



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

**AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034598-38.2012.4.03.0000/SP**

2012.03.00.034598-2/SP

D.E.

Publicado em 16/09/2013

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA  
 AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)  
 ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA  
 INTERESSADO : ITAU UNIBANCO S/A e outros  
 : MORGAN STANLEY URUGUAY LTDA  
 : MORGAN STANLEY E CO INTERNACIONAL PLC  
 ADVOGADO : LEO KRAKOWIAK e outro  
 ORIGEM : JUÍZO FEDERAL DA 2 VARA DE SAO PAULO>1ª  
 : SSJ>SP  
 AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS  
 No. ORIG. : 00161029120124036100 2 Vr SAO PAULO/SP

**EMENTA**

**DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. ARTIGO 557, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. IRPJ. PERMUTA DE BENS IMÓVEIS. TORNA. GANHO DE CAPITAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MULTA DE CARÁTER PROTETÓRIO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.**

1. O artigo 557 do Código de Processo Civil é aplicável quando existente jurisprudência dominante acerca da matéria discutida e, assim igualmente, quando se revele manifestamente procedente ou improcedente, prejudicado ou inadmissível o recurso, tendo havido, na espécie, o específico enquadramento do caso no permissivo legal, como expressamente constou da respectiva fundamentação.

2. Caso em que concedida liminar, em mandado de segurança, que garantiu aos impetrantes "a suspensão da exigibilidade, nos termos do art. 151, inciso IV do CTN, do crédito tributário correspondente à alienação de ações da TAM efetuadas pelos coimpetrantes Morgan Stanley Uruguay Ltda e Morgan Stanley & Co International PLC em decorrência da Oferta Pública de Ações ('OPA'), que se deu no âmbito do processo de concentração de negócios entre as empresas de transporte aéreo LAN e TAM".

3. As impetrantes alegam que possuíam ações da TAM S.A, e que, em razão da associação dessa companhia com a LAN Airlines S.A, criando a LATAM Airlines Group S.A, foi realizada oferta pública de permuta daquelas ações da TAM com BDRs da LAN, por mandamento legal, com a

finalidade de efetuar o cancelamento de registro da TAM na BM&FBOVESPA.

4. A operação foi anunciada no *"Edital de Oferta Pública de Permuta de Ações para Cancelamento de Registro de Companhia Aberta e Conseqüente Saída do Nível 2 de Governança Corporativa da BM&FBOVESPA S.A - Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros"*, com pormenorização do procedimento de permuta.

5. O cancelamento de registro de companhia aberta para negociações de valores mobiliários não pode ser efetuado por simples requerimento, havendo exigência legal condicionando à aquisição da totalidade das ações emitidas pela companhia em circulação, daí a oferta pública para permuta de ações, conforme determina o artigo 4º, §4º da Lei 6.404/76.

6. A Comissão de Valores Mobiliários editou a IN CVM 361/2002, com o objetivo de, dentre outros pontos, regulamentar a oferta pública de aquisição de ações de companhia aberta (OPA) obrigatória, realizada como condição do cancelamento do registro de companhia aberta, por força do § 4º do art. 4º da Lei 6.404/76 e do § 6º do art. 21 da Lei 6.385/76 (artigo 2º, I).

7. O §3º do inciso I do artigo 2º dessa IN dispôs que *"para os efeitos desta Instrução, considera-se OPA a oferta pública efetuada fora de bolsa de valores ou de entidade de mercado de balcão organizado, que vise à aquisição de ações de companhia aberta, qualquer que seja a quantidade de ações visada pelo ofertante"*.

8. O artigo 4º, VII, determina que *"a OPA será efetivada em leilão em bolsa de valores ou entidade de mercado de balcão organizado, salvo se, tratando-se de OPA voluntária ou para aquisição de controle, que não estejam sujeitas a registro, for expressamente autorizada pela CVM a adoção de procedimento diverso"*.

9. A IN prevê, no mínimo, duas fases constituintes da OPA: uma fora de bolsa de valores, com oferta pública de aquisição, utilizando-se de *"qualquer meio de publicidade da oferta de aquisição, inclusive correspondência, anúncios eletrônicos ou esforços de aquisição"* (artigo 2º, §4º), de *"de maneira a assegurar tratamento eqüitativo aos destinatários, permitir-lhes a adequada informação quanto à companhia objeto e ao ofertante, e dotá-los dos elementos necessários à tomada de uma decisão refletida e independente quanto à aceitação da OPA"* (artigo 4º, II); outra dentro da bolsa de valores, referindo-se ao leilão de aquisição, no caso, da totalidade das ações em circulação, emitidas pela companhia a ter seu registro cancelado (artigo 4º, VII - *"a OPA será efetivada em leilão em bolsa de valores ou entidade de mercado de balcão organizado, salvo se, tratando-se de OPA voluntária ou para aquisição de controle, que não estejam sujeitas a registro, for expressamente autorizada pela CVM a adoção de procedimento diverso"*).

10. A relevância dessa distinção encontra-se na aplicação da norma isentiva de imposto de renda contida no artigo 81, §§1º e 2º da Lei 8.981/1995.

11. A OPA realizada pela TAM consistiu em permuta de ações dessa companhia por títulos representativos de valores mobiliários emitidos no exterior pela LAN, conforme autorizado pelo artigo 6º, II da IN CVM 361/2002 (*"de permuta, quando o pagamento proposto deva ser realizado em valores mobiliários, os quais deverão ser de emissão de companhia aberta, admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários, emitidos ou a emitir"*).

12. O alegado ganho de capital auferido pelas co-impetrantes, fato gerador do imposto de renda, decorreria do leilão em bolsa de valores, pela permuta de valores mobiliários e diferença no valor de aquisição, e não da simples oferta pública, com anúncio publicitário externo ao ambiente da bolsa de valores, daí a manifesta plausibilidade jurídica de adequação do fato à norma isentiva do artigo 81, §§1º e 2º da Lei 8.981/1995.

13. O ganho de capital seria, de fato, obtido em operação em bolsa de valores (permuta), mesmo porque a simples oferta pública, com divulgação em qualquer meio de publicidade, em havendo posterior revogação, não teria ocasionado qualquer ganho de capital, não se podendo, apenas por existir essa etapa externa, concluir que não se trate de operação realizada em bolsa, sendo, portanto, manifesta a improcedência deste recurso.

14. Sequer se pode declarar com segurança, em face dos diversos precedentes regionais, que dessa operação de permuta sem torna decorra ganho de capital, com incidência do imposto de renda.

15. Por fim, incabível o afastamento da multa de 1% sobre o valor da causa por oposição de embargos declaratórios com caráter protelatório.

16. Restou devidamente fundamentada a aplicação da multa processual, cabendo ressaltar que não se prestam os embargos declaratórios a suprir dúvida subjetiva da parte. De fato, evidenciado que, embora extensamente abordadas as questões então devolvidas, a agravante insistiu, com embargos declaratórios, em pleitear reforma, a pretexto de omissão, porém inserindo discussão no sentido da existência de *error in iudicando*, usando de embargos declaratórios de forma manifestamente imprópria, logrando interrupção de prazo para a interposição do agravo à Turma, assim protelando o curso natural do processo, deduzindo, pois, pretensão protelatória e ilegal, incompatível com os princípios da celeridade e eficiência na prestação jurisdicional, suficiente e bastante para a sanção prevista no artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

17. Plenamente configurado, pois, o intento protelatório dos embargos de declaração, opostos não para sanar qualquer dos vícios do artigo 535 do Código de Processo Civil, mas para mera rediscussão de alegações e de provas já motivadamente enfrentadas, resultando em postergação da tramitação regular do feito, com interposição de recurso manifestamente improcedente, em detrimento dos princípios da celeridade e eficiência da prestação jurisdicional, de modo que o abuso verificado justifica, na forma do artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, a imposição da multa processual.

18. Agravo inominado desprovido.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo inominado, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 05 de setembro de 2013.

**CARLOS MUTA**  
**Desembargador Federal**

---

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): LUIS CARLOS HIROKI MUTA:10039

Nº de Série do Certificado: 6E894C9821934059

Data e Hora: 05/09/2013 17:42:31

---

**AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034598-38.2012.4.03.0000/SP**  
2012.03.00.034598-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

INTERESSADO : ITAU UNIBANCO S/A e outros  
: MORGAN STANLEY URUGUAY LTDA  
: MORGAN STANLEY E CO INTERNACIONAL PLC  
ADVOGADO : LEO KRAKOWIAK e outro  
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE SAO PAULO>1ª  
: SSJ>SP  
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS  
No. ORIG. : 00161029120124036100 2 Vr SAO PAULO/SP

## VOTO

Senhores Desembargadores, consta da decisão agravada (f. 232/7 vº):

*" Vistos etc.*

*Trata-se de agravo de instrumento à concessão de liminar, em mandado de segurança, que garantiu aos impetrantes "a suspensão da exigibilidade, nos termos do art. 151, inciso IV do CTN, do crédito tributário correspondente à alienação de ações da TAM efetuadas pelos coimpetrantes Morgan Stanley Uruguay Ltda e Morgan Stanley & Co International PLC em decorrência da Oferta Pública de Ações ('OPA'), que se deu no âmbito do processo de concentração de negócios entre as empresas de transporte aéreo LAN e TAM".*

*Alegou que: (1) apesar da operação envolver permuta de ações, houve efetivo ganho de capital, fato gerador do imposto de renda, referente à diferença entre o valor de aquisição das ações da TAM e o valor da BDR da LAN multiplicado por 0,9; (2) futuramente, no caso de alienação dessas BDRs por preço superior ao do momento da permuta, ocorrerá outro fato gerador do imposto de renda, em razão da ocorrência de outro ganho de capital; (3) não há nesse entendimento contrariedade ao Parecer PGFN 970/91 e à IN SRF 92/91, pois estes tratam de permuta de ações por títulos da dívida pública, onde o valor registrado desta é apenas o seu valor histórico de aquisição, apurando-se o ganho de capital tão somente quando da futura alienação, momento em que será possível determinar seu valor; (4) o Parecer Normativo CST 504/71 estabelece que não haverá imposição do IR quando se "permutar ações de valor equivalente ao de aquisição das cedidas, por consequência, não alterando quantitativamente o patrimônio social", hipótese distinta da permuta ocorrida, pois o valor de aquisição das ações da TAM não é idêntico ao das BDRs permutadas; (5) a IN SRF 107/88 trata de permuta de imóveis, e não de valores mobiliários; (6) a operação de permuta não se enquadra na hipótese do artigo 81, §§1º e 2º da Lei 8.981/95, pois "1) Numa operação efetuada em bolsa de valores, quem deseja comprar determinada ação não faz uma oferta pública de compra, como o que ocorreu no caso em análise; 2) Na operação de compra (permuta, no caso) efetuada no caso concreto, a liquidação se daria em prazo de 30 a 45 dias da publicação do edital, o que é diferente de uma compra de ações efetivamente realizada em bolsa de valores, na qual a liquidação se dá dentro de 3 dias úteis; 3) Na oferta pública em questão o mecanismo de formação de preço das ações é completamente diferente daquele que se verifica normalmente numa bolsa de valores. Na 'OPA' para cancelamento de registro, a interferência da compradora na formação do preço somente poderia ocorrer pelo lote total de ações a serem canceladas, mediante prévio aviso junto à CVM, e com preço, no mínimo 5% acima do preço originalmente ofertado. Numa operação regular de bolsa, em tese qualquer pessoa pode interferir no preço, pois pode fazer qualquer oferta pelo lote mínimo (e não por uma quantidade equivalente ao bloco todo de ações em negociação) negociado para aquela*

*ação, sem necessidade de aviso à CVM"; (7) a simples realização da última etapa do processo de permuta ocorreu com emprego da infra-estrutura da BM&FBovespa, não sendo suficiente para caracterizar a operação toda como realizada em bolsa de valores; e (8) "não fosse o fato de a TAM ter suas ações até então negociadas nesta bolsa de valores, esta última etapa poderia ter sido realizada utilizando-se da infra-estrutura de qualquer outra bolsa ou mercado de balcão organizado".*

*Em contraminuta, as agravadas alegaram que: (1) o recurso não deve ser conhecido, pois a agravante não juntou peça relevante para a compreensão da controvérsia, quais sejam, as respostas às consultas realizadas à autoridade tributária; (2) o processamento do recurso na forma de instrumento não é possível em razão da ausência de periculum in mora, e de sua alegação genérica; (3) as empresas aéreas TAM S.A e LAN Airlines S.A, com sede no Brasil e no Chile, respectivamente, decidiram associar-se; (4) para efetuar essa operação, publicaram edital de oferta pública para permuta de ações da TAM, emitidas no Brasil e negociadas na BM&F Bovespa, para cancelamento de registro de companhia e saída do segmento especial do mercado de ações da BM&F Bovespa; (5) a operação envolveria a permuta de ações da TAM por certificados de depósito de ações emitidas no Brasil (BDR), que representam ações de emissão da incorporadora LAN na Bolsa de Valores de Santiago, Chile, à proporção de uma ação da TAM/holding para nove décimos (0,9) de BDR da LAN; (6) posteriormente, a LAN alteraria sua denominação para LATAM Airlines Group S.A; (7) as impetrantes, MORGAN STANLEY URUGUAY LTDA e MORGAN STANLEY & CO INTERNATIONAL PLC, empresas com domicílio no Uruguai e no Reino Unido, possuíam investimentos em ações da TAM, e manifestaram a intenção de aderir ao leilão de oferta, atuando o ITAÚ UNIBANCO S.A como sua representante legal, e responsável tributária; (8) efetuaram consultas formais à RFB (PA 16327.720831/2013-09 e PA 16327.720838/2012-12), a fim de confirmar entendimento de que o ganho de capital auferido com a permuta das ações da TAM, como resultado da adesão ao leilão de oferta mencionado, não está sujeito à tributação do imposto de renda, tal como previsto no artigo 81, §§1º e 2º da Lei 8.981/95, artigo 16 da MP 2.189-01 e artigo 69, §§1º e 2º da Instrução Normativa RFB 1.022/2010; (9) no entanto, em resposta entendeu-se que na alienação de ações por investidor estrangeiro, decorrente de oferta pública para cancelamento de registro, com liquidação efetuada através de permuta de valores mobiliários, não há enquadramento no artigo 81, §§1º e 2º da Lei 8.981/95, havendo incidência do imposto de renda à alíquota de 15% no momento da realização da permuta, nos termos dos artigos 17, 18 e 28 da Lei 9.249/95, pois "considera-se como ganho de capital o excesso do montante atribuído na transação aos valores mobiliários recebidos em relação ao custo de aquisição das ações alienadas"; (10) não ocorreu fato gerador do imposto de renda na operação, pois os impetrantes não receberam dinheiro, mas ações de outra empresa em permuta, sem torna, não havendo qualquer acréscimo patrimonial; (11) o princípio da realização em matéria de imposto de renda exige que haja disponibilização econômica ou jurídica do acréscimo patrimonial, inócurre no caso; (12) inócurre o fato gerador do imposto de renda no momento da permuta, havendo somente no momento da realização desse ganho pela alienação das ações, conforme reconhecido "(i) pela própria PGFN no Parecer nº 970/91; (ii) pela Receita Federal no Parecer Normativo CST nº 504/71 e nas Instruções Normativas nº 107/88 e 92/91; e (iii) pela jurisprudência, inclusive do E. STJ, nos Recursos Especiais nº 1.027.799/CE, 688.378/ES e 656.242/DF, e do E. TRF da 3ª Região, na Apelação nº 2001.03.99.026836-8/SP"; (13) o Parecer PGFN 970/91 foi aprovado pelo Procurador Geral da Fazenda Nacional e pelo Ministro da Fazenda, possuindo efeito vinculante, e a resposta à consulta, em sentido contrário, contraria o princípio da legalidade administrativa; (14) a resposta à consulta considerou que para o caso concreto não se aplica a hipótese de exclusão da incidência do imposto de renda*

*prevista no artigo 81, §1º da Lei 8.981/95, pois o artigo 2º, §3º do Parecer CVM 316/02 considera que a oferta pública de aquisições de ações (OPA) somente ocorre quando a oferta pública é efetuada fora de bolsa de valores; (15) a Instrução CVM 361/2002 deixa claro que a venda de ações em OPA ocorre em leilão em ambiente de bolsa de valores, dado confirmado em consulta ao CVM, conforme Ofício CVM SER GER 214/2012, que não interpretou a legislação tributária, como afirma a PGFN, mas apenas esclareceu o teor daquela Portaria; e (16) o artigo 2º, §3º da Instrução CVM 361/2002 determina que a OPA deva ser oferta pública efetuada fora de bolsa de valores, etapa anterior ao leilão das ações, que ocorre dentro da bolsa de valores, onde ocorreria o fato gerador isento.*

**DECIDO.**

*A hipótese comporta julgamento nos termos do artigo 557 do CPC.*

*Com efeito, consta da decisão agravada (f. 15/6 v):*

*"Trata-se de mandado de segurança em que os impetrantes pretendem obter provimento jurisdicional a fim de garantir o direito líquido e certo de não serem compelidos ao pagamento de imposto sobre a renda referente à alienação de ações da TAM operacionalizada pelo segundo e terceiro impetrantes na Oferta Pública de Ações, quando da operação de fusão entre as empresas LAN e TAM.*

*Às fls. 308-310 foi concedida a medida liminar, reconhecendo a suspensão da exigibilidade do tributo em questão, nos termos do art. 151, IV do CTN, até a vinda aos autos das informações.*

*Devidamente notificada, a autoridade apontada como coatora apresentou informações às fls. 425-428.*

*O impetrante se manifestou acerca das informações às fls. 431-435.*

*É o breve relatório.*

**Decido.**

*A medida liminar concedida há de ser mantida.*

*Isso porque as informações trazidas aos autos pela autoridade apontada como coatora não tiveram o condão de alterar o convencimento deste Juízo quanto à alegada suspensão da exigibilidade dos créditos.*

*Em suma, a autoridade em suas informações aduz que:*

*1) apesar de se tratar de permuta de ações, houve ganho de capital - este ganho corresponderia a diferença entre o valor de aquisição das ações da TAM e o valor do BDR (Certificado de Depósito de Valores Mobiliários - sigla de Brazilian Depositary Receipts) da LAN multiplicado por 0,9 -, o que demonstraria a ocorrência do fato gerador do imposto de renda;*

*2) não estaria sendo contrariado o Parecer PGFN n.º 970/91, ou ainda, que tal parecer não se aplicaria ao caso dos impetrantes, por se tratar de permutas de ações ou quotas de capital por títulos da dívida pública, no âmbito do programa nacional de desestatização, em que as ações ou quotas adquiridas são registradas pelo valor histórico dos título de dívida pública;*

*3) não se aplica o Parecer Normativo CST n.º 504/71, uma vez que houve alteração no valor das ações adquiridas pelo segundo e terceiro impetrantes da TAM.*

*4) a Instrução Normativa SRF n.º 107/88, não se aplica ao caso, pois se trata de permuta de imóveis;*

*5) não se aplica a Instrução Normativa SRF n.º 92/91 ao caso;*

*6) o caso dos impetrantes não preenche os requisitos previstos no art. 81, 1º e 2º da Lei n.º 8.981/95;*

*Para reanálise do caso, em sede de liminar, entendo que há de ser respondida à seguinte questão, a fim de verificar se há ou não a incidência do imposto de renda: a oferta pública de ações em que ocorreram as permutas de ações da TAM pelos da LAN pode ser considerada*

*como operação ocorrida em bolsa de valores ou não?*

*Vejamos:*

*Os parágrafos 1º e 2º, ambos da Lei n.º 8.981/1995 disciplinam que:*

*§1º Os ganhos de capital ficam excluídos da incidência do Imposto de Renda quando auferidos e distribuídos, sob qualquer forma e a qualquer título, inclusive em decorrência de liquidação parcial ou total do investimento pelos fundos, sociedades ou carteiras referidos no caput deste artigo.*

*§2º Para os efeitos deste artigo, consideram-se:*

*a) rendimentos: quaisquer valores que constituam remuneração de capital aplicado, inclusive aquela produzida por títulos de renda variável, tais como juros, prêmios, comissões, ágio, deságio e participações nos lucros, bem como os resultados positivos auferidos em aplicações nos fundos e clubes de investimento de que trata o art. 73; (Vide Lei nº 12.431, de 2011)*

*b) ganhos de capital, os resultados positivos auferidos:*

*b.1) nas operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, com exceção das operações conjugadas de que trata a alínea a do 4º do art. 65;*

*b.2) nas operações com ouro, ativo financeiro, fora de bolsa; Grifos nossos.*

*No caso, depreende-se da análise da documentação acostada que:*

*i) Da Oferta Pública de Ações - OPA*

*A oferta de ações foi realizada em bolsa de valores, ainda que, em fase derradeira, ou seja, foi concluída no leilão realizado no sistema eletrônico da BM&FBOVESPA, consoante se infere do edital às fls. 228-277.*

*Não obstante isso se verifica, também, no documento de fls. 290-291, de lavra da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, que a operação realizada pelos impetrantes se realizou nos moldes previstos no art. 4º, §4º, da Lei n.º 6.404/76, que exige a realização de OPA para cancelamento e registro de companhia aberta, bem como da Instrução Normativa n.º 361/02, que em seu art. 4º, inciso VII, exige que as OPAs sejam efetivadas em leilão em bolsa de valores.*

*Nesse documento, a área técnica da CVM concluiu que o leilão realizado pelos impetrantes, caracterizou-se como operação realizada em bolsa de valores.*

*Desse modo, entendo que a operação se realizou em bolsa de valores, aplicando-se ao caso os artigos 81, 1º e 2º da Lei n.º 8.981/95.*

*Assim, ainda que houvesse o efetivo ganho de capital - o que não vislumbro, dada a mera permuta de participações acionárias, haja vista que não se verifica aumento de riqueza - este seria excluído do imposto de renda, haja vista a legislação supramencionada.*

*Nesse sentido:*

**PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ARTIGO 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA. IMPOSTO DE RENDA. EXTINÇÃO DE HOLDING. DEBATE ACERCA DA OCORRÊNCIA OU NÃO DE DISTRIBUIÇÃO EFETIVA DE LUCROS. SÚMULA 07/STJ. 1. Inexiste ofensa ao artigo 535, do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. 2. In casu, nos embargos de declaração opostos contra o acórdão que julgou a apelação, a Fazenda Nacional requereu pronunciamento acerca da alegação de que o auto de infração impugnado não se referiria a lucros incorporados ao capital, mas a lucros não capitalizados. 3. Assentando o Tribunal a quo, com fulcro no parecer do Ministério Público, que o Fisco não demonstrara "aquilo que os autos desmentem, a saber, a suposta distribuição de lucros, a redundar em ganho para os sócios e justificar a incidência do IR, no caso concreto", bem como lançando a assertiva de que: "...quando a holding foi extinta, não havia lucro efetivo a ser distribuído aos sócios, sendo substituído o valor de participação de**

*cada um dos quotistas por ações e quotas de outras empresas (as controladas), não havendo geração de riqueza nova, uma vez que ocorreu apenas uma permuta de bens. Tratou-se de simples fato permutativo, do ponto de vista das ciências contábeis, que provoca uma troca de elementos patrimoniais, sem, contudo, alterar o patrimônio líquido do contribuinte. Não se pode confundir com a hipótese de fatos modificativos positivos (plano contábil), que importam em uma efetiva mutação aumentativa dos elementos patrimoniais da pessoa, caracterizando acréscimo patrimonial, fato imponible do IR", ressoa cristalino que fundou a sua conclusão no contexto fático-probatório. 4. Destarte, revela-se inequívoco não só não ter a decisão hostilizada incorrido na omissão apontada, que ensejaria o provimento do recurso pela violação ao artigo 535, do CPC, como também, no que pertine ao debate acerca da ofensa ao artigo 43, do CTN, com o que pretende o recorrente o revolvimento de matéria insindicável, em sede de recurso especial, pelo E. STJ, ante a incidência da Súmula 07. Isto porque o acórdão recorrido, no exercício de cognição plena, perfilhou o entendimento da não incidência de imposto de renda, partindo da premissa de que, in casu, não houve distribuição de lucros efetivos aos sócios, mas mera permuta de bens, uma vez que o valor da participação de cada um dos quotistas foi substituído por ações e quotas de outras empresas (as controladas), gerando mera expectativa de percepção futura de lucro. 5. Análise da pretensão recursal que implica no indispensável reexame do contexto fático-probatório dos autos, porquanto exige o cotejo entre o auto de infração e a operação realizada pela empresa no ato de sua dissolução, para aferir a ocorrência ou não de distribuição efetiva de lucros, ensejador de acréscimo patrimonial, fato imponible do imposto de renda. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido. (RESP 200400982463, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA:14/11/2005 PG:00197.)*

*Quanto aos demais questionamentos, estes deverão ser apreciados, pormenorizadamente, por ocasião da sentença.*

*Nesse contexto, mantenho a decisão liminar."*

*As impetrantes alegam que possuíam ações da TAM S.A, e que, em razão da associação dessa companhia com a LAN Airlines S.A, criando a LATAM Airlines Group S.A, foi realizada oferta pública de permuta daquelas ações da TAM com BDRs da LAN, por mandamento legal, com a finalidade de efetuar o cancelamento de registro da TAM na BM&FBOVESPA. A operação foi assim anunciada no "Edital de Oferta Pública de Permuta de Ações para Cancelamento de Registro de Companhia Aberta e Conseqüente Saída do Nível 2 de Governança Corporativa da BM&FBOVESPA S.A - Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros" (f. 56/105):*

*"Banco Itaú BBA S.A [...] na qualidade de instituição financeira intermediária [...] por intermédio da Itaú Corretora de Valores S.A [...] em conjunto com Holdco II S.A, sociedade por ações constituída e existente de acordo com as leis da República do Chile [...] na qualidade de futura sucessora por incorporação da Holdco II, LAN Airlines, com sede [...] na cidade de Santiago, Chile [...] vêm apresentar a todos os acionistas detentores de ações ordinárias e de ações preferenciais de emissão da TAM S.A, em circulação no mercado [...] a presente oferta pública [...] de permuta de até a totalidade das Ações por certificados de depósitos representativos de ações ordinárias - Brazilian Depositary Receipts patrocinados Nível III de emissão da LAN [...] visando ao cancelamento de registro de companhia aberta da Companhia e sua conseqüente saída do segmento especial do mercado de ações Nível 2 de Governança Corporativa da BM&FBOVESPA - Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros [...] de acordo com as regras, todas conforme alteradas, estabelecidas na Lei n° 6.404, de 15 de dezembro de 1976 [...] na Instrução da Comissão de Valores Mobiliários [...] n° 361, de 5 de março de 2002 [...] e no Regulamento de Listagem do Nível 2 de Governança Corporativa da BM&FBOVESPA [...] nos termos e condições abaixo dispostos"*

**Esse mesmo edital pormenorizou o procedimento de permuta:**

**"[...]**

**1.1 Oferta. A Oferta é etapa essencial para a realização da associação entre a Companhia e a LAN, conforme fatos relevantes divulgados ao mercado em 13 de agosto de 2010 e em 19 de janeiro de 2011, visando à formação de um grupo aéreo líder na América Latina com a maior frota de aviões da região. A Oferta possibilitará, observados os termos e condições descritos neste Edital, a migração dos acionistas da Companhia para a LAN, como conseqüente Cancelamento de Registro e sua saída do Nível 2.**

**1.2 Valores Mobiliários a Serem Entregues em Permuta pelas Ações. Os acionistas que aceitarem participar da Oferta receberão, em permuta por suas Ações, BDRs LAN, na proporção de 1 (uma) Ação da Companhia para cada 0,90 BDR LAN, sendo que 1(um) BDR LAN representa 1 (uma ação ordinária da LAN).**

**[...]**

## **2 Oferta**

**2.1 Características e Fundamentação Legal. Trata-se a presente Oferta de oferta pública de permuta de Ações para Cancelamento de Registro e conseqüente saída da Companhia do Nível 2, a ser realizada nos termos do artigo 2º, inciso I, do artigo 6º, inciso II e do artigo 33, parágrafo 1º, inciso III, da Instrução CVM 361 e da Seção X do Regulamento de Listagem do Nível 2.**

**[...]**

**2.3 Forma. A Oferta será concluída por meio de um Leilão no sistema eletrônico de negociação do segmento Bovespa da BM&FBOVESPA [...]**

**[...]**

## **6. Leilão.**

**6.1 Leilão. O Leilão será realizado no sistema eletrônico de negociação do segmento Bovespa da BM&FBOVESPA em 12 de junho de 2012, às 10h00 (horário de São Paulo) ('Data do Leilão'), obedecendo às regras estabelecidas pela BM&FBOVESPA"**

**O cancelamento de registro de companhia aberta para negociações de valores mobiliários não pode ser efetuado por simples requerimento, havendo exigência legal condicionando à aquisição da totalidade das ações emitidas pela companhia em circulação, daí a oferta pública para permuta de ações, conforme determina o artigo 4º, §4º da Lei 6.404/76:**

**"O registro de companhia aberta para negociação de ações no mercado somente poderá ser cancelado se a companhia emissora de ações, o acionista controlador ou a sociedade que a controle, direta ou indiretamente, formular oferta pública para adquirir a totalidade das ações em circulação no mercado, por preço justo, ao menos igual ao valor de avaliação da companhia, apurado com base nos critérios, adotados de forma isolada ou combinada, de patrimônio líquido contábil, de patrimônio líquido avaliado a preço de mercado, de fluxo de caixa descontado, de comparação por múltiplos, de cotação das ações no mercado de valores mobiliários, ou com base em outro critério aceito pela Comissão de Valores Mobiliários, assegurada a revisão do valor da oferta, em conformidade com o disposto no art. 4o-A."**

**Assim, a Comissão de Valores Mobiliários editou a IN CVM 361/2002, com o objetivo de, dentre outros pontos, regulamentar a oferta pública de aquisição de ações de companhia aberta (OPA) obrigatória, realizada como condição do cancelamento do registro de companhia aberta, por força do § 4º do art. 4º da Lei 6.404/76 e do § 6º do art. 21 da Lei 6.385/76 (artigo 2º, I).**

**O §3º do inciso I do artigo 2º dessa IN dispôs que "para os efeitos desta Instrução, considera-se OPA a oferta pública efetuada fora de bolsa de valores ou de entidade de mercado de balcão organizado, que vise à aquisição de ações de companhia aberta, qualquer que seja a quantidade de ações visada pelo ofertante".**

*Por sua vez, o artigo 4º, VII, determina que "a OPA será efetivada em leilão em bolsa de valores ou entidade de mercado de balcão organizado, salvo se, tratando-se de OPA voluntária ou para aquisição de controle, que não estejam sujeitas a registro, for expressamente autorizada pela CVM a adoção de procedimento diverso".*

*Ou seja, a IN prevê, no mínimo, duas fases constituintes da OPA: uma fora de bolsa de valores, com oferta pública de aquisição, utilizando-se de "qualquer meio de publicidade da oferta de aquisição, inclusive correspondência, anúncios eletrônicos ou esforços de aquisição" (artigo 2º, §4º), de "de maneira a assegurar tratamento equitativo aos destinatários, permitir-lhes a adequada informação quanto à companhia objeto e ao ofertante, e dotá-los dos elementos necessários à tomada de uma decisão refletida e independente quanto à aceitação da OPA" (artigo 4º, II); outra dentro da bolsa de valores, referindo-se ao leilão de aquisição, no caso, da totalidade das ações em circulação, emitidas pela companhia a ter seu registro cancelado (artigo 4º, VII - "a OPA será efetivada em leilão em bolsa de valores ou entidade de mercado de balcão organizado, salvo se, tratando-se de OPA voluntária ou para aquisição de controle, que não estejam sujeitas a registro, for expressamente autorizada pela CVM a adoção de procedimento diverso").*

*A relevância dessa distinção encontra-se na aplicação da norma isentiva de imposto de renda contida no artigo 81, §§1º e 2º da Lei 8.981/1995:*

*"Art. 81. Ficam sujeitos ao Imposto de Renda na fonte, à alíquota de dez por cento, os rendimentos auferidos:*

*I - pelas entidades mencionadas nos arts. 1º e 2º do Decreto-Lei nº 2.285, de 23 de julho de 1986;*

*II - pelas sociedades de investimento a que se refere o art. 49 da Lei nº 4.728, de 1965, de que participem, exclusivamente, investidores estrangeiros;*

*III - pelas carteiras de valores mobiliários, inclusive vinculadas à emissão, no exterior, de certificados representativos de ações, mantidas, exclusivamente, por investidores estrangeiros.*

*§ 1º Os ganhos de capital ficam excluídos da incidência do Imposto de Renda quando auferidos e distribuídos, sob qualquer forma e a qualquer título, inclusive em decorrência de liquidação parcial ou total do investimento pelos fundos, sociedades ou carteiras referidos no caput deste artigo.*

*§ 2º Para os efeitos deste artigo, consideram-se:*

*a) rendimentos: quaisquer valores que constituam remuneração de capital aplicado, inclusive aquela produzida por títulos de renda variável, tais como juros, prêmios, comissões, ágio, deságio e participações nos lucros, bem como os resultados positivos auferidos em aplicações nos fundos e clubes de investimento de que trata o art. 73;*

*b) ganhos de capital, os resultados positivos auferidos:*

*b.1) nas operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, com exceção das operações conjugadas de que trata a alínea a do § 4º do art. 65;*

*b.2) nas operações com ouro, ativo financeiro, fora de bolsa."*

*A OPA realizada pela TAM consistiu em permuta de ações dessa companhia por títulos representativos de valores mobiliários emitidos no exterior pela LAN, conforme autorizado pelo artigo 6º, II da IN CVM 361/2002 ("de permuta, quando o pagamento proposto deva ser realizado em valores mobiliários, os quais deverão ser de emissão de companhia aberta, admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários, emitidos ou a emitir").*

*O alegado ganho de capital auferido pelas co-impetrantes, fato gerador do imposto de renda, decorreria do leilão em bolsa de valores, pela permuta de valores mobiliários e diferença no valor de aquisição, e não da simples oferta pública, com anúncio publicitário externo ao*

*ambiente da bolsa de valores, daí a manifesta plausibilidade jurídica de adequação do fato à norma isentiva do artigo 81, §§1º e 2º da Lei 8.981/1995.*

*O ganho de capital seria, de fato, obtido em operação em bolsa de valores (permuta), mesmo porque a simples oferta pública, com divulgação em qualquer meio de publicidade, em havendo posterior revogação, não teria ocasionado qualquer ganho de capital, não se podendo, apenas por existir essa etapa externa, concluir que não se trate de operação realizada em bolsa, sendo, portanto, manifesta a improcedência deste recurso.*

*Aliás, sequer se pode declarar com segurança, em face dos diversos precedentes regionais, que dessa operação de permuta sem torna decorra ganho de capital, com incidência do imposto de renda:*

*AC 1999.34.00.001315-9, Rel. Des. Fed. PLAUTO RIBEIRO, DJU de 21/06/2002, p. 77: "TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PERMUTA DE UNIDADES IMOBILIÁRIAS, SEM TORNA. GANHO DE CAPITAL. EXCLUSÃO. REGULAMENTO DO IMPOSTO DE RENDA. RECURSO PROVIDO. 1) Exclui-se da determinação 'ganho de capital' a permuta de unidades imobiliárias, sem recebimento de parcela complementar, denominada torna (RIR, art. 801, IV). 2) Presentes os requisitos necessários à exclusão, desconstitui-se o crédito tributário decorrente do pretense 'ganho de capital', referente à permuta. 3) Recurso provido. 4) Sentença reformada."*

*AMS 2001.02.01.028041-8, Rel. Des. Fed. ALBERTO NOGUEIRA, DJU de 18/06/2003, p. 306: "PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXTINÇÃO DE HOLDING. SUBSTITUIÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DOS ACIONISTAS. MERA PERMUTA DE BENS. INOCORRÊNCIA DE ACRÉSCIMO PATRIMONIAL. INEXISTÊNCIA DE FATO IMPONÍVEL A JUSTIFICAR IMPOSTO DE RENDA. PROVIMENTO NEGADO. DECISÃO UNÂNIME."*

*REO 2001.02.01.037453-0, Rel. Des. Fed. ROGERIO CARVALHO, DJU de 07/05/2002, p. 408: "TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS. PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA EM EMPRESA EXTINTA. AUSÊNCIA DE ACRÉSCIMO PATRIMONIAL. INOCORRÊNCIA DE FATO GERADOR DO TRIBUTO. ART. 43 DO CTN. PRECEDENTE DA EG. 4A TURMA DESTA C. CORTE REGIONAL. Quando a empresa "holding" - da qual o impetrante era sócio - foi extinta não havia lucro a ser distribuído, sendo o valor da participação de cada quotista substituído por ações e quotas de outras empresas, representando mera permuta de bens, sem qualquer acréscimo patrimonial. Remessa necessária improvida."*

*APELREE 2001.03.99.026836-8, Rel. Des. Fed. MAIRAN MAIA, DJU de 17/08/2009, p. 413: "TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA - PERMUTA DE BENS IMÓVEIS - GANHO DE CAPITAL - NÃO CONFIGURADO - TRD - NÃO INCIDÊNCIA - HONORÁRIOS - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. 1. A permuta de bens, realizada sem contrapartida pecuniária, não configura fato gerador do Imposto de Renda. 2. Nos termos do art. 9º da Lei n.º 8.177/91 e da Lei n.º 8.383/91, a TR incide sobre os créditos tributários da Fazenda Pública, a título de juros de mora, apenas no período de fevereiro a dezembro de 1991. 3. Honorários advocatícios a cargo das partes em relação aos respectivos procuradores, em face da sucumbência recíproca." Ante o exposto, com fundamento no artigo 557 do CPC, nego seguimento ao recurso. "*

Primeiramente, destaca-se que o artigo 557 do Código de Processo Civil é aplicável quando existente jurisprudência dominante acerca da matéria discutida e, assim igualmente, quando se revele manifestamente procedente ou improcedente, prejudicado ou inadmissível o recurso, tendo havido, na

espécie, o específico enquadramento do caso no permissivo legal, conforme expressamente constou da respectiva fundamentação.

Como se observa, a decisão agravada foi fartamente motivada, com exame de aspectos fáticos do caso concreto e aplicação da legislação específica e jurisprudência consolidada, sendo que o agravo inominado apenas reiterou o que havia sido antes deduzido, e já enfrentado e vencido no julgamento monocrático, não restando, portanto, espaço para a reforma postulada.

Por fim, incabível o afastamento da multa de 1% sobre o valor da causa por oposição de embargos declaratórios com caráter protelatório, tal como constou da respectiva decisão:

*"Vistos etc.*

*Trata-se de embargos de declaração em negativa de seguimento a agravo de instrumento contra concessão de liminar, em mandado de segurança, que garantiu aos impetrantes "a suspensão da exigibilidade, nos termos do art. 151, inciso IV do CTN, do crédito tributário [de IRPJ] correspondente à alienação de ações da TAM efetuadas pelos coimpetrantes Morgan Stanley Uruguay Ltda e Morgan Stanley & Co International PLC em decorrência da Oferta Pública de Ações ('OPA'), que se deu no âmbito do processo de concentração de negócios entre as empresas de transporte aéreo LAN e TAM".*

*Alegou-se omissão, pois:*

*"a) A oferta pública (OPA) sob análise, destinada a promover a troca de ações da TAM S.A pelos BDRs de LAN S.A para fins de cancelamento de registro da mesma TAM S.A junto à BM&F Bovespa, obedeceu aos ditames da Instrução CVM nº 361, de 2002, a qual esclarece taxativamente em seu art. 2º, §3º, que se considera OPA a oferta pública efetuada 'fora da bolsa' de valores ou de entidade de mercado de balcão organizado, que vise à aquisição de ações de companhia aberta, qualquer que seja a quantidade de ações visada pelo ofertante.*

*Tal definição constante do dispositivo se alinha com a necessária publicidade da OPA, frente ao caráter não-público das operações realizadas em bolsa de valores, sendo que, especificamente para o caso sob análise, pode se evidenciar tal distinção (a fim de não se confundir a OPA com uma operação realizada em bolsa de valores) pela existência de larga publicidade de oferta através de edital publicado em meios de grande circulação em 10 de maio de 2012, edital este que se constituiria em elemento totalmente estranho à qualquer oferta de compra não-pública, realizada em (dentro de) bolsa de valores;*

*b) A efetividade da oferta de aquisição para os vendedores interessados só se opera, no caso da OPA, quando da realização do leilão, em contraste com a pronta efetividade da oferta apreçada no ambiente eletrônico de negociação, sendo que diferença adicional existe, ainda, quanto à possibilidade de liquidação da OPA através de permuta de valores mobiliários (no caso permuta de ações por BDRs), enquanto que as operações de compra/alienação realizadas em bolsa são financeiramente liquidadas em D+3;*

*c) Ainda [...] a formação de preços durante uma OPA para cancelamento de registro possui peculiaridades em relação à operação realizada em (dentro de) bolsa de valores através do ambiente eletrônico de negociação, o que faz com que não possa ser considerada como equivalente a operação realizada em bolsa de valores, ainda que tenha uma de suas etapas derradeiras ali realizada (e não a totalidade da operação).*

*Desta maneira, com base no acima disposto, entende-se que não se pode enquadrar no art. 81, §§1º e 2º, 'b.1', da Lei nº 8.981, de 1995, a oferta pública sob análise, concluindo-se, portanto, pela incidência do Imposto de Renda na operação à alíquota de 15%, no momento da realização da permuta (data do leilão), na forma dos arts. 17, 18 e 28 da Lei nº 9.249, de 1995. Naquele instante se encontra caracterizada a disponibilidade econômica e jurídica do excesso do montante atribuído na transação aos BDRs da LAN em relação ao custo de aquisição das ações da TAM cedidas pelos investidores estrangeiros, na forma dos itens 4 e 5 do Parecer Normativo CST 504/71 abaixo transcrito, cabendo assim a apuração e tributação do referido ganho pelo responsável tributário dos mesmos investidores.*

*[...]*

*Do exposto, conclui-se que não há como se tentar segregar a OPA em etapas para fins de definição de seus efeitos tributários, visto que, sob uma ótica de verdade material, trata-se a oferta pública de uma única operação, ainda que composta por diferentes etapas. Assim, mesmo que a última etapa da mencionada OPA ter sido cursada em bolsa de valores, a OPA como um todo deve ser considerada como realizada fora do ambiente de bolsa de valores para fins do disposto no art. 81, §§1º e 2º, 'b.1', da Lei nº 8.981, de 1995".*

**DECIDO.**

*Manifestamente improcedentes os embargos de declaração, pois não houve qualquer omissão no julgado, que reconheceu que a aplicação da norma isentiva do imposto de renda, prevista no artigo 81, §§1º e 2º da Lei 8.981/1995, seria possível na permuta das ações da TAM S.A, detidas pelas agravadas, por "Brazilian Depositary Receipts" (BDR) da LAN Airlines S.A, decorrente de Oferta Pública de Ações (OPA) para concretização da associação entre as companhias, com criação da LATAM Airlines Group S.A, e "cancelamento de registro de companhia aberta" da TAM na BM&FBovespa.*

*Desta forma, a decisão embargada concluiu, diante de todo o contexto fático e dos documentos carreados aos autos, pela manifesta plausibilidade jurídica de adequação da operação à norma isentiva do artigo 81, §§1º e 2º da Lei 8.981/1995 ("Os ganhos de capital ficam excluídos da incidência do Imposto de Renda quando auferidos e distribuídos, sob qualquer forma e a qualquer título, inclusive em decorrência de liquidação parcial ou total do investimento pelos fundos, sociedades ou carteiras referidos no caput deste artigo [...]) Para os efeitos deste artigo, consideram-se [...] ganhos de capital, os resultados positivos auferidos [...] nas operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, com exceção das operações conjugadas de que trata a alínea a do § 4º do art. 65"), pois a permuta, no caso, efetuada em OPA, configura "operação realizada em bolsa de valores", e a existência de uma primeira fase da operação, com publicidade em ambiente externo à bolsa, não a descaracterizaria, para fins de exclusão da norma isentiva.*

*Deixou-se claro que o suposto ganho de capital auferido pelas agravadas, fato gerador do imposto de renda, decorreria do leilão em bolsa de valores pela permuta de valores mobiliários, e conseqüente diferença existente no valor de aquisição, e não da simples oferta pública, com anúncio publicitário externo ao ambiente da bolsa de valores. Ademais, o ganho de capital foi obtido em operação em bolsa de valores (permuta), mesmo porque a simples oferta pública, com divulgação em qualquer meio de publicidade, em havendo posterior revogação, não teria ocasionado qualquer ganho de capital, não se podendo, apenas por existir a etapa externa, concluir que não se trate de operação realizada em bolsa. Por fim, com base em precedentes regionais, evidenciou-se relevante dúvida sobre a efetiva existência de ganho de capital em tais operações de permuta "sem torna", para fins de tributação pelo imposto de renda.*

*Como se observa, foram decididas, de forma coerente, sem qualquer omissão, contradição ou obscuridade, todas as questões jurídicas invocadas e essenciais à solução da causa, ainda que*

*não em plena conformidade com a pretensão deduzida, fato que não viabiliza, porém, o acolhimento de embargos de declaração.*

*Ocorre que, para corrigir suposto error in iudicando, o remédio cabível não é, por evidente, o dos embargos de declaração, cuja impropriedade é manifesta, de forma que a sua utilização para mero reexame do feito motivado por inconformismo com a interpretação e solução adotadas, revela-se imprópria à configuração de vício sanável na via eleita.*

*Sendo o agravo à Turma o recurso próprio para revisar e apreciar o inconformismo diante do que decidido pelo relator, a oposição de embargos de declaração, sem existir omissão, contradição e obscuridade, para alcançar o efeito interruptivo do prazo para o recurso efetivamente devido (artigo 538, CPC), na pendência do exame de impugnação imprópria ao fim pretendido, evidencia o propósito protelatório com manifesto prejuízo aos princípios da celeridade e eficiência do processo e da prestação jurisdicional, a autorizar, portanto, a aplicação da multa de 1% sobre o valor atualizado da causa originária (artigo 538, parágrafo único, CPC).*

*Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração, fixando multa pelo caráter manifestamente protelatório do recurso, nos termos supracitados."*

Como se observada, restou devidamente fundamentada a aplicação da multa processual, cabendo ressaltar que não se prestam os embargos declaratórios a suprir dúvida subjetiva da parte. De fato, evidenciado que, embora extensamente abordadas as questões então devolvidas, a agravante insistiu, com embargos declaratórios, em pleitear reforma, a pretexto de omissão, porém inserindo discussão no sentido da existência de *error in iudicando*, usando de embargos declaratórios de forma manifestamente imprópria, logrando interrupção de prazo para a interposição do agravo à Turma, assim protelando o curso natural do processo, deduzindo, pois, pretensão protelatória e ilegal, incompatível com os princípios da celeridade e eficiência na prestação jurisdicional, suficiente e bastante para a sanção prevista no artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Plenamente configurado, pois, o intento protelatório dos embargos de declaração, opostos não para sanar qualquer dos vícios do artigo 535 do Código de Processo Civil, mas para mera rediscussão de alegações e de provas já motivadamente enfrentadas, resultando em postergação da tramitação regular do feito, com interposição de recurso manifestamente improcedente, em detrimento dos princípios da celeridade e eficiência da prestação jurisdicional, de modo que o abuso verificado justifica, na forma do artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, a imposição da multa processual.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo inominado.

**CARLOS MUTA**  
**Desembargador Federal**

Signatário (a): LUIS CARLOS HIROKI MUTA:10039  
Nº de Série do Certificado: 6E894C9821934059  
Data e Hora: 05/09/2013 17:42:23

---

**AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034598-38.2012.4.03.0000/SP**  
2012.03.00.034598-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA  
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)  
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA  
INTERESSADO : ITAU UNIBANCO S/A e outros  
: MORGAN STANLEY URUGUAY LTDA  
: MORGAN STANLEY E CO INTERNACIONAL PLC  
ADVOGADO : LEO KRAKOWIAK e outro  
ORIGEM : JUÍZO FEDERAL DA 2 VARA DE SAO PAULO>1ª  
: SSJ>SP  
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS  
No. ORIG. : 00161029120124036100 2 Vr SAO PAULO/SP

### RELATÓRIO

Trata-se de agravo nominado em negativa de seguimento a agravo de instrumento à concessão de liminar, em mandado de segurança, que garantiu aos impetrantes *"a suspensão da exigibilidade, nos termos do art. 151, inciso IV do CTN, do crédito tributário correspondente à alienação de ações da TAM efetuadas pelos coimpetrantes Morgan Stanley Uruguay Ltda e Morgan Stanley & Co International PLC em decorrência da Oferta Pública de Ações ('OPA'), que se deu no âmbito do processo de concentração de negócios entre as empresas de transporte aéreo LAN e TAM"*.

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados, aplicando-se multa à FN, por considera-se o recurso como manifestamente protelatório (f. 246/7).

A União alegou que: **(1)** inaplicável o artigo 557 do CPC; **(2)** cabível os embargos de declaração contra decisão interlocutória, aplicando-se o princípio da fungibilidade recursal em relação ao agravo regimental, havendo jurisprudência no sentido de que *"ainda que se entendam ausente a omissão, obscuridade ou contradição, em vista do princípio da fungibilidade recursal, devem os embargos de declaração ser recebidos como agravo regimental"*; **(3)** os embargos não podem ser considerados protelatórios para efeito de aplicação da multa, ainda que ausentes os requisitos do artigo 535 do CPC ou tenham caráter modificativo, máxime porque a União não tem interesse em adiar o julgamento definitivo do agravo em razão da decisão lhe ser desfavorável; **(4)** a jurisprudência considera protelatórios os recursos em que a parte repisou razões expedidas anteriormente ou apresentou diversos recursos dirigidos a protelar o julgamento do feito ou a execução do julgado; **(5)** não há jurisprudência pacífica quanto à incidência ou não - no caso de Oferta Pública de Ações -, da norma isentiva prevista no artigo 81, §§ 1º e 2º, alínea "b.1", da Lei nº 8.981/95 (critério de recebimento de torna), até porque a ocorrência ou não de ganho de capital deve ser analisada caso a

caso; **(6)** os acórdãos citados na decisão não guardam similitude fática com o caso dos autos; **(7)** o critério utilizado para avaliar a ocorrência de ganho de capital foi a existência ou não de torna, que se trata de uma exceção à incidência de IR - norma isentiva -, no sentido de ser aplicada à "*permuta exclusivamente de unidades imobiliárias, objeto de escritura pública*", *restando ainda excetuados os imóveis rurais com benfeitorias*", que não admite interpretação extensiva; **(8)** expandir o dispositivo isentivo, aplicável às pessoas físicas, para outras operações e de pessoas jurídicas é negar aplicação à incidência sobre os ganhos de capital, restringindo a incidência tributária apenas aos recebimentos em espécie; **(9)** no caso dos autos, o ganho de capital deve ser avaliado comparando-se "o valor de negociação das antigas ações (TAM), em comparação com as ações do novo grupo, para que se avalie se a operação foi ou não lucrativa"; **(10)** o caso em comento é similar à questão conhecida como "desmutualização", em que houve a permuta de títulos por ações e em que a jurisprudência já se pacificou no sentido da incidência tributária, face ao acréscimo patrimonial ocorrido, nada obstante o recebimento de moeda em espécie; **(11)** as empresas agravadas não se incluem na hipótese de isenção em epígrafe - artigo 81, § 1º da Lei nº 8.981/98 -, uma vez que não houve nos autos a demonstração/alegação, de que os ganhos de capital tenham sido inteiramente transferidos aos investidores, razão pela qual não poderiam ter auferido qualquer ganho de capital.

Em Mesa na forma regimental.

É o relatório.

**CARLOS MUTA**  
**Desembargador Federal**

---

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): LUIS CARLOS HIROKI MUTA:10039

Nº de Série do Certificado: 6E894C9821934059

Data e Hora: 05/09/2013 17:42:27

---