



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

Processo n° 10580.728694/2016-99
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2401-005.877 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de dezembro de 2018
Matéria IRPF. GANHO DE CAPITAL
Recorrente MARIA DE FATIMA DE SANT'ANA SCAVUZZI
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2012

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

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

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

A existência de cláusula contratual de restrição temporária à faculdade de disposição do direito de propriedade do acionista, consistente na obrigação de não alienar os ativos por determinado lapso temporal, não tem a eficácia de desconstituir a transferência de domínio por ocasião da incorporação das ações. A situação jurídica que representa a disponibilidade econômica pela realização de renda passível de tributação foi definitivamente constituída no momento da transferência da propriedade das ações, quando restou configurado o acréscimo patrimonial da pessoa física.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, dar provimento parcial ao recurso para reconhecer a isenção de 338 ações. Vencidos os conselheiros Luciana Matos Pereira Barbosa, Rayd Santana Ferreira, Andréa Viana Arrais Egypto e Matheus Soares Leite que davam provimento parcial em maior extensão para afastar o imposto apurado sobre o ganho de capital referente à incorporação de ações.

(assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente.

(assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Cleberson Alex Friess, Luciana Matos Pereira Barbosa, José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Rayd Santana Ferreira, Marialva de Castro Calabrich Schlucking, Andrea Viana Arrais Egypto, Matheus Soares Leite e Miriam Denise Xavier..

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face de decisão da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Juiz de Fora que, por unanimidade de votos, julgou improcedente Impugnação apresentada contra Auto de Infração que apurou crédito tributário no valor total de R\$ 15.758.107,67, fatos geradores 10/02/2012 e 17/09/2012, por omissão/apuração incorreta de ganhos de capital na alienação de bens e direitos. Do Termo de Verificação Fiscal, em síntese, extrai-se:

a) A farmácia Sant'Ana, nome fantasia da Sant'Ana S.A Drogarias e Farmácias ("Sant'Ana"), CNPJ: 15.103.047/0001-58, foi fundada em 1945 e com o falecimento do médico José Lemos de Sant'Ana em 1995 passou por sucessão para os filhos José Laranjeira de Sant'Ana ("José"), presidente da empresa (CEO), Maria Josefina de Sant'Ana Queiroz ("Maria Josefina") e Maria de Fátima Sant'Ana Scavuzzi ("Maria de Fátima"), que se tornaram os principais acionistas da sociedade. A Brasil Pharma ("BrPharma"), CNPJ: 11.395.624/0001-71, através de sua controlada, a Farmais Franchising S.A, CNPJ: 00.259.932/0001-53 ("Farmais"), assinou acordo para aquisição da Sant'Ana e a operação se deu em três etapas. Etapa 1 - Num primeiro passo, a BrPharma, através da controlada Farmais pagaria R\$ 347.034.482,76 pelo equivalente a 70% do capital da rede. Sendo R\$ 247.034.483,76 pagos à vista e os R\$ 100 milhões restantes seriam retidos para garantir o pagamento de "eventuais contingências", sendo o saldo pago aos vendedores quando o acordo completasse quatro anos, após prestação de contas. Etapa 2 - Em seguida, as ações da Sant'Ana seriam incorporadas pela Farmais incluindo os 30% remanescentes do capital da rede de farmácias de Salvador, de forma que os sócios da Sant'Ana passariam a ser acionistas da Farmais, conforme protocolo de incorporação assinado em 30/08/2012 e aprovado em ata de assembléia geral extraordinária realizada em 17/09/2012 pela Farmais e Sant'Ana. Etapa 3 - Por fim, a BrPharma realizaria uma assembléia geral extraordinária (simultânea), em que seria avaliada a incorporação das ações da Farmais de titularidade dos sócios da Sant'Ana, tornando-se a Farmais subsidiária integral da BrPharma. A operação seria feita por meio de um aumento de capital de R\$ 150 milhões, mediante a

emissão de 15 milhões de novas ações ordinárias a serem entregues aos vendedores, conforme protocolo de incorporação assinado em 30/08/2012 e aprovado em ata de assembléia geral extraordinária realizada em 17/09/2012 pela BrPharma.

b) No Termo nº 01 de Início do Procedimento Fiscal, o contribuinte foi intimado a comprovar o custo de aquisição dos bens ou direitos alienados. Em resposta, apresentou documentos e informou não possuir documentação mais farta em razão de incêndio. Foi lavrado do Termo nº 02 - Termo de Constatação e Intimação Fiscal em que se atestou não ter sido atendida a intimação para demonstrar por meio de documentos o custo de aquisição, sendo que a Declaração de Ajuste Anual, entregue em 29/04/2013, data posterior ao relato de ocorrência do corpo de bombeiros nº 49/12/2011, informa custo de aquisição de R\$ 9.273.123,30 equivalente a alienação de 9.273.123 ações da Drogaria Santana, bem como se intimou a comprovar por documentação hábil e idônea todo o histórico de formação do custo de R\$ 9.273.123,30. O sujeito passivo reiterou não possuir documentação mais farta em virtude de incêndio. Ato contínuo, foi emitido o TDPF-Diligência, direcionado à BrPharma e lavrado o Termo nº 01 – Diligência Fiscal.

b1) Em 30/05/2011, foi realizada assembléia geral aumentando o capital social da empresa de R\$ 22.000.000,00 dividido em vinte e dois milhões de ações com valor unitário de R\$ 1,00 cada para R\$ 40.000.000,00 dividido em quarenta milhões de ações com valor unitário de R\$ 1,00 cada, conforme a seguir:

Sócios	Capital Social	Qtd Ações Valor Unitário de R\$1,00	Valor Participação em R\$
José Laranjeira de Sant'Ana	33,12%	13.247.319	R\$ 13.247.319,00
Maria Josefina de Sant'Ana Queiroz	33,12%	13.247.319	R\$ 13.247.319,00
Maria de Fátima Sant'Ana Scavuzzi	33,12%	13.247.319	R\$ 13.247.319,00
Carmem Laranjeira Sant'Ana	0,64%	258.043	R\$ 258.043,00
Total	100%	40.000.000	R\$ 40.000.000,00

c) Todo o aumento de capital por incorporação de lucros e reservas, tributados na forma do art. 36 da Lei 7.713/88, já estão considerados nos valores acima, senão o valor da participação de cada sócio seria ainda menor. O capital social acima é o reflexo de todos aumentos de capital ocorridos ao longo do tempo, quer por integralização em bens ou recursos, quer por integralização por reserva de lucros ou outras reservas. O custo de aquisição das ações da Sant'Ana, conforme atas registradas na JUCEB entregue pelo sujeito passivo e confirmadas acima é o valor de R\$ 1,00 por ação. Valor esse confirmado pelo sujeito passivo em sua declaração de ajuste anual (fls.2 a 10) no demonstrativo de ganho de capital e na declaração do seu cônjuge (fls. 11 a 24) no campo de bens e direitos.

d) Na primeira etapa, a Farmais pagou à vista para cada um dos sócios (José, Maria Josefina e Maria de Fátima), exceto a Sra Carmem que recebeu o valor de R\$ 3.206.406,74 , o valor de R\$ 81.276.025,34 através de TED – Transferência Eletrônica, perfazendo o valor de R\$ 247.034.482,76 e além disso R\$ 100.000.000,00 do valor de venda ficaram diferidos, pois foram retidos para eventuais contingências, chegando assim ao total pago de R\$

347.034.482,76 por 70% do capital social da Sant'Ana correspondente a 28.000.000 ações. O cálculo do Ganho de Capital referente à operação de venda deve considerar que parte ocorreu com pagamento à vista e parte relativa às contingências ficou com pagamento diferido, dessa maneira necessário se faz, de acordo com a legislação vigente, o cálculo do percentual de diferimento (Lei nº 7.713, de 1988, art. 12; IN SRF nº 84, de 2001, art. 31), no caso de 91,931445% (IN SRF nº 84, de 2001, art. 31, I). Os R\$ 100.000.000,00 devem ser tributados quando efetivamente forem recebidos usando o mesmo percentual de diferimento de 91,931638%. Os valores retidos já deveriam ter sido pagos conforme determina o acordo de investimento assinado, porém o sujeito passivo e BrPharma informaram que tais valores ainda encontram-se em discussão, assim não há parcela efetivamente recebida e ***não há ganho de capital para ser calculado sobre esse montante***. Com relação aos valores diferidos, o fato gerador já existe desde a assinatura do acordo há disponibilidade jurídica, apesar do não-recebimento da totalidade. Portanto, o ganho de capital deve ser apurado com base no acordo de investimento, assinado em 10/02/2012 (Fls. 92 a 138) e o fato gerador reconhecido pelo total da operação no valor de R\$347.034.482,76. Só o PAGAMENTO dos R\$ 100.000.000,00 ficou diferido, não havendo diferimento do fato gerador. Respeita-se o regime de caixa, sendo o pagamento de parte do imposto devido somente quando recebimento da parcela respectiva. O acordo de investimento celebrado em 10/02/2012 e os protocolos de incorporação de ações firmados em 30/08/2012 e aprovados em assembléia em 17/09/2012 contém todos os requisitos legais que regem o negócio jurídico celebrado, ou seja, constituem direito entre as partes, sendo instrumento suficientemente válido para configurar a transmissão dos direitos sobre as ações objeto do acordo e a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. Na hipótese, há condição resolutória e, por força do art. 117, inciso II, do CTN, o ato ou negócio jurídico de alienação de 70% das ações, bem como posterior incorporação de 30% das ações restantes pela Farmais e ainda incorporação de 100% das ações da Farmais pela BRPharma, tornando-se aquela subsidiária integral desta, reputa-se perfeito e acabado, para os efeitos fiscais. As cláusulas prevendo garantias, procedimento para liberação de valores retidos e indenizações não podem ser consideradas SUSPENSIVAS, pois não desfazem o negócio jurídico. Conforme item 8.9 da página 39 do acordo de investimento, elas servem para garantia do integral e pontual cumprimento das obrigações estabelecidas no acordo. A incorporação de ações não será desfeita tampouco a venda das ações cancelada, por isso negócio reputa-se perfeito e acabado, para os efeitos fiscais.

- e) O sujeito passivo utilizou todo custo de aquisição para o cálculo do ganho de capital deixando de lado a previsão legal do art 21 da Lei nº 7.713, de 1988 e art 31 da IN SRF nº 84, de 2001, além do mais declarou como adquirente da ações a empresa BrPharma em vez da empresa Farmais chegando a um ganho de capital no valor de R\$ 73.010.834,73 enquanto que o valor correto seria o valor de R\$ 74.718.224,53 resultando assim num recolhimento de imposto de renda a menor de R\$ 256.108,47 já que o valor recolhido foi de R\$10.951.625,21 em vez de R\$11.207.733,68. Cada sócio detentor de 4.000.000 de ações da Sant'Ana a um custo unitário de R\$ 1,00

por ação recebeu, após o processo de incorporação, recebeu 5.000.000 de ações da BrPharma a um valor de R\$ 10,00 cada, avaliadas em R\$ 50.000.000,00. As ações recebidas estariam sujeitas a um período de “Lock-Up” de 3 anos, onde não poderiam ser vendidas.

f) “Incorporação de Ações” nada mais é que uma modalidade de alienação. Nesse sentido, a Solução de Consulta COSIT nº 224, de 2014, e jurisprudência, bem como o art. 23, §2º, da Lei nº 9.249, de 1995, em face da determinação de que o valor seja determinado por perícia (Lei nº 6.404, de 1976, art. 7º). O valor de transmissão é determinado pelo art. 19 da Lei nº 7.713. O aumento de capital da Farmais em decorrência da Incorporação de Ações da Sant’Ana foi de R\$ 150.000.000,00, mediante a emissão de 71.435.852 novas ações ordinárias, nominativas e sem valor nominal, em substituição as 12.000.000 de ações ordinárias de emissão da Sant’Ana de titularidade dos vendedores, estabelecendo, assim uma relação de troca de 5,952987648 novas ações ordinárias da Farmais para cada ação ordinária da Sant’Ana. Na mesma data, 30/08/2012, foi assinado Protocolo de Incorporação e Instrumento de Justificação de Incorporação de Ações de Emissão da Farmais Franchising S.A pela Brazil Pharma S.A tornando a Farmais subsidiária integral da BrPharma. O aumento de capital da BrPharma em decorrência da Incorporação de Ações da Farmais foi de R\$ 150.000.000,00, mediante a emissão de 15.000.000 novas ações ordinárias, nominativas e sem valor nominal, em substituição às 71.435.852 de ações ordinárias de emissão da Farmais de titularidade dos vendedores, conforme quadro a seguir, estabelecendo, assim uma relação de troca de 0,209978598 novas ações ordinárias da BrPharma para cada ação ordinária da Farmais. As cláusulas prevendo garantias, procedimento para liberação de valores retidos e indenizações não podem ser consideradas SUSPENSIVAS, pois não desfazem o negócio jurídico. A incorporação de ações não será desfeita tampouco a venda das ações cancelada, por isso o negócio reputa-se perfeito e acabado, para os efeitos fiscais. O não-recebimento dos rendimentos não se confunde com a não-aquisição da disponibilidade jurídica, adquirida ao se celebrar o acordo de investimento e o protocolo de incorporação de ações. Inexistiu a disponibilidade financeira em razão do lock-up de 3 anos e do contrato de penhor a fim de garantir o contrato. Contudo, esse aspecto não a exonera do pagamento do imposto de renda sobre o acréscimo patrimonial existente, na interpretação do art. 43 do CTN já que houve a disponibilidade jurídica e econômica.

A contribuinte apresentou impugnação, considerada tempestiva, da qual, em síntese, se extrai¹:

a) Após narrar sobre o auto de infração e sobre alguns julgados administrativos, o impugnante alega que a fiscalização teria apreciado parcialmente as informações prestadas e passa a discorrer sobre os fatos havidos com destaque para o acordo de investimentos, a prestação de contas e o termo de quitação.

¹ Observe-se que, em face da desordem e lacuna nas folhas da petição de impugnação, foram consideradas as impugnações gêmeas monozigóticas apresentadas pelos irmãos da impugnante, 10580.728693/2016-44 e 10580.728692/2016-08, como parâmetro se para atribuir consistência e integridade aos argumentos de defesa.

- b) O conceito de renda válido para fins de incidência do imposto previsto nos art. 153. III. da CRFB/88 e no art. 43, I. II, §§ 1o e 2o do CTN está delimitado pelo conceito de acréscimo patrimonial devidamente contornado pelos princípios constitucionais da isonomia, da capacidade contributiva e do não confisco.
- c) No Acordo de Investimentos, foram realizadas duas operações: (I) venda de 70% das ações, com parte do pagamento á vista { R\$247.034.482,76) e parte condicionada a determinados atos a serem apurados em quatro anos da assinatura da venda, com condição suspensiva, resolvida com o Termo de Quitação, ficando em R\$26.000.000.00, e; (II) incorporação de ações, referente aos 30% (trinta por cento) restante das ações, permutadas por 15 milhões de ações da Brasil Pharma S/A, com disponibilidade duplamente condicionada, por meio de lock up (até setembro de 2015) e em razão da penhora, liberada com o Termo de Quitação em Dezembro de 2016. O Ganho de Capital de cada uma dessas operações deve ser apurado de forma diferenciada observando as peculiaridades de cada operação.
- c1) Venda 70% das ações. O Impugnante, como detentora de 33% das ações (dos 70% vendidos em conjunto com genitora e dois irmãos) recebeu a quantia de R\$ 81 276 025,30. restando um saldo retido, a receber, a ser apurado em quatro anos de 1/3 de R\$100.000.000,00 (a genitora recebeu toda sua participação à vista), abatido de dívidas e contingências a serem levantadas. Do valor retido, após Termo de Quitação assinado em 27 de dezembro de 2016, a Impugnante recebeu R\$8.666.666,66. Nesse recebimento à vista, a Impugnante teve um Ganho de Capital de R\$ 72.028.112,30 (9.247.319 de ações com valor de R\$9.247.319, 00 - valor de custo de aquisição das ações, vendido a R\$ 81.276.025,30, ganho de Capital R\$72.028.112,30). Este Lucro foi apurado em fevereiro de 2012, com o recebimento do valor à vista e recolhido o imposto sobre o Ganho apurado conforme a legislação. Considerando que o valor Retido não se tratava de um valor com recebimento certo, mas, um limite do preço de venda, tendo em vista que seria abatido por diversas dívidas e contingências, de responsabilidades dos vendedores, ainda não identificadas, podendo, inclusive, não ser suficiente para cobrir todos os valores possíveis de redução, fora descontado o Custo de Aquisição total das ações, já no primeiro recebimento, assim, qualquer valor que resultasse da parcela final seria considerado ganho de capital e tributado na sua totalidade. Assim, o saldo final recebido pelo Impugnante, de R\$8.666.666,66, conforme Termo de Quitação datado de 27 de dezembro de 2016, equivalente a 1/3 de R\$26.000.000.00, foi tributado na sua totalidade. Destarte, respeitado o princípio da capacidade contributiva, eis que incerto o recebimento futuro e realizada a venda da totalidade das ações, não poderia deixar de abater o custo de aquisição das ações na parcela certa, que poderia ser a única.
- c2) Incorporação de ações. A incorporação de ações não representa acréscimo patrimonial, sendo operação de reestruturação societária (Lei das Sociedades Anônimas - LSA, art. 252) com criação de subsidiária integral. No caso em tela, o Patrimônio do Impugnante se incorporou ao patrimônio da Brasil Pharma aumentando o patrimônio da Brasil Pharma, mas, sem alterar o

Patrimônio do Impugnante. Não há acréscimo patrimonial, mas incorporação do seu patrimônio ao de outra empresa, permutado em equivalência econômica com ações da incorporadora. O aumento de Capital ocorreu apenas, para a incorporadora. Para o Impugnante prevalece seu custo de aquisição, valor contábil das ações originárias da Santana S/A permutadas com as incorporações. Acréscimo Patrimonial ocorrerá apenas quando da venda das ações recebidas e em valor superior ao de aquisição das ações originárias, obedecido o princípio da Capacidade Contributiva. Ao final, as ações foram vendidas com valor 10 vezes menor. Quando da incorporação, as ações da incorporadora não estavam disponíveis, em razão do lock up e da penhora, inexistindo disponibilidade econômica ou jurídica de renda. Ela só ocorreu em 27/12/2016, quando do Termo de Quitação - momento em que as ações valiam 100 vezes menos. Cita-se jurisprudência e doutrina. As incorporações não trouxeram acréscimo patrimonial, ainda que tivessem liquidez no mercado e equivalência em dinheiro, por haver lock up e penhora. Não há disponibilidade econômica de renda, "dinheiro em caixa". A aquisição de disponibilidade jurídica envolve crédito relativo à renda, um título legal que permita a conversão do crédito em dinheiro (como Juros ou dividendos a serem creditados). Portanto, não há que se falar em preço de alienação para a operação de incorporação de ações. Além disso, o art. 123, § 3º do RIR estabelece que preço de alienação é apenas a torna recebida na permuta e não o valor do bem permutado, não se limitando à permuta de bens imóveis. Na troca de bens equivalentes, inclusive participações societárias, não há disponibilidade econômica ou jurídica de renda, mas ganho meramente potencial.

d) Custo de Aquisição e Decreto-lei nº 1.510, de 1976. A participação societária do impugnante se deu ao longo de 40 anos, quando da constituição, por meio da transformação de Sociedade Ltda em Sociedade Anônima de Capital Fechado em 30/04/1970 e dos seguintes aumentos de Capital por integralização de Lucro acumulados (atas de assembléias anexas). Registre-se que a Certidão da JUCEB (Junta Comercial Bahia), já colacionada, consta, no campo observação (pags. 16 a 19), relação de todos os atos arquivados «m que houve aumento de Capital. Em face do Decreto-lei nº 1.510, de 1976, o valor referente à venda das ações adquiridas no período entre os anos de 1976 e 1989. deve ser desconsiderado na apuração do Ganho de Capital, já que o lucro auferido na alienação de ações societárias adquiridas neste período, é isento de imposto de renda. Temos ainda, o constante do Decreto 3000/99, regulamento do Imposto de Renda, seção IV (custo de aquisição), subseção I (bens adquiridos até 31 de dezembro de 1991), art 126,1 e II, que assim determina:

Art. 126. Para as participações societárias não cotadas em bolsa de valores, considera-se custo de aquisição o maior valor entre (Lei nº 8.218. de 1991, art. 16, e Lei nº 8.383, de 1991, art 96. § 10):

I- o apurado mediante a atualização monetária, até 31 de dezembro de 1991. do valor original de aquisição, com a utilização da tabela de índices divulgada pela Secretaria da Receita Federal;

II- O valor de mercado avaliado pelo contribuinte, utilizando parâmetros como valor patrimonial, valor apurado por meio de equivalência patrimonial nas hipóteses previstas na legislação comercial ou, ainda, avaliação de três peritos ou empresa especializada.

- d1) Considerando tratar-se de sociedade de capital fechado, o custo de aquisição da participação societária negociada no Acordo de Investimento deve obedecer o estipulado no inciso II do Art. 126. Assim, como houve avaliação por empresa especializada (DEloite) do valor de mercado (R\$680.000.000,00) e este foi superior ao valor negociado (R\$500.000.000,00), teve o Impugnante Perda de Capital e não Ganho como faz crer o limo Auditor no auto de infração lavrado.
- e) Não se observou os princípios da capacidade contributiva, do não confisco e da razoabilidade. Isso porque, se cobra imposto sem fato gerador, sem disponibilidade econômica e sem acréscimo patrimonial. Entende o limo, Auditor, que, embora indisponível para venda ou negociação (lock up e penhora), portanto sem condições de transformar as ações em renda efetiva, o Impugnante, deveria ter pago tributo (IR) sobre a substituição do seu ativo, considerando um ganho de aproximadamente R\$46.000 000,00 (quarenta e seis milhões), considerando que as ações substituídas pelas ações da Santana S/A, valeriam, a época 50 milhões de reais. Mesmo estando o contribuinte impossibilitado de realizar suposto ganho. Ocorre que, no momento em que se passou o período do Lock Up (outubro de 2015) e a Penhora das ações foram liberadas (dezembro de 2016). em razão do Termo de Quitação do Acordo de Investimento, momento em que se concluiu a operação de compra e venda dos ativos e, momento em que o contribuinte passou a poder dispor de suas ações, o valor das ações encontrava-se aproximadamente em R\$470.000,00(quatrocentos e setenta mil reais), 100 vezes menos.
- f) Pede a declaração da tempestividade da impugnação e a improcedência do Auto de Infração.

Do Acórdão prolatado pela Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, em síntese, se extrai:

- a) Ainda que as páginas da peça impugnatória de fls.205/232 tenham sido digitalizadas e anexadas aos autos de maneira desordenada, sem respeitar a sequência lógica do texto, não ocorreu nenhum obstáculo insanável ao pleno entendimento dos argumentos nela apresentados.
- b) Quanto à pretensa violação de princípios constitucionais, arguida pelo impugnante, há que se observar não ser da competência do julgamento administrativo pronunciar-se a respeito.
- c) Não se encontra, na legislação tributária que rege a matéria em comento, nenhum respaldo para o procedimento adotado pelo interessado, razão pela qual mantenho a apuração do ganho de capital nos termos preconizados pela autoridade lançadora.
- d) O fato gerador existe desde a assinatura do Acordo de Investimento em 10/02/2012. Em 27/12/2016 "concluiu-se a operação de venda da Santana S/A", não a ocorrência do fato gerador. O não-recebimento da totalidade dos valores previstos no acordo em comento não se confunde com a aquisição da disponibilidade jurídica desses valores. Somente o pagamento dos R\$ 100.000.000,00 ficou diferido, não houve diferimento do fato gerador. O

fato gerador do imposto de renda, frisa-se, recai sobre a disponibilidade jurídica que a contribuinte possuía ao celebrar o acordo em comento.

e) A expressão “alienação, a qualquer título” utilizada pela legislação antes reproduzida deve ser entendida como a saída de um bem ou direito da esfera patrimonial de uma pessoa, para ingressar na esfera patrimonial de outra. Ficou amplamente demonstrado pelo Fisco que ocorreu uma alienação de ações com ganho de capital, assim considerado a diferença entre o "valor unitário" atribuído às ações alienadas (R\$ 12,50), decorrente de avaliação a preço de mercado, e o respectivo "custo unitário" (R\$1,00), correspondente ao valor contábil das ações da Santana S/A, conforme registrado pelo contribuinte no quadro "Declaração de Bens" de sua DIRPF/2013. A partir do momento em que ele se torna proprietário das ações, tem disponibilidade jurídica (direito real), além de poder fruir dos valores agregados a elas (disponibilidade econômica). O enquadramento de operação de incorporação de ações da SANTANA S/A pela FARMAIS S/A como mera "permuta sem torna", por não haver recebimento de dinheiro, redundaria em negar vigência aos dispositivos legais que regem a matéria, o que não é cabível na esfera administrativa, em respeito ao princípio da legalidade.

e1) Não há, também, que se falar em inobservância do "regime de caixa", uma vez verificado que ocorreu o acréscimo patrimonial, ainda que não haja circulação de moeda. Conclui-se que, para que haja a disponibilidade econômica, basta que o patrimônio resulte economicamente acrescido por um direito ou por um elemento material, identificável como renda ou como proventos de qualquer natureza. Não importa que o direito ainda não seja exigível ou que o crédito seja de difícil e duvidosa liquidação. O que importa é que possam ser economicamente avaliados e, efetivamente, acresçam ao patrimônio. 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).

f) A isenção prevista no artigo 4º do Decreto-lei nº 1.510 de 01/01/1976, foi revogada a partir de 01/01/1989 pelo artigo 58 da Lei nº 7.713/1988. A manutenção da participação acionária por um prazo mínimo de 05 (cinco) anos não caracteriza condição de onerosidade, mas mero requisito, uma vez que não se trata de sacrifício econômico imposto ao contribuinte.

g) A avaliação a "valores de mercado" foi permitida para a data de 31 de dezembro de 1991, sendo a partir daí aplicada a atualização conforme tabela específica em 31 de dezembro de 1995. A partir de 1º de janeiro de 1996, o custo dos bens e direitos, uma vez registrados na DIRPF, devem permanecer inalterados, sem correções e/ou atualizações. Observe-se ainda que, intimado pela autoridade fiscal, mediante Termo de Início de Procedimento Fiscal de fls.10/14, a comprovar, com documentação hábil e idônea, todo o histórico de formação do custo de R\$ 9.273.123,30, relacionado e declarado no Anexo Ganho de Capital de sua Declaração de Ajuste Anual IRPF/2013, afirmou não possuir documentação em virtude de incêndio ocorrido no almoxarifado da empresa conforme relatório de ocorrência emitido em

29/12/2011 pelo Corpo de Bombeiros. Portanto, inócua a argumentação suscitada pelo interessado, devendo ser mantido o "custo de aquisição" no valor utilizado pelo fiscal-autuante, o qual foi informado ao Fisco pelo próprio contribuinte em sua DIRPF/2013.

h) As cláusulas prevendo garantias e/ou procedimentos para liberação de valores não podem ser consideradas condições suspensivas do fato gerador. Quanto ao "valor de mercado" a considerar para as ações, evidentemente será o valor acordado quando da ocorrência do fato gerador, não o valor de alienação que elas teriam se "realizada a venda das ações recebidas em substituição às ações da Santana S/A em dezembro de 2016".

Intimada em 13/10/2017, a contribuinte interpôs em 08/11/2017 recurso voluntário, em síntese, alegando:

a) Após narrar sobre o auto de infração, sobre a impugnação e sobre alguns julgados administrativos, o recorrente alega que a fiscalização teria apreciado parcialmente as informações prestadas e passa a discorrer sobre os fatos havidos com destaque para o acordo de investimentos, a prestação de contas e o termo de quitação.

b) Reitera os argumentos de defesa para atacar a decisão recorrida e conclui pedindo reconhecimento da tempestividade do recurso, a reforma integral da decisão atacada, a declaração da inexistência de fato gerador e a insubsistência do Auto de Infração.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro

Intimado em 13/10/2017, o recurso interposto em 08/11/2017 é tempestivo (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 33). Presentes as condições de admissibilidade, tomo conhecimento do recurso voluntário.

Isenção. Segundo a recorrente, estaria configurada a hipótese prevista na alínea "d" do art. 4º do Decreto-Lei nº 1.510, de 1976. Como prova, invoca Certidão da Junta Comercial Bahia (JUCEB) e documentos arquivados na JUCEB, todos já carreados aos autos pela fiscalização em documentos não pagináveis e obtidos em parte junto ao contribuinte e complementados por diligência fiscal junto à empresa. Note-se que, durante o procedimento fiscal, a autuada fora intimada a comprovar com documentação hábil e idônea todo o histórico do custo de aquisição das ações, mas se limitou a invocar a Certidão da JUCEB e os documentos nela arquivados, eis que não teria como apresentar documentação mais farta em razão de incêndio ocorrido no almoxarifado das dependências da Farmácia Santana e de não mais integrar a empresa.

Conforme Quadro dos Subscritores do Capital da Sant'ana SA, Drograria e Farmácias elaborado em 20/04/1970 (Constante de Anexo não Paginável - arquivo: Ano1970a_pag001a010_Estatuto_19700430.pdf), anexo ao Estatuto Social produzido quando da transformação de Ltda para SA, bem como Ata da Assembléia Geral de Transformação (Anexo não Paginável - arquivo: Ano1970b_pag001a013_Ata_19700430.pdf) a sociedade em 1970 contava com os seguintes acionistas com ações subscritas e realizadas: (1) José Lemos de Sant'Ana; (2) Carmen Lorangeira de Sant'Ana; (3) Maria Josefina de Sant'Ana; (4) José Lorangeira de Sant'Ana, (5) Dinéia Ferreira Cruz; (5) Dulcos da Silva Ferreira; (6) Adison da Cunha Queiroz e (7) Maria de Fátima Lorangeira de Sant'Ana. Nas subseqüentes Atas de Assembléia constantes dos autos nos anexos não pagináveis, são especificadas as ações de titularidade dos sócios e as alterações havidas.

Segundo Certidão da Junta Comercial (Anexo não Paginável - arquivos: Certidão Especifica - Santana.pdf e Certidão Especifica Digital - Santana.pdf), foram efetuados os seguintes aumentos de capital:

Número	Data Registro	Ato	Capital
11.222	14/05/1970	ATA GERAL DE TRANSFORMAÇÃO	NCR\$3.000.000,00
26.976	28/06/1973	ATA DE AGE DE 08/03/1973	CR\$10.000.000,00
37.763	11/04/1975	ATA AGE DE 31/03/1975	CR\$ 20.000.000,00
45.431	26/04/1976	ATA REUNIÃO DIRETORIA DE 08/03/1976	CR\$ 14.888.000,00
52.838	01/03/1977	ATA DE AGE DE 02/02/1977	C\$ 17.135.000,00
55.493	27/06/1977	ATA DE AGE DE 31/05/1977	C\$ 24.702.000,00
62.235	09/03/1978	ATA DE AGE E AGO DE 11/02/1978	Cr\$ 30.877.000,00
62.627	12/04/1978	ATA DE AGE DE 31/03/1978	Cr\$ 37.041.000,00
68.219	26/03/1979	ATA DE AGE DE 15/03/1979	Cr\$52.077.000,00
77.272	31/07/1980	ATA AGE DE 26/07/1980	Cr\$78.120.000,00
823.68	08/05/1981	ATA DE AGO E AGE DE 07/03/1981	Cr\$ 127.336.000,00
899.82	01/04/1982	ATA DE AGO E AGE DE 19/03/1982	Cr\$ 305.606.000,00
995.85	22/04/1983	ATA DE AGE E AGO DE 08/04/1983	Cr\$751.790.000,00
109.140	27/03/1984	***	Cr\$ 2.571.120.000,00
101.111	08/05/1984	ATA DE AGE DE 26/04/1984	Cr\$2.706.120.000,00
1.191.12	14/03/1985	ATA DE AGO E AGE DE 08/03/1985	Cr\$ 8.118.360.000
130.665	28/04/1986	ATA DE AGO E AGE DE 08/03/1986	CZ\$26.790.584,00
142.398	23/03/1987	ATA DE AGO E AGE DE 12/03/1987	CZ\$ 44.650.970,00
156.645	12/05/1988	ATA DE AGO E AGE DE 15/04/1988	CZ\$ 200.929.365,00
167.989	06/04/1989	ATA DE AGO E AGE DE 08/03/1989	NCZ\$ 1.808.361,00
182.026	13/03/1990	ATA DE AGO E AGE DE 22/02/1990	NCZ\$ 28.933.776,00
197.849	24/04/1991	ATA DE AGO E AGE DE 28/02/1991	C\$ 327.241.002,00
207.087	05/11/1991	ATA DE AGE DE 05/10/1991	C\$ 346.875.464,00
920.178065	09/04/1992	ATA DE AGO E AGE DE 23/03/1992,	C\$ 2.843.028,00
930257693	18/05/1993	ATA DE AGO E AGE DE 13/03/1993	C\$ 28.655.802, 392,00
940279959	21/06/1994	ATA DE AGO E AGE DE 09/05/1994	CR\$ 1.216.438.810,00
950240800	17/04/1995	ATA DE AGO E AGE DE 17/03/1995	R\$ 5.299.253,00
96031197	15/04/1996	ATA DE AGO E AGE DE 08/03/1996	R\$ 6.868.892,00
96079163	02/05/1997	***	R\$ 7.830.000,00
96126428	07/05/1998	ATA DE AGO E AGE DE 30/03/1998	R\$ 8.190.000,00
96171402	18/02/1999	ATA DE AGE DE 09/02/1999	R\$ 8.478.000,00
96180790	19/04/1999	ATA DE AGO E AGE	R\$ 8.816.749,00
96243914	28/04/2000	ATA DE AGO E AGE DE 24/04/2000	R\$ 9.967.000,00
96431365	14/04/2003	ATA DE AGO E AGE DE 28/03/2003	R\$ 10.816.000,00

96530891	14/04/2004	ATA DE AGO E AGE DE 03/04/2004	R\$ 12.140.000,00
9660145	31/03/2005	ATA DE AGO E AGE DE 23/03/2005	R\$ 14.100.000,00
96677422	12/04/2006	ATA DE AGO E AGE DE 23/03/2006	R\$ 16.300.000,00
96748308	24/04/2007	ATA AGO E AGE DE 03/04/2007	R\$ 20.700.000,00
96825002	14/04/2008	ATA DE AGO E AGE DE 26/03/2008,	R\$ 22.000.000,00
96850670	18/08/2008	ATA DE AGE DE 29/07/2008 - RETIFICA	R\$ 15.391.242,00
96916914	01/06/2009	ATA DE AGO E AGE DE 16/05/2009	R\$ 19.300.000,00
97007374	02/06/2010	ATA DE AGOE E AGE DE 30/04/2010	R\$ 22.000.000,00
97102402	08/06/2011	ATA DE AGE	R\$ 40.000.000,00
97245933	10/12/2012	ATA DE AGE DE 17/09/2012	R\$ 49.698.085,18
97267610	06/03/2013	ATA DE AGE DE 28/10/2012	R\$ 60.879.897,93
97274595	05/04/2013	ATA DE AGE DE 30/11/2012	R\$ 464.958.584,77
97278491	16/04/2013	ATA DE AGE DE 30/12/2012	R\$ 474.458.598,56
97295219	18/06/2013	ATA DE AGO E AGE DE 30/04/2013	R\$ 500.528.598,56
97319943	16/09/2013	***	R\$ 503.528.598,56
97322216	23/09/2013	ATA DE AGE DE 30/06/2013	R\$ 523.248.598,56
97334199	06/11/2013	ATA DE AGE DE 30/09/2013	R\$ 523.498.598,56
97366936	19/03/2014	ATA AGE DE 30/12/2013	R\$ 554.695.598,56
97390660	03/07/2014	ATA DE AGE DE 30/04/2014	R\$ 595.702.598,56

A leitura dessas Atas (em Anexo não Paginável) revela que era rotineiro o aumento de capital mediante incorporação de reservas e/ou lucros. Houve também o emprego de recursos próprios.

Diante desse conjunto probatório, três pontos merecem destaque. Primeiro, a Ata de Assembléia Geral Cumulativa (Ordinária e Extraordinária) realizada em 8 de abril de 1983 e a Ata de Assembléia Geral Cumulativa (Ordinária e Extraordinária) realizada em 8 de abril de 1984, revelam que em 31/12/1983 o contribuinte possuía 455.488 ações. Segundo, por força da Assembléia Geral Cumulativa (Ordinária e Extraordinária) realizada em 8 de abril de 1989 cada grupo de mil ações tornou-se uma ação. Terceiro, em 2008 a empresa sofreu cisão e foram canceladas 5.308.758, conforme Ata de Assembléia Geral Extraordinária realizada em 29/07/2008 (RETI-RATIFICAÇÃO) e Laudo Anexo.

Assim, diante da documentação constante dos autos (Certidão JUCEB e Atas de Assembléia), documentação obtida junto à contribuinte e junto à empresa, bem como a informação da contribuinte de que outros elementos probatórios teriam sido consumidos no incêndio, a cisão operada em 2008 significou que a recorrente teve sua participação acionária reduzida de 6.855.487 para 5.097.317, por ter tido 1.758.170 ações canceladas pela cisão (confrontou-se o numero de ações especificadas como do autuado em Atas de Assembléia anterior e posterior à cisão). Além disso, considerando-se a divisão por mil efetuada em 1989, o autuado possuía apenas 455 ações em 31/12/1983.

Nesse ponto, destaco que em face do Ato Declaratório PGFN nº 12, de 2018, acolho o entendimento de haver isenção do imposto de renda no ganho de capital decorrente da alienação de participações societárias adquiridas pelo autuado 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 1988, não sendo a referida isenção, contudo, aplicável às ações bonificadas adquiridas após 31/12/1983, incluindo-se no conceito de bonificações as participações no capital social oriundas de incorporações de reservas e/ou lucros.

Tendo-se em mente ainda que o art. 16 da IN SRF nº 84, de 2001, adota o critério da média ponderada e retomando que a cisão significou um cancelamento de parte das ações em poder do contribuinte, temos que 117 ações das 455 ações a gozar de isenção foram canceladas na cisão parcial. Mantém-se, destarte, a mesma proporção de 1.758.170 ações canceladas para um total de 6.855.487 ações possuídas antes da cisão parcial.

Logo, no caso concreto, da totalidade de ações havidas em 2012, tão somente 338 ações não se sujeitam à apuração de ganho de capital por força da referida isenção.

Custo de aquisição. Segundo o recurso, deveria ter sido observado o art. 126, II, do RIR e avaliação por empresa especializada demonstraria que o valor de mercado seria superior ao negociado. Contudo, como bem destacou o Acórdão de piso, a avaliação a "valores de mercado" foi permitida para a data de 31 de dezembro de 1991, sendo a partir daí aplicada a atualização conforme tabela específica e, a partir de 1º de janeiro de 1996, o custo dos bens e direitos, uma vez registrados na DIRPF, deve permanecer inalterado, sem correções e/ou atualizações. Além disso, intimado e reintimado a comprovar os valores informados em DIRPF, a contribuinte não apresentou documentação tendente a demonstrá-lo. Logo, não há como acolher as alegações da recorrente.

Venda. A recorrente reconhece que vendeu ações, mas, no seu entender, parte do preço estaria sob condição suspensiva, resultando em saldo a receber, em quatro anos, caso não se verificassem dívidas e contingências de responsabilidade dos vendedores. Logo, todo o custo foi abatido da parte certa do preço recebido à vista e a parte final, caso fosse recebida, seria integralmente considerada como ganho de capital. Assim, seria respeitado o princípio da capacidade contributiva. A autoridade lançadora considerou que o preço do contrato como certo e definido, podendo ser reduzido na hipótese de se constatar, dentro de quatro anos, a exigibilidade do dever de indenizar veiculado nas cláusulas VIII e IX do Acordo de Investimento. A seguir, transcrevo:

Acordo de Investimento (...)

2.2 Preço de Aquisição. Sujeito aos termos e condições aqui previstos, em contrapartida à aquisição da totalidade das Ações Adquiridas, o Comprador pagará aos Vendedores e à Carmen o valor de R\$ 347.034.482,76 (trezentos e quarenta e sete milhões, trinta e quatro mil, quatrocentos e oitenta e dois reais e setenta e seis centavos) ("Preço de Aquisição") na forma da Cláusula 2.3 abaixo.

2.3 Pagamento do Preço de Aquisição das Ações. O Comprador pagará o Preço de Aquisição da seguinte forma:

*a. O valor de R\$ 243.828.076,02 (duzentos e quarenta e três milhões, oitocentos e vinte e oito mil, setenta e seis reais e dois centavos) ("Preço à Vista") será pago nesta data pelo Comprador aos Vendedores, mediante transferência de fundos imediatamente disponíveis, por meio de **transferência eletrônica disponível - TED**, observada a proporção constante do Anexo 2.3(a)(T), e para as contas correntes dos Vendedores indicadas no Anexo 2.3(a)(2).*

b. O valor de R\$ 3.206.406,74 (três milhões, duzentos e seis mil, quatrocentos e seis reais e setenta e quatro centavos) ("Preço à

Vista Carmen") será pago nesta data pelo Comprador à Carmen, mediante transferência de fundos imediatamente disponíveis, por meio de transferência eletrônica disponível - TED. Carmen por este ato instrui o Comprador a efetuar o pagamento do Preço à Vista Carmen na conta corrente de titularidade de José Laranjeira constante no Anexo 2.3(b).

*e. **O saldo remanescente do Preço de Aquisição, descontado o valor mencionado nos itens (a) e (b) desta Cláusula 2.3, no valor total de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) ("Valor Retido") será retido pelo Comprador para garantir as obrigações dos Vendedores previstos nas Cláusulas VII e IX deste Contrato. A efetiva liberação do Valor Retido aos Vendedores será realizada na proporção prevista no Anexo 2.3(a)(l), observados os descontos e procedimentos previstos nas Cláusulas 2.4 e 2.5 abaixo.***

*2-4 Procedimento de liberação do Valor Retido. O Comprador reterá do Valor Retido os valores necessários para cumprir com o disposto nas **Cláusulas VIII (Indenização) e IX (Obrigações Adicionais)** abaixo e liberará o Valor Retido na forma e prazo mencionados nas Cláusulas 2.4.1 e seguintes. O Comprador fará jus ao montante da eventual Dedução do Valor Retido - Ebitda. montante este que, após a devida apuração pelo Comprador, nos termos da Cláusula 2.5 abaixo, será imediatamente descontado do Valor Retido. **Os Contratos de Penhor de Ações - Garantias do Comprador, que juntamente com o Valor Retido garante as obrigações dos Vendedores previstos nas Cláusulas VIII e IX deste Contrato possuem, em adição às datas de liberações previstas nas cláusulas abaixo, disposição referente a possível liberação de ações na data do 1º (primeiro) aniversário do presente Contrato.***

*2.4.1 **Os procedimentos de liberações das garantias dadas pelos Vendedores previstas neste Contrato, sejam elas ações ou dinheiro, serão aqueles previstos no Contrato de Penhor de Ações - Garantias do Comprador que estiver vigente. Caso nenhum dos Contratos de Penhor de Ações Garantias do Comprador esteja em vigor, no 30º (trigésimo) dia após o 4º (quarto) aniversário da presente data, o Comprador deverá apresentar aos Vendedores uma notificação ("Notificação do Cálculo do Quarto Ano") contendo (i) o Valor Retido Descontado na Data de Cálculo do Quarto Ano; (ii) o valor total das Perdas constituído pela soma de (a) o valor total das possíveis Perdas notificadas aos Vendedores até o 4º (quarto) aniversário deste Contrato ("Data de Cálculo do Quarto Ano"), indenizáveis pelos Vendedores conforme previsto neste Contrato, corrigido e/ou atualizado pelo índice legal aplicável para as respectivas demandas ("Perdas Notificadas na Data de Cálculo do Quarto Ano"), e (b) o valor total das eventuais contingências não materializadas da Companhia informado na coluna "2016" do relatório de auditoria da Companhia a ser elaborado pelo auditor Deloitte Touche Tohmatsu tão logo possível após a presente data ("Contingências; na Pala de Cálculo do Quarto Ano" e, em conjunto com as Perdas Notificadas na Data de***

Cálculo do Quarto Ano. as "Possíveis Perdas na Paia de Cálculo do Quarto Ano"): e iii) o calculo previsto na Cláusula 2.4.2 abaixo.

2.4.1.1 Para fins de cálculo deste Contrato. "Valor Retido Descontado" significa o resultado de RS 100.000.000.00 (cem milhões de reais) menos (i) o Montante de Dedução do Valor Retido - Ebitda, calculado conforme previsto na Cláusula 2.5 abaixo, e (ii) as Perdas devidas e não pagas pelos Vendedores nos termos deste Contrato.

2.4.2 O Credor se obriga a. 60 (sessenta) dias após a Data de Cálculo do Quarto Ano ("Data de Liberação do Quarto Ano"), liberar do Valor Retido Descontado na Data de Cálculo do Quarto Ano o valor resultante da fórmula a seguir, desde que tal resultado seja positivo:

$$VLQ = VRD - 130\% \times PPQ$$

Onde:

VLQ = Valor a ser liberado na Data de Liberação do Quarto Ano; VRD = Valor Retido Descontado na Data de Cálculo do Quarto Ano; PPQ = Possíveis Perdas na Data de Cálculo do Quarto Ano.

2.4.3 No 30º (trigésimo) dia após o 6º (sexto) aniversário do presente Contrato e anualmente a partir de tal data até o 15º (décimo quinto) aniversário do presente Contrato, o Comprador deverá apresentar aos Vendedores uma notificação ("Notificação do Cálculo na Data de Cálculo") comendo (i) o Valor Retido Descontado na respectiva data de aniversário deste Contrato ("Data de Cálculo"); (ii) o valor total das possíveis Perdas notificadas aos Vendedores até a respectiva Data de Cálculo, indenizáveis pelos Vendedores conforme previsto neste Contrato, corrigido e/ou atualizado pelo índice legal aplicável para as respectivas demandas ("Todas Notificadas na Data de Cálculo"); e (iii) o cálculo previsto na Cláusula 2.4.4 abaixo.*

2.4.4 O Credor se obriga a. 60 (sessenta) dias após cada Data de Cálculo ("Datas de Liberação" e cada uma "Data de Liberação"), liberar do Valor Retido Descontado na respectiva Data de Cálculo o valor resultante da fórmula a seguir, desde que tal resultado seja positivo:

$$VL = VRD - 130\% \times PjN$$

Onde:

VL = Valor a ser liberado na Data de Liberação;

VRD = Valor Retido Descontado :ia respectiva Data de Cálculo, deduzidas eventuais liberações anteriores feitas aos Vencedores:

PN = Perdas Notificadas na Data de Cálculo.

2.4.5 *A manutenção de valores como parte do Valor Retido Descontado após a Data de Liberação do Quarto Ano ou as Datas de Liberação, conforme o caso. e a utilização destes valores para fins de indenização pelos Vendedores das Partes Indenizáveis da BRPH por Perdas do Comprador será condicionada à notificação dos Vendedores pelo Comprador ou pela respectiva Pane Indenizável da BRPR até a Data de Liberação do Quarto Ano ou a respectiva Data de Liberação, conforme o caso. quanto à existência de Perdas indenizáveis pelos Vendedores nos termos das Cláusulas VIII e IX abaixo.*

2.4.6 O Comprador poderá administrar, a seu exclusivo critério, a parcela do Valor Retido Descontado que não tiver sido liberada aos Vendedores nos termos previstos nesta Cláusula 2.4.

2.4.7 *O valor a ser liberado pelo Comprador aos Vendedores na Data de Liberação do Quarto Ano ou na respectiva Data de Liberação, conforme o caso, será pago mediante transferência de fundos imediatamente disponíveis, por meio de transferência eletrônica disponível - TLD. para as contas correntes dos Vendedores indicadas no Anexo 2.3(a)(2) ou em quaisquer outras comas conforme informadas ao Comprador por meio de notificação tom no mínimo 15 (quinze) dias de antecedência da Data de Liberação do Quarto Ano ou da respectiva Data de Liberação, conforme o caso.*

2.4.8 **O Valor Relido Descontado será corrigido pelo IPCA apurado no período entre a presente data e a Data da Liberação do Quarto Ano ou a respectiva Data de Liberação, conforme o caso.**

2.4.9 *O Comprador deverá liberar o saldo remanescente do Valor Retido no 15º (décimo quinto) aniversário deste Contrato, ficando em tal data, liberadas as garantias previstas neste Contrato, permanecendo as obrigações de indenizar dos Vendedores, conforme prevista nas Cláusulas VIII e IX abaixo.*

2.5 *Dedução do Valor Retido - Ebitda. Para fins de cálculo do montante do Valor Retido Descontado a ser liberado na Data de Liberação do Quarto Ano e em cada Data de Liberação, conforme previsto na Cláusula 2.4 acima, serão considerados os montantes de dedução do Valor Retido ("Montante de Dedução do Valor Retido -; Ebitda") calculados da seguinte forma;*

(i) se o valor do Ebitda da Companhia referente ao exercício social encerrado em 31 de dezembro de 2012 for igual ou menor do que o valor do Ebitda Ajustado da Companhia referente ao exercício social encerrado em 31 de dezembro de 2011, o Montante de Dedução do Valor Retido - Ebitda será equivalente a R\$ 35.000.000,00 (trinta e cinco milhões de reais);

(ii) se o valor do Ebitda da Companhia referente ao exercício social encerrado em 31 de dezembro de 2012 for maior a 100% (cem por cento) e menor ou igual a 110% (cento e dez por cento) do valor do Ebitda Ajustado da Companhia referente ao

exercício social encerrado em 31 de dezembro de 2011, o Montante de Dedução do Valor Retido - Ebitda será equivalente a RS 17.500.000.00 (dezesete milhões e quinhentos mil reais); e

(iii) se o valor do Ebitda da Companhia referente ao exercício social encerrado em 31 de dezembro de 2012 for maior do que 110% (cento e dez por cento) do valor do Ebitda Ajustado da Companhia referente ao exercício social encerrado em 31 de dezembro de 2011, o Montante de Dedução do Valor Retido - Ebitda será equivalente a zero.

2.6 O fiel, perfeito, pontual e cabal cumprimento da obrigação do Comprador de pagar o Valor Retido Descontado aos Vendedores até o 4o (quarto) aniversário deste Contrato é garantido pelo penhor de Ações Adquiridas detidas pelo Comprador representativas de 20% (vinte por cento) do capital total e votante da Companhia, conforme contrato de penhor a ser celebrado nesta data, nos termos da minuta constante do Anexo 2.6 deste Contrato ("Contrato de Penhor de Ações Santana - Garantia dos Vendedores", e em conjunto com os Contratos de Penhor de Ações - Garantias do Comprador. "Contratos de Penhor").

2.6.1 Caso, a qualquer momento até o 4o (quatro) aniversário da data do presente Contrato, (i) o Diretor Presidente indicado pelos Vendedores seja destituído pelo Comprador, e (ii) o valor das ações objeto do penhor referido na Cláusula 2.6 acima tenha se reduzido de forma que tal penhor não seja mais capaz de garantir, integralmente, a obrigação de pagamento do Valor Retido Descontado, os Vendedores terão o direito de requerer ao Comprador, em adição ao referido penhor de ações, uma nova garantia real ou bancária, a critério do Comprador, capaz de garantir, em conjunto com o valor garantido pelo referido penhor, integralmente, a obrigação de pagamento do Valor Retido Descontado.

2.7 O Comprador não estará obrigado a adquirir quaisquer das Ações Adquiridas, bem como a dar continuidade às Operações aqui previstas caso, por qualquer razão, os Vendedores não alienem a totalidade das Ações Adquiridas, conforme previsto nesta Cláusula II.

(...)

Cláusula VIII
Indenização

8.1 Obrigação de Indenizar dos Vendedores. Os Vendedores, solidariamente, concordam em indenizar, defender e isentar o Comprador, a Companhia e a BRPH, e/ou suas respectivas Afiliadas, acionistas, administradores, empregados, representantes ou quaisquer de seus sucessores a qualquer título (o Comprador, juntamente com as pessoas anteriormente referidas. "Partes Indenizáveis da BRPH"). de quaisquer Perdas sofridas ou incorridas, por qualquer uma das Partes Indenizáveis da BRPH- em virtude:

(i) **de qualquer** falsidade, omissão, erro, inadequação ou inexatidão de qualquer declaração prestada pelos Vendedores neste Contrato;

(ii) **de qualquer** violação de qualquer um dos Vendedores de suas obrigações e/ou compromissos previstos neste Acordo e/ou nos Documentos da Operação;

(iii) **de quaisquer** atos praticados por, fatos ou omissões relacionados à Companhia e/ou suas Afiliadas, ocorridos ou cujo fato gerador tenha ocorrido até (inclusive) esta data, ainda que (i) tenham sido informados à BRPH ou ao Comprador durante a auditoria ou neste Contrato (incluindo seus Anexos) ou em qualquer Documento da Operação, (ii) estejam provisionados ou não nas Demonstrações Financeiras da Companhia, ou (iii) sejam conhecidos, materializados, apurados e/ou reconhecidos posteriormente à esta data, sendo certo que, em qualquer caso, as declarações e garantias prestadas neste Contrato não limitam a obrigação de indenização aqui prevista;

(iv) **do Incêndio do CD**, desde que tais Perdas não sejam cobertas pelo valor da Indenização do Seguro conforme mencionado na Cláusula 9.1; e/ou

(v) da Escritura Preventiva de Litígio e/ou de quaisquer atos (inclusive jurídicos), fatos, omissões, direitos e/ou obrigações a ela relacionados, a qualquer tempo, exceto pelos valores referidos na Cláusula 7.2.30.

8.2 Limitação à indenização dos Vendedores. (A) A obrigação de indenizar dos Vendedores por Perdas previstas na Cláusula 8.1 acima, deverá permanecer válida até o 6º (sexto) aniversário desta data, prorrogando-se pelo prazo do tramite da Disputa caso ela tenha sido iniciada dentro do referido prazo. Para fins de esclarecimento, caso uma possível Perda, incluindo em virtude de Disputa, seja reivindicada ou notificada dentro do prazo previsto nesta Cláusula 8.2, os Vendedores permanecerão, solidariamente, obrigados a indenizar as Partes Indenizáveis da BRPH na forma da Cláusula 8.1 caso a Perda venha ser desembolsada pela respectiva Parte Indenizável! da BRPH, ainda que tal desembolso ocorra após a expiração do prazo aqui referido.

(B) Qualquer indenização a ser paga pelos Vendedores às Partes Indenizáveis da BRPH somente será exigível uma vez que o valor total das Perdas tenha atingido o montante de R\$ 2.100.000,00 (dois milhões e cem mil reais), atualizado, a partir desta data, pela variação positiva do IGP-M ("Basket Vendedores*"), observado que, uma vez atingido o Basket Vendedores, os Vendedores deverão efetuar o pagamento da indenização da totalidade das Perdas (inclusive do montante do Basket Vendedores). Independentemente do Basket Vendedores, no 6º (sexto) aniversário desta data, os Vendedores deverão pagar às Partes Indenizáveis da BRPH os valores relativos às Perdas efetivamente sofridas pelas Partes Indenizáveis da BRPH, que estejam pendentes de pagamento pelos Vendedores

ainda que não tenha sido atingido o montante do Basket Vendedores.

8.3 Obrigação de Indenizar da BRPH. A BRPH concorda em indenizar, defender e isentar os Vendedores, contra quaisquer Perdas sofridas ou incorridas, por qualquer um dos Vendedores em virtude de:

(i) qualquer falsidade, omissão, erro, inadequação ou inexatidão de qualquer declaração prestada pela BRPH neste Contrato; e/ou

(ii) qualquer violação por BRPH de suas obrigações e/ou compromissos aqui previstos.

*8-4 Prazo de Indenização da BRPH. A obrigação de indenizar da BRPH por Perdas previstas na Cláusula 8.3 acima, **deverá permanecer válida até o 6º (sexto) aniversário desta data, prorrogando-se pelo prazo do trâmite da Disputa caso ela tenha sido iniciada dentro do referido prazo.***

8.5 Valor da Indenização; Sobrevivência da Obrigação de Indenizar. Qualquer indenização devida nos termos desta Cláusula VIII deverá ser paga, líquida e livre de quaisquer Tributos, de forma que a Parte Indenizada seja restituída à situação financeira imediatamente anterior à respectiva Perda.

8.5.1 Não obstante qualquer disposição em contrário neste Contrato, as obrigações de indenizar previstas nesta Cláusula VIII vigorarão mesmo que qualquer das Partes tenha ou venha a ter conhecimento, antes desta data, de qualquer descumprimento, violação, omissão ou inexatidão de quaisquer das declarações e garantias aqui prestadas, bem como de quaisquer contingências, passivos, dívidas e/ou outras obrigações.

8.6 Procedimentos Indenizatórios em Caso de Demanda de Terceiros. Para fins desta Cláusula VIII, toda e qualquer Disputa apresentada por terceiro, incluindo Autoridades Governamentais, que possa vir a constituir uma Perda, será doravante denominada uma "Demanda de Terceiro". As Demandas de Terceiro em face da Companhia relativas a processos judiciais e administrativos, elencados nos Anexos 7.2.9(b), 7.2.10 e 7.2.12 deste Contrato considerar-se-ão notificadas nesta data aos Vendedores para pagamento de eventuais Perdas delas decorrentes, devendo sua defesa continuar a ser conduzida, na forma atual, pela Companhia.

8.6.1 Se surgir uma Demanda de Terceiro contra qualquer um dos Vendedores ou contra qualquer uma das Partes indenizáveis da BRPH, incluindo a Companhia, pelo qual os Vendedores ou a BRPH seja responsável (a "Parte Indenizadora?"), total ou parcialmente, por força deste Contrato, qualquer um dos Vendedores e/ou qualquer uma das Partes Indenizáveis da BRPH, conforme o caso (uma "Parte Indenizada"), que tiver ciência, de qualquer forma, da Demanda de Terceiro e/ou

receber qualquer ofício, notificação ou intimação nesse sentido, deverá notificar a Parte Indenizadora a respeito dessa Demanda de Terceiro, para as pessoas e na forma prevista na Cláusula 10.1 deste Contrato ("Notificação de Demanda de Terceiro").

8.6.2 A Notificação de Demanda de Terceiro será enviada antes de transcorrido 1/3 (um terço) do período disponível para a apresentação de defesa ou medida cabível contra a Demanda de Terceiro ("Defesa").

8.6.3 A Notificação de Demanda de Terceiro conterà, sempre que possível, a estimativa da Parte Indenizada quanto ao valor total da Perda envolvida na Demanda de Terceiro nos termos desta Cláusula 8.6. incluindo multas, juros, honorários e outros encargos incidentes necessários à recomposição da Parte Indenizada.

8.6.4 A Parte Indenizadora terá o direito de assumir a Defesa da Demanda de Terceiro, por meio de advogados da sua escolha ou por meio de qualquer outra Pessoa por ela indicada, desde que informe, por escrito, à Parte Indenizada, na forma da Cláusula 10.1, antes do transcurso de metade do prazo legal para a apresentação da Defesa. A falta de uma notificação por escrito da Parte Indenizadora, nos termos e prazos estabelecidos nesta Cláusula 8.6.4 será considerada como uma declaração de renúncia de seu direito de assumir a Defesa,

8.6.5 Se a Defesa for assumida pela Parte Indenizadora:

(i) a Parte Indenizadora poderá celebrar acordos ou pagar qualquer quantia referente a essa Demanda de Terceiro independentemente de consentimento prévio, por escrito, da Parte indenizada, desde que tal acordo seja relacionado apenas à reparação financeira e não implique reconhecimento de culpa, ou afete negativamente a reputação da Parte Indenizada;

(ii) a Parte Indenizada se obriga a fornecer tempestivamente todas e quaisquer informações, e documentos relevantes e razoavelmente solicitados pela Parte Indenizadora. e que estejam ao alcance da Parte Indenizada, inclusive a outorga do instrumento de mandato necessários para a elaboração da Defesa; e

(iii) será assegurado o direito da Parte Indenizada de acompanhar o trâmite da Demanda de Terceiro e da respectiva Defesa, podendo a Parte Indenizada nomear procuradores para acompanhar o trabalho a ser conduzido pela Parte Indenizadora, arcando a Parte Indenizada com todos os custos de tal acompanhamento.

8=6.6 Caso a Parte Indenizada não cumpra a obrigação estabelecida nas Cláusulas 8.6.2 ou 8.6.5(ii), a Parte Indenizada perderá o direito de ser indenizada pela respectiva Perda nos termos desta Cláusula VIII, apenas e tão somente no caso de tal falha resultar na perda de prazo processual para apresentação da Defesa ou prejudicar de forma relevante a Defesa.

8.6.7 Se a Demanda de Terceiro referir-se a períodos, eventos ou omissões tanto anteriores como posteriores à esta data, a Defesa somente poderá ser assumida pela Parte Indenizadora se a maior parcela da obrigação objeto da Demanda de Terceiro for de sua responsabilidade, observado o previsto nas Cláusulas 8.6.4 e 8.6.5 acima. Caso contrário, a Defesa será conduzida pela Parte Indenizada.

8.6.8 Ressalvado o disposto na Cláusula 8.6.5 (iii) acima, independentemente de quem conduzirá a Defesa, serão de responsabilidade da Parte Indenizadora (e considerado uma Perda indenizável nos termos desta Cláusula VIII) todos os custos e despesas associadas à Defesa de qualquer Demanda de Terceiro que possa gerar uma Perda pela qual seja responsável, incluindo, contadores e peritos, taxas administrativas e/ou judiciais e depósitos judiciais e administrativos exigidos ou necessários para permitir que a Defesa seja apresentada e devidamente conduzida, exceto por (i) honorários razoáveis de advogados e respectivas despesas razoáveis, e (ii) despesas processuais gerais (não incluídos depósitos judiciais) até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, que serão de responsabilidade da Companhia nos casos em que a Companhia figurar no pólo passivo ou ativo das respectivas Demandas de Terceiro.

8.6.9 À Parte Indenizadora deverá envidar seus melhores esforços para manter a Parte Indenizada, a todo e qualquer tempo, livre de quaisquer restrições e/ou ônus eventualmente impostos por uma Demanda de Terceiro, incluindo com relação à obtenção de certidões fiscais e/ou previdenciárias pela Parte Indenizada. Caso, em virtude de uma Demanda de Terceiro, a Parte Indenizada seja impossibilitada de obter uma ou mais certidões fiscais e/ou previdenciárias a Parte Indenizadora deverá, imediatamente, tomar todas e quaisquer providências que estejam em seu poder, incluindo a propositura das ações judiciais cabíveis e/ou garantia completa do crédito fiscal de forma a possibilitar a obtenção de tais certidões pela Parte Indenizada. Na hipótese de a Parte Indenizadora utilizar recursos próprios para garantir a Demanda de Terceiro, tal valor, caso liberado, será integralmente devolvido para a Parte Indenizadora. corrigido nos mesmos termos do respectivo depósito judicial. Na hipótese de a Parte Indenizadora utilizar recursos próprios para garantir a Demanda de Terceiro, tal valor, caso liberado, será integralmente devolvido para a Parte Indenizadora corrigido nos mesmos termos do respectivo depósito judicial.

8.7 Procedimento para Indenização de Demanda Direta. No caso de Perdas sofridas ou incorridas de uma Parte Indenizada e que sejam de responsabilidade da Parte indenizadora, na forma do disposto nesta Cláusula VIII, por qualquer razão que não constitua uma Demanda de Terceiro ("Demanda Direta"), a Parte Indenizada deverá enviar uma notificação à Parte Indenizadora a respeito de tal Perda sofrida ou incorrida com,

sempre que possível, uma estimativa do valor a ser indenizado ("Notificação de Demanda Direta").

8.8 A Parte Indenizadora, no prazo de 30 (trinta) dias contados do recebimento da Notificação de Demanda Direta, entregará notificação escrita à Parte Indenizada, informando se concorda ou não em ser responsável pela indenização pleiteada ou se concorda ou não com o valor da Perda indenizável apresentado na Notificação de Demanda Direta.

8.8.1 Caso a Parte Indenizadora concorde ser responsável pelo pagamento da Perda em questão e concorde com o valor apresentado na Notificação de Demanda Direta, ou não se manifeste no prazo acima previsto, a Notificação de Demanda Direta passará a ser considerada como uma notificação de Perda para os fins deste Contrato, e a Parte Indenizadora deverá pagar à Parte Indenizada a indenização pleiteada,

8.8.2 Caso a Parte Indenizadora manifeste não ser responsável pela indenização pleiteada ou não concorde com o valor da Perda apresentado na Notificação de Demanda Direta, a Parte Indenizada poderá submeter a questão ao procedimento arbitral estabelecido na Cláusula 10.10 abaixo.

*8-9 Garantia. **O fiel, perfeito, pontual e cabal cumprimento das obrigações de indenizar assumidas pelos Vendedores nesta Cláusula VIII, bem como na Cláusula IX abaixo, é garantido pelo Valor Retido (ou Valor Retido Descontado) e pelos penhores (i) da totalidade das ações de emissão da Companhia detidas pelos Vendedores até a Data das Incorporações, representativas de 30% (trinta por cento) do capital social total e votante da Companhia, conforme previsto neste Contrato e no contrato de penhor a ser celebrado, nesta data, nos termos da minuta constante do Anexo 8.9(i) deste Contrato, pelos Vendedores, na qualidade de Empenhantes e pelo Comprador, na qualidade de Credor ("Contrato de Penhor de Ações Sant'ana - Garantia do Comprador")**, e (ii) das Novas Ações BRPH, a partir da Data das Incorporações, conforme previsto neste Contrato e no contrato de penhor a ser celebrado, nesta data, nos termos da minuta constante do Anexo 8.9(ii) deste Contrato, pelos Vendedores, na qualidade de Empenhantes e pelo Comprador, na qualidade de Credor ("Contrato de Penhor de Ações BRPH") e, em conjunto com o Contrato de Penhor de Ações Sant'ana - Garantia do Comprador, os "Contratos de Penhor de Ações - Garantias do Comprador) (os itens (i) e (ii) acima referidos como "Ações Empenhadas dos Vendedores").*

CLÁUSULA IX OBRIGAÇÕES ADICIONAIS

9.1 Pagamento do Seguro do Imóvel. As Partes reconhecem e concordam que a indenização de seguro do imóvel localizado na Av. Luiz Viana Filho, nº 2570, Paralela, Salvador, Bahia conforme apólice de seguro nº 1201800075735 contratada com a Caixa Seguradora S.A. ("Seguradora do Imóvel" e "Indenização do Seguro") deverá ser paga pela Seguradora do Imóvel diretamente para a Companhia. Os Vendedores deverão

adotar as medidas necessárias para que o pagamento da Indenização do Seguro seja realizado pela Seguradora do Imóvel para a Companhia dentro do menor prazo possível. As Partes reconhecem e concordam, ainda, que parte da Indenização do Seguro deverá ser utilizada, exclusivamente, para a reconstrução do CD, sendo que qualquer benfeitoria realizada pelo Comprador ou pela Companhia deverá ser incorporada ao CD, sem que qualquer direito de retenção seja cabível ao Comprador ou à Companhia a tal título.

9.2 Não-Concorrência. Os Vendedores, a partir da presente data, se obrigam por si, bem como por seus cônjuges, parentes até o segundo grau e pelas sociedades ou pessoas que sejam, direta ou indiretamente, suas controladoras, controladas, coligadas e/ou afiliadas, para todos os fins e efeitos de direito, a se abster de, direta ou indiretamente, incluindo por meio de Controladas, fazer concorrência à BRPH, ao Comprador, à Companhia e/ou às suas respectivas Afiliadas nos municípios em que a BRPH, o Comprador, a Companhia e/ou as suas respectivas Afiliadas conduzem suas atividades, por meio de (a) participação na qualidade de sócio, acionista, quotista, administrador e/ou empregado de qualquer sociedade, consórcio ou qualquer outro tipo de associação que se dedique à atividade distribuição e varejo farmacêutico, ressalvadas as participações acionárias em companhias abertas, adquiridas em bolsa de valores, de até 10% (dez por cento) do capital social total e não integrantes de grupo de controle das respectivas companhias ("Negócio Concorrente"); (b) prestação de serviços de consultoria ou assessoria com relação ao Negócio Concorrente a qualquer terceiro; e/ou (c) uso de quaisquer dados, know-how técnico, desenvolvimento técnico, científico, de comercialização ou de produto, tecnologias ou sistemas e políticas de comercialização e distribuição relacionadas ao Negócio Concorrente ("Compromisso de Não-Concorrência").

9.2.1 As obrigações dos Vendedores previstas na Cláusula 9.2 acima permanecerão válidas e eficazes pelo prazo de 5 (cinco) anos a contar da data que deixarem de ser acionistas da BRPH ou executivos da Companhia e/ou de suas Afiliadas, dos dois o mais longo.

9.3 Contratos de Aluguel. Adicionalmente ao previsto na Cláusula VIII, exceto no caso de o Comprador concordar com o fechamento de qualquer um dos pontos em que operam as lojas da Companhia, os Vendedores se comprometem a indenizar o Comprador, nos termos da Cláusula VIII acima, por qualquer Perda, incluindo de resultado financeiro, que o Comprador venha a sofrer, dentro do período de 5 (cinco) anos a contar desta data, em decorrência de (i) impossibilidade e/ou limitação da locação de qualquer um dos pontos em que operam as lojas da Companhia nesta data; (ii) invalidação, anulação ou nulidade dos atos ou negócios jurídicos mediante os quais tais imóveis foram constituídos e/ou transferidos para a titularidade da Companhia; (iii) da falta de registro e/ou averbação de contratos de locação perante os registros de imóveis

competentes; e/ou (iv) da existência de prazo contratual da locação inferior a 5 (cinco) anos. A indenização prevista nesta Cláusula 9.3 não será aplicável para as lojas que forem fechadas (i) em razão de determinação de Autoridade Governamental; e (ii) na ocorrência de caso fortuito ou força maior.

93.1 Para o cálculo do valor a ser indenizado no caso previsto no presente item, será considerada a seguinte fórmula:

$VI = [EL / ET] \times [VE] \times (60 - NM) / 60$ Onde:

VI = valor a ser indenizado EL = EBITDA da loja do último mês
ET = EBITDA total do último mês VE = R\$ 500.000.000,00

NM = Número de meses transcorridos desde esta data

9.4 Submissão do Contrato às Autoridades da Concorrência. A BRPH, com o auxílio dos Vendedores, deverá submeter a operação contemplada neste Contrato à aprovação do SBDC, conforme exigido pela legislação aplicável. A BRPH deverá coordenar o acompanhamento do respectivo ato de concentração perante o SBDC e os Vendedores deverão cooperar integralmente com a BRPH em todo o processo, incluindo o fornecimento, nos prazos razoavelmente solicitados (ou em qualquer prazo, desde que assim solicitado por quaisquer dos órgãos do SBDC), de todos e quaisquer documentos e informações relacionadas à Companhia e a seu setor de atuação que sejam de conhecimento dos Vendedores. Os Vendedores se comprometem a disponibilizar, em tempo hábil, todas as informações a que tenham acesso, que possam ser solicitadas pela BRPH ou por qualquer dos órgãos do SBDC. As Partes concordam em envidar esforços para cumprir eventuais exigências ou condicionantes impostas pelos órgãos do SBDC para a aprovação dos negócios jurídicos aqui previstos.

9.5 Lock-up. As Novas Ações BRPH não poderão ser negociadas ou de qualquer forma Transferidas pelos Vendedores pelo prazo de 3 (três) anos contados da Data das Incorporações ("Período de Lock-Up").

A leitura desses dispositivos revela que o preço foi expressamente estipulado pelos contratantes na cláusula 2.2. A cláusula 2.3 só estabelece a forma de pagamento (detalhada nas cláusulas 2.4 e 2.5), como ressalta expressamente a parte final da cláusula 2.2. Logo, resta caracterizada a disponibilidade jurídica (Constituição, art. 153, III e §2º; CTN, art. 43; e Lei nº 7.713, de 1988, art. 3º, §4º) e não há qualquer impossibilidade de se quantificar o preço de imediato. Pelo contrário, o preço é certo e no importe de R\$ 347.034.482,76. O Acordo de Investimento não qualifica esse valor como um mero limite, mas como o preço de aquisição. Apenas o pagamento de parte do preço (dívida de R\$ 100 milhões), a ser acrescido do IPCA, foi diferido para momento posterior, ocasião em que, implementadas as condições detalhadas, já se autoriza a compensação com as dívidas decorrentes do dever de indenizar (Cláusula VIII) ou do descumprimento de obrigações assumidas (Cláusula IX). Note-se que

tais deveres não se esgotam quando do pagamento da parte diferida do preço. Na situação em tela, não há *escrow account*, cuja definição dada pelo Banco Central do Brasil transcrevo²:

ESCROW ACCOUNT- conta especial instituída pelas partes junto a uma terceira entidade, sob contrato, destinada a acolher depósitos, a serem feitos pelo devedor e ali mantidos em custódia, para liberação após o cumprimento de requisitos especificados.

A fiscalização corretamente considera que o negócio jurídico não seria condicional em razão de a compra e venda não dever ser desfeita caso os valores dados em garantia restassem totalmente comprometidos pelas dívidas advindas das obrigações assumidas nas cláusulas VIII e IX. Havia condição que, uma vez implementada, ensejaria a satisfação (quitação) do preço devido (diferido) em razão de compensação com dívida assumida pela autuada, o que não descaracterizaria a ocorrência do fato gerador e nem a configuração da venda como sendo a prazo. Além disso, note-se que a fiscalização destacou que se apurou no lançamento tão somente o imposto em relação aos valores efetivamente pagos à vista no ano-calendário de 2012, observado o percentual de diferimento (Lei nº 7.713, de 1988, art 21; e IN SRF nº 84, de 2001, art. 31) e que, ao tempo da fiscalização, os valores retidos a serem liberados ainda estavam em discussão entre o contribuinte e a BrPharma.

Conforme atestam impugnação e recurso, ao invés de fazerem valer o Acordo de Investimento acerca do pagamento diferido dos R\$ 100 milhões, as partes visando evitar demanda judicial e demora na finalização do acordo, bem com demora na liberação da penhora das ações, optaram por celebrar novo acordo, dando quitação geral e plena do Acordo de Investimento. Assim, segundo o Termo de Quitação ao Acordo de Investimento e Liberação de Garantias, deu-se quitação do negócio e liberação das garantias mediante o pagamento de R\$ 26.000.000,00 dos R\$ 100.000.000,00 diferidos (fls. 280/289).

A redução do preço em razão da transação em questão não afeta o crédito tributário lançado, eis que não tem o condão de afastar a ocorrência do fato gerador e nem os efeitos jurídicos dele decorrentes (CTN, arts. 116 e 117; Portaria MF nº 227, de 1980, item 6). Pela mesma razão, não o teria o implemento das condições autorizadoras da compensação entre a dívida de R\$ 100 milhões e as dívidas decorrentes das cláusulas VIII e IX.

Incorporação de Ações. Segundo a recorrente, a incorporação de ações, mera reestruturação societária, não geraria aumento de capital, o patrimônio seria simplesmente incorporado a outra empresa mediante permuta em equivalência econômica (mera troca de um bem pelo outro no patrimônio, sem gerar disponibilidade econômica ou jurídica de renda), devendo ser considerado apenas o valor contábil do custo de aquisição, havendo eventual ganho de capital apenas na venda das ações, o que não teria ocorrido no caso concreto, sob pena de violação do princípio da capacidade contributiva. Além disso, as ações não estariam disponíveis quando da incorporação em razão de penhora e lock up, a afastar o conceito de disponibilidade econômica ou jurídica de renda - disponíveis apenas com a celebração do Termo de Quitação em 27 de dezembro de 2016. Por fim, alega ainda que, segundo o art. 123, § 3º, do RIR, não limitado aos imóveis, o preço de alienação na permuta seria apenas a torna.

² http://www.bcb.gov.br/htms/infecon/dividarevisada/apends_gloss_bibliografia.pdf

No caso, o recorrente adquiriu a participação societária na incorporadora mediante entrega das ações da incorporada. Em outras palavras, saíram de seu patrimônio jurídico as ações da incorporada e ingressaram as novas ações emitidas pela incorporadora.

Embora denominado de "incorporação de ações", o evento societário em questão representa uma transferência de domínio de um bem para outra pessoa, tendo em vista os efeitos patrimoniais para o sócio, o qual, ao adquirir participação societária atual, entrega ações anteriormente possuídas integrantes de seu patrimônio. A situação guarda identidade com a integralização de capital mediante entrega de bens:

Lei 9.249, de 1995

Art. 23. As pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos pelo valor constante da respectiva declaração de bens ou pelo valor de mercado.

§ 1º Se a entrega for feita pelo valor constante da declaração de bens, as pessoas físicas deverão lançar nesta declaração as ações ou quotas subscritas pelo mesmo valor dos bens ou direitos transferidos, não se aplicando o disposto no art. 60 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e no art. 20, II, do Decreto-Lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983.

§ 2º Se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital.

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

Lei 6.404, de 1976

Art. 252. A incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira, para convertê-la em subsidiária integral, será submetida à deliberação da assembleia-geral das duas companhias mediante protocolo e justificação, nos termos dos artigos 224 e 225.

§ 1º A assembleia-geral da companhia incorporadora, se aprovar a operação, deverá autorizar o aumento do capital, a ser realizado com as ações a serem incorporadas e nomear os peritos que as avaliarão; os acionistas não terão direito de preferência para subscrever o aumento de capital, mas os dissidentes poderão retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

§ 2º A assembleia-geral da companhia cujas ações houverem de ser incorporadas somente poderá aprovar a operação pelo voto de metade, no mínimo, das ações com direito a voto, e se a aprovar, autorizará a diretoria a subscrever o aumento do capital da incorporadora, por conta dos seus acionistas; os dissidentes da deliberação terão direito de retirar-se da

companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

§ 3º Aprovado o laudo de avaliação pela assembleia-geral da incorporadora, efetivar-se-á a incorporação e os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhes couberem.

Sendo assim, a incorporação de ações é uma forma de alienação em sentido amplo e a diferença a maior a favor do valor econômico em contraposição ao custo de aquisição da participação na empresa cujas ações estão sendo incorporadas por outra constitui-se em ganho de capital. As operações que importem alienação de bens estão sujeitas à apuração de ganho de capital:

Lei 7.713, de 1988

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

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

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

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

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

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

Constituição

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: (...)

III - renda e proventos de qualquer natureza; (...)

§ 2º O imposto previsto no inciso III:

I - será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei;

Código Tributário Nacional

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

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

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

Lei 7.713, de 1988

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

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

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

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

Art. 55. São também tributáveis (Lei nº 4.506, de 1964, art. 26, Lei nº 7.713, de 1988, art. 3º, § 4º, e Lei nº 9.430, de 1996, arts. 24, § 2º, inciso IV, e 70, § 3º, inciso I):

(...) IV - os rendimentos recebidos na forma de bens ou direitos, avaliados em dinheiro, pelo valor que tiverem na data da percepção;

(...) XIII - as quantias correspondentes ao acréscimo patrimonial da pessoa física, apurado mensalmente, quando esse acréscimo não for justificado pelos rendimentos tributáveis, não tributáveis,

tributados exclusivamente na fonte ou objeto de tributação definitiva;

A incorporação de ações não tem natureza jurídica de uma sub-rogação real, pois não há uma mera substituição de ações, com equivalência de valores entre os bens substituídos e manutenção de uma mesma natureza jurídica ou idêntico regime jurídico entre os ativos. Em face do art. 252 da Lei nº 6.404, de 1976, também não há uma simples recomposição do patrimônio do acionista da companhia cujas ações foram incorporadas. Pelo mesmo motivo, não há como se considerar haver uma simples troca entre bens de mesmo valor. Ao contrário, como já explicitado, há estipulação de um preço, expresso em moeda. Não se aplica ao caso o art. 123, § 3º, do RIR, pois, independentemente da existência de torna, por força do § 3º do art. 3º da Lei nº 7.713, de 1988, há ganho de capital tributável sempre que existir uma diferença positiva entre o custo de aquisição e o valor dos bens permutados.

Há aquisição de disponibilidade econômica com o recebimento de um valor que acresce efetivamente riqueza ao patrimônio do contribuinte, mesmo que não seja em dinheiro. A convenção particular entre as partes com o fim de limitar a faculdade de disposição do direito de propriedade do acionista, obrigando-o a não aliená-las por um determinado período (lock up), não tem o condão de modificar a definição e o momento de ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, reputando-se perfeito e acabado por ocasião da incorporação das ações.

A celebração do contrato de penhor pelo contribuinte revela que adquiriu a titularidade e a disponibilidade jurídica das ações, pois apenas o proprietário pode dar bens em garantia e para tanto, além do domínio, deve ter a livre disposição da coisa (Lei nº 3.071, de 1916, art. 756; e Lei nº 10.406, de 2002, art. 1.420).

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

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

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

Conclusão. Por todo o exposto, no caso concreto, não se vislumbra ofensa aos princípios da capacidade contributiva, isonomia, do não confisco ou da razoabilidade, bem como não há que se falar em lançamento de imposto sem ocorrência de fato gerador, disponibilidade econômica ou acréscimo patrimonial. Além disso, o presente colegiado é incompetente para afastar a aplicação da legislação sob alegação de ofensa a princípios

Processo nº 10580.728694/2016-99
Acórdão n.º **2401-005.877**

S2-C4T1
Fl. 352

constitucionais (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 26-A; e Súmula CARF nº 2) e a doutrina e jurisprudência invocadas não são vinculantes.

Isso posto, voto por conhecer e dar provimento em parte ao recurso voluntário por se reconhecer que somente 338 ações gozam da isenção do art. 4º, *d*, do Decreto Lei nº 1.510, de 1975.

(assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro - Relator