela alienante, pagos pela prestação de serviços para a empresa AGL. Assim, resta caracterizada a corretagem.

Dessa forma, deve ser considerado para o cálculo do ganho de capital o valor relativo à alienação das ações, excluindo o montante gasto pelo contribuinte quanto a empresa AGL, haja vista que a finalidade da norma é excluir a parcela não integrante do valor do bem (valor da corretagem), quando suportado pelo alienante, do valor da alienação levado a efeito para o cálculo do ganho de capital.

Responsabilidade Tributária

Foi atribuída à Sra. Priscila Guimarães Rodrigues Aguilera a responsabilidade tributária, por serem os fatos geradores oriundos da alienação de bens comuns do casal, com base no art. 124, I, do CTN.

No presente caso, a responsabilidade solidária da Sra. Priscila Guimarães Rodrigues Aguilera se dá, única e exclusivamente, pelo fato de ser casada sob o regime de comunhão parcial de bens, sem se apresentar qualquer demonstração de que tenha praticado um único ato conjunto para a operação de incorporações de ações que no entender da fiscalização ensejou a incidência do IRPF.

Ainda que se tratem de cônjuges na constância de casamento sob o regime de comunhão parcial de bens, inexiste a comprovação inequívoca, por parte da autoridade fiscal, do interesse comum, que não seja apenas o econômico. Não se verifica a realização conjunta, de forma direta, da situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária, pois os sujeitos passivos não praticaram conjuntamente o fato gerador.

Dessa forma, não havendo na acusação fiscal quaisquer elementos ou indícios de participação direta da Sra. Priscila Guimarães Rodrigues Aguilera na operação de incorporações de ações que ensejou o presente lançamento, resta incabível a imputação de responsabilidade solidária que lhe foi atribuída.

Conclusão

Ante o exposto, voto por CONHECER dos Recursos Voluntários e, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO para: (i) excluir do lançamento a exigência do Imposto de Renda Pessoa Física na incorporação de ações; (ii) excluir do valor da alienação das ações os valores proporcionais pagos à empresa AGL; (iii) excluir a responsabilidade solidária da Sra. Priscila Guimarães Rodrigues Aguilera.

(documento assinado digitalmente)

Andréa Viana Arrais Egypto

Voto Vencedor

Conselheiro José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Redator Designado.

Não obstante as sempre bem fundamentadas razões da ilustre Conselheira Relatora, peço vênia para manifestar entendimento divergente no que se segue.

Incorporação de ações. No caso, os recorrentes adquiriram a participação societária em incorporadoras mediante entrega das participações em incorporadas. Em outras palavras, saíram de seu patrimônio jurídico as ações de incorporada e ingressaram as novas ações emitidas pela incorporadora.

Embora denominado de "incorporação de ações", o evento societário em questão representa uma transferência de domínio de um bem para outra pessoa, tendo em vista os efeitos

patrimoniais para o sócio, o qual, ao adquirir participação societária atual, entrega ações anteriormente possuídas integrantes de seu patrimônio. A situação guarda identidade com a integralização de capital mediante entrega de bens:

> Lei 9.249, de 1995
>
> Art. 23. As pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos pelo valor constante da respectiva declaração de bens ou pelo valor de mercado.
>
> § 1º Se a entrega for feita pelo valor constante da declaração de bens, as pessoas físicas deverão lançar nesta declaração as ações ou quotas subscritas pelo mesmo valor dos bens ou direitos transferidos, não se aplicando o disposto no art. 60 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e no art. 20, II, do Decreto-Lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983.
>
> § 2º Se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital.

A transmissão da propriedade dos ativos é onerosa e mensurada em dinheiro, a partir de prévia avaliação de profissionais peritos:

> Lei 6.404, de 1976
>
> Art. 252. A incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira, para convertê-la em subsidiária integral, será submetida à deliberação da assembleia-geral das duas companhias mediante protocolo e justificação, nos termos dos artigos 224 e 225.
>
> § 1º A assembléia-geral da companhia incorporadora, se aprovar a operação, deverá autorizar o aumento do capital, a ser realizado com as ações a serem incorporadas e nomear os peritos que as avaliarão; os acionistas não terão direito de preferência para subscrever o aumento de capital, mas os dissidentes poderão retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)
>
> § 2º A assembléia-geral da companhia cujas ações houverem de ser incorporadas somente poderá aprovar a operação pelo voto de metade, no mínimo, das ações com direito a voto, e se a aprovar, autorizará a diretoria a subscrever o aumento do capital da incorporadora, por conta dos seus acionistas; os dissidentes da deliberação terão direito de retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)
>
> § 3º Aprovado o laudo de avaliação pela assembléia-geral da incorporadora, efetivar-se-á a incorporação e os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhes couberem.

Sendo assim, a incorporação de ações é uma forma de alienação em sentido amplo e a diferença a maior a favor do valor econômico em contraposição ao custo de aquisição da participação na empresa cujas ações estão sendo incorporadas por outra se constitui em ganho de capital. Correto o entendimento veiculado na Solução de Consulta Cosit nº 224, de 14 de agosto de 2014. As operações que importem alienação de bens estão sujeitas à apuração de ganho de capital:

> Lei 7.713, de 1988
>
> Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei.
>
> (...)§ 2º Integrará o rendimento bruto, como ganho de capital, o resultado da soma dos ganhos auferidos no mês, decorrentes de alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, considerando-se como ganho a diferença positiva entre o valor de transmissão

> do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente, observado o disposto nos arts. 15 a 22 desta Lei.
>
> § 3º 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.
>
> § 4º A tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda, e da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título.

Note-se que o §3º do art. 3º da Lei nº 7.713, de 1988, veicula rol exemplificativo, enumerando sem esgotar negócios jurídicos reconhecidamente distintos, como a compra e venda, permuta, desapropriação e os contratos afins.

A disponibilidade da nova riqueza em pecúnia não é requisito absoluto para a tributação do ganho de capital, bastando o acréscimo patrimonial advindo do ingresso de bem ou direito. Ao definir o fato gerador do imposto, o ordenamento não se reporta à disponibilidade financeira ou circulação de numerário (dinheiro em caixa - regime de caixa), mas à disponibilidade econômica ou jurídica (acréscimo patrimonial):

> Constituição
>
> Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: (...)
>
> III - renda e proventos de qualquer natureza; (...)
>
> § 2º O imposto previsto no inciso III:
>
> I - será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei;
>
> Código Tributário Nacional
>
> Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:
>
> I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;
>
> II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.
>
> Lei 7.713, de 1988
>
> Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei.
>
> (...)§ 4º A tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda, e da forma de percepção das rendas ou proventos, **bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título.**

Por isso, não há que se falar em mera expectativa de renda a ser concretizada apenas quando da venda das ações, uma vez que as ações da companhia incorporadora entregues em pagamento foram avaliadas economicamente, refletindo o seu valor a prática do mercado, e representando o acréscimo patrimonial do contribuinte na perspectiva estática, ou seja, em relação à situação anterior à operação de incorporação de ações. Logo, não há ofensa aos princípios da capacidade contributiva, isonomia, razoabilidade ou não confisco.

Note-se que o artigo 55 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, Regulamento do Imposto de Renda, RIR, em seus incisos IV e XIII, trazia exemplificativamente hipóteses de incidência em que não há recebimento de valores em dinheiro:

> Art. 55. São também tributáveis (Lei nº 4.506, de 1964, art. 26, Lei nº 7.713, de 1988, art. 3º, § 4º, e Lei nº 9.430, de 1996, arts. 24, § 2º, inciso IV, e 70, § 3º, inciso I):
>
> (...) IV - os rendimentos recebidos na forma de bens ou direitos, avaliados em dinheiro, pelo valor que tiverem na data da percepção;
>
> (...) XIII - as quantias correspondentes ao acréscimo patrimonial da pessoa física, apurado mensalmente, quando esse acréscimo não for justificado pelos rendimentos tributáveis, não tributáveis, tributados exclusivamente na fonte ou objeto de tributação definitiva;

A incorporação de ações não tem natureza jurídica de uma sub-rogação real, pois não há uma mera substituição de ações, com equivalência de valores entre os bens substituídos e manutenção de uma mesma natureza jurídica ou idêntico regime jurídico entre os ativos. Em face do art. 252 da Lei nº 6.404, de 1976, também não há uma simples recomposição do patrimônio do acionista da companhia cujas ações foram incorporadas. Pelo mesmo motivo, não há como se considerar haver uma simples troca entre bens de mesmo valor.

Há aquisição de disponibilidade econômica com o recebimento de um valor que acresce efetivamente riqueza ao patrimônio do contribuinte, mesmo que não seja em dinheiro.

A convenção particular entre as partes com o fim de limitar a faculdade de disposição do direito de propriedade do acionista, obrigando-o a não aliená-las por um determinado período (lock up), não tem o condão de modificar a definição e o momento de ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, reputando-se perfeito e acabado por ocasião da incorporação das ações.

A celebração do contrato de penhor pelo contribuinte revela que adquiriu a titularidade e a disponibilidade jurídica das ações, pois apenas o proprietário pode dar bens em garantia e para tanto, além do domínio, deve ter a livre disposição da coisa (Lei n° 3.071, de 1916, art. 756; e Lei n° 10.406, de 2002, art. 1.420).

Assim, o acordo de vontade de índole privada no tocante à cláusula de restrição temporária a alienação de ações (*lock up*) ou mesmo o penhor não implicam concluir pela existência de mera expectativa de acréscimo patrimonial e, portanto, pela necessidade de diferimento da tributação para a data de encerramento do prazo de "lock up" ou do penhor ou mesmo para o momento de alienação das participações societárias, quando só então seria possível mensurar, na visão do recorrente, o seu efetivo acréscimo patrimonial.

Isso porque, a incidência da exação tributária é demarcada no momento em que as ações mais valiosas ingressam no patrimônio do contribuinte, de acordo com precificação determinada por laudos de avaliação específicos, não ficando a base de cálculo do ganho de capital submetida aos fatores naturais do mercado de ações que acarretam flutuações no preço do ativo.

Se, após o lapso temporal de "lock up" ou liberação do penhor, o contribuinte aliena parte ou a totalidade das ações, caberá se verificar se obteve valor superior ao preço efetivo da operação de incorporação. Se houver, incorrerá em novo fato gerador do imposto sobre a renda, porquanto se tratará de outro negócio jurídico de transferência de domínio, representativo de realização de renda devido ao acréscimo de patrimônio.

O entendimento aqui esposado já foi acolhido nos Acórdãos n° 2401-005.876 e n° 2401-005.877, de 04/12/2018.

Logo, não prosperam as alegações de ter havido apenas reestruturação societária com substituição de ações por valor equivalente, ausência de disponibilidade econômica ou jurídica, impossibilidade de haver alienação e disponibilidade econômica ou jurídica diante de cláusula de *lock up* e penhor, de suposta tributação de renda virtual ou de patrimônio e de ser cabível a manutenção de custo de aquisição sem considerar a incorporação de ações e a avaliação decorrente do art. 252, § 1º, da Lei 6.404/76, de 1976.

Além disso, não se vislumbra ofensa aos princípios da capacidade contributiva e da estrita legalidade, bem como não há que se falar em lançamento de imposto sem ocorrência de fato gerador, disponibilidade econômica ou acréscimo patrimonial, sendo o presente colegiado é incompetente para afastar a aplicação da legislação sob alegação de ofensa a princípios constitucionais (Decreto n° 70.235, de 1972, art. 26-A; e Súmula CARF n° 2).

Portanto, cabível o lançamento em face da incorporação de ações.

Responsabilidade tributária. Em relação à titularidade das participações societárias adquirida após a celebração do casamento em comunhão parcial de bens, os cônjuges são coproprietários em razão do regime de bens, a realizar, por ocasião da alienação das ações, conjuntamente a situação configuradora do fato gerador do imposto de renda sobre ganho de capital. Por conseguinte, não há como se negar a existência de interesse comum na obrigação tributária (CTN, art. 124, I), a justificar a inclusão da Sra. Priscila Guimarães Rodrigues Aguilera no polo passivo do presente Processo Administrativo Fiscal.

Isso posto, voto por CONHECER dos Recursos Voluntários e DAR-LHES PARCIAL PROVIMENTO para excluir do valor da alienação os valores proporcionais pagos à empresa AGL.

(documento assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro