



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

Processo nº 16327.720550/2013-29
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-006.047 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 6 de março de 2018
Matéria IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE
Recorrente BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Data do fato gerador: 29/08/2008

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL.

Na operação de incorporação de ações, a qual não se confunde com sub-rogação legal ou permuta, a transferência das ações da companhia incorporada para o patrimônio da companhia incorporadora caracteriza alienação, cujo valor, se superior ao custo de aquisição, é tributável, pela diferença a maior, como ganho de capital para os acionistas da companhia cujas ações são incorporadas.

GANHO DE CAPITAL AUFERIDO POR RESIDENTE NO EXTERIOR NA ALIENAÇÃO DE BENS LOCALIZADOS NO BRASIL. RESPONSABILIDADE DO ADQUIRENTE.

O adquirente, pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, fica responsável pela retenção e recolhimento do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital auferido por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior que alienar bens localizados no Brasil.

IRRF. REAJUSTAMENTO DO RENDIMENTO BRUTO. RENDA DE NÃO RESIDENTE. ASSUNÇÃO DO ÔNUS PELA FONTE PAGADORA.

Quando a fonte paga rendimentos a domiciliado no exterior sem o desconto devido pelo beneficiário, deverá recolher o imposto correspondente com a base reajustada, eis que, para todos os efeitos legais, considera-se assumido o ônus do imposto.

EXCLUSÃO DE PENALIDADES E DE JUROS. REQUISITOS.

A exclusão de penalidades e juros com amparo no parágrafo único do art. 100 do CTN requer seja comprovada inobservância das normas complementares das leis, tratados e das convenções internacionais e dos decretos.

JUROS DE MORA E MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE. CTN E LEGISLAÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES STJ.

A incidência de juros de mora sobre a multa de ofício encontra fulcro legal em diversos dispositivos do CTN e da legislação tributária federal, sendo acolhida também nas decisões do STJ a respeito do tema.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, conhecer do recurso e, pelo voto de qualidade, negar-lhe provimento. Vencidos os Conselheiros Mário Pereira de Pinho Filho, Ronnie Soares Anderson e Mauricio Nogueira Righetti que conheceram parcialmente do recurso e os Conselheiros João Victor Ribeiro Aldinucci, Jamed Abdul Nasser Feitoza (Relator), Fernanda Melo Leal (Suplente convocada) e Gregório Rechmann Junior que deram provimento parcial. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Ronnie Soares Anderson. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o Conselheiro João Victor Ribeiro Aldinucci. Ausente a Conselheira Renata Toratti Cassini.

(assinado digitalmente)

Mario Pereira de Pinho Filho - Presidente

(assinado digitalmente)

Jamed Abdul Nasser Feitoza - Relator

(assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson - Redator designado

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Mario Pereira de Pinho Filho (Presidente), Ronnie Soares Anderson, Jamed Abdul Nasser Feitoza, Luis Henrique Dias Lima, Joao Victor Ribeiro Aldinucci, Fernanda Melo Leal (suplente convocada em substituição a conselheira Renata Toratti Cassini), Gregório Rechmann Junior, Mauricio Nogueira Righetti.

Relatório

Desde as peças vestibulares as manifestações apresentadas têm sido detalhadas e com qualidade técnica irretocável. Em razão disso, para relato dos fatos, fundamentos e eventos ocorridos no processo até o momento, adotaremos parte do relatório da decisão recorrida, seguida de resumo das manifestações recursais e contrarrazões da Fazenda Nacional.

O auto de infração (fls. 18.638 a 18.642) foi lavrado tendo por objeto exigência de Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF, acrescido de multa de ofício e juros de mora, relativo a fato gerador ocorrido em 29/08/2008, no valor total de R\$9.657.886.861,64.

Os créditos foram detalhados no IA da seguinte forma:

Crédito Tributário	Enquadramento Legal	Valor em R\$
Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF)	Art. 3º, §3º, da Lei nº 7.713/88; art. 18 da Lei nº 9.249/95; art. 26 da Lei nº 10.833/2003; art. 682, 685 e 725 do RIR/99.	4.363.174.547,84
Juros de Mora (calculados até 06/2013)	Art. 61, §3º da Lei nº 9.430/96	2.022.331.402,92
Multa Proporcional	Art. 44 ,I, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007.	3.272.380.910,88
TOTAL		9.657.886.861,64

No termo de verificação fiscal (fls. 18.643 a 18.707), a fiscalização apresenta os argumentos de fato e de direito sintetizados a seguir.

"1.1. Dos fatos

A fiscalização relata que a autuação se refere ao ganho de capital auferido pela sociedade holandesa Sterrebeeck B.V. ("Sterrebeeck"), em razão da incorporação, pela contribuinte em epígrafe, das ações das sociedades brasileiras (na época detidas pela sociedade holandesa) Banco ABN AMRO Real S.A. ("Banco Real"), CNPJ 33.066.408/0001-15, e ABN AMRO Brasil Dois Participações S.A. ("AAB Dois Par"), CNPJ 05.515.360/0001-40.

Alega que se trata de ganho de capital tributável a teor do disposto no art. 18 da Lei nº 9.249/95, sendo a contribuinte em epígrafe responsável pela obrigação tributária conforme previsto no art. 26 da Lei nº 10.833/2003.

Informa a fiscalização que as incorporações de ações objetos da autuação foram as últimas de uma série de operações

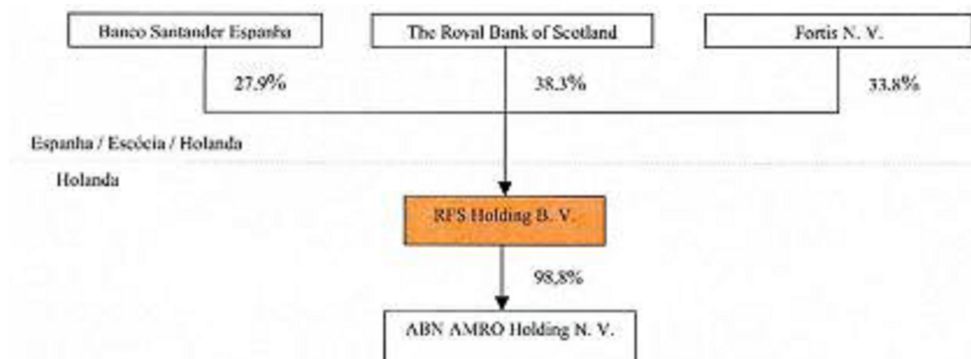
societárias, que podem ser resumidas em três momentos principais, descritos sucintamente a seguir:

a) Aquisição da ABN AMRO Holding N.V. pela RFS Holdings B.V.

A fiscalização informa que Banco Santander S.A., domiciliado na Espanha (“Banco Santander Espanha”), The Royal Bank of Scotland Group plc, domiciliado na Escócia, e Fortis N.V., domiciliado na Holanda, constituíram, na Holanda, a sociedade RFS Holdings B.V., tendo os sócios subscrito e integralizado capital nos seguintes montantes (valores em milhões de Euros):

Banco Santander Espanha	20.615	27,9%
Royal Bank of Scotland	28.271	38,3%
Fortis	24.972	33,8%

Acrescenta que a RFS Holdings B.V. adquiriu em oferta pública 98,8% das ações da ABN AMRO Holding N.V. (“ABN AMRO Holding”), holding do grupo ABN AMRO, tendo sido a oferta liquidada em 01/11/2007.



b) Segregação dos ativos e unidades de negócio da ABN Holding
Informa a fiscalização que, efetuada a aquisição da ABN AMRO Holding, a etapa seguinte consistiu na segregação dos negócios entre os adquirentes, conforme pré-acordado entre os membros do consórcio, cabendo ao Banco Santander Espanha:

- 100% das ações da ABN AMRO Asset Management Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A. (“AAAM DTVM”), CNPJ 10.977.742/0001-25, domiciliada no Brasil;
- 97,62% das ações do Banco ABN AMRO Real S.A. (“Banco Real”), CNPJ 33.066.408/0001-15, domiciliado no Brasil;

- 99,99% das ações da ABN AMRO Brasil Dois Participações S.A. (“AAB Dois Par”), CNPJ 05.515.360/0001-40, domiciliada no Brasil; e

- 45% das ações da ABN AMRO Asset Management Italy SGR S.p.A. (“AAAM Italy”), domiciliada na Itália.

Acrescenta que a transferência das participações acionárias ocorreu em duas etapas.

A primeira etapa consistiu na transferência dessas participações para a sociedade Sterrebeeck, sediada na Holanda e controlada pela ABN AMRO Holding N.V., por intermédio das seguintes operações:

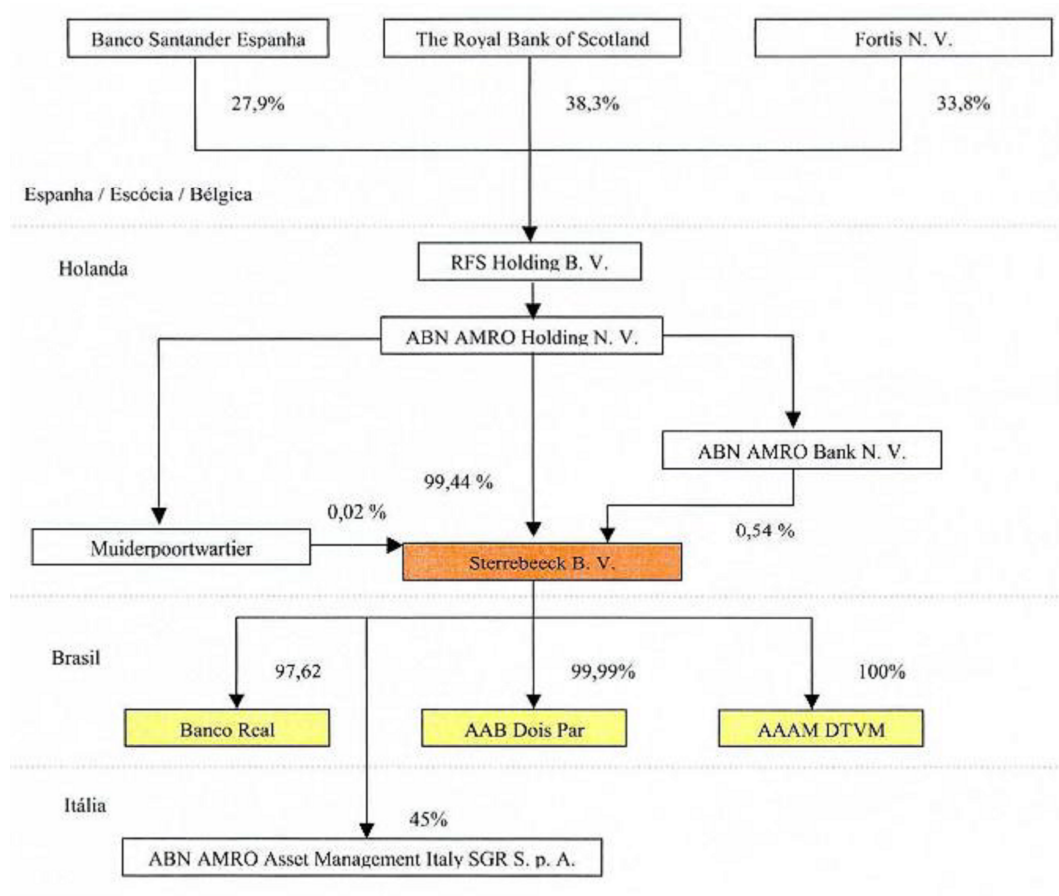
- em 28/03/2008, cisão parcial do ABN AMRO Asset Management Holding N.V., transferindo-se para a Sterrebeeck a totalidade das ações de emissão da AAAM DTVM;

- em 28/04/2008, cisão parcial do ABN AMRO Bank N.V., com versão da parcela cindida à Sterrebeeck, transferindo-se, pelo valor histórico contábil de € .156.623.000,00, as ações do Banco Real, AAB Dois Par e AAAM Italy:

Descrição	Valor (€)
Banco Real	4.639.509.000,00
AAB Dois Par	481.832.000,00
AAAM Italy	35.282.000,00
Total	5.156.623.000,00

Além disso, em 20/05/2008, a Sterrebeeck adquiriu a totalidade das ações da Interbanca S.p.A. (“Interbanca”), situada na Itália, detidas pelo Banco Antonveneta S.p.A.

Ao final dessas etapas, verificava-se a seguinte estrutura societária:

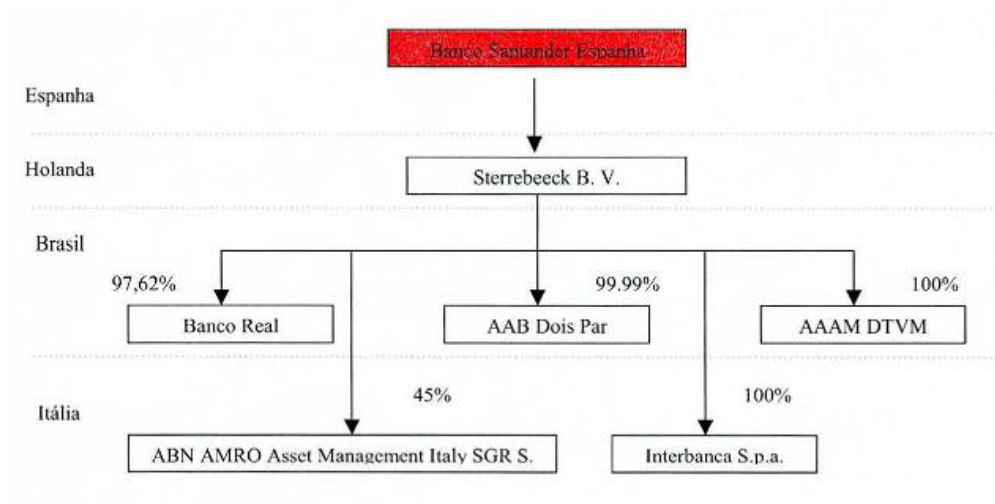


A fiscalização relata que a segunda etapa da transferência das participações acionárias para o Banco Santander Espanha se deu em 24/07/2008, com a venda da totalidade das ações da Sterrebeeck para o Banco Santander Espanha por €15.308.500.000,00.

Acrescenta que esse valor é muito superior ao patrimônio líquido da Sterrebeeck, que era de €5.213.783.406,00, possibilitando ao Banco Santander Espanha:

i) registrar a participação na Sterrebeeck pelo valor de €15.308.500.000,00 e ii) reconhecer o pagamento de uma mais-valia (“fondo de comercio financiero”) pelo ativo adquirido, passível de amortização pela legislação espanhola (benefício fiscal previsto no artigo 12.5 do Real Decreto Legislativo 4/2004).

Assim, houve a efetiva transferência das unidades de negócio do Grupo ABN AMRO para o Banco Santander Espanha.

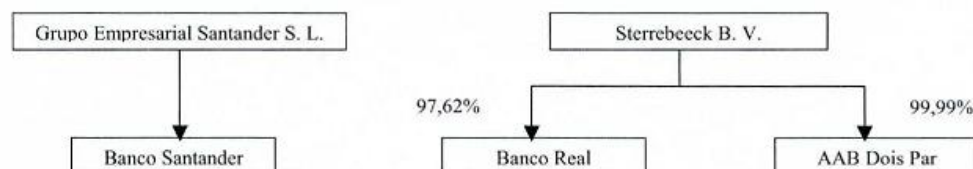


c) Consolidação dos negócios do Banco Santander Espanha no Brasil, mediante a incorporação das ações do Banco Real e do AAB Dois Par ao patrimônio do Banco Santander Brasil

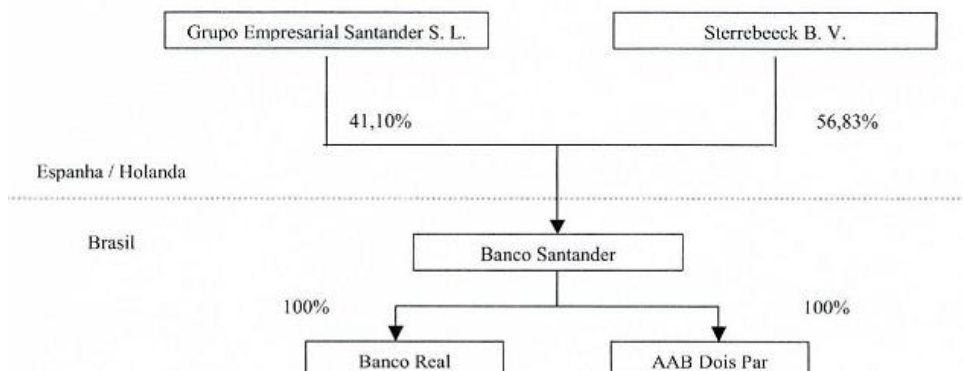
A fiscalização relata que a terceira etapa do processo de aquisição de parcela do grupo ABN AMRO pelo grupo Santander ocorreu com a incorporação das ações

do Banco Real e do AAB Dois Par ao patrimônio do Banco Santander Brasil S.A., operação realizada em 29/08/2008 e objeto da autuação em comento.

SITUAÇÃO ANTERIOR À INCORPORAÇÃO DE AÇÕES



SITUAÇÃO APÓS A INCORPORAÇÃO DE AÇÕES



Relata a fiscalização que as incorporações de ações foram feitas com base nos valores econômicos das companhias, conforme se observa no item 6.1 do “Instrumento Particular de Protocolo e

Justificação da Incorporação de Ações do Banco ABN AMRO Real S.A. e da ABN AMRO Brasil Dois Participações S.A. ao Patrimônio do Banco Santander S.A.” (fls. 15.805 a 15.818):

“6.1. As administrações das Companhias acordaram e decidiram estabelecer as relações de substituição de ações nas Incorporações de Ações com fundamento nas avaliações econômicas das Companhias...”

Informa que os laudos de avaliação econômico-financeira elaborados pela KPMG Corporate Finance Ltda., de acordo com o método de fluxo de caixa descontado a valor presente, fls. 15.921 a 16.038, chegaram aos seguintes valores:

Empresa	Valor Econômico	Mínimo	Máximo
Banco ABN AMRO Real S.A.	38.745.595.000,00	37.189.800.000,00	40.301.389.000,00
AB AMRO Brasil Dois Participações S.A.	1.724.112.000,00	1.701.365.000,00	1.746.858.000,00

Por sua vez, os valores contabilizados na contribuinte fiscalizada (Banco Santander Brasil) depois da incorporação de ações (fls. 16.055 a 16.058) estão demonstrados no quadro abaixo:

Empresa	Valor do PL (R\$)	Ágio (R\$)	Total (R\$)
Banco ABN AMRO Real S.A.	11.196.260.921,55	25.994.267.591,43	40.301.389.000,00
AB AMRO Brasil Dois Participações S.A.	1.408.383.479,54	321.840.919,21	1.730.224.389,75

Assim, conclui a fiscalização que a fiscalizada incorporou as ações do Banco Real por R\$37.190.528.512,98 e as ações do AAB Dois Par por R\$1.730.224.398,75, registrando ágios de R\$25.994.267.591,43 e R\$321.840.919,21, respectivamente.

Acrescenta que, em momento posterior (30/04/2009), a contribuinte autuada incorporou o Banco Real, passando a amortizar o ágio nos termos do art. 386 do RIR/99. Ressalta que não houve pagamento de tributos sobre os respectivos ganhos de capital.

1.2. Da natureza jurídica da incorporação de ações e de seus efeitos tributários

Como relatado anteriormente, a autuação se refere ao imposto de renda incidente sobre o ganho de capital auferido pela sociedade estrangeira Sterrebeeck na incorporação das ações do

Banco Real e do AAB Dois Par de sua propriedade ao patrimônio do Banco Santander Brasil S.A.

Ressalta a fiscalização que a incorporação de ações está prevista no art. 252 da Lei nº 6.404/76 (“Lei das SA”):

“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.

§ 4º A Comissão de Valores Mobiliários estabelecerá normas especiais de avaliação e contabilizarão aplicáveis às operações de incorporação de ações que envolvam companhia aberta.(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)”

Relata que há basicamente duas correntes doutrinárias acerca da natureza jurídica da operação de incorporação de ações.

Uma corrente, defendida por Bulhões Pedreira, Nelson Eizirik e Alberto Xavier, que considera a incorporação de ações uma simples substituição de ações em razão de sub-rogação real.

E outra corrente, defendida por Fran Martins, Modesto Carvalhosa, Luís Eduardo Schoueri e Luiz Carlos de Andrade Jr., que vê na incorporação de ações uma operação semelhante ao aumento de capital mediante a conferência de bens, o que importa na alienação das ações incorporadas.

Alega a fiscalização que é entendimento consolidado na doutrina que a incorporação de ações não se equipara à incorporação de sociedade, uma vez que, nessa última, ocorre a extinção da sociedade incorporada, enquanto a incorporação de ações torna a sociedade que tem as ações incorporadas subsidiária integral

da sociedade “incorporadora”, com a manutenção de sua personalidade jurídica.

Acrescenta que também é pacífico o entendimento de que a incorporação de ações envolve um aumento de capital da “incorporadora” e que a integralização desse aumento de capital se dá mediante a transferência das ações da “incorporada” para a “incorporadora”.

Ressalta que as principais divergências doutrinárias se referem a:

- ocorrência de alienação ou de sub-rogação real;*
- presença ou ausência de manifestação de vontade dos acionistas.*

No que tange à sub-rogação real, a fiscalização adota o conceito dado por Santoro-Passareli:

“A sub-rogação real é uma ficção, que deve ser, como tal determinada pela lei.

E, em virtude da qual, uma coisa substituída por outra em uma qualidade particular ou como objeto de um direito real.”

E, a partir desse conceito, conclui que, na incorporação de ações, não ocorre sub-rogação real, visto que:

“o legislador não criou nenhuma ficção; as ações emitidas pela “incorporadora” em função da subscrição de capital apenas substituem as ações da “incorporada”, substituição esta irrelevante para o direito; a lei não estabeleceu a substituição das ações com vistas a uma relação jurídica particular, ou seja, não há uma relação jurídica particular que faça com que as ações emitidas pela “incorporadora” devam ser consideradas como as ações da “incorporada”;

as ações tanto da “incorporada” como da “incorporadora” são tratadas em si e por si, já que as ações da “incorporadora”, emitidas em pagamento às ações da “incorporada”, não autorizam o sócio que as recebeu a exercer quaisquer direitos em face da “incorporada”, que se tornou subsidiária integral da “incorporadora”.

A fiscalização também rebate o entendimento de parte da doutrina de que, na incorporação de ações, há sub-rogação real e não aquisição, em razão de não haver manifestação de vontade dos sócios da “incorporada”.

Alega a fiscalização que a incorporação de ações deve ser aprovada por assembleia geral da companhia cujas ações houverem de ser incorporadas, a teor do disposto no art. 252, §2º, da Lei das SA. Assim, os acionistas com direito a voto da “incorporada” têm o direito de manifestar a sua vontade na assembleia geral, prevalecendo a vontade da maioria e

assegurando-se o direito dos dissidentes de se retirarem da companhia.

Acréscita que, uma vez atingida a maioria estipulada, a assembleia geral aprova a operação de incorporação de ações e autoriza a diretoria a subscrever o aumento de capital da “incorporadora” com as ações da “incorporada”, por conta de seus acionistas. Assim, a manifestação da assembleia geral passa a representar a vontade integral dos sócios em virtude do princípio majoritário.

No caso específico aqui tratado, a fiscalização ressalta que a Sterrebeeck tinha o poder de decidir, visto que era acionista majoritária do AAB Dois Par e do Banco Real, detendo participações acionárias de 100% e 97,62%, respectivamente.

A fiscalização também sustenta que, nos termos do art. 252, §2º, da Lei das SA, a diretoria recebe autorização da assembleia geral para subscrever o aumento de capital da “incorporadora” por conta de seus acionistas, tratando-se, portanto, de representação indireta.

Ad argumentandum, alega a fiscalização que, ainda que se considerasse a ocorrência de sub-rogação real na incorporação de ações, haveria a transferência da propriedade das ações.

Assim, conclui a fiscalização que, na incorporação de ações, ocorre uma alienação, na qual há manifestação de vontade dos acionistas da companhia cujas ações são incorporadas, devendo o ganho de capital ser tributado pelo imposto de renda, como prevê o art. 3º, §3º, da Lei nº 7.713/88:

“Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei. (Vide Lei 8.023, de 12.4.90)

(...)

§ 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.” (g.n.)

A fiscalização relata que, em função de o pagamento pelas ações da “incorporada” ser feito em ações da “incorporadora”, surgem algumas questões relacionadas à figura da realização do ganho de capital e de eventual equiparação da operação à permuta.

Sustenta a fiscalização que o imposto de renda tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza, conforme previsto no art. 43 do CTN.

Argumenta que, na incorporação de ações, o acionista da sociedade “incorporada” adquire disponibilidade econômica e jurídica sobre as ações recebidas da companhia “incorporadora”, podendo livremente fruir delas, visto que as mesmas passam a integrar seu patrimônio.

A fiscalização também alega ser equivocada a equiparação da incorporação de ações à permuta.

Argumenta que o objeto da permuta consiste no escambo de coisas, inexistindo preço definido em dinheiro.

Por outro lado, na incorporação de ações, ocorre a subscrição, pela “incorporada”, de aumento de capital na “incorporadora”, sendo que deve ser fixado o preço de emissão das ações, expresso em moeda, conforme prevê o art. 170 da Lei das SA. Logo, no seu entendimento, a incorporação de ações envolve um elemento estranho à permuta, que é o preço, não podendo haver equiparação entre as duas operações.

Ante o exposto, conclui a fiscalização que, na incorporação de ações, ocorre a subscrição de capital pela “incorporada” na “incorporadora”, com a integralização do capital em bens.

Ressalta que, caso a transferência seja feita por valor superior ao contábil, a diferença a maior será tributável como ganho de capital, a teor do disposto no art. 23, §2º, da Lei nº 9.249/95:

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

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

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

Assim, conclui a fiscalização que, havendo ganho de capital para o acionista que tem suas ações incorporadas, o mesmo deverá sofrer a tributação pelo imposto de renda.

Sustenta que a tributação do ganho de capital de não-residente é definitiva e se dá segundo as normas aplicáveis às pessoas físicas residentes no Brasil, conforme previsto no art. 26 da Instrução Normativa SRF nº 208/2002:

“Art. 26. A alienação de bens e direitos situados no Brasil realizada por não residente está sujeita à tributação definitiva sob a forma de ganho de capital, segundo as normas aplicáveis às pessoas físicas residentes no Brasil.”

Ressalta que a tributação exclusiva na fonte é a mais adequada para se aplicar aos não-residentes, face à dificuldade prática de se controlar seus rendimentos globais.

1.3. Da apuração da base tributável

A fiscalização alega que o art. 18 da Lei nº 9.249/95 estabelece que “o ganho de capital auferido por residente ou domiciliado no exterior será apurado e tributado de acordo com as regras aplicáveis a residentes no País.”

Acrescenta que o art. 26, §1º, da Instrução Normativa SRF nº 208/2002 estabelece que “o ganho de capital é determinado pela diferença positiva entre o valor de alienação e o custo de aquisição do bem ou direito.”

Relata a fiscalização que, a fim de comprovar o custo de aquisição das ações do Banco Real e do AAB Dois Par, a empresa fiscalizada apresentou os registros declaratórios eletrônicos de investimentos externos no País (Módulo RDE-IED), integrantes do Sistema de Informações do Banco Central – Sisbacen (fls. 553 a 598). Acrescenta que o quadro abaixo contém a consolidação dos valores registrados no RDE-IED:

PAB	BALBOA PANAMENHO
USD	DOLAR AMERICADO
UYU	PESO URUGUAIO

BRL	REAL
EUR	EURO
GBP	LIBRA

BANCO ABN AMRO REAL					
INVESTIMENTO	REINVESTIMENTO	TOTAL	MOEDA	FATOR DE CONVERSÃO PARA REAL (88)	TOTAL EM REAIS
3.159.918.313,30	88.822,31	3.160.007.135,61	USD	1.634400	5.164.715.662,44
1.005.627.306,26	1.082.404.256,85	2.088.031.563,11	EUR	2.398480	5.008.101.943,49
1.468.151.435,03	600.042.510,19	2.068.193.945,22	REAL	1,000000	2.068.193.945,22
28.137,28	62.347,53	90.484,81	GBP	2,979180	269.570,54
-	15,23	1523	UYU	0,085125	1,30
-	346.432,52	346.432,52	PAB	1,634400	566.209,31
TOTAL					12.241.847.332,29

BANCO ABN AMRO REAL					
INVESTIMENTO	REINVESTIMENTO	TOTAL	MOEDA	FATOR DE CONVERSÃO PARA REAL (88)	TOTAL EM REAIS
82.826.241,13	-	82.826.241,13	USD	1.634400	135.371.208,50
153.069.136,47	236.237.432	389.306.568,58	EUR	2.398480	933.744.018,61
-	-		REAL	1,000000	2.068.193.945,22
-	-		GBP	2,979180	269.570,54
-	30,56	30,56	UYU	0,085125	2,60
TOTAL					1.069.115.229,71

A fiscalização ressalta que as participações do Banco Real e do AAB Dois Par foram transferidas do ABN AMRO Bank N.V.

para a Sterrebeeck por seus valores históricos, ou seja, não houve reavaliação dos ativos transferidos nessa operação.

Conforme já relatado, as ações do Banco Real e do AAB Dois Par foram adquiridas pela contribuinte autuada em 29/08/2008, por meio de incorporação de ações, tendo como base os valores econômicos das companhias determinados pelo método de fluxo de caixa descontado a valor presente.

A fiscalização informa que os laudos de avaliação econômico-financeira elaborados pela KPMG Corporate Finance Ltda (fls. 15.921 a 16.038) chegaram aos seguintes valores:

Empresa	Valor Econômico	Mínimo (R\$)	Máximo (R\$)
Banco ABN AMRO Real S.A.	38.745.595.000,00	37.189.800.000,0	40.301.389.000,00
ABN AMRO Brasil Dois Participações S.A.	1.724.112.000,00	1.701.365.000,00	1.746.858.000,00

Por sua vez, os valores contabilizados no Banco Santander Brasil depois da incorporação de ações (fls. 16.055 a 16.058) estão demonstrados no quadro abaixo:

Empresa	Valor do PL (R\$)	Ágio (R\$)	Total (R\$)
Banco ABN AMRO Real S.A.	11.196.260.921,55	25.994.267.591,43	37.190.528.512,98
ABN AMRO Brasil Dois Participações S.A.	1.408.383.479,54	321.840.919,21	1.730.224.398,75

Assim, conclui a fiscalização que a impugnante incorporou 100% das ações do Banco Real por R\$37.190.528.512,98 e 100% das ações do AAB Dois Par por R\$1.730.224.398,75.

Considerando-se que a Sterrebeeck detinha 100% das ações do AAB Dois Par e 97,62% das ações do Banco Real, a fiscalização calculou o valor de alienação das ações pertencentes à Sterrebeeck (valores em Reais):

Companhia	Valor Total da Alienação	Percentual	Valor da Alienação pela Sterrebeeck
Banco ABN AMRO Real S.A.	37.190.528.512,98	97,62%	36.305.393.934,37
ABN AMRO Brasil Dois Participações S.A.	1.730.224.398,75	100%	1.730.224.398,75

De posse dos custos de aquisição e dos valores de alienação das ações, a fiscalização calculou o valor do ganho de capital auferido pela Sterrebeeck nas operações de incorporação de ações (valores em Reais)

Companhia	Custo de Aquisição	Valor da Alienação pela Sterrebeeck	Ganho de Capital
Banco ABN AMRO Real S.A.	12.241.847.332,29	39.305.393.934,37	24.063.546.602,08
ABN AMRO Brasil Dois Participações S.A.	1.069.115.229,71	1.730.224.398,75	661.109.196,04
TOTAL			24.724.655.771,12

A fiscalização sustenta que a alíquota a ser aplicada no caso em tela é de 15%, como previsto no art. 685, I, do RIR/99, visto que a Holanda, país de domicílio da Sterrebeeck, não constava na lista de países com tributação favorecida constante da Instrução Normativa SRF nº 188/2002, vigente à época da ocorrência do fato gerador.

A fiscalização alega que o ganho de capital deve ser reajustado para efeito de determinação da base de cálculo do IRRF devido, a teor do disposto no art. 725 do RIR/99:

“Art.725. Quando a fonte pagadora assumir o ônus do imposto devido pelo beneficiário, a importância paga, creditada, empregada, remetida ou entregue, será considerada líquida, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto, sobre o qual recairá o imposto, ressalvadas as hipóteses a que se referem os arts. 677 e 703, parágrafo único (Lei nº 4.154, de 1962, art. 5º, e Lei nº 8.981, de 1995, art. 63, §2º).”

Sustenta que, no caso de tributação exclusiva na fonte em que o beneficiário é domiciliado no exterior, deverá haver o reajustamento do rendimento bruto independentemente de haver convenção particular acerca da assunção do ônus do tributo. A esse respeito, cita acórdãos do Primeiro Conselho de Contribuintes, além do Parecer Normativo nº 1/2002.

Assim, a fiscalização apurou a base de cálculo do IRRF no montante de R\$29.087.830.318,96, calculando IRRF devido de R\$4.363.174.547,84, a ser lançado de ofício.

Sustenta que, no caso de tributação exclusiva na fonte em que o beneficiário é domiciliado no exterior, deverá haver o reajustamento do rendimento bruto independentemente de haver convenção particular acerca da assunção do ônus do tributo. A esse respeito, cita acórdãos do Primeiro Conselho de Contribuintes, além do Parecer Normativo nº 1/2002.

Assim, a fiscalização apurou a base de cálculo do IRRF no montante de R\$29.087.830.318,96, calculando IRRF devido de R\$4.363.174.547,84, a ser lançado de ofício.

2. DA IMPUGNAÇÃO

Cientificada da autuação em 07/06/2013 (fls. 18.638), a contribuinte apresentou, em 05/07/2013, a impugnação de fls. 18.721 a 18.821, acompanhada dos documentos de fls. 18.822 a 19.001, na qual aduz os argumentos a seguir sintetizados.

2.1. Dos fatos

De início, a impugnante sintetiza os fatos que deram origem à autuação, ressaltando que a única operação que poderia ter gerado ganho de capital seria a aquisição da ABN AMRO Holding pela RFS Holdings, que não seria tributável no Brasil, haja vista ter sido realizada por empresas estrangeiras, envolvendo bens situados no exterior.

Argumenta que as demais operações foram meras reorganizações societárias com vistas a: (i) segregar as unidades de negócio e ativos adquiridos na oferta pública entre os membros do consórcio e (ii) consolidar as unidades de negócio no Brasil transferidas ao Banco Santander Espanha.

Alega que essas operações societárias não tiveram por finalidade o aproveitamento de benefícios fiscais, mas a aquisição e a consolidação no Brasil das unidades de negócio pertencentes anteriormente à ABN AMRO Holding N.V.

2.2. Preliminar – Da incorreta consideração da incorporação de ações como evento tributável

Preliminarmente, a impugnante alega que o único evento que poderia ter gerado ganho de capital seria a alienação da ABN AMRO Holding para a RFS Holdings, momento em que os ativos foram efetivamente negociados.

Alega que, nessa ocasião, o Banco Santander Espanha passou a ser, indiretamente, por meio da RFS Holdings, titular das participações no Banco Real e no AAB Dois Par. Sustenta que as operações subsequentes tiveram por finalidade precípua a separação das unidades de negócios entre os membros do consórcio conforme previamente acordado no “Consortium and Shareholder’s Agreement”, seguida da consolidação das atividades do Banco Real e do AAB Dois Par no Brasil por intermédio de incorporação de ações.

Assim, alega que a análise acerca de eventual ganho de capital tributável não deveria recair sobre o evento da incorporação de ações, e sim sobre a alienação da ABN AMRO Holding por meio de oferta pública.

Sustenta que tal operação não poderia ser tributada no Brasil, visto que foi realizada entre pessoas jurídicas não residentes, além de se tratar de bens localizados no exterior, mais precisamente na Holanda.

Alega que o art. 26 da Lei nº 10.833/2003, que serviu de fundamento para a autuação, é aplicável apenas a alienação de bens localizados no Brasil, que não é o caso, visto que o objeto

da alienação foram ações emitidas pela ABN AMRO Holding, sediada na Holanda.

Sustenta que o ativo adquirido na oferta pública foi a sociedade holandesa detentora de diversos ativos, entre eles as ações do Banco Real e do AAB Dois Par, motivo pelo qual não se pode admitir a exigência de tributo sobre evento de reorganização societária ocorrido em momento posterior, consubstanciado na incorporação de ações do Banco Real e do AAB Dois Par.

A impugnante alega que, ainda que se considere que, na oferta pública, houve aquisição indireta de bens localizados no Brasil (ações do Banco Real e do AAB Dois Par), eventual ganho de capital teria sido auferido pelos acionistas da ABN AMRO Holding e não pela Sterrebeeck, sendo incorreta a identificação da Sterrebeeck como contribuinte do IRRF sobre o suposto ganho de capital auferido.

Sustenta que, como consequência, não há como se atribuir a responsabilidade por eventual falta de retenção do tributo incidente na negociação sobre a impugnante, visto que não participou da operação e não é procuradora da RFS Holdings no Brasil.

Alega restar evidente o erro na identificação do sujeito passivo, o que implica a nulidade absoluta do lançamento, a teor do disposto nos artigos 245, 267, VI e §3º, do Código de Processo Civil.

Ademais, sustenta que a liquidação da oferta pública ocorreu em 01/11/2007, não podendo eventual ganho de capital ser objeto de lançamento de ofício em 2013 em razão da decadência.

Assim, conclui que, ainda que se pudesse estar diante de ganho de capital decorrente da venda de ativos no Brasil, também não haveria que se falar em possibilidade de lançamento em face da impugnante em razão: (i) de erro na identificação do sujeito passivo e (ii) da decadência do direito de lançar o crédito tributário.

Ante o exposto, requer seja declarada a nulidade do auto de infração.

2.3. Da não tributação da incorporação de ações

A impugnante alega que a incorporação de ações não se caracteriza como alienação para fins de apuração de ganho de capital tributável, apresentando os argumentos sintetizados a seguir.

2.3.1. Da natureza jurídica da incorporação de ações

Alega a impugnante que a incorporação de ações, prevista no art. 252 da Lei nº 6.404/76 (Lei das SA), é uma modalidade de concentração empresarial que possui natureza jurídica própria, distinta de uma incorporação de sociedades e de uma integralização de capital com bens, com efeitos próprios para as sociedades que a deliberam e seus respectivos acionistas.

Ressalta que a incorporação de ações não deve ser confundida com a incorporação de sociedade, visto que na incorporação de ações não ocorre a extinção da sociedade cujas ações foram incorporadas.

Alega também que a incorporação de ações não pode ser confundida com uma integralização de capital com bens. Argumenta que a integralização de capital com bens resulta de um contrato entre o acionista e a sociedade, enquanto a incorporação de ações decorre de um contrato entre as sociedades “incorporadora” e “incorporada”, não havendo manifestação de vontade individual dos acionistas.

Sustenta que a operação de incorporação de ações é uma operação atípica, pois não corresponde integralmente a uma incorporação de sociedade, na medida em que somente as consequências para os acionistas das sociedades incorporadas são idênticos, e nem pode ser confundida com um aumento ou integralização de capital, haja vista tratar-se de operação que se realiza somente entre sociedades, não havendo nenhuma manifestação de vontade individualizada dos acionistas.

Ressalta que a incorporação de ações produz diferentes efeitos quando se analisa a operação da perspectiva das sociedades envolvidas e de seus acionistas.

Argumenta que, no âmbito das sociedades que participam da operação de incorporação de ações, trata-se de efetiva aquisição de participação societária na sociedade “incorporada” por parte da sociedade “incorporadora”, sendo que a esta última caberá, como contraprestação pelas ações adquiridas, a entrega das ações de seu capital que couberem aos titulares das ações incorporadas.

A impugnante alega que, sob o ponto de vista dos acionistas da sociedade cujas ações são incorporadas, a incorporação de ações se caracteriza como uma sub-rogação real ou substituição das ações da sociedade “incorporada” por ações da “incorporadora”.

Sustenta que, na incorporação de ações, está ausente o elemento volitivo dos acionistas da sociedade “incorporada”, visto que o negócio jurídico é realizado entre as sociedades “incorporadora” e “incorporada”, sendo as ações transferidas compulsoriamente independentemente do consentimento dos acionistas.

Alega que a sub-rogação real consiste na troca de uma coisa por outra, mantendo-se as mesmas relações jurídicas previamente existentes em relação ao bem substituído. A respeito da matéria, cita o Parecer Normativo CST nº 39/81.

No caso, alega que, sob a perspectiva da Sterrebeeck, houve a substituição das ações que esta detinha no Banco Real e no AAB Dois Par pelas novas ações de emissão da impugnante. Sustenta

que se trata de sub-rogação real, na medida em que apenas houve troca de ações, sem nenhum pagamento em dinheiro.

2.3.2. Do tratamento tributário da incorporação de ações

Alega a impugnante que, do ponto de vista das sociedades envolvidas, a incorporação de ações constitui aquisição de participação societária pela sociedade que incorpora as ações, devendo esta adotar o método da equivalência patrimonial para a contabilizarão do investimento adquirido.

Do ponto de vista dos acionistas, alega que a incorporação de ações possui a natureza jurídica de sub-rogação real, que não envolve transferência ou disponibilização de recursos financeiros e tampouco implica a realização de ganho.

Sustenta que a sub-rogação real levada a efeito pela incorporação de ações assemelha-se a uma operação de permuta sem torna, que não gera aumento patrimonial tributável.

Alega que, na permuta, o custo do bem recebido é necessariamente o custo do bem que foi dado em permuta, pouco importando outros critérios de valoração e nem mesmo os valores que tais bens podem obter no mercado. Argumenta que, se o bem recebido em permuta tiver valor de mercado maior do que o do bem que foi dado em permuta, há um acréscimo patrimonial meramente potencial, possível de ser efetivado apenas se, e quando, o bem recebido em permuta for alienado por preço maior do que o custo, pois a incidência tributária pressupõe a realização do ganho.

Sustenta que, para o permutante, o bem recebido tem o mesmo custo do bem dado. Assim, caso o bem recebido tenha valor de mercado maior do que o bem dado, somente seria possível a tributação no momento em que o ganho potencial se concretizasse em ganho efetivo pela alienação do bem.

Assim, no seu entendimento, qualquer tentativa de tributação anterior à realização da renda consistiria em afronta ao princípio da capacidade contributiva, na medida em que se exigiria que o contribuinte se desfizesse de seu patrimônio para arcar com o ônus do tributo.

A impugnante alega que, na incorporação de ações, há uma simples troca de ações da sociedade “incorporada” por ações emitidas pela sociedade “incorporadora”, como ocorre na permuta. Argumenta que, caso as ações incorporadas tenham custo inferior ao das ações recebidas em substituição, o ganho do acionista é meramente potencial. Acrescenta que pode haver ganho tributável apenas se, e quando, houver uma alienação das ações recebidas por preço maior do que o custo.

No caso em comento, alega que, na incorporação de ações realizada em 29/08/2008, as ações da impugnante recebidas pela Sterrebeeck em troca das ações do Banco Real e do AAB Dois Par foram registradas no Sisbacen como “permuta de ações / quotas”, sem nenhuma alteração de valor, conforme impressões de tela do Sisbacen (fls. 18.763 e 18.764).

Sustenta que, em relação à Sterrebeeck, não houve nenhuma alteração patrimonial, pois as ações da “incorporadora” foram recebidas pelo mesmo valor das ações das sociedades “incorporadas”. Acrescenta que a tributação dependeria de posterior realização do ganho, por meio de alienação das ações por valor superior ao custo.

Ressalta que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN manifestou entendimento de que as operações de permuta não geram ganhos de capital sujeitos à tributação pelo imposto de renda, conforme se verifica nos Pareceres PGFN nº 970/91 e nº 454/92.

A impugnante cita o Parecer Normativo CST nº 504/71, que trata da tributação de permuta de ações, segundo o qual:

“2. Para as pessoas físicas residentes no País, a permuta de ações, desde que não efetivada com a própria sociedade emitente, não ocasiona fato gerador do imposto sobre a renda, eis que o eventual acréscimo à riqueza pessoal constituirá mais-valia patrimonial, não alcançada pela tributação (vide Parecer Normativo CST nº 232/71).”

Ressalta que, em decisão recente sobre o tema, proferida em 20/02/2013, o

Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF reconheceu a inexistência de fato gerador de ganho de capital na operação de incorporação de ações (acórdão nº 2202-002187).

Ante o exposto, requer o cancelamento do auto de infração, visto que não foi realizado nenhum ganho de capital pela Sterrebeeck com a incorporação de ações detidas no Banco Real e no AAB Dois Par pela impugnante, uma vez que esse negócio jurídico possui efeitos correspondentes aos de uma operação de permuta sem torna, na qual nenhum ganho de capital é realizado.

2.3.3 Da não ocorrência do fato gerador do IRRF A impugnante alega que o fato gerador do IRRF é o pagamento, crédito, entrega, emprego ou remessa do ganho de capital ao não residente, conforme previsto no art. 685 do RIR/99:

“Art. 685. Os rendimentos, ganhos de capital e demais proventos pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, por fonte situada no País, a pessoa física ou jurídica residente no exterior, estão sujeitos à incidência na fonte (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 100, Lei nº 3.470, de 1958, art. 77, Lei nº 9.249, de 1995, art. 23, e Lei nº 9.779, de 1999, arts. 7º e 8º):

I à alíquota de quinze por cento, quando não tiverem tributação específica neste Capítulo, inclusive:

(...)

b) os ganhos de capital auferidos na alienação de bens ou direitos;”

Sustenta que, além de não ter havido ganho de capital no presente caso, conforme anteriormente demonstrado, também não houve nenhum pagamento, crédito, entrega, emprego ou remessa de quaisquer valores ao não residente que pudesse ensejar a incidência do IRRF.

Acrescenta que o IRRF sobre ganhos auferidos por não residente incide somente no momento da efetiva disponibilização dos ganhos, o que não ocorreu no presente caso.

Assim, também por essa razão, alega ser improcedente o auto de infração.

2.3.4. Da potencial dupla tributação sobre o ganho de capital

Conforme já relatado, a impugnante alega que, somente na alienação das ações recebidas pela Sterrebeeck na incorporação de ações, poderia ser apurado ganho de capital tributável pelo imposto de renda. Ressalta que, antes disso, a eventual mais-valia verificada na incorporação de ações não gera nenhum efeito tributário, visto que não foi realizada.

Sustenta que a fiscalização calculou o ganho de capital como sendo a diferença positiva entre o valor das ações da impugnante recebidas pela Sterrebeeck e os custos de aquisição das ações do Banco Real e do AAB Dois Par.

Ressalta a impugnante que a Receita Federal, por meio da Instrução Normativa RFB nº 1.022/2010, regulamentou o procedimento a ser adotado pelos acionistas na hipótese de substituição de ações em razão de incorporação, fusão ou cisão, determinando o ajuste do custo de aquisição das ações de acordo com a relação de substituição fixada pela assembleia que aprovou a operação.

Argumenta que, em eventual futura alienação das ações da impugnante recebidas pela Sterrebeeck, os custos de aquisição serão os mesmos que serviram de base para a lavratura do auto de infração, o que implica a dupla tributação sobre o mesmo montante, situação vedada no ordenamento jurídico pátrio.

Assim, também por essa razão, requer o cancelamento do auto de infração.

2.3.5. Da inaplicabilidade do artigo 23 da Lei nº 9.249/95 ao caso concreto

A impugnante também alega ser inaplicável ao caso o disposto no art. 23 da Lei nº 9.249/95, que trata da integralização de capital por pessoas físicas em bens e direitos, visto que a incorporação de ações e a integralização de capital com bens não têm a mesma natureza jurídica, conforme já demonstrado.

Além disso, alega que referido dispositivo legal trata apenas da integralização de capital em bens feita por pessoas físicas, não se aplicando à pessoa jurídica domiciliada no exterior.

A impugnante alega que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos embargos declaratórios no REsp nº 102.7799-CE

se pronunciou no sentido de que a integralização de capital com bens não implica apuração de ganho de capital para o acionista.

Ante o exposto, requer seja afastada a aplicação do art. 23 da Lei nº 9.249/95.

2.4. Da não apuração de ganho de capital tributável pela Sterrebeeck em razão da manutenção do custo

Sem prejuízo de tudo o que já foi exposto, a impugnante alega que não houve ganho de capital no presente caso, visto que não houve alteração no custo do investimento da Sterrebeeck no Brasil, considerado antes e depois da incorporação de ações, conforme registrado perante o Banco Central do Brasil – Bacen que instituiu, por meio de seu art. 3º, o registro de operações financeiras com o exterior, no qual são registradas, dentre outras operações, as de investimentos diretos em pessoas jurídicas sediadas no País.

Argumenta que o registro não é apenas formal, pois importa em obrigação perante a autoridade cambial do Brasil, e também confere direitos subjetivos às pessoas a que se refere, no caso, aos investidores estrangeiros.

Alega que é o registro no Sisbacen que comprova o custo do investimento, como regra, visto que é efetuado pelo único órgão governamental competente (art. 3º da Lei nº 4.131/62), devendo ser feito à luz do montante da moeda estrangeira efetivamente ingressado no País (art. 4º da Lei nº 4.131/62).

A impugnante alega que, se o investidor não residente no País vender o investimento no Brasil para outra pessoa também não residente, por valor maior do que o registrado no Bacen, o que se dá é a manutenção da mesma base de cálculo para futura apuração de ganho de capital, com a postergação da tributação para o momento em que o ganho, se vier a ocorrer, se tornar efetivamente realizado. E essa consequência atinge o novo investidor, que paga mais, porém, fica com o custo menor. Argumenta que foi justamente isso que ocorreu no presente caso.

No caso concreto, alega que são idênticos os valores registrados no Sisbacen antes da incorporação de ações (no Banco Real e no AAB Dois Par) e depois desta (na impugnante), havendo simples alteração na titularidade das pessoas jurídicas receptoras do investimento, conforme telas de impressão do Sisbacen constantes de fls. 18.786 a 18.789.

A impugnante alega que referidas telas de impressão mostram que o investimento na impugnante registrado em dólares totaliza USD 3.244.891.412,42, valor equivalente à soma dos investimentos em dólares anteriormente detidos pela Sterrebeeck no Banco Real (USD 3.160.007.135,61) e no AAB Dois Par (USD 82.826.241,13). Logo, conclui que não houve nenhum ganho para a Sterrebeeck, mas simplesmente a troca das ações do Banco Real e do AAB Dois Par pelas ações da impugnante, pelo mesmo valor.

A impugnante alega que os registros contábeis da Sterrebeeck também evidenciam a inexistência de ganho, pois os valores lançados, antes e depois da incorporação de ações, permaneceram exatamente os mesmos.

Argumenta que, analisando-se os registros contábeis da Sterrebeeck, verifica-se que o montante contabilizado em razão da aquisição das participações no Banco Real e no AAB Dois Par (antes da incorporação de ações) é equivalente ao quanto passou a ser registrado como participação na impugnante (após a incorporação de ações).

Alega que a Sterrebeeck recebeu as ações do Banco Real e do AAB Dois Par pelo valor contábil, em razão da incorporação da parcela cindida do ABN AMRO Bank, tendo contabilizado, na ocasião, o montante total de €5.121.341.00,00 (€4.639.509.000,00 pelo Banco Real e €481.832.000,00 pelo AAB Dois Par), conforme se verifica no relatório anual de 2008 da Sterrebeeck (fls. 18.790). Argumenta que as ações da impugnante recebidas pela Sterrebeeck foram por ela contabilizadas com o mesmo custo de aquisição de €5.121.344.216,00, de acordo com o relatório anual de 2009 (fls. 18.791).

Assim, conclui a impugnante que, sendo o valor de alienação equivalente ao custo de aquisição, não há ganho de capital no caso concreto, ainda que se considere que a incorporação de ações implica tributação de ganho de capital.

Ad argumentandum, ainda que se analise a questão sob a perspectiva do valor de mercado das ações do Banco Real e do AAB Dois Par, sustenta que não há ganho de capital.

Ressalta que o investimento total do Banco Santander Espanha na RFS Holdings foi de mais de €21.000.000.000,00 dos quais aproximadamente €15.000.000.000,00 equivaliam ao valor de mercado do Banco Real e do AAB Dois Par, obtido mediante laudo de avaliação e utilizado para fins de integralização do aumento de capital da impugnante decorrente da incorporação de ações (R\$38.020.752.911,73).

Argumenta, que o valor pelo qual as ações do Banco Real e do AAB Dois Par foram entregues à impugnante corresponde ao valor de mercado dessas mesmas ações, obtido em transação realizada entre partes absolutamente independentes (oferta pública de aquisição de ações da ABN AMRO Holding pela RFS Holdings).

Conclui, assim, que a Sterrebeeck não apurou ganho de capital tributável, visto que as ações incorporadas pela impugnante foram consideradas pelo seu valor de aquisição, na operação que efetivamente ensejou a transferência da titularidade do Banco Real e do AAB Dois Par para o Banco Santander Espanha, qual seja, a oferta pública de ações ocorrida em 2007.

Por todo o exposto, requer o cancelamento do auto de infração.

2.5. Da ausência de responsabilidade por parte da impugnante
Ad argumentandum, caso se entenda pela existência de ganho de

capital tributável, alega a impugnante que o imposto de renda supostamente devido só poderia ser exigido da contribuinte, no caso a Sterrebeeck, sendo indevida a atribuição de responsabilidade à impugnante.

Alega que o art. 45 do CTN estabelece que o contribuinte do imposto de renda é o titular da disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou do provento tributável.

Acrescenta que tal dispositivo decorre do princípio da capacidade contributiva, pois o imposto de renda somente pode ser exigido daquele que efetivamente auferiu renda e obteve acréscimo patrimonial.

A impugnante sustenta que o art. 128 do CTN estabelece que a responsabilidade só pode ser atribuída a terceira pessoa vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação:

“Art. 128 Sem prejuízo do disposto neste Capítulo, a lei pode atribuir de modo expresse a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.”

Sustenta que a obrigação de dar é do contribuinte, que deve suportar o ônus do tributo. Acrescenta que somente a obrigação de fazer, ou seja, de entregar o dinheiro aos cofres públicos, pode ser transferida para um terceiro.

Argumenta que a responsabilidade de terceiro pela retenção e recolhimento

do tributo pressupõe disponibilidade do montante em dinheiro a ser retido e recolhido, única forma de se assegurar que o responsável pelo pagamento do tributo não desembolse seu próprio capital para pagar tributo devido por outra pessoa.

Alega que a atribuição de responsabilidade a uma terceira pessoa que não possa reter financeiramente a quantia despendida acarretará uma injustificável diminuição do patrimônio de terceiro que não manifestou capacidade contributiva, importando na exigência de um verdadeiro tributo novo não previsto em lei.

A impugnante sustenta que o art. 26 da Lei nº 10.833/2003, abaixo reproduzido, apenas pode ser aplicado aos casos em que houver ganho de capital decorrente da alienação de bens com pagamento em dinheiro passível de retenção na fonte.

“Art. 26. O adquirente, pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, ou o procurador, quando o adquirente for residente ou domiciliado no exterior, fica responsável pela retenção e recolhimento do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital a que se refere o art. 18 da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, auferido por pessoa física ou jurídica

residente ou domiciliada no exterior que alienar bens localizados no Brasil.”

Ressalta que, no presente caso, a fiscalização considerou como sendo tributável o ganho de capital auferido pela Sterrebeeck na incorporação de ações do Banco Real e do AAB Dois Par ao patrimônio da impugnante. Argumenta que não houve pagamento na referida operação, mas apenas substituição de ações, não havendo possibilidade de retenção de imposto.

Alega que exigir que a impugnante pague, utilizando seus próprios recursos e sem qualquer possibilidade de retenção ou reembolso, o imposto devido pela Sterrebeeck implica a transferência do ônus financeiro a quem não é contribuinte do tributo, o que representa subversão de todos os princípios que devem reger a ordem tributária em um Estado de Direito.

Ante o exposto, requer o cancelamento da autuação.

2.6. Do indevido reajustamento da base de cálculo

Ad argumentandum, caso se entenda pela manutenção da exigência do IRRF em comento, alega a impugnante ser indevido o reajustamento da base de cálculo (Gross up) promovido pela fiscalização nos termos do art. 725 do RIR/99:

“Art.725. Quando a fonte pagadora assumir o ônus do imposto devido pelo beneficiário, a importância paga, creditada, empregada, remetida ou entregue, será considerada líquida, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto, sobre o qual recairá o imposto, ressalvadas as hipóteses a que se referem os arts. 677 e 703, parágrafo único (Lei nº 4.154, de 1962, art. 5º, e Lei nº 8.981, de 1995, art. 63, §2º).”

Alega que o Gross up somente pode ser efetuado quando a fonte pagadora assume o ônus do imposto devido pelo beneficiário, o que não ocorreu no presente caso.

Ressalta que, em nenhum momento, assumiu qualquer ônus pelo imposto de renda supostamente devido pela Sterrebeeck.

Conclui ser indevido o reajustamento da base de cálculo realizado pela fiscalização, o que torna o auto de infração nulo pela falta dos requisitos de liquidez e certeza.

Alega que a certeza em relação ao montante exigido é intrínseca ao lançamento tributário, a teor do disposto no art. 142 do CTN, nos artigos 10 e 11 do Decreto nº 70.235/72.

Assim, requer seja declarada a nulidade do auto de infração por falta de liquidez e certeza.

2.7. Da inexigibilidade de multa e juros

Ad argumentandum, ainda que se entenda pela manutenção da exigência de IRRF, alega a impugnante que deveria, ao menos, ser cancelada a exigência de multa de ofício e de juros de mora, nos termos do parágrafo único do art. 100 do CTN.

Alega que agiu de acordo com as orientações do Fisco constantes de pareceres normativos que tratavam de temas semelhantes ao caso concreto, bem como seguiu os critérios estabelecidos no art. 690 do RIR/99 e no art. 26 da Instrução Normativa SRF nº 208/2002.

Argumenta que o próprio Fisco reconheceu, nos referidos atos normativos, que a quantificação de eventual ganho deveria ocorrer ou com base no valor do registro de investimento estrangeiro no Bacen, ou com base em documentação hábil e idônea (balanços da Sterrebeeck).

No caso, alega que ambos os documentos provam a inexistência de ganho de capital, o que demonstra que a impugnante agiu em estrita observância das normas complementares da legislação tributária, devendo ser aplicado o disposto no parágrafo único do art. 100 do CTN, com a consequente exoneração da multa de ofício e dos juros moratórios.

2.8. Da ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa Ad argumentandum, ainda que se entenda pela manutenção do lançamento, alega a impugnante que os juros calculados com base na taxa Selic não podem ser exigidos em relação à multa de ofício, por ausência de previsão legal.

Argumenta que o art. 13 da Lei nº 9.065/95, que prevê a cobrança de juros moratórios com base na taxa Selic, remete ao art. 84 da Lei nº 8.981/95 que, por sua vez, estabelece a cobrança de tais acréscimos apenas sobre os tributos.

Ressalta que multa é penalidade pecuniária, estando excluída do conceito de tributo previsto no art. 3º do CTN, pois tem natureza sancionatória. Ressalta que o art. 113, §1º, do CTN também diferencia tributo de penalidade pecuniária.

Assim, a impugnante conclui que a cobrança de juros sobre a multa desrespeita o princípio da legalidade, previsto nos artigos 5º, II, e 37 da Constituição Federal, devendo ser cancelada sua cobrança.

2.9. Síntese conclusiva

A impugnante assim sintetiza os argumentos apresentados em sua impugnação:

“8. SÍNTESE CONCLUSIVA

Em face de todo o exposto, pode-se concluir o seguinte:

☐ ☐ O único evento que poderia ter sido considerado pelo Sr. Agente Fiscal para tributação de ganho de capital consiste na aquisição, pela RFS (representante do consórcio), das ações da ABN Holding, detidas pelos acionistas do Grupo ABN, mediante oferta pública liquidada em 1º/11/2007.

☐ ☐ Tal evento, porém, não é passível de tributação no Brasil, tendo em vista tratar-se de negociação de bem localizado no

exterior (participação societária na ABN Holanda), entre partes não residentes (RFS e acionistas do Grupo ABN).

□ □ Ainda que se alegue que, em tal momento, houve a aquisição de bens localizados no Brasil (ações do Banco Real e AAB Dois Par), fato é que o contribuinte não seria a Sterrebeeck (eleita pelo Sr. Agente Fiscal como tal), mas sim a adquirente, RFS (sociedade holandesa), de forma que o Impugnante foi indevidamente apontado como responsável tributário.

□ □ A operação de incorporação de ações gera efeitos tributários diferenciados para as companhias incorporadora e incorporada e para os acionistas da incorporada; estes últimos tem suas ações substituídas, em verdadeira sub-rogação real.

□ □ A tributação da operação de incorporação de ações é ilegal, uma vez que não há, na legislação tributária, qualquer norma que atribua efeitos fiscais para tal ato jurídico.

□ □ A sub-rogação real ocorrida no presente caso possui efeitos típicos de uma permuta, em que não se verifica a realização de qualquer ganho, como reconhecem a doutrina e a jurisprudência, não havendo, portanto, que se falar na apuração de ganho de capital;

□ □ Não ocorreu o fato gerador do IRRF (pagamento, crédito, entrega, emprego ou remessa de ganhos de capital a residentes no exterior).

□ □ A tributação, no caso concreto, somente poderá ocorrer quando da alienação, pela Sterrebeeck, das ações do Impugnante recebidas na incorporação de ações, o que acaba por resultar em duplicidade de tributação sobre os mesmos valores.

□ □ O artigo 23 da Lei nº 9.249/95 não se aplica ao caso concreto, já que não se trata de operação de integralização de capital e, ademais, ele sequer tratou de não residentes.

□ □ Seja pelas demonstrações contábeis da Sterrebeeck, seja pelos registros de capital estrangeiro no Bacen, nota-se que as ações do Impugnante foram recebidas pelo mesmo custo das ações incorporadas (Banco Real e AAB Dois Par), o que demonstra a ausência de ganho de capital.

□ □ A responsabilidade pela retenção e recolhimento do IRRF não pode ser atribuída a uma terceira pessoa em situação na qual não seja possível reter financeiramente a quantia despendida, tal como é o caso do Impugnante face à incorporação de ações do Banco Real e do AAB Dois Par.

□ □ É indevido o reajustamento da base de cálculo realizado pelo Sr. Agente Fiscal, uma vez que o Impugnante não assumiu expressamente o ônus financeiro do tributo que sequer entendia como devido. Tal procedimento representa uma ampliação da base de cálculo para montante superior, inclusive, àquele apurado em laudo de avaliação.

□ □ Na medida em que o Impugnante observou estritamente as normas complementares da legislação tributária, devem ser

cancelados, ao menos, a multa de ofício e os juros, nos termos do artigo 100 do Código Tributário Nacional.

□ □ Por ausência de previsão legal e por não integrar o montante do tributo, não se pode admitir a incidência dos juros de mora sobre a multa.”

2.10. Do pedido

Por todo o exposto, a impugnante requer o recebimento, o conhecimento e o provimento da impugnação, com a consequente desconstituição dos créditos tributários exigidos e o cancelamento integral do auto de infração.

2.11. Dos documentos juntados à impugnação

Foram juntadas cópias dos seguintes documentos à impugnação:

Doc. 1 - documento de identidade dos advogados que subscrevem a impugnação, procuração, substabelecimento, atos societários;

Doc. 2 - auto de infração;

Doc. 3 - termo de verificação fiscal;

Doc. 4 - tradução juramentada de demonstrações financeiras de 2008 da pessoa jurídica Sterrebeeck B.V.;

Doc. 5 - parecer elaborado por advogado acerca da autuação de que trata o presente processo administrativo;

Doc. 6 - telas de consulta ao sistema Sisbacen referentes à incorporação de ações;

Doc. 7 - consulta ao sistema Sisbacen sobre os registros do investimento estrangeiro da Sterrebeeck;

Doc. 8 – atas relativas à incorporação de ações da AAAM DTVM pela impugnante em 14/08/2009;

Doc. 9 – relatório anual de 2009 da Sterrebeeck B.V., redigido em inglês.”

Ao julgar a impugnação, os membros da 10ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, firmaram entendimento quanto a improcedência da impugnação, mantendo o crédito tributário exigido em sua totalidade.

Essencialmente, conforme ementa, os fundamentos adotado pela Delegacia de Julgamento foram:

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL. - Na operação de incorporação de ações, a transferência das ações da companhia incorporada para o patrimônio da companhia incorporadora caracteriza alienação, cujo valor, se superior ao custo de aquisição, é tributável, pela diferença a maior, como

ganho de capital para os acionistas da companhia cujas ações são incorporadas.

GANHO DE CAPITAL AUFERIDO POR RESIDENTE NO EXTERIOR NA ALIENAÇÃO DE BENS LOCALIZADOS NO BRASIL. RESPONSABILIDADE DO ADQUIRENTE. - *O adquirente, pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, fica responsável pela retenção e recolhimento do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital auferido por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior que alienar bens localizados no Brasil.*

IRRF. REAJUSTAMENTO DO RENDIMENTO BRUTO. RENDA DE NÃO RESIDENTE. ASSUNÇÃO DO ÔNUS PELA FONTE PAGADORA. - *Quando a fonte paga rendimentos a domiciliado no exterior sem o desconto do imposto devido pelo beneficiário, qualquer que seja a razão, deverá recolher o tributo devido com a base de cálculo reajustada, eis que, para todos os efeitos legais, considera-se assumido o ônus do tributo devido.*

MULTA DE OFÍCIO E JUROS DE MORA. ART. 100, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN. - *A exclusão de penalidades e de juros moratórios prevista no parágrafo único do art. 100 do Código Tributário Nacional pressupõe a observância das normas complementares discriminadas nos incisos I a IV do referido dispositivo.*

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. - *Sendo a multa de ofício classificada como débito para com a União, decorrente de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, é regular a incidência dos juros de mora calculados pela taxa Selic, a partir de seu vencimento.*

O autuado contesta o resultado do Acordam *a quo* interpondo Recurso Voluntário com os seguintes argumentos:

DA AUTUAÇÃO.

Apresenta breve retrospectiva dos elementos da autuação, dando ênfase a fundamentação jurídica para inclusão do Recorrente como responsável tributário, segunda registra, entendeu o agente fiscal com lastro no Art. 26 da Lei nº 10.833/03 que seria o caso de atribuição de responsabilidade ao Recorrente pelo recolhimento de IRRF incidente sobre o suposto ganho de capital auferido pela sociedade holandesa Sterrebeeck B.V. em razão da incorporação de ações das sociedades brasileiras (então detidas pela sociedade não residente) Banco ABN AMRO Real S.A. (Banco Real) e ABN AMRO Brasil Dois Participações S.A. em 29/08/2008.

DOS FATOS.

Reitera o objeto da demanda, tributar o ganho de capital oriundo das incorporações das ações do Banco ABN AMRO Real S.A. e AAB Dois Par por sociedade estrangeira, no entanto nega a ocorrência de tal fato.

Relata que os fatos oriundos da operação sob outra perspectiva, indicando que a operação de incorporação de ações consolida-se em 29/08/2008, contudo, este ato é decorrência de uma série de outros iniciados em 2007 no exterior, com a aquisição das unidades de negócios do Grupo AMRO por um consórcio integrado pelo Banco Santander Espanha.

A respeito de tal operação, passa a ressaltar três principais momentos a serem considerados quanto a análise do alegado fato gerador da obrigação em lide: I - Aquisição da ABN AMRO Holding N.V. por consorcio em oferta pública (início em 28/05/2007); II - reestruturação societária para segregação dos ativos e unidades de negócios da ABN Holding entre os membros do consórcio, conforme previamente estabelecido em contrato (início em 28/04/2008); III - consolidação dos negócios do Banco Santander Espanha no Brasil, mediante incorporação das ações do Banco Real e do AAB Dois Par pelo Recorrente.

Em seguida passa a apresentar cada uma dessas fases em detalhes com gráficos e planilhas demonstrando as mutações estruturais e de valores ocorridas e indicando que a avaliação econômico-financeira das ações incorporadas pelo Recorrente foi realizada por empresa especializada independente a KPMG Corporate Finance Ltda. com base no fluxo de caixa descontado.

O valor atribuído é equivalente aos preços de aquisição indireta das ações do ABN Real realizada entre partes independentes numa transação contemporânea (oferta pública de aquisição). Portanto o valor atribuído reflete o efetivo custo de aquisição das referidas ações.

Indica que para fins de concretização da incorporação de ações o capital do Banco Santander Brasil S.A. foi aumentado em R\$ 38.020.752.911,73 passando para R\$ 47.152.201.161,58. O valor gerado de aumento de capital em razão da incorporação das ações do Banco Real foi de R\$ 36.290.528.512,98 enquanto que as ações da AAB Dois Par implementaram R\$ 1.730.224.398,75 ao capital do Recorrente.

Alega que toda a operação realizada foi motivada por interesses econômicos diversos da obtenção de benefícios fiscais sendo tal obtenção uma consequência da operação de aquisição da ABN Holding

DAS PRELIMINARES.

1. DA INCORRETA CONSIDERAÇÃO DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES COMO EVENTO TRIBUTÁVEL.

Indica a alienação da ABN Holding para o referido consórcio adquirente como único evento passível de análise para verificação da incidência de imposto de renda por ganho de capital.

Indica a alienação da ABN Holding para o referido consórcio adquirente como único evento passível de análise para verificação da incidência de imposto de renda por ganho de capital.

Aponta que a alienação realizada em 1º/11/2007 seria a operação cuja análise interessaria para os fins tributários, uma vez que a incorporação agora realizada não teria

nenhum efeito fiscal, de modo que a negociação dos ativos em questão teria se dado em data anterior.

Na fase atual, o que teria ocorrido seria apenas a separação das unidades de negócios, de acordo com o que fora previamente negociado, não havendo, na incorporação de ações, qualquer operação com valor superior ao da aquisição, o que não teria acarretado, portanto, aumento patrimonial.

Desse modo, argumenta que o objeto da alienação não constitui bem localizado no Brasil, de tal forma, não haveria possibilidade de tributação no Brasil e, se superada tal tese, ter-se-ia que, se se desconsiderasse a venda de participação societário no exterior, para que se entenda que o Banco Real e o AAB Dois Par foram adquiridos pela RFS, o banco recorrente não deveria ser o sujeito passivo da presente demanda e, ainda, estaria decaído o direito da Fazenda de tributar.

1.1. DA INEXISTÊNCIA DE GANHO DE CAPITAL TRIBUTÁVEL NO BRASIL – AQUISIÇÃO DE BENS LOCALIZADOS NO EXTERIOR.

Alinhava neste tópico que, conforme explicitado pela dogmática de Alberto Xavier, far-se-ia necessário que fonte de produção e fonte de pagamento estivessem localizadas no Brasil, o que não seria o caso em comento, uma vez que tanto a fonte de produção (ABN Holding) quanto a fonte de pagamento (RFS), encontram-se no exterior, e não teria havido sequer procurador no País, fazendo com que o Auto de Infração não desse pé à legislação. Ou seja: não estariam os elementos exigidos pelos art. 682, inc. I e art. 685 do Regulamento de Imposto de Renda – RIR 3.000/99.

Portanto, em se tratando de alienação de bens fora do Brasil, a saber, as participações no banco Real e no AAB Dois Par, não haveria que se falar em tributação pela Fazenda Nacional. Mesmo porque, a operação de incorporação de ações de pessoas jurídicas brasileiras que integram o ativo da pessoa jurídica a que as ações alienadas se referem não teria gerado qualquer ganho, apenas a transferência igualitária das ações, posto que a alienação das ações teria ocorrido exclusivamente no exterior, por emissão da ABN Holding.

Advoga no sentido de que o consórcio do qual participava o Banco Santander Espanha foi montado para aquisição da ABN Holding, não podendo se falar em aquisição direta do Banco Real e do AAB Dois Par, uma vez que houve a compra de uma *holding* que encampava os investimentos do Grupo ABN.

Afia, nesse passo, que somente nesse momento poderia se falar em ganho de capital, todavia, como tal ação fora realizada fora do país, tal tributação não seria de competência da Fazenda brasileira e, por isso, o i. Fiscal teria deixado de abalizar tal situação.

Em tal ponto, aponta que o ativo adquirido na oferta pública foi a *holding* holandesa (detentora de diversos ativos) e, por isso, como já esposado, não poderia se consubstanciar exigência de tributos.

1.2. AD ARGUMENTANDUM: AQUISIÇÃO DE BENS LOCALIZADOS NO BRASIL E ILEGITIMIDADE PASSIVA DO RECORRENTE.

Nesse tópico, *ad argumentandum tantum*, aponta o banco recorrente que, por mais que tenha ocorrido aquisição indireta de bens, na medida em que a ABN Holding foi adquirida, não há que se falar em tributação.

Isso porque, se houve eventual ganho de capital tributável no Brasil, decorrente das negociações firmadas, e pela compra das ações do Banco Real e AAB Dois Par, não teria sido auferido pela Sterrebeeck, mas, sim, pelos acionistas do Grupo ABN, alienantes das participações societárias, na oferta pública de aquisição realizada em 2007.

Aponta, às fls. 19096:

“É incorreta, portanto, a identificação da Sterrebeeck como contribuinte do IRRF sobre o suposto ganho de capital auferido: considerando-se que a alienação que poderia ensejar a tributação do ganho de capital pelo imposto de renda ocorreu em 2007, envolvendo os acionistas do Grupo ABN e a RFS (consórcio), não pode prosperar qualquer menção à Sterrebeeck, já que esta empresa não participou da referida operação e, conseqüentemente, não auferiu qualquer ganho.”

E prossegue:

“Isso porque, ainda que se considerasse que a venda teria sido dos bens situados no Brasil (banco Real e AAB Dois Par), fato é que o adquirente – RFS – está localizado no exterior e, assim sendo, a hipótese de responsabilidade pela retenção e recolhimento do tributo caberia ao seu procurador, uma vez que seria caso de alienação de bem, no Brasil, com alienante e adquirente não residentes. É o que dispõe o já citado artigo 26 da Lei nº 10.833/03:

‘Art. 26. O adquirente, pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, ou o procurador, quando o adquirente for residente ou domiciliado no exterior, fica responsável pela retenção e recolhimento do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital a que se refere o art. 18 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, auferido por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior que alienar bens localizados no Brasil.’”

Sob tais argumentos, argui a ilegitimidade passiva do presente lançamento, afirmando que há nulidade absoluta do lançamento, eis que, tal como preceitua os artigos 10 e 11 do Decreto 70.235 de 1972, bem como artigos 245, 267, inc. IV e §3º, do Código de Processo Civil, a legitimidade é requisito essencial do procedimento fiscal.

Ainda em tal tópico, retoma o que anteriormente esposado, de modo que “eventual ganho apurado em 2007 não poderia ser objeto de lançamento de ofício em 2013, por já terem decorrido mais de cinco anos entre a data do suposto fato gerador do tributo e a data do lançamento”.

Propugna, portanto, que houve decadência do direito Fazendário de exigir qualquer tributo sobre eventual ganho de capital auferido pelos acionistas do Grupo ABN na alienação do Banco real e do AAB Dois Par.

Expressa, às fls. 19098:

“Assim sendo, verifica-se que, ainda que se pudesse alegar que se está, no caso concreto, diante de ganho de capital decorrente

de venda de ativos no Brasil (participações societárias no banco Real e na AAB Dois Par), também não haveria que se falar em possibilidade de lançamento em face do ora recorrente, em razão (i) do erro na identificação do contribuinte (Sterrebeeck) e, também, do sujeito passivo por responsabilidade (Recorrente); e (ii) da decadência do crédito tributário, haja vista que o fato gerador ocorreu em 2007. Por tais motivos requer-se a esse E. Conselho que declare a nulidade do auto de infração lavrado, desconstituindo-se o crédito tributário exigido no presente processo administrativo.”

Nesse passo, a Impugnação protocolada, teria seguido caminho totalmente oposto ao que decidido pela d. DRJ-SP, apontando como certo que não teria havido ganho de capital da Sterrebeeck em relação ao custo de aquisição incorrido nos atos anteriores (fls. 1909). E, assim, não poderia ser o Recorrente responsabilizado por qualquer imposto que eventualmente tenha sido devido no evento em que pode ter havido ganho de capital, resultando na nulidade do auto, além de ter ocorrido, a seu ver, decadência do direito de qualquer lançamento sobre tal evento.

2. DA NÃO TRIBUTAÇÃO DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES.

2.1. NATUREZA JURÍDICA DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES.

Em tal subdivisão, explicita o Recorrente que, no Brasil, a incorporação de ações passou a ser expressamente regida como figura jurídica específica (ato jurídico típico, ou nominado), com efeitos jurídicos próprios, pelo artigo 252 da Lei nº 6.404/76, e suas alterações posteriores, conhecida como Lei das Sociedades por Ações (LSA). Às fls. 19.100 colacionou tal artigo:

“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 assembléia-geral das duas companhias mediante protocolo e justificação, nos termos dos artigos 224 e 225.

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

§ 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.

§ 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.”

Em tais termos, e na dogmática de Nelson Eizirik, “se procede a uma modalidade de concentração empresarial em que se mantém a personalidade jurídica da

companhia cujas ações são incorporadas, passando ela, porém a ter apenas um acionista”. (fls. 19.101)

Com tal premissa assentada, descreve que, assim como determina a Lei acima transcrita, a incorporação de ações, tal como a incorporação de sociedades, iniciar-se-ia pela aprovação de protocolo pelas assembleias gerais da sociedade incorporadora e da sociedade que terá suas ações incorporadas.

Desse modo, a assembleia geral da incorporadora teria que aceitar o aumento de capital, a assembleia geral da incorporada teria de autorizar a subscrição do aumento de capital e, após avaliações técnicas feitas a partir de laudos, e a aprovação dos mesmos, os titulares das ações incorporadas receberiam as novas ações de emissão da incorporadora em substituição às ações incorporadas – que passariam a ser de titularidade da incorporadora), em quantidade convencionada em protocolo. Tal condição teria o nome de “relação de troca”.

Assim, a incorporação de ações seria apenas uma modalidade de concentração empresarial, com natureza pública distinta da incorporação de sociedades, bem como que se diferenciaria de mera integralização de capital com bens em simples aumento de capital.

Defende haver diferença entre tais atos, uma vez que, ainda que haja aumento de haja aumento de capital na incorporação de ações, a partir da integralização em bens vindos para seu patrimônio, eles conservam suas identidades distintas, sendo que, na incorporação de ações “a causa é aquisição do controle total de outra companhia para torná-la subsidiária integral da adquirente, sem extingui-la e sem se dar sucessão universal” (fls. 19.103).

A d. DRJ teria, nesse passo, confundido tais institutos, sendo a incorporação de ações e o aumento de capital totalmente dispares e dessemelhantes a seu ver, por assim determinar a Lei.

Às fls. 1904 indigita:

“E há mais uma diferença que precisa ser apresentada em destaque, pela sua importância ao ser enfrentado o problema tributário. No aumento de capital puro e simples, há subscrição individual de ações com a conferência, por cada subscritor, de dinheiro ou bens em integralização das ações com a conferência, por cada subscritor, de dinheiro ou bens em integralização das ações que subscreve, ao passo que na incorporação de ações a subscrição do aumento de capital da incorporadora é feita pela diretoria da outra companhia em nome de todos seus acionistas, e a respectiva “integralização” é feita por incorporação da totalidade das ações desta companhia. Adianta serão tratados os aspectos em torno da manifestação de vontade e da alienação no ato de incorporação de ações, mas aqui o Recorrente destaca esta diferença essencial, consistente em que no aumento de capital com integralização mediante entrega de ações ou outros bens, estes passam para a pessoa jurídica que aumentou seu capital para que cada ação deste, subscrita individualmente pelo acionista, seja integralizada com as ações conferidas por ele em ato pessoal de disposição do seu patrimônio individual, ao passo que na incorporação de ações, a incorporadora incorpora todas as ações (todas, sem exceção) a ela transferidas pela emitente

destas para que esta pessoa jurídica emitente se torne subsidiária integral daquela que quer ser incorporada.” (g.o.)

2.1.1. INCORPORAÇÃO DE AÇÕES E INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADES: DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS.

Sob tal matéria, aponta o Banco apelante que se a própria Lei, em seus arts. 252, 224 e 225 diferencia a incorporação de ações de incorporação de sociedades, não haveria razão de considerá-los como idênticos. Transcreve, nesse ponto, a doutrina de Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro:

“Em nosso entender, a similitude da incorporação de ações (art. 252) com a incorporação de sociedades (art. 227) é mais de processo do que de substância, dado que, na incorporação de ações não se verifica extinção de sociedade, o que é de essência da incorporação a que se refere o art. 227.”

Transcreve, em seguida, dogmática de Nelson Eizirik e de Alberto Xavier, no sentido de haver distinção entre incorporação de ações e sociedades.

Explica:

“De fato, enquanto na incorporação de sociedade, a incorporada deixa de existir e é sucedida universalmente pela incorporadora, na incorporação de ações, ocorre, regra geral, um aumento do capital da sociedade incorporadora, para a emissão de ações a serem entregues aos ex-acionistas da sociedade cujas ações foram incorporadas, com a finalidade de que a sociedade incorporadora passe a ter aquela outra (a sociedade cujas ações foram incorporadas) como sua subsidiária integral” (palavra por palavra, fls. 19.106)

Prossegue aduzindo que os efeitos da incorporação de ações e de incorporação de sociedade seriam distintos, principalmente quando se olha pelo viés dos acionistas.

2.1.2. INCORPORAÇÃO DE AÇÕES E INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL COM BENS: PRINCIPAIS DIFERENÇAS.

Transcrevendo novamente a doutrina de Alberto Xavier, explicita o recorrente que a natureza jurídica da incorporação de ações não poderia ser confundida com aumento de capital social e com sua integralização de bens.

Reproduz ainda as lições de Sacha Calmon e Nelson Eizirik. Nesse caso, informa que, na incorporação de ações, a vontade seria manifestada pelas sociedades, mediante a deliberação de assembleias gerais de ambas, afastando, assim, a manifestação de vontade individual dos acionistas. Portanto, não haveria qualquer manifestação individual de vontade por parte dos acionistas, sendo negócio realizado no âmbito das pessoas jurídicas.

Assim, no aumento de capital regido pelo art. 170 da LSA, cada acionista subscreveria ações e as integralizaria, diferentemente do que ocorreria na incorporação de ações, em que a “integralização” não seria um simples ato de contrapartida da subscrição, mas, sim, as ações da companhia incorporadas em sua totalidade.

Salienta que, ainda que haja alienação, no sentido de transferência de propriedade, poderia não haver incidência de imposto de renda, posto que poderia não haver ganho de capital realizado, uma vez que haveria apenas substituição dos bens.

Anota que, ainda que se considerasse a incidência de imposto de renda sobre ganho de capital na incorporação de ações, tal ganho deveria corresponder, necessariamente, à diferença entre o custo de aquisição das ações incorporadas e o valor atribuído a elas no ato, o que, neste caso, corresponderia à zero.

2.1.3. EFEITOS SOCIETÁRIOS DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES PARA AS SOCIEDADES E ACIONISTAS.

Nesse tópico, apresenta o recorrente a distinção dos efeitos decorrentes da incorporação de ações para as sociedades e para os acionistas.

2.1.3.1. EFEITOS PARA AS SOCIEDADES ENVOLVIDAS NA OPERAÇÃO.

Registra-se, nesse tópico, que, no âmbito das sociedades que participam da operação de incorporação de ações, *“trata-se de efetiva aquisição de participação societária na sociedade cujas ações são incorporadas por parte da sociedade incorporadora, sendo que esta última deverá, como contraprestação pelas ações adquiridas, entregar ações de seu capital que couberem aos titulares das ações incorporadas, em substituição destas”*. (fls. 19.112)

Com efeito, sustenta o apelante que o acionista tem suas ações substituídas e não participa dessa operação de forma ativa, de modo que os efeitos da operação lhe seriam diferenciados.

2.1.3.2. EFEITOS PARA OS ACIONISTAS DA SOCIEDADE CUJAS AÇÕES SÃO INCORPORADAS.

Assoma que, ao contrário do que explicitado no Termo de Verificação Fiscal, ocorreria, sim, uma alienação com sub-rogação real, com substituição das ações. Isso porque, haveria verdadeira troca de ações, sendo emitidas ações pela sociedade incorporadora, sendo certo que o acionista concorrido para tal substituição, eis que estaria inerte em tal operação, dado o mandato sem representação presente na incorporação de ações.

Portanto, e como já anteriormente explicado, haveria troca de ações do Banco Real e do AAB Dois Par, por ações do Recorrente, mantendo-se as mesmas consequências das relações jurídicas previamente existentes com relação ao bem substituído, permanecendo o acionista nas mesmas posições patrimonial e econômica verificadas antes da operação.

Colaciona doutrina e jurisprudência que, a seu ver, sustentariam sua tese de haver, no presente caso, sub-rogação real, tal como Acórdão 105-17.322, advindo da e. 5ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, em que se teria reconhecido que a operação de cisão parcial de empresa controladora, com versão do investimento em controlada no exterior em outra pessoa jurídica, não implicaria emprego de efeito, para efeito de disponibilização de lucros de controlada no exterior.

Alvitra, nessa esteira, que, sob a perspectiva da Sterrebeeck, teria havido clara substituição das ações que ela detinha no Banco Real e no AAB Dois Par pelas novas ações de emissão do Recorrente.

Entremostra que, na incorporação de ações, ter-se-ia operação específica, que, para a sociedade que incorpora, seria verdadeira aquisição de participação societária; para os acionistas, haveria troca de ações, com sub-rogação real, que não geraria qualquer disponibilidade sobre eventual ganho porque simplesmente se trocariam ações.

Às fls. 43 do seu Recurso, fls. 19117 do processo, afia:

*“É bom repisar este ponto, inclusive justificando a razão pela qual antes foi dito neste recurso que é secundária a discussão sobre haver ou não alienação, inclusive tendo-se em conta o aspecto volitivo. O que ocorre, indubitavelmente, é que as ações incorporadas passam para a propriedade da incorporadora, exatamente porque esta as adquire. Em vista disso, numa apreciação simplificada do ato jurídico, poder-se ia concluir que, se houve aquisição com transferência de propriedade, a outra parte deve ter feito a alienação dos mesmos bens. Todavia, numa apreciação mais detida e profunda do ato, segundo sua disciplina jurídica, vai-se perceber que, para o acionista, a perda da propriedade das ações incorporadas tem como contrapartida imediata e automática a aquisição das ações emitidas no ato pela sociedade incorporadora, ou seja, o acionista é ao mesmo tempo alienante (em sentido amplo e genérico) e adquirente (também em sentido amplo e genérico), porque, em sentido estrito, uma coisa fica no lugar da outra. E é por isto que, na perspectiva do acionista, ocorre uma substituição ou sub-rogação real. E é por isto mesmo que, tal como na permuta, o tratamento tributário atribuível à incorporação de ações não pode ser aquele que cabe para as alienação em geral, não obstante nem toda alienação seja apta a gerar ganho de capital (por exemplo, as alienações decorrentes de mútuo e doação não gerem ganho de capital)”.
(Sic.)*

Em continuação, reprise, uma vez mais, que, ao contrário do que defendeu a DRJ, a própria Lei determina expressamente que as ações aqui recebidas substituem as que foram incorporadas, e seria também por isso que o parecer Normativo CST nº 39/81, reconheceria as ações em substituição das que foram objeto da incorporação, fusão ou cisão, havendo sub-rogação, para todos os efeitos de direito.

Portanto, no presente caso, e sustentando suas alegações em doutrina, haveria clara substituição das ações, uma vez que, em sua visão, o próprio instituto da sub-rogação explicitaria tal tema, eis que adviria do latim “subrogatio”, de “subrogare”, que significa “substituir”, “modificar”, o que designaria, claramente, a modificação de uma coisa pela outra.

Em consequência disso, o patrimônio do acionistas, quanto às ações recebidas na incorporação, não teria se modificado, ficando na mesma posição em que antes se encontrava quanto às ações que foram incorporadas, eis que não teria despendido nada para passar a ter as novas ações em lugar das antigas.

Destaca que, no presente caso, há de ser afastada a argumentação da DRJ, uma vez que, o que teria havido, seria a sub-rogação consensual, expressa no art. 421 do Código Civil, bem como por autores, notadamente De Plácido e Silva, que chamaria a presente

situação de “sub-rogação convencional” ou “sub-rogação voluntária”, operada pela vontade do sub-rogado.

Às fls. 19.123:

“Assim, é inolvidável que na relação jurídica substitutiva, decorrente da sub-rogação, temos sujeitos de direito diferentes e/ou objetos diferentes, sem que tal alteração derive da imposição de qualquer outra obrigação ou condição nova e externa à própria sub-rogação. Daí a conservação da relação jurídica original em seus elementos não alterados.”

Constata, assim, que, muito embora a sub-rogação possa acarretar uma nova relação jurídica, modificativa da anterior, aponta que não haveria abandono da originária, eis que, se fosse relação totalmente nova, não haveria que se cogitar sub-rogação, não havendo, portanto, modificação patrimonial positiva ou negativa, sendo esses os termos da incorporação de ações.

Aponta que a argumentação levantada pela d. DRJ, advinda de inspiração doutrinária italiana, não se sustentaria, uma vez que a doutrina especializada facilmente a contestaria. Igualmente, assevera que, ao contrário do que assentado pela decisão recorrida, não estar-se-ia falando sobre modificação de conceitos dos Códigos Civis de 1916 e 2002, eis que os conceitos de bens universais e coletivos não estariam empregados de forma diferente.

Prossegue apontando que não poderia se amparar a decisão quanto à alegação de que “cada coisa tem sua identidade própria”, e que “uma não poderia substituir a outra” (fls. 19.125), eis que tal ideia poria fim na própria concepção de sub-rogação real, que teria por escopo a troca de coisas.

2.2. TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES.

Nesse ponto, demonstra que a exigência fiscal em comento é indevida e deveria ser cancelada por esse e. Conselho, posto que não haveria que se falar em apuração de ganho de capital tributável pelo imposto de renda pela Sterrebeeck.

2.2.1. EFEITOS TRIBUTÁRIOS DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES PARA OS ACIONISTAS.

Sustenta, nesse tópico, que não haveria transferência ou disponibilidade de recursos financeiros e tampouco implica a realização de qualquer outro ganho. Assim, “não existe alienação para feitos de incidência do imposto de renda e de que o custo de aquisição das novas ações é o mesmo da participação societária original (fls. 19.129).

Dessa forma, na incorporação de ações, não haveria que se falar em apuração de ganho de capital tributável.

2.2.2. DA NÃO TRIBUTAÇÃO DAS OPERAÇÕES DE PERMUTA.

Ressalta o recorrente, nesse ponto, que a incorporação teria efeitos fiscais iguais ao da permuta de bens, inexistindo qualquer ganho passível de tributação, sendo certo que a posição patrimonial do acionista teria permanecido inalterada, a incorporação de ações

asemelhar-se-ia a uma operação de permuta, na medida em que nela haveria a mera troca de bens.

Assinala:

“Note-se que o Recorrente nunca disse nem está dizendo que permuta e incorporação de ações sejam iguais, porque não são, dado que uma é negócio jurídico tipificado pelo direito brasileiro e outra é ato jurídico também tipificado por nossa lei, com as respectivas identidades (naturezas jurídicas) dadas pelas suas diferentes causas de atribuição patrimonial. Não obstante, como visto antes, diferentes atos jurídicos podem ter alguns efeitos iguais ou semelhantes, e no caso, tanto a permuta quanto a incorporação de ações geram o mesmo efeito de troca da propriedade de bens, o que se dá no âmbito do direito privado e adquire relevância no âmbito tributário porque neste, para fins do imposto de renda, o efeito fundamental que deve provir dos atos ou negócios jurídicos é o da produção da aquisição da disponibilidade de renda, isto é, a obtenção de renda realizada, o que não se verifica nem na permuta nem na incorporação de ações, porque em ambas trocam-se bens por bens.” (palavra por palavra, fls. 19.130)

Seria, a seu ver, “amplamente dominante” o entendimento de não haver aumento patrimonial tributável na permuta sem torna, uma vez que se atribuiria ao bem recebido mesmo valor que, no balanço patrimonial da pessoa jurídica, tinha dado em permuta, observando-se investimentos registrados perante o Banco Central do Brasil.

Enfatiza que deveriam ser mantidos, para efeitos fiscais, os valores que correspondiam ao custo das ações incorporadas, não podendo haver incidência do imposto de renda sobre o acionista, ainda que a incorporação tenha sido feita a valor maior no âmbito da sociedade incorporadora.

Assim seria, porque toda a legislação dos tributos sobre a renda se pautaria pelo princípio do custo de aquisição, segundo o qual se tomaria este elemento de valoração patrimonial como base para determinação e quantificação de toda e qualquer ocorrência individual que contribua para a ocorrência do acréscimo universal de patrimônio no final do período-base de incidência daqueles tributos.

Anota que, ainda que o permutante receba bem de maior valor do que o custo do bem dado, ocorreria para ele o fenômeno de “acréscimo patrimonial meramente potencial”, não havendo incidência tributária, eis que esta pressuporia ganho real e realizado, sendo tal ação decorrente do princípio da realização da renda. Em tais casos, somente poderia haver tributação em casos que o ganho potencial se caracterizasse em ganho efetivo e definitivo, ou seja, em que houvesse realização de renda pela alienação do bem. Destaca que não se poderia tributar a renda antes de tal realização, eis que se oneraria o patrimônio, e não a renda, eis que ainda não estaria adquirida e disponível, também não podendo vir a estar, assim sendo, o Fisco disporia de sua parte (imposto) antes de o contribuinte ter adquirido a disponibilidade dela.

Em tal contexto, qualquer tentativa de exação consistiria em afronta ao princípio da capacidade contributiva, uma vez que se exigiria do contribuinte que sacrificasse seu patrimônio para que pudesse arcar com o ônus do tributo.

Colaciona doutrina que, a seu ver, daria escoeita solução para a controvérsia, uma vez que coadunam a ideia de impossibilidade de imposição de imposto de

renda sobre renda ficta ou virtual, no sentido de que não bastaria a “aparência de riqueza”, sendo necessário que a potencialidade econômica seja efetiva.

Expressa que, no caso das ações incorporadas, dá-se o mesmo fenômeno verificado nas permutas, em que se pode ter custo inferior ao valor das ações recebidas em sua substituição, mas, por se tratar de ganho potencial não tributável antes de haver uma alienação onerosa com preço maior do que o custo e que, pela diferença, concretize o ganho até então não realizado.

Indica que, ainda que no ato da incorporação, a ação tenha valor maior do que o custo das ações incorporadas, segundo avaliação efetivada, não seria suficiente para a incidência do imposto de renda, sendo necessária que haja alienação das ações para que se suporte tal ônus, posto que a renda não realizada estaria fora do campo da incidência.

Esclarece que o Parecer PGFN/PGA nº 454/91, aludindo ao anterior Parecer PGFN/PGA nº 970/91, teria explicitado não se referir ao artigo 65 da Lei nº 8383, por lhe ter sido antecedente, não deixando margem à dúvida quanto a se tratar de situação de não incidência de imposto de renda.

Sustenta que o tratamento das operações de permuta já teria sido cuidado pelo art. 65 da Lei nº 8.383/91, em que se disporia, implicitamente, que não poderia se incidir imposto de renda sobre permuta ou os efeitos patrimoniais por ela gerados, partindo assim o *caput* do pressuposto de que a permuta não seria tributável, não pairando dúvidas quanto à abrangência do regime tributário exposto.

Explana, com arrimo no Parecer PGFN/PGA nº 454/92, que não se poderia tributar as permutas sem torna no momento em que o negócio é realizado, conforme Parecer Normativo CST nº 504/71.

Junta jurisprudência advinda deste e. Tribunal Administrativo que coadunam os argumentos apresentados.

Averba que a decisão recorrida não tem como prosperar na medida em que não equipara a incorporação de ações à permuta, uma vez que, muito embora sejam atos com natureza jurídica distintas, tem causas e efeitos jurídicos que lhe são comuns, sendo que apenas um deles seria relevante para o trato da questão tributária: a troca ou substituição de bens sem ganho de capital realizado.

Aduz que a avaliação feita, visaria apenas atender o pressuposto de que o aumento de capital deveria ter substância econômica efetiva no valor econômico das ações incorporadas, mas isso não poderia ser confundido com o preço de aquisição e de alienação e tais ações. Assim, não poderia haver confusão entre o preço de avaliação e aquele estampado no art. 19 da Lei 6.404, que utiliza o termo “preço de emissão”.

Sustenta, às fls. 19.149/19.150:

“Já no ato de incorporação de ações, não há apenas a consideração do valor da ação a ser incorporada, pois há a consideração do valor patrimonial econômico da companhia incorporadora, e também a consideração ao valor patrimonial econômico da companhia cujas ações vão ser incorporadas,

para que a totalidade dos acionistas resultantes do ato não ganhe e não perca.

Por isso, na incorporação de ações ninguém subscreve individualmente uma a uma as ações do correspondente aumento de capital, pois este está vinculado antes de tudo ao valor patrimonial da entidade que se transformará em subsidiária integral, em confrontação com o valor patrimonial de que será a controladora após o ato, e a subscrição de capital é feita em bloco.”

E prossegue:

“...neste procedimento, os acionistas cujas ações vão ser incorporadas não fixam um preço para que elas sejam transferidas à sociedade incorporadora, mas, pela comparação de valores patrimoniais das duas companhias, recebem uma quantidade de ações que corresponde à justa relação de troca do que tinham, pelo que passam a ter, inclusive numa visão mais ampla do patrimônio social resultante do ato de incorporação.”

Invoca, em seguida, o entendimento exposto pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 95905-0-PR, em que teria restado decidida a não incidência de imposto de renda sobre a conferência de bens para a integralização de capital subscrito, posto que seriam recebidas “ações correspondentes ao valor dos bens, ainda que expressos nominalmente em quantias diversas, pela avaliação feita”.

Calcado em tais argumentos, reproduz doutrina de Orlando Gomes e do sempre festejado Pontes de Miranda, para balizar seu entendimento, em que haveria no caso concreto a troca de “res” por “res”, e não de “res” por “pretium”. Assim, aponta que “*como há mera substituição das ações, se na avaliação feita houver algum reconhecimento, para os fins da relação de troca, de valor superior ao do custo de aquisição, essa diferença representa mero ganho potencial, não ganho efetivo e não realizado, impossível de ser tributado, como asseverou com propriedade o Parecer PGFN/PGA nº 454/92*”.

2.2.3 DA NÃO OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO IRRF (PAGAMENTO, CRÉDITO, ENTREGA, EMPREGO OU REMESSA).

Nesse tópico, alinhava não ter ocorrido ganho de capital, eis que nenhum evento mencionado no art. 685 do RIR/99 teria ocorrido, sendo eles: pagar, creditar, entregar, empregar ou remeter.

Assim, em síntese, teria apenas procedido em momento na sua conta capital, com respectiva contrapartida, sem, no entanto, pagar, creditar remeter, empregar ou entregar qualquer rendimento seu, uma vez que a incorporadora teria apenas dado em troca das ações que recebeu, as ações que emitiu, tendo havido, para a Sterrebeeck, a perda da propriedade das ações incorporadas, havendo, em contrapartida – imediata e automática – a aquisição das ações emitidas no ato pelo ora Recorrente, sendo certo que a Sterrebeeck teria sido, ao mesmo tempo, alienante e adquirente das ações.

2.2.4. DA POTENCIAL DUPLA TRIBUTAÇÃO SOBRE O GANHO DE CAPITAL.

Em tal rema, reprisa o recorrente que somente na alienação das ações recebidas pela Sterrebeeck na incorporação de ações do Banco Real e do AAB Dois Par poderia ser apurado ganho de capital tributável pelo imposto de renda. Posto que, a seu ver, se

ocorresse antes disso, a eventual mais-valia verificada na incorporação de ações não geraria quaisquer efeitos tributários.

Isso porque, repete, não houve a vontade (animus) do acionista, assim, para eles teria havido apenas uma troca, onde se manteria a participação societária de cada acionista, só que agora, na sociedade incorporadora.

Agita que, segundo o art. 47, §6º da Instrução Normativa RFB nº 1.022/10, teria demonstrado exatamente o caso dos autos, onde a substituição, total ou parcial, de ações, em decorrência de incorporação, manteria o custo de aquisição das ações originalmente detidas.

Assim, afiança, às fls. 19.161:

“Deste modo, se mantida a cobrança no presente processo, poderia haver dupla tributação em virtude de que futuramente, se houver alienação das ações pela Sterrebeeck, o efetivo ganho de capital que então for apurado com base no mencionado custo de aquisição deverá ser oferecido à tributação. Ou ainda poderá ocorrer de não haver ganho de capital, mas mesmo assim já terá havido tributação de um suposto ganho de capital”

Carreia, em seguida, julgado advindo deste e. Conselho que teria dado razão ao contribuinte em situações análogas à presente.

2.2.5. DA INAPLICABILIDADE DO ART. 23 DA LEI Nº 9.249/95.

Reprisa as mesmas linhas apresentadas em sua Peça de Defesa, no sentido da inaplicabilidade do art. 23 da Lei nº 9.249/95, que trata da integralização de capital por pessoas físicas em bens e direitos.

O entendimento levado a cabo pelo i. Agente Fiscal estaria equivocado, na medida em que a integralização de capital e a incorporação de ações não teriam a mesma natureza jurídica, fazendo com que o texto legal acima apresentado não acomodar-se-ia ao presente caso.

Defronta diversa doutrina para alicerçar seus argumentos, de que, embora na incorporação de ações haja aumento de capital, este seria meio para o atingimento do fim da norma do art. 252, e não se confundiria com os aumentos de capital que constituiriam a finalidade da norma do art. 170, também não devendo se confundir outros atos nos quais também haveria aumento de capital.

Ademais, propugna que tanto o que prescrito pelo *caput* da norma, quanto o que passado em seu §2º, referem-se a pessoas físicas domiciliadas no Brasil, o que não seria o caso dos autos, uma vez que o consórcio e a compra de ações teria ocorrido no exterior.

Coteja o entendimento lançado pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Resp. nº 102.7799/CE, da relatoria do em. Ministro Benedito Gonçalves, em que teria se entendido que, na integralização de capital de uma outra sociedade haveria apenas substituição da participação na empresa, sem alteração patrimonial da pessoa jurídica.

Advoga que, muito embora o caso citado tenha ocorrido com pessoa jurídica, onde teria havido o correto reconhecimento da diferença de valores como reavaliação não realizada, os fundamentos de tal julgado teriam caráter de ordem geral, atinentes ao próprio regime constitucional de tributação da renda.

Relaciona, ainda, entendimentos emanados do Supremo Tribunal Federal, Tribunal Regional Federal da 5ª Região e, novamente, Superior Tribunal de Justiça que, teriam dado apurada decisão sobre o tema em comento, bem como dogmática que bem delinearam a matéria.

3. DA NÃO APURAÇÃO DE GANHO DE CAPITAL TRIBUTÁVEL PELA STERREBEECK EM RAZÃO DA MANUTENÇÃO DO CUSTO.

Em tal esteira, afiança que não teria havido qualquer alteração do investimento estrangeiro da Sterrebeeck no Bacen antes e após a incorporação das ações.

Destaca que tal registro é fundamental “e não apenas formal” para apuração de ganho de capital, conforme art. 690, inc. II do RIR/99, estando sob “evidência solar” que não há incidência no presente caso, eis que a *“renda ou capital somente existe naquilo que o investido receber além do que investiu”* (fls. 19.169)

Cita que, conforme a Lei nº 4.131/62, teria sido disposto que o registro de operações financeiras com o exterior não seria apenas formal, dado que dele dependeriam futuros movimentos de remessas de lucros ou os seus investimentos. Portanto, o registro não seria mera formalidade pois importaria em obrigação das sociedades receptoras de investimentos, a ser cumprida perante a autoridade cambial do Brasil, e conferiria, ainda, direitos subjetivos às pessoas a que se refere, *in casu*, investidores estrangeiros.

Transcreve o art. 690 do RIR/99, caracterizando-o como peremptório ao declarar que não estariam sujeitos à retenção do imposto de renda *“os valores, em moeda estrangeira, registrados no Banco Central do Brasil, como investimentos ou reinvestimentos, retornados ao seu país de origem”*.

Desse modo, assenta que teria de haver a postergação da tributação para o momento em que o ganho, se viesse a ocorrer, se tornasse efetivamente realizado e não antes, quando ainda seria potencial e represado. Portanto, o não residente não deveria ser tributado enquanto não receber um retorno maior do que o investimento originalmente realizado. Acrescenta que a regra fundamental (e geral) a estas causas seria a de intributabilidade dos valores investidos em moeda estrangeira, conforme o já acima citado art. 690 do RIR/99, eis que, no presente caso, seriam idênticos os valores registrados antes da incorporação e depois desta, havendo simples alteração da titularidade das pessoas jurídicas receptoras do investimento, sem qualquer alteração de valor da moeda e, portanto, sem ganho de capital realizado.

Junta os registros contábeis da Sterrebeeck antes e após a incorporação, que demonstraria não haver qualquer alteração. São eles:

Processo nº 16327.720550/2013-29
Acórdão nº 2402-006.047

S2-C4T2
Fl. 19.303

SISBACEN 06356/0001-BBIA REGISTRO DECL ATORIO ELETRONICO 13/03/20 15:53
TRANSACAO PRDE600 INVESTIMENTO EXTERNO DIRETO - DECLARANTE MRDE614
----- EXTRATO CONSOLIDADO DE INVESTIMENTO EXTERNO DIRETO NO BRASIL -----
Num. RDE-IED: IA067763 Situacao: ATIVO Data de Inclusão: 24/07/2008
Receptora
1- Informacoes Cadastrais:
Nome BANCO ABN AMRO REAL S. A.
CNPJ 33.066.408/0001-15 Cód. CADEMP: 34227
Ramo de Atividade: 64.221-00 -
Natureza Juridica: 41 - EMP.PRIV.C/PART.ESTRANGEIRA DIRETA
Endereco AV. PAULISTA, 1374 - 3º ANDAR
Cidade SAO PAULO UF: SP CEP: 01310-916
Telefone 11 31749615 Fax: 11 31747052
Representante 34227 BANCO ABN AMRO REAL S. A.
2-Capital Social Integralizado:
Valor 11.004.713.094,35 Data Ato Societario: 24/04/2008
Qtde de ACOES ... 3.159.446.246 ORD : 3.159.446.246
PREF:
3-Patrimonio Liquido:
Valor + 12.581.836.327,64 Data Balanco/Balancete: 30/06/2008
ENTRA=SEGUE F6=OBSERVACOES F3=RETORNA

SISBACEN 06356/0001-BBIA REGISTRO DECL ATORIO ELETRONICO 13/03/20 15:53
TRANSACAO PRDE600 INVESTIMENTO EXTERNO DIRETO - DECLARANTE MRDE614B
----- EXTRATO CONSOLIDADO DE INVESTIMENTO EXTERNO DIRETO NO BRASIL -----
Num. RDE-IED: IA067763
Moeda Estrangeira Valor Fracao Capital Social
Investimento...: USD 3.159.918.313,30
EUR 1.005.627.306,26
GBP 28.137,28
Reinvestimento: USD 88.822,31
EUR 1.082.404.256,85
PAB 346.432,52
Total.....: USD 3.160.007.135,61 8.659.695.979,08
EUR 2.088.031.563,11
GBP 90.484,81
Quantidade de ACOES : 2.486.193.299
ORD : 2.486.193.299
PREF:
-----Pag. 001
ENTRA=SEGUE F5=PRIMEIRA PAG F7=VOLTA PAG F3=RETORNA
F9=TRANSACAO F1=S.O.S. F8=AVANCA PAG F12=ENCERRA

SISBACEN 06356/0001-BBIA REGISTRO DECLARATORIO ELETRONICO 24/07/2008 19:43
TRANSACAO PRDE600 INVESTIMENTO EXTERNO DIRETO - DECLARANTE MRDE614B
----- EXTRATO CONSOLIDADO DE INVESTIMENTO EXTERNO DIRETO NO BRASIL -----
Num. RDE-IED: IA067317
Moeda Estrangeira Valor Fracao Capital Social
Investimento...: EUR 153.069.136,47
USD 82.826.241,13
Reinvestimento: EUR 236.237.432,11
UYU 30,56
Total.....: EUR 389.306.568,58 1.224.170.585,08
USD 82.826.241,13
UYU 30,56
Quantidade de ACOES : 865.376.244
ORD : 865.376.244
PREF:
-----Pag. 001
ENTRA=SEGUE F5=PRIMEIRA PAG F7=VOLTA PAG F3=RETORNA
F9=TRANSACAO F1=S.O.S. F8=AVANCA PAG F12=ENCERRA

SISBACEN 06356/0001-BBIA REGISTRO DECLARATORIO ELETRONICO 24/07/2008 19:43
 TRANSACAO PRDE600 INVESTIMENTO EXTERNO DIRETO - DECLARANTE MRDE614

----- EXTRATO CONSOLIDADO DE INVESTIMENTO EXTERNO DIRETO NO BRASIL -----
 NUM. RDE-IED: IA067317 Situacao: ATIVO

Receptora Data de Inclusão: 03/07/2008

1-Informacoes Cadastrais:

Nome ABN AMRO BRASIL DOIS PARTS.S.A.
 CNPJ..... 5.515.360/0001-40 Cod. CADEMP: 34663
 Ramo de Atividade: 64.620-00 -
 Natureza Juridica: 27 - EMP.PRIVADA-SOC.P.ACOES CAP.FECHADO
 Endereco AV. PAULISTA, 1374
 Cidade SAO PAULO UF: SP CEP: 01310-916
 Telefone 11 31749615 Fax: 11 31747052
 Representante 34227 BANCO ABN AMRO REAL S. A.

2-Capital Social Integralizado:

Valor 1.224.170.586,49 Data Ato Societario: 24/04/2008
 Qtde de ACOES ... 865.376.245 ORD : 865.376.245
 PREF:

3-Patrimonio Liquido:

Valor..... + 1.313.575.208,53 Data Balanco/Balancete: 31/03/2008

ENTRA=SEGUE

F6=OBSERVACOES

F3=RETORNA

E após a incorporação:

SISBACEN 03008/0297-ANTONIA REGISTRO DECLARATORIO ELETRONICO 05/01/2010 15:55
 TRANSACAO PRDE600 INVESTIMENTO EXTERNO DIRETO - DECLARANTE MRDE614

----- EXTRATO CONSOLIDADO DE INVESTIMENTO EXTERNO DIRETO NO BRASIL -----

NUM. RDE-IED: IA071829 Situacao: ATIVO

Receptora Data de Inclusão: 13/03/2009

1-Informacoes Cadastrais:

Nome BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.
 CNPJ..... 90.400.888/0001-42 Cod. CADEMP: 39978
 Ramo de Atividade: 64.221-00 -
 Natureza Juridica: 41 - EMP.PRIV.C/PART.ESTRANGEIRA DIRETA
 Endereco RUA AMADOR BUENO 474
 Cidade SAO PAULO UF: SP CEP: 04752-901
 Telefone 11 55388042 Fax: 11 55388042
 Representante 34227 BANCO ABN AMRO REAL S. A.

2-Capital Social Integralizado:

Valor 62.806.071.402,28 Data Ato Societario: 29/10/2009
 Qtde de ACOES ... 399.044.116.905 ORD : 212.841.731.754
 PREF: 186.202.385.151

3-Patrimonio Liquido:

Valor..... + 51.705.989.426,79 Data Balanco/Balancete: 30/10/2009

ENTRA=SEGUE

F6=OBSERVACOES

F3=RETORNA

Processo nº 16327.720550/2013-29
Acórdão nº 2402-006.047

S2-C4T2
Fl. 19.304

SISBACEN 03008/0297-ANTONIA REGISTRO DECLARATORIO ELETRONICO 05/01/2010 15:55
TRANSACAO PRDE600 INVESTIMENTO EXTERNO DIRETO - DECLARANTE MRDE614B
----- EXTRATO CONSOLIDADO DE INVESTIMENTO EXTERNO DIRETO NO BRASIL -----
Num. RDE-IED: IAO71829
Moeda Estrangeira Valor Fracao Capital Social

Investimento...: EUR	1.159.510.345,80	
USD	3.244.802.590,11	
GBP	28.137,28	
Reinvestimento: EUR	1.330.197.215,72	
USD	88.822,31	
UYU	46,55	
Total.....: EUR	2.489.707.561,52	23.888.971.396,18
USD	3.244.891.412,42	
GBP	90.484,81	
Quantidade de ACOES :	151.780.763.893	
ORD :	81.208.172.956	
PREF:	70.572.590.937	

-----Pag. 001

ENTRA=SEGUE	F5=PRIMEIRA PAG	F7=VOLTA PAG	F3=RETORNA
F9=TRANSACAO	F1=S.O.S.	F8=AVANCA PAG	F12=ENCERRA

Dessa forma, não teria havido qualquer mudança contábil, onde o custo de aquisição e o valor de “alienação” (que seria o valor pelo qual as ações do Recorrente foram recebidas pela Sterrebeeck), seriam equivalentes. De modo que, fosse pela regra do art. 26 da IN SRF nº 208/02, seja pelo artigo 690 do RIR/99, não haveria ganho de capital a ser tributado *in casu*. Posto que, em seu entender, o valor pelo qual as ações do Banco Real e do AAB Dois par foram entregues ao Recorrente corresponderiam ao valor de mercado destas mesmas ações, obtidos em transação realizada entre partes independentes (ABN holding pelo consórcio).

Prossegue assentando que, como já afirmara em sua peça de bloqueio, houve erro a partir da autoridade fiscalizadora ao converter o montante do registro para moeda nacional, o que não seria o caso dos autos, conforme os arts. 9º da Lei nº 9.718/98, inc. II do art. 690 do RIR/99 e art. 24 da MP nº 2.158.

Isso porque, o investimento continuaria registrado no Banco Central pelo mesmo valor anterior em moeda estrangeira, ou seja, às ações do Recorrente teria sido reconhecido o mesmo valor de custo das ações incorporadas, posto que teriam vindo em substituição daquelas.

Dessarte, aponta que estaria errado o entendimento da d. DRJ posto que “*se houvesse alguma alienação por valor igual ou inferior ao montante em moeda estrangeira investida, mas superior em moeda nacional, o acionista teria que pagar imposto sem ter tido ganho da capital, e não teria a garantia de retorno integral do seu investimento, como lhe é conferida pela lei nº 4131*” (fls. 19.187). Assim, haveria perda de capital, mesmo com diferença positiva em reais, sendo esta sujeito à tributação.

Afia que o sistema tributário brasileiro protege o Contribuinte em casos de investimentos originalmente feitos em moeda estrangeira, tomando-a como base para apuração de ganho ou perda de capital, comparando-se os montantes de custo e alienação na moeda do

investimento, e quando apurado ganho, traduzi-lo em reais pela taxa de câmbio do fato gerador.

Sustenta que, no presente caso, não teria sido apurado qualquer ganho em moeda estrangeira, dado que o investimento feito teria sido mantido no mesmo montante originário nas moedas do investimento, estando erra da a autoridade lançadora ao converter o investimento em moeda estrangeira para moeda nacional e comparar o resultado com o valor da avaliação em reais.

Propugna, uma vez mais, pelo cancelamento do auto.

4. DA AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE POR PARTE DO RECORRENTE – INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 26 DA Lei nº 10.833/03 AO PRESENTE CASO.

Afirma que, se no presente caso, *ad argumentandum tantum*, tivesse havido qualquer ganho de capital, o contribuinte no polo passivo deveria ser a própria Sterrebeeck, e não o Banco Santander, eis que a responsabilidade prevista no art. 26 da Lei nº 10833/03 apenas se aplicaria às hipóteses em que o responsável tributário possa arcar com o ônus financeiro do tributo.

Avaliza que, segundo o art. 45 do Código Tributário Nacional, o contribuinte do imposto de renda, seria aquele titular da disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou do provento tributável, ou seja, aquele diretamente vinculado ao fato gerador, conforme disporia também os artigos 121 e 128 do mesmo Diploma Legal.

Das fls. 19.190 às fls. 19.196, junta farta jurisprudência no sentido da impossibilidade de transferência da responsabilidade quanto ao pagamento do imposto. Nesse passo, estaria equivocada a d. Fiscalização ao imputar ao Recorrente a responsabilidade pelo recolhimento do imposto supostamente devido pela sociedade Sterrebeeck em razão da incorporação de ações do banco Real e do AAB Dois Par, não sendo aplicável ao caso o art. 26 da Lei nº 10833/03, eis que, de acordo com as regras que regem a responsabilidade tributária, não haveria dúvidas de que tal artigo só seria aplicável nos casos em que há ganho de capital decorrente da alienação de bens **com pagamento em dinheiro passível de retenção**.

Ratifica que, no presente caso, não teria havido qualquer pagamento em dinheiro e, por conseguinte, não haveria qualquer possibilidade de retenção do imposto “devido”, tendo havido, reprise, mera substituição de ações, não podendo ser retidas para fins de pagamento de tributos. E completa:

“A própria retenção de ações não seria possível, tendo em vista que o inciso I do artigo 224 da LSA determina a substituição integral das ações detidas pelos acionistas, vedando, portanto, eventual retenção das ações objeto da operação. Em outras palavras, a LSA exige que seja entregue ao acionista a totalidade das ações previstas nas deliberações societárias aplicáveis. No mesmo sentido, o §3º do artigo 252 da LSA determina que, aprovada a operação de incorporação de ações, ‘os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhes couberem’”. (fls. 19.197)

Fia que a fiscalização teria transferido, em ultima análise, o ônus financeiro a quem não seria contribuinte do tributo, representando subversão dos princípios que regem a ordem tributária de Estado de Direito.

Atenta ainda que, ainda a Sterrebeeck tivesse auferido ganho de capital tributável na operação de incorporação de ações do Banco Real e do AAB Dois Par, a responsabilidade pelo recolhimento jamais poderia ser atribuída ao Recorrente, eis que o tal ônus não poderia ser suportado pelo contribuinte, eis que não haveria disponibilidade de dinheiro passível para retenção, o que consumiria, na verdade, o patrimônio do recorrente.

Arremata, às fls. 19.200:

“(...) o Recorrente apenas procedeu a movimento na sua conta capital, com a respectiva contrapartida, e ninguém dirá que, quando uma sociedade recebe dinheiro ou bens para integralizar aumento do seu capital, está pagando, creditando, remetendo, empregando ou entregando rendimento”.

5. DO INDEVIDO REAJUSTAMENTO DA BASE DE CÁLCULO (GROSS UP).

Nesse ponto, defende que houve indevido reajustamento da base de cálculo, nos termos do artigo 725 do RIR/99.

Afirma que a presente exigência tributária é absolutamente improcedente, *“seja porque a operação de incorporação de ações não decorreu a apuração de ganho de capital tributável pela Sterrebeeck, seja porque o Recorrente não pode suportar o ônus financeiro de eventual tributo devido pela sociedade residente, ante a ausência de responsabilidade de dinheiro passível de retenção na fonte”.* (fls. 19.201)

Apenas por amor ao debate, salienta que, ainda que fosse legítima a cobrança de IRRF ora perseguida, o reajustamento da base de cálculo permaneceria indevido, eis que tal reajustamento só seria justificável quando a fonte pagadora assumisse o ônus do imposto devido pelo beneficiário, sendo certo que em tal situação o imposto recolhido deve ser acrescido aos rendimentos auferidos pelo não residente, sendo parte da renda tributável deste, conforme preceituado pelo art. 5º da Lei nº 4.154/62 e artigo 725 do RIR/99.

No caso em tela, o recorrente não teria assumido qualquer ônus pelo IRRF supostamente devido pela Sterrebeeck, não havendo, portanto, qualquer ajuste entre as partes a respeito da assunção do ônus financeiro do imposto pelo Banco apelante, não tendo como prosperar o entendimento do i. Fiscal, que ampliaria a base de cálculo de forma indevida e resultaria, em consequência, em apuração que não refletiria a realidade da operação, caso fosse tributável.

6. INEXIGIBILIDADE DE MULTA E JUROS, NOS TERMOS DO ARTIGO 100, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

Reagita os mesmos argumentos postos em sua Impugnação, no sentido de que o recorrente teria agido com estrita observância das normas complementares da legislação tributária, de modo que, se mantida a exigência fiscal, deveria ser cancelada a cobrança de multa e juros, eis que impor-se-ia a aplicação do parágrafo único do artigo 100 do Código Tributário Nacional.

7. DA ILEGALIDADE DA COBRANÇA DE JUROS SOBRE A MULTA.

Afiança que, ainda que haja a manutenção da autuação combatida, os juros calculados com base na taxa SELICA não poderiam ser exigidos sobre a multa de ofício lançada, por ausência de previsão legal, eis que, conforme artigo 13 da Lei nº 9.065/95 e artigo 84 da Lei nº 8.981/95, tais acréscimos seriam apenas sobre tributos.

Assim, ainda que a multa tenha o objetivo de sancionar o comportamento advindo de infrações tributárias, ela em si mesma não constitui tributo e, portanto, não haveria previsão legal para que os juros calculados à taxa SELIC incidam sobre ela, constituindo desrespeito ao princípio constitucional da legalidade previsto nos artigos 5º, II e 37 da Constituição Federal, o que não poderia ser admitido por este Conselho.

Articula doutrina e jurisprudência em defesa de sua tese, arrematando no sentido de que sejam acolhidos os fundamentos aduzidos para que se determine o cancelamento dos juros de mora, calculados com base na taxa SELIC, sobre a multa de ofício lançada no auto de infração originário.

Em face de todo o exposto, requer o recebimento, conhecimento e provimento do recurso com a consequente desconstituição e cancelamento integral do auto de infração.

Às fls. 19.224 *usque* 19.264, a Procuradoria da Fazenda Nacional junta suas contrarrazões em prestígio do julgado, requerendo que seja negado provimento ao recurso voluntário, mantendo-se incólume o lançamento fiscal questionado.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Jamed Abdul Nasser Feitoza - Relator

1. ADMISSIBILIDADE.

Recurso foi interposto tempestivamente, estando presentes as demais condições intrínsecas e extrínsecas de admissibilidade recursal, previstas no Decreto nº 70.235/72, voto por dele conhecer.

2. DO LANÇAMENTO.

A presente demanda decorre da resistência a perfectibilização de lançamento tributário que considerou o Recorrente como responsável pelo Imposto de Renda Retido na Fonte de contribuinte domiciliado no exterior, apurado em razão de alegado ganho de capital em operação de incorporação de ações de Sociedades Anônimas sediadas no Brasil.

Conforme consignado no relatório, a fiscalização considerou como evento tributável a incorporação de ações do Banco Real e do AAB Dois Par ao patrimônio da impugnante, realizada em 29/08/2008, tendo sido tal operação realizada no contexto da aquisição e consolidação das unidades de negócio do grupo ABN AMRO no Brasil pelo grupo Santander.

Foram apurados Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) Art. 3º, §3º, da Lei nº 7.713/88; art. 18 da Lei nº 9.249/95; art. 26 da Lei nº 10.833/2003; arts. 682, 685 e 725 do RIR/99, no valor de R\$ 4.363.174.547,84. Juros de Mora (calculados até 06/2013) Art. 61, § 3º da Lei nº 9.430/96 - R\$ 2.022.331.402,92 e Multa Proporcional Art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007 - R\$ 3.272.380.910,88, Totalizando R\$ 9.657.886.861,64.

Como resultado de sua impugnação, obteve decisão no sentido de considerar seus argumentos totalmente improcedentes, sendo mantida a integralidade do crédito originário. Assim, interpôs o presente Recursos Voluntário. Dada a natureza e valores envolvidos, a Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões, sendo ambas as manifestações objetos das análises e posições manifestadas no presente voto.

3. RAZÕES PRELIMINARES.

O Recorrente inicia seus argumentos de resistência a perfectibilização do lançamento e busca de reforma da decisão referente com oposição de razões preliminares, o fazendo, resumidamente, nos seguintes termos:

- Incorreta consideração da incorporação de ações como evento tributável – Segundo sustenta não houve evento tributável no Brasil, pois tendo o Santander Espanha integrado consórcio adquirente da ABN Holding detinha a titularidade indireta dos negócios e ativos do Grupo ABN e segundo sustenta, o único evento tributável para fins de apuração de ganho de capital seria

a alienação, em 01/11/2007, da ABN Holding para o referido consórcio.

Expondo tal fato, sustenta que mesmo essa operação ocorrida em 2007 consistiu na aquisição de ações de sociedade no exterior, ABN Holding, e ainda que tal fato econômico fosse compatível com a regra matriz de incidência do tributo em questão, não seria o Recorrente o sujeito passivo, mas a RFS Holding B.V. ("RFS").

- Da inexistência de ganho de capital tributável no Brasil – Aquisição de bens localizados no exterior – Cita o Art. 26 da lei 10.833/03 destacando uma das condições para que o ganho de capital por não residente se submeta e exação brasileira, os bens alienados devem estar localizados no Brasil. Alegando que, no caso em tela, o Grupo ABN (alienante) e o RFS (adquirente) estavam localizados no exterior e o bem alienado (participação societária na ABN Holding), objeto de aquisição por oferta pública, também estava localizado no Exterior, não havendo qualquer base para incidência de tributo brasileiro sobre tal operação.

- Aquisição de Bens não localizados no Brasil e ilegitimidade Passiva do Recorrente – Como consequência lógica dos pontos anteriores, sendo os bens objeto de alienação localizados no exterior e as partes da operação também estrangeiras, não há que se falar em ganho de capital tributado no Brasil, por consequência, não poderia, ao Recorrente, ser imputada qualquer responsabilidade pela retenção de operação não tributável.

Segue sustentando que, mesmo sendo vitorioso o entendimento de que ocorreu, indiretamente, o Santander Espanha adquiriu bens localizados no Brasil (Banco Real e AA Dois Par), uma vez que tal quinhão da operação da ABN Holding já lhe cabia desde de a origem das operações, ainda assim seria incabível a inclusão do Recorrente na relação tributária, eis que a única alienação que poderia ensejar ganho ocorreu em 2007 envolvendo os acionistas do Grupo ABN e a RFS, não podendo prosperar qualquer menção à Sterrebeeck, menos ainda admitir a responsabilidade do Recorrente pelo IRRF.

Apresenta tais argumentos de modo vestibular buscando, com fundamento nos artigos 10 e 11 do Decreto 70.235/72 c/c Arts 245, 267, inciso VI e §3º do CPC ver declarada sua ilegitimidade passiva.

Quanto a este ponto, cumpre registrar que, com as devidas adaptações ao Processo Administrativo Fiscal, entendo como aplicável no presente caso, a Teoria da Asserção ou *prospettazione*.

Nesse sentido, a indicação do Recorrente, no auto de infração, como responsável tributário, não poderia ser afastada sem o exercício de uma análise de mérito. Somente após a dilação probatória e análise minuciosa das relações jurídicas, fatos e fundamentos do presente caso é que seria possível declarar, com segurança, a ilegitimidade alegada.

A bem da verdade, a análise da ilegitimidade passiva redundaria em incursão no mérito da demanda. Dizer que ausente a legitimidade passiva é o mesmo que julgar procedente

o pedido sem analisar o mérito. Ora, os pontos indicados pelo Recorrente como prejudiciais ao mérito, se repetem, em parte, quando adentramos na análise meritória.

Outrossim, um dos pontos centrais desta lide consistem, justamente, na avaliação da operação de incorporação de ações como situação jurídica apta a ser considerada fato gerador do tributo ao qual o Recorrente resiste.

Logo, a discussão acerca da responsabilidade do recorrente situa-se na esfera meritória e nessa condição será analisada.

4. CONSIDERAÇÕES GERAIS, INDICAÇÕES METODOLÓGICAS E CONCEITOS ADOTADOS NO PRESENTE VOTO.

O presente caso é marcado por um profundo debate conceitual. Os aspectos fáticos não estão em discussão, não se nega a ocorrência de incorporação de ações, o que está em lide é a percepção adequada de seus efeitos jurídicos do ponto de vista tributário e societário. Diferente do que ocorre em outras demandas enfrentadas por este colegiado, neste processo, os elementos conceituais ocupam posição central na lide.

Assim, inicio o presente voto realizando uma incursão conceitual para firmar nossa posição em relação a cada um dos temas estruturais da demanda.

A questão dos conceitos foi exaustiva e brilhantemente tratada pelo agente fiscal, pelos patronos, pela procuradoria e pelo relator da decisão recorrida, nos deixando uma excelente base de trabalho.

Neste ponto do voto indicaremos a metodologia de análise e os conceitos com os quais trabalharemos para emitir nosso posicionamento no que se refere ao caso concreto.

A investigação deve partir da natureza jurídica da operação de incorporação de ações e a existência de renda realizada, para somente após tal incursão, serem avaliados o conjunto de atos precedentes e contemporâneos a incorporação de ações realizada no presente caso, com vistas a revelar outros elementos como sujeito passivo, responsável, base de cálculo entre outro.

É neste sentido que conduziremos nossa investigação e como primeiro ponto de apreciação vamos centrar atenção no desvelar a natureza jurídica da incorporação de ações e seus efeitos tributários, seguida do registro da posição deste relator.

Em seguida, avançaremos para uma análise do conceito de realização de renda, culminando na confrontação destes conceitos aos fatos da presente lide.

Vencida as etapas anteriores, pretendemos analisar os demais elementos do caso concreto e avaliar os impactos das operações pretéritas e contemporâneas ao fato em discussão para eventual revisão ou manutenção do lançamento, no todo ou em parte.

Em que pese existirem precedentes neste colegiado, o presente caso tem elementos *sui generis*, com destaque especial para o fato do suposto beneficiário ser pessoa jurídica domiciliada no exterior, fazendo com que o tributo incidente siga a sistemática da retenção na fonte, transferindo a responsabilidade de seu recolhimento para a fonte pagadora.

Ainda não há pagamento, mas apenas suposto ganho de capital apurado pela fiscalização com base nas reavaliações de ativos.

Como suposto metodológico à investigação conceitual que ora se promoverá, seguiremos os ensinamentos do professor Humberto Ávila¹ que, ao tratar do tema, indicou a necessidade de realizar uma prévia distinção entre os dois tipos de conceitos jurídicos, "os conceitos lógico-formais e os conceitos jurídico-positivos."

"Os conceitos lógico-formais são aqueles que dizem respeito a categorias lógicas pressupostas por qualquer ordenamento jurídico e que, por essa razão, têm validade geral, independentemente de estarem previstos em determinado ordenamento jurídico². (...) Já os conceitos jurídico-positivos são aqueles que dizem respeito a categorias reguladas, direta ou indiretamente, por determinado ordenamento jurídico e que, por esse motivo, têm sua validade e seus contornos normativos condicionados ao modo como são estabelecidos pelo direito positivo.³"

O referido autor apresenta tal argumentação para fincar as bases hermenêuticas adequadas à presente investigação e não permitir que se tome por lógico-formal um conceito que, em sua essência, é jurídico-positivo.

O instituto da incorporação de ações está adstrito, em seus contornos legais, ao disposto em nosso ordenamento jurídico. Por consequência, sua classificação como ato com características de alienação ou sub-rogação depende inteiramente do modo como o Direito Positivo Brasileiro, do ponto de vista societário e tributário, regulou estes institutos.

Sobre o tema, ainda na esteira das lições de Humberto Ávila, devemos partir e valorar com maior vigor a conotação legal atribuída aos institutos em questão, o fazendo antes de qualquer investigação de ordem jurisprudencial ou doutrinária, conforme passamos a relatar nos próximos tópicos.

5. INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL.

5.1. DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES NA LEGISLAÇÃO.

A Lei 6.404/76 incutiu ao instituto da incorporação de ações um *status* de negócio jurídico típico, com contornos próprios e diversos de outros institutos do Direito. Sua disciplina consta do Capítulo XX da referida Lei, que tem por temática geral sociedade coligadas, controladoras e controladas.

Seu regramento próprio consta como um subtítulo da Seção V do referido Capítulo. Tal seção regula a instituição das chamadas subsidiárias integrais, sendo a incorporação de ações uma forma típica e legalmente prevista para sua constituição.

Os matizes do conceito de incorporação de ações constam do Art. 252 do diploma legal em foco. Assim são seus contornos jurídico-positivos:

¹ Ávila, Humberto - Contribuições e Impostos Sobre a Renda Estudos e Pareceres - 2015, Editora Malheiros, São Paulo - SP - Página 285.

² Quanto aos conceitos Lógicos-Formais o autor indica como exemplos os conceitos de relação jurídica, direito subjetivo, norma jurídica.

³ Exemplos dados pelo autor são os conceitos de prescrição, decadência, atos e negócios jurídicos.

"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.

§ 4º A Comissão de Valores Mobiliários estabelecerá normas especiais de avaliação e contabilizarão aplicáveis às operações de incorporação de ações que envolvam companhia aberta. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)"

O dispositivo transcrito, somando a outros que menciona, é claro e completo ao indicar as características essenciais do instituto, suas finalidades e o iter de sua realização, indicando tratar-se de conceito próprio do ponto de vista jurídico-positivo e diverso de outros, como a incorporação de sociedades e o aumento do capital com bens, pontos que serão investigados nos próximos itens do voto.

5.2. INCORPORAÇÃO DE AÇÕES E INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE - DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS.

Os institutos da incorporação de ações e incorporação de sociedades apresentam diferenças e semelhanças que merecem ser destacadas na presente investigação. São, assim, faces de uma mesma moeda, o que não as torna a mesma coisa, mas já é o suficiente para gerar alguns efeitos jurídicos semelhantes, como será visto adiante.

Cabe registrar que tais operações estão tratadas objetivamente pela Lei das S.A., porém, em dispositivos diversos, não estando nem sob o mesmo alinhamento capitular.

A incorporação de sociedades é tema pertencente ao Capítulo XVIII que versa sobre Transformação, Incorporação, Fusão e Cisão de sociedades, enquanto que a incorporação de ações é tratada no âmbito das operações relativas às sociedades coligadas, controladoras e controladas, contidas no Capítulo XX.

Em busca das diferenças e semelhanças, recorreremos às orientações contidas na exposição de motivos da Lei das Sociedades Anônimas e, como era esperado, o texto indica os contornos comparativos entre os institutos, conforme passo a transcrever:

" Seção V - Subsidiária Integral

(...)

***A incorporação de ações**, regulada no artigo 253 é meio de tornar a companhia subsidiária integral, e **equivale à incorporação de sociedade sem extinção da personalidade jurídica da incorporada**. A disciplina legal da operação é necessária porque ela implica - tal como na incorporação de uma companhia por outra - em excepcionar o direito de preferência dos acionistas da incorporada de subscrever o aumento de capital necessário para efetivar a incorporação. Em compensação, para evitar que a subsidiária integral possa servir de instrumento para prejudicar acionistas minoritários da companhia controladora, o artigo 254 assegura direito de preferência para aquisição ou subscrição de ações do capital da subsidiária integral." (Grifamos)*

Sem deixar de indicar as diferenças dos institutos, o próprio legislador tratou de registrar serem a incorporação de ações e de sociedades, operações que guardam equivalência.

No concernente às diferenças, o objeto da incorporação de sociedades implica na transmissão de todo o patrimônio da sociedade incorporada ao ativo da incorporadora, sendo uma transmissão de bens próprios da sociedade incorporada, enquanto que a incorporação de ações consiste na transmissão de todas as ações de uma companhia ao controle integral de outra, sem implicar na transmissão de bens da sociedade incorporada.

No concernente às alterações na personalidade jurídica das sociedades envolvidas, os efeitos das operações são diametralmente opostos, pois, em suma, a incorporação de sociedades tem como efeito a extinção da sociedade incorporada (Art. 219, III), enquanto a incorporação de ações tem por consequência a continuidade da sociedade (Art. 252) objeto da operação, porém sob uma condição decisória centralizada, pois torna-se uma subsidiária integral da sociedade que incorpora suas ações.

No aspecto deliberativo, a incorporação de ações tem procedimento diverso da incorporação de sociedades. Na incorporação de ações caberá a Assembleia Geral da companhia incorporadora, se aprovar a operação, autorizar o aumento do capital, a ser realizado com as ações a serem incorporadas, devendo ainda nomear os peritos que as avaliarão.

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 acionistas não terão direito de preferência para subscrever o aumento de capital, mas os dissidentes poderão retirar-se da companhia, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230, (Art. 252, §1º), salvo se suas ações gozarem de liquidez e dispersão, situação que inibe o direito de retirada por meio de reembolso, cabendo aos dissidentes apenas exercer a faculdade de alienação de suas ações no mercado (Art. 137, II).

Aprovado o laudo de avaliação pela assembléia-geral da incorporadora, efetivar-se-á a incorporação e os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhes couberem. (Art. 252, §3º)

O procedimento para se promover a incorporação de sociedades apresenta forma deliberativa diversa, parte de deliberação da Assembleia Geral da companhia incorporadora, que, se aprovar o protocolo da operação, deverá autorizar o aumento de capital a ser subscrito e realizado pela incorporada mediante reversão do seu patrimônio líquido, e nomear os peritos que o avaliarão. (Art. 227, §1º)

A sociedade que houver de ser incorporada, se aprovar o protocolo da operação, autorizará seus administradores a praticarem os atos necessários à incorporação, inclusive a subscrição do aumento de capital da incorporadora. (Art. 227, §2º)

Aprovados pela assembléia-geral da incorporadora o laudo de avaliação e a incorporação, extingue-se a incorporada, competindo à primeira promover o arquivamento e a publicação dos atos da incorporação. (Art. 227, §3º)

Note-se que, nos termos do Art. 252, §2º da Lei das S.A. a incorporação de ações se processa por meio de um conjunto de obrigações que se aproxima de um mandato sem representação⁴, já que caberá à Diretoria da incorporadora, por conta de seus sócios, não em nome destes, subscrever o aumento de capital.

Em contraponto a essa característica, na incorporação de sociedades, o que prevalece é o mandato com representação, na medida em que a sociedade age em nome e a conta dos acionistas.

É interessante notar que, no caso da incorporação de sociedades, a manifestação de vontade individual dos sócios é uma realidade, na medida em que são representados; já na incorporação de ações não há representação, denotando uma ausência de vontade. Na incorporação de ações o ato é praticado integralmente entre sociedades, na incorporação de sociedades os sócios têm participação.

Este é um ponto que causa espécie, pois, como veremos, um dos fundamentos para considerar a incorporação de ações como ato de alienação passa por uma discussão a respeito da manifestação de vontade dos sócios.

⁴ Christiano Cassettari explica o conceito nos seguintes termos: "No mandato sem representação, o mandatário, apesar de intervir por conta e no interesse do mandante, não aparece revestido da qualidade de seu representante, agindo, pelo contrário, em nome próprio, e não em nome do mandante, pelo que é ele, mandatário, que adquire os direitos e assume as obrigações decorrentes dos negócios que celebra. O mandato sem representação pressupõe: a) o interesse de certa pessoa na realização de determinado negócio sem intervenção pessoal própria ou por intermédio de representante; b) a interposição de outra pessoa para esse efeito por incumbência não aparente do titular daquele interesse; c) a celebração do negócio pela pessoa interposta com exclusão de qualquer referência ao verdadeiro interessado na produção dos efeitos conseguidos por essa pessoa; d) a transmissão para o mandante dos direitos adquiridos pelo mandatário na execução do mandato."

Apesar de, já adiantando nosso posicionamento sobre o tema, não existir manifestação de vontade dos acionistas na operação de incorporação de ações, eis que as personalidades da sociedade e sócios são inconfundíveis, ainda que esta manifestação de vontade estivesse presente, não seria suficiente para gerar resultados tributários diversos daqueles atribuídos aos acionistas de sociedades incorporadas.

A Lei claramente os abnuiu os institutos, mas, como fato reconhecido na própria exposição de motivos, há uma equivalência entre os institutos e ainda, uma intercessão normativa quanto ao modo de efetivação dos efeitos jurídico-patrimoniais de ambos os institutos em relação aos acionistas.

Ambos os institutos são regidos, quanto a consolidação da situação patrimonial dos acionistas, pelo disposto nos artigos 224, 225 e 264 da Lei das Sociedades Anônimas.

Para ambos os casos, o efeito jurídico definido pelo legislador foi o de substituição de títulos e, por consequência, apesar de não serem idênticos, do ponto de vista dos sócios, tem os mesmos efeitos patrimoniais definidos em Lei.

5.3. INCORPORAÇÃO DE AÇÕES E A OPERAÇÃO DE AUMENTO DE CAPITAL COM SUBSCRIÇÃO EM BENS.

Alguns doutrinadores argumentam proximidade entre o instituto da incorporação de ações e de aumento do capital com subscrição de bens. Este foi o entendimento adotado pelo Ilustríssimo Agente Fiscal como um dos fundamentos para realização do presente lançamento.

Este também é o entendimento manifestado pela COSIT através da Solução de Consulta 224/14. Em artigo sobre o tema, o Professor Pablo Arruda⁵ resumiu o entendimento do órgão na ocasião:

"No âmbito desta competência, proferiu a Solução de Consulta 224, de 14 de agosto de 2014/38, cujo consulente declarou ser acionista minoritário de sociedade em vias de tornar-se subsidiária integral de outra, questionando se haveria a incidência de obrigação tributária em decorrência da operação e se a incorporação de ações caracterizaria uma transferência de bens a título de integralização de capital.

Entendeu a Cosit consistir a incorporação de ações em "operação de integralização de capital mediante entrega de bens, tendo em vista os efeitos patrimoniais para o sócio, o qual, ao adquirir participação societária atual, entrega ações anteriormente possuídas". E, por considerar existente a alienação de bens, a operação estaria sujeita à apuração de ganho de capital, nos termos do art. 3º da lei 7.713, de 22 de dezembro de 1988."

Ora, registro, uma vez mais, que, de fato, não se pode confundir ou equiparar aquilo que o legislador claramente diferenciou.

Em que pese a Sociedade que incorpora ações de outra ter como consequência um aumento em seu capital, tal aumento é mera decorrência da operação de

⁵

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI260875,61044-A+Natureza+Juridica+da+Incorporacao+de+acoes+segundo+a+doutrina>

trasladação de ações da sociedade transformada em subsidiária integral, tal fenômeno jurídico não tem equivalência com a operação de aumento de capital prevista nos Art. 07 a 10 da Lei das Sociedades Anônimas.

"SEÇÃO II

Formação

Dinheiro e Bens

Art. 7º O capital social poderá ser formado com contribuições em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro.

Avaliação

Art. 8º A avaliação dos bens será feita por 3 (três) peritos ou por empresa especializada, nomeados em assembléia-geral dos subscritores, convocada pela imprensa e presidida por um dos fundadores, instalando-se em primeira convocação com a presença de subscritores que representem metade, pelo menos, do capital social, e em segunda convocação com qualquer número.

§ 1º Os peritos ou a empresa avaliadora deverão apresentar laudo fundamentado, com a indicação dos critérios de avaliação e dos elementos de comparação adotados e instruído com os documentos relativos aos bens avaliados, e estarão presentes à assembléia que conhecer do laudo, a fim de prestarem as informações que lhes forem solicitadas.

§ 2º Se o subscritor aceitar o valor aprovado pela assembléia, os bens incorporar-se-ão ao patrimônio da companhia, competindo aos primeiros diretores cumprir as formalidades necessárias à respectiva transmissão.

§ 3º Se a assembléia não aprovar a avaliação, ou o subscritor não aceitar a avaliação aprovada, ficará sem efeito o projeto de constituição da companhia.

§ 4º Os bens não poderão ser incorporados ao patrimônio da companhia por valor acima do que lhes tiver dado o subscritor.

§ 5º Aplica-se à assembléia referida neste artigo o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 115.

§ 6º Os avaliadores e o subscritor responderão perante a companhia, os acionistas e terceiros, pelos danos que lhes causarem por culpa ou dolo na avaliação dos bens, sem prejuízo da responsabilidade penal em que tenham incorrido; no caso de bens em condomínio, a responsabilidade dos subscritores é solidária.

Transferência dos Bens

Art. 9º Na falta de declaração expressa em contrário, os bens transferem-se à companhia a título de propriedade.

Responsabilidade do Subscritor

Art. 10. A responsabilidade civil dos subscritores ou acionistas que contribuírem com bens para a formação do capital social será idêntica à do vendedor.

Parágrafo único. Quando a entrada consistir em crédito, o subscritor ou acionista responderá pela solvência do devedor."

Para além da questão normativa, já suficiente para diferenciar os institutos, o professor Humberto Ávila indica elementos aptos a demonstrar a diferenciação entre a incorporação de ações e a operação de aumento de capital com subscrição de bens.

O primeiro deles consiste no fato das partes serem diferentes, pois na incorporação de ações se estabelece um negócio jurídico entre duas sociedades, enquanto que no aumento de capital a relação estabelecida é entre acionista e sociedade, através de negócios jurídicos bilaterais cujo objeto é a transferência de um bem ao patrimônio da sociedade emitindo-se ações de valor equivalente.

Chama atenção para o fato de que a própria Lei das Sociedades Anônimas equipara o aumento de capital com subscrição de bens a uma operação de alienação ao dispor: "*Art. 9º Na falta de declaração expressa em contrário, os bens transferem-se à companhia a título de propriedade.*"

Segundo o autor, isso ocorre exatamente porque a manifestação de vontade do acionista é essencial ao negócio, devendo este aceitar e aprovar o valor indicado pela Assembleia para que a operação se torne perfeita. Já na incorporação de ações tal manifestação de vontade individual é irrelevante, sendo a vontade a Sociedade, por maioria reunida em Assembleia Geral, a que prevalecerá.

Diferente do que ocorre com a incorporação de ações, não há qualquer intercessão normativa entre o instituto do aumento de capital com bens e a incorporação de ações, sendo insustentáveis as teses nesse sentido, porquanto não há como equiparar o que a lei abnuuiu.

5.4. AUTONOMIA CONCEITUAL DO INSTITUTO DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES.

Como se pode perceber, além de regramentos próprios, a Incorporação de Ações possui características únicas e capazes de diferenciá-la de outros institutos do Direito Societário Brasileiro.

Daí sua conceituação não poder ser realizada a partir de outros institutos, mas de modo autônomo e com base em seus próprios normativos delineadores, tendo também efeitos jurídicos próprios e diversos dos demais institutos analisados.

Ainda seguindo as lições do professor Humberto Ávila, que desenhou muito bem a aplicação técnica hermenêutica mais adequada ao presente caso, não se pode ignorar o postulado exegético da razão suficiente que procura demonstrar que o legislador persegue algum objetivo quando usa termos iguais ou diferentes, ficando o intérprete, na busca desta finalidade, obrigado a atribuir o mesmo sentido a termos diferentes e sentidos diversos a termos iguais.

Outro postulado hermenêutico citado pelo autor é o da não redundância, pois, se a Lei, na mesma fonte normativa, tratou de institutos diversos, não pode o aplicador do direito atribuir significado no todo ou em parte idênticos.

Caminhando para afastar derradeiramente qualquer confusão doutrinária que se possa criar quanto às características e conceituação única da Incorporação de Ações, bastaria se ater ao postulado contido na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, requisito da especialidade, para concluir que a norma específica prevalece sobre a geral.

Pois bem, no que concerne ao uso de termos semelhantes para designar incorporação de ações e de sociedade, quis o legislador deixar claro serem operações semelhantes em alguns aspectos, sem deixar de especificar suas diferenças.

Indicou que tais operações partilham de resultado patrimonial semelhante em relação aos acionistas, em que pese terem procedimentos e finalidades diversas.

Já quanto ao aumento de capital com bens, tal instituto é regra geral que se deixa de aplicar ante a especialidade normativa contida no Art. 252. O único ponto que tais institutos partilham é o aumento do capital, porém, de modos, com finalidades, partes e efeitos jurídicos totalmente diversos.

Desse modo, restaram afastadas as eventuais confusões comparativas entre os institutos. Não sendo adequado equiparar tal operação ao aumento de capital com bens, norma geral em relação a qual o legislador excepcionou a sua aplicabilidade no que diz respeito a incorporação de ações, pois não há termos semelhantes tão pouco partilham de dispositivos legais, procedimentos, partes ou finalidades, seguindo, reprise-se, o postulado de que a norma especial prevalece sobre a geral.

O conseqüente aumento de capital com bens aferido na incorporação de ações também se verifica na incorporação de sociedade, e nem por isso se pode dizer serem a mesma coisa, pois estaríamos ferindo uma série de postulados hermenêuticos básicos como as já citadas não redundância, razão suficiente e especialidade.

Também não se pode dizer que incorporação de ações e de sociedades são a mesma operação. Obviamente são diferentes. O legislador nomeou esses institutos com termos semelhantes e indicou uma intercessão normativa representada, justamente, pelos Art. 224, 225, dispositivos especiais que indicam os efeitos decorrentes das operações em estudo.

Apesar de não serem a mesma coisa, partilham do mesmo destino, mais uma vez: "**incorporação de ações**, regulada no artigo 253 é *meio* de tornar a companhia subsidiária integral, e **equivale à incorporação de sociedade sem extinção da personalidade jurídica da incorporada.**"

Nos próximos itens, investigaremos os efeitos jurídicos da operação de incorporação de ações pelo que é, dada suas características próprias, definidas a partir de seus contornos jurídico-positivos.

5.5. INCORPORAÇÃO DE AÇÕES - ALIENAÇÃO OU SUB-ROGAÇÃO?

As análises promovidas até este ponto visavam demonstrar a diferença entre os institutos do aumento de capital com bens, a incorporação de sociedades e a incorporação de

ações, o primeiro com clara natureza alienatória, o segundo inquestionavelmente sub-rogatória, já este último merece ser investigado por seus próprios contornos legais. Sendo o que pretendemos realizar deste ponto em diante.

De modo preambular, cabe registrar que o professor Pablo Gonçalves e Arruda, em conjunto com a Dra. Natalia de Moura Soares, publicou um excelente artigo abordando as dissensões doutrinárias sobre o tema.

Segundo seus registros, a declaração da adequada natureza jurídica da Incorporação de Ações vem sendo disputada por três correntes doutrinárias:

"Capitaneada pelo Professor Dr. Nelson Eizirik, a primeira corrente trata a incorporação de ações como sub-rogação real, ou (mera) substituição de ativos de igual valor econômico, que não gera, portanto, ganho de capital, sendo tampouco tributável essa operação, sob o ponto de vista do patrimônio pessoal do ex-acionista da incorporada.

Numa segunda corrente doutrinária, defende o insigne Professor Modesto Carvalhosa, que a operação consiste em "negócio sui generis", que importa em concomitantes incorporação e alienação fictas das ações da companhia incorporada, podendo levar à verificação de ganho de capital, hipótese de operação tributável.

De maneira semelhante ao último entendimento, posicionam-se Luís Eduardo Schoueri e Luiz Carlos de Andrade Júnior, que sustentam que a incorporação de ações é um negócio societário típico, que, consequentemente, enseja a apuração de ganho de capital tributável. Esta posição, assim como a defendida por Modesto Carvalhosa, pressupõe que há, na incorporação de ações, a concomitância das operações de alienação e de aquisição de ações, ainda que de maneira ficta, divergindo aquela corrente desta, apenas no que diz respeito ao caráter involuntário da transferência das ações por parte dos acionistas minoritários, atribuído por esta terceira posição doutrinária."

O Professor Pablo Arruda conclui seu artigo se filiando à corrente capitaneada pelo Doutor Nelson Eizirik, e usa um argumento realmente interessante, observando que, a prevalecer o entendimento de que a Incorporação de Ações não representaria sub-rogação, estaríamos pondo em xeque o próprio instituto da sub-rogação:

"A despeito das rigorosas críticas travadas por Schoueri e Andrade Júnior e do seu recente abandono pelos órgãos decisórios fiscais, filiamo-nos à corrente liderada por Nelson Eizirik. Entendemos ser mais adequado categorizar a incorporação de ações prevista no art. 252 da LSA como sub-rogação real, na medida em que a operação tem o claro intuito de viabilizar que uma companhia passe à condição de subsidiária integral daquela que adquire suas ações, sobressaindo-se sua vocação para a concentração empresarial.

Assim, não buscam os acionistas ou a sociedade adquirente (figuras afetadas pela aquisição ou perda de titularidade das ações incorporadas) lucrar com a compra ou venda de títulos de participação societária – senão com o desenvolvimento das atividades de ambas as sociedades, que passam a atuar em

grupo. Isto é, tanto os detentores das ações adquiridas por outra companhia como a companhia adquirente vislumbram na incorporação de ações um instrumento para viabilizar a integração das duas companhias.

Feita esta observação, concluímos que a operação não pressupõe, necessariamente, que o valor atribuído às ações da companhia incorporadora recém-emitidas e entregues aos acionistas que detinham ações da companhia cujas ações são incorporadas seja superior ao conferido às ações que eles detinham em primeiro lugar. A relação de substituição deve ser considerada como ponto crucial da análise. Ela faz com que a participação que contribui para o capital da controladora reflita o percentual que proporcional no capital social da controladora.

Haverá interesse pessoal e social – ou seja, dos acionistas individualmente considerados e da Assembleia-Geral constituída por tais acionistas – na incorporação de ações independentemente de o valor ofertado pela companhia incorporadora ser superior à somatória de todas as ações da companhia cujas ações são incorporadas, isto é, independentemente de ágio na operação.

No entanto, não é este o cerne da questão, pois mesmo que o ágio exista, não há, na incorporação de ações, alienação, de forma a inviabilizar-se a tributação de eventual diferença patrimonial positiva na propriedade dos acionistas. Há, como já apresentado em tópicos anteriores, a sub-rogação real: o acionista, que antes titularizava ações de uma companhia, passa a titularizar ações de outra companhia, mantendo-se na condição de acionista indireto daquela primeira.

Certamente que a substituição de um bem por outro acarreta mudanças, já que as duas companhias podem ter distinções, como de objeto social, política, valores, mas a condição de titular de participação societária é preservada.

Além disso, a prevalecer o argumento de que não se pode conceber a incorporação de ações como sub-rogação real simplesmente porque o acionista passa a ter participações em companhia diversa daquela de que inicialmente participava, coloca-se em xeque o próprio instituto da sub-rogação, já que qualquer mudança (quer de partes em uma relação, quer de objeto) acarretará, a rigor, uma nova relação.

Sendo assim, o acionista de companhia cujas ações são incorporadas para que esta se torne subsidiária integral da companhia que adquire a totalidade das suas ações, ao receber ações recém-emitidas pela sociedade “incorporadora” não troca a relação jurídica, senão apenas o objeto de tal relação (daí a natureza de sub-rogação real).”

Ante as dissensões postas, acreditamos ser necessário expor o conceito de sub-rogação real com o qual trabalharemos neste voto, eis que não se trata de conceito de amplo conhecimento e lida comum no dia-a-dia como ocorre com a alienação.

Como diapasão, vamos nos referenciar em definição emitida pelo próprio Fisco através do Parecer Normativo CST nº 39 de 19/10/1981, que, apesar de antigo, continua atual, dado que estamos tratando de conceitos:

"Como a define Pedro Nunes, a sub-rogação real ocorre no caso de substituição de uma coisa por outra, que fica em lugar da primeira com a transferência implícita, para o sub-rogado, de todos os direitos e ações do sub-rogante ("Dicionário de Técnica Jurídica"). Por outras palavras, um bem fica no lugar de outro, juridicamente, sem que o patrimônio, ou os patrimônios, tenham deixado de ser, em qualquer momento, universalidades (...)"

E quanto à importância deste conceito para a presente lide, bastar ter em conta que, em se tratando de uma mera substituição de determinada coisa por outra equivalente, não haveria alterações no estado patrimonial capaz de ensejar o surgimento de lançamento relativo a Imposto de Renda, daí surgindo os conflitos doutrinários quanto a sua condição de operação com viés sub-rogatório ou alienatório.

De nossa parte, sem qualquer receio e com a devida *vênia*, não vislumbramos sustentabilidade em teses que buscam promover o enquadramento de tal operação como uma espécie de alienação de ações, tão pouco entendemos ser possível promover uma equiparação ao aumento de capital com bens como pretendeu o ilustríssimo Agente Fiscal.

A Incorporação de Ações não se equipara à alienação de bens. Alienar tem como base a perda de propriedade, o rompimento definitivo do liame jurídico real estabelecido com o objeto de domínio, sendo o que dispõe o próprio Código Civil de 2002 em seu Art. 1.275, inciso I:

"Art. 1.275. Além das causas consideradas neste Código, perde-se a propriedade:

I - Por alienação;"

E, no presente caso, como bem definiu Pablo Arruda ao tratar da operação de Incorporação de Ações, "o acionista, que antes titularizava ações de uma companhia, passa a titularizar ações de outra companhia, mantendo-se na condição de acionista indireto daquela primeira", não havendo perda da propriedade, não se rompe a relação jurídica, senão apenas mudança do objeto de tal relação.

Cabe observar ainda que a concretização de uma alienação pressupõe a realização de um negócio jurídico bilateral cujo objeto seja a transferência, a título gratuito ou oneroso, de um direito ou bem a terceiro.

Para que um negócio seja bilateral, é preciso haver manifestação de vontade das partes e tal situação não se verifica na incorporação de ações. Trata-se de operação entre sociedades cujo objeto tem como resultado a intervenção na propriedade alheia, conforme autorizado por Lei Especial.

Com efeito, não há como confundir a manifestação de vontade social com a manifestação de vontade dos sócios. A autonomia da personalidade jurídica é princípio basilar de nosso direito empresarial. Tal situação é tão forte que tem reflexos contábeis, pois o princípio da entidade também é estrutural em tal ciência.

O ordenamento jurídico brasileiro prima pela adoção da teoria institucional do direito de voto, em que o exercício do direito de voto pelo sócio não representa, necessariamente, sua vontade.

O alinhamento entre a vontade da sociedade e do sócio pode até ocorrer, mas não é uma exigência essencial ao exercício do direito de voto. Outrossim, é preciso lembrar que existe parcela de acionistas que não possuem direito de voto mas são atingidos pela deliberação assemblear.

Não raro, os sócios são obrigados a votar de forma diversa aos seus interesses pessoais pois deve prevalecer os interesses da sociedade, sob pena de abuso do direito de voto.

Por fim, trata-se de uma decisão de maioria e não unanimidade ou mesmo de 2/3 dos sócios, portanto, não há como confundir a decisão assemblear com manifestação de vontade dos sócios, tão pouco é factível pressupor que ao aderir ao Estatuto Social, estes manifestam sua vontade de modo antecipado, pois, em muitos casos, tal manifestação de vontade individual é condição basilar da operação, como é o caso do aumento de capital, por exemplo.

Não havendo manifestação de vontade dos sócios, já que a vontade da Sociedade é inconfundível com a do sócio, tão pouco havendo o rompimento de uma relação jurídica estabelecida, já que esta se mantém, ainda que indiretamente, não é possível admitir a classificação da operação de incorporação de ações como uma espécie de alienação, por absoluta incompatibilidade entre os institutos.

Quanto a definição de sua natureza sub-rogatória, aplicando o método hermenêutico que elegemos para a presente investigação e priorizando o disposto em Lei especial, dado o fato de estarmos diante de um conceito jurídico-positivo, logo se percebe que o único verbo relacionado ao ajuste patrimonial incidente sobre o patrimônio dos acionistas é SUBSTITUIR.

Vejamos, uma vez mais, o que diz a Lei das Sociedades Anônimas sobre o tema:

"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" (grifamos)

O dispositivo base da operação em comento faz remissão ao iter disposto nos Artigos 224 e 225, assim, vejamos o que a Lei elencou como resultado da deliberação de que trata o Art. 252:

"Art. 224. As condições da incorporação, fusão ou cisão com incorporação em sociedade existente constarão de protocolo firmado pelos órgãos de administração ou sócios das sociedades interessadas, que incluirá:

I - o número, espécie e classe das ações que serão atribuídas em substituição dos direitos de sócios que se extinguirão e os critérios utilizados para determinar as relações de substituição; (destaque nosso)

(...)

Art. 225. As operações de incorporação, fusão e cisão serão submetidas à deliberação da assembléia-geral das companhias interessadas mediante justificação, na qual serão expostos:

(...)

*III - a composição, após a operação, segundo espécies e classes das ações, do capital das companhias que deverão **emitir ações em substituição às que se deverão extinguir**; (destacamos)*

E o Art. 264 da mesma Lei complementa o quadro interpretativo, esclarecendo de vez qual o ato jurídico a ser praticado, no que se refere as ações a serem incorporadas:

*"Art. 264. Na incorporação, pela controladora, de companhia controlada, a justificação, apresentada à assembléia-geral da controlada, deverá conter, além das informações previstas nos arts. 224 e 225, o cálculo das **relações de substituição das ações dos acionistas** não controladores da controlada com base no valor do patrimônio líquido das ações da controladora e da controlada, avaliados os dois patrimônios segundo os mesmos critérios e na mesma data, a preços de mercado, ou com base em outro critério aceito pela Comissão de Valores Mobiliários, no caso de companhias abertas. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001) (grifamos)*

E a palavra "substituir", em seu sentido vernacular, significa pôr uma coisa em lugar de outra, trocar, permutar, sub-rogar.

A Lei é clara e, com toda *vênia*, entendemos que não cabe ao intérprete alterar o significado do texto legal neste caso. Para além da clareza normativa, as características e efeitos da operação se amoldam a significado do termo substituir, sub-rogar.

O próprio legislador já indicou na exposição de motivos as razões de dispor em pontos diversos da Lei os contornos dos institutos da incorporação de ações e de sociedades, contudo, deixou clara a ligação entre eles evocando sua condição de equivalência e os fazendo partilhar dos mesmos dispositivos quanto aos efeitos patrimoniais relacionados aos acionistas.

Sendo o resultado final para o acionista a substituição de título por título e com valores equivalentes, não há como atribuir tratamento jurídico diverso daquele atribuído a incorporação de sociedades no que tange a situação patrimonial dos sócios. Veja-se:

"547 — Qual é o tratamento tributário na substituição de ações ocorrida em virtude de cisão, fusão ou incorporação? A substituição de ações, na proporção das anteriormente possuídas, ocorrida em virtude de cisão, fusão ou incorporação, pela transferência de parcelas de um patrimônio para o de outro, não caracteriza alienação para efeito da incidência do imposto sobre a renda. A data de aquisição é a de compra ou subscrição originária, não tendo havido emissão ou entrega de novos títulos representativos da participação societária. Atenção: O montante das novas participações societárias deve

ser igual ao custo de aquisição da participação societária originária. (Parecer Normativo CST nº 39, de 1981).⁶

Assim, reforçamos nosso entendimento no sentido de que o resultado da operação de incorporação de ações é a sub-rogação real, troca de título por título.

O próprio Conselho Superior de Recursos Fiscais já se posicionou no sentido do voto ora exposto:

“A figura da incorporação de ações, prevista no artigo 252 da Lei nº 6.404/76, difere da incorporação de sociedades e da subscrição de capital em bens. Com a incorporação de ações, ocorre a transmissão da totalidade das ações (e não do patrimônio) e a incorporada passa a ser subsidiária integral da incorporadora, sem ser extinta, ou seja, permanecendo com direitos e obrigações. Neste caso, se dá a substituição no patrimônio do sócio, por idêntico valor, das ações da empresa incorporada pelas ações da empresa incorporadora, sem sua participação, pois quem delibera são as pessoas jurídicas envolvidas na operação.” (Acórdão 9202-003.579 – 2ª Turma – CSRF)”

Nessa toada, o entendimento do c. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da lavra do e. Desembargador Federal Otávio Roberto Pamplona, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO. SOCIETÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PESSOA FÍSICA. SUBSTITUIÇÃO DE AÇÕES NA CONVERSÃO EM SUBSIDIÁRIA INTEGRAL. GANHO DE CAPITAL. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE RECEBIMENTO DE VALORES. HIPÓTESE DE NÃO-INCIDÊNCIA. IRRELEVÂNCIA DE SE CONSIDERAR A HIPÓTESE COMO ALIENAÇÃO. DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL. DECISÃO POR MAIORIA.

1. Há uma diferença de natureza entre a incorporação de sociedades e a incorporação de ações. No caso da primeira, há uma transferência integral do patrimônio da empresa incorporada, inclusive de seus direitos e obrigações, que deixa de existir. No caso da incorporação de ações, a empresa incorporada não deixa de existir, havendo a transferência apenas das ações para a incorporadora. No caso da conversão da empresa em subsidiária integral, a incorporadora passa a ser sua única sócia.

2. No caso dos autos, a parte autora detinha 92% das ações da empresa incorporada, transferidas à incorporadora, que, em contrapartida, entregou aos acionistas da incorporada a mesma proporção de ações que estes detinham antes. Na prática, as ações da parte autora sub-rogaram-se nas novas ações, tendo sido mantido, na sua declaração de bens, o valor de custo das ações e não o valor da avaliação mercadológica, esta imposta pela Lei . 6.404/76)

⁶ <http://www.receita.fazenda.gov.br/PessoaFisica/IRPF/2010/Perguntas/GanhoCapital.htm>

3. *Hipótese em que a mais valia decorrente da avaliação das ações dadas em substituição, determinada pelo art. 252 e §§ da Lei das Sociedades Anônimas, não está sujeita à incidência do Imposto de Renda da Pessoa Física, mormente se a pessoa física manteve em sua declaração de bens o valor de custo das ações.*

4. *No caso, da análise da situação fática, da doutrina e da parca jurisprudência administrativa e judicial a respeito, pode-se chegar as seguintes conclusões:*

(a) a conversão em subsidiária integral foi tida pelo Fisco como legítima, não se caracterizando como abuso de direito ou ato fraudulento, embora não se possa ser ingênuo, do ponto de vista tributário, e desconsiderar que se tratou de uma ação de planejamento fiscal; porém, legítima, tanto que não aplicada a multa de 150%, prevista para as situações fraudulentas; considerou-se, em relação à pessoa física, ter ocorrido apenas omissão do ganho de capital na declaração de ajuste;

(b) a avaliação das ações da empresa para a obtenção do valor de mercado é decorrência de uma imposição legal (art. 252, § 1º, da Lei 6.404/76);

(c) o contribuinte pessoa física autuado manteve em sua declaração de ajuste o valor que dela já constava, não considerando a mais valia decorrente da avaliação que, frise-se, decorre de imposição legal;

(d) a incorporação de ações, no caso, mesmo que se considere uma alienação, não implicou em recebimento de valores em dinheiro, tendo ocorrido, segundo a doutrina que aderiu a maioria do colegiado, mera substituição de ações, sendo o aumento de capital daí decorrente apenas meio e não fim;

(e) a substituição de ações, portanto, não gera ganho de capital tributável pelo IRPF, por se constituir em mera troca de ações. Não se aplica, por conseguinte, na espécie, a regra constante no artigo 3º, § 3º, da Lei n. 7.713/88, nem tampouco a inserta no artigo 23 da Lei nº 9.249/95, esta última um dos fundamentos básicos do ato fiscal;

(f) a tributação pelo imposto de renda pessoa física, na hipótese, representaria tributação sobre renda virtual, transformando-se em tributação sobre o patrimônio e não sobre renda efetivamente auferida, ofendendo, ainda, o princípio da capacidade contributiva e o regime de caixa, regra geral de tributação do imposto de renda da pessoa física.

5. *Análise da situação sob a perspectiva da pessoa física.*

6. *Quanto à verba honorária, arbitrada em quantia fixa, fica mantida, na linha dos precedentes desta Turma, considerando-se os parâmetros do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, pois, vencida a Fazenda Pública, a mesma se apresenta consentânea, na medida em que o julgamento da causa ocorreu sem maiores incidentes processuais, não tendo ocorrido instrução probatória delongada, sendo o feito sentenciado com base nos documentos adunados aos autos pelas partes, cingindo-se a discussão a questão*

jurídica pontual, a despeito de relativamente nova no âmbito judicial a matéria. Fica mantida, também neste particular, a sentença. Recurso da parte autora improvido.

7. Sentença de procedência mantida, inclusive quanto aos ônus sucumbenciais, por maioria, e, nessa linha, afastada a autuação fiscal.

5.6. DA AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DA RENDA NA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES.

Em nossa investigação quanto a natureza jurídica da incorporação de ações, concluímos por sua essência sub-rogatória real, mas ainda que estivéssemos diante de uma operação de alienação, um outro elemento precisaria estar presente para que tivéssemos a possibilidade de enquadrar o evento como tributável pelo Imposto Sobre a Renda, qual seja, a realização de renda.

Importante registrar que o conceito de renda é aberto e, por tal razão, está em constante transformação, sendo uma construção doutrinária e jurisprudencial balizada pelo disposto na Constituição Federal e Código Tributário Nacional.

O Código Tributário Nacional, conforme disposições contidas em seu Art. 43, apresenta maiores detalhamentos quanto aos elementos que compõem o conceito de renda e o fato gerador do Imposto referente:

"SEÇÃO IV - Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza

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)"

Renda é um conceito dinâmico que se opõem ao de capital, este estático. Segundo Edwin R. A. Seligman citado por Henry Tilbery⁷, caracteriza-se capital como "fundo" e a renda como "fluxo de riqueza".

⁷ Martins Silva, Ives Grandra - Comentários ao Código Tributário Nacional - 5ª Edição - Volume I - Ed. Saraiva - SP - Pag. 345.

Da leitura do dispositivo, verificamos que consta como fato gerador a "**aquisição** de disponibilidade econômica ou jurídica" de renda, ou seja, incidência sobre o fluxo de riquezas com exclusão do fundo originário, o que se coaduna com a Teoria do Acréscimo Patrimonial (*increment of wealth theory*) adotada por nosso sistema tributário para a tributação da renda.

Ou seja, somente deve ser tributada a nova riqueza acrescida ao patrimônio do contribuinte, sob pena de se tributar o capital, o fundo que deu origem a riqueza em foco.

Hugo de Brito Machado⁸ entende que: "I) disponibilidade econômica nasce do recebimento do valor que se vem acrescentar ao patrimônio do contribuinte; II) disponibilidade Jurídica nasce do simples crédito de valor do qual o contribuinte passa, juridicamente, a dispor, embora este não lhe esteja ainda nas mãos."

Importante observar que não são fatos geradores do IR a renda ou proventos de qualquer natureza, tão pouco a sua disponibilidade econômica ou jurídica, mas sim a aquisição de renda com disponibilidade econômica ou jurídica, ou seja, somente o acréscimo patrimonial realizado é capaz de fazer surgir a obrigação tributária em questão.

E justamente essa nuance jurídica revelou um princípio que deve ser observado na determinação da existência ou não de fato gerador do Imposto Sobre a Renda, o chamado Princípio da Realização da Renda.

Para Fernando Aurélio Zilveti, citado por Elidie P. Bifano⁹ "o princípio da realização da renda assenta na identificação, antes de impor ao contribuinte uma obrigação de pagar o tributo, que a renda tenha sido realizada. A realização da renda somente ocorre quando o contribuinte tem condições de considerar como separado de seu patrimônio, o bem ou direito cuja realização lhe dará condições de assegurar a riqueza objeto da tributação. A separação em referência há de ser além de um direito, disponível imediatamente, o que não ocorre, necessariamente, quando se configura a disponibilidade econômica e a jurídica de que cuida a lei brasileira, pois nenhuma deles assegura ao contribuinte a certeza da renda realizada."

E prossegue Fernando Aurélio Zilveti, lecionando que a incidência do imposto de renda somente deve se efetivar sobre os acréscimos destacados do patrimônio original do contribuinte, apenas quando realizada a renda, pois esse acréscimo realizado é que lhe permitirá pagar o tributo, sob pena de ter de vir a pagar o tributo embora não tenha renda disponível.

Nas operações de incorporação de ações a reavaliação do patrimônio é um mandamento legal da Lei das Sociedades Anônimas. Este procedimento traz o valor presente e corrente os títulos que serão objeto de substituição para assim achar a justa medida da equivalência que dará lastro a operação.

Para este ponto é que devemos voltar nossa atenção, pois é fato que, com a realização de uma reavaliação dos ativos em questão, novos valores surgirão, o que representa sim um ganho de capital.

Dada a natureza do objeto desta operação também não se pode dizer que não há disponibilidade jurídica ou econômica desta renda, porém, chamando atenção para este ponto, isto não implica necessariamente em aquisição de renda nova, menos ainda em renda destacada do patrimônio original do contribuinte ou certeza de sua justa medida.

⁸ Machado, Hugo de Brito - Curso de Direito Tributário - Pagina 315

⁹ Bifano, Elidie Palma - O mercado financeiro e o Imposto Sobre a Renda - Quartier Latin - Pag. 131

Notem que ao adquirirmos uma ação com liquidez e dispersão no mercado, ela oscila diariamente, em determinados momentos seu valor pode superar 100, 200, 1 milhão de vezes o valor originário de aquisição de tais ações. Contudo, em que pese ser possível verificar um ganho de capital com disponibilidade jurídica e econômica em cada um destes momentos em que as ações tiveram uma variação, a riqueza não se realizou, razão pela qual não temos a conformação plena ao fato gerador do Imposto de Renda ao longo de tais períodos.

No exemplo citado, a aquisição de renda somente será realizada, ou seja, será uma parcela nova e destacada do patrimônio original do contribuinte, no momento de sua alienação. Até que tal ato seja praticado, o que existe é apenas uma potencial aquisição de renda ou ganho potencial de capital.

Nas operações de incorporação de ações, ao se elaborar uma reavaliação dos ativos em questão, temos uma representação do fluxo de riqueza naquele momento. Riqueza esta que é integrada ao patrimônio do contribuinte atingido pelos efeitos da operação em análise.

Ao se consolidar a substituição dos títulos por novos, não há como identificar a parcela de riqueza adicional ao patrimônio original e deste destacado. Notem que valor contábil ou de registro e valor econômico ou de mercado são grandezas que não caminham sob a mesma dinâmica.

Uma sociedade pode apresentar valor de registro e contábil bem inferior ao seu valor de mercado, pois existem fatores no tempo que impactam esta condição. Tomando este fato, devemos centrar nossas atenções a um ponto, o de que não é o ganho de capital, sua disponibilidade jurídica ou econômica que gera a obrigação de pagar o tributo em lide, mas a aquisição de tal elementos.

Admitir o contrário, implicaria em permitir que o fisco, a qualquer momento, proceda a uma reavaliação de empresas e bens para fazer incidir o imposto de renda em testilha, pois, inquestionavelmente, seria verificável diferenças entre o valor de registro e o de mercado, havendo disponibilidade jurídica e econômica de tais riquezas.

Porém, o que não há no exemplo citado é renda realizada, pois não há a certeza de que, no momento em que o contribuinte resolve, por qualquer meio admitido em direito, alienar, romper, sua relação jurídica com o bem ou direito que corporifica o suposto ganho de capital, a diferença entre o valor de registro ou aquisição e o de avaliação em determinado momento, pode ser bem superior àquele apurado na realização da renda.

De volta ao tema, o art. 43 do CTN é claro ao indicar que não basta a existência de renda, de disponibilidade jurídica ou econômica, é necessário a sua aquisição de modo realizado com identificação de parcela destacada do patrimônio originário do contribuinte, situação que será verificada no momento da alienação das ações, caracterizada pelo rompimento definitivo de relação jurídica com o conjunto de riquezas objeto da incorporação de ações.

No contexto em análise, o que toca o nosso convencimento é o fato de não existir renda realizada em operações de incorporação de ações. A prevalecer tese diversa, corre-se o risco de se tributar o capital ou renda *potencial*, situações jurídicas que não compõem a hipótese de incidência do IR.

Na incorporação de ações, verifica-se a ausência de rompimento efetivo com o objeto da relação jurídica patrimonial, portanto, as grandezas de riqueza que devem ser utilizadas para construção de uma base adequada de troca são aquelas representadas pelo valor de mercado das ações no momento da reavaliação.

A apuração de diferenças entre o valor de registro e o de mercado, na medida em que não se rompe relação com a universalidade patrimonial originária, é irrelevante para fins de incidência do imposto de renda, por não denotar nova riqueza, tão pouco ser riqueza realizada, não passando de ganho potencial de capital verificável apenas no momento de uma efetiva alienação das ações referentes, o que somente ocorrerá no futuro.

Notem que o valor de registro originário dos bens em questão foram mantidos na declaração original do contribuinte, portanto, em uma alienação futura das ações, momento em que haverá rompimento de relação definitiva com o bem e definitividade do valor do patrimônio é que se apurará ganho de capital e renda realizada.

5.7. DO CASO.

Postos os conceitos com os quais trabalharemos, passamos ao voto, levando em consideração a conformação destes conceitos ao presente caso com indicação de suas consequências tributárias, segundo o convencimento deste relator.

5.7.1. INCORPORAÇÃO DE AÇÕES DO BANCO REAL E DA AAB DOIS PAR AO PATRIMÔNIO DO BANCO SANTANDER BRASIL S.A.

A incorporação de ações do Banco Real e da AAB Dois Par é a última de uma série de outras operações de organização societária que assim podem ser resumidas:

1ª Fase - Em 01/11/2007, por oferta pública, aquisição da ABN AMRO Holding N.V., pela RFS Holdings B.V., grupo formado pelo Banco Santander S.A., domiciliado na Espanha ("Banco Santander Espanha"), The Royal Bank of Scotland Group plc, domiciliado na Escócia, e Fortis N.V., domiciliado na Holanda, constituíram, na Holanda, a sociedade RFS Holdings B.V., tendo os sócios subscrito e integralizado capital nos seguintes montantes (valores em milhões de Euros):

Sócio	Capital Subscrito	Percentual
Banco Santander Espanha	20.615	27,9%
Royal Bank of Scotland	28.271	38,3%
Fortis N.V.	24.972	33,8%

2ª Fase - Segregação dos ativos e unidades de negócio da ABN Holding, ao Santander Espanha, efetivada em duas etapas.

A primeira consistiu na transferência de 100% das ações da ABN AMRO Asset Management Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A. ("AAAM DTVM"), CNPJ 10.977.742/0001-25, domiciliada no Brasil; 97,62% das ações do Banco ABN AMRO Real S.A. ("Banco Real"), CNPJ 33.066.408/0001-15, domiciliado no Brasil; 99,99% das ações da ABN AMRO Brasil Dois Participações S.A. ("AAB Dois Par"), CNPJ 05.515.360/0001-40, domiciliada no Brasil; e -

45% das ações da ABN AMRO Asset Management Italy SGR S.p.A.

(“AAAM Italy”), domiciliada na Itália para a Sterrebeeck sediada na Holanda e controlada pela ABN AMRO Holding N.V., por meio de, em 28/03/2008, cisão parcial do ABN AMRO Asset Management Holding N.V., transferindo-se para a Sterrebeeck a totalidade das ações de emissão da AAAM DTVM e, em 28/04/2008, cisão parcial do ABN AMRO Bank N.V., com versão da parcela cindida à Sterrebeeck, transferindo-se, pelo valor histórico contábil de €5.156.623.000,00, as ações do Banco Real, AAB Dois Par e AAAM Italy:

Descrição Valor (€)

Banco Real 4.639.509.000,00

AAB Dois Par 481.832.000,00

AAAM Italy 35.282.000,00

Total 5.156.623.000,00

Além disso, em 20/05/2008, a Sterrebeeck adquiriu a totalidade das ações da Interbanca S.p.A. (“Interbanca”), situada na Itália, detidas pelo Banco Antonveneta S.p.A.

A fiscalização relata que a segunda etapa da transferência das participações acionárias para o Banco Santander Espanha se deu em 24/07/2008, com a venda da totalidade das ações da Sterrebeeck para o Banco Santander Espanha por €15.308.500.000,00.

Acrescenta que esse valor é muito superior ao patrimônio líquido da Sterrebeeck, que era de €5.213.783.406,00, possibilitando ao Banco Santander Espanha:

I) registrar a participação na Sterrebeeck pelo valor de €15.308.500.000,00 e

II) reconhecer o pagamento de uma mais-valia (“fondo de comercio financiero”) pelo ativo adquirido, passível de amortização pela legislação espanhola (benefício fiscal previsto no artigo 12.5 do Real Decreto Legislativo 4/2004).

Desta maneira, registra o próprio agente fiscal, o Banco Santander Espanha, por intermédio da aquisição da Sterrebeeck efetivou a aquisição das unidades de negócio do Grupo ABN AMRO, inclusive no Brasil:

3ª Fase - Consolidação dos negócios do Banco Santander Espanha no Brasil, mediante a incorporação das ações do Banco Real e do AAB Dois Par ao patrimônio do Banco Santander Brasil

Registra-se que não há controvérsia quanto a ocorrência de Incorporação de Ações do Banco Real e da AAB Dois Par ao patrimônio do Banco Santander Brasil S.A., tais

fatos são aceitos e relatados pelo agente fiscal e pelo recorrente. A lide centra-se na discussão dos efeitos tributários decorrentes de tal operação.

Quanto às alegações de que, se ocorrido o fato gerador, esse teria ocorrido na primeira fase da operação, sendo a RFS a contribuinte e não a Sterrebeeck, não seriam estas procedentes, tendo em vista que o presente processo trata das questões que precederam a incorporação de ações apenas para demonstrar o iter que culminou nesta última operação e indiciar que a motivação da mesma não seria uma mera reorganização societária, mas parte de um planejamento fiscal elaborado.

Ocorre que, apesar de consideradas no Relatório Fiscal para esclarecer o iter e possível motivação da operação e indicadas na defesa como situações impeditivas do lançamento, tais operações não foram objeto de autuação, tão pouco são situações aptas a gerar impactos no lamento ora discutido.

A fiscalização escolheu um momento, operação e local para dar base ao lançamento, sendo as demais questões irrelevantes para firmar ou informar a validade o lançamento ora combatido, eis que a operação de incorporação de ações por si, a depender do entendimento quanto a sua natureza, é situação jurídica suficiente para, de modo autônomo das demais operações, dar base ao lançamento.

Por tal razão, vamos centrar nossa atenção na operação realizada na terceira fase do processo de organização dos negócios e que, de fato, culminou na exação, conforme passamos a fazer nos próximos itens.

5.7.2. DA AUSÊNCIA DE FATO GERADOR NO PRESENTE CASO.

Em procedimento fiscalizatório, o agente fiscal entendeu estarem presentes os elementos necessários a realização de lançamento de imposto de renda retido na fonte incidente sobre suposto ganho de capital decorrente da operação de incorporação de ações do Banco Real e da AAB Dois Par efetivada tendo em conta serem esta operação uma espécie de aumento de capital com bens. Este também foi o entendimento manifestado na decisão recorrida e reforçado pelas contrarrazões da Procuradoria.

Com toda *vênia*, tomados os fundamentos já expostos, nosso alinhamento se coaduna com a tese defendida pelo Recorrente de que estamos diante de uma operação com características de sub-rogação e ausência de realização de renda que em nada se equivale a operação de aumento de capital com integralização de bens.

No caso concreto os acionistas do Banco Real e AAB Dois Par, tiveram suas ações substituídas por outras emitidas pelo Banco Santander Brasil em número e valor equivalentes, apurados com base em reavaliação promovida pela KPMG.

A reavaliação promovida pela KPMG foi realizada com base no método de fluxo de caixa descontado trazido a valor presente.

Tal metodologia de valoração de empreendimentos é calculada tendo como parâmetros quatro elementos fundamentais da gestão financeira de uma empresa: I) Estimativa de fluxo de caixa - montante de caixa recebido e gasto por uma empresa em determinado tempo; II) Determinação da taxa de Desconto - custo médio ponderado de capital e pelos riscos de investimento. III) Cálculo do valor residual - valor estimado do ativo ao final de sua vida útil. IV) Cálculo de valor da empresa.

O método cria uma projeção de valor futuro da empresa aplicando os descontos do tempo que isso levará para se efetivar e dos riscos assumidos. Em resumo, apenas

cálculos potenciais que são indicativos para uma base de troca aceitável, mas não implicam em realização de renda efetiva.

O agente fiscal registra, com base no Art. 26 §1º da IN SRF nº 208, que o ganho de capital "é determinado pela diferença positiva entre o valor da alienação e o custo de aquisição do bem ou direito".

E assim, para apuração do suposto ganho de capital, no presente caso, tomou a diferença entre o valor histórico contábil de aquisição de ações e aquele apontado na reavaliação dos ativos do Banco Real e da AAB Dois Par, não realizando qualquer contraposição com o valor das ações do Banco Santander Brasil, dadas em substituição as do Grupo Real ABN. (Itens 5.1.1. a 5.1.3. do TVF).

Portanto, o que consta do presente lançamento como suposto ganho de capital revelador do fato gerador e base de cálculo é o resultado da subtração do valor de aquisição das ações em contraposição a reavaliação das próprias ações dos acionistas do Banco Real e AAB Dois Par.

Os elementos quantitativos adotados pelo Ilustre Agente Fiscal para o presente lançamento, tomam por base o valor de aquisição e o valor de avaliação das ações do Banco Real e AAB Dois Par, deixando de lado o valor das ações do próprio Santander Brasil, que foram dadas em substituição.

O lançamento está fincado em uma projeção de ganho potencial, retratada em um determinado momento econômico e que não teve sua origem em razão da operação de incorporação de ações.

A operação de incorporação de ações não agregou valor ao patrimônio dos acionistas, não adicionou riqueza nova, riqueza que já não estivesse potencialmente integrada ao patrimônio original destes contribuintes.

Tal operação, por via da reavaliação, apenas revelou aquilo que estava oculto, já que não há indicação de um único centavo decorrente da troca das ações do Grupo Real ABN pelas do Santander Brasil, não há torna na presente operação.

Notem que a questão da potencialidade de realização de renda é tão forte no presente caso que a base de cálculo adotada pelo agente fiscal para o lançamento consistiu na diferença entre os valores da reavaliação promovida pela KPMG com base no método de fluxo de caixa descontado trazido a valor presente, estimativas, projeções.

Renda potencial não se tributa, do contrário, deveríamos estar tributando todas as variações ocorridas no valor das ações ao longo do tempo, tributando o potencial ganho de capital decorrente da valorização de um imóvel ou de qualquer outra valoração de bem POTENCIALMENTE geradora de ganho de capital.

Em momento algum foi objeto de comparação o valor das ações dadas em substituição e aquelas recebidas na operação de trasladação decorrente de incorporação de ações. De certo, se nesta contraposição fosse apurado algum ganho, a incidência do IR seria inquestionável.

A ideia de ganho de capital utilizada no presente lançamento não finca suas raízes no fluxo de riqueza (renda), mas no fundo (Capital) pré-existente e já integrante do patrimônio dos acionistas. E mesmo este capital (fundo) representa uma riqueza potencial que pode não se realizar no futuro.

Ademais, está claro que o presente lançamento não incidiu sobre parcela nova e destacada do patrimônio original do contribuinte, mas sobre aquilo que este já possuía, porém, sem realização.

Percebam que, do ponto de vista econômico, o valor tomado por base poderia ser apurado a qualquer tempo e independente de qualquer operação.

No caso do Banco Real, por exemplo, bastaria realizar uma reavaliação para descobrir que as ações em questão deixaram de valer R\$ 12.241.847.332,29 (valor de aquisição) e passaram a valer R\$ 36.305.393.934,37 (valor estimado na reavaliação), mas somente o fato econômico valoração é suficiente para a incidência do tributo?

Em realidade, o que geraria a obrigação tributária em questão é a aquisição de disponibilidade jurídica ou econômica de renda ou proventos de qualquer natureza. Por aquisição, represso, entende-se a apuração de riqueza nova e destacada do patrimônio original do contribuinte, o que claramente não se verifica no presente caso.

A incorporação de ações não altera o estado econômico do contribuinte com a adição de nova riqueza, tão pouco esta riqueza se destacou do patrimônio original do contribuinte de modo a se quantificar aquilo que foi gerado em razão da operação de incorporação de ações e aquilo que decorreu da variação normal de preço dos seus ativos originais. Nesta operação, assim como ocorre na incorporação de sociedades, a universalidade patrimonial e a relação com esta se mantém, havendo apenas troca do objeto que corporifica tal direito.

Tal fato só reforça o entendimento de que a incorporação de ações, como claramente consta da legislação, em relação aos acionistas, partilha dos mesmos efeitos da incorporação de empresas, não guardando nenhuma relação com a operação de aumento de capitais.

Sua realização implica em mera substituição do objeto da relação, sem alteração de grandeza ou rompimento com a universalidade patrimonial pré-existente, sem alteração do status patrimonial dos acionistas do ponto de vista econômico, pois, quando realizada com equivalência, implica em mera sub-rogação real sem qualquer realização de renda tributável.

No presente caso há um potencial ganho de capital apurável pela reavaliação das empresas que tiveram ações incorporadas, há disponibilidade jurídica e econômica deste ganho mas são situações pré-existentes à incorporação de ações, **situações patrimoniais reveladas mas não geradas** por essa operação. Trata-se de uma mera valorização dos ativos no tempo e não de um resultado de ato negocial de qualquer espécie, tão pouco de aquisição de algo novo.

A operação de incorporação de ações em si não gerou qualquer aquisição de nova parcela individualizável e destacável do patrimônio originário dos acionistas. Não teve o condão de geração de valor por si. Não possibilitou a realização de qualquer renda tributável. Não promoveu alterações na situação patrimonial dos acionistas, salvo pela trasladação do objeto que corporifica seus direitos, assim, economicamente, nada mudou.

A confirmação de renda realizável e quantificável não se extrai de projeções, e somente se realizará quando efetivamente os acionistas alienarem suas ações no mercado, deixando de manter relação jurídica com as mesmas, o que não ocorreu no presente caso.

Por todo exposto, em consideração da presente operação de incorporação de ações, voto por dar provimento ao recurso quanto ao reconhecimento de ausência de ganho de capital realizado e passível de tributação, eis que a operação em foco consistiu em mera substituição de título por título, sem agregação de riqueza nova ao patrimônio dos acionistas ou rompimento efetivo ou alteração para maior da universalidade patrimonial preexistente.

5.7.3. DA POTENCIAL DUPLA TRIBUTAÇÃO SOBRE O GANHO DE CAPITAL.

Considerando que tema não é pacífico, outros pontos da demanda devem e serão analisados neste voto. A prevalecer o entendimento de que há ganho de capital passível de tributação, é necessário analisar o risco de dupla tributação.

Por entender que a operação de incorporação de ações e de sociedade, apesar de diferentes entre si, dada sua equivalência, frente ao patrimônio dos acionistas, compartilham dos mesmos dispositivos legais no que se refere ao consolidação dos ajustes patrimoniais decorrentes, pois, ambas as operações seguem o rito dos Art. 224, 225 e 262 da Lei das Sociedades Anônimas.

Ante a esta condição, existindo regramento próprio para o registro dos custos de aquisição, não há como adotar procedimento diverso.

A Instrução Normativa RFB nº 1.585, de 31 de Agosto de 2015, em seu Artigo 58, §6º, disciplina a forma de registro do valor das operações em análise. Vejamos como dispõe:

"Art. 58. Nos mercados à vista, o ganho líquido será constituído pela diferença positiva entre o valor de alienação do ativo e o seu custo de aquisição, calculado pela média ponderada dos custos unitários.

(...)

§ 6º No caso de substituição, total ou parcial, de ações ou de alteração de quantidade, em decorrência de incorporação, fusão ou cisão de empresas, o custo de aquisição das ações originalmente detidas pelo contribuinte será atribuído às novas ações recebidas com base na mesma proporção fixada pela assembleia que aprovou o evento."

Com efeito, não há como exigir do contribuinte adoção de tratamento diverso para procedimentos que na Lei societária são regulados exatamente pelos mesmos dispositivos legais. Não cabe ao intérprete da Lei tributária alterar o sentido e a aplicação daquilo que está fora de seu âmbito, é o que determina o Art. 110 do CTN:

"Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas

Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias."

Por consequência, se a Lei das Sociedades Anônimas claramente vinculou os efeitos da incorporação de ações frente aos acionistas ao que dispõem os artigos 224 e 225 do diploma legal referente, estamos diante de uma substituição de ações, portanto, aplicável ao presente caso os que dispõe o §6º do Art. 58 da IN RFB nº 1.585, de 31 de Agosto de 2015 que revogou a Instrução Normativa RFB nº 1.022/10 que, em seu Art. 47, §6º, continha disposição no mesmo sentido.

Tanto incorporação de ações quanto de sociedades tem como efeito um aumento de capital, o que não implica em equiparação a operação típica de aumento de capital com integralização de bens, como entendeu o Ilustre Agente Fiscal e a r. decisão recorrida.

Segundo o Agente fiscal, por ser operação equiparável a de aumento de capital com bens, seria atraída a incidência do Art. 23 da Lei 9.249/95:

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

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

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

Quanto a tal entendimento temos duas incongruências que o tornam inválido: a primeira diz respeito ao já referido fato da Lei das S.A. registrar com clareza ímpar que, após a incorporação de ações, se promoverá a substituição dos títulos dos acionistas. E a segunda incongruência consiste no fato deste dispositivo referir-se a pelo "valor constante da respectiva declaração de bens".

No presente caso, temos como contribuinte pessoa jurídica domiciliada no exterior, portanto, não sujeito a declaração de bens e apenas equiparado a pessoa física quanto à sistemática de pagamento do tributo supostamente devido. Assim, o único registro possível ao caso é aquele referente ao valor histórico constante dos informes ao Banco Central.

E como bem sustentou o Recorrente: "a declaração de bens faz parte da hipótese de incidência da norma, de tal modo que pessoas residentes no exterior, e por isso não submetidas à tal declaração, não estão subsumidas à norma."

A consequência, para o contribuinte em uma futura alienação, será, inevitavelmente, uma dupla tributação sobre a mesma riqueza, pois, o único registro ao qual o contribuinte estaria submetido e que serviria de prova hábil e idônea para apuração do ganho de capital é aquele constante do Banco Central, portanto, o de valor histórico da operação. O que reforça a coerência da tese adotada por este relator quanto a natureza da operação de incorporação de ações.

Ante a tal questão, também por esta razão, o recurso deve ser provido.

5.7.4. INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL EM BENS NÃO É, POR SI, SUPEDANEO DE FATO GERADOR DO IMPOSTO DE RENDA.

Ainda que fosse admitida a tese fiscal de que a operação de incorporação de ações equivale a integralização de capital com bens, a apuração de ganho de capital não seria uma condição inerente ao negócio.

Tal entendimento é decorrência da própria norma indicada pelo Agente Fiscal para fundamentar o lançamento. O §1º, do Art. 23 indica que "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."

Ou seja, neste caso o legislador reconheceu que, mesmo neste tipo de operações, a realização de renda não é um pressuposto, não ocorre de modo automático. O legislador escolheu não tributar ganho de capital potencial.

Mais uma vez estamos diante situação em que não há ganho de capital tributável, apenas uma expectativa de renda realizável. A substituição do objeto que corporifica a situação patrimonial do contribuinte, ainda que com valor estimado superior ao de aquisição, não implica em acréscimo patrimonial tributável, se a base de troca é o valor de registro.

Mesmo admitindo a tese fiscal, para este relator, não é a operação de integralização de capital em si capaz de gerar um acréscimo patrimonial novo e destacado do patrimônio originário do contribuinte, eis que economicamente, ainda que o registro histórico de aquisição tenha valor menor, o que ocorre é uma mutação do objeto que corporifica o valor de tal patrimônio.

Novamente, mesmo nesses casos, a diferença entre o valor histórico e o valor estimado de mercado é potencial e pode não se realizar. Razão pela qual, ainda que admissível a tese fiscal, não seria possível vislumbrar uma nova riqueza decorrente da operação em lide, pois, potencialmente tal riqueza já integrava o patrimônio do contribuinte, a universalidade econômica representada por tais ações não se alterou e a base de troca se deu pelo valor de registro.

Assim, uma mera mutação sem aumento da disponibilidade econômica preexistente e levada a registro pelo valor histórico, mesmo em casos de integralização de capital com bens, não implica em qualquer aquisição de nova renda.

Há precedentes neste sentido, RE 102.7799-CE que, apesar de não confirmado em decisão final, aponta, em seu relatório, o mesmo entendimento. Também o RE nº 23841-CE citando pelo Recorrente segue alinhando a esse racional:

"Sendo a incorporação de bens ao capital da empresa um ato típico regulado por lei especial, não se traduzindo em dinheiro, mas em ações correspondentes ao valor daqueles bens, afastada a idéia de lucro"

O patrimônio é passível de avaliação pelos seus aspectos registrais (estáticos) ou por seu valor econômico (dinâmico), a realização de renda somente ocorre quando o

elemento dinâmico se confirma e se torna estático, fato decorrente do rompimento da relação jurídica do contribuinte com o elemento revelador de riqueza.

Daí a previsão em Lei quanto a opção de registro da operação de integralização de capital com bens por seu valor histórico ou seu valor de mercado. O legislador deu ao contribuinte a possibilidade de antecipar a tributação sobre um ganho de capital potencial ou de aguardar sua efetiva realização, tributando a diferença entre o valor de aquisição e o de venda quando tal evento ocorrer.

Mesmo com a integralização de capital em bens, uma vez realizada por seu valor histórico de aquisição, não há alteração da situação econômica patrimonial do contribuinte ou acréscimo tributável gerado por tal operação dada a manutenção de relação jurídica, ainda que indireta com o objeto do direito, e a ausência de alteração nas grandezas patrimoniais universais.

Caso seja aceita a tese autoral, ainda assim o entendimento mais adequado ao presente caso consistiria em verificar que houve apenas a revelação de uma estimativa de ganho futuro trazido a valor presente e, em relação ao qual o contribuinte tinha a opção de antecipar a incidência sobre um valor futuro de realização do ganho (art. 23, §2º da Lei 9.249/95) ou manter no futuro a incidência (§1º, Art. 23), momento em que se verificaria a apuração real e efetiva sobre renda realizada.

Assim, apesar da impropriedade técnica de aplicação do Art. 23 da 9.249/95 ao caso, o rito da registro da operação estaria mais afeto ao disposto no §1º que no §2º do citado artigo, gerando um diferimento do momento de apuração para o futuro, quando venha a ocorrer a efetiva alienação das ações pela Sterrebeeck.

Mais uma razão para comungar com a tese recursal e votar pela não incidência do tributo, ainda que o entendimento prevalente quanto a natureza jurídica da incorporação de ações seja pela equiparação a integralização de capital com bens e consequentemente alienação.

5.7.5. DA NÃO APURAÇÃO DE GANHO DE CAPITAL PELA STERREBEECK.

O presente caso possui especificidades que devem ser consideradas. O lançamento realizado consistiu em Imposto de Renda Retido na Fonte, considerando que o acionista não tem domicílio fiscal em território Brasileiro esta seria a sistemática a ser adotada.

Para esses casos aplica-se o art. 18 da Lei 9.249/95 que assim dispõe:

"Art. 18. O ganho de capital auferido por residente ou domiciliado no exterior será apurado e tributado de acordo com as regras aplicáveis aos residentes no País."

O recorrente ressalta que:

"As regras aplicáveis no país determinam que quando um capital for originado de moeda estrangeira, o ganho é apurado nesta moeda e é convertido para o real na data do fato gerador, ou seja, o ganho não é apurado em reais."

Essa constatação é relevante porque demonstra não poder haver incidência do imposto pela maneira como foi calculado pela fiscalização o suposto ganho de capital (diferença em reais apontados no RTE), uma vez que o Recorrente demonstrou que,

após a incorporação das ações, o registro no Bacen, na moeda estrangeira, para as ações recebidas em substituição pela acionista Sterrebeeck, foi feito pelo mesmo valor das ações substituídas e existentes antes.

Realmente, no caso dos ganhos de capital auferidos por não residentes, o valor do registro no Bacen possui papel fundamental e não apenas formal. Não é por outra razão que o art. 690, inciso II, do RIR/99, tratou da não incidência do imposto de renda na fonte para os repatriamentos de capitais estrangeiros, fazendo referência expressa ao registro no Bacen. Veja-se:

“Art. 690. Não se sujeitam à retenção de que trata o art. 682 as seguintes remessas destinadas ao exterior:

(...)

II - os valores, em moeda estrangeira, registrados no Banco Central do Brasil, como investimentos ou reinvestimentos, retornados ao seu país de origem;”

Uma vez mais, reprisa-se que o conceito de renda se coaduna com fluxo de riqueza e o de capital de capital com o de fundo. Se o fundo aplicado na busca da geração de um fluxo de riqueza foi realizado em moeda estrangeira, para o contribuinte domiciliado no exterior, qualquer ganho apurado somente pode o ser apurado em moeda estrangeira, sob pena de tributação do investimento (fundo) e não da renda (fluxo), o que não compõe a hipótese de incidência do tributo.

O disposto no Art. 690, II do RIR pode ser visto como uma forma de não desincentivar o investimento do capital estrangeiro no Brasil ou de não se tributar, com base em mera variação cambial, o capital investido ao invés da renda gerada. Trata-se de indicação de não incidência positivada no Regulamento do Imposto de Renda.

Para exemplificar a questão, vamos recorrer à situação narrada pelo próprio Recorrente em memoriais:

"Neste caso, o imposto de renda incide não porque o investidor ganhou mais do que investiu, mas sobre a desvalorização da moeda nacional. Exemplo:

- investimento de US\$ 1.000.000, à taxa cambial do dia do investimento de R\$ 1,00 redonda em valores iguais de investimento em moeda estrangeira (US\$ 1.000.000) e o resultado de sua conversão em reais (R\$ 1.000.000) (conf. RDE Bacen);

- já a alienação do investimento por US\$ 1.000.000, à taxa cambial do dia da venda de R\$ 1,30, resulta em ganho de capital zero, em dólar, e diferença de R\$ 300.000,00 em reais, a qual não é ganho, mas reflete a quantidade de moeda brasileira necessária para pagar o mesmo milhão do investidor;

- se se tributar os R\$ 300.000,00, o imposto incidirá sobre a desvalorização do real e não sobre ganho existente, resultando

*que o investidor receberá menos do que investiu: R\$ 300.000,00
x 15% = R\$ 45.000,00 (IR), convertido à taxa de R\$ 1,30 = US\$
34.615,00; ou seja, o investidor receberá US\$ 965.385,00.*

A questão da variação cambial é extremamente relevante para esse caso e nesse ponto damos razão ao Recorrente:

"O fundamento de validade do RIR é a Lei n. 4131, que garante aos investidores a repatriação dos valores investidos em moeda estrangeira registrada no Bacen. Assim, se houver pagamento do imposto de renda sobre os valores em moeda nacional independentemente dos valores em moeda estrangeira, há redução do valor repatriável."

No presente caso restam comprovados pelos registros realizados junto ao Banco Central que os valores em moeda estrangeira não sofreram qualquer alteração, portanto, além de não haver alienação ou alteração tributável da situação patrimonial do contribuinte, no presente caso, estaria sendo prejudicado o próprio retorno do capital investido. Estaria sendo tributada a desvalorização da moeda nacional frente as moedas originárias do investimento.

Novamente, para o presente caso, esta com a razão o Recorrente. A base de calculo indicada não evidencia, em momento algum, a aquisição de nova riqueza pelo contribuinte, eis que, os registros da operação em moeda estrangeira não se alteraram em momento algum.

Tal fato denota ausência de renda realizada e ganho de capital. O Recorrente demonstrou que após a incorporação das ações o registro no Bacen, na moeda estrangeira, para as ações recebidas em substituição, é de mesmo valor das ações substituídas existentes antes da incorporação, razão pela qual, também neste ponto, votamos pelo provimento do recurso.

6. GANHO DE CAPITAL AUFERIDO POR RESIDENTE NO EXTERIOR NA ALIENAÇÃO DE BENS LOCALIZADOS NO BRASIL. RESPONSABILIDADE DO ADQUIRENTE.

A responsabilidade do Recorrente é um consectário do entendimento adotado pela fiscalização, pois, havendo alienação na operação em análise caberia ao adquirente promover a retenção do tributo eis que o alienante é residente no exterior.

O relatório fiscal consignado que o auto de infração foi lavrado tendo como sujeito passivo o Banco Santander Brasil S.A., na qualidade de responsável tributário, em razão de ser o adquirente das ações do Banco Real e do AAB Dois Par, anteriormente pertencentes à sociedade holandesa Sterrebeeck, e que foram incorporadas ao seu patrimônio em operação de incorporação de ações.

A fundamentação quanto a responsabilidade atribuída ao Recorrente pela fiscalização estaria ancorada no art. 121, parágrafo único, inciso II, do CTN e o art. 26 da Lei nº 10.833/2003:

Código Tributário Nacional:

"Art. 121 Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.”

Lei nº 10.833/2003:

“Art. 26. O adquirente, pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, ou o procurador, quando o adquirente for residente ou domiciliado no exterior, fica responsável pela retenção e recolhimento do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital a que se refere o art. 18 da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, auferido por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior que alienar bens localizados no Brasil.”

O recorrente sustenta que é indevida tal atribuição de responsabilidade, visto que não se pode impor o ônus pelo pagamento do imposto de renda a quem não auferiu rendimento nem obteve acréscimo patrimonial.

No caso do IRRF, sustenta que não pode ser atribuída responsabilidade a uma terceira pessoa em situação na qual não seja possível reter financeiramente a quantia despendida. Argumenta que o art. 26 da Lei nº 10.833/2003 só pode ser aplicado quando houver ganho de capital decorrente da alienação de bens com pagamento em dinheiro, passível de ser retido pelo adquirente.

A decisão recorrida sustenta por sua vez que não há na legislação tributária regra que contemple as restrições alegadas pela impugnante, no sentido de que a responsabilidade só poderia ser atribuída à fonte pagadora se esta tivesse a posse dos recursos financeiros que resultariam no ganho de capital.

A questão depende integralmente do pressuposto de base para ocorrência do fato gerador da obrigação principal, pois, não havendo alienação não há subsunção a hipótese normativa que prevê a responsabilidade do adquirente no presente caso.

Ainda que o entendimento desta turma caminhe no sentido de considerar a operação como sendo uma alienação, é de se registrar que tal posicionamento decorreria de uma mudança de entendimento adotado pelo fisco até o ano de 2009 o que importaria em exigência de adoção de conduta, pelo Recorrente, diversa da exigível a época dos fatos, sendo desarrazoada a imposição de responsabilidade neste caso.

Notem que a questão, mais uma vez, é de pressuposto de subsunção. De fato, em sendo uma alienação, no que se refere a responsabilidade do alienante, a tese fiscal estaria totalmente adequada ao previsto no ordenamento jurídico. Mas esse não é o caso e, ainda que tal racional reste vencido, considerando a conformação jurídica vigente a época, não se poderia exigir do Recorrente uma conduta diversa da adotada.

Não haveria como este adivinhar que seria surpreendido com a exigência objeto de controvérsia.

No sentido do que sustentamos cabe observar o que dispõe o julgado de relatoria da Ministra **Ellen Gracie**, RE nº 603.191/MT, onde o Pleno do Tribunal ratificou o entendimento pela constitucionalidade da retenção em discussão, mas indicou que sua aplicabilidade deve respeitar "os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não se lhe podendo impor deveres inviáveis, excessivamente onerosos, desnecessários ou ineficazes".

“DIREITO TRIBUTÁRIO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO DE 11% ART. 31 DA LEI 8.212/91, COM A REDAÇÃO DA LEI 9.711/98. CONSTITUCIONALIDADE.

1. Na substituição tributária, sempre teremos duas normas: a) a norma tributária impositiva, que estabelece a relação contributiva entre o contribuinte e o fisco; b) a norma de substituição tributária, que estabelece a relação de colaboração entre outra pessoa e o fisco, atribuindo-lhe o dever de recolher o tributo em lugar do contribuinte.

2. A validade do regime de substituição tributária depende da atenção a certos limites no que diz respeito a cada uma dessas relações jurídicas. Não se pode admitir que a substituição tributária resulte em transgressão às normas de competência tributária e ao princípio da capacidade contributiva, ofendendo os direitos do contribuinte, porquanto o contribuinte não é substituído no seu dever fundamental de pagar tributos. A par disso, há os limites à própria instituição do dever de colaboração que asseguram o terceiro substituto contra o arbítrio do legislador. A colaboração dele exigida deve guardar respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não se lhe podendo impor deveres inviáveis, excessivamente onerosos, desnecessários ou ineficazes.

3. Não há qualquer impedimento a que o legislador se valha de presunções para viabilizar a substituição tributária, desde que não lhes atribua caráter absoluto.

4. A retenção e recolhimento de 11% sobre o valor da nota fiscal é feita por conta do montante devido, não descaracterizando a contribuição sobre a folha de salários na medida em que a antecipação é em seguida compensada pelo contribuinte com os valores por ele apurados como efetivamente devidos forte na base de cálculo real. Ademais, resta assegurada a restituição de eventuais recolhimentos feitos a maior.

5. Inexistência de extrapolação da base econômica do art. 195, I, a, da Constituição, e de violação ao princípio da capacidade contributiva e à vedação do confisco, estampados nos arts. 145, § 1º, e 150, IV, da Constituição. Prejudicados os argumentos relativos à necessidade de lei complementar, esgrimidos com base no art. 195, § 4º, com a remissão que faz ao art. 154, I, da Constituição, porquanto não se trata de nova contribuição.

6. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

7. Aos recursos sobrestados, que aguardavam a análise da matéria por este STF, aplica-se o art. 543-B, § 3º, do CPC.”
(Dje 5/9/11)

A operação em questão possui contornos controversos quanto a sua natureza, controvérsia que se acentua no sentido contrário aos procedimento adotado pelo contribuinte após o ano de 2009, o que inviabilizou a adoção de conduta diversa pelo mesmo.

Ainda que o entendimento seja por considerar a operação de incorporação de ações como uma espécie de alienação, haveria dificuldades para realização do dever colaborativo que se exige do alienante nestes casos, pois, a operação se processa com base em

uma troca equivalente de título por título, não havendo pagamento, o que importância em duas posturas:

- 1 - Exigir do adquirente um pagamento adicional para fazer frente aos custos tributários, o que importaria numa inversão do fluxo de capital eis que o alienante passaria a ter um ganho de capital na medida em que, por suas ações receberia valor a maior que o efetivamente apurado na operação;
- 2 - Reduzir o valor de troca, deixando o adquirente em situação política societária proporcionalmente inferior a que possuía na sociedade incorporada.

Para este relator, a lógica da operação de incorporação de ações é incompatível com a sistemática de retenção na fonte, pois inviabiliza a realização de troca equivalente, portanto, não havendo subsunção quanto a hipótese de atribuição de responsabilidade, pois lhes seriam impostos deveres inviáveis, excessivamente onerosos, desnecessários ou ineficazes.

Por todo exposto, dado o fato de tal operação não implicar em alienação ou, ainda que tal entendimento seja oposto ao da turma, considerando a inadequação da sistemática da retenção frente a operação em lide, dou provimento ao recurso neste ponto.

7. IRRF. REAJUSTAMENTO DO RENDIMENTO BRUTO. RENDA DE NÃO RESIDENTE. ASSUNÇÃO DO ÔNUS PELA FONTE PAGADORA.

Entendeu o Agente Fiscal que (...) "no caso de tributação exclusiva na fonte em que o beneficiário é domiciliado no exterior, quando a fonte paga rendimento sem o desconto do imposto devido, deverá haver o reajustamento do respectivo rendimento bruto para efeito de determinação de base de cálculo do lançamento de ofício."

E assim foi procedido, além do lançamento ter seguido a sistemática de rendimento retido na fonte, ao presente caso foi aplicado reajustamento da base de cálculo, cujo valor inicial apurado era de R\$ 24.724.665.771,12, sendo majorado para R\$ 29.087.830.318,96.

O entendimento manifestado por este relator considerou o lançamento improcedente, entretanto, ainda que o lançamento seja mantido por este colegiado, dada algumas particularidades do caso, há equívocos quanto a adoção da sistemática em questão e ao reajustamento da base de cálculo que não devem prosperar.

O Art. 685 do RIR/99 elegeu como critério central para o surgimento da obrigação de retenção na fonte as condutas de pagar, creditar, remeter, empregar ou entregar o rendimento ao beneficiário. Entretanto, em decorrência da operação de incorporação de ações, não é possível verificar qualquer das condutas indicadas na legislação de referência.

Como bem asseverou o Recorrente:

"Nas hipóteses de incidência do IRRF, há o reconhecimento contábil de passivo a pagar, à disposição do beneficiário, e do valor bruto desse passivo se desconta o imposto de renda quando a fonte paga efetivamente, credita em favor do beneficiário, remete a ele o rendimento, emprega o rendimento em seu favor, ou entrega o rendimento a outrem segundo a ordem recebida do beneficiário."

Mas no aumento de capital não há um reconhecimento de obrigação no passivo, e apenas um crédito à conta de capital com um débito à conta de investimento.

Mais um detalhe é que, se a fonte não tem como descontar o imposto no aumento de capital e tiver que pagar o imposto, tem que reajustar o rendimento bruto e recolher com recursos do seu caixa, o que implicaria em quebrar a relação de substituição justa das ações, afrontando a própria sistemática legal prevista para a incorporação de ações. De fato, o rendimento bruto tributável se acresceria ao valor atribuído às ações incorporadas."

De fato, o entendimento quanto a incidência do Imposto de Renda Retido na fonte inviabilizaria o próprio instituto da incorporação de ações eis que inviabiliza a realização de troca equivalente de título por título.

Noutra perspectiva, se do valor apurado como adequado para a base de substituição dos títulos houver de ser reduzido para pagamento do tributo em questão, aos acionistas da sociedade que tiveram suas ações incorporadas restaria o ingresso na nova sociedade em situação econômica e solitariamente inferior a que possuíam no âmbito da sociedade convertida em subsidiária integral.

O entendimento tributário em foco levaria ao fim do instituto da incorporação de ações quando uma das partes for domiciliada no exterior.

Tal afirmação não toma por base somente o fato da operação tornar-se extremamente prejudicial aos acionistas da sociedade transformada em subsidiária integral, mas, principalmente, pela absoluta impossibilidade de realizar uma troca equivalente, pois, ou os acionistas, para fazer frente aos custos tributários, teriam de aportar mais capital para manter equivalência em termos de ações ou aceitar receber menos ações para que parte de seu patrimônio venha a custear o tributo exigido.

E registra-se, o que estaria sendo objeto de retenção não seria o pagamento, o crédito, remessa, o emprego ou a entrega de renda, eis que não se verificam qualquer destes atos no presente caso, mas o próprio capital integrante do patrimônio originário do contribuinte.

Noutras palavras, no presente caso, para promover uma troca de título por título que resguardasse a situação econômica e societária, aí incluído o poder decisório dos acionistas que integravam a sociedade transformada em subsidiária integral, estes teriam de realizar um pagamento adicional pela mesma quantidade de títulos, no valor de R\$ 4.363.164.539,84.

Seguindo o racional da fiscalização, a Sterrebeeck possuía títulos, para fins de troca, avaliados em R\$ 24.724.665.771,12 e recebeu em títulos do Banco Santander Brasil outros equivalentes a R\$ 24.724.665.771,12.

A tese fiscal sustenta que teria ocorrido uma alienação sendo o valor de R\$ 24.724.665.771,12 parcela líquida da operação que, após reajustamento, seria de R\$ 29.087.830.318,96.

É um fato que não houve pagamento a maior por parte do Banco Santander Brasil, eis que os documentos de registro da operação junto ao Banco Central nada indicam.

Mesmo se tratando de um reajustamento com base em pagamento ficto, a ausência de tais dados, corroborados por documentos hábeis e idôneos que levassem a tal conclusão, somados ao fato da Sterrebeeck ter recebido em títulos exatos R\$ 24.724.665.771,12, indicam que, se houve pagamento a maior, este se deu por parte da Sterrebeeck.

Se na operação de incorporação de ações, segundo a tese fiscal, a Sterrebeeck estaria sujeita ao imposto de renda, é de se supor que, sabendo deste fato duas condutas fossem adotadas, ou negociaria a assunção do custo tributário pelo adquirente ou efetuaria pagamento a maior para que o resultado da operação não implicasse em participação societária proporcionalmente menor que a originária.

Como não há qualquer registro de transferência do ônus tributário para o suposto adquirente, tão pouco pagamento no valor equivalente ao tido por bruto pela fiscalização, também é possível supor ter a Sterrebeeck efetuado tal pagamento.

Estamos aqui trabalhando com hipóteses, pois de concreto, a única coisa que existiu de modo comprovado documentalmente foi a substituição de título por título, tendo as partes tomado a operação por sub-rogação real, mas, se houvesse qualquer pagamento a maior, o principal interessado em efetuar a troca com equivalência, não necessariamente por questões ligadas ao valor das ações em si, mas também pelos aspectos políticos societários da operação, seria a própria Sterrebeeck.

Portanto, já que o reajustamento de base de calculo esta construído com base em presunções doutrinárias e jurisprudenciais eis que a lei somente autoriza a aplicação do Gross Up quando a fonte pagadora comprovadamente assume tal encargo, não seria possível supor a hipótese em questão.

Neste caso, haveria a inversão de papéis, adquirente se tornaria alienante e alienante adquirente, por consequência, não haveria pagamento a maior por parte do Banco Santander Brasil, mas, recebimento, o que inviabilizaria a sua classificação como fonte pagadora.

Quanto ao *Gross Up*, o Art. 725 do RIR/99 assim direciona:

"Art. 725. Quando a fonte pagadora assumir o ônus do imposto devido pelo beneficiário, a importância paga, creditada, empregada, remetida ou entregue, será considerada líquida, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto, sobre o qual recairá o imposto, ressalvadas as hipóteses a que se referem os arts. 677 e 703, parágrafo único (Lei nº 4.154, de 1962, art. 5º, e Lei nº 8.981, de 1995, art. 63, § 2º)"

De certo, as ilações feitas aqui servem apenas demonstrar que, a prevalecer a tese fiscal quanto a natureza das operações de incorporação de ações, não seria possível presumir de forma absoluta que o pagamento da eventual diferença a maior, quando a operação se der por equivalência de títulos, teria origem na sociedade incorporadora, pois a incorporada tem outros interesses que a levariam a pagar tal diferença.

De toda forma, se qualquer das hipóteses narradas ocorrer, já não estaríamos mais diante de uma operação de incorporação de ações, mas sim de uma operação de integralização de capital com bens, ou com bens e dinheiro, como quer fazer crer a tese fiscal.

Mais do que um entendimento, a tese fiscal impõe a prática do ato sustentado pelo Fisco, força a alteração da natureza jurídica da incorporação de ações por meio da tributação.

No presente caso, entendemos não ser possível a aplicação do reajustamento pois, não há prova hábil e idônea de que o valor a maior foi pago pelo Banco Santander Brasil, não há estipulação contratual que, nos termos do RIR/99 Art. 725 indique que a fonte pagadora assumiu o ônus do imposto devido.

A ausência de retenção não é razão suficiente para se presuma ter o Recorrente assumido o ônus tributário. Até porque, a falta de previsão contratual quanto a isso impediria inclusive a busca de eventual ressarcimento pelos custos tributários que seriam da Sterrebeeck, por derradeiro, importaria em aumento do valor de avaliação das ações em questão consolidando um ganho de capital construído em bases irreais.

Do exposto, mesmo que venha a ser vencido no ponto em que consideramos inexistente o ganho de capital tributável decorrente da incorporação de ações, ainda assim votamos por considerar indevida a aplicação do reajustamento (Gross up) no presente caso por falta de previsão contratual de assunção dos custos tributários e, pelo fato da conduta adotada pelo recorrente estar ajustada ao entendimento vigente a época do fato (Art. 100, Parágrafo único do CTN) não há como presumir tal assunção de ônus pelo adquirente.

8. MULTA DE OFÍCIO E JUROS DE MORA. ART. 100, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN.

Quanto a este ponto é preciso registrar que nos últimos anos houve uma profunda alteração de entendimentos relacionados a operação de incorporação de ações.

No âmbito da Receita Federal, as mudanças de posicionamento quanto a incorporação de ações tiveram início a partir de 2013 e se consolidaram em 2014 com a publicação da Solução de Consulta 224, de 14 de agosto de 2014, cujo consulente declarou ser acionista minoritário de sociedade em vias de tornar-se subsidiária integral de outra, questionando se haveria a incidência de obrigação tributária em decorrência da operação e se a incorporação de ações caracterizaria uma transferência de bens a título de integralização de capital.

Entendeu a Cosit consistir a incorporação de ações em “operação de integralização de capital mediante entrega de bens, tendo em vista os efeitos patrimoniais para o sócio, o qual, ao adquirir participação societária atual, entrega ações anteriormente possuídas”. E, por considerar existente a alienação de bens, a operação estaria sujeita à apuração de ganho de capital, nos termos do art. 3º da lei 7.713, de 22 de dezembro de 1988.

Em sentido oposto a CVM manifestou formalmente entendimento alinhado a corrente doutrinária capitaneada por Nelson Eizirik, pois, em parecer destinado a responder consulta formulada pelo SINDCOR – Sindicato das Corretoras de Valores do Estado de São Paulo nos autos do Processo CVM RJ-2014-2584, se posicionou no sentido de que a incorporação de ações é distinta do aumento de capital, com lastro em posicionamento já adotado pelo mesmo órgão no âmbito do processo CVM RJ-2010-13425. Destacou-se, à ocasião do voto vencedor em 2011, que a “incorporação de ações é compulsória e determinada pela maioria do capital votante de cada uma das companhias envolvidas em deliberação assemblear”, caracterizando-se a operação como sub-rogação legal real.

E neste CARF, em março de 2015, ao julgar o Recurso Voluntário 2202002.187 (Processo 10680.726772/201188), sua 2ª Câmara proferiu o Acórdão 9202-003.579 acolhendo a tese de que a incorporação de ações consiste em sub-rogação real:

"ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2008

IRPF - OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES - INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL.

A figura da incorporação de ações, prevista no artigo 252 da lei 6.404/76, difere da incorporação de sociedades e da subscrição de capital em bens. Com a incorporação de ações, ocorre a transmissão da totalidade das ações (e não do patrimônio) e a incorporada passa a ser subsidiária integral da incorporadora, sem ser extinta, ou seja, permanecendo com direitos e obrigações. Neste caso, se dá a substituição no patrimônio do sócio, por idêntico valor, das ações da empresa incorporada pelas ações da empresa incorporadora, sem sua participação, pois quem delibera são as pessoas jurídicas envolvidas na operação.

Os sócios, pessoas físicas, independentemente de terem ou não aprovado a operação na assembleia de acionistas que a aprovou, devem, apenas, promover tal alteração em suas declarações de ajuste anual.

Ademais, nos termos do artigo 38, § único, do RIR/99, a tributação do imposto sobre a renda para as pessoas físicas está sujeita ao regime de caixa, sendo que, no caso, o contribuinte não recebeu nenhum numerário em razão da operação autuada.

Não se aplicam à incorporação de ações o artigo 3º, § 3º, da lei 7.713/88, nem tampouco o artigo 23 da lei 9.249/95. Inexistência de fundamento legal que autorize a exigência de imposto de renda pessoa física por ganho de capital na incorporação de ações em apreço. Recurso especial negado."

Contudo, em dezembro do mesmo ano, a 3ª Câmara do mesmo órgão proferiu o acórdão 1301-001.85641, em que adotou posição diametralmente oposta. Na ocasião, entendeu-se que a transferência de ações decorrente da incorporação prevista no art. 252 da LSA é espécie do gênero alienação e que, havendo diferença positiva entre os valores atribuídos à ação, há ganho de capital a ser tributado.

Portanto, restou demonstrado que a época dos fatos, independente da posição que este colegiado manifeste quanto ao presente julgado, a conformação normativa, doutrinária e jurisprudencial indicava como interpretação mais acertada ser a incorporação de ações efeitos sub-rogatórios equivalentes a incorporação de sociedades, portanto não tributados.

Notem que o auto de infração é datado do final de 2013, portanto, momento em que a administração fazendária iniciou os movimentos de mudança de práticas quanto ao tema, culminando a referida solução de consulta.

Como bem indicado pelo Recorrente, o parágrafo único do Art. 100 do Código Tributário Nacional, prestigiando a segurança jurídica nas relações tributárias, exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo, para os casos em que haja a observância das normas referidas no Artigo em questão.

"Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo."

Assim, por todo exposto, restou claro que o Recorrente agiu com estrita observância da conformação jurídica vigente a época dos fatos, de tal maneira que mesmo vencido quanto aos demais pontos deste voto, não há como prevalecer a aplicação de multa e juros, devendo ser cancelados com base na previsão do Parágrafo Único do Art. 100 do CTN.

9. JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO

O Recorrente, no item 7 de seu Recurso, alega, a título argumentativo, que "*os juros calculados com base na taxa Selic não poderão ser exigidos sobre a multa de ofício lançada, por absoluta ausência de previsão legal.*"

Neste ponto, cumpre registrar as alegações do Recorrente sustentando que a aplicação de juros de mora com base na taxa SELIC é uma decorrência da interpretação combinada dos Art. 13 da Lei 9.065/95, com o Art. 84 da Lei 8.981/95:

Lei 8.981/95:

*"Art. 84. Os **tributos e contribuições sociais** arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores vierem a ocorrer a partir de 1º de janeiro de 1995, não pagos nos prazos previstos na legislação tributária **serão acrescidos de:***

*I - juros de mora, equivalentes à **taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Mobiliária Federal Interna**; (Vide Lei nº 9.065, de 1995*

II - multa de mora aplicada da seguinte forma:"

Lei 9.065/95:

"Art. 13. A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea c do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847, de 28 de

janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea a.2, da Lei nº 8.981, de 1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente."

Alega que a lei em momento algum tratou de aplicação de taxa Selic sobre multas, limitou sua aplicação aos tributos e contribuições. Razão pela qual, não havendo base normativa para tal aplicação, tal incidência é ilegal.

Ocorre que a jurisprudência do STJ segue consolidada quanto a possibilidade de incidência de juros sobre multa, conforme se depreende da leitura da ementa do acórdão do AgRg no REsp n. 1.335.688/PR (1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 10/12/2012):

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ.

1. Entendimento de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ no sentido de que: "É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário." (REsp 1.129.990/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 14/9/2009). De igual modo: REsp 834.681/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 2/6/2010". (grifei)

2. Agravo regimental não provido

E quanto ao incidente, este conselho já pacificou entendimento quanto a aplicabilidade da taxa Selic conforme Súmula CARF nº 4:

"Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais"

Ante ao exposto, caso vencido quanto aos demais pontos, quanto à incidência de juros sobre multa, voto por negar provimento ao recurso.

Conclusão

Pelo exposto, voto por conhecer do recurso, e no mérito, dar-lhe parcial provimento.

(assinado digitalmente)

Jamed Abdul Nasser Feitoza

Voto Vencedor

Conselheiro Ronnie Soares Anderson - Redator Designado

Não obstante as considerações do D. Relator acerca da controvérsia, tenho entendimento diverso.

Havendo sido vencido no meu encaminhamento no sentido de não conhecer dos argumentos embasados no art. 24 da MP nº 2.158-35/01, em virtude de preclusão, e acompanhando a abordagem do relator quanto ao tratamento das preliminares no restante, no que diz respeito à questão de fundo, cabe reproduzir de início, o art. 43 do CTN:

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.

A norma em apreço revela que o legislador adotou conceito bastante abrangente de renda, sendo que no inciso I tem-se espelhada a chamada renda-produto¹⁰, e no inciso II são previstos como fatos geradores os demais acréscimos patrimoniais, a dita renda-acréscimo, os quais podem ser definidos como mutações patrimoniais líquidas positivas aferidas entre dois momentos do tempo.

Assim, essa concepção do fenômeno renda mostra-se bastante compatível com a prevista no modelo SHS¹¹, concebido pela doutrina americana e alemã, e reconhecido amplamente como paradigma do que seria o conceito de renda ideal, apto a atingir todas as manifestações de capacidade contributiva.

O art. 43 do CTN estabelece então os contornos do que seria renda tributável, observados, é claro, os princípios firmados na CF, com destaque para os princípios da universalidade, generalidade, progressividade, e, em especial, da capacidade contributiva. Não há como se olvidar, além disso, do princípio da praticabilidade, bem desenvolvido nas lições de Mizabel Derzi e Regina Helena Costa, e do princípio da realização da renda, o qual será objeto de menção mais detalhada adiante, haja vista o desenvolvimento do voto do relator a seu respeito.

Observadas tais fronteiras, o legislador ordinário pôde, no exercício de suas atribuições constitucionais, apontar as hipóteses de incidência do imposto de renda em uma série de situações, dentre as quais se sobressai, no particular, as previstas nos arts. 1º a 3º da Lei nº 7.713/88:

¹⁰ Conforme as lições da doutrina alemã, na qual se desenvolveu a denominada "Teoria das Fontes".

¹¹ Modelo Schanz-Haig-Simons

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)

A leitura dos dispositivos encimados denota que quaisquer operações que importem alienação - algumas das quais exemplificadas no § 3º - são consideradas para fins de apuração de eventual existência de ganho de capital, desde que, por óbvio, delas resultem acréscimo patrimonial para o contribuinte.

Atente-se para a necessidade, outrossim, de que haja disponibilidade jurídica ou econômica do acréscimo patrimonial, sendo que a distinção entre os respectivos conceitos seara tormentosa, dividindo-se a doutrina em correntes minoritárias, que a vinculam aos binômios posse/propriedade e ato lícito/ato ilícito, bem como realização/separação, e o que pode ser chamado de posicionamento preponderante, o qual associa a disponibilidade jurídica ao regime de competência, e a disponibilidade econômica ao regime de caixa.

Nessa esteira, cabe desde já afastar a associação por vezes efetuada, mas amplamente minoritária na doutrina, e rechaçada pela jurisprudência¹², entre regime de caixa e fluxo financeiro, pois a disponibilidade concernente ao regime de caixa pode ser perfeitamente apreendida por meio da percepção de bens, direitos, etc, não necessariamente já transformados em pecúnia - ver ilustrativamente, nesse sentido, as disposições do inciso IV do art. 55 do Decreto nº 3.000/99¹³, e do art. 31 do Decreto-Lei nº 1.598/77.

Ainda a título introdutório, necessário dizer que o princípio da realização da renda requer a identificação do momento em que aquela, como indicativo de capacidade contributiva, pode ser concreta e seguramente tributada.

Não há como se partilhar, contudo, da visão do D. Relator a respeito do tema, ao considerar, segundo se extrai de suas razões, que haveria necessidade de identificação de parcela destacada do patrimônio para a verificação de disponibilidade jurídica ou econômica.

Tal perspectiva parece estar calcada na teoria da renda separada do capital, colhida dos ensinamentos da doutrina do americano Edwin Sigelman, do início do século passado, e referida no precitado voto. Foi esse estudioso o grande difusor da noção de que a renda é algo separado do capital que a produz, dependendo a tributação da verificação dos atributos de realização e separação¹⁴.

Não obstante, mesmo em seu país de origem essa visão, em seu sentido restritivo, vem sendo superada há bastante tempo. Com efeito, ao menos desde 1940, quando do julgamento pela Suprema Corte do caso *Helvering v. Bruun* (309 U.S. 461¹⁵), no qual decidiu-se que um ganho pode ser tributável ainda que não esteja separado do capital¹⁶.

¹² Veja-se, por exemplo, o REsp nº 981.134/RS, j. 3/4/2008, do qual se extrai o seguinte trecho da ementa (ver também AgRg nos EDcl no REsp 1.232.796/RS, j. 2/2/2012, dentre outros):

(...)

4. Não se deve confundir disponibilidade econômica com disponibilidade financeira da renda ou dos proventos de qualquer natureza. Enquanto esta última se refere à imediata "utilidade" da renda, a segunda está atrelada ao simples acréscimo patrimonial, independentemente da existência de recursos financeiros.

5. Não é necessário que a renda se torne efetivamente disponível (disponibilidade financeira) para que se considere ocorrido o fato gerador do acréscimo patrimonial (disponibilidade econômica). (...)

¹³ 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 e direitos, avaliados em dinheiro, pelo valor que tiverem na data da percepção;

¹⁴ Cf. SELIGMAN, Edwin. Are stock dividends income? In *Studies in public finance*. New York: Augustus M. Kelley, 1969 (reimpressão), pp. 98/103.

¹⁵ Vale anotar o conteúdo daquele fundamental entendimento na história da evolução do imposto de renda, em trecho da decisão mencionado por Heloísa Helena Rocha Maia, no artigo 'O princípio da realização da receita: passado, presente e perspectivas futuras':

"A Corte estabeleceu:

'Enquanto é verdade que o ganho econômico não é sempre tributável como lucro, é estabelecido que a realização do ganho não precisa ser em dinheiro derivado da venda de um ativo. Ganho pode ocorrer como um resultado da troca da propriedade, baixa de um débito do contribuinte, desobrigação de um passivo, ou outro lucro realizado da conclusão de uma transação. O fato que o ganho é uma parcela do valor da propriedade recebida pelo contribuinte não nega sua realização.

Não é necessário para o reconhecimento de um ganho tributável que o contribuinte deva ser capaz de separar a melhoria gerada pelo ganho de capital original. Se isto fosse necessário, nenhum lucro poderia surgir na troca de propriedade; desde que sempre tivesse sido reconhecido como um ganho tributável realizado' (Windal, 1963, p.34)."

Disponível em <http://revistas.face.ufmg.br/index.php/contabilidadevistaerevista/article/download/110/105>

¹⁶ Leciona a respeito Victor Borges Polizelli, em 'O princípio da realização da renda e sua aplicação no imposto de renda de pessoas jurídicas':

De fato, limitações do gênero tolhem consideravelmente a possibilidade de se alcançar as manifestações de capacidade contributiva nas situações em que elas ocorrem, particularmente à luz dos inúmeros tipos de negócios jurídicos firmados em uma economia globalizada.

Na verdade, algumas das grandes questões em discussão nos sistemas tributários modernos vão em sentido diametralmente oposto, a saber, como se tributar, haja vista as dificuldades de cunho prático, os ganhos decorrentes de mera detenção dos ativos. Isso porque a usual apreensão temporal do resultado com base em transações com terceiros causa severas distorções no comportamento econômico e onerosidade discrepante para os contribuintes que não dispõem, como aqueles dotados de elevada capacidade contributiva, de mecanismos hábeis para diferir significativamente o momento de realização.

Debates à parte, deve ser destacado que a ampla maioria das administrações tributárias associa, por meio das normas adequadas, a percepção da renda/acréscimo patrimonial a eventos críticos envolvendo terceiros, situações em que eventual ganho já incorporado no ativo, ou à ocasião obtido, revela-se objetivamente, por assim dizer, de modo definitivo e apreciável monetariamente. É o que se passou, como será visto, no bojo da incorporação de ações do Banco Real e do AAB Dois Par.

A par dessa exposição de caráter geral, necessário passar ao exame mais próximo da lide posta nos autos, sendo de rigor advertir que não se reprisará todas as minúcias das operações abordadas, visto tal feito ter sido efetuado com maestria no relatório deste Acórdão.

Observe de início que não divirjo das conclusões do encaminhamento do voto do relator no que concerne à adequação do momento eleito como evento tributável, ou seja, de que o ganho de capital objeto de lançamento deu-se na incorporação das ações do Banco Real e do AAB Dois Par pelo recorrente, em operação que visou lhe transferir, da sociedade holandesa Sterrebeeck B.V., a propriedade dessas ações, tornando aquelas sociedades subsidiárias integrais suas.

Cumpra então focar nas disposições legais específicas que importam para o deslinde da controvérsia.

A incorporação de ações é regrada pelo art. 252 da Lei nº 6.404/76 (Lei das S.A.):

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

"A partir da decisão deste caso, foi assentado que a realização não requer separação efetiva do ganho com relação à propriedade que o produziu, mas simplesmente exige um evento que congele ou fixe o ganho com um nível apropriado de certeza que justifique a imposição tributária. Basta existir algum evento - uma transação completa - que manifeste objetivamente o ganho."

Disponível in www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-18112011-145517/

peritos que as avaliarão; os acionistas não terão direito de preferência para subscrever o aumento de capital, mas os dissidentes poderão retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230.

§ 2º A assembleia-geral da companhia cujas ações houverem de ser incorporadas somente poderá aprovar a operação pelo voto 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.

§ 4º A Comissão de Valores Mobiliários estabelecerá normas especiais de avaliação e contabilização aplicáveis às operações de incorporação de ações que envolvam companhia aberta.

Trata-se, assim, de instituto específico, que não se confunde com a incorporação de sociedades (art. 227 da Lei nº 6.404/76), tampouco com permuta (art. 533 do Código Civil), visto estar regrado pelas normas próprias de direito societário acima transcritas.

É, em síntese, operação por meio da qual a totalidade das ações de uma ou mais sociedades anônimas (Banco Real e AAB Dois Par) é incorporada ao patrimônio de outra companhia (Banco Santander Brasil), tornando-se suas subsidiárias integrais, em procedimento conforme o qual há o aumento do capital da sociedade incorporadora, com a subscrição desse por conta dos acionistas das sociedades incorporadas. Para viabilizar tal subscrição, os sócios se desfazem das ações que detinham das incorporadas, recebendo em contrapartida as ações da incorporadora.

A partir desse ponto, deve ser averiguado se a operação em tela traz em seu bojo espécie do gênero alienação. Traga-se à colação esse conceito, aqui retirado do Vocabulário Jurídico¹⁷:

A alienação, também chamada de alheação e alheamento, é o termo jurídico de caráter genérico, pelo qual se designa todo e qualquer ato que tem o efeito de transferir o domínio de uma coisa para outra pessoa, seja por venda, por troca ou por doação.

Ora, inegavelmente, no decorrer de uma incorporação de ações ocorre alienação, pois em dado momento as ações da sociedade incorporada saem do domínio dos seus sócios, para a propriedade da controladora, com vistas a que a primeira passe a constituir-se em subsidiária integral da segunda. A controladora fica, daí, com a obrigação de disponibilizar ações suas a esses sócios, o que é realizado mediante aumento de capital e emissão de novas ações a um certo preço, as quais são então entregues aos sócios da incorporada.

¹⁷ SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico/atualizadores : Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 23ª Edição. Rio de Janeiro, 2003, p. 94.

Vale salientar mais uma vez que a incorporação de ações não se trata de subespécie do gênero compra e venda, permuta, incorporação de sociedades, etc., mas sim de instituto societário de caráter único e dotado de certa complexidade, sendo composto de diversas etapas consecutivas e necessárias, dentre as quais se destaca, como de especial interesse para o caso vertente, a realização de alienação das ações detidas pelos sócios da sociedade incorporada.

Mister chamar a atenção, nesse passo, para o fato de que a situação abordada não se confunde com sub-rogação real legal.

Essa diz respeito à situação na qual, no seio de uma determinada relação jurídica, há substituição de um objeto por outro, que não apenas toma o lugar do substituído, mas também se submete ao seu regime jurídico.

Não foi destinado capítulo específico ao instituto no Código Civil, que porém regulamentou diversas aplicações da sub-rogação real, como no art. 1.659, incisos I e II, no art. 1.719 e no art. 1.425, § 1º, o qual preceituou, no pertinente aos princípios gerais dos direitos reais de garantia, que, *nos casos de perecimento da coisa dada em garantia, esta se sub-rogará na indenização do seguro, ou no ressarcimento do dano, em benefício do credor, a quem assistirá sobre ela preferência até seu completo reembolso.*

Ou seja, a substituição que acontece na sub-rogação real se dá dentro do contexto de uma relação jurídica na qual o bem original tinha uma destinação certa, como ocorre quando um bem dado em garantia está ameaçado de perecer, ou mesmo se torna de manutenção dispendiosa para o devedor, vindo a ser substituído por outro que satisfaça a função original.

Na incorporação de ações, porém, a relação jurídica original existente entre os sócios e uma determinada pessoa jurídica é desfeita, estabelecendo-se novo vínculo societário entre aqueles e a pessoa jurídica incorporadora, a qual pode atuar em outros mercados/atividades e geralmente possui outros sócios, além daqueles da companhia incorporada. É outra relação jurídica que exsurge, envolvendo outros sujeitos de direitos e bens, podendo haver, por exemplo, políticas de distribuição de dividendos bastantes distintas entre as companhias.

Sobre o tema, aliás, Luis Eduardo Schoueri¹⁸ com argúcia refletiu:

Nesse contexto, não vislumbramos a previsão de sub-rogação real no artigo 252 da Lei das Sociedades Anônimas.

Ali, não criou, o legislador, qualquer ficção. Em momento algum o dispositivo dá a entender que as ações de 'B' deveriam ser consideradas como ações de 'A'. Não vemos, ademais, que a lei tenha estabelecido a substituição das ações mediante um juízo relativo, ou seja, com vistas a uma relação jurídica particular. Pelo contrário, as ações, tanto as da companhia 'incorporada' como as da companhia 'incorporadora' são tratadas em si e por si. Prova disso é, como se disse acima, que as ações de 'B' não autorizam o sócio a exercer quaisquer direitos em face de 'A', o

¹⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. Incorporação de ações; natureza jurídica societária e efeitos tributários, in Revista Dialética de Direito Tributário, n. 200, São Paulo, Dialética, maio de 2012, p. 52.

que decorre da relação jurídica particular em que se encontram insertas as ações desta.

Acrescente-se, ainda, que não se vislumbra incompatibilidade entre a sub-rogação real e a alienação. É perfeitamente possível que se aliene bem com o escopo de viabilizar sua substituição por outro que assumo o seu lugar em uma certa relação jurídica, via sub-rogação; mesmo assim, não deixa de ocorrer alienação. Em outras palavras, não são conceitos ou institutos reciprocamente excludentes, como a uma vista desavisada pode parecer.

Impõe-se, nesse átimo, sublinhar também a compreensão de que a incorporação de ações não se confunde com permuta, como já mencionado anteriormente neste voto.

As ações da sociedade que incorpora são conferidas aos acionistas da incorporada considerando-se prévia avaliação do valor patrimonial das ações incorporadas - diga-se mais claramente, se preciso: mediante o estabelecimento de um preço definido de emissão das ações da incorporadora, a serem subscritas para fins de integralização do capital, proceder esse efetivado seja em bens, seja em dinheiro. Destarte, restam perfeitamente certos, delimitados e mensuráveis os termos em que efetuada a alienação ocorrida.

Como bem salientado pela PGFN, "é inegável que a operação de incorporação de ações implica a circulação de riquezas entre as partes envolvidas, mormente os antigos acionistas da incorporada e a incorporadora". Nessa toada, a Fazenda Nacional alude (fl. 19238) ao que asseveram Luiz Carlos de Andrade Júnior e Luiz Eduardo Schoueri:

É relevante notar que a companhia poderá cobrar do acionista as 'importâncias devidas', o que põe em destaque o caráter monetário da obrigação decorrente da subscrição. Apenas para se traçar um paralelo, fosse a obrigação decorrente de subscrição centrada numa coisa (como na permuta), a companhia teria o direito de exigir a entrega desta, ou, quando muito, pleitear judicialmente uma indenização pelas perdas e danos sofridos. Jamais poderia a companhia (também a exemplo do que ocorre na permuta) exigir o pagamento do próprio preço (que somente é 'importância devida' na compra e venda).

Há que se ter em mente, sobretudo, que a relação de "mera substituição" que se opera na verdade se dá entre patrimônios de diferentes companhias, em apreciação com conteúdo nitidamente monetário. Se, devidamente avaliado, se constata que determinado patrimônio supera o registro contábil, o evento subscrição de ações simplesmente serve de condutor, na forma de títulos mobiliários, para viabilizar a equivalência final que se pretende alcançar, a qual pode acarretar, consoante se verificou na espécie, em acréscimo patrimonial para os acionistas da sociedade incorporada.

Sob outro prisma, ainda que se admitisse tratar-se de permuta, ou ainda, que esta tivesse efetivamente ocorrido durante o procedimento em comento, não se vislumbraria maiores empecilhos para a incidência do imposto de renda, pois, como é cediço, há previsão legal expressa para a tributação da alienação acontecida na forma de permuta, veiculada no art. 3º da Lei nº 7.713/88.

E, como vetusto princípio de hermenêutica há muito consagrado, é sabido que a lei não contém palavras inúteis, só sendo adequada a interpretação que encontrar um significado útil e efetivo para cada expressão contida na norma, sendo dever do intérprete buscar a eficácia do conjunto de suas prescrições.

Tirante as situações em que não há com aferir a correspondência dos bens sujeitos a permuta com equivalentes monetários precisos, ou seja, hipóteses singulares, não há óbices para que seja dimensionada com a desejável segurança a apuração de eventual ganho de capital nas permutas caso verificado acréscimo patrimonial, ainda que em certos casos, por razões de política fiscal - a saber, a permuta sem torna de unidades imobiliárias regradada no art. 121 do Decreto nº 3.000/99 - haja previsão para que não seja tributado tal ganho.

Em outros termos, no evento consubstanciado na permuta, realiza-se a avaliação do ativo detido, por meio de troca com terceiros por outro bem, sendo que possível problema de liquidez no adimplemento da obrigação, decorrente da apuração do ganho de capital, teria de ser sopesado à luz da apreensão da capacidade contributiva do contribuinte, não se constituindo em obstáculo a priori à incidência tributária.

Anote-se, como remate dessas breves linhas sobre a permuta, que o Parecer PGFN/CAT 1722/13 superou as considerações trazidas nos anteriores Pareceres PGFN/CAT nº 970/91 e 454/92 acerca de permutas, os quais foram exarados e voltados especificamente ao contexto das privatizações de ativos estatais então em curso.

Melhor sorte não favorece ao argumento de que não se apresenta elemento volitivo face à ausência de manifestação expressa por parte dos acionistas quanto às operações realizadas.

Note-se que esteve presente manifestação de vontade dos acionistas das empresas incorporadas, pois houve deliberação em assembléia-geral aprovando as operações societárias analisadas, de acordo com os elementos de prova constantes nos autos. Anote-se, por pressuposto, que os sócios de uma companhia aberta estão sujeitos à observância, por força de lei, da sistemática de decisões majoritárias.

Havendo discordância com respeito às tratativas levadas a efeito, aos acionistas insatisfeitos era possibilitado o exercício, sem empecilhos, do seu direito de retirada, previsto no § 2º do art. 252 da Lei das S.A.

Não o exercendo, estavam sim, assentindo com os termos das operações, por lhes serem de interesse, concordância essa que se estende também, por decorrência lógica, às etapas necessárias à consecução do procedimento, que incluíam a alienação/transferência da propriedade de suas ações ao recorrente.

Devem ser afastadas, também, as aduções recursais que induzem à conclusão de que teria a fiscalização confundido a incorporação de ações com integralização de capital em bens ou direitos, previsto no art. 23 da Lei nº 9.249/95 :

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

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

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

A autoridade lançadora, conforme pode ser lido no Termo de Verificação Fiscal às fls. 18684 e seguintes, em momento algum confundiu os dois institutos, até mesmo porque, além de estarem previstos em dispositivos normativos distintos, possuem eles causas jurídicas e outras características distintas, conforme exaustivamente mencionado no recurso.

Na verdade, procurou aquela apenas salientar que em ambas as situações ocorre um mesmo fenômeno fático-jurídico, a subscrição/integralização do capital de uma pessoa jurídica pelos acionistas, a qual pode ser realizada na forma de bens - no caso do art. 252 da Lei das S.A., da espécie ações - com a transferência de um patrimônio de uma determinada esfera pessoal para outra.

O raciocínio subjacente, e com o qual se comunga, é que não há, portanto, motivos para que o tratamento tributário consequente seja distinto. Pelo contrário, é um dever de isonomia e, em última análise, de observância ao princípio da igualdade, que seja ele equivalente, sem cogitar-se, por isso, de estar-se realizando "equiparação" não prevista em lei.

Como visto, as administrações tributárias, aqui e alhures, tomam determinados eventos de "troca", em sentido amplo, com terceiros, como momentos ótimos no tempo para aferir a realização de dado acréscimo patrimonial, em cumprimento do chamado princípio da realização do resultado.

E, diante de tais eventos críticos, é por vezes facultado ao contribuinte diferir o efeito do aparecimento de acréscimo tributável na renda, possibilitando-lhe que a transferência/alienação seja realizada pelo preço/custo histórico contabilizado ou declarado. E a partir do momento em que assim não o seja feito, pode ser constatada a chamada "marcação a mercado" no preço do ativo transferido, a qual revela o acréscimo patrimonial latente.

A autoridade lançadora então apenas explicitou o critério jurídico aplicável na alienação ocorrida no curso da incorporação de ações, para fins de apurar o ganho de capital - diferença entre o custo de aquisição e, verificada a situação concretamente, o valor de mercado/avaliação. Trata-se de procedimento reconhecido e utilizado em situações onde ocorre subscrição de capital em bens, sendo que sua aplicação no particular não implica, de forma alguma, no reconhecimento de que incorporação de ações e integralização de capital sejam similares em todos as demais nuances, muito menos aventar a existência de mácula na autuação fiscal sob esse enfoque.

Vale ressaltar que tal técnica de apuração do resultado realizado é utilizada em diversas outras situações previstas na legislação tributária, dentre as quais pode se citar, por ser de amplo conhecimento, as transmissões de bens e direitos *causa mortis*, vide art. 23 da Lei nº 9.249/95.

Portanto, entende-se que a transação efetuada com terceiros, na forma da substituição e integralização efetuada quando da incorporação de ações, é sinal claro e suficiente a revelar o acréscimo patrimonial realizado. É o reconhecimento, por parte do alienante, no bojo daquele evento, da percepção de uma riqueza que deixa então de ser meramente "potencial" - e aqui se expressa visão bastante distinta da do relator - e realiza-se

em sua plenitude, com os atributos de mensurabilidade e liquidez¹⁹, estando assim sujeita à incidência tributária nos termos da legislação aplicável.

Estabelecido que a apuração do ganho de capital em tela envolve a mensuração da diferença entre o valor de alienação e o custo de aquisição, como sói acontecer, forçoso relembrar alguns aspectos dos eventos em questão.

A sociedade não residente Sterrebeeck H.V., em razão de sua obrigação acordada/deliberada de subscrever e integralizar ações do Banco Santander no Brasil, nos termos dos arts. 252 e 106 da Lei nº 6.404/76, assim o fez transferindo ações do Banco Real e do AAB Dois Par as quais lhe haviam custado cerca de R\$ 13 bilhões (custo histórico registrado), pelo valor de R\$ 37 bilhões, correspondente ao valor de mercado desses ativos, amparada por laudos técnicos.

Tal operação de alienação resultou no reconhecimento pela sociedade estrangeira da mais valia obtida graças ao incremento no valor dos ativos representados pelas ações transferidas, que a despeito de historicamente terem um determinado valor de registro, já haviam em muito superado tal montante, tendo em vista as atividades das sociedades envolvidas e a apreciação, pelo mercado, do retorno por elas proporcionado aos seus acionistas, tanto efetivo, quanto potencial.

Conclui-se então não ser cabível falar em dupla tributação, quando da ulterior alienação das ações do Santander pela Sterrebeeck, pois esse negócio, caso fosse se efetivar, deveria levar em conta esse novo custo de R\$ 37 bilhões, sendo daí sim calculado um novo ganho de capital.

De qualquer sorte, trata-se de situação em tese, com relação a qual só se poderia fazer um juízo melhor estruturado caso examinada a legislação do país estrangeiro sede da Sterrebeeck - Holanda -, os tratados acerca de tributação existentes entre esse país e o Brasil, dentre outras variáveis. Aventar situação hipotética, sem maior respaldo documental, finda por revelar-se mero argumento retórico, desvinculado da realidade concreta com a que ora se depara, em discussão que extrapola os limites da lide constante deste processo.

Isso posto, é de se destacar que sendo a proprietária (Sterrebeeck B.V.) das ações alienadas, bens situados no Brasil, pessoa jurídica não residente no país, incide o disposto no art. 682 do Decreto nº 3.000/99, o qual prescreve a sujeição do ganho de capital obtido na alienação à alíquota de 15% de imposto de renda retido na fonte.

Mais especificamente, o art. 26 da Lei nº 10.833/03 (c/c o art. 18 da Lei nº 9.249/95²⁰), deixou claro ser do adquirente a responsabilidade pelo recolhimento desse imposto, valendo transcrever as normas em evidência:

Lei nº 9.249/95

¹⁹ Bulhões Pedreira associava (em Imposto Sobre a Renda: pessoa jurídicas. Rio de Janeiro, Justec, 1979, p. 292) o 'princípio da realização do lucro' à presença de quatro elementos: (a) sua conversão em direitos que acresçam ao patrimônio da empresa, (b) processamento desta conversão mediante troca no mercado, (c) cumprimento, pela empresa, das obrigações que decorrem dessa troca, e (d) mensurabilidade e liquidez dos direitos recebidos na troca.

Consideram-se perfeitamente preenchidos e evidenciados, no presente caso, tais requisitos.

²⁰ Em períodos anteriores ao advento de tais normas, o Decreto- Lei nº 5.844/43, em seus arts. 97 e 100, previa tão somente responsabilidade genérica da fonte pagadora pela retenção do imposto de renda no caso de remessa, pagamento, etc., de rendimentos a residente no exterior.

Art. 18. O ganho de capital auferido por residente ou domiciliado no exterior será apurado e tributado de acordo com as regras aplicáveis aos residentes no País.

Lei nº 10.833/03

Art. 26. O adquirente, pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, ou o procurador, quando o adquirente for residente ou domiciliado no exterior, fica responsável pela retenção e recolhimento do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital a que se refere o art. 18 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, auferido por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior que alienar bens localizados no Brasil.

Merece colação também o seguinte trecho da MP nº 135/03, cuja conversão deu origem à Lei nº 10.833/03:

21. O art 24 [26] tem por objetivo reduzir a possibilidade de não pagamento pelo contribuinte não residente do imposto de renda incidente sobre os ganhos de capital apurados na alienação de seus bens localizados no Brasil, pois atualmente cabe ao alienante a apuração e recolhimento do tributo, o que dificulta a fiscalização do cumprimento da obrigação tributária, sobretudo pela não residência do contribuinte em território nacional (...)

Conforme bem enfatizado pela autoridade lançadora, a eleição do adquirente como responsável pela retenção é medida de praticabilidade, que visa alcançar a renda auferida no Brasil, por não-residente. Reproduza-se trecho do escólio de Henry Tilbery sobre o assunto, constante às fls. 18686/18687 do relato fiscal:

A aplicabilidade aos residentes no estrangeiro das normas vigentes para tributação das pessoas físicas residentes no país tem, todavia, algumas limitações que resultam da própria natureza da tributação dos residentes no exterior.

Considerando que o sistema vigente no país é o princípio da fonte em relação à renda produzida no país, auferida por empresas ou pessoas naturais domiciliadas no exterior, pelo motivo de sua produção no país, a sujeição desta renda à soberania tributária brasileira só pode, na prática, ter eficácia quando imposta pela retenção na fonte no exato momento quando for auferida. Uma vez que não é possível atingir o residente no estrangeiro, a arrecadação deve ser realizada dentro das fronteiras territoriais sob jurisdição brasileira - sendo o único modo viável o de se impor à fonte pagadora a responsabilidade pela retenção.

Evidencia-se, daí, que o recorrente, na qualidade de adquirente das ações pertencentes a sociedade não residente, deveria ter apurado e recolhido na fonte o imposto incidente sobre o ganho de capital auferido pelo alienante, e, não o fazendo, sujeita-se ao lançamento de ofício, pois sua responsabilidade subsiste, ainda que não tenha o tributo sido recolhido, *ex-vi* do inciso II do art. 121 c/c o inciso II do parágrafo único do art. 128, ambos do CTN, e legislação correlata (art. 103 do Decreto-Lei nº 5.844/43, art. 26 da Lei nº 10.833/03 - vide também IN SRF nº 407/07).

Nessa esteira, deve-se atentar para que o fato de o acréscimo patrimonial granjeado pela sociedade alienante não se traduzir em moeda em espécie não impede a operação da consagrada técnica de retenção na fonte. Tem-se como muito bem colocadas, a respeito, as ponderações tecidas pelo relator do Acórdão nº 2202-003.012 j. 10/03/2015, Conselheiro Antonio Lopo Martinez:

Não cabe também a alegação de que o recorrente não teria como reter o valor do beneficiário, arcando com o ônus com seu patrimônio. Esclareça-se que além da retenção existem outros mecanismos mediante o qual o responsável pode se ressarcir do imposto pago. Pode, por exemplo, o responsável assumir o ônus do tributo pelo contribuinte, oportunidade em que a importância paga será considerada líquida e haverá reajustamento do valor bruto sobre o qual recairá o imposto (art. 725 do RIR/99). Observar que esse valor de imposto pago pelo adquirente é dedutível na determinação do lucro real da pessoa jurídica tal como prescreve o § 3º do artigo 344 do RIR/99.

Pessoalmente, entendo que não há impedimentos a retenção no caso de incorporação de ações, tal como argumenta o recorrente. Em que pese o pagamento se dar em bens, estes tem valor determinado por laudo de avaliação e podem ser retidos. O responsável, poderia realizar a retenção de partes das ações incorporadas. Uma vez que a norma de retenção é autorizativa, o responsável tem a opção alternativa de assumir o ônus e manejá-lo em sua escrita fiscal. Entende-se que esse regime de retenção em bens, possa parecer estranho, entretanto isso não é novidade no nosso sistema, observe-se, por exemplo, o caso do artigo 63 da Lei nº 8.981/95, com redação da Lei nº 9065/95, que submete o pagamento de prêmios distribuídos sob forma de bens e serviços, em virtudes de concursos e sorteios, à incidência do imposto de renda na fonte.

Em suma, a retenção seria a oportunidade de transferência do ônus econômico do tributo ao contribuinte de direito e não ao responsável. O pagamento em bens é possível. Ainda que não se efetue a retenção, poderá o responsável aproveitar o ônus econômico como despesa na apuração da base de cálculo do próprio imposto de renda.

Sob esse prisma, ressalte-se que não haveria impeditivo fático para que o autuado realizasse o adimplemento das obrigações tributárias decorrentes de sua responsabilidade na retenção. Poderia ter sido veiculada nos atos societários que regeram a incorporação, além da retenção dos bens/ações suficientes para liquidar o valor pecuniário correspondente - com o ajuste no preço das ações emitidas de modo a considerar tal fator - a previsão de remessa dos recursos necessários para tanto pela alienante, caso deles não dispusesse a adquirente, ainda mais tratando-se de sociedades do mesmo grupo econômico.

Ademais, a tese do autuado de que não haveria incidência de imposto de renda na fonte posto que não ocorreu pagamento, creditamento, entrega, emprego ou remessa de valores ao não residente conforme previsto no *caput* do art. 685 do RIR/99, tem esteio na associação descabida entre disponibilidade jurídica/econômica e fluxo financeiro, a qual no começo deste voto já foi devidamente refutada.

Houve, é fato, entrega, no caso de bens, na forma de ações, ensejando a incidência de imposto de renda na fonte nessa operação que importou em ganho de capital, em consonância com o percuciente entendimento anotado no acórdão acima referido.

Já no que diz respeito às questões envolvendo o registro do investimento no Banco Central, não é convincente a argumentação recursal.

De acordo com os registros do Sisbacen (módulo RDE-IED), efetuados com base nos arts. 3º e 4º da Lei nº 4.131/62, o custo de aquisição dos investimentos da Sterrebeeck no Banco Real e na AAB Dois Par alcançavam a cifra de R\$ 13.310.962.562,00, não havendo notícia de reinvestimento adicional a ser registrado.

Cabe ressaltar que ainda que se concorde com a feição precipuamente declaratória de tal registro, dado que ele não parece se dar acompanhado de arcabouço probatório robusto o suficiente a atestar as informações prestadas à autoridade monetária, isso não lhe dá a feição de simples formalidade.

Por outra via, dadas essas restrições, as informações ali contidas têm de ser cotejadas e sopesadas, por suposto, com os demais elementos carreados nos autos. Consequentemente, é natural que ali conste, associado à incorporação de ações, o registro de "permuta de ações/quotas no país na receptora", pois essa é justamente a tese defendida pelo recorrente. Mas, como visto, o entendimento do Fisco, com o qual se partilha neste voto, é bastante diverso.

Face às provas colacionadas, tem-se que tal registro não se sustenta, eis que as Atas das Assembléias Gerais Extraordinárias do Banco Real, do AAB Dois Par e do recorrente, realizadas em 29/08/2008, que aprovaram a incorporação de ações, bem como o "Instrumento particular de protocolo e justificação de incorporação de ações do Banco ABN AMRO Real S.A. e da ABN AMRO Brasil Dois Participações S.A. ao patrimônio do Banco Santander S.A.", firmado em 29/07/2008 (fls. 15805/15818), c/c o laudo de avaliação econômico-financeira elaborado por KPMG Corporate Finance Ltda (fls. 15921/16038) comprovam que houve alienação por parte da Sterrebeeck e aumento de capital no recorrente, na quantia de R\$ 38.920.752.911,73.

Entende-se, desse modo, que a manutenção do investimento perante os registros mantidos no Bacen pelo mesmo valor em moeda estrangeira, a despeito das operações examinadas, não reflete a realidade documentada nos autos, não podendo nortear o convencimento do julgador administrativo a respeito dos fatos em apreço.

No atinente à afirmação de que a contabilidade da Sterrebeeck faz prova da manutenção do custo de aquisição dos investimentos, tem-se como precisa a manifestação da PGFN:

(...) destaca-se que, primeiro, uma vez não sendo possível aferir as normas contábeis aplicáveis na Holanda, não há como concluir se era ou não possível o registro da subscrição do capital do BANCO SANTANDER pela STERREBEECK sem o aporte de novos recursos. E, segundo, o registro ou não desse custo em sua contabilidade, em nada afeta a existência do ganho auferido por essa empresa no Brasil, ou seja, é irrelevante para fins de aplicação da legislação tributária brasileira.

Importa assinalar que não houve circulação de moeda estrangeira na operação, mas sim alienação de um ativo detido por não residente, valorado e registrado em reais, por preço mensurado também em reais, ao recorrente, preço esse superior ao de aquisição, tendo em vista a "marcação" a mercado efetuada com base na avaliação econômico-financeira. Tal operação acarretou um ganho de capital em reais para o alienante, a ensejar a tributação do imposto de renda na fonte de responsabilidade do contribuinte, conforme já explanado.

Não houve, assim, remessa destinada ao exterior a justificar a aplicação do art. 690 do Decreto nº 3.000/99, como demanda o *caput* dessa norma - "Art. 690. Não se sujeitam à retenção as seguintes remessas ao exterior: (...)". Tampouco houve retorno de moeda estrangeira ao país de origem, como requer o inciso II desse mesmo artigo - "investimentos ou reinvestimentos, retornados ao seu país de origem".

Assim, tem-se como inadequadas as aduções recursais amparadas nesses dispositivos, posto tratarem, à evidência, de situação diversa da ora analisada.

Não parece se sustentar, por outra senda, o intento de cancelamento da autuação por ter sido realizado o cálculo do ganho de capital em reais e não em moeda estrangeira.

Bem aponta a PGFN que é duvidosa a aplicação do art. 24 da MP nº 2.158-35 no caso, pois a transação deu-se no Brasil, envolvendo a incorporação de ações exclusivamente brasileiras, as quais tiveram seus valores apurados por laudos técnicos na moeda brasileira, o que deu embasamento para a autoridade fiscal apurar o custo em reais das ações das empresas brasileiras registrado pela Sterrebeeck quando da aquisição desses títulos, o qual estava registrado no Bacen, e o valor em reais pelo qual essas ações aumentaram o capital social do Banco Santander.

Cabe notar, aliás, que ainda que se admitisse a aplicação do precitado dispositivo ao caso concreto, não resultaria tal feito em cancelamento da autuação, como cogitado na peça recursal.

Caracterizado o fato gerador do imposto de renda retido na fonte e o responsável tributário na operação que resultou na alienação das ações da Sterrebeeck, o dimensionamento da base de cálculo atém-se ao aspecto quantitativo do consequente normativo da regra de incidência tributária. Nesse diapasão, necessário enfatizar estar bem firmado no auto de infração, em consonância com a legislação, que o ganho de capital se verifica quando a alienação se dá por valor superior ao custo de aquisição, sendo essa diferença a base de cálculo, e também estabelecido naquele o momento de ocorrência do fato gerador e a alíquota a incidir.

Na prática, a distinção entre o procedimento levado a efeito pelo Fisco para a mensuração do tributo diverge do proposto pelo recorrente apenas no que concerne às taxas de câmbio utilizadas nas conversões, já que configurados os momentos de aquisição e de alienação das ações, bem como o modo de apuração da base de cálculo (eventual diferença positiva extraída da subtração entre o valor de alienação e o custo de aquisição) e a alíquota. Em outras palavras, a diferença que poderia daí surgir seria decorrente da variação da taxa de câmbio entre esses dois momentos.

Tal mensuração irregular implicaria na necessidade, eventualmente, da realização de ajuste nessa conversão conforme os critérios estabelecidos naqueles regramentos, e tão somente se revelado prejuízo para o contribuinte face ao supostamente equivocado proceder do Fisco, o que não foi comprovado pelo recorrente.

Isso porque, inexistindo vício de incompetência ou preterição ao direito de defesa, incidiria na espécie o disposto no art. 60 do Decreto nº 70.235/72, o qual prescreve que *"as irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio"*.

Não havendo sido demonstrado, sob qualquer prisma, ter o procedimento do Fisco na conversão de moedas para fins de apuração do ganho de capital, causado prejuízo ao recorrente ou lhe ter sido mais desfavorável que o previsto na legislação invocada, não há como prosperar, também por essa via, a pretensão recursal.

Outro ponto objeto de controvérsia é o reajustamento da base de cálculo do imposto efetuado com supedâneo nas disposições do art. 725 do RIR/99, e, mais uma vez, razão não assiste ao recorrente. Transcreva-se o dispositivo em relevo:

Art.725.Quando a fonte pagadora assumir o ônus do imposto devido pelo beneficiário, a importância paga, creditada, empregada, remetida ou entregue, será considerada líquida, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto, sobre o qual recairá o imposto, ressalvadas as hipóteses a que se referem os arts. 677 e 703, parágrafo único (Lei nº 4.154, de 1962, art. 5º, e Lei nº 8.981, de 1995, art. 63, §2º).

Sendo o ônus do pagamento arcado exclusivamente por terceiro, como consequente da imputação de responsabilidade ao adquirente das ações, é natural que seja realizado o cálculo "por dentro" do imposto, no mecanismo denominado de *gross-up*.

À evidência, o fato de o contribuinte não ter efetuado a retenção, dado seu entendimento acerca dos eventos em questão, não tolhe a necessidade de que seja efetuado o necessário ajuste, quando da apuração da infração.

A assunção do ônus, conforme compreensão que aqui se partilha, deveria ter sido efetuada; impondo-se o reajustamento, de qualquer forma, por força de expressa previsão legal, face às regras dos arts. 722 e 725 do Decreto nº 3000/99. Não haveria falar em nulidade aliás, caso prevalecesse posicionamento diverso, pois bastaria o ajuste correspondente na base de cálculo; não bastasse, trata-se de nítida matéria de mérito, inexistindo preterição ao direito de defesa do recorrente ou ocorrência de semelhante quilate a dar azo à decretação de nulidade do lançamento, nos termos do já referido art. 60 do Decreto nº 70.235/72.

Denote-se que caso o procedimento questionado não seja levado a efeito, o valor líquido do acréscimo patrimonial consubstanciado em bens (ações) será reduzido. E, reajustando-se a base de cálculo, consegue-se chegar ao valor correto sobre o qual recairá o imposto, o que, observe-se, deverá ser refletido contabilmente.

Nesse sentido, vem reiteradamente sendo decidido no contencioso administrativo, cite-se os Acórdãos nº 104-18034 (j. 24/05/2001), nº 102-47754 (j. 26/07/2006), e nº 3102-002.141 (j. 25/02/2014).

Aduz o autuado, outrossim, serem indevidos os juros de mora e a multa de ofício, face ao disposto no parágrafo único do art. 100 do CTN, abaixo reproduzido:

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de

mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

O arrazoadado parte de uma premissa equivocada, ou seja, a de que teriam sido por ele observadas as normas complementares referidas nos incisos I a IV do enunciado normativo supra, o que, como visto à saciedade, não aconteceu.

A existência de alguns julgamentos do CARF que vão ao encontro dos argumentos recursais não se traduzem em práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas, visto que a tais julgamentos não se pode atribuir o predicado de reiterados; acrescente-se que tais decisões são de todo destituídas de eficácia normativa, para fins legais.

Também não parece sequer razoável considerar que entendimentos contidos em Pareceres antigos da SRF, datados de 1971 e 1981, cuja força vinculante até o presente é deveras questionável, e que abordam aspectos pontuais apenas indiretamente relacionados à controvérsia posta, possam refletir ou tolher a compreensão do Fisco acerca dos fatos sob exame, principalmente quando compreendidos e analisados em seu conjunto, sob o lume das manifestações administrativas, e das inovações legislativas ulteriores.

Por exemplo, o Parecer Normativo CST nº 39, exarado em 1981, não versa sobre a apuração de ganho de capital em incorporação de ações, mas sim sobre "a incidência de imposto de renda sobre o lucro auferido na alienação de participações societárias efetuada após decorrido o período de 5 anos da data da subscrição ou aquisição".

Ora, na época, como se constata, sequer vigia o § 3º do art. 3º da Lei nº 7.713/88, que estabeleceu a incidência do ganho de capital sobre alienações a qualquer título, de bens e direitos. Como pretender utilizar as conclusões de tal vetusto Parecer a ordenamento jurídico destacadamente distinto, no que concerne às questões ora debatidas?

Resta hialina a impropriedade da pretensão recursal, pois, à evidência, são inaplicáveis os termos do art. 100 do CTN no particular.

Ao final, registro que acompanho o encaminhamento do Relator no tocante à incidência de juros sobre a multa de ofício.

(assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson

Declaração de Voto

Conselheiro João Victor Ribeiro Aldinucci

Esta declaração de voto visa apenas a explicitar, de forma pretensamente sucinta, o entendimento deste conselheiro a respeito da matéria posta em discussão: ganhos de capital na incorporação de ações.

Conforme se verifica nos votos vencido e vencedor, que abordaram o tema de forma bastante exaustiva, há notórios e antagônicos posicionamentos doutrinários a seu respeito, inclusive aquele do ilustre patrono do banco, constante da importante obra *"Incorporação de Ações no Direito Tributário"*²¹.

Tais posicionamentos não serão abordados no transcorrer desta declaração, a fim de torná-la a mais objetiva possível.

Pois bem. A incidência do IRPF sobre ganhos de capital na alienação de bens ou direitos está fundamentada nos arts. 117 e seguintes do Regulamento do Imposto de Renda (RIR), com a redação da Lei 7713/88.

Basicamente, o ganho de capital é determinado pela diferença positiva entre o valor de alienação e o custo de aquisição (art. 138) e está sujeito ao pagamento do imposto à alíquota de quinze por cento (art. 142).

O art. 21 da Lei 8981/95, com a redação da Lei 13259/16, estabeleceu alíquotas progressivas para o imposto, quanto maior for o ganho auferido²².

Já o art. 40 da Lei 11196/05 ainda estabelece fatores de redução do ganho de capital por ocasião da alienação, a qualquer título, de bens imóveis realizada por pessoa física residente no País (FR1 e FR2), ao passo que, em relação aos imóveis adquiridos até 31 de dezembro de 1988, o Regulamento, em seu art. 139, estabelece um percentual fixo de redução sobre o ganho de capital, segundo o ano de aquisição ou incorporação do bem.

A IN SRF 84/01 regulamenta, no plano infra-legal, a apuração e a tributação dos ganhos auferidos por pessoas físicas.

Quanto aos ganhos de capital auferidos por não residentes no Brasil, a legislação preleciona que o seu tratamento é o mesmo dos ganhos auferidos por pessoas físicas residentes, impondo, ainda, à fonte pagadora dos rendimentos a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto.

²¹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Incorporação de Ações no Direito Tributário: Conferência de bens, permuta, dação em pagamento e outros negócios jurídicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

²² I - 15% (quinze por cento) sobre a parcela dos ganhos que não ultrapassar R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais);

II - 17,5% (dezessete inteiros e cinco décimos por cento) sobre a parcela dos ganhos que exceder R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) e não ultrapassar R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais);

III - 20% (vinte por cento) sobre a parcela dos ganhos que exceder R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) e não ultrapassar R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais); e

IV - 22,5% (vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento) sobre a parcela dos ganhos que ultrapassar R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

Nesse tocante, e ao menos no caso concreto, não há a menor celeuma jurídica, como se depreende da autuação, da impugnação, do recurso e dos votos vencido e vencedor. A controvérsia reside em saber se a operação é tributável, isto é, se há e se houve, efetivamente, ganhos de capital passíveis de incidência do imposto de renda.

Como já afirmado, a existência de ganhos de capital pressupõe, inevitavelmente, diferença positiva entre o valor de alienação e o custo de aquisição. Exemplificativamente, em sendo o valor de alienação igual ao custo de aquisição, não há ganho de capital, pois o resultado dessa operação aritmética é igual a zero.

Por outro lado, se o valor de alienação é inferior ao custo, igualmente não há resultado tributável, pois tal resultado é negativo. Desta forma, somente pode ser identificada a base de cálculo do imposto se o valor de alienação for superior ao custo de aquisição.

Na incorporação de ações (operação típica regulada pelo art. 252²³ da Lei da Lei 6404/76 - Lei das S.A.), o suposto alienante entrega sua participação no capital da empresa incorporada para receber, em substituição ou troca ou permuta, parte do capital da empresa incorporadora.

Ocorre que essa alienação ou entrega é feita exatamente pelo mesmo valor do custo de aquisição histórico das ações, inclusive porque, numa das etapas da incorporação (talvez uma de suas etapas finais, dentro de um ponto de vista cronológico), há mera permuta de ações da empresa incorporada por ações da empresa incorporadora (nos termos do § 3º do citado art. 252, os titulares das ações incorporadas *receberão* diretamente da incorporadora *as ações* que lhes couberem).

Não há, como não houve no caso vertente, qualquer fluxo financeiro, mas apenas recebimento de ações da empresa incorporadora em troca (ou substituição ou permuta) das ações incorporadas (insista-se, o encimado § 3º fala expressamente em recebimento de ações, óbvio que em substituição das *ações incorporadas*).

A reavaliação empreendida por peritos nomeados pela assembleia-geral da companhia incorporadora (reavaliação efetuada por terceiro contratado, o que inclusive afasta, por completo, a constatação de um preço fixado pelas próprias partes, como usualmente ocorre nos demais negócios jurídicos tipificados no Código Civil brasileiro), para efeito de levar a cabo a incorporação, é tão-somente uma exigência legal.

Todavia, o fato é que a pessoa física alienante, a rigor, mantém e deve manter inalterado o valor patrimonial dos bens ou direitos em sua declaração (DIRPF).

Há, portanto, mera mutação patrimonial sem qualquer fluxo financeiro: a pessoa física A era acionista da empresa B, titular de um valor patrimonial R\$ X, mas passa a ser acionista da empresa C, titular do mesmo valor patrimonial R\$ X.

Veja-se que, embora seja feita uma reavaliação patrimonial por exigência da lei, o alienante não recebe qualquer parcela complementar em dinheiro (torna) na operação de incorporação de ações, muito embora a fiscalização lhe atribua um ganho tributável.

²³ 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.

Parece inquestionável, pois, que como o valor de alienação é igual ao custo de aquisição (sem olvidar, também, a forte tese que sequer vislumbra a existência de valor efetivo de alienação, ante a falta de estipulação de um preço pelas partes), e que como há mera mutação patrimonial sem fluxo financeiro, não há ganho de capital.

Imagine-se, exemplificativamente, (i) que a senhora A seja acionista da empresa Incorporada S.A. desde 1970, com capital registrado em sua DIRPF, no valor de R\$ 100.000,00; (ii) que a senhora A viva basicamente de uma aposentadoria e dos lucros/dividendos que aufera dessa empresa; (iii) que, por razões de mercado, a assembleia-geral da empresa Incorporada S.A. aprove a incorporação de suas ações pela empresa Incorporadora S.A.; (iv) que as ações da senhora A sejam reavaliadas em R\$ 7.100.000,00, sobretudo porque já transcorrido longo tempo desde a aquisição da participação societária da empresa incorporada, que, ademais, tem vasto sucesso empresarial.

Nesse exemplo hipotético, que muitas vezes se concretiza na vida real, a senhora A teria, na visão do Fisco, um ganho tributável de R\$ 7.000.000,00, com imposto apurado de R\$ 1.050.000,00 (desconsiderando-se, para simplificar, tanto eventuais fatores de redução da base de cálculo, quanto a própria progressividade das alíquotas dos ganhos de capital).

Desta forma, e diante da inexistência de recebimento de parcela complementar em dinheiro, a senhora A teria que vender parte de suas ações para quitar o imposto indevidamente apurado pelo Fisco (situação esta agravada pelo fato de que as suas ações foram avaliadas por laudo, e não pelo mercado).

Contudo, veja-se que ela apenas participou de uma operação que implicou uma mutação no seu patrimônio, e que ela não foi agraciada com qualquer recebimento de parcela complementar em dinheiro que propiciasse o pagamento do imposto, sem confisco de seus bens.

O correto, no entender deste conselheiro, é considerar que a senhora A passou ser acionista da empresa Incorporadora S.A., pelo mesmo valor histórico de R\$ 100.000,00, para ter ganhos de capital tributáveis quando ela vier a efetivamente alienar suas ações, total ou parcialmente.

Ela, inclusive, terá um baixo custo de aquisição de suas novas ações, de forma que o imposto, ora diferido por força da própria legislação tributária, terá um alto valor quando vier a ocorrer o seu fato gerador.

Sobreleva ressaltar, nesse contexto, que a incidência do imposto de renda sobre os ganhos de capital na incorporação de ações fica diferido para o momento/tempo em que as novas ações vierem a ser alienadas.

Embora a incorporação seja uma operação típica, visto que especificamente regulada pelo art. 252 da Lei das S.A., e não propriamente uma permuta, e embora o art. 19, inc. V, da IN SRF 84/01²⁴, trate efetivamente de permuta, observe-se que essa normativa é elucidativa a respeito das operações em que não há o recebimento de parcela complementar em dinheiro.

²⁴ Valor de Alienação

Art. 19. Considera-se valor de alienação:

V - no caso de permuta com recebimento de torna, o valor da torna;

Tal dispositivo preleciona que no caso de permuta com recebimento de torna, considera-se valor de alienação o valor da torna. Mais ainda, o art. 19 trata do valor de alienação nas alienações de bens e direitos em geral (a citada Instrução disciplina os bens e direitos em geral e não há nenhuma restrição no art. 19 e nem mesmo no capítulo no qual ele está inserido).

No caso *in concreto*, é incontroverso que não houve o recebimento de qualquer parcela complementar em dinheiro pela empresa não residente no Brasil, não havendo, ainda, registro de que tenha sido alterado o valor de sua participação societária na empresa incorporadora.

Por tais razões, este conselheiro entende que o recurso voluntário deve ser provido. E mais, como o imposto está sendo cobrado da suposta fonte pagadora dos rendimentos, que, em verdade, não efetuou a remessa de qualquer recurso em dinheiro para o exterior, parece igualmente inquestionável que ela não teria como se ressarcir do imposto apurado na fonte.

Se houvesse remessa em dinheiro, ela faria a retenção da parte correspondente ao imposto e faria o recolhimento aos cofres públicos.

Entretanto, como houve apenas entrega de ações (sem pagamento, crédito, remessa, emprego ou entrega de rendimento), é indubitável que o banco não teria como se ressarcir automaticamente do imposto apurado.

Noutro giro verbal, na incorporação de ações, a empresa incorporadora (que sequer poderia ser chamada de fonte) entrega ações em substituição das ações incorporadas, sem qualquer pagamento, creditamento, remessa, emprego ou entrega de rendimentos.

Qualquer tese, ademais, de possibilidade de ressarcimento porque o recorrente e a empresa estrangeira integrariam o mesmo grupo econômico não resiste ao fato de que tais empresas têm personalidade jurídica distinta e, consequentemente, autonomia patrimonial.

De outro vértice, e por fim, quaisquer lições de direito comparado devem ser de pronto afastadas (ou ao menos sopesadas com as devidas ressalvas), pois desconsideram os princípios e as regras próprias do direito tributário brasileiro, dentre as quais se destaca o princípio da legalidade e o princípio da realização da renda.

Forte nessas razões, este conselheiro diverge do notável voto vencedor, para dar provimento ao recurso voluntário e cancelar o crédito tributário indevidamente constituído.

(assinado digitalmente)

João Victor Ribeiro Aldinucci