



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



<b>PROCESSO</b>	<b>17227.720220/2021-34</b>
<b>ACÓRDÃO</b>	1301-007.683 – 1ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
<b>SESSÃO DE</b>	10 de dezembro de 2024
<b>RECURSO</b>	VOLUNTÁRIO
<b>RECORRENTE</b>	NEOENERGIA S.A.
<b>INTERESSADO</b>	FAZENDA NACIONAL

**Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ**

Ano-calendário: 2017

REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. ALIENAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DE AÇÕES. DIFERENÇA ENTRE O CUSTO DE AQUISIÇÃO E O VALOR APURADO COM BASE NO PATRIMÔNIO LÍQUIDO. GANHO DE CAPITAL. TRIBUTAÇÃO. CABIMENTO.

A incorporação de sociedade mediante a subscrição e integralização de aumento de capital na incorporadora com base no valor patrimonial da incorporada (companhia extinta), que se releva superior ao custo de aquisição ou histórico incorrido pelo investidor, caracteriza ganho de capital.

Apenas na hipótese de substituição de ações por outras ações de mesmo valor é que se configura a permuta, isto é, quando não há diferença de valores a registrar sobre a perspectiva do investidor. Havendo diferença de valores entre as ações entregues e as recebidas, não se está diante de permuta que afaste a existência de ganho tributável.

GANHO DE CAPITAL AUFERIDO POR RESIDENTE NO EXTERIOR NA ALIENAÇÃO DE SOCIEDADE 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.

OBSERVÂNCIA DE NORMAS COMPLEMENTARES. EXCLUSÃO DE MULTA E JUROS DE MORA. INOCORRÊNCIA.

Não se caracteriza hipótese de exclusão de multa e juros quando o sujeito passivo refere observância de normas que não se subsumem ao caso concreto.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício (Súmula CARF nº 108).

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso, vencidos os Conselheiros José Eduardo Dornelas Souza, Eduardo Monteiro Cardoso e Eduarda Lacerda Kanieski, que lhe davam provimento. Manifestou intenção de apresentar Declaração de Voto o Conselheiro Eduardo Monteiro Cardoso.

(documento assinado digitalmente)

**Rafael Taranto Malheiros** - Presidente

(documento assinado digitalmente)

**Iágaro Jung Martins** - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Iágaro Jung Martins, Jose Eduardo Dornelas Souza, Luís Ângelo Carneiro Baptista (substituto integral), Eduardo Monteiro Cardoso, Eduarda Lacerda Kanieski, Rafael Taranto Malheiros (Presidente).

## RELATÓRIO

1. Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra decisão da DRJ01, que julgou improcedente a impugnação contra lançamento de ofício relativo ao Imposto de Renda Retido na Fonte sobre Ganho de Capital (IRRF-Ganho de Capital), no valor principal de R\$ 184.179.825,00, acrescido de multa de ofício de 75%.

2. A motivação o lançamento, conforme Relatório Fiscal (fls. 7/20), refere-se ao ganho de capital auferido por não residente, a saber: Iberdrola Energia S.A (Iberdrola), CNPJ 05.470.823/0001-02, domiciliada na Espanha, em decorrência de operação societária de incorporação da Elektro Holding S.A. (Elektro Holding), CNPJ 15.295.139/0001-87, pela Neoenergia em 24.08.2017.

2.1. Antes da operação, a Elektro Holding era uma empresa do grupo Iberdrola espanhol, sendo 100% do seu capital de titularidade de Iberdrola Energia, que por sua vez era 100% pertencente a Iberdrola S/A (Espanha). Já a ora Recorrente tinha seu capital social dividido entre Iberdrola Energia (39%), Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil (PREVI, 49,01%) e BB Banco de Investimento S.A. (11,99%).

2.2. Em 24.08.2017 houve a incorporação da empresa Elektro Holding pela ora Recorrente, com extinção total daquela. Após a incorporação, o controle da Neoenergia (Recorrente) passou a ser assim dividido: Iberdrola Energia (52,45%), PREVI (38,21%) e BB Investimentos (9,35%).

2.3. Em decorrência da operação, as 3.772.000.000 ações de emissão da Elektro Holding de titularidade de Iberdrola Energia foram substituídas pela emissão de 1.654.124.249 ações ordinárias da Recorrente, em uma relação de substituição de 1 para 0,4385271074, conforme Protocolo e Justificação de Incorporação da Elektro Holding pela Neoenergia, celebrado em 07.06.2017. Como consequência, o capital social da ora Recorrente foi aumentado em R\$ 4.595.577.000,00, valor que corresponde ao patrimônio líquido da Elektro Holding em 31.12.2016, conforme Boletim de Subscrição da Ata da Assembleia Geral Extraordinária da Neoenergia S.A., de 24.08.2017.

2.4. A fundamentação para incidência do IRRF é o art. 18 da Lei nº 9.249, de 1995<sup>1</sup>, e para a obrigação de retenção o art. 26 da Lei nº 10.833, de 2003<sup>2</sup>.

3. Em impugnação (fls. 630/698), o sujeito passivo alegou que a operação envolveu a incorporação total entre sociedades brasileiras e resultou na extinção da

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

Elektro Holding e na transferência, por sucessão universal, do seu acervo líquido (com todos os seus ativos e passivos) para a ora Neoenergia, que teve como objetivo de centralizar todas as operações do Grupo Iberdrola no País; que a operação não envolveu qualquer criação de riqueza intragrupo; que há equívoco do lançamento ao equiparar uma operação societária, de sucessão universal, como uma operação de alienação; sob a perspectiva da acionista da sociedade incorporada, não há qualquer alienação, mas a substituição de um investimento como resultado da incorporação, que essa sub-rogação é reconhecida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), conforme Parecer CDT nº 39, de 1981; que o sócio não alienou e tampouco adquiriu sociedade; que o Parecer Normativo CST nº 371, de 1971, concluiu que a incorporação de empresas tem o tratamento de sucessão e não o de extinção do investimento; que a operação teve caráter permutativo; que não é cabível imputação de multa e juros para o contribuinte que observa as normas complementares (art. 100 do Código Tributário Nacional); que é inaplicável a imputação de juros sobre multa de ofício.

4. A DRJ negou provimento à impugnação (fls. 1.266/1.323) por entender que o lançamento observou a legislação vigente; que Iberdrola Energia (Espanha) alienou a pessoa jurídica Elektro Holding, ou seja, transferiu a totalidade do patrimônio líquido dessa companhia (incorporada), em operação de subscrição e integralização do aumento de capital na empresa Neoenergia (incorporadora), recebendo, em contrapartida, em substituição das ações daquela, ações da empresa incorporadora; que a operação é de incorporação de sociedades (art. 227 da Lei nº 6.404, de 1976); que o valor atribuído às ações da Neoenergia recebidas pela Iberdrola Energia (Espanha) foi o valor do patrimônio líquido da Elektro Holding de R\$ 4.595.577.000,00 e que o custo do investimento era de R\$ 3.772.000.000,00, perfazendo um ganho de capital de R\$ 823.577.000,00; que não se verifica no caso sub-rogação, pois após a operação societária não mais persiste identidade de valores e de regime jurídico, visto que os títulos mobiliários se refere a nova sociedade e houve alteração da participação societária; que o conceito de alienação na legislação tributária abrange qualquer modalidade de transparência; que as ações, outrora registradas pelo valor histórico (custo), transferidas pelo valor do patrimônio líquido, resulta em uma diferença (ganho de capital); que a então impugnante, 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 pela pessoa jurídica alienante (residente e domiciliada no exterior); que é inaplicável o Parecer

Normativo CST nº 39, de 1981, pois não há identidade de valor e regime jurídico e, por essa razão, inaplicável o art. 100 do CTN; que deve ser observada a Súmula CARF nº 108 em relação à incidência de juros sobre a multa de ofício; que não é possível a exclusão de multa e juros, pois não houve observância das normas complementares. Subsidiariamente, ainda que se entenda ser operação de incorporação de ações, entendeu a autoridade julgadora de primeira instância que inexistente identidade de regime e valor; que não houve duplicidade de cobrança do imposto em razão da oferta pública inicial de ações, pois se trata de operação (fato jurídico) distinta. A decisão restou materializada com o seguinte Acórdão:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Data do fato gerador: 24/08/2017

REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. ALIENAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DE AÇÕES. DIFERENÇA ENTRE O CUSTO DE AQUISIÇÃO E O VALOR APURADO COM BASE NO PATRIMÔNIO LÍQUIDO - PL. GANHO DE CAPITAL. TRIBUTAÇÃO. CABIMENTO.

Constatada a incorporação de sociedade, com a extinção da incorporada, a subscrição e integralização do aumento de capital na incorporadora mediante a versão do patrimônio líquido da companhia extinta, valor diverso do custo de aquisição ou histórico, sujeita-se à apuração de ganho de capital e respectiva tributação.

Na incorporação de pessoa jurídica, com substituição das ações, não há subrogação legal real, eis que essa pressupõe “substituição de uma coisa por outra com os mesmos ônus e atributos”, ao passo que na incorporação de pessoa jurídica, com substituição de ações, o bem recebido pela pessoa jurídica alienante não ostenta os mesmos atributos do bem que foi entregue. Não há identidade de valor e regime.

A incorporação de pessoa jurídica, com substituição de ações, não configura permuta, pois na permuta não está presente o elemento preço, expresso em moeda, o que impede a caracterização da permuta.

INCORPORAÇÃO E SUBSTITUIÇÃO DE AÇÕES. INEXISTÊNCIA DE IDENTIDADE DE VALOR E REGIME. GANHO DE CAPITAL TRIBUTÁVEL.

Na incorporação de ações ocorre alienação da totalidade de ações ou quotas da pessoa jurídica incorporada na subscrição do aumento de capital da pessoa jurídica incorporadora, não havendo que se falar em ausência de manifestação de vontade da pessoa jurídica alienante. Não é caso de sub-rogação legal real e nem de permuta. A diferença positiva entre a participação que passa a ser detida na incorporadora e a participação antes detida na incorporada constitui ganho de capital tributável.

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 SOCIEDADE 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.

EXCLUSÃO DE MULTA E JUROS DE MORA POR APLICAÇÃO DE NORMA INFRALEGAL. INOCORRÊNCIA.

Somente é cabível a exclusão da imposição de penalidades e da cobrança de juros de mora na hipótese de comprovada aplicação do disposto em normas complementares às leis. A alegada observação de atos infralegais não possui o condão de afastar essa imposição, porque tais normativos não tratam especificamente do caso discutido nos autos e, conseqüentemente, não pode dar suporte à interpretação do art. 135 do RIR/99.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício (Súmula CARF nº 108).

5. Em Recurso Voluntário (fls. 1.332/1.398), a Recorrente repisa os argumentos trazidos na impugnação, em especial de que se trata de incorporação de sociedades (art. 227 da Lei nº 6.404, de 1976) e não de incorporação de ações, fato reconhecido pela autoridade fiscal, portanto incontroverso; que não houve aquisição das ações da Elektro Holding pela Recorrente, mas absorção do acervo patrimonial líquido; que a r. decisão faz reiteradas citações sobre incorporação de ações numa tentativa de confundir o julgador; que o fundamento do lançamento e da r. decisão é de que houve uma alienação patrimonial pela empresa Iberdrola Energia (Espanha) das ações da Elektro Holding, isto é, de que teria havido alienação de ações, sujeitando o acionista não residente à apuração de ganho de capital; que o instituto da incorporação de sociedade é instituto de direito privado, com regras e efeitos jurídicos próprios, que não se confunde com a alienação de ações; que o art. 58, § 6º da IN RFB nº 1.585, de 2015<sup>3</sup>, corrobora o entendimento da Recorrente; que as autoridades lançadora e julgadora ignoraram o fato de que o investimento da Iberdrola Energia (Espanha) segue inalterado, isto é, no exato montante do custo histórico de aquisição da Elektro Holding (R\$ 3.772.000.000,00); que o

<sup>3</sup> 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.

valor de avaliação (R\$ 4.595.577.000,00) e que serviu de referencial para o aumento de capital da Recorrente é irrelevante, pois eventual ganho somente será apurado quando a Iberdrola Energia alienar ações da Recorrente; que os art. 109 e 110 do CTN veda a requalificação dos atos e negócios jurídicos ante a ausência vícios praticados; que não é possível equiparar sucessão universal com alienação efetuada por acionista; que não houve registro de ágio em decorrência das operações; que os Pareceres Normativos CST nº 6, de 1985, e nº 371, de 1971, afastam a qualificação da operação como alienação; que o Acórdão nº 108-07.793, sessão em 12.05.2004, corroboram esse entendimento; que o Protocolo e Justificação de Incorporação da Elektro Energia pela Neoenergia foi firmado pelas sociedades e não pelos respectivos acionistas, isto é, que o ato não decorre de ato de vontade desses; que na operação os acionistas receberam ações da Recorrente em substituição das ações da Elektro Holding (art. 223, § 2º, da Lei nº 6.404, de 1976); que houve sub-rogação, pois houve substituição jurídica de um bem pelo outro, que se revestiu da mesma natureza jurídica, sem qualquer manifestação de vontade do acionista; que a AGE serviu para formatar a vontade da sociedade, que não se confunde com a vontade individual dos sócios; que a incorporação de sociedade, ainda que envolva aumento de capital, não pode ser confundida com operação de aumento de capital; que a propriedade é perdida com a alienação, nos termos do art. 1.275 do Código Civil, e que a alienação acarretará a diminuição de determinado bem do patrimônio, mas que isso não ocorreu no presente caso, pois houve a substituição das ações, em decorrência da sub-rogação real; que não houve alienação das ações para outro patrimônio, pois Iberdrola Energia recebe, em substituição das ações que possuía da sociedade incorporada (Elektro Holding), ações da incorporadora (Recorrente), mas extinção das ações da sociedade incorporada; que a Comissão de Valores Mobiliários concluiu que a incorporação de sociedades não configura alienação e que, analisando a presente operação, concluiu que não resultou em alienação de controle, nos termos do art. 254-A da Lei das S/A; que, em ação judicial promovida pelo Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Energia Elétrica de Campinas, buscando participação nos lucros em razão de Acordo Coletivo, restou consignado em sentença que no caso houve incorporação e não venda de controle acionário; que é inaplicável a IN RFB nº 1.455, de 2014, pois se refere a operação de incorporação de ações; que inexistente renda auferida na operação de incorporação de sociedade nos termos do art. 43 do CTN; que apenas em eventual alienação futura é que se poderia falar em acréscimo patrimonial, que de fato ocorreu em

2019; que a substituição das ações, em decorrência do evento societário de incorporação, tem natureza jurídica de permuta sem torna; que o Parecer PGFN/PGA nº 971, de 1990, ao analisar o momento de tributação do imposto de renda, concluiu que o momento da tributação seria aquele em que ocorreu a venda das ações recebidas em troca; que o Superior Tribunal de Justiça concluiu que fato permutativo não altera o patrimônio líquido do contribuinte (REsp nº 668.378/ES); em caráter subsidiário, ainda que a incorporação de sociedades pudesse ser considerada uma alienação, não restou comprovado que o acionista não residente obteve disponibilidade econômica, visto estar submetido ao regime de caixa (art. 18 da Lei nº 9.249, de 1995, e art. 38 do então Regulamento do Imposto de Renda, Decreto nº 3.000, de 1999 – RIR/99); que esse entendimento foi adotado pelo CARF (Acórdão nº 2202-002.187); que a responsabilidade da Recorrente jamais se materializou, pois a operação de incorporação não envolveu qualquer pagamento, crédito, emprego, remessa ou entrega de rendimentos ou ganhos no exterior; que havia limitação à transferência de ações conforme cláusula 12ª do Acordo de Acionistas, impossibilitando a venda de ações até a oferta pública de ações em 2019, fato que limitava a disponibilidade econômica de renda; que houve pagamento de IRRF quando houve venda de ações em 2019 e que, por essa razão, houve *bis in idem* com o presente lançamento; que o art. 21 da Lei nº 9.249, de 1995, produz efeitos entre as sociedades envolvidas e não aos acionistas; que houve excesso de cobrança ao desconsiderar o IRRF pago em razão da alienação de 29.677.468, que representam 2,45% das ações da Recorrente detida pela Iberdrola Energia; que não é possível cobrar multa de ofício e juros pois a Recorrente observou as normas complementares, nos termos do art. 100 do CTN; que não cabe juros sobre multa de ofício; ao final, requer o provimento do Recurso Voluntário com o consequente cancelamento da exigência.

6. A Fazenda Nacional, em contrarrazões (fls. 1.404/1.456), alega que não deve prevalecer a tese da Recorrente de que incorporação de sociedade não configura hipótese de alienação de ativos, que a autoridade fiscal concluiu que houve uma alienação de ativos, que consistiu na entrega das ações da Elektro Holding (objeto do negócio) para a Neoenergia; que foram considerados os seguintes elementos (i) aquisição das ações da Elektro Holding então pertencentes à Iberdrola Energia pela Recorrente, (ii) forma de pagamento mediante entrega das ações da Elektro Holding, (iii) entrega das ações da Recorrente para Iberdrola Energia, (iv) valor da operação de aquisição das ações apurado conforme laudo de avaliação; que Iberdrola Energia entregou ações de

Elektro Holding na expectativa de receber ações da Neoenergia, fato que demonstra a clara intenção de trocar um ativo por outro com atribuição de valor da operação em valor distinto ao custo de aquisição das ações; que as ações emitidas por Neoenergia representam ganho efetivo para Iberdrola Energia; que o aspecto de relevo é de que existe alienação de um bem e a configuração de acréscimo patrimonial, nos termos do art. 31 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977; que toda a discussão sobre a natureza jurídica da incorporação serve apenas para afastar a atenção do realmente ocorreu; que o lançamento analisou de forma simples e direta os atos praticados e suas consequências, isto é, de que a incorporação da Elektro Holding representou para Iberdrola Energia troca de ativos (ações); que a operação de incorporação de sociedade, nos termos no art. 227 da Lei das S/A, quando resulte em ganho de capital é passível de tributação; que (i) a operação evolve alienação, (ii) que houve ganho de capital e (iii) que o ganho foi realizado; que a transferência patrimonial precede a extinção dos ativos e cronologicamente a incorporação da Elektro Holding; que o esforço da Recorrente em opor o conceito de incorporação ao de alienação encontra óbice no art. 31 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977<sup>4</sup>, que considera extinção como modalidade de alienação; que o art. 3º, § 3º, da Lei nº 7.713, de 1988 (aplicável aos não residentes) estabelece que o conceito de alienação é amplo; que no caso concreto houve estabelecimento de preço na operação, relação de troca e outros elementos característicos da alienação; que o ato decorreu de expressa vontade dos sócios, nos termos dos art. 223 e art. 225, bem como o art. 136, IV, da Lei das S/A; que não se verifica hipótese de sub-rogação real e sequer o art. 223 da Lei da S/A objetiva preservar mesmo regime ou relação jurídica, pois há alteração de relação jurídica (os títulos mobiliários se referem a entidades distintas); que os precedentes citados pela Recorrente não descaracterizam o conceito de alienação, mas abordam o fato de haver ou não mudança de controle societário; que resta evidente o ganho de capital em razão da diferença entre as ações emitidas pela Recorrente e aquelas emitidas por Elektro Holding, nos termos do art. 31 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977; que o art. 21 da Lei nº 9.249, de 1995, não se aplica a apuração de ganho de

<sup>4</sup> Art 31 - Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, inclusive por desapropriação (§ 4º), na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente. (redação original)

Art. 31. Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, inclusive por desapropriação (§ 4º), na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo não circulante, classificados como investimentos, imobilizado ou intangível. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)

capital por parte da investidora, mas regula os ganhos auferidos pela pessoa jurídica incorporada; que não prevalece o entendimento de que não há tributação em operação de permuta, pois o Parecer PGFN nº 1.722, de 2013, faz distinção entre as modalidades de permuta, esclarecendo que apenas as permutas ocorridas no Plano Nacional de Desestatização (PND) e nas permutas de imóvel sem torna não estariam sujeitas a eventual ganho de capital; que há fato gerador do imposto de renda, pois houve disponibilidade econômica e jurídica; cita precedentes do CARF sobre incorporação de sociedade e ganho de capital (Acórdãos nº 1402-004.537 e nº 9101-002.172); que inexistente aplicação de analogia no lançamento ao fundamentar a autuação com base no art. 26 da Lei nº 10.833, de 2006, e art. 21 da Lei nº 8.981, de 1999; que o fato de os registros relativo ao investimento direto de Iberdrola Energia terem permanecido inalterados no Banco Central do Brasil (Bacen) pois tais informações são prestadas pela própria interessada; que os juros e multa são devidos visto que a Recorrente não observou o que determina a legislação tributária. Ao final, pugna a Fazenda Nacional seja negado provimento ao Recurso Voluntário.

7. Em 10.01.2023 foi juntado parecer jurídico de lavra do Professor Luís Eduardo Schoueri (fls. 1.476/1.538), em que apresenta distinções entre os negócios jurídicos incorporação de ações e de sociedades, em especial que sobre (i) aspecto objetivo da transmissão (ações ou patrimônio), (ii) aspecto subjetivo da transmissão (acionista ou incorporada), (iii) efeitos na personalidade jurídica da empresa objeto (permanência ou extinção), (iv) ações da empresa objeto (permanência ou extinção); que o evento incorporação de sociedade não configura evento de alienação de ações, pois é a incorporada (e não seus acionistas) que transmite seu patrimônio; que a incorporação de sociedade não representa para o acionista qualquer alienação; que o art. 26 da Lei nº 10.833, de 2003, não introduz conceito particular de alienação para os residentes no exterior e só pode ser aplicado ao evento de incorporação de ações; que por força do art. 58, § 6º, da IN RFB nº 1.585, de 2015, o custo de aquisição relativo à participação na incorporada deve ser mantido no investimento da incorporadora; que há um deslocamento da posição histórica da RFB e o lançamento, visto que desde a edição do Parecer Normativo Cosit nº 39, de 1981, é o entendimento do Fisco de que não existe alienação na incorporação de sociedades e causa espanto a omissão no Termo de Verificação Fiscal e o argumento de obsolescência desse ato por parte da DRJ, além disso, essa posição foi manifestada na Solução de Consulta Cosit nº 224, de 2014 e em várias

edições do Perguntas e Respostas da RFB sobre o IRPF, razão pela qual deveriam ser excluídos quaisquer valores a título de multa e juros, nos termos do art. 100 do CTN.

8. É o relatório.

## VOTO

Conselheiro **Iágaro Jung Martins**, Relator.

### **Conhecimento**

9. O sujeito passivo foi cientificado da decisão de primeira instância em 04.10.2021, conforme Termo de Ciência por Abertura de Mensagem (fls. 1.329), dessa forma, o Recurso Voluntário protocolizado em 02.11.2021, conforme Termo de Análise de Solicitação de Juntada (fls. 1.331), é tempestivo e, por preencher os demais pressupostos processuais, deve ser conhecido.

### **Mérito**

10. O ponto principal da lide é o determinar se a operação de incorporação de sociedade é espécie do gênero alienação e se eventual mais valia, entre o valor da operação e o custo de aquisição, é fato gerador do imposto de renda, notadamente sobre ganho de capital auferido por não residente.

#### **a) Situação Fática sob Análise**

11. A situação fática pode ser assim resumida:

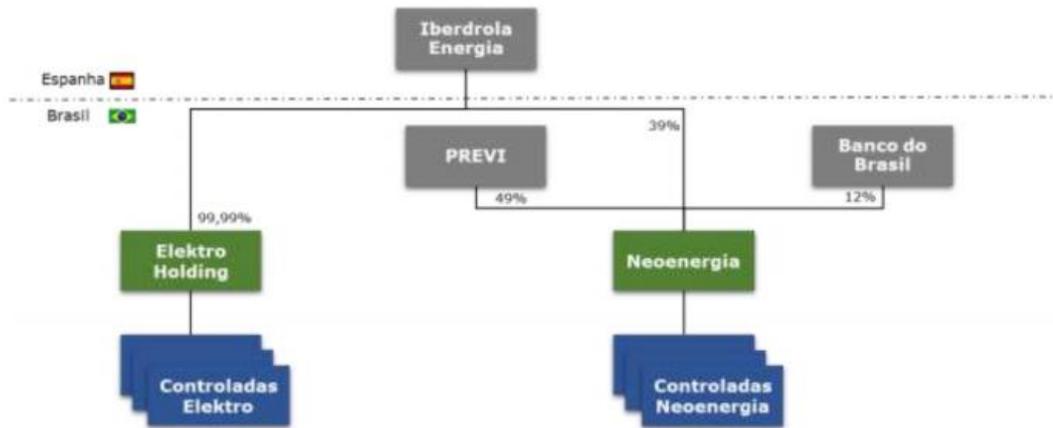
11.1. Iberdrola Energia (Espanha) era detentora de 100% do capital de Elektro Energia (sociedade incorporada pela Recorrente) e 39% de Neoenergia (Recorrente).

11.2. Em 24.08.2017 foi efetuada operação de incorporação de Elektro Energia por Neoenergia, com extinção daquela, fato que fez com que a participação de Iberdrola Energia passasse para 52,45% de Neoenergia (Recorrente).

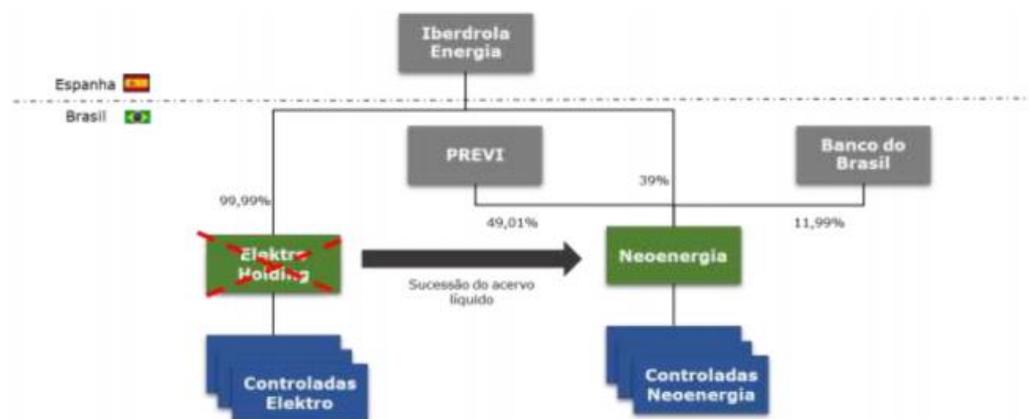
11.3. As ações de Elektro Energia foram substituídas por novas ações de Neoenergia (Recorrente), numa relação de substituição de 1 para 0,4385271074.

11.4. O valor da operação foi atribuído conforme laudo em R\$ 4.595.577.000,00, enquanto o custo das ações de Elektro Energia detidas por Iberdrola era de R\$ 3.772.000.000,00.

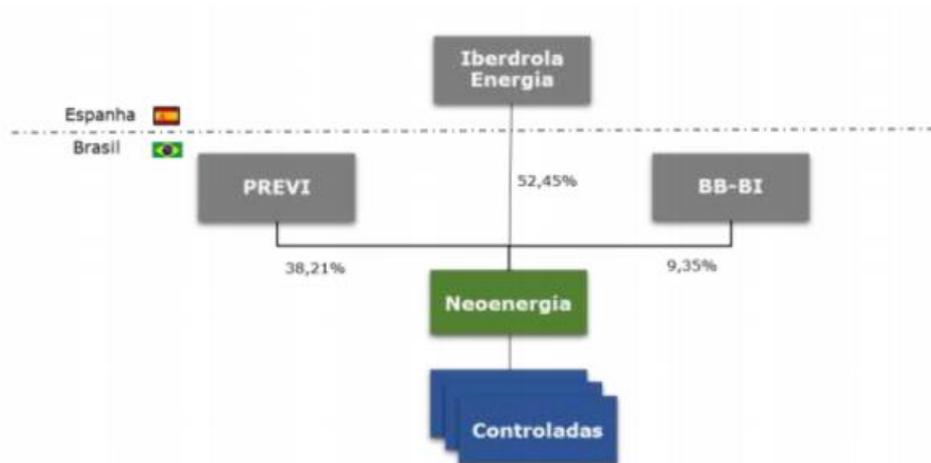
### Situação Anterior o Evento Societário



### Evento Societário



### Situação Posterior ao Evento Societário



### **b) Incorporação de sociedade e alienação de participação acionária**

12. Alega a Recorrente que o instituto da incorporação de sociedade é instituto de direito privado, com regras e efeitos jurídicos próprios, que não se confunde com a alienação de ações e que o art. 58, § 6º da IN RFB nº 1.585, de 2015, corroboraria esse entendimento.

13. Preliminarmente, o 58, § 6º, IN RFB nº 1.585, de 2015<sup>5</sup>, trata de determinação de ganho líquido em mercado à vista de renda variável, fato absolutamente distinto do presente processo, sobretudo porque tal dispositivo parte do pressuposto que as novas ações mantém a mesma relação patrimonial da companhia investida, isto é, pressupõe a existência de fato eminentemente permutativo, onde não se verifica alteração no custo de aquisição do investimento.

14. No caso presente há mudança na relação entre as ações detidas e o patrimônio líquido de referência. Antes do evento societário, as ações se referiam a um investimento de R\$ 3.772.000.000,00, após as ações detidas se referiam a investimento de R\$ 4.595.577.000,00. É evidente que Iberdrola Energia (Espanha) alienou à Recorrente a participação societária que detinha por valor superior ao custo de aquisição, em troca recebeu ações emitidas pela própria adquirente.

15. Essa expressão monetária, positiva sob a ótica da investidora estrangeira, tem característica de ganho de capital, nos termos do art. 23 da IN RFB nº 1.455, de

<sup>5</sup> 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.

2014, que, ao normatizar o IRRF sobre rendimentos pagos, creditados ou empregados de pessoas jurídicas domiciliadas no exterior, esclarece que o ganho de capital é determinado pela diferença positiva entre o valor de alienação e o custo de aquisição.

16. Não deve prevalecer o argumento de que a operação de incorporação ocorreu ao arrepio da vontade dos acionistas, mas de ato volitivo das duas sociedades, ou seja, uma sociedade desejando ser extinta e a outra desejando incorporá-la. A deliberação sobre ocorrer ou não a incorporação de uma companhia é ato privativo da Assembleia Geral de acionistas (art. 122, VIII, da Lei das S/A). A operação não teria ocorrido sem a determinação de Iberdrola Energia (Espanha), cujo interesse na operação foi o de centralizar as atividades de energia em uma única holding no País.

**c) Sub-rogação real ou alienação de participação societária**

17. Argumento subjacente da Recorrente é de que teria havido sub-rogação real.

18. Como se sabe, a sub-rogação real envolve a substituição de uma coisa por outra, de valor equivalente e que preserva a identidade da relação jurídica entre o sujeito e essa nova coisa.

19. Consta evidenciado no presente processo que os valores sobre os quais se estabeleceu a antiga e a nova relação jurídica são distintos, isto é, não se verifica uma das condições da sub-rogação real, como hipótese de substituição do patrimônio anteriormente deslocado.

20. Na situação original, as ações da Elektro Energia constavam como investimento no balanço patrimonial de Iberdrola Energia (Espanha) pelo custo de aquisição, no valor de R\$ 3.772.000.000,00. Após a alegada sub-rogação, houve acréscimo no valor do “bem dado em substituição” (ações da Neoenergia), de tal forma que o investimento passou a ser de R\$ 4.595.577.000,00.

21. Inexiste, igualmente, identidade de relação jurídica, pois a relação do investidor com relação às companhias investidas é diversa. Na primeira (Elektro Energia), o investidor não residente era detentor de 100% do patrimônio líquido e na segunda (Neoenergia), que absorveu o patrimônio daquela, a relação jurídica é distinta, passando de uma participação relevante (39% das ações) para uma posição de controlador (52,45% das ações).

22. Não se verifica, portanto, sub-rogação real pois não existe a preservação da relação jurídica em relação ao patrimônio da empresa extinta. Com o evento societário de incorporação, dá-se a absorção integral do patrimônio da companhia extinta, da tal forma que o patrimônio da incorporadora e da incorporada se confundem, nos termos do art. 227 da Lei das S/A.

23. A Recorrente alega que incorreu alienação, isto é, de que não houve perda da propriedade (art.1.275, I, da Lei nº 10.406, de 2002). Definitivamente não há como concordar com essa afirmação. Iberdrola Energia, era proprietária de 100% das ações emitidas por Elektro Holding e, após o evento societário de incorporação, deixou de ser proprietária desses títulos mobiliários. Nessa operação, recebeu em troca (permuta) ações da Neoenergia.

**d) Entendimento sobre a natureza da operação pela CVM**

24. Sobre o argumento de que a CVM e o Poder Judiciário concluíram que a incorporação de sociedades não configura alienação e que, ao analisarem a presente operação, concluíram não ter havido alienação de controle, nos termos do art. 254-A da Lei das S/A, ressalte-se dois pontos de relevo: o primeiro é de que as conclusões de órgão regulador não vinculam a Administração Tributária, isto é, não têm o condão de alterar a aplicação de norma tributária específica; segundo, como transcrito nos itens 175 e 178 da peça recursal, a análise da CVM e do Poder Judiciário em ação trabalhista se deu sobre a existência de mudança de controle para fins de preponderância nas deliberações societárias.

25. Para que se restabeleça os objetos de análise determinantes para o presente caso, registre-se que a análise da CVM e do Poder Judiciário se deu a partir do evento de alienação das ações da Elektro Holding, do contrário qual a utilidade em se analisar se houve mudança de controle?

26. As referidas decisões, que, diga-se, não vinculam esse julgamento, concluíram, diante de um evento que evoluiu a alienação das ações de Elektro Holding, que o controle societário sobre aquele patrimônio, agora incorporado ao patrimônio de Neoenergia, permaneceu inalterado. Ou seja, a questão de não mudança de controle não tem qualquer relevância para fins de se verificar se houve alienação para fins tributários.

**e) Fato gerador do imposto de renda**

27. Afastada, portanto, as alegações de não ocorrência de alienação, passa-se a análise sobre a hipótese de incidência do imposto sobre a renda, em especial, sobre a ocorrência de acréscimo patrimonial, nos termos do art. 43 do CTN<sup>6</sup>.

28. É fato incontroverso que Iberdrola Energia (Espanha) entregou 100% das ações que detinha da Elektro Holding, adquiridas ao custo de R\$ 3.772.000.000,00 à Neoenergia pelo valor de R\$ 4.595.577.000,00.

29. Neoenergia (Recorrente), por sua vez, entregou ações de sua emissão para Iberdrola Energia, no exato valor das ações recebidas da Elektro Holding (que foram avaliadas pelo valor de mercado), de tal forma que Iberdrola Energia aumentou sua participação societária de 39% para 52,45% em Neoenergia.

30. Considerando apenas a parcela de investimento na Elektro Holding, Iberdrola Energia, após a incorporação daquela por Neoenergia, auferiu variação positiva em seu ativo investimento que, por consequência lógica produziu acréscimo patrimonial, cuja disponibilidade econômica se perfectibilizou ao receber as novas ações de Neoenergia.

31. O aumento do ativo investimento em razão de ter entregue as ações da Elektro Holding por valor superior ao custo de aquisição é situação clássica de proventos de qualquer natureza.

32. Tal fato denota com absoluta segurança as duas condições para ocorrência do fato gerador do imposto de renda, (i) o acréscimo patrimonial e (ii) a disponibilidade econômica, e também jurídica, no presente caso, nos termos do art. 43 do CTN.

#### **f) Permuta e ganho de capital**

33. Sobre não incidir ganho de capital em operação de permuta de ativos sem torna, que no entender na Recorrente ocorreria apenas em eventual venda futura das ações recebidas, conforme entendimento manifestado nos Pareceres PGFN nº 454, de 1992, e PGFN/PGA nº 970, de 1991, cumpre ressaltar que os referidos atos se referem a situação diversa dos autos.

<sup>6</sup> 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.

34. Referidos pareceres tratam dos efeitos tributários no caso de permuta de ativos no âmbito do PND, conforme entendimento expresso no Parecer PGFN/CAT nº 1.722, 2013.

35. Além disso, destaca-se que a permuta que não incide tributação é aquela de caráter exclusivamente permutativo em relação ao patrimônio da investidora.

36. Para deixar claro, reproduz-se excerto do Parecer PGFN nº 454, de 1992, ao citar Henry Tilbery, que fundamenta o entendimento de não tributação nas hipóteses de permuta, pois o racional parte da premissa de que a permuta se dá entre bens no mesmo valor:

13. Na mesma linha de entendimento, Henry Tilbery, dando fundamento doutrinário a posição das autoridades fiscais, diz:

No caso de permuta de um bem por uma pessoa jurídica que **recebe em troca outro bem do mesmo valor, não há diferença de valores a registrar: o novo bem ingressa, no patrimônio da empresa com igual valor ao bem substituído. Portanto, nesta hipótese não ocorreu na permuta nenhum ganho tributável.** E esta é a opinião defendida por José Luiz Bulhões Pedreira, aceita pelo Parecer Normativo CST nº 504/71 no caso de permuta de ações. **Parecer este que expõe claramente a tese de a pessoa jurídica que permutar ações por outras de valor equivalente ao de aquisição das cedidas, por consequência não alterando quantitativamente o patrimônio social,** não estar sujeita à imposição de tributo, ressaltando outrossim que não é o valor das ações negociadas a base de apuração do resultado na transação, e sim o valor de aquisição das por ela cedidas, em confronto com o atribuído as que receba na permuta. No mesmo sentido também o Parecer Normativo CSR nº 213/73 que, no caso de permuta de imóveis, estabelece o princípio que nenhum resultado irá apurar se a pessoa jurídica, pelo bem alienado, receber dinheiro, direitos ou bens de igual valor ao daquele, apurado em seus registros contábeis (custo histórico, mais correção monetária, menos depreciações).

37. Igualmente, por essa mesma razão não se aplica ao caso as razões de decidir do REsp nº 668.378/ES, que parte da premissa de não haver geração de riqueza em operação que não alterou o patrimônio líquido do investidor. No presente caso, como abordado em várias oportunidades nesse voto, Iberdrola Energia (Espanha) auferiu variação patrimonial positiva após o evento de incorporação da sociedade Elektro Holding pela Recorrente.

#### **g) Disponibilidade econômica da renda**

38. A Recorrente defende, ainda, que não houve disponibilidade econômica, visto que o investidor não residente estaria submetido ao regime de caixa (art. 18 da Lei nº 9.249, de 1995).

39. Não assiste razão à Recorrente. A disponibilidade econômica restou configurada quando Iberdrola Energia (Espanha) recebeu as novas ações de Neoenergia em troca das ações da empresa extinta (Elektro Holding), que foram entregues por valor acima do custo de aquisição e nesse momento, por força do art. 26 da Lei nº 10.833, de 2003, nasceu a responsabilidade da Recorrente pelo imposto incidente sobre o ganho de capital auferido pelo não residente.

40. O fato de constar em acordo de acionistas vedação para a venda das ações recebidas por determinado prazo não é razão para negar a existência de disponibilidade econômica, que não se confunde com disponibilidade financeira.

#### ***h) Bis in idem***

41. Igualmente, não merece prosperar a alegação de *bis in idem* em razão do pagamento do IRRF, incidente sobre ganho de capital auferido nas alienações em oferta pública secundária, ocorrida em 2019, pois essa operação é distinta daquela decorrente da operação de incorporação da sociedade, isto é, tratam-se de fatos geradores distintos.

42. Além disso, reforça a não existência do *bis in idem* o fato de que o custo de aquisição das ações alienadas por Iberdrola Energia (Espanha) em 2019 foi majorado (ou deveria ser) após a operação de incorporação, em razão da variação positiva em conta de investimento.

#### ***i) Normas complementares e a exclusão de multa e juros***

43. A Recorrente alega, em caráter subsidiário, ser indevida a cobrança de multa de ofício e de juros, em razão de o procedimento por ela adotado estar em conformidade com as normas complementares expedidas pela Administração Tributária, nos termos do art. 100 do CTN.

44. As normas complementares referidas pela Recorrente são os Pareceres Normativos CST nº 371, de 1971, nº 39, de 1981 e nº 6, de 1985, que reconheceriam que o evento de incorporação de sociedade não configuraria alienação, sujeitando o acionista a apuração de ganho de capital, mas a sucessão universal.

45. Além disso, informa que observou as Soluções de Consulta Cosit nº 224, de 2014, e nº 659, de 2017, e o item 568 do Perguntas e Respostas do IRPF, que qualificam a incorporação de sociedades como evento de sucessão.

46. Embora a autoridade julgadora de primeira instância tenha se manifestado que os entendimentos constantes em pareceres datados de 1971 e 1981 tenham *força vinculante até o presente é deveras questionável*, concluiu o julgador a quo que tais posicionamentos oficiais da Administração Tributária abordam questões pontuais e indiretas.

47. De fato, os referidos pareceres não abordam a situação do caso concreto em todas as suas nuances. O Parecer Normativo CST nº 39, de 1981, por exemplo, parte da premissa de identidade de valor e regime jurídico entre os bens substituídos.

48. Como bem observado na r. decisão, posterior a edição dos referidos pareceres foi editada a Lei nº 7.713, de 1988, que em seu art. 3º, § 3º, evidencia o caráter amplo do verbete alienação para fins tributários:

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

[...] (g.n.)

49. Com relação às Soluções de Consulta, melhor sorte não socorre os argumentos da Recorrente. A Solução de Consulta nº 224, de 2014, trata de incorporação de ações, onde conclui expressamente que, havendo transferência de ações por valor superior ao indicado na declaração de bens da pessoa física, haverá ganho de capital. Por sua vez, a Solução de Consulta Cosit nº 659, de 2017, trata sobre os efeitos de investimentos no processo de adoção inicial dos novos critérios contábeis, instituídos pela Lei nº 12.973, de 2014.

50. Sobre a questão nº 568 do Perguntas e Respostas do IRPF (questão nº 578 no Perguntas e Respostas do IRPF 2022), tem fundamento no Parecer Cosit nº 39, de

1981, e convalida tudo que até aqui foi tratado, isto é, de que a mera substituição de ações, na proporção das anteriormente possuídas, não caracteriza alienação para efeito de incidência do imposto sobre a renda.

51. Uma interpretação mais apressada, pode levar a conclusão de que a substituição de ação não pode configurar alienação. Não é isso. Como referido, a referida resposta tem como fundamento o Parecer Cosit nº 39, de 1981.

52. A expressão alienação constante no referido parecer está vinculada a disciplinar o regime de não incidência do imposto de renda sobre o lucro auferido na alienação de participações societárias efetuada após decorrido o período de cinco anos da data da subscrição ou aquisição, nos termos do art. 40, § 5º, "d", do então RIR/1980, Decreto nº 85.450, 1980.

53. A expressão não alienação deve ser entendida nos exatos termos em que se refere o Parecer Cosit nº 39, de 1981, isto é, naquele momento, antes, portanto da Lei nº 7.713, de 1988, a ocorrência de um evento societário não tinha o condão de reiniciar o termo de início para contagem do termo aquisitivo para isenção. Ou seja, apenas para esse fim, a operação de substituição de ativos não deve ser considerada nova alienação. Transcreve-se o item 4 do referido Parecer:

4. Deduz-se, daí, que o direito obtido em subscrição ou aquisição não se extingue com as citadas operações, mas, ao contrário, mantém-se em relação ao patrimônio que absorveu o primitivo. **Desta forma, as quotas ou ações que venham a substituir títulos de participação societária, na mesma proporção das anteriormente possuídas, não podem ser consideradas "novamente subscritas ou adquiridas", donde dever ser contada como data inicial do quinquênio** aquela indicada no art. 4º, d, do Decreto-Lei nº 1.510/76. (g.n.)

#### ***j) Juros sobre multa de ofício***

54. Por fim, defende a Recorrente que não incidam juros sobre multa de ofício.

55. Quanto à incidência dos juros sobre a multa de ofício decorre de disposição expressa de lei, conforme art. 43 e art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996:

Art. 43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.

Parágrafo único. Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora, calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do

prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

[...]

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

56. No mesma linda, essa matéria, incidência da juros sobre a multa de ofício, restou pacificada no contencioso administrativo com a edição da Súmula CARF nº 108, que possui a seguinte redação:

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

#### **k) Questões finais**

57. Quando à afirmação da Recorrente de que o art. 21 da Lei nº 9.249, de 1995<sup>7</sup>, produz efeitos entre as sociedades envolvidas e não aos acionistas, nenhum reparo a fazer. De fato, tal dispositivo diz respeito a necessária apuração dos resultados da pessoa jurídica objeto de incorporação, fusão ou cisão.

58. Com relação ao Parecer de lavra do Professor Luís Eduardo Schoueri, cujas conclusões são pelo cancelamento do lançamento, juntado ao presente processo em momento posterior a prolação da decisão de primeira instância, que o citou como referência doutrinária para manutenção da exigência fiscal, registre-se que a referida peça foi recepcionada com status de memorial, isto é, como instrumento de apoio ao convencimento do julgador, não se trata, portanto, de peça recursal, razão pela qual não há necessidade de, em seus termos, ser objeto de análise no voto.

<sup>7</sup> Art. 21. A pessoa jurídica que tiver parte ou todo o seu patrimônio absorvido em virtude de incorporação, fusão ou cisão deverá levantar balanço específico para esse fim, observada a legislação comercial. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)

§ 1º O balanço a que se refere este artigo deverá ser levantado até trinta dias antes do evento.

§ 2º (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014)

§ 3º (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014)

§ 4º A pessoa jurídica incorporada, fusionada ou cindida deverá apresentar declaração de rendimentos correspondente ao período transcorrido durante o ano-calendário, em seu próprio nome, até o último dia útil do mês subsequente ao do evento.

59. Ainda sobre o referido Parecer, embora aborde argumentos trazidos pela Recorrente sob outros prismas, a matéria de fundo é a mesma, isto é, no sentido de desqualificar a ocorrência de alienação e ganho de capital, argumentos refutados no presente voto.

60. Registre-se ainda que o acréscimo patrimonial auferido pela Iberdrola Energia (Espanha), em razão da variação positiva em conta de investimento, está sujeita à tributação na Espanha, ou seja, a não tributação do ganho de capital no País, resultará na indevida transferência de integralidade da base tributária para outra jurisdição, visto que, por força do art. 23 da Convenção destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda firmada com aquela jurisdição, Promulgada pelo Decreto nº 76.975, de 1976, o imposto pago no Brasil poderá ser compensado junto ao Fisco Espanhol.

### **Dispositivo**

61. Diante de todo o exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para considerar a Recorrente como responsável pelo pagamento do IRRF sobre ganho de capital auferido por não residente, nos termos do art. 18 da Lei nº 9.249, de 1995 e do art. 26 da Lei nº 10.833, de 2003.

(documento assinado digitalmente)

**lágaro Jung Martins**

## **DECLARAÇÃO DE VOTO**

Conselheiro **Eduardo Monteiro Cardoso**

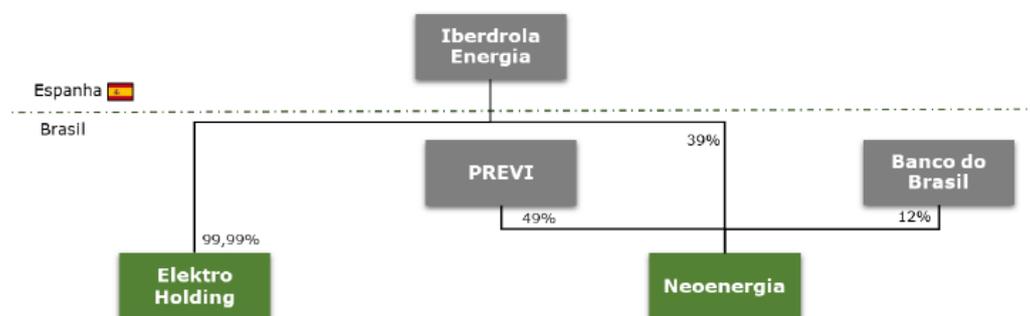
Após o voto do Ilmo. Relator, Cons. lágaro Jung Martins, pedi vista dos autos para melhor examinar a questão.

Como bem relatado, trata-se de Auto de Infração (fls. 3/6) lavrado para exigir IRRF relativo a fato gerador de 24/08/2017, por falta de retenção sobre ganho de capital auferido por

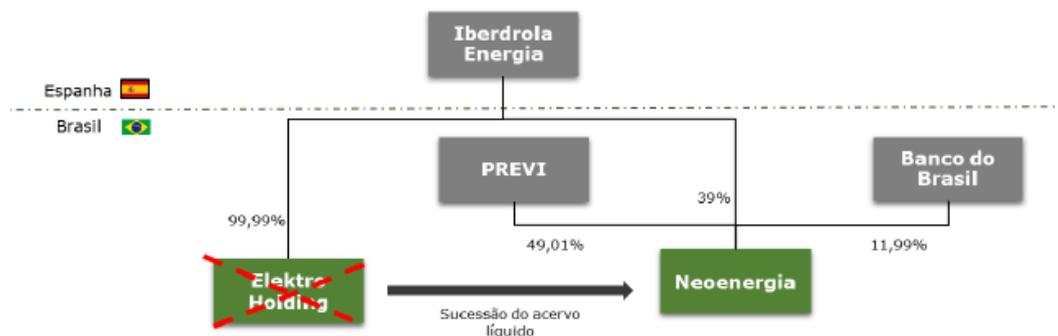
pessoa jurídica domiciliada no exterior. O tributo cobrado foi acrescido de juros de mora e multa de ofício, sem qualificação.

Os fatos apurados que deram origem à autuação podem ser sintetizados da seguinte forma:

- (i) A ELEKTRO HOLDING era pessoa jurídica do grupo espanhol Iberdrola, com 100% (cem por cento) do seu capital social de titularidade de IBERDROLA ENERGIA, domiciliada na Espanha. A Recorrente NEOENERGIA, por sua vez, tinha capital social dividido entre IBERDROLA ENERGIA (39%), CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL – PREVI (49,01%) e BB BANCO DE INVESTIMENTO S.A. (11,99%). Veja-se a composição societária:



- (ii) Em 2017, decidiu-se pela incorporação da ELEKTRO HOLDING pela Recorrente NEOENERGIA, com Protocolo de Incorporação formalizado em 07/06/2017:



- (iii) Diante da incorporação, a ELEKTRO HOLDING foi extinta, sendo que as 3.772.000.000 ações de sua emissão foram substituídas por 1.654.124.249 ações da Recorrente NEOENERGIA, com relação de substituição mencionada no Protocolo de Incorporação;
- (iv) O patrimônio líquido da ELEKTRO HOLDING teria sido avaliado em R\$ 4.595.577.000,00, que estaria de acordo com o relatório aprovado por consultoria independente (fls. 454). Este mesmo montante resultou no aumento do capital social da Recorrente NEOENERGIA, conforme Boletim de Subscrição citado pela Fiscalização (fls. 1.271), mediante emissão de novas

ações subscritas “por meio da versão do patrimônio líquido da ELEKTRO HOLDING”, que passaram a ser titularizadas pela IBERDROLA ENERGIA;

- (v) A Fiscalização entendeu que haveria ganho de capital da IBERDROLA ENERGIA na diferença entre esse montante (R\$ 4.595.577.000,00) e o custo de aquisição das ações da Elektro Holding (R\$ 3.772.000.000,00), nos termos do art. 18 da Lei nº 9.249/1995. Ainda, nos termos do art. 26 da Lei nº 10.833/2003, caberia à Recorrente NEOENERGIA, enquanto “adquirente/incorporadora”, realizar a retenção do imposto devido.

Os fatos destacados não são controvertidos nos autos. Discute-se a qualificação jurídica empregada sobre eles, resultando ou não na exigência do IRRF.

Inicialmente, o ponto controvertido diz respeito à aplicação do art. 18 da Lei nº 9.249/1995, segundo o qual “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”. Este dispositivo, ao se valer da expressão “residentes no País”, acabou por equiparar o regime do ganho de capital da pessoa física não residente e da pessoa jurídica domiciliada no exterior ao **tratamento das pessoas físicas residentes no Brasil**, o que foi consolidado pela própria Receita Federal na Instrução Normativa SRF nº 208/2002, em seu art. 26,<sup>8</sup> conforme manifestado na Solução de Consulta Disit/SRRF08 nº 79/2007. Nesse sentido:

GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA NO PAÍS. PESSOA JURÍDICA ALIENANTE DOMICILIADA NO EXTERIOR. REGRAS DE CUSTO DE AQUISIÇÃO. APORTES DE CAPITAL PELA INVESTIDORA. **Para apuração do ganho de capital auferido pelas pessoas jurídicas não residentes**, na alienação de participação societária de investidas no Brasil, adquiridas por pessoa jurídica residente País, **aplicam-se as mesmas regras que disciplinam a tributação de pessoas físicas, a teor do disposto na legislação tributária específica sobre operações dessa natureza**. O valor do ganho de capital é obtido pela diferença entre o preço de alienação e o custo de aquisição comprovado, em moeda estrangeira, nos termos da legislação de regência. (Acórdão nº 1101-001.297, Rel. Cons. Jeferson Teodorovicz, Sessão de 13/05/2024)

A conclusão mencionada acima é absolutamente relevante porque a legislação brasileira trata de forma diversa o ganho de capital das pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil e das pessoas físicas aqui residentes. No primeiro caso, aplica-se o art. 31 do Decreto-lei nº 1.598/1977, segundo o qual “serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, inclusive por desapropriação (§ 4º), na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo não circulante, classificados como investimentos, imobilizado ou intangível.” Há, portanto, referência expressa na legislação à exigência de IRPJ sobre ganho de capital decorrente

<sup>8</sup> 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.

de *alienação, baixa ou liquidação*. Já no segundo caso o tratamento legal do ganho de capital está previsto no art. 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/1988, com a seguinte redação:

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

Assim, no caso das pessoas físicas residentes no Brasil, o ganho de capital está circunscrito às “operações que importem *alienação*”, sem referência à *baixa ou liquidação*.

Tal distinção, como mencionado, é essencial. No primeiro caso – envolvendo pessoa jurídica domiciliada no Brasil –, não se discute a necessidade de pagamento do ganho de capital na incorporação de sociedades, pois há verdadeira *baixa* das ações detidas na incorporada, que são trocadas pela participação societária na incorporadora. Nesse sentido, o Acórdão nº 1402-004.537 (Rel. Cons. Paulo Mateus Ciccone, Sessão de 11/03/2020), citado pela PGFN em suas Contrarrazões, entendeu pela necessidade de pagamento de ganho de capital em situação semelhante de incorporação de sociedade – inclusive realizando a distinção dessa operação com a incorporação *de ações* –, mas o fez à luz do art. 31 do Decreto-lei nº 1.598/1977. Veja-se a ementa daquele julgado e trechos do voto do Relator que bem explicam a sua fundamentação:

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADES. GANHO DE CAPITAL. TRIBUTAÇÃO. CABIMENTO. Constatada a incorporação de sociedade, com a extinção da incorporada, a subscrição e integralização do aumento de capital na incorporadora mediante a versão do patrimônio líquido da companhia extinta sujeita-se à apuração de ganho de capital e respectiva tributação. [...]

Penso que a incorporação de sociedades – lembrando que é disto que aqui se cuida – traz consigo, quando concretizada, alguns aspectos que afetam não apenas as relações comerciais entre as partes, mas, também, a esfera pública, no caso pela possível exigência de tributos que venham a incidir sobre o que resultar do evento.

No caso, é fato incontroverso, a recorrente possuía investimentos na empresa WTORRE PROPERTIES avaliado em R\$ 103.167.769,52 (este valor, segundo a recorrente seria R\$ 249.687.186,62 e sobre isso se falará quando da análise do Recurso de Ofício) e, após sucessivos eventos societários, inclusive com a extinção desta pessoa jurídica pela incorporação, passou a ter um NOVO investimento, agora representado por ações da BR PROPERTIES, no montante de R\$ 613.675.710,00.

Em claras palavras, extinguiu-se o investimento na WTORRE PROPERTIES(depois, ONE PROPERTIES) e **surgiu outro, não por sub-rogação de direitos, mas por realização, via extinção.** [...]

Bom registrar ainda que, qualquer que seja o nomen júris que se venha a adotar (alienação, permuta, extinção ou liquidação de investimentos), todos eles podem gerar eventuais ganhos ou perdas de capital, conforme consta do art. 418, do RIR/99.

Em suma, com a incorporação e, por corolário, extinção de bem do ativo permanente da sociedade incorporada, surge o ganho de capital a ser adicionado à base de cálculo do IRPJ, em observância à disposição contida no art. 418, §1º, do RIR/99, com supedâneo legal no art. 31 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977.

Diferentemente daquele precedente, aqui se está a tratar de pessoa jurídica domiciliada no exterior, cujo regime de tributação do ganho de capital é o do art. 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/1988, que não faz referência à baixa ou liquidação de bens, mas tão somente à sua *alienação*. A referência à *alienação* também é expressa no art. 26 da Instrução Normativa SRF nº 208/2002.

Resta saber, portanto, se há verdadeira alienação na incorporação *de sociedade*. E é neste ponto que me parece ter ocorrido certa confusão nestes autos na comparação dessa categoria com a incorporação *de ações*, operações societárias que, apesar de terem traços semelhantes, não se confundem.

De acordo com o art. 227 da Lei nº 6.404/1976, a incorporação de sociedade é a “operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.” Como explica NELSON EIZIRIK, “em decorrência da incorporação, a sociedade incorporada desaparece e o seu patrimônio é incorporado à sociedade incorporadora, que realiza um aumento de capital a ser subscrito com a versão do patrimônio da incorporada.”<sup>9</sup> A incorporadora *sucede* a incorporada de forma universal, em todos os seus direitos e obrigações.

Já na incorporação de ações, prevista no art. 252 da Lei nº 6.404/1976, uma sociedade anônima é convertida em subsidiária integral de outra companhia brasileira. Neste caso, não ocorre a extinção da companhia “incorporada”, que subsiste integralmente de forma plena. Por isso, não há transmissão do seu patrimônio para a “incorporadora”. Veja-se a explicação doutrinária:

A primeira diferença fundamental entre as operações de incorporação de sociedades e incorporação de ações é que nas primeiras há a extinção da sociedade incorporada, enquanto na segunda a subsidiária integral mantém intacta sua personalidade jurídica e seu patrimônio, continuando responsável pela solução de todas as suas obrigações. Não há, assim, na incorporação de ações,

<sup>9</sup> EIZIRIK, Nelson. Incorporação de Ações: Aspectos Polêmicos. In: WARDE JR., Walfrido Jorge. *Fusão, cisão, incorporação e temas correlatos*. – São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 82.

transferência de patrimônio de uma sociedade para outra, mas da totalidade das ações de uma companhia para a outra, permanecendo a subsidiária integral como pessoa jurídica independente, sem que ocorra a sucessão de direito e obrigações entre as sociedades envolvidas. Na incorporação de ações, portanto, a unificação se dá apenas do ponto de vista econômico e social, porque a companhia cujas ações são incorporadas continua a existir como subsidiária integral, sem que haja uma integração jurídica dos seus patrimônios.<sup>10</sup>

A partir desses esclarecimentos, conclui-se que, na incorporação de ações, o acionista da incorporada transmite as suas ações para a incorporadora, recebendo em troca participação acionária desta última. A incorporada continua existindo, compondo um patrimônio juridicamente separado da incorporadora. Já na incorporação de sociedades, a incorporada é extinta. O recebimento das ações da incorporadora, neste caso, é um mero reflexo da integração patrimonial ocorrida, tendo em vista a sucessão universal de direitos e obrigações. Vale transcrever, também, o item 2.1 do Parecer Normativo CST nº 6/1985, em sentido semelhante:

2.1. Segundo entendimento consagrado em atos normativos da Secretaria da Receita Federal, nos casos de incorporação, fusão e cisão não acontece descontinuidade na vida das empresas, tendo em vista que as obrigações tributárias das sucedidas continuam a ser cumpridas pelas sucessoras, como se não houvesse alteração nas firmas ou sociedades. Não há, a rigor, baixa de bens e direitos de um patrimônio e ingresso em outro, mas, sim, a transposição de patrimônio de uma para outra pessoa jurídica, que sucede a primeira nos direitos e obrigações. Ante isso, é inaplicável as disposições do art. 18 do Decreto-Lei nº 2.065/83 nos casos de incorporação, fusão e cisão.

Os efeitos tributários das duas situações também não se confundem. Na incorporação de ações há efetiva transferência das ações da incorporada para a incorporadora, caracterizando alienação tratada no art. 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/1988, conforme já entendeu a Receita Federal na Solução de Consulta Cosit nº 224/2014:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

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

Na operação de incorporação de ações, a transferência destas para o capital social da companhia incorporadora caracteriza alienação cujo valor, se superior ao indicado na declaração de bens da pessoa física que as transfere, é tributável pela diferença a maior, como ganho de capital, na forma da legislação.

Porém, a mesma Solução de Consulta Cosit nº 224/2014 tratou de diferenciar a incorporação de ações da incorporação de sociedade, em linha semelhante ao que mencionamos acima:

<sup>10</sup> CORRADINI, Luiz Eduardo Malta. Relação de substituição de ações em operações de incorporação e incorporação de ações (2014). Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

24. Cabe ressaltar que a operação de incorporação de ações diferencia-se da incorporação de sociedades, também prevista na Lei nº 6.404, de 1976: [...]

25. Com efeito, na incorporação de sociedade ocorre a extinção da personalidade jurídica da companhia incorporada, cujos direitos e obrigação sub-rogam-se à pessoa jurídica incorporadora. Concentram-se nesta, portanto, todos os aspectos jurídicos e patrimoniais atinentes à pessoa jurídica extinta.

**26. Por tal motivo, não cabe aplicar o mesmo tratamento tributário a ambas as figuras – incorporação de companhias e incorporação de ações.**

27. De modo que a Pergunta/Resposta nº 556 do “Perguntas e Respostas do IRPF 2013”, mencionada pelo consulente, que tem por base o Parecer Normativo CST nº 39, de 19 de outubro de 1981, emitido pelo Coordenador do Sistema de Tributação, cuida exatamente dessa substituição de ações na hipótese de fusão, cisão ou incorporação de sociedades, e não da operação societária de incorporação de ações.

28. Portanto, por tratarem de matérias distintas, não há conflito entre o art. 23 da Lei nº 9.249, de 1995, e a resposta à Pergunta nº 556.

Ou seja, a incorporação de sociedade está sujeita a um outro regramento fiscal, notadamente o Parecer Normativo CST nº 39/1981. Sobre este diploma normativo, vale transcrever a análise de GUSTAVO LIAN HADDAD:<sup>11</sup>

#### **5.4. Perspectiva dos acionistas da transferente – sucessão de atributos e custo de aquisição**

A qualificação jurídica de sucessão, e não de alienação, dos elementos patrimoniais transferidos também tem reflexos no regime aplicável aos sócios ou acionistas da sociedade incorporada, fundida ou cindida, que recebem participação societária na sucessora (Receptora) em substituição à participação que detinham na sucedida (Transferente).

O Parecer Normativo CST n. 39, de 10 de outubro de 1981, bem qualifica a situação, atribuindo-lhe os respectivos efeitos.

Aponta o Parecer, com apoio em Pontes de Miranda, que nas incorporações e fusões *há persistência do vínculo social, e a finalidade da lei, ao regulá-las, foi a de evitar solução de continuidade que abrisse abismo entre o ontem e o hoje, e implicam que se admitam na sociedade incorporante ou fundente os acionistas ou sócios da sociedade incorporada ou fundida* (item 2.1).

Explica que o fenômeno se opera em relação à substituição das participações societárias dos sócios e acionistas da sucedida é o da subrogação de universalidades. Por outras palavras, um bem fica no lugar de outro, juridicamente, sem que o patrimônio, ou os patrimônios, tenham deixado de ser,

<sup>11</sup> HADDAD, Gustavo Lian. Realização da Renda em Reestruturas Societárias. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maio da (Coords.). Direito tributário: princípio da realização no imposto sobre a renda – estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira. - São Paulo: IBDT, 2019, 381-390.

em qualquer momento, universalidades, como ocorre nos casos mencionados de fusão, incorporação e cisão.

Termina por concluir com o entendimento de que as quotas ou ações recebidas em substituição não podem consideradas “novamente” adquiridas ou subscritas, pelo que sua data de aquisição original deve ser mantida para todos os fins, inclusive para gozo do benefício fiscal então examinado previsto no art. 4º, *d*, do Decreto-lei n. 1.510/76.

Embora o benefício fiscal referido não mais esteja em vigor, o raciocínio formulado na referida manifestação fazendária é adotado para fundamentar a posição de que a substituição das ações ou quotas detidas pelo sócio ou acionista na pessoa jurídica fundida, incorporada ou cindida não deve ser considerada alienação, afastando-se o reconhecimento de ganho de capital pela pessoa física ou não-residente.

Ademais, como decorrência lógica do fenômeno da sucessão, o acionista pessoa física (ou não residente, ao qual se aplica por remissão o regime de ganho de capital das pessoas físicas residentes) deve manter o mesmo custo de aquisição da participação original, fenômeno conhecido como *carry over* ou *roll over* no direito comparado.

Este entendimento vem sendo repetidamente manifestado pela administração fiscal no chamado “Perguntas e Respostas”, publicado anualmente para auxiliar os contribuintes na elaboração da declaração de rendimentos da pessoa física.

Por fim, vale transcrever também a resposta nº 568 do Perguntas e Respostas relativo ao IRPF do ano-calendário de 2017, época dos fatos considerados pela Fiscalização:

568 — 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.

Deste modo, o custo de aquisição deve ser mantido e devidamente aplicado quando da alienação da participação societária – o que, segundo a Recorrente, ocorreu em 2019. É neste momento que eventualmente poderia ter sido cobrado a diferença caso a Recorrente aplicasse como custo para fins de apuração do ganho de capital eventual montante majorado após a realização da operação societária de incorporação.

Diante do exposto, entendendo que não há que se falar em alienação na hipótese descrita nos autos, concluo por dar provimento ao Recurso Voluntário, para cancelar o Auto de Infração.

*Assinado Digitalmente*

**Eduardo Monteiro Cardoso**