



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

Processo nº 10437.720964/2015-96
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-006.602 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de setembro de 2018
Matéria IRPF
Recorrente PAULO NEY AMARAL GUIMARÃES
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2011

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. HOMOLOGAÇÃO. INOCORRÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA DA REGRA ESPECIAL DO ART. 150, CAPUT E § 4º., DO CTN. REGRA GERAL DO ART. 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO.

Caracterizando-se o lançamento em sua natureza por homologação e ausente antecipação de pagamento, ainda que parcial, não há que se falar da regra especial estampada no art. 150, caput e § 4º., do CTN, incidindo no caso concreto a regra geral consignada no art. 173, I, do *Codex* tributário.

IRPF. GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS. ISENÇÃO. ATO DECLARATÓRIO PGFN 12/2018.

Nos termos do Ato Declaratório PGFN 12/2018, há isenção do imposto de renda no ganho de capital decorrente da alienação de participações societárias adquiridas até 31/12/1983 e mantidas por, pelo menos, cinco anos, sem mudança de titularidade, até a data da vigência da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário. Vencido o conselheiro Luis Henrique Dias Lima (Relator). Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro João Victor Ribeiro Aldinucci.

(assinado digitalmente)
Mário Pereira de Pinho Filho - Presidente

(assinado digitalmente)

Luís Henrique Dias Lima - Relator

(assinado digitalmente)

João Victor Ribeiro Aldinucci - Redator-designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Maurício Nogueira Righetti, João Victor Ribeiro Aldinucci, Denny Medeiros da Silveira, Jamed Abdul Nasser Feitoza, Luís Henrique Dias Lima, Renata Toratti Cassini, Gregório Rechmann Júnior e Mário Pereira de Pinho Filho.

Relatório

Cuida-se de Recurso Voluntário (e-fls. 615/666) em face do Acórdão n. 09-63.305 - 4ª. Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Juiz de Fora (MG) - DRJ/JFA (e-fls. 595/606), que julgou parcialmente procedente a impugnação de e-fls. 329/590 e manteve parcialmente o crédito tributário consignado no lançamento constituído em **22/07/2015** (e-fl. 325) mediante o Auto de Infração de Imposto de Renda Pessoa Física - IRPF - Exercício: 2011 - no montante de R\$ 14.351.119,45 - sendo R\$ 6.417.376,28 de imposto (Cód. Receita 2904), R\$ 3.120.710,96 de juros de mora calculados até 07/2015 e R\$ 4.813.032,21 de multa proporcional calculada sobre o principal (e-fls. 315/322) - com fulcro em *i*) apuração de omissão/apuração incorreta de ganhos de capital na alienação de bens e direitos adquiridos em reais; e *ii*) dedução indevida de previdência privada/FAPI, conforme o Termo de Verificação Fiscal (e-fls. 304/314).

Irresignado com o lançamento consignado no Auto de Infração em tela, o sujeito passivo apresentou a impugnação de e-fls. 329/590, julgada parcialmente procedente pela DRJ/JFA, nos termos do Acórdão n. 09-63.305 (e-fls. 595/606), de cujo teor tomou ciência em **25/05/2017** (e-fls. 607/612).

Na data de **22/06/2017**, o agora Recorrente interpôs recurso voluntário (e-fls. 615/666) alegando preliminar de decadência, e, no mérito, *i*) isenção de imposto de renda sobre ganho de capital com fulcro no Decreto-lei n. 1.510/76; e *ii*) não realização de ganho de capital em permuta de ativos financeiros.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Luís Henrique Dias Lima - Relator.

O Recurso Voluntário (e-fls. 615/666) é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade previstos no Decreto n. 70.235/72 e alterações posteriores, portanto dele CONHEÇO.

Para uma melhor contextualização da presente lide, resgato, no essencial, o Termo de Verificação Fiscal (e-fls. 304/314):

[...]

Após análise de toda documentação apresentada constatou-se que houve ganho de capital, conforme será demonstrado a seguir:

1- o Sr. Paulo Ney Amaral Guimarães era detentor de 50% das quotas da Organização Farmacêutica Drogão Ltda. CNPJ 47.410.592/0001-83, que correspondiam a 6.155.267 quotas, que foram em 21/06/2010 totalmente alienadas para a empresa Drogaria São Paulo S/A CNPJ 61.412.110/0001-55 pelo valor de R\$ 48.426.000,00 assim compostos:

-R\$ 10.405.121,02 depositados em conta/corrente do Banco Safra S/A, no dia 22/06/2010, decorrentes da venda de 1.935.790 ações da Organização Farmacêutica Drogão Ltda.;

-R\$ 36.176.000,00 decorrentes da subscrição de 967.895 ações da Drogaria São Paulo S/A, mediante a conferência de 4.219.487 quotas da empresa Organização Farmacêutica Drogão Ltda, depositadas no Inhabú II Fundo de Investimento em Participações.

2- Desconsiderando o valor da totalidade das quotas da Organização Farmacêutica Drogão Ltda. em 31/12/2009, declaradas pelo contribuinte em sua Declaração de Ajuste Anual do exercício 2011 ano/calendário 2010 e, considerando o valor obtido junto à diligenciada Drogaria São Paulo S/A, resta demonstrado que a participação acionária do contribuinte montava em R\$ 5.648.577,00.

3- Considerando que a totalidade de sua participação, representada por 6.155.277 quotas, tem um custo médio ponderado de R\$0,9177 o custo total seria R\$ 5.648.577,00.

Portanto temos um Ganho de Capital de R\$ 42.777.423,00 ou seja: R\$ 48.426.000,00 menos R\$ 5.648.577,00.

Verificando no banco de dados da Receita Federal do Brasil que inexistiu recolhimento de valor pertinente a este ganho de capital, concluímos que o mesmo não foi submetido a tributação, e portanto será tributado de ofício.

Em face do lançamento em litígio, o Recorrente apresentou impugnação (e-fls. 329/590), julgada improcedente no julgamento de primeira instância, que, destarte, alinhou-se ao entendimento da Fiscalização da RFB, conforme sumarizado na ementa abaixo reproduzida, *verbis*:

GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE AÇÕES OU QUOTAS. INEXISTÊNCIA DE HIPÓTESE ISENTIVA. FATO GERADOR.

Há incidência de imposto quando observado ganho de capital na alienação de participação societária, uma vez que restou expressa revogação de hipótese de isenção prevista no Decreto-Lei n. 1.510/1976 pela Lei n. 7.713/1988.

GANHO DE CAPITAL. DISPONIBILIDADE. LIQUIDEZ.

Parcela do valor recebido pela alienação de ações não restou, em contraposição ao aduzido pelo impugnante, vinculada a contrato de caução ou de "escrow account", razão pela qual se considera líquida para efeito de apuração do ganho de capital.

GANHO DE CAPITAL. PERMUTA. VARIAÇÃO VALOR DECLARADO.

A constatação de que ocorreu valorização dos bens consignados na DIRPF quando em confronto com bens em permuta sujeita o contribuinte ao ganho de capital.

DEDUÇÕES. PREVIDÊNCIA PRIVADA. ERRO.

Admite-se a ocorrência de erro de fato do sujeito passivo no registro em sua DIRPF de previdência oficial como se previdência privada fosse, admitindo-se os valores efetivamente comprovados a esse título.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2011

DECADÊNCIA. GANHO DE CAPITAL. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO.

Entende-se que a tributação de IRPF incidente sobre ganho de capital sujeita-se à homologação e, dessa forma, a contagem do prazo decadencial se iniciaria a partir do pagamento do respectivo imposto; contudo, a ausência de qualquer pagamento, mesmo que parcial, desloca esse marco a quo para o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Com o fito de enfrentar a decisão *a quo*, o Recorrente interpôs o Recurso Voluntário (e-fls. 615/666) esgrimindo os seguintes argumentos: *i*) preliminar de decadência; e, no mérito, *ii*) isenção de imposto de renda sobre ganho de capital com fulcro no Decreto-lei n. 1.510/76; *iii*) não realização de ganho de capital em permuta de ativos financeiros.

O Recorrente não se insurgiu contra a infração dedução indevida de previdência privada/FAPI, mantida pela decisão *a quo*, do que decorre a sua exclusão do escopo da presente análise, vez que considera-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante, forte no art. 17 do Decreto n. 70.235/1972.

Da preliminar de decadência

O Recorrente suscita preliminar de decadência em face da tributação de ganhos de capital ao amparo dos seguintes argumentos, reproduzidos no essencial:

[...]

Conforme dito na peça de defesa, alegação com a qual a r. decisão concorda, a tributação dos ganhos de capital é a do tipo definitiva e exclusiva, isto é, deve operar no momento em que se materializa o fato gerador, independentemente do ajuste anual, até porque o tributo recolhido mediante tal sistemática não pode ser abatido do tributo devido do final do exercício, apurado pelo contribuinte quando da entrega de sua declaração de ajuste anual.

Logo, se não há dependência de declaração de ajuste anual em sede de tributação definitiva, não tem qualquer sentido deslocar o termo inicial de contagem da data de materialização do fato gerador para o primeiro dia do exercício posterior em que o tributo poderia ter sido lançado (01.01.2011). Isto é, não há necessidade de se aguardar o encerramento do exercício para então se apurar o tributo devido, não havendo se falar em regime de recolhimentos mensais pela metodologia de estimativa.

Além disso, nem haveria se falar em necessidade de recolhimento de imposto de renda sobre o ganho de capital amealhado à época, uma vez que ainda não estava e até hoje não está realizado.

Logo, não faz qualquer sentido alegar que o contribuinte deveria ter recolhido, ainda que em parte, tal imposto, para então ser aplicada a regra contida no artigo 150, § 4º, do CTN, de modo que, em não havendo tal recolhimento, a regra a ser aplicada seria aquela do artigo 173, I, do mesmo diploma legal.

A tributação do ganho de capital é exclusiva e se submete ao regime de lançamento por homologação, de modo que o prazo decadencial, independentemente de pagamento prévio do imposto, conta do fato gerador, pois é a partir dessa data que ele o tributo passa a ser exigível, não havendo necessidade de se aguardar o desfecho do exercício, pois essa modalidade de tributação não se comunica com o regime normal, que alcança os outros rendimentos e proventos auferidos pelos contribuintes.

[...]

Pois bem.

Para uma melhor abordagem da matéria ora questionada em preliminar de decadência, entendo oportuno que se investigue qual o momento da ocorrência do fato gerador nas operações relativas ao ganho de capital da pessoa física.

Conforme já relatado, na perspectiva do Recorrente, a tributação dos ganhos de capital é do tipo definitiva e exclusiva, isto é, deve operar no momento em que se materializa o fato gerador, independentemente do ajuste anual, até porque o tributo recolhido mediante tal sistemática não pode ser abatido do tributo devido do final do exercício, apurado pelo contribuinte quando da entrega de sua declaração de ajuste anual. Logo, o prazo decadencial, independentemente de pagamento prévio do imposto, conta do fato gerador, pois é a partir dessa data que o tributo passa a ser exigível, não havendo necessidade de se aguardar o desfecho do exercício.

Nos termos do art. 2º. da Lei n. 7.713/88, o imposto de renda das pessoas físicas será devido, mensalmente, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos.

Na mesma vertente, o art. 3º., § 2º., da Lei n. 7.713/88 estabelece que integrará o rendimento bruto, como ganho de capital, o resultado da soma dos ganhos auferidos no mês, decorrentes de alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, considerando-se como ganho a diferença positiva entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente, observado o disposto nos arts. 15 a 22 desta Lei.

A Lei n. 5.172/66 (Código Tributário Nacional), em seu art. 43, assim se pronuncia:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Da leitura sistêmica da legislação *supra* destacada, verifica-se que a ocorrência da hipótese de incidência tributária (fato gerador) da obrigação tributária consubstancia-se, no caso concreto, na alienação de ações na forma discriminada no Termo de Verificação Fiscal (e-fls. 304/314) e a respectiva apuração do ganho de capital, não restando dúvidas quanto à natureza de lançamento por homologação do referido tributo (IRPF sobre ganhos de capital), vez que é ônus do sujeito passivo antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa sob **Código de Receita 4600**, tendo como prazo decadencial o

quinquênio contado a partir do fato gerador, no caso, a antecipação de pagamento - ainda que parcial -, objeto da homologação a ser efetivada pelo Fisco, ressaltando-se que pelo fato de a tributação do ganho de capital ocorrer em separado, não integrando o ajuste anual, nos termos do art. 18, § 2º., da Lei n. 8.134/1990, os pagamentos que podem ser computados no ajuste anual não se aproveitam para atrair a regra especial de decadência (art. 150, § 4º., do CTN). Na hipótese de transcorrido o prazo decadencial de cinco anos sem que o Fisco haja se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. É assim que estabelece o art. 150, *caput* e § 4º., do CTN, que se constitui, de fato, em uma regra especial de decadência.

A seu turno, o art. 173, I, do CTN estabelece a regra geral de decadência materializada no prazo decadencial de cinco anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assim, não incidindo a regra especial estampada no art. 150, *caput* e § 4º., por ausência de antecipação de pagamento, ainda que parcial, atrai-se a incidência da regra geral consignada no art. 173, I, do CTN. É exatamente o que ocorre no caso concreto, vez que o próprio Recorrente admite na peça de recursal em apreço que "nem haveria de se falar em necessidade de recolhimento de imposto de renda sobre o ganho de capital amealhado à época, uma vez que ainda não estava e até hoje não está realizado".

A afirmação do Recorrente de que "a tributação do ganho de capital é exclusiva e se submete ao regime de lançamento por homologação, de modo que o prazo decadencial, independentemente de pagamento prévio do imposto, conta do fato gerador, pois é a partir dessa data que ele o tributo passa a ser exigível, não havendo necessidade de se aguardar o desfecho do exercício, pois essa modalidade de tributação não se comunica com o regime normal, que alcança os outros rendimentos e proventos auferidos pelos contribuintes" é absolutamente incompreensível e contraditória em si mesma, vez que afronta diretamente comando legal estampado no art. 150, *caput* e § 4º., do CTN. Ora, se a tributação do ganho de capital submete-se ao regime de lançamento por homologação, como o próprio Recorrente admite, como é possível afirmar-se que o prazo decadencial do fato gerador independe da antecipação de pagamento do tributo (ainda que parcial) e considerar-se que o quinquênio decadencial inicia-se a partir da ocorrência do fato gerador?

Nesse prisma, considerando-se que o lançamento em lide aperfeiçoou-se com a ciência do Recorrente na data de **22/07/2015** (e-fl. 325), momento em que foi constituído, bem assim que a hipótese de incidência tributária em questão materializou-se no ano-calendário 2010, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado é exatamente o dia **01/01/2011**, advindo decadência apenas a partir de **01/01/2016**, pela regra do art. 173, I, do CTN, não alcançando, destarte, o lançamento ora questionado.

Isto posto, rejeito a preliminar de decadência.

Do mérito

O Recorrente, no mérito, aduz a isenção de imposto de renda sobre ganho de capital com fulcro no Decreto-lei n. 1.510/76, bem assim a não realização de ganho de capital em permuta de ativos financeiros.

Direito adquirido à isenção de imposto de renda sobre ganho de capital - Decreto-lei n. 1.510/96

No que diz respeito à isenção de imposto de renda sobre ganho de capital com fulcro no Decreto-lei n. 1.510/76, o Recorrente alega, no essencial:

[...]

Em primeiro lugar, tal como já provado nesses autos, cumpre esclarecer que a Organização Farmacêutica Drogão Ltda. foi constituída pelo Recorrente e pelo Sr. Marcos Eduardo do Amaral Guimarães em 21.11.1975, data esta em que seus atos constitutivos foram devidamente arquivados na Junta Comercial do Estado de São Paulo - JUCESP, conforme atesta a chancela do referido órgão.

Tempos depois, precisamente em 27.11.1976, foi publicado o Decreto-lei no. 1.510/76 que, no seu artigo 40, alínea "d", isentava do recolhimento do imposto de renda sobre o lucro havido na alienação de participações societárias, desde que o seu titular as mantivesse dentro do seu patrimônio durante um prazo de cinco anos, contado da data da subscrição ou aquisição das participações.

Tal norma tributária claramente detinha um efeito indutor, buscando com a isenção estimular os investidores a manterem investidos - por maior período de tempo - os montantes por eles aplicados nas sociedades brasileiras, uma vez que importantes para a formação de poupança e dos capitais sociais destas, ambos indiscutivelmente essenciais para promover o fortalecimento econômico do país, tão necessário à época em que o mencionado Decreto-Lei foi editado.

No caso concreto, referido prazo de cinco anos findaria em 21.11.1980, uma vez que ele deve ser contado da data do registro dos atos constitutivos da Organização Farmacêutica Drogão Ltda., porque foi exatamente nesta data que o capital da empresa foi totalmente subscrito e integralizado, tal como atesta o seu contrato social.

Por outro lado, caso se prefira seguir uma exegese mais conservadora, contando-se o lustro legal da data do termo inicial de vigência do aludido Decreto-lei (27.11.76), o prazo findaria um pouco mais tarde, precisamente em 27.11.81.

É importante destacar que, da data da subscrição e integralização das cotas do Recorrente na sociedade da qual ele fazia parte, até o termo final mais longínquo do quinquídio (27.11.81) não foi praticado nenhum ato jurídico que implicasse na alienação da sua participação societária a terceiros. (sic)

Sendo assim, a partir desta data o Recorrente, por ter cumprido fielmente a condição imposta pelo Decreto-Lei no. 1.510/76 dentro do seu prazo de vigência teve constituído em seu favor um direito adquirido - sabidamente invulnerável a qualquer alteração legislativa posterior - de usufruir da isenção tributária sobre eventual ganho de capital havido na alienação posterior de suas participações societárias.

Isso significa que, mesmo com a revogação ulterior da isenção tributária por força da Lei no. 7.713/88, ainda assim ficaria assegurada a sua fruição após a entrada em vigor deste diploma se, ao tempo da vigência da norma isentiva, o Recorrente tivesse cumprido as condições nela exigidas para fazer jus à benesse tributária. E é justamente o caso destes autos! Ao contrário do que alega a r. decisão recorrida, há sim direito adquirido. (grifos originais)

[...]

Conforme se constata dos argumentos acima reproduzidos, o Recorrente reclama pelo reconhecimento do direito adquirido à isenção que teria sido incorporado ao seu

patrimônio, pois antes de alienar sua participação societária, permaneceu, contados da data do Decreto-lei n. 1.510/76, por mais de cinco anos sem se desfazer das ações.

Nessa perspectiva, entende que a interpretação e integração correta, respeitado o disposto no artigo 178 do CTN, seria a isenção, mesmo que a alienação tenha ocorrido na vigência Lei n. 7.713/88, que revogou o art. 4º., alínea “d” do Decreto-lei n. 1.510/76 e reforça a sua tese ao amparo de decisões de câmaras baixas do antigo Conselho de Contribuintes e do atual CARF, bem assim da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CARF), enfatizando ainda decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O Decreto-lei n. 1.510/76 estipulava, em seus arts. 1º. e 4º., que:

Art. 1º O lucro auferido por pessoas físicas na alienação de quaisquer participações societárias está sujeito à incidência do imposto de renda, na cédula 'H' da declaração de rendimentos.

[...]

Art 4º Não incidirá o imposto de que trata o artigo 1º: (Revogado pela Lei nº 7.713, de 1988)

[...]

d) nas alienações efetivadas após decorrido o período de cinco anos da data da subscrição ou aquisição da participação.

A norma, como podemos ver, estabelece condição onerosa para o aproveitamento da isenção, qual seja: as participações societárias deveriam permanecer no patrimônio do contribuinte por período igual ou superior a cinco anos da data da subscrição ou aquisição. Implementada a condição, o lucro obtido com a venda de participação societária estaria isento da incidência do imposto de renda. É oportuno destacar que o Decreto-lei n. 1.510/76 não fixava prazo para a fruição do benefício.

Com a revogação do benefício, levada a efeito pela Lei n. 7.713/88, veio à tona a discussão acerca do tratamento a ser dispensado aos contribuintes que tendo implementado a condição estipulada no Decreto-lei n. 1.510/76 efetivaram a venda de participação societária após a entrada em vigor da lei que extinguiu a isenção. Estariam estes contribuintes protegidos pelo direito adquirido?

A questão, por envolver a aplicação de benefício que exclui o crédito tributário, demanda uma interpretação restritiva dos dispositivos que disciplinam a matéria, especialmente do art. 178 do CTN, com a redação atual dada pela Lei Complementar n. 24/1975, *verbis*:

Art. 178 - A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104. (Redação dada pela Lei Complementar nº 24, de 1975)

A regra, como podemos verificar, prevê dois tipos de isenção que têm natureza e tratamento bastante distintos, senão vejamos: i) isenção de caráter geral e ii) isenção concedida por prazo certo e em função de determinadas condições.

A primeira pode ser modificada ou revogada a qualquer tempo, respeitado o princípio da anterioridade. A segunda, desde que implementada a condição, não pode sofrer

alteração, salvo se favorável ao contribuinte, nem pode ser revogada dentro do prazo fixado para fruição do benefício. O direito adquirido, portanto, se faz presente apenas no segundo caso, desde que concretizada a condição e previsto na lei instituidora do benefício prazo certo para o seu exercício.

Note-se que a atual redação do art. 178 do CTN, acima reproduzido, não deixa dúvidas quanto a obrigatoriedade de estarem presentes os dois elementos citados - isenção concedida por prazo certo e implementação de determinadas condições - para que o contribuinte tenha garantido o direito à isenção mesmo após a sua revogação.

Registre-se, neste ponto, que o fato de a Súmula n. 544 do STF mencionar apenas as isenções concedidas sob condição onerosa (Súmula n. 544 - Isenções tributárias concedidas sob condição onerosa não podem ser livremente suprimidas) não caracteriza contradição em relação ao que determina o CTN, vez que a referida súmula foi aprovada no longínquo ano de 1969, ainda na vigência da primitiva redação do art. 178, a qual garantia a manutenção da isenção com a presença de apenas um dos elementos citados no dispositivo, *verbis*:

Art. 178. A isenção, salvo se concedida por prazo certo ou em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do artigo 104. (grifei)

Da leitura do vestuto dispositivo, acima reproduzido, verifica-se que estabelecia requisitos alternativos: por prazo certo ou em função de determinadas condições, havendo, todavia, a Lei Complementar n. 24/1975 alterado a conjunção alternativa "ou" pela aditiva "e". É dizer: ambas as circunstâncias simultaneamente.

Nesse contexto, não há dúvidas de que o enunciado de súmula em tela tem sido interpretado em franca contrariedade ao atual art. 178 do CTN, vez que a leitura que se faz é de que a expressão "sob condição onerosa" indica que as isenções dadas apenas "em função de determinadas condições" geram direito adquirido aos contribuintes, mesmo após revogadas. Ou seja, interpreta-se que o segundo requisito demandado pelo atual art. 178 do CTN - a concessão "por prazo certo" - não é necessário para que a isenção gere direito adquirido. O STF contentar-se-ia apenas com um dos requisitos mencionados no atual art. 178 do CTN, qual seja, a onerosidade.

Essa linha interpretativa contraria a literalidade do atual art. 178 do CTN, devendo-se destacar que o enunciado de Súmula n. 544, em apreço, tem data de 10/12/1969, bem anterior, portanto, à nova redação do art. 178 do CTN, conferida pela Lei Complementar n. 24/1975, não podendo assim prevalecer sobre lei posterior.

É relevante ainda observar que quanto às isenções estabelecidas anteriormente à vigência da Constituição Federal de 1988, o art. 41, § 2º, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), não deixa qualquer margem de dúvida que apenas as isenções que seguem o rito do atual art. 178 do CTN geram direito adquirido após revogadas, *verbis*:

Art. 41. Os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios reavaliarão todos os incentivos fiscais de natureza setorial ora em vigor, propondo aos Poderes Legislativos respectivos as medidas cabíveis.

[...]

§ 2º A revogação não prejudicará os direitos que já tiverem sido adquiridos, àquela data, em relação a incentivos concedidos sob condição e com prazo certo.

[...](grifei)

No caso concreto, a norma que instituiu a isenção (Decreto-lei n. 1.510/76) definiu a condição onerosa necessária para obtenção da isenção, mas não previu prazo para a fruição do benefício. Assim, ainda que o Recorrente tenha concretizado a condição, a lei que irá reger a forma de recolhimento do tributo é aquela vigente no momento da ocorrência do fato gerador, não havendo, pois, que se falar em direito adquirido.

É importante repisar que em relação ao Decreto-lei n. 1.510/76 o prazo de cinco anos mencionado no art. 4º. refere-se apenas à condição imposta e não ao prazo para o aproveitamento da isenção.

É dizer: está presente na referida norma apenas a condição determinada, mas não o prazo certo. A condição era que o contribuinte permanecesse cinco anos sem alienar suas participações acionárias, mas o prazo era indeterminado, ou seja, o Decreto-lei n. 1.510/76 não dispõe que a isenção seria concedida àqueles que ficassem mais de cinco anos com as ações. Nesta hipótese, todos os contribuintes que atendessem às condições estipuladas na norma até um determinado prazo nela estipulado (além dos cinco anos), seriam dispensados de tributação a título de ganhos de capital, ainda que o favor legal fosse revogado nesse ínterim.

Portanto, a isenção do art. 4º., alínea “d”, do Decreto-lei n. 1.510/76, não se amolda às condicionantes à atual redação do art. 178 do CTN, não gerando, destarte, direito adquirido após sua revogação.

Isto posto, não assiste razão ao Recorrente quanto a direito adquirido à isenção de tributação de IRPF sobre o ganho de capital em análise.

Não realização de ganho de capital em permuta de ativos financeiros

Com relação a não realização de ganho de capital em permuta de ativos financeiros, o Recorrente alega, no essencial:

Ao contrário do que restou decidido, fato é que houve sim deduções do valor recebido em dinheiro da parte do Recorrente, para efeito de quitação de passivos anteriormente constituídos em face da Drogão que depois foram imputados à CODROME, por conta da operação de permuta de ações.

Além disso, fato é que o valor recebido em dinheiro não se encontra livre e à disposição do Recorrente, para com ele fazer o que bem entender e quando quiser. Como já visto, tal valor foi integralizado num fundo de investimento, cujas cotas correspondentes ainda se encontram na titularidade do Recorrente.

Assim sendo, em não tendo havido a alienação das cotas do fundo de investimento, tampouco as ações recebidas pelo Recorrente em regime de permuta, não há falar em tributação do ganho de capital pelo IRPF.

[...]

Vale recordar que trata a espécie de avenças por meio das quais a Drogaria São Paulo S/A adquiriu a totalidade das cotas da Organização Farmacêutica Drogão

Ltda. (então pertencentes ao Recorrente e ao Sr. Marcos Eduardo) e também 20.000 cotas de Dragão - Administradora de Cartões de Crédito, Comércio e Participações Ltda.

Para tanto, foram celebrados um "Instrumento Particular de Contrato de Compra e Venda de Quotas e Outras Avenças", um "Contrato de Compra e Venda de Quotas Administradora" e, por fim, um "Instrumento Particular de Subscrição de Ações e Outras Avenças", todos eles já juntados aos autos.

Por força do primeiro instrumento, 25,30% do capital social da Organização Farmacêutica Drogo Ltda. foi adquirido mediante pagamento em espécie, conforme se depreende das suas Cláusulas 2.1, 2.1.1 e 2.1.2, abaixo transcritas:

[...]

Ocorre que passou despercebido aos olhos da fiscalização que o pagamento deste valor avençado não foi líquido, sendo ele passível de dedução de importâncias oriundas de contingências ou indenizações imputáveis à Organização Farmacêutica Drogo Ltda., pois ela, ao transferir a totalidade das suas cotas à Drogaria São Paulo S/A, garantiu a esta que não haveria responsabilidade por sucessão e que arcaria com obrigações e passivos correspondentes, conforme se depreende da cláusula 4.1, do Instrumento Particular de Contrato de Subscrição de Ações e Outras Avenças.

Por assim ser, o Recorrente - para honrar a obrigação prevista na referida cláusula e manter indene a Drogaria São Paulo S/A e demais envolvidos na operação - teve de arcar com diversos valores.

Da data da celebração do negócio até hoje, fato é que o Recorrente teve de arcar com diversas despesas que foram deduzidas diretamente do montante recebido em espécie (torna), a saber:

*a) Comissão paga ao Banco Safra no valor de **R\$ 4.189.757,96** a título de comissão por ter intermediado o negócio, conforme recibo anexo. Tal valor, ao contrário do que assevera a r. decisão atacada, tem sim total relação com a operação de que trata esse processo administrativo, até porque o Recorrente não possui nenhum outro negócio jurídico realizado à época com valor igual ou próximo;*

Tal valor, por ter sido excluído do pagamento em dinheiro devido aos sócios da Drogo, obviamente, já reduz em patamar considerável o valor por eles recebido em espécie, o que, por si só, já reduz o suposto ganho de capital reputado como devido pelo Fisco, tornando equivocado, pois, o montante cobrado a título de IRPF.

*b) Provisões para contingências, perdas de funcionários, estoques, custas processuais etc. no valor de **R\$ 9.161.348,19**, conforme recibo de quitação de **31.05.2011** da Drogaria São Paulo S/A, sendo deste total o Recorrente arcou com a metade, tal como provado na peça de defesa; e c) Pagamentos diversos ligados a passivos processuais (honorários de advogado, perito, custas etc.), sendo que destes totais o Recorrente arcou com a metade, tal como já provado nesses autos.*

Ou seja, apesar de não haver instrumento jurídico em apartado, fato é que foi mantida entre o Recorrente e a Drogaria São Paulo S/A uma verdadeira conta gráfica (escrow account) para que fosse possível deduzir - do montante pago em dinheiro pela segunda ao primeiro - todas obrigações e passivos constituídos contra a Organização Farmacêutica Drogo Ltda., por conta da cláusula contratual acima citada. Há prova produzida nesses autos mostrando as deduções que ocorreram dos valores pagos em dinheiro ao Recorrente e ao seu irmão, Sr. Marcos Eduardo, o que, por si só, já reduz significativamente os montantes por eles percebidos.

Na prática, à medida que os passivos da Drogão se tornavam exigíveis contra a Drogaria São Paulo S/A, o Recorrente creditava em favor desta o montante correspondente, deduzindo-o do montante total por ele recebido em espécie. Importante notar que em algumas remessas foram retidos na fonte valores a título de imposto de renda.

Tal se pode dizer, pois ainda persistem contra a Drogão passivos processuais em andamento que, a depender do desfecho final no Poder Judiciário, se forem declarados exigíveis contra ela, os valores correspondentes serão deduzidos do saldo remanescente.

Importante destacar que tal revés foi simplesmente ignorado pelas autoridades fiscais quando do cálculo do ganho de capital tributável e pela r. decisão atacada, tendo ele sido apurado em montante maior do que o efetivamente percebido.

Ora, se os montantes em comento foram debitados das contas correntes do Recorrente e seu irmão em favor da Drogaria São Paulo S/A, claro está que este valor não mais repercute positivamente no patrimônio do primeiro, de modo que não pode ser considerado para efeito de apuração do ganho de capital tributável.

Além disso, também foi dito que a parte restante do montante a receber foi aplicada no "Fundo Inhambú FIC da FIM de Crédito Privado", fundo este fechado, hipótese na qual os rendimentos lá produzidos são isentos enquanto permanecerem no fundo ou cujas cotas alienadas sejam usadas para aquisição de outras pertencentes a outro fundo e só poderão ser tributados - em regra - quando do resgate pelo cotista ou em caso de liquidação (diferimento da tributação").

Ainda que se diga que o ganho de capital remanescente não se confunde com os rendimentos produzidos pelo fundo e que deveria ser tributado independentemente", é importante destacar que o valor recebido em espécie pelo Recorrente ainda não está totalmente livre e desimpedido de quaisquer ônus ou embaraços.

Pelo contrário: serve ele de lastro para o pagamento de eventuais indenizações à Drogaria São Paulo S/A em eventual responsabilização por sucessão desta em relação a passivos assumidos pela Organização Farmacêutica Drogão Ltda.

Ora, foi justamente por esta razão que as partes convencionaram valer-se de um fundo de investimentos para realizar a operação, assegurando que o montante pago não seria gasto aleatoriamente, mas sim vertido em cotas deste fundo, remuneradas por uma taxa de retorno. Não há, pois, disponibilidade pelo Recorrente sobre este valor, o que afasta a incidência do imposto ex vi do artigo 43, do Código Tributário Nacional.

Tais fatos, lamentavelmente, passaram despercebidos pela r. decisão recorrida.

Ora, salta aos olhos que estes dois fatos conjugados comprometem sobremodo a livre disponibilidade do Recorrente sobre o rendimento por ele percebido, razão pela qual não poderiam as autoridades administrativas deles fazer tabula rasa.

Na sequência, as quotas da Organização Farmacêutica Drogão Ltda. (74,70%) foram adquiridas pela Drogaria São Paulo S/A tendo como contrapartida em favor do Recorrente e do Sr. Marcos Eduardo a subscrição e integralização sucessivas de ações desta segunda empresa e da Companhia Comercial de Drogas e Medicamentos - CODROME. É o que se depreende das cláusulas 2.1 e 2.2 do "Instrumento Particular de Contrato de Subscrição de Ações e Outras Avenças".

[...]

Ou seja, mediante conferência do restante das cotas que o Recorrente e o Sr. Marcos Eduardo detinham na Organização Farmacêutica Drogão Ltda., foram

subscritas ações da Drogaria São Paulo S/A e, com a totalidade destas, foram finalmente subscritas ações da CODROME.

No dia 21 de junho de 2010, foi celebrado um "Contrato de Penhor de Ações", juntado aos autos, por força do qual ficaram empenhadas¹² as ações da CODROME subscritas pelo Recorrente e pelo Sr. Marcos Eduardo (equivalentes a 6,72% do capital social desta), uma vez que o contrato de subscrição, conforme já visto acima, prevê dever de indenização à CODROME em razão de passivos constituídos contra a Organização Farmacêutica Drogão Ltda.

[...]

Ocorre que, em 22 de dezembro de 2010, foi efetuado o cancelamento do penhor que incidiu sobre as ações da CODROME.

Não mais persistindo o referido ônus, tais ações, de acordo com o convencionado entre as partes contratantes, foram utilizadas para subscrever e integralizar cotas no fundo "INHAMBU II - Fundo de Investimento em Participações".

É importante notar que o ganho de capital havido na permuta de cotas e ações - até o momento - foi puramente contábil e escriturai, decorrente apenas da mera diferença de valores dos papéis permutados, sobre o qual o Recorrente ainda não possui qualquer disponibilidade, pois:

(i) Não houve qualquer ato de alienação das ações, que pudesse desprender o ganho de capital do valor nominal destas, tornando o ganho disponível e, portanto, suscetível de tributação;

(ii) A tributação das pessoas físicas pelo imposto de renda segue o regime de caixa", de modo que eventual tributação sobre o ganho de capital só poderá ocorrer no momento da realização, isto é, quando os papéis forem alienados em mercado bursátil a terceiros pelo Recorrente para que ele tenha, em contrapartida, os recursos necessários para fazer frente ao imposto devido (sobre esse ponto especificamente, nada disse a r. decisão recorrida); e

(iii) Os valores pactuados na permuta de ações não têm referência no mercado bursátil, pois a CODROME é sociedade anônima de capital fechado e, mesmo que se use o patrimônio líquido ajustado para efeito de precificação das ações e apuração do ganho tributável, esta não poderá ser considerada uma referência segura, uma vez que muito provavelmente poderá diferir do valor a ser praticado quando do momento da alienação.

Logo, quanto à permuta de cotas e ações, no presente momento o Recorrente não tem nada além de uma mera expectativa de direito de auferir no futuro um ganho de capital tributável, no momento em que alienar seus papéis.

Conforme se depreende do exame dos fatos, trata a espécie de operações de permuta de cotas/ações com torna, havidas entre sócios/acionistas das pessoas jurídicas mencionadas supra, sendo que o Recorrente e o Sr. Marcos Eduardo deixaram de ter a totalidade do capital social da Organização Farmacêutica Drogão Ltda. e passaram a ser acionistas da Drogaria São Paulo S/A, conferindo suas cotas para integralização no capital social desta (aumentado para este fim) e, logo em seguida e no mesmo ato societário, passaram a se tornar acionistas da CODROME, conferindo as cotas que detinham da Drogaria São Paulo S/A para a integralização no capital da primeira.

*Ao final, o capital social da Organização Farmacêutica Drogão Ltda. de **R\$ 11.297.154,00** foi dividido entre dois sócios, quais sejam, a Drogaria São Paulo SP (proprietária de **11.297.153** cotas de **R\$ 1,00** cada, representando **R\$***

11.297.253,00) e o Sr. Ronaldo José Neves de Carvalho (proprietário de 1 cota equivalente a **R\$ 1,00**).

Já o Recorrente e o Sr. Marcos Eduardo passaram a deter - cada um - **705.916** ações ordinárias da CODROME.

Segundo as autoridades fiscais, à época dos fatos, as cotas que o Recorrente detinha na Organização Farmacêutica Drogão Ltda. valiam **R\$ 5.648.577,00**. Ao alienar as suas ações à Drogaria São Paulo S/A, o Recorrente dela recebeu em troca: a) **R\$ 10.405.121,02** em espécie; e b) ao final, **967.895** ações da CODROME no valor total **R\$ 36.176.000,00**. O ganho de capital tributado equivaleria à soma de "a" e "b" menos o valor das cotas da Drogão (custo).

Ora, em primeiro lugar, quanto ao montante alegadamente recebido em dinheiro, já se observou acima que ele não é líquido, uma vez que o Recorrente, por disposição contratual expressa, assumiu a responsabilidade de responder perante a CODROME por passivos e contingências da Organização Farmacêutica Drogão Ltda., sendo que boa parte deste valor em espécie (**R\$ 4.580.674,10**) já foi revertido em favor dessas empresas para ressarcir-las de tais revezes.

Além disso, o remanescente ainda persiste como garantia para efeito de indenização por passivos e contingências tal como mencionado no parágrafo anterior, sendo que tal valor deve permanecer "parado" para este fim e por isso foi depositado em um fundo de investimentos, para que renda o equivalente a - pelo menos - o custo de oportunidade no mercado.

Portanto, no que tange ao cálculo do ganho de capital utilizado para fins de tributação, além da ausência de disponibilidade jurídica e econômica sobre a torna paga em dinheiro, o mínimo que se espera, caso se advogue tese diversa, é que o valor já arcado pelo Recorrente seja abatido da composição do ganho, exegese com a qual não concorda a r. decisão recorrida.

Já no que concerne ao ganho de capital amealhado na permuta de cotas e ações sem torna em dinheiro, não há se falar na sua tributação. Mero ganho escriturai ou mera valorização de papéis não pode ser tributada pelo mero acréscimo, pois a tributação das pessoas físicas exige evento de realização!

Tal se pode dizer, pois numa operação de permuta de bens (no caso, troca de cotas por ações), consoante dispõe o artigo 533, do Código apenas se troca um bem por outro sem qualquer correspondência de dinheiro em espécie.

Ou seja, o sócio/acionista num primeiro momento detinha cotas da sociedade "A" e, por conta da permuta havida, passou a deter ações da sociedade "B".

Nesse tipo de negócio, as partes contratantes não estão preocupadas com os valores dos bens a serem permutados, uma vez que, a partir do momento que convencionam trocar uma coisa por outra, acabam concordando que tais bens por algum motivo são equivalentes em valor, ainda que na prática isso não seja constatado.

[...]

De se recordar que no caso concreto até agora não houve a alienação no mercado das ações que o Recorrente detém no capital social da CODROME e, por conseguinte, não houve o recebimento de contrapartida em dinheiro, coisa que deverá demorar ainda, uma vez que, conforme visto, as ações foram utilizadas para integralizar cotas em fundo de investimento.

[...]

Portanto, em havendo ganho na operação de permuta, tal ganho não se encontra liquidado em dinheiro, isto é, realizado, o que o torna meramente potencial. Logo, a

melhor leitura do artigo 23, § 20, da Lei no. 9.249/95 é a de que o ganho de capital mencionado no dispositivo só poderá ser tributado no momento em que estiver realizado.

[...]

Antes de prosseguir na análise do recurso voluntário em apreço, entendo necessárias algumas considerações sobre *escrow account*, que passo a fazer.

Em apertada síntese, *escrow account* é um instrumento de proteção (garantia) prevista em um contrato mantido sob a responsabilidade de um terceiro (geralmente uma instituição financeira), de natureza acessória, portanto, até que as cláusulas do contrato vinculado ao negócio jurídico principal sejam cumpridas por ambas as partes contratantes.

Normalmente, essa garantia é feita na forma de um depósito em dinheiro em uma conta criada especificamente para o mister, daí o entendimento de que se trata de uma conta-caução ou conta de garantia.

Assim, nos negócios jurídicos que envolvam risco (no caso concreto, obrigações e passivos constituídos contra a Organização Farmacêutica Drogão Ltda.) as partes contratantes podem firmar um contrato de *escrow account*, determinando um valor a ser depositado como garantia e as regras e prazos para a sua liberação.

Para tanto, as partes contratantes do negócio jurídico principal escolhem um depositário, parte neutra, a quem caberá a custódia da garantia, que ficará responsável pela administração dos valores depositados, comprometendo-se a cumprir as regras firmadas no contrato de *escrow account*.

É oportuno destacar que operações de proteção (*hedges*) de direitos ou obrigações de natureza comercial ou financeira, sujeitos a riscos, que utilizam instrumentos tais como o *escrow account*, são regulamentadas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) - conforme Resolução CMN n. 3.312/2005 - e Circulares do Banco Central do Brasil a esta vinculadas.

Encontra-se sedimentado, inclusive no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, órgão responsável pelo lançamento em litígio, que o ganho de capital decorrente da alienação de bens e direitos referente a rendimentos depositados em *escrow account* somente sofrerá incidência de imposto de renda quando ocorrer a efetiva disponibilidade econômica ou jurídica daqueles para o alienante, após cumpridas todas as condições a que estiver subordinado o negócio jurídico.

Todavia, no caso concreto, o próprio Recorrente descaracteriza a existência de contrato *escrow account* ao afirmar que "**apesar de não haver instrumento jurídico em apartado, fato é que foi mantida entre o Recorrente e a Drogaria São Paulo S/A uma verdadeira conta gráfica (escrow account) para que fosse possível deduzir - do montante pago em dinheiro pela segunda ao primeiro - todas obrigações e passivos constituídos contra a Organização Farmacêutica Drogão Ltda., por conta da cláusula contratual acima citada. Há prova produzida nesses autos mostrando as deduções que ocorreram dos valores pagos em dinheiro ao Recorrente e ao seu irmão, Sr. Marcos Eduardo, o que, por si só, já reduzem significativamente os montantes por eles percebido**". Nesse contexto, não há de se falar de contrato de *escrow account* em conformidade com a essência deste instrumento de proteção, consoante acima esclarecido, não se abrindo, destarte, nas prerrogativas dele decorrentes, inclusive para fins de tributação do IRPF.

Como de depreende dos autos, o Recorrente recebeu como pagamento decorrente da venda de 1.935.790 ações da Organização Farmacêutica Drogão Ltda. parte em dinheiro (R\$ 10.405.121,02) e parte em subscrição de 967.895 ações da Drogaria São Paulo S/A mediante a conferência de 4.219.487 quotas da empresa Organização Farmacêutica Drogão Ltda. correspondentes a R\$ 36.176.000,00 (Transcrição da Ata de Assembléia Geral Extraordinária de Drogaria São Paulo - e-fls. 65/70).

Com relação à parcela de pagamento recebida em espécie - R\$ 10.405.121,02 - resta caracterizado no conjunto probatório acostado aos autos, ao contrário do que afirma o Recorrente, que é líquido de deduções.

Nesse sentido, é bastante elucidativa a decisão *a quo*, *verbis*:

Quanto ao valor recebido em espécie, R\$ 10.405.121,02, tem-se que, indubitavelmente, é líquido. O "INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE QUOTAS E OUTRAS AVENÇAS" de fls. 383/393 não contempla qualquer ressalva que modifique essa compreensão, e no tocante ao preço, conforme fls. 387/388, dispôs:

2.1.1. Preço. O valor total pago pelas Quotas é de R\$~~24.500.000,00~~ (vinte e quatro milhões e quinhentos mil Reais) ("Preço das Quotas"), a ser pago no primeiro Dia Útil após a presente data, da seguinte forma: (i) R\$12.250.000,00 (doze milhões, duzentos e cinquenta mil Reais) para Paulo, e (ii) R\$12.250.000,00 (doze milhões, duzentos e cinquenta mil Reais) para Marcos.

2.1.2. Pagamento. O Preço das Quotas deverá ser pago à vista, no primeiro Dia Útil após a presente data, pela Drogaria para Paulo e Marcos, nos termos da Cláusula 2.1.1 acima, mediante transferência de fundos imediatamente disponíveis por meio de transferência eletrônica (TED), para as contas correntes indicadas por Paulo e Marcos.

Na mesma toada, no contrato de fls. 402/412, há operação, cujo pagamento fixado à fl. 407, destina mais R\$ 500.000,00 aos alienantes, na monta de R\$ 250.000,00 cada.

É de se aclarar que dos R\$ 25.000.000,00 pagos aos alienantes indicados (Marcos e o ora impugnante, Paulo), conforme comunicação de fl. 450 a seguir reproduzida, já se excluem R\$ 4.189.757,96 destinados ao Banco Safra BSI S/A, em face de serviços de assessoria e intermediação nos contratos firmados. Dessa forma, cada um dos sócios recebeu líquidos R\$ 10.405.121,02 {(R\$ 25.000.000,00 - R\$ 4.189.757,96) : 2}.

Considerando que, em 21 de junho de 2010, será concluída a operação de aquisição da Organização Farmacêutica Drogão Ltda. e da Drogão - Administradora de Cartões de Crédito, Comércio e Participações Ltda. pela Companhia Comercial de Drogas e Medicamentos – Codrome, em razão da qual nos será devida, além de participação acionária na Codrome, a importância de **R\$ 25.000.000,00** (vinte e cinco milhões de reais), vimos solicitar que o pagamento de tal importância seja realizado da seguinte forma:

- (i) Depósito do valor total de **R\$ 20.810.242,04** (vinte milhões, oitocentos e dez, quinhentos e trinta e três reais e quarenta centavos), nas contas correntes abaixo indicadas, mantidas junto ao Banco Safra S/A:
 - (a) **R\$ 10.405.121,02** (dez milhões, quatrocentos e cinco mil, cento e vinte e um reais e dois centavos) na conta corrente nº 011269-4, agência 0115, de titularidade do Sr. Paulo Ney Amaral Guimarães, CPF 301.640.528-87;
 - (b) **R\$ 10.405.121,02** (dez milhões, quatrocentos e cinco mil, cento e vinte e um reais e dois centavos) na conta corrente nº 011293-7, de titularidade do Sr. Marcos Eduardo do Amaral Guimarães, CPF 670.846.218-49;
- (ii) Depósito no valor de **R\$ 4.189.757,96** (quatro milhões, cento de oitenta e nove mil, setecentos e cinquenta e sete reais e noventa e seis centavos) na conta corrente nº 204.333-1, agência 0002, de titularidade do Banco Safra BSI S/A, CNPJ 07.002.898/0001-86.

Registre-se que no referido contrato de intermediação, às fls. 441/447, fora estabelecida pela prestação dos serviços, de acordo com a cláusula 4ª (fl. 443), a remuneração adiante definida:

CLÁUSULA 4ª - Pela prestação dos Serviços, o Banco terá direito ao recebimento de uma remuneração no valor total correspondente a 3,0% (três por cento) do valor da consideração agregada ("**Remuneração**") conforme definido no PARÁGRAFO PRIMEIRO abaixo.

PARÁGRAFO PRIMEIRO: Para fins deste Contrato, considera-se valor da consideração agregada ("**Valor da Consideração Agregada**") o valor bruto recebido, direta ou indiretamente, pela Empresa e/ou Quotistas em decorrência da realização da Operação, considerando-se pagamentos à vista, valores a prazo, em moeda corrente nacional ou outros ativos não-monetários em geral e eventuais dívidas assumidas pelo adquirente da participação acionária na Empresa, se for o caso, quando da conclusão da Operação.

Ora, se o preço do serviço fora fixado em 3% do valor bruto da operação, ao se relacionar em simples regra de três obtém-se um total de R\$ 139.658.598,67 (= R\$ 4.189.757,96 x 100 : 3), o que permite pressupor que a negociação ocorreu em patamar maior até do que os importes apresentados à Fiscalização.

Destarte, mesmo sem referência bursátil nos termos alegados, a compreensão é a de que a mensuração da participação acionária envolvida na operação apresente-se no mínimo representativa do patrimônio a que se refere.

Em argumentação que não se coaduna com os fatos, de acordo com fragmento anteriormente transcrito da fl. 358, dispôs que "...boa parte deste valor em espécie (R\$ 4.580.674,10) já foi revertido em favor dessas empresas". Interessante frisar a inexistência nos autos, sobretudo no contrato que dele resultou, de qualquer vínculo entre o valor recebido em espécie e tal reversão, cuja demonstração se ancora em suposto aviso de débito em conta corrente do autuado, na data de 31/05/2011, à fl.

448, quase um ano após à alienação havida, e no documento que se segue da Drogaria São Paulo S/A, à fl. 449:

Pelo presente instrumento, Drogaria São Paulo S.A., neste ato por seus representantes legais, declara que recebeu de Paulo Ney Amaral Guimarães e Marcos Eduardo do Amaral Guimarães, a quantia de R\$ 9.161.348,19 (nove milhões, cento e sessenta e um mil, trezentos e quarenta e oito reais e dezenove centavos), valor esse correspondente ao débito definido em correspondência de 09 de março de 2011, referente aos Passivos Indenizáveis definidos no Instrumento Particular de Subscrição de Ações e Outras Avenças firmado em 21 de junho de 2010, já materializados e apurados até 31/12/2010.

O "INSTRUMENTO PARTICULAR DE SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES E OUTRAS AVENÇAS" não corresponde àqueles de compra e venda de quotas já mencionados, o que apenas ratifica o raciocínio no mínimo equivocado do impugnante. Tal instrumento de subscrição consiste naquele colacionado às fls. 414/440.

Em assim sendo, para essa parcela identificada como recebida em espécie, não se vislumbra qualquer instrumento que sugerisse algum contrato de caução ou, nos moldes aduzidos pelo interessado, similar a "escrow account".

Por sua vez, no que diz respeito à tributação de ganho de capital apurado na permuta de cotas e ações sem torna em dinheiro, é oportuno resgatar o *iters* da operação, a partir do Termo de Verificação Fiscal (e-fls. 304/314) em cotejo com as alegações do Recorrente consignadas no Recurso Voluntário (e-fls. 658/672), para uma melhor compreensão dos fatos:

i) O Recorrente participação societária na Organização Farmacêutica Dragão Ltda. equivalente a **6.155.267** cotas a um custo médio ponderado de 0,9177, importando a sua participação em **R\$ 5.648.577,00**. Este é o custo de aquisição das ações em apreço;

ii) As **6.155.267** cotas da Organização Farmacêutica Dragão Ltda. foram alienadas à Drogaria São Paulo S/A, sendo **1.935.790** ações pagas em espécie e conferência de **4.219.487** ações para subscrição e integralização de **967.895** ações do capital social desta última. Valor total da alienação: **R\$ 48.426.000,00**;

iii) O ganho de capital apurado pela Fiscalização da RFB na operação de alienação em tela foi da ordem de **R\$ 42.777.423,00**, não recolhido aos cofres públicos;

Estes, em apertada síntese, são os fatos na forma como ocorreram, conforme o conjunto probatório acostado aos autos.

Em face deles, o Recorrente, no mérito, alega no Recurso Voluntário (e-fls. 658/672) que:

Se assim não se entender, requer a improcedência da pretensão fiscal e determinado o cancelamento integral do auto de infração, uma vez que nada é devido a título de imposto de renda sobre o ganho de capital havido, uma vez que, sobre o valor pago a título de torna, houve deduções já efetuadas e o valor remanescente encontra-se adstrito ao pagamento de eventuais passivos da Drogão imputáveis à CODROME, por conta da permuta de ações, não havendo, pois, falar em disponibilidade econômica ou jurídica sobre esse rendimento. Sobre a permuta de ações, não há se falar em tributação, porquanto o ganho amealhado na operação

não está realizado, só podendo ser onerado quando estiver liquidado, já que às pessoas físicas se aplica o regime de caixa.

A questões acerca das deduções sobre a parcela da alienação paga em espécie já foram abordadas no tópico anterior. Destarte, restrinjo a análise neste momento à disponibilidade econômica ou jurídica decorrente da permuta das ações, conforme já relatado, inclusive para fins de apuração de ganhos de capital.

De plano, é relevante destacar que na verdade não ocorreu uma mera operação de permuta de bens e/ou direitos como faz entender o Recorrente.

A operação em apreço trata de alienação de ações de titularidade do Recorrente na qual restou pactuado pagamento parte em espécie e parte em subscrição e integralização de ações da empresa adquirente com expressão monetária e precificação definida, conforme bem caracterizado nos autos. Assim, não há que se falar de uma mera troca, como pretende o Recorrente ao suscitar a aplicação do art. 533 do Código Civil (Lei n. 10.406/2002).

O art. 43 do CTN informa a hipótese de incidência tributária do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (IRPF), *verbis*:

*Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato **gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica**:*

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

*§ 1º **A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento**, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)*

§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001) (grifei)

Na leitura do dispositivo acima reproduzido não se deve confundir disponibilidade econômica com disponibilidade financeira da renda ou dos proventos de qualquer natureza, como sugere o Recorrente.

Conforme brilhante exposição do Ministro Castro Meira (STJ, 2ª. Turma, REsp 983134/RS, abril/2008), enquanto esta última se refere à imediata "utilidade" da renda, a primeira está atrelada ao simples acréscimo patrimonial, independentemente da existência de recursos financeiros. Não é necessário que a renda se torne efetivamente disponível (disponibilidade financeira) para que se considere ocorrido o fato gerador do imposto de renda, limitando-se a lei a exigir a verificação do acréscimo patrimonial (disponibilidade econômica).

Por sua vez, a disponibilidade jurídica verifica-se quando o titular do acréscimo patrimonial que configura renda (disponibilidade econômica) já possui o título jurídico apto a habilitá-lo a obtê-la.

É nesse sentido que a Lei n. 7.713/1988 trilha:

Art. 1º Os rendimentos e ganhos de capital percebidos a partir de 1º de janeiro de 1989, por pessoas físicas residentes ou domiciliados no Brasil, serão tributados pelo imposto de renda na forma da legislação vigente, com as modificações introduzidas por esta Lei.

Art. 2º O imposto de renda das pessoas físicas será devido, mensalmente, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos.

Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei.

§ 1º Constituem rendimento bruto todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, e ainda os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados.

§ 2º Integrará o rendimento bruto, como ganho de capital, o resultado da soma dos ganhos auferidos no mês, decorrentes de alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, considerando-se como ganho a diferença positiva entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente, observado o disposto nos arts. 15 a 22 desta Lei.

§ 3º Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins.

§ 4º A tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda, e da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título.

[...]” (grifei)

Da leitura do dispositivo *supra* reproduzido, verifica-se que a norma privilegia a essência sobre a forma, ou seja, a primazia da realidade fática dos eventuais ganhos, a despeito da denominação ou nomenclatura que lhes venha a ser atribuída.

Nessa perspectiva, são alienígenas à lide em apreço as remissões ao art. 121, § 2º., do Decreto n. 3.000/1999 - RIR/99 (que trata de permutas no âmbito imobiliário), bem assim aos Pareceres PGFN n. 970/1991 e n. 454/1992 (que tratam da permuta de títulos da dívida pública federal ou de outros créditos contra a União, como contrapartida à aquisição das ações ou quotas leiloadas no âmbito das licitações públicas vinculadas ao Programa Nacional de Desestatização), vez que o caso concreto trata de alienação de participação societária (quotas) de pessoa física em que parte do pagamento ao alienante se dá por subscrição e integralização de ações do adquirente, com expressão monetária e precificação definida a perfazer a totalidade do negócio jurídico pactuado, e, e, verificando-se ganho de capital em

face do custo de aquisição, submete-se a operação de alienação ao regramento estabelecido no art. 43 do CTN e na Lei n. 7.713/1988.

Assim, não merece reparo a decisão recorrida.

Ante o exposto, voto no sentido de **CONHECER** do Recurso Voluntário (e-fls. 658/672), **REJEITAR** a preliminar de decadência, e, no mérito, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

(assinado digitalmente)
Luís Henrique Dias Lima

Voto Vencedor

Conselheiro João Victor Ribeiro Aldinucci – Redator Designado

Com o devido respeito, divirjo do relator no tocante à isenção do imposto de renda sobre o ganho de capital decorrente da alienação de participações societárias adquiridas até 31/12/1983 e mantidas por, pelo menos, cinco anos, sem mudança de titularidade.

Na dicção do art. 62, § 1º, alínea "c", do RICARF, os conselheiros do CARF podem afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, quando houver Ato Declaratório da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda.

E a pretensão do sujeito passivo é objeto do ATO DECLARATÓRIO PGFN Nº 12, DE 25 DE JUNHO DE 2018, que autoriza a dispensa de apresentação de contestação, de interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, desde que inexistam outro fundamento relevante, “nas ações judiciais que fixam o entendimento de que **há isenção do imposto de renda no ganho de capital decorrente da alienação de participações societárias adquiridas até 31/12/1983 e mantidas por, pelo menos, cinco anos, sem mudança de titularidade, até a data da vigência da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988**, não sendo a referida isenção, contudo, aplicável às ações bonificadas adquiridas após 31/12/1983 (incluem-se no conceito de bonificações as participações no capital social oriundas de incorporações de reservas e/ou lucros)” (com destaques).

Tal ato declaratório foi aprovado pelo ilustre Ministro da Fazenda e, nos termos do RICARF, pode ser aplicado pelos membros deste Conselho, inclusive (esclareço) para evitar judicialização e indevida movimentação do aparato administrativo em questão já pacificada.

Diante do exposto, e tendo em vista que, segundo os esclarecimentos do relator, todas as participações societárias subsumir-se-iam à primeira parte do referido ato declaratório, voto por dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

João Victor Ribeiro Aldinucci