



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 10280.720109/2017-78
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2202-005.384 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de agosto de 2019
Matéria IRPF
Recorrente ROGER ALBERTO MENDES AGUILERA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2012

PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL. JUNTADA DE DOCUMENTOS. FASE RECURSAL. APRECIÇÃO. POSSIBILIDADE. OBRIGATORIEDADE DE ACATAR ARGUMENTOS. NÃO HÁ.

O Princípio da Verdade Material permite ao julgador conhecer documentos apresentados após o prazo para impugnação, como prova complementar que pode permitir e contribuir para o convencimento do julgador, mas o fato de apreciar tais documentos não implica obrigatoriedade para acatar os seus argumentos.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS. REITERADAS. SEM AMPARO LEGAL. NÃO VINCULAM JULGAMENTO.

As decisões administrativas trazidas aos autos que não estão amparadas por lei para se tornar normas complementares, mesmo que reiteradas, não têm efeito vinculante.

JURISPRUDÊNCIAS. SEM TRÂNSITO EM JULGADO. SEM DECISÕES DEFINITIVAS DE MÉRITO. NÃO VINCULAM O JULGAMENTO.

A jurisprudência decorrente de decisões judiciais, referente a processos ainda não transitados em julgado e sem decisões definitivas proferidas pelo STF ou STJ, não vincula o julgamento na esfera administrativa.

VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS. INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. ANÁLISE ADMINISTRATIVA. NÃO CABIMENTO. SÚMULA CARF Nº 2.

Não cabe à esfera administrativa analisar inconstitucionalidade ou ilegalidade de legislação tributária, matéria de competência exclusiva do Poder Judiciário.

"O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária."

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS. VALOR DAS AÇÕES RECEBIDAS SUPERIOR AO VALOR DAS AÇÕES ENTREGUES. GANHO DE CAPITAL. TRIBUTÁVEL.

A alienação de participações societárias decorrente de incorporação de ações dá ensejo à apuração de ganho de capital tributável se o valor das ações recebidas for superior ao valor das ações entregues.

ALIENAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL. BASE DE CÁLCULO. DESPESA COM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSESSORIA. INDEDUTÍVEIS.

A prestação de serviços de assessoria, consultoria e assemelhadas não se configura corretagem, portanto, as despesas decorrentes de tal prestação de serviço não podem ser deduzidas do valor da alienação para efeito de apurar o ganho de capital.

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL. RESTRIÇÃO DE NEGOCIAÇÃO. CLÁUSULA DE "LOCK UP". CONTRATO DE PENHOR. NÃO IMPEDE A OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR

A existência de cláusula contratual com o fim de limitar a faculdade de disposição do direito de propriedade do acionista, obrigando-o a não alienar sua participação societária (ações) por um determinado período (*lock up*) ou restrição de negociação mediante contrato de penhor não modifica a definição e o momento de ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, reputando-se perfeito e acabado por ocasião da incorporação das ações.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Martin da Silva Gesto, que deu provimento parcial para afastar a incidência do imposto de renda sobre a incorporação de ações, e os conselheiros Leonam Rocha de Medeiros e Gabriel Tinoco Palatnic (suplente convocado), que deram provimento parcial para acatar as deduções de corretagem associadas à AGL Empreendimentos Imobiliários e Administração Ltda. Votaram pelas conclusões quanto à incorporação de ações os conselheiros Leonam Rocha de Medeiros e Gabriel Tinoco Palatnic.

(assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson - Presidente

(assinado digitalmente)

Rorildo Barbosa Correia - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros Marcelo de Sousa Sateles, Martin da Silva Gesto, Ricardo Chiavegatto de Lima, Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Rorildo Barbosa Correia, Gabriel Tinoco Palatnic (suplente convocado), Leonam Rocha de Medeiros e Ronnie Soares Anderson.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra acórdão nº 06-60.297 proferido pela 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba/PR - DRJ/CTA, a qual julgou improcedente a impugnação que contestou o lançamento decorrente de omissão/apuração incorreta de ganhos de capital na alienação de ações/quotas não negociadas em bolsa de valores e exigido do contribuinte por meio do Auto de Infração no montante de R\$ 13.726.599,36, correspondente ao crédito tributário composto pelo Imposto de Renda no valor de R\$ 6.069.687,98, pelos juros de mora no valor de R\$ 3.104.645,40 e pela multa proporcional no valor de R\$ 4.552.265,98 (fls. 1.502/1.531 e 1.539/1.626).

Ação Fiscal

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal (fls. 09/30), foi realizada auditoria fiscal no contribuinte, o Sr. Roger Alberto Mendes Aguilera, com o objetivo da "verificação do cumprimento das obrigações tributárias referentes ao Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza da Pessoa Física-IRPF."

Na ação fiscal (fls. 10/12), ficou demonstrado que a empresa Distribuidora Big Benn S.A., a qual o Sr. Roger Alberto Mendes Aguilera era acionista com o percentual de 22,5% (vinte e dois vírgula cinco por cento) do capital social, transferiu a totalidade das suas ações ordinárias para a Drogaria Guararapes Brasil S.A., da seguinte forma: a) 62,13% das ações por meio de alienação no valor total de R\$ 293.023.605,25 (duzentos e noventa e três milhões, vinte e três mil, seiscentos e cinco reais e vinte e cinco centavos) e b) 37,87% das ações, por meio de incorporação, recebendo em troca 1.205.292 de ações da Drogaria Guararapes Brasil S.A, nos seguintes termos:

a) Por meio do Acordo de Investimento, conforme aditado, foi definido que a Guararapes adquiriria o equivalente a 62,13% (sessenta e dois inteiros e treze centésimos por cento) do capital votante da Big Benn por meio da alienação das ações ordinárias detidas pelo fiscalizado e pelos demais acionistas, pelo valor total de R\$293.023.605,25 (duzentos e noventa e três milhões, vinte e três mil, seiscentos e cinco reais e vinte e cinco centavos), a serem pagos da seguinte forma: (a) R\$100.909.000,00 (cem milhões e novecentos e nove mil reais) à vista na data do fechamento da operação ("Parcela à Vista"); (b) três parcelas anuais de R\$58.045.000,00 (cinquenta e oito milhões e quarenta e cinco mil reais) ; e (c) R\$17.979.605,25 (dezessete milhões, novecentos e setenta e nove mil, seiscentos e cinco reais e vinte e cinco centavos) a serem pagos diretamente aos assessores financeiros dos vendedores na operação.

b) Imediatamente após a aquisição dos 62,13% das ações da Big Benn, a Guararapes realizou a incorporação dos 37,87% das ações remanescentes, de titularidade dos Vendedores. Em razão desta incorporação de ações, os Vendedores passaram a ser sócios da Guararapes.

Ficou demonstrado também que a BR Pharma incorporou as ações da Drogaria Guararapes Brasil S.A recebidas pelos acionistas vendedores da Distribuidora Big Benn S.A., que passaram a fazer parte do quadro societário da BR Pharma, nos seguintes termos (fls. 11/12):

Ato contínuo, a BR Pharma realizou a incorporação da totalidade das ações da Guararapes recebidas pelos Vendedores. Com isto, os Vendedores passaram a ser sócios da BR Pharma.

Detalhados os fatos, em ordem cronológica, temos, portanto, que a BR Pharma, no final do processo, adquiriu a totalidade de ações do Grupo Big Benn por intermédio de sua subsidiária integral, Guararapes. Esta aquisição se deu em duas partes: (1) A Guararapes adquiriu a totalidade das ações da Big Benn, sendo 62,13% mediante compra direta de ações, pelo valor de R\$ 293.023.605,25 e 37,87% mediante incorporação do restante das ações. Nesta incorporação, os Vendedores receberam 1.205.292 ações da Guararapes, no valor de R\$ 178.600.005,00. (2) Em seguida, a BR Pharma incorporou as ações da Guararapes de titularidade dos Vendedores, mediante um aumento em seu capital, com emissão de 23.813.334 novas ações, que foram entregues aos Vendedores, no mesmo valor de R\$ 178.600.005,00.

Ainda de acordo com o Termo de Verificação Fiscal (fls. 23/29), percebe-se que o Sr. Roger Alberto Mendes Aguilera, pela transferência de sua participação, no percentual de 22,5% (vinte e dois vírgula cinco por cento) no capital social da Distribuidora Big Benn S.A. para a Drogaria Guararapes Brasil S.A recebeu em pagamento, pela parte correspondente a alienação (62,13% das ações), o montante de R\$ 61.884.900,00 (sessenta e um milhões, oitocentos e oitenta e quatro mil e novecentos reais) e pela parte referente à incorporação (37,87% da ações), recebeu em troca 271.191 ações da empresa incorporadora Drogaria Guararapes Brasil S.A. ($22,5\% \text{ de } 1.205.292 = 271.191$).

Tributação / Alienação de Ações / Ganho de Capital / Diferença de Valor do Imposto

De acordo com a Auditoria Fiscal, o Sr. Roger Alberto Mendes Aguilera ofereceu à tributação o ganho de capital decorrente da alienação de 61,13% das suas ações no valor de R\$ 61.884.900,00 (sessenta e um milhões, oitocentos e oitenta e quatro mil e novecentos reais), apurado da seguinte forma (fls. 28/29):

*O valor de alienação declarado foi de R\$ 61.884.900,00 (sessenta e um milhões, oitocentos e oitenta e quatro mil e novecentos reais), correspondente a 22,5% (vinte e dois e meio por cento) - percentual de participação de Roger Aguilera - da diferença entre o valor total da venda subtraído das despesas com assessoria (R\$ 293.023.605,25 - R\$ 17.979.605,26 = R\$ 275.043.999,99 * 22,5% = R\$ 61.884.900,00).*

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal (fls. 25/28), a Fiscalização considerou indevida a dedução do valor total da alienação, o montante de R\$ 17.979.605,25 (dezessete milhões, novecentos e setenta e nove mil, seiscentos e cinco reais e vinte e cinco centavos) por se tratar de despesa com assessoria financeira:

Na apuração do ganho de capital relativo a operação de venda de ações da Big Benn para a Guararapes, o contribuinte deduziu, proporcionalmente à sua participação, como valor de alienação, as seguintes quantias:

- R\$ 10.379.605,26 (dez milhões, trezentos e setenta e nove mil, seiscentos e cinco reais e vinte e seis centavos), acordados no mandato celebrado com o Banco de Investimentos Credit Suisse (Brasil) S.A. ("Credit Suisse"), em 02/09/2010.

- R\$ 7.600.000,00 (sete milhões e seiscentos mil reais), objeto do Contrato de Prestação de Serviços celebrado com a AGL Empreendimentos Imobiliários e Participações Ltda ("AGL"), em 16/06/2011.

Vê-se que a legislação permitiu unicamente o abatimento da despesa com corretagem e, sendo assim, impossibilitou qualquer interpretação extensiva do conceito, independentemente de existir previsão contratual ou qualquer acerto distinto entre os interessados.

As despesas com assessoria financeira suportadas pela contribuinte também não poderiam ser deduzidas na apuração do ganho de capital como custo de aquisição. Observe-se, preliminarmente, o que dispõe o art. 17 da Instrução Normativa SRF nº 84, de 11/10/2001.

O contrato de comissão, de acordo como o art. 693 do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10/01/2002), tem; por objeto a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu próprio nome, à conta do comitente. O comissário obriga-se, portanto, perante terceiros em seu próprio nome, figurando no contrato como parte. Neste, em geral, não consta o nome do comitente, porque o comissário age em nome próprio. Não é o presente caso.

Da análise dos dispositivos, conclui-se ser indevida a dedução dos valores pagos aos assessores financeiros, por não se tratarem de contrato de corretagem ou mesmo de comissão.

Por todo o exposto, conclui-se que houve redução indevida do valor de alienação e que não há, assim, previsão legal para a dedução do valor total de R\$ 17.979.605,25 (dezessete milhões, novecentos e setenta e nove mil, seiscentos e cinco reais e vinte e cinco centavos) como custo de aquisição.

Após considerar indevida a dedução do valor total de R\$ 17.979.605,25 com despesas de assessoria financeira, a Fiscalização refez os cálculos e apurou o valor de R\$ 65.930.311,18 correspondente à alienação da parte das ações do Sr. Roger Alberto Mendes Aguilera (fls. 28/29):

Diante da conclusão de que a dedução de R\$ 17.979.605,25 do valor de alienação das ações da Distribuidora Big Benn S/A foi indevida, resta-nos recalcular o imposto devido na operação, relativo à parcela recebida em março de 2012.

O valor de alienação declarado era de R\$ 61.884.900,00 (sessenta e um milhões, oitocentos e oitenta e quatro mil e novecentos reais), correspondente a 22,5% (vinte e dois e meio por cento) - percentual de participação de Roger Aguilera - da diferença entre o valor total da venda subtraído das despesas com assessoria (R\$ 293.023.605,25 - R\$ 17.979.605,26 = R\$ 275.043.999,99 * 22,5% = R\$ 61.884.900,00).

Excluindo-se os R\$ 17.979.605,25, o valor de alienação passa a ser, então, de R\$ 65.930.311,18 (R\$ 293.023.605,25 4 22,5%).

Depois de verificar o valor considerado correto pela alienação das ações, a Fiscalização passou a calcular o valor do ganho de capital decorrente do recebimento pelo Contribuinte da parcela proporcional paga em março de 2012, tendo por base o valor ajustado pela exclusão da dedução de despesas com assessoria financeira, apurando a diferença do imposto devido (fls. 28/29).

A Fiscalização apurou (fls. 28/29), com base no valor ajustado, que o ganho de capital decorrente da parcela recebida pelo Sr. Roger Alberto Mendes Aguilera em março de 2012, foi no montante de R\$ 23.796.077,93 e o imposto devido foi no valor de R\$ 3.569.411,69 (23.796.077,93 x 15%). Após apurar o valor considerado correto, a Fiscalização encontrou diferença de imposto a pagar no valor de R\$ 347.889,13, pois houve recolhimento de Imposto de Renda no valor de R\$ 3.221.522,56 (3.569.411,69 - 3.221.522,56= 347.889,13):

Tabela 1- Cálculo da diferença de Imposto

Ganho de Capital R\$	Imposto Devido R\$	Imposto Pago R\$	Diferença de Imposto R\$
23.796.077,93	3.569.411,69	3.221.522,56	347.889,13

Fonte: Termo de Verificação Fiscal (fl. 29)

Tributação / Incorporação de Ações / Alienação / Ganho de Capital

A Fiscalização verificou que a transferência de 37,87% (trinta e sete inteiros e oitenta e sete centésimos por cento) do capital social da Distribuidora Big Benn S.A. para a Drogaria Guararapes Brasil S.A., a título de incorporação das ações, trata-se de uma forma de alienação (fls. 16/23):

A operação mencionada não foge ao conceito de alienação, uma vez que se trata de uma subtração do patrimônio do sujeito passivo e de um correspondente incremento no patrimônio de outra pessoa, conforme é o entendimento Carvalho Santos, citado em Código Civil Comentado nas anotações feitas ao analisar o art. 1.275 do Código Civil, que trata das causas da perda da propriedade, cujo inteiro teor reproduzo abaixo:

"O Inciso I diz que se perde a propriedade pela alienação, que no dizer clássico de Carvalho Santos, "é o ato pelo qual desfalcamos nosso patrimônio, transferindo a um outro determinado bem" (Código Civil brasileiro interpretado. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 1952, v.III, p. 201). Normalmente, a alienação se faz por negócio jurídico, como a venda e compra, a troca, a doação e a dação em pagamento. Pode ocorrer, todavia, por ato independente de vontade, como o implemento de condição resolutiva no resgate de retrovenda, a arrematação e adjudicação em hasta pública, a alienação forçada do proprietário ao possuidor; prevista no § 4º do art. 1.228, já comentado; ou, ainda, a alienação judicial da coisa comum, para extinção do condomínio sobre coisa comum.

(Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência: Lei nº 10.406, de 10.01/2002 / Coordenador Cezar Peluso. 9ª ed. rev. e atual. - Barueri, SP: Manote, 2015, p. 1203)" (fls. 17/18).

A Fiscalização apresentou justificativas para sustentar o entendimento de que a incorporação de ações se trata de uma forma de alienação, destacando as seguintes (fls.16/20):

Para as pessoas jurídicas incorporadora e incorporada, o aumento e a integralização de capital de uma e a alteração da

composição societária de outra não são operações em que ocorre fato gerador do imposto de renda mas, para os sócios pessoas físicas e jurídicas, a transferência de suas ações na integralização de capital é forma de alienação de bens, podendo haver perda ou ganho de capital tributável pelo imposto de renda, a depender da avaliação pericial.

De fato, as operações em que pessoa física está sujeita a pagar imposto de renda sobre o ganho de capital são aquelas que importem em alienação a qualquer título, conforme dispõe o art. 3º, § 3º, da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988 (art. 117, § 4º, do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 - Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99):

Os dispositivos colacionados prevêm a tributação sobre o ganho de Capital auferido, considerado aquele decorrente de alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, tendo em vista a diferença positiva entre o valor de alienação e o seu respectivo custo de aquisição.

Vale dizer: no caso de incorporação de ações, estas serão transferidas para o patrimônio da pessoa jurídica pelo valor de mercado, em razão da exigência da lei societária. E haverá ganho de capital sujeito a tributação sempre que o valor de mercado (valor de alienação) ultrapassar o valor constante da declaração de bens da pessoa física (custo de aquisição), por força do previsto nos artigos 3º, §3º. e 19. parágrafo único, da Lei nº 7.713/88. Foi o que ocorreu no presente caso.

A Fiscalização apresentou ainda: "uma brevíssima menção a alguns argumentos, eventualmente expostos, contrários à tributação do ganho de capital oriundo da operação "incorporação de ações", os quais são plenamente relutáveis": Sub-rogação real, Ausência de manifestação de vontade e Ausência de fluxo financeiro (fls. 20/23).

A Fiscalização, além da citação das normas legais, apresentou doutrina, decisão administrativa do CARF e jurisprudências do STJ para embasar a exigência do tributo incidente sobre ganho de capital decorrente da incorporação de ações (fls. 16/23). A corrente doutrinária adotada pela fiscalização tem como base o entendimento de Carvalho Santos (fls. 17/18):

"O Inciso I diz que se perde a propriedade pela alienação, que no dizer clássico de Carvalho Santos, "é o ato pelo qual desfalcamos nosso patrimônio, transferindo a um outro determinado bem" (Código Civil brasileiro interpretado, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1952, v.III, p. 201). Normalmente, a alienação se faz por negócio jurídico, como a venda e compra, a troca, a doação e a dação em pagamento. Pode ocorrer, todavia, por ato independente de vontade, como o implemento de condição resolutiva no resgate de retrovenda, a arrematação e adjudicação em hasta pública, a alienação forçada do proprietário ao possuidor; prevista no § 4o do art. 1.228, já comentado; ou, ainda, a alienação judicial da coisa comum, para extinção do condomínio sobre coisa comum.

(Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência: Lei nº 10.406, de 10.01/2002 / Coordenador Cezar Peluso. 9a ed. rev. e atual. - Barueri, SP: Manole, 2015, p. 1203)"

Ao final, a Fiscalização concluiu que a incorporação de ações, por se tratar de uma forma de alienação, está sujeita a regras de tributação sobre o ganho de capital (fl. 19):

Portanto, com base no conceito acima exposto, é indubitoso que houve a alienação das ações pertencentes ao contribuinte, haja vista a transferência de propriedade para a Guararapes, fato este que já se caracteriza como alienação. Assim, sujeita-se às regras atinentes à tributação sobre o ganho de capital.

Tributação / Incorporação de Ações / Ganho de Capital / Cálculo do Imposto de Renda

A Fiscalização, para apurar o ganho de capital que deveria ter sido oferecido à tributação decorrente da incorporação das ações da Distribuidora Big Benn S.A., pela Drogaria Guararapes Brasil S.A, calculou o valor atribuído às ações incorporadas e a partir desse cálculo, verificou o valor correspondente a participação do Sr. Roger Alberto Mendes Aguilera (fls. 23/25):

Conforme já mencionado, com a incorporação das 37,87% das ações da Big Benn, o capital social da Guararapes foi aumentado em R\$ 178.600.005,00 (cento e setenta e oito milhões, seiscentos mil e cinco reais), com a consequente emissão de 1.205.292 (um milhão, duzentos e cinco mil, duzentos e noventa e duas) ações ordinárias que foram atribuídas aos Vendedores na proporção de suas respectivas participações no capital social da Big Benn (valor por ação: R\$ 178.600.005,00 / 1.205.292 = R\$ 148,18).

Roger Aguilera, que possuía 22,5% do capital da Big Benn, recebeu, portanto, 271.191 ações da Guararapes no valor de R\$ 40.185.001,13 (quarenta milhões, cento e oitenta e cinco mil e treze centavos) (22,5% de 1.205.292 e de R\$ 178.600.005,00).

Após verificar o valor correspondente a parcela das ações do Sr. Roger Alberto Mendes Aguilera incorporadas pela no anexo Protocolo e Justificação de Incorporação de Ações (Doe. 26 da Impugnação).

A Fiscalização apurou o Imposto de Renda incidente sobre o respectivo ganho de capital correspondente incorporação de ações (fls. 23/25):

O ganho de capital de Raul Aguilera na alienação dos 37,87% de suas ações da Big Benn para a Guararapes, mediante a operação de incorporação de ações foi, portanto, de R\$ 38.145.325,67 (trinta e oito milhões, cento e quarenta e cinco mil, trezentos e vinte e cinco reais e sessenta e sete centavos) (R\$ 40.185.001,13 - R\$ 2.039.675,46).

Aplicando-se a alíquota de 15% sobre o ganho de capital temos que o imposto devido é de R\$ 5.721.798,85 (cinco milhões, setecentos e vinte e um mil, setecentos e noventa e oito reais e oitenta e cinco centavos).

Multa de Ofício

A Fiscalização aplicou a multa de ofício: "sobre o imposto devido, foi aplicada multa de ofício de 75%, na forma do art. 44, inciso I da Lei nº 9.430/96 (art. 957, inciso I, do RIR/99) (...)"

Impugnação

Regularmente intimado do Auto de Infração, o Contribuinte apresentou impugnação, em 15/03/2017, contestando o lançamento do Imposto de Renda incidente sobre o ganho de capital referente à parte das ações incorporadas e também contestando a exclusão das deduções supostamente indevidas da base de cálculo do Imposto de Renda (fls. 434/508):

(i) a operação de incorporação de ações não resulta na apuração de ganho de capital tributável pelo imposto de renda; e

(ii) a dedução de despesas com corretagem foi realizada nos termos permitidos por lei e, por isso, os referidos valores não devem compor o valor tributável apurado pelo IMPUGNANTE quando da alienação de parte do investimento detido na Big Benn.

Decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento

Quando da análise do presente caso, a DRJ/CTA apreciou o lançamento e proferiu o Acórdão nos seguintes termos (fls. 1.503): "Acordam os membros da 6ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar improcedente a impugnação, com a declaração de voto do julgador pro tempore Wagner Lopes da Silva, mantendo o crédito tributário exigido, nos termos do voto do Relator."

A DRJ/CTA no Acórdão do julgamento apresentou as ementas a seguir transcritas (fls. 1.502/1503):

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2012

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. EFEITOS.

As decisões administrativas, mesmo as proferidas por Conselhos de Contribuintes, e as judiciais, à exceção das decisões do STF sobre inconstitucionalidade da legislação e daquelas objeto de Súmula vinculante não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência, senão àquela objeto da decisão.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. OFENSA.

Arguições de ofensa a princípios constitucionais refogem à competência da instância administrativa, não podendo a autoridade administrativa negar a aplicação de lei ou ato normativo sob este fundamento.

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. TRANSFERÊNCIA. INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL. PESSOA FÍSICA. GANHO DE CAPITAL. INCIDÊNCIA.

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/comissão, são indedutíveis na apuração do ganho de capital.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Recurso Voluntário

O Contribuinte Roger Alberto Mendes Aguilera, devidamente intimado da decisão da DRJ/CTA, por meio do Termo de Ciência por Abertura de Mensagem (fl. 1.535), apresentou, em 20/10/2017 (fl. 1.537), recurso voluntário (fls. 1.539/1.626).

Em sede de Recurso Voluntário, o Recorrente se insurgiu contra a decisão da DRJ/CTA, alegando que:

Inicialmente, o Contribuinte fez considerações sobre a tempestividade do Recurso e apresentou uma breve descrição das operações societárias que antecederam a incorporação de ações, destacando (fls. 1.545/1.548):

23. Por meio do Acordo de Investimento, conforme aditado (Docs. 04 e 05 da Impugnação), foi definido que a Investidora adquiriria o equivalente a 62.13% (sessenta e dois inteiros e treze centésimos por cento) do capital votante da Big Benn por meio da alienação das ações ordinárias detidas pelo RECORRENTE e pelos demais acionistas, pelo valor total de R\$293.023.605,25 (duzentos e noventa e três milhões, vinte e três mil, seiscentos e cinco reais e vinte e cinco centavos), a serem pagos da seguinte forma:

(a) R\$100.909.000.00 (cem milhões e novecentos e nove mil reais) à vista na data do fechamento da operação² ("Parcela à Vista");

(b) três parcelas anuais de R\$58.045.000.00 (cinquenta e oito milhões e quarenta e cinco mil reais);

(c) R\$17.979.605,25 (dezessete milhões, novecentos e setenta e nove mil, seiscentos e cinco reais e vinte e cinco centavos) a serem pagos diretamente aos assessores financeiros dos Acionistas.

28. Como resultado do aumento do capital social, o custo de aquisição da participação societária detida pelo RECORRENTE correspondente a 22,5% (vinte e dois inteiros e cinquenta centésimos por cento) da Big Benn passou a ser de R\$5.385.992.76 (cinco milhões, trezentos e oitenta e cinco mil, novecentos e noventa e dois reais e setenta e seis centavos).

Alienação de Parcela das Ações

O Recorrente informou que recebeu o valor de R\$ 22.704.525,00 (vinte e dois milhões, setecentos e quatro reais, quinhentos e vinte e cinco reais) correspondente ao pagamento da parcela à vista pela venda de 62,13% da sua participação societária no capital da Distribuidora Big Benn S.A, informou ainda que depois de fazer as deduções de despesas com a contratação de assessoria financeira, apurou ganho de capital e o ofereceu à tributação (fls. 1.548/1549):

30. Em função da diferença entre o custo de aquisição de R\$3.346.317,30 (três milhões, trezentos e quarenta e seis reais, trezentos e dezessete reais e trinta centavos), equivalentes a 62,13% (sessenta e dois inteiros e treze centésimos por cento) de participação na Big Benn alienada à Drogaria Guararapes, e o valor total a ser recebido pelo Recorrente de R\$61.884.900,00 (sessenta e um milhões, oitocentos e oitenta e quatro reais e novecentos reais), após deduzidas as despesas com a contratação de assessores financeiros para a operação na forma autorizada pela legislação tributária, foi apurado ganho de capital, tendo sido oferecido à tributação, no ano-calendário de 2012, o montante correspondente à Parcela à Vista recebida no mesmo ano (Doc. 19 da Impugnação), equivalente a 36,70% (trinta e seis inteiros e setenta centésimos por cento) do valor total a ser recebido pelo Recorrente.

Indiscutível Legalidade da Operação de Incorporação de Ações

Preliminarmente, o Contribuinte argumenta que pretende afastar a premissa adotada na declaração de voto do Auditor Fiscal Wagner Lopes da Silva no Acórdão, o qual defendeu a ocorrência de uma operação de compra e venda travestida de incorporação de ações (fls. 1.555/1.558):

54. Antes de abordar o mérito deste recurso o Recorrente pretende afastar a equivocada premissa adotada pelo I Auditor Fiscal Wagner Lopes da Silva. Auditor Fiscal responsável pela declaração de voto de fls. 1527 a 1531 deste processo, na qual o referido julgador defendeu que a operação em questão não foi, na realidade, uma operação de incorporação de ações, mas sim uma operação de compra e venda travestida de incorporação de ações.

60. Na incorporação de ações há uma troca de ações, onde aquele que inicialmente detém participação na sociedade cujas ações serão incorporadas, passa, ao final, a deter participação direta na sociedade incorporadora.

61. Na alienação, diferentemente, o investidor vende as ações, se desfazendo do negócio. Ao final de uma alienação, o investidor deixa de ter qualquer participação societária.

62. São institutos absolutamente distintos, inconfundíveis e incomparáveis.

63. Com efeito, a operação que gerou a autuação fiscal foi efetivamente uma incorporação de ações, como se verifica por

meio da documentação juntada aos autos, não havendo espaço para a argumentação defendida pelo julgador no sentido de que teria ocorrido uma "efetiva alienação".

Incorporação de Ações

O Recorrente afirmou que na sua Impugnação ficou demonstrado que a incorporação de ações não desencadeou o fato gerador do Imposto de Renda, mas a 6ª Turma da DRJ de Curitiba/PR julgou improcedente a Impugnação e manteve integralmente o lançamento fiscal.

Por isso, em sede de recurso, o Contribuinte apresentou novamente seus argumentos contestando a tributação incidente sobre o ganho de capital apurado pela incorporação de ações e afirmou que o entendimento da DRJ não merece prosperar.

O Recorrente, no tocante a contestação da exigência do Imposto de Renda sobre ganho de capital apurado pela incorporação de ações, alegou que:

a) há um entendimento sedimentado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF de que as operações de incorporação de ações não são fato gerador do IRPF (fls. 1.560/1.561).

76. Preliminarmente, é importante ressaltar que a Câmara Superior de Recursos Fiscais ("CSRF") já pacificou o entendimento no sentido de que as operações de incorporação de ações não são fato gerador do IRPF.

b) a natureza da incorporação de ações se trata de uma operação societária *sui generis* e que não se confunde com outros institutos do Direito Societário, tais como a incorporação de sociedade e o aumento de capital via aporte de bens (fls. 1.563/1.571).

105. Ressaltamos, desde já, que é extremamente relevante, para fins da presente defesa, a concentração na distinção entre a figura da incorporação de ações e a do aumento de capital via aporte de bens. Isso porque, como se verificará mais adiante, tal distinção afasta um dos principais argumentos aduzidos pela D. Fiscalização para justificar a lavratura do auto de infração, qual seja, a alegada possibilidade de aplicação do artigo 23 da Lei n.º 9.249/9512 para fins de apuração de suposto ganho de capital decorrente do recebimento de ações da BR Pharma.

c) o tratamento tributário na incorporação de ações, por se tratar de operação que resulta na troca de participações societárias de mesmo valor, não se configura fato gerador do IRPF, uma vez que não ocorre acréscimo patrimonial representativo de renda no patrimônio do Contribuinte e também não estão presentes a disponibilidade econômica ou jurídica, requisitos necessários para cobrança do Imposto de Renda (fls. 1.577/1.588):

137. Ora, no caso em tela não há que se falar em disponibilidade econômica na medida em que não ocorreu o aumento do patrimônio do Recorrente. O que houve foi a troca de participações do mesmo valor.

d) na permuta sem torna há ausência de ganho de capital, diferente do que pensa a Autoridade Fiscal que equiparou a permuta de ações uma alienação passível de tributação (fls. 1.588/1.594):

196. Mas não é só. Ao afirmar que a permuta de ações se equipara a uma alienação passível de tributação pelo IRPF, a Autoridade Fiscal ignora que a legislação pátria não prevê a tributação em operações de permuta sem torna.

203. Neste sentido é importante ressaltar que a própria PGFN, por meio do já mencionado Parecer PGFN/PGA-454/92 (Doc. 32 da Impugnação), concluiu pela não incidência de imposto de renda na permuta verificada na aquisição de ações no âmbito do Programa Nacional de Desestatização. Não obstante os ativos permutados na incorporação de ações não sejam os mesmos, o raciocínio exposto no referido parecer se aplica perfeitamente ao caso presente.

205. A inexistência de ganho de capital em operações de permuta sem torna também já foi reconhecida pelas próprias autoridades fiscais por meio de Parecer Normativo CST n.º 504/71.(...).

e) a tributação da pessoa física ocorre pelo regime de caixa, porque, como se sabe, ao contrário do que ocorre com as pessoas jurídicas, que podem estar sujeitas ao regime de competência, as pessoas físicas, em observância ao regime de caixa, só devem oferecer ganhos e proventos à tributação quando do efetivo recebimento/ingresso de recursos. Nos termos do artigo 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 (fls. 1.594/1.599).

f) não há possibilidade de comparação entre a incorporação de ações e o aumento de capital com aporte de bens, conforme ficou demonstrado na Impugnação que a incorporação de ações e o aumento de capital com aporte de bens são operações absolutamente distintas e que não é possível tributar o alegado ganho de capital com base no artigo 23 da Lei n.º 9.249/95.

g) o Recorrente, em relação à incorporação de ações, continuou afirmando que inexistente ganho de capital tributável, sintetizando assim seus argumentos:

246. Por todo o exposto neste Recurso Voluntário, concluímos, em companhia de farta doutrina e jurisprudência, que na Incorporação de Ações inexistente ganho de capital tributável, uma vez que, conforme restou demonstrado à exaustão:

a) no escopo da operação 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:

b) não se observou, sob qualquer prisma, a disponibilidade econômica ou jurídica das ações da BR Pharma recebidas pelo Recorrente;

c) as ações da BR Pharma não são passíveis de alienação por conta do penhor, fato que reforça a ausência de disponibilidade econômica ou jurídica:

d) a tributação pelo IRPF, na hipótese, 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:

e) no que tange ao investimento detido pelo RECORRENTE, como de rigor, esta manteve em sua declaração de ajuste o valor que dela já constava, correspondente ao custo de aquisição, não considerando o valor decorrente da avaliação realizada no âmbito da incorporação de ações:

f) 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; e

g) a Incorporação de Ações levada a cabo 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 desta autuação fiscal, uma vez que não houve alienação alguma e que a incorporação de ações e a integralização de capital com a conferência bens não se confundem.

Penhor das Ações

O Contribuinte informou também que as ações incorporadas foram dadas em penhor para garantir as obrigações assumidas (fl. 1.552/1.674):

42. Como se verifica na cláusula 8.11 do Acordo de Investimento (Doc. 04 da Impugnação) e do anexo Contrato de Penhor celebrado entre o RECORRENTE e a BR Pharma (Doc. 28 da Impugnação), as 5.358.000 (cinco milhões, trezentas e cinquenta e oito mil) ações da BR Pharma, recebidas pelo RECORRENTE no âmbito da Incorporação de Ações, foram dadas em penhor para fins de garantia das obrigações assumidas pelo RECORRENTE em decorrência da operação de Alienação.

46. E essa foi a exata consequência da celebração do Contrato de Penhor: a indisponibilidade das ações.

47. Com efeito, o penhor das ações recebidas pelo RECORRENTE gerou a vedação de negociar ou transferir as ações pelo prazo de 3 (três) anos ("Lock Up"). como se verifica da leitura da cláusula 9.3 do Contrato de Penhor (...).

O Recorrente, além de citar as normas legais, apresentou decisões administrativa do CARF, jurisprudência do TRF-4 e doutrina de diversos autores como: Sacha Calmon, Misabel Derzi, Maria Helena Santana, Alberro Xavier, Ricardo Mariz, Elidie Palma Bifano, Antônio Caldeira Miretti, Nelson Eizirik.

Deduções Supostamente Indevidas da Base de Cálculo do IR

O Recorrente asseverou que: "conforme demonstrado na Impugnação, o artigo 123, §5º do RIR/99 permite que o contribuinte deduza, do valor da alienação de um ativo, as despesas incorridas a título de corretagem em determinada operação desde que não haja transferência dos ônus de tais despesas ao comprador." (fl. 1.615).

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

No caso do primeiro requisito, natureza de corretagem dos contratos, o Recorrente entendeu que: "contrato de corretagem tem por finalidade aproximar comprador e vendedor, de forma que, somente quando da concretização de determinado negócio jurídico (compra e venda, por exemplo) é que o corretor fará jus à sua remuneração, comumente denominada "comissão." (fls. 1.616/1.622):

258. *O objeto deste contrato não é propriamente o serviço prestado pelo corretor, mas o resultado desse serviço.*

266. *Um segundo ponto importante é que os dois contratos mencionam, em seus objetos, o interesse dos acionistas da Big Benn em encontrar um novo investidor para o Grupo, ficando acordado que, tanto o Credit Suisse, quanto a AGL, foram contratados para auxiliar na busca de tal investidor.*

271. *O terceiro ponto fundamental para a análise da natureza dos contratos, diz respeito à remuneração dos Assessores Financeiros (corretores).*

284. *Assim, podemos concluir que, ao contrário do que entendeu o julgador de primeira instância, os contratos celebrados com os Assessores Financeiros possuem natureza de corretagem, estando cumprido o primeiro dos 2 (dois) requisitos estipulados pelo artigo 123. §5º do RIR/99 para dedução dos valores pagos ao Credit Suisse e à AGL da base de cálculo do IRPF.*

No caso do segundo requisito, ausência de transferência do ônus do pagamento para o adquirente, o Recorrente entendeu que é incontroverso, pois "a existência de previsão expressa nos contratos celebrados com os Assessores Jurídicos demonstra de forma clara e inequívoca a assunção do ônus pelos alienantes." e também que (fls. 1.623/1.624):

287. *Com efeito, a redação da Cláusula 3.2, item XII, do Acordo de Investimento celebrado entre os Acionistas e a Brazil Pharma (Doc. 04 da Impugnação) afasta qualquer alegação de que houve o repasse do ônus do pagamento dos Assessores Financeiros para a BR Pharma, (...):*

288. *O ônus do pagamento dos valores devidos ao Credit Suisse e à AGL foram suportados pelos próprios Acionistas.*

294. *A prova documental está prevista no artigo 434 do Código de Processo Civil, verbis:*

"Art. 434. Incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar suas alegações."

295. *Com efeito, os referidos contratos são prova documental hábil e idônea para comprovar o que se alega e não podem ser*

simplesmente desconsiderados pelo julgador, como o fez o I. Julgador de 1ª Instância.

O Recorrente, asseverou ainda que: "como restou demonstrado acima, os contratos celebrados com os Assessores Financeiros possuem natureza de corretagem. Além disso, é incontroverso que o ônus do pagamento dos valores acordados nos referidos contratos foi incorrido pelos Acionistas." e também que (fls. 1.625/1.626):

298. Assim o Recorrente agiu bem ao deduzir, proporcionalmente, os valores despendidos na contratação dos Assessores Financeiros da base de cálculo do imposto de renda.

299. A própria Receita Federal do Brasil, em resposta a Solução de Consulta formulada em 2007, já se manifestou no sentido de que, observados os 2 (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, como se verifica dos julgados abaixo:

Por fim, o contribuinte requer (fl. 1.626):

301. Diante do exposto, o Recorrente requer V.Sas, se dignem a dar integral provimento ao presente Recurso Voluntário para cancelar o lançamento efetuado e, por conseguinte, a totalidade das exigências fiscais, uma vez que, conforme exaustivamente demonstrado:

(i) a operação de incorporação de ações não resulta na apuração de ganho de capital tributável pelo imposto de renda; e (ii) a dedução de despesas com corretagem foi realizada nos termos permitidos por lei e, por isso, os referidos valores não devem compor o valor tributável apurado pelo Recorrente quando da alienação de parte do investimento detido na Big Benn.

Neste tópico, o Recorrente, além de citar as normas legais, apresentou doutrina dos autores Silvio de Salvo Venosa e Maria Helena Diniz, para embasar sua contestação.

Juntada de Documentos

Em 30 de novembro de 2018 (fls. 1.671/1.731), o Recorrente apresentou petição argumentando que um dos pontos de sua defesa consiste na indisponibilidade das ações da BR Pharma, recebidas no escopo da operação, conforme contrato de penhor e "nesse sentido, a fim de reforçar esse argumento, o Recorrente vem, por meio da presente, requerer a juntada dos anexos documentos, a saber:"

(i) Doc. 01 - comprovante de registro, junto ao Cartório de Títulos e Documentos de São Paulo ("RTDPJ"), do contrato de penhor de ações ("Contrato de Penhor Original") de emissão da BR Pharma, celebrado entre o RECORRENTE e Raul Aguilera ("Empenhantes") e Drogaria Guararapes Brasil S.A., em que figura como interveniente anuente BR Pharma, datado de 29 de março de 2012; e

(ii) Doc. 02 - comprovante de registro, junto ao RTDPJ, do primeiro aditamento ao Contrato de Penhor Original, celebrado

entre os Empenhantes e Big Benn, em que figura como interveniente anuente BR Pharma, datado de 11 de novembro de 2015.

Acrescentou ainda que "o registro dos referidos contratos junto ao RTDPJ reforça e comprova que o Recorrente jamais teve a disponibilidade de tais ações, uma vez que estas foram empenhadas de forma a garantir o integral pagamento de obrigações assumidas no escopo da operação." e por fim requer ainda:

Desta forma, o Recorrente requer a juntada dos anexos documentos e reitera todas suas alegações, requerendo seja dado integral provimento ao Recurso Voluntário interposto, para cancelar a totalidade das exigências fiscais.

PGFN - Contrarrazões ao Recurso Voluntário

Em 09/01/2018, o processo foi encaminhado à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional - PGFN, para ciência (fls. 1.630), em 01/02/2018, a União, representada pela PGFN e por intermédio da sua Procuradora, apresentou as Contrarrazões ao Recurso Voluntário (fls. 1.631/1.668), requerendo: "o desprovimento do recurso, sendo mantido o teor do v. acórdão atacado." e se posicionou afirmando que: "a conclusão da Fiscalização e da DRJ sobre a natureza da incorporação de ações enquanto alienação, portanto, é correta e não merece reforma".

O Recorrente, com o objetivo de reforçar os seus argumentos, apresentou ainda Memoriais de Julgamento.

No dia 05 de agosto de 2019, o Recorrente apresentou petição com informações sobre julgamentos administrativos que versaram sobre temas semelhantes, apresentou ainda ementas destes julgamentos e expôs e requereu o seguinte (fls. 1.735/1.739):

Nesse sentido, o RECORRENTE vem informar que em casos semelhantes ao presente, decorrentes de autos de infração lavrados pela D. Autoridade fiscal em razão da mesma operação que originou o presente litígio, em face de outros contribuintes, foram prolatadas decisões que reconheceram a possibilidade de dedução dos valores pagos à AGL no escopo da operação.

Diante do exposto, o RECORRENTE reforça o pedido para que sejam cancelados os valores lançados em razão da glosa das despesas incorridas com a AGL e aproveita a oportunidade para reiterar suas razões de Recurso Voluntário.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rorildo Barbosa Correia - Relator

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Preliminares

Pedido de Juntada de Documentos na Fase Recursal

Inicialmente cabe registrar que o Recorrente solicitou a juntada de documentos com o objetivo de complementar as suas alegações (fls. 1.672/1.731 e 1.735/1.739). À vista disso, faz-se necessário analisar se tais documentos podem ou não ser juntados aos autos e conhecidos por este Colegiado.

No caso de apresentação de provas, em sede de recurso, cabe mencionar que a jurisprudência apresenta certo grau de atenuação dos rigores das normas processuais acerca da preclusão, afastando-a em alguns casos referentes a fatos notórios que podem permitir e contribuir para o convencimento do julgador.

Assim, após a verificação, entendo que os documentos apresentados podem ser juntados, pois se trata de prova complementar aos documentos já apresentados, em consonância com a matéria questionada nos autos desde o primeiro pronunciamento do contribuinte e já apreciada pela primeira instância, observando o princípio da verdade material.

Para corroborar o fundamento para tal decisão, cabe citar o acórdão nº 9202-01.634 proferido pela 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF, nos seguintes termos: "Por força do princípio da legalidade não vejo como a autoridade julgadora deixaria de analisar as provas apresentadas, ainda que apenas na fase recursal, deixando de buscar a verdade material e limitando-se a apreciar somente o alegado ou apresentado como prova." Conforme ementa a seguir transcrita:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE IRRF

Exercício: 1999

APRESENTAÇÃO DE PROVAS APÓS A IMPUGNAÇÃO. PRECLUSÃO PROCESSUAL E PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL.

Nos processos de determinação e exigência de crédito tributário, a impugnação fixará os limites da controvérsia, sendo considerada como não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

No entanto, a noção de preclusão não pode ser levada às últimas conseqüências, devendo o julgador ponderar sua aplicação no caso concreto à luz dos elementos constantes dos autos e que conduzem à identificação plena da matéria tributável, em homenagem ao princípio da verdade material.

Todavia, cabe esclarecer que o fato de apreciar os documentos juntados na fase recursal não implica acatar os argumentos defendidos pelo Recorrente, uma vez que o julgador é livre para formar seu convencimento e valorar as provas apresentadas.

Princípios Constitucionais

No que diz respeito as alegações de que houve ofensa aos Princípios "da Capacidade Contributiva e da Estrita Legalidade", cabe esclarecer que tais princípios foram impostos pela Constituição Federal e dirigidas ao legislador ordinário, que deve considerá-los quando da elaboração das disposições normativas e não ao aplicador da lei, o qual deve obediência.

Do mesmo modo, por conta do caráter vinculado da atividade fiscal, considerações sobre se houve ofensa a princípios constitucionais não se encontram sob a discricionariedade da autoridade administrativa ou julgadora, uma vez que a determinação de lançar o tributo está definida objetivamente pela lei, não dando margem a qualquer entendimento em sentido contrário, pois se trata de atividade administrativa, obrigatória e vinculada nos termos do artigo 142 da Lei nº 5.172 de 25/10/1966 (CTN).

Além disso, cabe registrar que a instância administrativa está adstrita a verificar se o lançamento se aplica ao caso concreto, analisar os argumentos e as provas apresentados pelo sujeito passivo, verificar se houve realmente o fato gerador da obrigação tributária e se a lei foi corretamente aplicada ao fato apurado na ação fiscal, visto que, em sede administrativa, não se pode declarar ilegalidade ou inconstitucionalidade de ato normativo em vigor, conforme o disposto no art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972, que disciplina o Processo Administrativo Fiscal Federal – PAF. Enquanto que, por outro lado, fica reservado ao Poder Judiciário declarar qualquer irregularidade, ilegalidade ou inconstitucionalidade existente no ordenamento jurídico.

Pelas razões expostas, deixo de examinar as alegações que questionam violação a princípios constitucionais por extrapolar os limites da competência do julgador administrativo, observando a Súmula CARF nº 2: "O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária."

Jurisprudências e Decisões Administrativas

De acordo com o art. 100, inciso II, do Código Tributário Nacional, as decisões administrativas para se tornar normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos, necessita de lei que lhe atribua eficácia.

No presente caso, as decisões administrativas trazidos aos autos não estão amparadas por lei para se tornar normas complementares, portanto, mesmo que reiteradas, as referidas decisões não têm efeito vinculante.

Todavia, no âmbito administrativo cabe ao Conselheiro do CARF observar, no julgamento dos recursos, as súmulas aprovadas pelas Turmas e pelo Pleno da CSRF.

Já em relação a jurisprudência apresentada pelo Recorrente, cabe esclarecer que os efeitos das decisões judiciais, conforme art. 503 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), somente obrigam as partes envolvidas, uma vez que a sentença judicial tem força de lei nos limites das questões expressamente decididas.

Entretanto, cabe esclarecer que o conselheiro do CARF tem o dever de observância obrigatória de decisões definitivas proferidas pelo STF e STJ, após o trânsito em julgado do recurso afetado para julgamento como representativo da controvérsia.

Isto posto, entendo que a doutrina, as decisões administrativas e a jurisprudência trazidos aos autos pelo Recorrente colaboram com o entendimento sobre o tema e enriquecem o debate, mas não vinculam este julgamento na esfera administrativa.

Mérito

De acordo com os autos, percebe-se que o mérito da controvérsia reside em:

- a) incidência de Imposto de Renda sobre ganho de capital decorrente da incorporação de ações
- e b) dedução de despesas do valor de alienação dos ativos, consideradas indevidas.

Incorporação de Ações / Alienação

Em relação ao lançamento do Imposto de Renda incidente sobre o ganho de capital na incorporação de ações, o Recorrente em seu recurso (fls. 1.571/1.614) contestou a exigência, argumentando que não houve alienação de ações, mas tão-somente a substituição por outras ações de valor equivalente, não gerando ganho de capital tributável pelo IRPF, além do que não ocorreu acréscimo patrimonial representativo de renda no patrimônio e também não está presente a disponibilidade econômica ou jurídica.

Ressaltou o Contribuinte, que na permuta sem torna há ausência de ganho de capital, diferente do que pensa a Autoridade Fiscal que equiparou a permuta de ações a uma alienação passível de tributação e também que a tributação da pessoa física deve ocorrer pelo regime de caixa, porém não houve efetivo recebimento/ingresso de recursos. Para corroborar seus argumentos, o Recorrente se apoiou, entre outros, no pensamento defendido por Nelson Eizirik (fls. 1.605/1.606).

Por outro lado, a Fazenda Nacional, por intermédio da PGFN, entendeu que a incorporação de ações de fato importa em alienação, pois preenche todos os requisitos para considerar a renda realizada independente de sua conversão em pecúnia e que para exigir o IRPF deve se observar a disponibilidade econômica ou jurídica da renda e não a disponibilidade financeira. A Fazenda Nacional entendeu também que houve a manifestação de vontade dos acionistas, o acréscimo patrimonial e a realização da renda na incorporação de ações (fls. 1.631/1.667).

Para tanto, a PGFN afirmou que há correntes doutrinárias que defendem esse mesmo posicionamento, como Luís Eduardo Schoueri e Luiz Carlos de Andrade Júnior, que acompanham o entendimento de Modesto Carvalhosa no sentido de que incorporação de ações configura uma forma de alienação.

Diante desse cenário, percebe-se que o cerne da questão se resume no questionamento se a incorporação de ações aqui tratada foi uma permuta simples sem acréscimo patrimonial, por se tratar de uma operação na troca de participações societárias de mesmo valor, portanto sem ganho de capital, como defende o Recorrente ou uma forma de alienação, sujeita à apuração do ganho de capital, conforme entendimento esposado tanto pela Auditoria Fiscal e DRJ/CTA quanto pela PGFN.

À vista disso, passou-se a analisar o contexto em que ocorreu a incorporação de ações, com o objetivo de verificar o que de fato aconteceu e qual foi a intenção das pessoas envolvidas nesta operação, se foi apenas uma troca de participação societária de mesmo valor ou se realmente houve alienação no sentido amplo do conceito.

Neste sentido, foi consultado o documento intitulado acordo de investimento, em particular a "cláusula V incorporações; atos preparatórios para as incorporações" (fls. 70/72), celebrado entre as partes interessadas, para efeito da operação societária de incorporação da Distribuidora Big Benn S.A pela Drogaria Guararapes Brasil S.A e logo depois pela BR Pharma (fls. 47/49).

Após a consulta, verificou-se que ficou acordado entre as partes, que os administradores da Drogaria Guararapes contratariam uma empresa especializada para

elaboração de um laudo com o objetivo de apurar a situação patrimonial e contábil da Drogaria Guararapes Brasil S/A., para emissão de ações, levando em consideração a estrutura do Grupo Big Benn, depois da Reestruturação Societária, como pode ser observado na proposição: "para fins de avaliação, com base no valor econômico das ações de emissão da Companhia e das ações de emissão da Guararapes." nos seguintes termos:

Os administradores da Guararapes deverão contratar uma empresa especializada para elaboração de um laudo patrimonial contábil da Guararapes, dentro do menor prazo possível, que refletirá a situação patrimonial e contábil da Guararapes com data base de 30 de setembro de 2011 ("Laudo Patrimonial Guararapes") para fins meramente informativos;

Os administradores da Guararapes farão com que a Guararapes contrate uma empresa especializada para elaboração de laudo de avaliação (a) das ações de emissão da Companhia (levando-se em consideração a estrutura do Grupo Big Benn após a Reestruturação Societária) ("Laudo de Avaliação Bis Benn"); e (b) das ações de emissão da Guararapes (levando-se em consideração a Incorporação Big Benn) ("Laudo de Avaliação Guararapes" e, em conjunto com Laudo de Avaliação Big Benn, "Laudos de Avaliação"), dentro do menor prazo possível, para fins de avaliação, com base no valor econômico das ações de emissão da Companhia e das ações de emissão da Guararapes, os quais serão submetidos à aprovação nas assembleias gerais competentes que deliberarão sobre os aumentos de capital decorrentes das Incorporações;

Neste caso, percebe-se que o laudo de avaliação, como bem definido na cláusula V, do acordo de investimento, tem o propósito de aferir qual o valor de mercado das empresas, para a partir dessa avaliação, verificar qual deve ser a quantidade de ações a serem emitidas pela incorporadora (Drogaria Guararapes Brasil S.A) para quitar a entrega das ações da empresa incorporada (Distribuidora Big Benn S.A), com base na referida avaliação. Além do que, na incorporação de ações, por imposição dos §§ 1º e 3º do artigo 252 da Lei nº 6.404/76, é obrigatória a avaliação do valor das ações a serem incorporadas.

Percebe-se ainda que o procedimento de avaliação utilizado pela empresa responsável por realizar tal evento, conforme item 3.1 do Protocolo de Incorporação e Instrumento de Justificação de Incorporações de Ações de Emissão da Distribuidora Big Benn S/A pela Drogaria Guararapes Brasil S/A (fls. 772/773), foi fundamentado no conceito de valor justo de mercado "*fair market value*", como estabelecido no Anexo II, Laudo de Avaliação Distribuidora Big Benn S/A, no tópico definição de valor e metodologia (fls. 781/782):

DEFINIÇÃO DE VALOR E METODOLOGIA

Na estimativa do valor econômico da *Empresa*, nos baseamos no conceito de valor justo de mercado ("*fair market value*"), o qual é geralmente definido como o preço (expresso em moeda ou valor equivalente à moeda) possível de se obter em um mercado aberto e sem restrição, entre partes informadas e prudentes, agindo com independência e sem qualquer coação, e sem considerar nenhum benefício especial para qualquer das partes.

O valor justo de mercado pressupõe ainda o valor econômico da *Empresa* “*on a stand alone basis*”, isto é, sem considerar as expectativas de sinergias potenciais ou benefícios indiretos sob a ótica de um investidor específico.

No que diz respeito ao conceito de valor justo de mercado, convém observar a Resolução emitida pelo Conselho Federal de Contabilidade CFC nº. 1.428 de 25 de janeiro de 2013, que aprovou a NBC TG 46 - Mensuração do Valor Justo, que foi anexada à referida Resolução, que tem a seguinte definição:

2. O valor justo é uma mensuração baseada em mercado e não uma mensuração específica da entidade. Para alguns ativos e passivos, pode haver informações de mercado ou transações de mercado observáveis disponíveis e para outros pode não haver. Contudo, o objetivo da mensuração do valor justo em ambos os casos é o mesmo - estimar o preço pelo qual uma transação não forçada para vender o ativo ou para transferir o passivo ocorreria entre participantes do mercado na data de mensuração sob condições correntes de mercado (ou seja, um preço de saída na data de mensuração do ponto de vista de participante do mercado que detenha o ativo ou o passivo).

Neste caso, cabe ressaltar que a metodologia de mensuração por valor justo foi aprovada pelo CFC em 25 de janeiro de 2013, mas já estava sendo utilizado tanto pelas empresas quanto no meio acadêmico, por demonstrar a forma considerada correta na avaliação de ativos. Inclusive há recomendação para esta forma de avaliação pelo Comitê de Pronunciamentos de Contábeis – CPC, por meio do Pronunciamento Técnico CPC 46, tendo como referência as normas internacionais de contabilidade - IRFS.

Por fim, nota-se que a avaliação das empresas envolvidas na Incorporação foi realizada a preço de mercado, para que a empresa incorporadora tivesse conhecimento da quantidade de ações a ser emitidas que correspondesse ao valor da outra empresa incorporada, uma vez que a moeda de troca seria na forma de emissão de ações.

No mesmo sentido, ao consultar o subitem 5.1, (x) do acordo de investimento (fl. 71), verificou-se que o capital da Drogaria Guararapes Brasil S.A foi aumentado em R\$ 178.600.005,00 (cento e setenta e oito milhões, seiscentos mil e cinco reais), com a emissão de 1.205.292 (um milhão, duzentos e cinco mil, duzentos e noventa e duas) ações ordinárias, para fazer frente à incorporação de 37,87% das ações da Distribuidora Big Benn.

Por outro lado, o valor contábil da empresa Distribuidora Big Benn, após a capitalização das reservas de lucros da Companhia no valor total de R\$ 18.767.745,60 (dezoito milhões, setecentos e sessenta e sete mil, setecentos e quarenta e cinco reais e sessenta centavos), passou a ser de R\$ 23.937.745,60 (vinte e três milhões, novecentos e trinta e sete mil, setecentos e quarenta e cinco reais e sessenta centavos), divididos nas 5.170.000 (cinco milhões e cento e setenta mil) ações ordinárias, conforme informações prestadas pelo próprio contribuinte (fl. 40).

Em 5 de março de 2012 a BIG BENN promoveu a capitalização de reserva de lucros no valor de R\$18.767.745,60 (dezoito milhões, setecentos e sessenta e sete mil, setecentos e quarenta e cinco reais e sessenta centavos), sem a emissão de novas ações. Em razão disso, o capital social da BIG BENN passou a ser de R\$23.937.745,60 (vinte e três milhões, novecentos e trinta e sete mil, setecentos e quarenta e cinco reais e sessenta centavos)

divididos em 5.170.000 (cinco milhões e cento e setenta mil) ações ordinárias. Como resultado, o custo de aquisição da participação de 22,5% (vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento) de Fiscalizado na BIG BENN passou a ser de R\$5.385.992,76 (cinco milhões, trezentos e oitenta e cinco mil, novecentos e noventa e dois reais e setenta e seis centavos).

No caso do Recorrente, em relação à operação de incorporação de ações, percebe-se que ele recebeu 271.191 ações da Drogaria Guararapes Brasil S.A no valor de R\$ 40.185.001,13, como pagamento correspondente a sua participação de 22,5% na parte incorporada, equivalente a 37,87% das ações do capital da Distribuidora Big Benn, conforme cálculo efetuado pela Fiscalização (fl. 24).

Dessa forma, nota-se que o acréscimo patrimonial do Recorrente foi na ordem de R\$ 38.145.325,67 (trinta e oito milhões, cento e quarenta e cinco mil, trezentos e vinte e cinco reais e sessenta e sete centavos), decorrente da diferença entre o valor de R\$ 40.185.001,13, recebido em ações pela incorporação, e o valor de R\$ 2.039.675,46, correspondente ao valor contábil, já com a capitalização das reservas de lucros, da sua participação no capital da Distribuidora Big Benn, considerado no lançamento como o custo de aquisição (fls. 24/25).

Com efeito, observa-se que houve acréscimo no valor do patrimônio do Recorrente, de forma substancial e incontestável, decorrente da operação societária de incorporação de ações, em que o seu patrimônio, em relação a este ponto, passou do valor de R\$ 2.039.675,46 (valor contábil da sua participação) para o valor de R\$ 40.185.001,13 (valor de mercado das ações recebidas).

Diante dessas evidências, nota-se que não houve uma permuta simples, como argumenta o Recorrente, mas houve uma alienação no sentido amplo, pois o Contribuinte recebeu como pagamento uma quantidade de ações da empresa incorporadora equivalente ao valor de mercado da Distribuidora Big Benn. Esta operação aumentou consideravelmente o valor do patrimônio do Recorrente, mesmo que não seja em pecúnia, mas foi em forma de bens, demonstrando a ocorrência quanto à aquisição de disponibilidade econômica.

Embora denominado de "incorporação de ações", o evento societário em questão representa de fato uma transferência de domínio de um bem para outra pessoa, pois o Recorrente entregou as ações anteriormente possuídas e integrantes de seu patrimônio para poder integrar, na qualidade de acionista, a sociedade incorporadora. Esta situação guarda identidade com a integralização de capital mediante a entrega de bens, nos termos do art. 23 da Lei nº 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.

Neste ponto, entendo aplicável ao caso o entendimento firmado na Solução de Consulta COSIT nº 224/2014, adiante reproduzida:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF EMENTA: INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. TRANSFERÊNCIA. INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL. PESSOA FÍSICA. GANHO DE CAPITAL. INCIDÊNCIA. Na operação de incorporação de ações, a transferência destas para o capital social da companhia incorporadora caracteriza alienação cujo valor, se superior ao indicado na declaração de bens da pessoa física que as transfere, é tributável pela diferença a maior, como ganho de capital, na forma da legislação. DISPOSITIVOS LEGAIS: Lei nº 6.404, de 1976, art. 252; Lei nº 7.713, de 1988, art. 3º; Lei nº 9.249, de 1995, art. 23; e Instrução Normativa SRF nº 84, de 2001, arts. 2º, 3º, 16, 27 e 30.

Como se vê, os acionistas da sociedade incorporada adquiriu ações da sociedade incorporadora, mediante entrega de suas ações, denotando verdadeiro aumento de capital da sociedade incorporadora. Sendo assim, não se pode falar que houve simples substituição ou permuta, pois, de fato ocorreu uma verdadeira aquisição de ações em que o pagamento se deu em bens.

Sobre o tema, cabe citar Modesto Carvalhosa¹ que explica a natureza jurídica da incorporação de ações que pode ser qualificada como aumento de capital da incorporadora mediante conferência de bens.

"Trata-se o negócio de incorporação de ações, ao mesmo tempo de uma incorporação e de uma alienação fictas. No primeiro caso, porque não se incorpora uma sociedade em outra, na medida em que a incorporada subsiste como pessoa jurídica, ou seja, como sociedade mercantil de direito privado, revestindo o tipo companhia. No segundo caso, porque o controlador da sociedade incorporada aliena não apenas suas ações à incorporadora, mas também as dos minoritários, num negócio sui generis, que lembra a expropriação do direito administrativo.

[...] No mais, trata-se de aumento de capital da incorporadora, mediante a conferência de todas as ações de emissão da incorporada."

Sub-Rogação Real

A incorporação de ações não tem a natureza jurídica de uma sub-rogação real, pois a sub-rogação tem como principal função fazer com que o bem recebido em troca recomponha o novo patrimônio de referência, em que a situação de novo bem de mesmo valor assume o regime jurídico específico do bem precedente, onde a identidade de valores é pressuposto para ficção de que se trata do mesmo bem para impor o mesmo regime. Identidade

¹ (CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei das sociedades anônimas. T. II. V. 4. São Paulo: Saraiva. 2009. p.140-143):

de valores e de regime são, pois, elementos essenciais para que se caracterize a sub-rogação real.

Enquanto que a incorporação de ações, aqui tratada, não se trata de uma mera substituição de ações, com equivalência de valores entre os bens substituídos e a manutenção de uma mesma natureza jurídica ou idêntico regime jurídico entre os ativos, pelo contrário, como já evidenciado, na incorporação ocorreu a necessidade de avaliar os ativos a preço de mercado, mediante laudo, para valorar as ações inerentes ao aumento de capital.

Além disso, também não há identidade de valores, pois com a substituição das ações entre a incorporada e a incorporadora, ocorreu alteração na relação jurídica, pois são sociedades diferentes, com estatutos diferentes e valores patrimoniais diferentes, portanto não há uma simples substituição de objeto, pois ocorreu modificação na relação jurídica.

Assim, no presente caso, verifica-se que houve alienação com acréscimo patrimonial, ensejando apuração de ganho, por força do § 3º do art. 3º da Lei nº 7.713 de 1988.

Cláusula - *Lock up* e Penhor

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*) ou o contrato de penhor não tem o propósito 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.

Nota-se que a restrição ao direito de propriedade não se confunde com condição à transferência de domínio. A transferência de domínio ocorreu no momento da incorporação das ações, com o ingresso das ações no patrimônio dos sócios gerando acréscimo patrimonial, enquanto que a constituição de um ônus não descaracteriza o direito de propriedade.

No caso da cláusula *lock up* estabelecida contratualmente entre os interessados pela incorporação de ações, percebe-se que se trata de uma questão para mais segurança entre as partes, em que os sócios se obrigam a condições restritivas, portanto, condições inerentes à realização dos negócios, em que, de comum acordo, os acionistas aceitaram restringir a sua disponibilidade sobre as ações por um determinado período tempo nos seus próprios interesses, sem contudo deixar de ser proprietário de sua participação societária e participar do resultado econômico da sociedade.

Do mesmo modo, a celebração do contrato de penhor pelo contribuinte revela que ele 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, conforme art. 1.420, da Lei nº 10.406, de 2002 (Código Civil). Portanto, entendo que a cláusula de *lock up* e o contrato de penhor não afetam o entendimento de que a incorporação de ações foi alienação.

Manifestação de Vontade do Acionista

No caso de manifestação de vontade do acionista, percebe-se a existência plena desta vontade, no "Acordo de Investimento" (fls. 45/120) celebrado por todos os interessados na incorporação da sociedade.

Além disso, não consta dos autos, que algum acionista tenha recusado a oferta pela incorporação da sociedade ou que houve algum acionista dissidente, pelo contrário, ao analisar o "Acordo de Investimento", item 2.1 (fl. 61), nota-se que havia plena concordância dos interessados quanto ao negócio a ser realizado, demonstrando que houve representação da vontade das pessoas de seus sócios nos termos do art. 116 do Código Civil.

2.1 Compra e Venda. Sujeito aos termos e condições aqui previstos, de forma irrevogável e irretratável: (a) os Vendedores obrigam-se a vender e a transferir à Guararapes, e a Guararapes obriga-se a comprar dos Vendedores, as Ações, de acordo com as participações no capital votante e total da Companhia estabelecidas no Anexo 2.1, livres e desembaraçadas de todo e qualquer Gravame, e (b) em contrapartida à aquisição e transferência das Ações, a Guararapes pagará aos Vendedores o Preço de Compra ("Compra e Venda"). (fl 61).

Da mesma forma, ao verificar os itens 8.1 e 8.2 do Protocolo de Incorporação e Instrumento de Justificação de Incorporações de Ações de Emissão da Distribuidora Big Benn S/A pela Drogaria Guararapes Brasil S/A (fls. 775), percebe-se que todos os interessados concordaram previamente com a incorporação, bem como renunciaram expressamente ao direito de retirada dos acionistas.

CLÁUSULA OITAVA
DIREITO DE RETIRADA E VALOR DO REEMBOLSO DAS AÇÕES

8.1. Direito de Retirada dos Acionistas da Big Benn. A aprovação da Incorporação de Ações Big Benn não dará direito de recesso aos acionistas da Big Benn, tendo em vista que todos os seus acionistas concordaram previamente com a Incorporação de Ações Big Benn e renunciaram expressamente a tal direito, nos termos previstos no Acordo de Investimento.

8.2. Direito de Retirada dos Acionistas da Guararapes. A aprovação da Incorporação de Ações Big Benn não dará direito de recesso aos acionistas da Guararapes, tendo em vista que não há acionistas minoritários na Guararapes e a totalidade dos seus acionistas concordou previamente com a Incorporação de Ações Big Benn, nos termos previstos no Acordo de Investimento.

Portanto, entendo que não merece acolhimento o argumento do Contribuinte de que não houve manifestação de vontade dos acionistas, pois os documentos apresentados nos autos, como a petição com os esclarecimentos apresentados pelos advogados (fls. 37/42), o Acordo de Investimento (fls. 45/120) e o Protocolo de Incorporação e Instrumento de Justificação de Incorporações de Ações de Emissão da Distribuidora Big Benn S/A pela Drogaria Guararapes Brasil S/A (fls. 769/778), demonstram exatamente que os interessados agiram de forma ativa no interesse do negócio estabelecido entre as partes interessadas.

Regime de Caixa:

O regime de caixa consiste na apropriação da receita a partir da sua efetiva disponibilidade econômica ou jurídica, assim, no presente caso, percebe-se que a renda foi realizada quando houve o efetivo recebimento das ações da empresa incorporadora em contrapartida pela incorporação das ações da Distribuidora Big Benn S.A, sendo considerado

como quitação, pois o pagamento pela aquisição pode se dar de várias formas, inclusive em forma de bens.

Assim, entendo que ficou demonstrado que houve a realização da renda, pois, não se está reportando a disponibilidade financeira ou circulação de numerário (dinheiro em caixa), mas à disponibilidade econômica ou jurídica (acréscimo patrimonial). Inclusive o artigo 55 do RIR/99, em seus incisos IV e XIII (vigente a época, atual art. 47 do Decreto nº. 9.580 de 22/11/2018), estabelece as hipóteses de incidência do Imposto de Renda nas situações em que não há o 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;

No mesmo sentido, cabe frisar que o art. 43 do Código Tributário Nacional, no qual se estabelece que o fato gerador do imposto de renda é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica, razão pela qual a disponibilidade econômica é incontestada, pois as ações ingressaram no patrimônio do Recorrente.

Decisões do CARF

Quanto aos argumentos do Recorrente de que o entendimento já está sedimentado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF no sentido de que as operações de incorporação de ações não são fatos geradores do IRPF (fls. 1.560/1.561), entendo que não merece acolhimento, pois este tema incorporação de ações já foi apreciado em diversas oportunidades pelo CARF, que decidiu em várias oportunidades de que incorporação de ações se trata de alienação e, portanto, sujeita-se à incidência do Imposto de Renda sobre ganho de capital decorrente destas operações.

Neste sentido cabe citar os Acórdãos números: 2401-006.662, 2401-005.876, 2401-005.877, 2202-003.012, 2202-004.339, 2301-005.847, 1301-003.286, 9202-007.838 e também a transcrição das ementas referentes ao tema dos seguintes Acórdãos:

Acórdão nº 1301-003.286, proferido pela 1ª Turma Ordinária/ 3ª Câmara / 1ª sessão de julgamento, em data da sessão 14/08/2018.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2008

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ALIENAÇÃO DE AÇÕES. APURAÇÃO DE GANHO DE CAPITAL. TRIBUTAÇÃO.

A incorporação de ações consiste em uma operação de alienação, no qual ações da incorporadora são adquiridas pelos sócios mediante cessão das ações da incorporada (aumento de capital mediante conferência de bens), que tem o condão de gerar ganho de capital, a depender do valor das ações adquiridas da incorporadora. Verificada diferença positiva, há que se tributar o ganho de capital decorrente da alienação.

Acórdão nº 2301-005.847, proferido pela 1ª Turma Ordinária / 3ª Câmara / 2ª sessão de julgamento, em 14 de fevereiro de 2019

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF

Ano-calendário: 2011

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES.

A alienação é gênero, do qual a transferência das ações, nos termos do art. 252 da Lei nº 6.404, de 1976, é espécie.

Na incorporação de ações, há alienação pelos acionistas da incorporada de seus ativos, sendo a transmissão da propriedade dos ativos onerosa e avaliada em moeda corrente. Assim, havendo diferença positiva entre o valor da transmissão e o respectivo custo de aquisição, esta deve ser tributada como ganho de capital, independentemente da existência de fluxo financeiro.

Acórdão nº 2401-006.662, proferido pela 1ª Turma Ordinária/ 4ª Câmara/2ª Seção de Julgamento em 4 de junho de 2019

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.

Acórdão nº 2202-003.012 proferido pela 2ª Turma Ordinária/2ª Câmara/ 2ª Seção de Julgamento em 10 de março de 2015.

OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

A incorporação de ações constitui uma forma de alienação em sentido amplo. O sujeito passivo transferiu ações, por incorporação de ações, para outra empresa, a título de subscrição e integralização das ações que compõem seu capital, pelo valor de mercado.

Parecer PGFN/PGA- 454/92

O Recorrente argumentou, em relação ao Parecer PGFN/PGA-454/9, que: “concluiu-se pela não incidência de imposto de renda sobre mais valia de permuta na aquisição de ações no âmbito do Programa Nacional de Desestatização destacando-se a necessidade de observância do princípio da capacidade contributiva”.

O argumento defendido pelo Recorrente, com base no Parecer PGFN/PGA-454/92, para afastar a exigência da tributação do Imposto de Renda incidente sobre o ganho de capital, além não merecer acolhimento, torna-se incompatível com o objeto do lançamento, pois se trata de uma interpretação equivocada, o referido parecer trata da desoneração de aquisição envolvendo “Alienação de ações do Programa Nacional de Desestatização – PND.” Como pode ser verificado nas conclusões do referido Parecer, a título exemplificativo transcrevo o item "a" das conclusões:

a) as dívidas existentes sobre o tratamento tributário aplicável à operação de aquisição de ativos permanentes representados por ações de empresas estatais em regime de privatização foram dirimidas pelo Parecer PGFN/PGA/N 970/91;

Diante de interpretações equivocadas em relação aos pareceres PGFN/PGA/N 970/91 e PGFN/PGA- 454/92, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional emitiu o PGFN/CAT/Nº 1.722/2013, o qual analisou a possibilidade de incidência de imposto sobre a renda no ganho de capital obtido em permuta de ativos mobiliários, que apresentou as seguintes conclusões:

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.

Assim, de acordo com entendimento da PGFN exarado no Parecer PGFN/CAT/Nº 1.722/2013, observa-se a possibilidade de incidência do Imposto de Renda sobre o ganho de capital, existente entre o custo de aquisição e o valor dos bens mobiliários permutados.

Sendo que a desoneração tributária da permuta foi definida apenas a poucos casos específicos, como as permutas no âmbito do PND e as permutas de imóveis sem torna, de modo que a regra geral é a tributação do ganho de capital eventualmente existentes nas trocas de ativos. Dessa forma, rejeita-se a alegação do contribuinte de que a PGFN teria entendimento que as permutas de ativos não podem ser objeto de tributação.

Isto posto, entendo que houve incorporação de ações, nos termos do art. 252 da Lei nº 6.404, de 1976, pois ocorreu uma alienação onerosa, em que os valores dos ativos negociados foram mensurados a preço de mercado, por meio de prévia avaliação realizada por profissionais especializados, contemplando aumento de capital da empresa incorporadora, mediante a emissão de ações com a finalidade de quitar os sócios da sociedade incorporada.

Além do disso, a incorporação aqui tratada configurou uma verdadeira aquisição, em que o pagamento da operação do negócio foi realizado em ações, apresentando aderência com a integralização de capital mediante entrega de bens, nos termos do art. 23 da Lei nº 9.249, de 1995.

Ganho de Capital

Entende-se por ganho de capital a diferença positiva entre o valor recebido pela transferência de titularidade de um determinado bem ou direito por meio de alienação a qualquer título e o custo deste mesmo bem, nos termos do § 3º, do art. 3º e do art. 16 da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988 .

Conforme Termo de Verificação Fiscal (fls. 09/25), o Recorrente recebeu ações avaliadas em R\$ 40.185.001,13 (quarenta milhões, cento e oitenta e cinco mil, um real e treze centavos) correspondente a alienação da sua participação de 22,5%, decorrente da incorporação de 37,87% das ações da Distribuidora Big Benn S.A pela a Drogaria Guararapes Brasil S.A.

No presente caso, como já relatado neste voto, considerou-se que a incorporação de ações se configurou em uma alienação onerosa, portanto sujeita ao Imposto de Renda incidente sobre ganho de capital apurado, haja vista que houve a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda e de proventos de qualquer natureza, nos termos do art. 43 da Lei nº 5.172 de 25/10/1966 (CTN).

Assim, para efeito do cálculo do ganho de capital, a Fiscalização adotou como custo de aquisição o valor de R\$ 2.039.675,46 (dois milhões, trinta e nove mil, seiscentos e setenta e cinco reais e quarenta e seis centavos) referente a parte do Contribuinte no capital social registrado na contabilidade da Distribuidora Big Benn S.A.

Deste modo, considerando que o Recorrente recebeu ações avaliadas em R\$ 40.185.001,13 como pagamento pela alienação dos ativos e o custo de aquisição destes ativos foi considerado o valor contábil de R\$ 2.039.675,46, correspondente a sua participação na Distribuidora Big Benn S.A, verifica-se a ocorrência de um ganho de capital na ordem de R\$ 38.145.325,67 (trinta e oito milhões, cento e quarenta e cinco mil, trezentos e vinte e cinco reais e sessenta e sete centavos). Apurando-se o Imposto de Renda no valor originário no montante de R\$ 5.721.798,85 (cinco milhões, setecentos e vinte e um mil, setecentos e noventa

e oito reais e oitenta e cinco centavos), mediante a aplicação da alíquota de 15% sobre o valor do ganho de capital.

Diante do exposto, entendo como correta a exigência do Imposto de Renda incidente sobre apuração do ganho de capital decorrente da Incorporação de ações, na forma como foi lançado pela Fiscalização e mantido pelo Acórdão proferido pela 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba/PR - DRJ/CTA.

Deduções com Assessoria Financeira / Ganho de Capital

Neste caso, a controvérsia reside no fato que a Fiscalização entendeu (fls 25/28) e os Julgadores de Primeira Instância (fls. 1.523/1.527) mantiveram o entendimento de que os valores despendidos com assessoria financeira pagos às empresas AGL - Empreendimentos, Participações e Administração Ltda e ao Banco de Investimentos Credit Suisse (Brasil) S/A, no montante de R\$ 17.979.605,25, não são passíveis de dedução da base de cálculo para apurar o ganho de capital, porque tais despesas se referem à assessoria financeira, enquanto que a norma legal dispõe que somente podem ser dedutíveis as despesas pagas a título de corretagem, desde que o ônus não tenha sido transferido ao adquirente, nos termos do § 5º, do art. 123 do Decreto nº 3.000 de 26 de março de 1999 de (Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99 - vigente à época / § 5º do art. 134 do Decreto nº 9.580 de 22/11//2018 RIR vigência atual):

Art. 123. Considera-se valor de alienação (Lei nº 7.713. de 1988. art. 19 e parágrafo único):

(...)

*§ 5º O valor pago a **título de corretagem** na alienação será diminuído do valor da alienação, desde que o ônus não tenha sido transferido ao adquirente. (grifei).*

Por outro lado, o Recorrente entendeu que as despesas pagas com assessoria financeira AGL Empreendimentos, Participações e Administração Ltda e ao Banco de Investimentos Credit Suisse (Brasil) S/A se enquadram no conceito de corretagem, por isso as despesas podem ser deduzidas da base de cálculo de apuração do ganho de capital, pois preencheram os requisitos necessários que permitem tal dedução (fls. 1.615/1.626)

255. Da leitura do § 5º do artigo 123 do RIR/99 se extrai que é necessária a observância de 2 (dois) requisitos para que se permita a dedução, do valor da alienação, dos valores pagos aos Assessores Financeiros: (i) que possuam natureza de corretagem e (ii) que não tenha havido transferência do ônus do pagamento ao adquirente (no caso concreto, a BR Plianna).

No mesmo sentido o Recorrente explicou a finalidade dos contratos firmados com as empresas de assessoria: "o contrato de corretagem tem por finalidade aproximar comprador e vendedor, de forma que somente quando da concretização de determinado negócio jurídico (compra e venda, por exemplo) é que o corretor fará jus à sua remuneração, comumente denominada "comissão." De modo que o "objeto deste contrato não é propriamente o serviço prestado pelo corretor, mas o resultado desse serviço." (fl. 1.616).

Diante do exposto, percebe-se que para o deslinde da questão, faz-se necessário apurar, para efeito de dedução ou não da base de cálculo do ganho do capital, se os

valores pagos à empresa AGL Empreendimentos, Participações e Administração Ltda e ao Banco de Investimentos Credit Suisse (Brasil) S/A pelos serviços de assessoria financeira se enquadram no conceito de corretagem.

Para isso, fez-se necessário definir corretagem e assessoria financeira, para depois confrontar com o tipo de serviço contratado e prestado pelas referidas empresas.

De acordo com art. 722 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002) corretagem trata de: "Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas".

Por assessoria financeira entende que se trata de um serviço prestado por empresas ou profissionais capacitados com o objetivo de assessorar os clientes, avaliando suas necessidades, a tomar decisões de cunho financeiro. Podendo também ser considerado consultor financeiro aquele que orienta seus clientes na solução de problemas financeiros tendo como remuneração uma taxa sobre os serviços, conforme entendimento sobre o tema extraído de sítios especializadas na rede mundial de computadores *internet*:

*Assessoria tem origem da palavra latina assessore, cuja a definição é dar alguém uma recomendação sobre o que deve ser feito em uma situação específica.*²

*A consultoria empresarial é definida como fornecer aconselhamento profissional ou especializado a uma pessoa ou a uma empresa. No negócio de consultoria, a orientação do consultor é dada em troca de taxas para ajudar o cliente a resolver um problema específico.*³

*Cabe ao consultor financeiro (chamado de financial advisor ou financial adviser, em inglês) apresentar todas as informações com segurança para o cliente. Além disso ele deve tirar todas as dúvidas para que ele tome suas decisões de forma consciente.*⁴

*Assessoria é a ação realizada por um indivíduo ou um grupo, que consiste em dar ou receber aconselhamento e auxílio sobre um determinado ramo ou assunto.*⁵

Após o entendimento sobre as definições de corretagem e de assessoria financeira, passou-se a analisar os contratos estabelecidos entre a Distribuidora Big Benn e a empresa AGL Empreendimentos, Participações e Administração Ltda e o Banco de Investimentos Credit Suisse (Brasil) S/A com a finalidade de verificar qual foi a natureza dos serviços contratados.

Analisando o contrato realizado entre os interessados e o Banco de Investimentos Credit Suisse (Brasil) S/A (fls. 263/274), percebe-se que dos serviços estabelecidos na cláusula um não consta prestação de serviço de corretagem, todavia, de acordo com a informação que se extrai da referida cláusula, trata-se de prestação de serviço para auxiliar e assessorar a contratante nas condições ali estabelecidas (fl. 264):

Cláusula 1 - Serviços

² <https://webinsider.com.br/diferencas-entre-assessoria-e-consultoria/>

³ <https://webinsider.com.br/diferencas-entre-assessoria-e-consultoria/>

⁴ <https://www.dicionariofinanceiro.com/consultoria-financeira/>

⁵ <https://www.significados.com.br/assessoria/>

Os serviços a serem prestados pelo Credit Suisse no âmbito da Operação, na medida em que solicitados e apropriados, consistirão em auxiliar a Contratante na:

- (a) análise e avaliação dos negócios, operações e posição financeira da Sociedade;*
- (b) preparação e implementação de um plano de marketing relacionado à Operação, respeitado a regulamentação aplicável;*
- (c) coordenação do data room e das análises (due diligence) pelos potenciais investidores nas Sociedades ["Potenciais Investidores"];*
- (d) avaliação das propostas recebidas dos Potenciais investidores; e*
- (e) estruturação e negociação da Operação.*

Analisando o contrato realizado entre os interessados e a AGL Empreendimentos, Participações e Administração Ltda (fls. 275/285) percebe-se que o contrato tem por objeto a prestação de serviços de consultoria e dentre os serviços não consta prestação de serviço de corretagem (fl. 278):

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").

Após analisar os contratos celebrados com as duas empresas, AGL Empreendimentos, Participações e Administração Ltda e o Banco de Investimentos Credit Suisse (Brasil) S/A, para prestação de serviço de assessoria e consultoria, verificou-se que a contratação tinha por objetivo auxiliar os contratantes na avaliação e preparação dos negócios, e possível planejamento familiar (auxiliar os Contratantes na Reestruturação, incluindo eventual planejamento familiar), porém não se encontrou nos contratos informações sobre prestação de serviço de corretagem, nos termos estabelecidos pelo art. 722 do Código Civil.

Assim, os valores referentes às despesas com a execução dos contratos pela prestação de serviço de assessoria e consultoria, não podem ser deduzidos do valor da alienação, base de apuração do ganho de capital, uma vez que o disposto no § 5º, do art. 123 do Decreto nº 3.000/99 (RIR/99 - vigente à época /§ 5º do art. 134 do Decreto nº 9.580 de 22/11/2018 RIR vigência atual), é taxativo, permitindo somente a dedução de valor pago a título de corretagem, desde que o ônus não tenha sido transferido ao adquirente.

Diante do exposto, entendo que não merecem ser acolhidas as alegações do Recorrente, pois os contratos celebrados com as empresas contratadas revelam prestação de serviço de assessoria e consultoria, sendo que tais serviços não se enquadram como corretagem, portanto fica impedido o Contribuinte de deduzir do valor da alienação, para efeito

de apuração do ganho de capital, os valores despendidos com tais serviços, por falta de previsão legal.

Recálculo do Imposto de Renda

Como visto neste voto que as despesas com execução dos contratos pela prestação de serviço de assessoria e consultoria não podem ser deduzidas do valor da alienação para apurar o ganho de capital, com fundamento no § 5º, do art. 123 do Decreto nº 3.000/99 de (RIR/99 vigente a época/ /§ 5º do art. 134 do Decreto nº 9.580 de 22/11/2018 RIR vigência atual), entendo que Fiscalização agiu corretamente quando recalculou o Imposto de Renda acrescentando à base de cálculo de apuração do ganho de capital o valor correspondente às despesas decorrentes de prestação de serviço de assessoria e consultoria que foi excluído indevidamente (fls. 28/29):

Diante da conclusão de que a dedução de R\$ 17.979.605,25 do valor de alienação das ações da Distribuidora Big Benn S/A foi indevida, resta-nos recalcular o imposto devido na operação, relativo à parcela recebida em março de 2012.

*Excluindo-se os R\$ 17.979,605,25, o valor de alienação passa a ser, então, de R\$ 65.930.311,18 (R\$ 293.023.605,25 * 22,5%).*

Isto posto, entendo como correta a exigência da diferença do Imposto de Renda no valor originário de R\$ 347.889,13 apurada pela Fiscalização com a inclusão na base de apuração do ganho de capital, do valor correspondente à parte relativa a despesas decorrentes de prestação de serviço de assessoria e consultoria e que foi mantida pela decisão por meio do Acórdão proferido pela 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba/PR - DRJ/CTA (fl. 29):

Cálculo do imposto devido

Mês	Valor Recebido (R\$)	Percentual Diferimento (%)	Ganho de Capital Proporcional (R\$)	Imposto Devido (R\$)
Março	25.068.436,18	94,924461	23.796.077,93	3.569.411,69

Mês	Imposto Devido (R\$)	Imposto Pago (R\$)	Diferença a Pagar (R\$)
Março	3.569.411,69	3.221.522,56	347.889,13

Decisão

Diante do exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Rorildo Barbosa Correia

Processo nº 10280.720109/2017-78
Acórdão n.º **2202-005.384**

S2-C2T2
Fl. 1.859
