



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	15746.722551/2022-03
RESOLUÇÃO	3301-002.029 – 3ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	15 de outubro de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	NOVA ENERGIA TRADING LTDA
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Conversão do Julgamento em Diligência

RESOLUÇÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do relator.

Assinado Digitalmente

Paulo Guilherme Deroulede – Presidente e Relator

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Marcio Jose Pinto Ribeiro, Bruno Minoru Takii, Vinicius Guimaraes (substituto[a] integral), Rachel Freixo Chaves, Keli Campos de Lima, Paulo Guilherme Deroulede (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de Autos de Infração de PIS e Cofins, relativos ao ano-calendário de 2018, com aplicação de multa de 75%, em razão das seguintes infrações:

I – Tributação indevida do PIS e Cofins no regime não-cumulativo, em razão de opção efetuada pela tributação no Regime Especial de que trata o art. 47 da Lei nº 10.637/02;

II - Créditos Não Cumulativos Apropriados Indevidamente, em razão da inexistência de propósito comercial nas operações realizadas entre a atuada (TRADING) e sua controladora (COMERCIALIZADORA), bem como por ser vedada a apropriação de créditos de aquisição de energia elétrica para revenda, vinculados a vendas sujeitas à tributação cumulativa do regime especial;

III – Exclusão de exposição negativa apurada no MCP da base do regime não cumulativo em dezembro/2018.

Em impugnação, a recorrente alega, resumidamente:

1. Em preliminar, que houve nulidade do lançamento em razão de erro de identificação do sujeito passivo;

2. No mérito:

a. A existência de propósito negocial e a legitimidade das operações;

b. A não obrigação à apuração do PIS/Cofins no regime especial de que trata o artigo 47 da Lei nº 9430/96;

c. A comunicação de não opção pelo regime especial foi realizada por meio das obrigações acessórias – DCTF;

d. Houve lançamento em duplicidade de PIS/Cofins para os meses de janeiro e fevereiro/2018;

e. A possibilidade de aproveitamento de créditos da não-cumulatividade, mesmo estando sujeita à apuração pelo regime especial;

f. Apuração incorreta da base de cálculo em vários meses de 2018, pois a recorrente obteve resultado positivo sujeito à tributação apenas em maio, julho, agosto e novembro de 2018);

g. A exclusão do resultado negativo em dezembro/2018 ocorreu por equívoco da CCEE, reconhecido pela fiscalização, o que não configura receita tributável;

h. Subsidiariamente, a necessidade de compensação dos valores recolhidos pela Nova Comercializadora;

i. O restabelecimento do crédito glosado na aquisição no mercado interno;

j. Necessidade de reconhecimento do crédito de aquisição de energia pela Nova Comercializadora nas operações com a impugnante.

A DRJ proferiu o Acórdão nº 105-012.243, julgando improcedente a impugnação, com a seguinte ementa:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins Período de apuração: 01/01/2018 a 31/12/2018

PESSOA JURÍDICA INTEGRANTE DO CCEE. REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO. OPÇÃO PELO REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO. DESISTÊNCIA.

A vinculação da optante à sistemática de apuração descrita no art. 47 da Lei nº 10.637, de 2002, é obrigatória para as receitas correlatas a partir do mês seguinte ao da opção. Adicionalmente, a desistência do regime pode ser exercida a

qualquer tempo e produz efeitos a partir do mês subsequente ao de sua comunicação à RFB.

RESULTADO NEGATIVO. MCP. REGIME CUMULATIVO. REGIME NÃO CUMULATIVO.

O contribuinte optante pelo Regime Especial de Tributação, previsto no art. 47 da Lei nº 10.637, de 2002, tributa no regime cumulativo a receita bruta apurada no Mercado de Curto prazo e não pode incluir o resultado negativo apurado nesse mercado na base de cálculo das receitas dos contratos bilaterais que se submetem ao regime não cumulativo.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep Período de apuração: 01/01/2018 a 31/12/2018 PIS E COFINS. LANÇAMENTO. IDENTIDADE DE MATÉRIA FÁTICA.

DECISÃO MESMOS FUNDAMENTOS.

Aplicam-se ao lançamento da Contribuição para o PIS as mesmas razões de decidir aplicáveis à Cofins quando ambos os lançamentos recaírem sobre idêntica situação fática.

Impugnação Improcedente Crédito Tributário Mantido .

Irresignada, em 08/04/2024, a recorrente interpôs recurso voluntário alegando, reiterando as alegações deduzidas em impugnação.

Em 23/09/2024, peticionou, juntando Laudo Técnico com o comparativo entre a tributação pela sistemática não-cumulativa e pelo Regime Especial do MAE e reiterou a legitimidade de sua opção pelo regime não-cumulativo.

Em 06/11/2024, peticionou, novamente, juntado Parecer Jurídico acerca da validade da teoria do propósito negocial e quanto à validade de saída do Regime Especial do MAE.

Por fim, em 02/12/2024, a recorrente juntou os memoriais aos autos.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Erro! Fonte de referência não encontrada.**, Relator.

A recorrente tomou ciência do Acórdão de Impugnação em 20/03/2024 e interpôs a peça recursal em 08/04/2024, sendo, portanto, tempestiva e dela conheço e passo a apreciá-la.

NULIDADE DO LANÇAMENTO EM RAZÃO DO ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO

A recorrente pugna pela nulidade do lançamento por erro de identificação do sujeito passivo, devendo todos os efeitos das operações entre a recorrente e a Nova Comercializadora serem desconsiderados e não apenas os créditos aproveitados, mas também os débitos incidentes sobre as receitas tributadas.

A análise deste ponto demanda a apreciação da ausência ou não de propósito comercial nas operações efetuadas.

Inicialmente, a recorrente alega que a teoria da ausência de propósito comercial não se aplicaria ao direito tributário pátrio. Contudo, não me parece ser esta a orientação jurisprudencial da Suprema Corte nem do STJ, senão vejamos:

RE 635443/ES

EMENTA Recurso extraordinário. Repercussão geral. Direito Tributário.

PIS/COFINS. Incidência sobre a receita ou o faturamento. Sistema FUNDAP/ES. Importação por conta e ordem de terceiros. Base de cálculo. Receita auferida com a intermediação. Especificidades fáticas do caso concreto. Revenda das mercadorias importadas. Impossibilidade de se rever o entendimento do tribunal de origem. Incidência da Súmula nº 279/STF.

1. Considerada a estruturação de operações de importação, cujo desembaraço aduaneiro ocorre em estados federados que, por questões geográficas e logísticas, concentram as zonas alfandegárias primárias, o Tribunal tem considerado relevante a indagação de quem foi o importador, a pessoa efetivamente responsável pelo negócio jurídico que subsidiou a operação que trouxe os produtos ao território nacional.

2. Conquanto o regime do FUNDAP e os pressupostos de incidência do ICMS sejam matérias de competência estadual que não interferem na incidência do PIS e da COFINS, tributos de competência da União, as orientações da Corte acerca do propósito comercial que subsidiou a operação de importação de bens ou mercadorias ao território nacional também são determinantes na análise do pressuposto de fato necessário à ocorrência do fato gerador dessas contribuições.

3. O regime de importação por conta e ordem de terceiro, no contexto do sistema FUNDAP, foi agasalhado pela legislação federal. Nos termos da MP nº 2.158-35/01, nas operações de importação realizadas no âmbito do FUNDAP, a incidência do PIS e da COFINS poderá se dar sobre o valor da prestação de serviços - na importação por conta e ordem de terceiros - ou sobre o valor total da importação, que representará o faturamento do adquirente - na importação em nome próprio.

4. Se a importadora é contratada para prestar o serviço de importação por conta e ordem de terceiros (clientes), figurando explicitamente como consignatária nos pertinentes documentos de importação, não efetuando, assim, operação de venda, a base de cálculo da COFINS e do PIS será a receita auferida com os serviços de intermediação comercial e de outras prestações de serviços efetivadas para o contratante.

5. O tribunal de origem foi categórico na assertiva de que a empresa importadora aderente ao sistema FUNDAP emitiu nota fiscal representativa de revenda das mercadorias importadas, fato que não se ajusta ao chamado contrato de

consignação. A situação fática soberanamente firmada pelo tribunal de origem realmente não se ajusta à importação por conta e ordem de terceiro. Verificar, no caso concreto, se a recorrente operou ou não por meio desse tipo de contrato ou mesmo se revendeu ou não as mercadorias importadas importaria no revolvimento do conjunto fático e probatório dos autos, providência vedada em sede de apelo extremo, a teor da Súmula nº 279/STF.

6. Recurso extraordinário não provido, propondo-se a seguinte redação para a tese da repercussão geral do tema nº 391:

"É infraconstitucional, e sobre ela incide a Súmula nº 279/STF, com aplicação dos efeitos da ausência de repercussão geral, a controvérsia relativa à base de cálculo da COFINS e do PIS na importação feita no âmbito do sistema FUNDAP quando tal controvérsia for fundada na análise dos fatos e das provas que originaram o negócio jurídico subjacente à importação e no enquadramento como operação de importação por conta e ordem de terceiro de que trata a MP nº 2.158-35/2001."

Excerto:

"No que se refere às operações de importação de bens ou mercadorias no contexto do sujeito ativo do ICMS-importação, a orientação da Corte é a de que, no texto constitucional, não há o propósito de se privilegiar, com o ICMS-importação, os estados onde há concentração de zonas alfandegárias primárias. No julgamento do RE nº 405.457/SP, Rel. Min.

Joaquim Barbosa, por exemplo, a Segunda Turma examinou caso em que a mercadoria foi importada por estabelecimento situado em Curitiba(PR), desembarcada em Santos (SP) e entregue diretamente a outro estabelecimento de importador situado em São Paulo (SP.) O Relator destacou não ser possível "considerar juridicamente válida a estruturação de operações que não se justificam em seu propósito negocial". Na ocasião, concluiu a Turma que o imposto seria devido ao estado onde estivesse "situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário jurídico do bem, pouco importando se o desembaraço ocorreu por meio de ente federativo diverso"

[...]

Vide, portanto, que o Tribunal tem considerado relevante indagar, para definir o sujeito ativo do ICMS-Importação, levando-se em conta o propósito negocial, quem foi a "pessoa efetivamente responsável pelo negócio jurídico que subsidiou a operação que trouxe os bens ou as mercadorias ao território nacional".

No que se refere à incidência do PIS e da COFINS, tributos de competência da União, as orientações da Corte acerca do propósito negocial que subsidiou a operação que trouxe bens ou mercadorias ao território nacional também são determinantes na análise do pressuposto de fato necessário à ocorrência do fato gerador dessas contribuições."

O STJ também já abordou a matéria nos seguintes julgados:

REsp 1.925.205/SC

RECURSO ESPECIAL Nº 1.925.025 - SC (2021/0059796-5)EMENTA PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA - IRPJ. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL. COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZO FISCAL E BASE DE CÁLCULO NEGATIVA. APLICAÇÃO DOS LIMITES DE 30%, DOS ARTS. 15 E 16, DA LEI N. 9.065/95 E ARTS. 42 E 58, DA LEI N. 8.981/95 TAMBÉM PARA EMPRESAS EXTINTAS (INCORPORAÇÃO, FUSÃO, CISÃO) SOB PENA DE VIOLAÇÃO INDIRETA (FRAUDE À LEI) AO ART. 33, DO DECRETO-LEI N. 2.341/87.

1. A empresa contribuinte, ciente da regra jurídica cogente proibitiva consistente na vedação da utilização dos prejuízos fiscais prevista no art. 33, do Decreto-Lei n.

2.341/87 ("art. 33. A pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão não poderá compensar prejuízos fiscais da sucedida"), objetiva provimento declaratório para o aproveitamento integral dos prejuízos fiscais de IRPJ e bases negativas de CSLL, afastando-se os efeitos dos art. 42 e 58 da Lei 8.981/95, com redação dada pela Lei nº 9.065/95, quando de sua futura extinção (por incorporação, fusão ou cisão).

2. Na prática, pleiteia-se que a empresa futuramente sucessora (por incorporação, fusão ou cisão), também ciente da regra jurídica cogente proibitiva consistente na vedação da utilização dos prejuízos fiscais prevista no art. 33, do Decreto-Lei n.

2.341/87, possa contornar essa regra ao fazer uso de 100% desses prejuízos fiscais dentro da própria incorporada, fusionada ou cindida antes de a incorporar, fundir-se a ela ou cindir (assim o faria sem dívidas tributárias), afastando ali a limitação de 30%, dos arts. 15 e 16, da Lei n. 9.065/95 e arts. 42 e 58, da Lei n. 8.981/95, ao argumento de que a “vedação de 30% estabelecida na Lei n. 8.981/95 somente faria sentido para as empresas que estão continuando a sua atividade e não para aquelas que estão se extinguindo”. Nessas condições, a empresa futuramente sucessora estaria fazendo uso do prejuízo fiscal da sucedida a ser futuramente extinta (na própria sucedida e, por conseguinte, também em si mesma na condição de sucessora, já que ou eram ou se tornarão uma única empresa) para além do limite legal previsto.

3. A ótica reconhecida por ambas as Turmas desta Corte foi a de que o procedimento é uma burla ao art. 33, do Decreto-Lei n. 2.341/87 através do afastamento da Lei n. 8.981/95, caracterizando violação indireta à lei (fraude à lei).

Precedentes: REsp. n. 1.805.925 - SP, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ acórdão Min. Gurgel de Faria, DJe 5/8/2020; EDcl nos EDcl no AgInt nos EDcl no REsp. n. 1.725.911 - SP, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 16.11.2020; REsp. n. 1.107.518 - SC, Segunda Turma, Rel.

Min. Eliana Calmon, julgado em 06.08.2009.

4. O conjunto normativo composto pelas limitações constantes do art. 33, do Decreto-Lei n. 2.341/87; arts. 15 e 16, da Lei n. 9.065/95 e arts. 42 e 58, da Lei n.

8.981/95; deve ser interpretado à luz da cláusula antielisiva específica do art. 51, da Lei n. 7.450/85, dispositivo legal que já teve aplicação reconhecida no REsp. n.

1.743.918 / SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 19.03.2019.

5. O conjunto produz norma antielisiva para reduzir os incentivos a que as empresas incorporação por outras (normalmente estando todas sob mesma orientação dentro de um grupo econômico de fato ou mesma consultoria tributária) com o propósito único de reduzir o IRPJ e a CSLL devidos (ausência de propósito negocial). Trata-se de um típico caso onde a empresa que assim procede busca a chancela do Poder Judiciário para realizar um Planejamento Tributário Abusivo. A compreensão do tema já havia sido feita no REsp. n. 1.107.518/SC (Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 06.08.2009), como bem observado no acórdão embargado. 6. Recurso especial não provido.

REsp 2.152.642/RJ

EMENTA TRIBUTÁRIO. IRPJ. CSLL. ÁGIO. LEI N. 9.532/1997.

DEDUÇÃO. ABUSO DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE.

I - O ordenamento jurídico brasileiro passou a tratar da figura do ágio por meio do Decreto-Lei n. 1.598/1977, podendo ser conceituado como preço adicional ao custo de aquisição de participação societária, representado pela diferença positiva entre o custo de aquisição e o valor contábil do investimento adquirido, justificada pela perspectiva de obtenção de receitas futuras. Em outras palavras, a empresa adquirente aceita pagar pela aquisição valor superior ao contabilizado no patrimônio líquido da empresa adquirida, considerando a expectativa de auferimento de lucros, que necessariamente deve ser justificada mediante demonstração contábil.

II - Sob as perspectivas contábil e societária, o ágio é passível de amortização na apuração de resultado da empresa investidora, impedindo o reconhecimento de ganhos inexistentes. Ou seja, a rentabilidade da sociedade adquirida não constituirá lucro da sociedade investidora até o montante equivalente ao ágio pago. Uma vez que, sendo neutralizado o ágio, os resultados positivos da empresa investida refletem no aumento do patrimônio da investidora. Entretanto, sob a perspectiva fiscal, o ágio é tratado de forma distinta, uma vez que a legislação tributária impõe que todo ágio ou deságio contabilmente amortizado deve ter seus efeitos fiscais anulados perante o IRPJ e CSLL, enquanto não houver a alienação ou liquidação do investimento adquirido. Paralelamente a isso, o registro contábil é preservado para futuro aproveitamento quando da alienação, momento em que é autorizada a integração do ágio ao custo de aquisição para apuração do ganho de capital. Exceção à regra ocorre apenas na hipótese em que a empresa investida é incorporada pela investidora, porque não mais subsiste a

possibilidade de sua alienação, impossibilitando a recuperação fiscal do ágio em face dos itens patrimoniais da investida se fundirem e se confundirem com os da própria investidora.

III - Na exposição de motivos da Medida Provisória n.

1.602/1997, da qual se originou a Lei n. 9.532/1997, consta expressamente que o propósito era o de evitar as situações envolvendo planejamentos tributários abusivos, restringindo o tratamento tributário de ágio às hipóteses de casos reais. Os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997 foram inseridos no ordenamento jurídico pelo legislador com o fim específico de coibir a prática de planejamentos tributários abusivos em que empresas superavitárias adquiriam com ágio empresas deficitárias para serem em seguida incorporadas por ela, sem que houvesse um propósito comercial que não fosse a geração de ganhos de natureza tributária.

IV - A Lei n. 9.532/1997 estabeleceu um caminho natural em que determinada empresa, adquirindo participação societária com ágio, ao incorporar a empresa coligada ou controlada, poderia amortizar esse valor de rentabilidade futura na base de cálculo do IRPJ e da CSLL devidos.

Tudo isso com o objetivo específico de afastar da tributação o eventual ganho futuro que, em verdade, somente poderia ser aferido em posterior venda, frustrada pela extinção da empresa adquirida.

V - Toda a descrição do mecanismo de funcionamento da amortização do ágio conduz à ideia de que as normas estabelecidas buscavam regular operações societárias usuais, em que a dinâmica do mercado promovia um regime de circulação do capital e de potencialização de resultados nos diversos segmentos econômicos. Nesse contexto, as definições do Direito Empresarial são inarredáveis, especialmente as advindas com o Código Civil de 2002, no qual se conceitua o exercício da atividade empresarial como aquela atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços (art. 966). Assim é que uma sociedade empresária não existe como um fim em si mesma.

Independentemente da corrente que se adote a respeito do sentido da existência de uma personalidade jurídica diferente da personalidade das pessoas naturais dos sócios (se da ficção ou da realidade), fato é que uma empresa deve ter por objetivo, evidentemente, o exercício de atividades empresariais. Em outras palavras, não se concebe que o ordenamento tolere a existência de sociedades empresárias não direcionadas à prática econômica, ou seja, desprovidas de qualquer atividade empresarial.

VI - É importante cotejar a assertiva com a liberdade de contratar e de auto-organizar seus negócios de que qualquer cidadão é titular. Não se trata de obstar o exercício de um direito, mas sim de coibir o denominado “abuso no exercício de direitos”. Veja-se que o manejo das expressões não é mera logomaquia como pode parecer a uma análise mais superficial da questão. A diferença entre

exercício de direito e abuso no exercício de um direito é assente na doutrina contratual já há muito tempo. Advém desta conjugação do exercício da atividade empresarial, por meio de pessoas jurídicas com o abuso na constituição de sociedades empresárias, a definição do chamado “abuso da personalidade jurídica”, que pode se destinar a diversos objetivos, sempre antijurídicos, de maneira que a ilicitude se encontra caracterizada.

VII - No caso específico do ágio interno, ou ágio próprio, ou ágio de si mesmo, uma característica necessária é a inexistência de qualquer relação jurídica com membros que não fazem parte do mesmo grupo societário. É dizer, todas as operações acontecem entre partes vinculadas.

Outro ponto indispensável para se caracterizar o ágio de si mesmo é a completa ausência de operação societária envolvendo a efetiva transferência de recursos financeiros. As transações precisam relacionar participações societárias cujo valor é atribuído em consenso entre as partes envolvidas que, em verdade, são exatamente a mesma pessoa nos dois polos da relação jurídica. Finalmente, e este é um evento havido no caso concreto, o ágio interno pode ser gerado por meio de uma chamada “empresa veículo”, cuja existência no mundo jurídico somente se justifica para criar a mais valia para o grupo societário. Cuida-se de sociedade completamente desprovida de propósito negocial em absoluto descompasso com o regime do direito societário. Não há “empresa” nos termos definidos pelo Código Civil, porque não há exercício de atividade econômica organizada para a circulação de bens ou serviços. E exatamente neste ponto pode-se identificar o abuso de direito caracterizado pelo abuso da personalidade jurídica. O próprio codex de 2002 fez questão de definir o abuso de direito como um ato ilícito em seu art. 187 (Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes).

VIII - Com efeito, não é demais asseverar que a função social da propriedade preconizada no Texto Constitucional irradia efeitos em diversos campos do direito privado, inclusive no Direito Empresarial. Tanto assim que é recorrente a utilização da “função social da empresa” como elemento indissociável da exploração da atividade econômica por uma sociedade. À evidência, uma empresa que não exerce nenhum objeto social não possui função social.

IX - Sobre o ágio interno e sua relação com o abuso de direito, é importante mencionar que este abuso, para que seja considerado antijurídico, demanda, para além da utilização de um instituto para fins aos quais o ordenamento não o destina, que esta utilização afete direito de terceiros, ainda que não haja a intenção de prejudicar por parte daquele que o exerce. A inexistência de direitos absolutos e a limitação destes direitos a partir do momento em que outros direitos ou prerrogativas são atingidos é lugar comum em assertivas gerais e abstratas, mas que encerram dificuldades quando é necessária a aplicação destas premissas nos casos concretos.

X - Sob essas lentes, data vênua, não são admissíveis as conclusões tomadas pelo Tribunal de origem e mesmo em precedente citado pela recorrida, nos quais se admite que a liberdade de auto-organização comporta a construção de estruturas artificiais para a economia de tributos.

É evidente que não se está a defender o argumento pueril de que a economia de tributos só pode acontecer de maneira “casual”. O contribuinte pode sim organizar seus negócios de maneira a escolher o caminho menos oneroso tributariamente, desde que as estruturas jurídicas utilizadas se compatibilizem com o ordenamento jurídico, exatamente porque a liberdade contratual se limita aos termos em que o constituinte concebeu esta e outras prerrogativas. O que se impõe é pura e simplesmente o rule of law, consagrado no Texto Constitucional como o chamado “devido processo legal substantivo”.

XI - O abuso de direito perpetrado com a criação de estruturas artificiais para aproveitamento do ágio e pagamento a menor de tributos agride a juridicidade do ordenamento. Para além do reconhecimento legal como ato ilícito previsto no art. 187 do Código Civil, o abuso de direito n.º caso encerra violação dos primados da capacidade contributiva, em sua condição de corolário da própria isonomia. Por esse motivo, o abuso de direito materializado na amortização de ágio gerado em operações internas, sem nenhum propósito negocial, desrespeitou o ordenamento jurídico vigente, ensejando a neutralização dos efeitos do ato abusivo pela autoridade fiscal. No caso, portanto, deve ser mantida a glosa dos créditos amortizados.

XII - Recurso especial provido

Excerto:

“[...]”

Evidente, portanto, que os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997 foram inseridos no ordenamento jurídico pelo legislador com o fim específico de coibir a prática de planejamentos tributários abusivos em que empresas superavitárias adquiriam com ágio empresas deficitárias para serem em seguida incorporadas por ela, sem que houvesse um propósito negocial que não fosse a geração de ganhos de natureza tributária. Os dispositivos em questão possuíam a seguinte redação à época dos fatos geradores:

[...]

Finalmente, e este é um evento havido no caso concreto, o ágio interno pode ser gerado por meio de uma chamada “empresa veículo”, cuja existência no mundo jurídico somente se justifica para criar a mais valia para o grupo societário. Cuida-se de sociedade completamente desprovida de propósito negocial em absoluto descompasso com o regime do direito societário. Não há “empresa” nos termos definidos pelo Código Civil, porque não há exercício de atividade econômica organizada para a circulação de bens ou serviços. E exatamente neste ponto pode-se identificar o abuso de direito caracterizado pelo abuso da personalidade

jurídica. O próprio codex de 2002 fez questão de definir o abuso de direito como um ato ilícito em seu art. 187 (Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes).

[...]

Por esse motivo, o abuso de direito materializado na amortização de ágio gerado em operações internas, sem qualquer propósito negocial, desrespeitou o ordenamento jurídico vigente, ensejando a neutralização dos efeitos do ato abusivo pela autoridade fiscal. No caso, portanto, deve ser mantida a glosa dos créditos amortizados.

Verifica-se, assim, que os tribunais superiores trataram a ausência de propósito negocial dentro da figura do abuso de direito, previsto no artigo 187¹ do Código Civil.

No âmbito da RFB, a questão foi tratada em Soluções de Consulta, como a SC Cosit nº 321/2017, cujos excertos, parcialmente, transcrevo abaixo:

DESCONSIDERAÇÃO PARA FINS TRIBUTÁRIOS DAS OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS QUE NÃO TENHAM SUBSTÂNCIA ECONÔMICA OU PROPÓSITO NEGOCIAL.

15. Cabe, neste ponto, analisar-se as implicações tributárias de operações societárias sem substância econômica, tal como a tratada na parcialmente vinculante SC Cosit nº 119/2014, cuja descrição encontra-se em seu item 2.4:

“2.4. A reestruturação societária em questão consiste na cisão parcial da parceira comercial, com a transferência dos créditos tributários da Contribuição para o PIS/Pasep, da Cofins, do IRPJ e da CSLL a uma companhia fechada (Sociedade de Propósito Específico - SPE). A parcela cindida seria composta exclusivamente por: a) créditos tributários oriundos da parceira comercial; b) passivo de dívida da parceira comercial junto à consultante em valor idêntico ao dos créditos tributários; e c) quantia em dinheiro que seria vertida para o caixa da SPE. Alega que esta SPE seria adquirida e incorporada pela consultante, que utilizaria os créditos tributários incorporados no pagamento e compensação de seus débitos próprios de tributos federais.” (grifos do original)

15.1. Utilizando-se os conceitos de Marco Aurélio Greco⁷, trata-se de uma operação estruturada em sequência, o que a torna uma operação preocupante que, por si só, exige cautela. Explica o referido autor acerca de tal tipo de operação:

“Sob esta denominação estão as step transactions, vale dizer, aquelas sequências de etapas em que cada uma corresponde a um tipo de ato ou deliberação societária ou negocial encadeado com o subsequente para obter determinado lhe antecede e se for deflagrada a que lhe sucede. (...)

¹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Na medida em que o conjunto de operações corresponde apenas a uma pluralidade de meios para atingir um único fim, a verificação das alterações relevantes deve ser feita não apenas considerando os momentos anterior e posterior a cada etapa mas, principalmente, os momentos anterior e posterior ao conjunto de etapas. (...)

Outro elemento importante nestas operações em etapas diz respeito ao tempo que medeia entre cada uma delas. Vale dizer, quanto tempo deve transcorrer entre as etapas para que seja possível considerar cada uma delas separadamente.”⁸

15.2. Ainda segundo o mesmo autor, a operação em tela pode também ser considerada preocupante pelo fato de envolver uso de sociedades intermediárias, mais especificamente, empresas-veículos (conduit companies), como é o caso da nova sociedade (SPE) fruto da cisão parcial, “em que uma pessoa jurídica é criada apenas para servir como canal de passagem de um patrimônio ou de dinheiro sem que tenha efetivamente outra função dentro do contexto” ⁹.

15.3. Seguindo a lógica do autor, tais situações merecem cautela, mas é na análise do caso concreto que se pode verificar se há ou não um planejamento tributário com abuso de direito.

16. Na situação apresentada (item 15), deve-se entender existente o abuso de formas pela existência de uma operação societária sem fim econômico, cujo objetivo último é a transferência de créditos fiscais, o que é vedado em lei (operação inicialmente lícita que tem por fim uma conduta ilícita). A operação está estruturada em sequência, podendo seu início e fim ser realizados praticamente simultaneamente.

17. Já há muito se vê tais operações societárias estruturadas em sequência num curto espaço de tempo como um meio para obtenção de benefício tributário ilícito (no caso, compra e venda de créditos fiscais). A primeira decisão acerca desse tipo de planejamento tributário, considerando-o abusivo, foi no longínquo ano de 1935. Foi decisão da Suprema Corte norte-americana, no caso Gregory v. Helvering, que pela primeira vez tratou do abuso de direito, como explicado por Arnaldo Godoy: “A decisão da Suprema Corte norteamericana no caso Gregory v. Helvering é marco divisório na concepção jurisprudencial de restrição ao planejamento tributário. Nada obstante reconhecer o direito do contribuinte de planejar seus negócios, de modo a recolher menos tributos, a referida decisão impõe limites para o referido planejamento”

17.2. A teoria do abuso do direito, então, consolidou-se. Uma operação societária estruturada deve ser vista em seu conjunto, a fim de se analisar o seu fim último.

18. O direito brasileiro não ficou alheio a tal construção. Atualmente, a despeito de intensos debates que o tema provoca, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) tem constantemente decidido pela necessidade de analisar a

substância econômica da operação que enseja impacto tributário, mantendo autuações fiscais que desconsideram a operação para fins tributários. Cita-se decisão paradigmática nesse sentido:

O propósito comercial também abordado na SC Cosit nº 302/2023, conforme a seguir:

Assunto : Contribuição para o PIS/Pasep REGIME NÃO CUMULATIVO. EXPORTAÇÃO DE SERVIÇOS, INCLUSIVE PARA PESSOAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO NO EXTERIOR. NÃO INCIDÊNCIA.

A Contribuição para o PIS/Pasep não incide sobre receitas decorrentes de operações de prestação de serviços para pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior — assim consideradas aquelas definidas no Parecer Normativo Cosit/RFB nº 1, de 2018 —, inclusive — dado que o legislador referiu - se à exportação de serviços sem distinção quanto à condição do importador — quando se trate de pessoa ligada à controladora da prestadora nacional no estrangeiro, pertencente ao mesmo grupo econômico, cujo pagamento represente ingresso de divisas, por meio do sistema bancário, na forma da legislação monetária e cambial pertinente, incluindo as regras operacionais, desde que tais exportações sejam revestidas de legítimo propósito comercial e que as receitas auferidas sejam discriminadas nos livros fiscais da prestadora de forma que permita a sua perfeita identificação e a demonstração inequívoca de que o pagamento dos serviços por ela prestados deu -se em conformidade com as normas cambiais vigentes à época dos fatos.

Por fim, o CARF também tem adotado a teoria na análise das operações que visem a redução de tributos:

Ac. 9101-003.396:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009 ÁGIO. REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. INEFICÁCIA.

A reorganização societária na qual inexista motivação outra que não a criação artificial de condições para obtenção de vantagens tributárias é inoponível à Fazenda Pública. Negada eficácia fiscal ao arranjo societário sem propósito comercial, restam não atendidos os requisitos para a amortização do ágio como despesa dedutível, impondo-se a glosa e a recomposição da apuração dos tributos devidos.

ÁGIO DE SI MESMO. INCONSISTÊNCIA.

Carece de consistência econômica ou contábil o ágio surgido no bojo de entidades sob o mesmo controle, o que obsta que se admitam suas consequências tributárias.

ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

Não há como aceitar a dedução da amortização do ágio artificialmente criado com a utilização de empresa veículo, formalmente constituída, não obstante despida de propósito negocial.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009 MULTA QUALIFICADA. ATO SOCIETÁRIO SEM PROPÓSITO NEGOCIAL. ÁGIO DESPROVIDO DE SUBSTÂNCIA ECONÔMICA.

PROCEDÊNCIA.

Se os fatos retratados nos autos deixam fora de dúvida a intenção do contribuinte de, por meio de ato societário desprovido de propósito negocial, gerar ágio artificial, despido de substância econômica e, com isso, reduzir a base de incidência de tributos, descabe afastar a qualificação da multa aplicada pela Fiscalização.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

As multas proporcionais aplicadas em lançamento de ofício, por descumprimento a mandamento legal que estabelece a determinação do valor de tributo administrado pela Receita Federal do Brasil a ser recolhido no prazo legal, estão inseridas na compreensão do § 3º do artigo 61 da Lei nº 9.430/1996, sendo, portanto, suscetíveis à incidência de juros de mora à taxa SELIC.

ESTIMATIVAS NÃO RECOLHIDAS. MULTA ISOLADA.

CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE.

Nos casos de falta de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ posteriores à Lei nº 11.488/2007, quando não justificados em balanço de suspensão ou redução, é cabível a cobrança da multa isolada, que pode e deve ser exigida, de forma cumulativa, com a multa de ofício aplicável aos casos de falta de pagamento do mesmo tributo, apurado de forma incorreta, ao final do período-base de incidência.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos

AC. 3402-004.374:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

COFINS. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ILÍCITO. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. SIMULAÇÃO

Comprovado nos autos, por meio do conjunto probatório trazido pela fiscalização, que a realidade fática observada é diferente da jurídica, deve-se concluir que as operações realizadas entre as empresas interdependentes não tiveram propósito negocial e visaram unicamente uma redução substancial no pagamento das

contribuições sociais incidentes na sistemática monofásica, caracterizando-se como um planejamento tributário ilícito.

Ac 9303-005.840:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CÂMBIO E SEGUROS OU RELATIVAS A TÍTULOS OU VALORES MOBILIÁRIOS - IOF Data do fato gerador: 18/04/2007 REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. INVESTIMENTO EXTERNO DIRETO. DESCARACTERIZAÇÃO. REQUALIFICAÇÃO FÁTICA.

MÚTUO.

A formalização de reorganização societária em que não exista motivação outra que não a criação artificial de condições para auferimento de vantagens tributárias é inoponível à Fazenda Pública. No bojo do arranjo societário sem propósito negocial, resta descaracterizada a operação de internação de divisas sob o título de “investimento externo direto” marcada pela falta de intenção de permanência ou de aquisição de controle/influência sobre a investida.

Desqualificada a operação pretendida pela contribuinte, acata-se a requalificação feita pela autoridade fiscal como mútuo entre pessoas jurídicas, uma vez demonstrada a disponibilização dos recursos necessários para acobertar as operações societárias e que, ao final delas, retornou à fonte no exterior.

Ac. 1401-002.076:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Ano-calendário: 2010, 2011, 2012, 2013 ÁGIO. RENTABILIDADE FUTURA. FUNDAMENTO QUE NÃO SE VERIFICOU NO CASO CONCRETO. FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. GLOSA DE DESPESAS DE AMORTIZAÇÃO.

O propósito negocial vai além da mera formalidade dos instrumentos societários; ele depende precipuamente da intenção das partes em firmar o contrato. Caso este desígnio resuma-se meramente na economia fiscal, correta é a glosa da amortização do ágio fincada na rentabilidade futura.

Assim, entendo possível a aplicação da teoria da ausência de propósito negocial no direito tributário pátrio.

Apreciando as operações realizadas, tem-se que tanto a fiscalização quanto a recorrente concordam nos motivos para a realização das operações, ou seja, no dizer da fiscalização:

“111. Intimada a esclarecer as operações efetuadas com a sua controladora, a empresa auditada afirmou, por várias vezes, que a finalidade das operações realizadas entre elas foi transferir os créditos que a COMERCIALIZADORA tinha a receber no MCP para a TRADING que recebia um valor maior na liquidação da CCEE, em função da liminar obtida por ela para não participar de parte do rateio da inadimplência, conforme se observa nos excertos das respostas apresentadas pela auditada, colacionados abaixo:

Respostas apresentadas ao Termo de Intimação Fiscal nº 1:

Nesse contexto, a Nova Trading judicialmente conseguiu decisão liminar para não participar do rateio da inadimplência gerado pelo processo judicial das associações das usinas hidrelétricas conforme anexo (Doc. 02).

Assim, além dos atributos e qualificações de uma trading company, a Nova Trading passou a ter importante vantagem no recebimento dos créditos, ao passo que a, Nova Comercializadora e outros clientes não possuíam tal liminar.

Daí porque as operações que geravam créditos para liquidação financeira da CCEE eram negociadas com a Nova Trading para que esta pudesse receber os volumes comprados de energia na liquidação financeira da CCEE com um valor de inadimplência menor. Nesse contexto, a controlada e a controladora realizaram operações de compra e venda de energia de maneira simultânea de mesmo volume em MWh com preços distintos, em razão da diferença entre os horários, semanas e sub-regiões do Sistema Interligado Nacional (SIN). Isto justifica o fato de a Nova Trading comprar energia a 1.825,91 R\$/MWh e vender para a controladora o mesmo volume a 5,00 R\$/MWh.

(...)

Explicação:

No mês de fevereiro de 2018 a Nova Energia Comercializadora S/A (NEC) por meio das operações de compra e venda de energia elétrica realizados no mercado livre de energia ficaria credora na CCEE no montante de R\$ 24.530.000,04.

Como mencionado, a comercialização com a NET ensejaria a redução da inadimplência em razão da decisão liminar. Nesse sentido, foi comercializado entre as duas empresas o montante de 138.399,910 MWh registrado no sistema da CCEE e aprovado por essa câmara sob os registros de número 958130 e 958271 nas semanas e regiões com os respectivos PLD conforme declarados acima.

Resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 2:

Nesse contexto, a Nova Trading judicialmente conseguiu decisão liminar para não participar do rateio da inadimplência gerado pelo processo judicial das associações das usinas hidrelétricas. Assim, além dos atributos e qualificações de uma trading company, a Nova Trading passou a ter importante vantagem no recebimento dos créditos, ao passo que a, Nova Comercializadora e outros clientes não possuíam tal liminar.

Daí porque as operações da NEC que geravam créditos para liquidação financeira da CCEE eram negociadas com a Nova Trading para que esta pudesse receber os volumes comprados de energia na liquidação financeira da CCEE com um valor de inadimplência menor. Nesse contexto, a controlada e a controladora realizaram operações de compra e venda de energia de maneira simultânea de mesmo volume em MWh com preços distintos, em razão da diferença entre os horários, semanas e sub-regiões do Sistema Interligado Nacional (SIN):

Resposta ao Termo de Intimação nº 3:

Como explicado anteriormente, durante todos os meses de 2018 ocorreu uma grande inadimplência sobretudo em razão de processos judiciais de associações das usinas hidrelétricas, conforme amplamente noticiado2.

Nesse contexto, a Nova Trading judicialmente conseguiu decisão liminar para não participar do rateio da inadimplência gerado pelo processo judicial das associações das usinas hidrelétricas. Assim, além dos atributos e qualificações de uma trading company, a Nova Trading passou a ter importante vantagem no recebimento dos créditos, ao passo que a, Nova Comercializadora e outros clientes não possuíam tal liminar.

Daí porque as operações da NEC que geravam créditos para liquidação financeira da CCEE eram negociadas com a Nova Trading para que esta pudesse receber os volumes comprados de energia na liquidação financeira da CCEE com um valor de inadimplência menor.

[...]

112. Com base nas afirmações feitas pela empresa, é possível concluir, seguramente, que as operações realizadas entre a controlada (TRADING) e a sua controladora (COMERCIALIZADORA) foram efetuadas com o ÚNICO objetivo de transferir os créditos da COMERCIALIZADORA (que são decorrentes das operações no ACL realizadas pela COMERCIALIZADORA e que seriam recebidos pela COMERCIALIZADORA na liquidação da CCEE) para a TRADING que, em função da decisão judicial que lhe garantia uma participação menor no rateio de inadimplência, poderia receber esses créditos com vantagem na liquidação do MCP feita pela CCEE.”

A partir das explicações e fatos narrados acima, a fiscalização concluiu pela inexistência de propósito comercial nas transações entre a recorrente e a NOVA COMERCIALIZADORA.

Por outro lado, a recorrente expõe as razões que levaram à prática das operações nos seguintes termos:

“18. Adicionalmente, com o objetivo de viabilizar a comercialização de energia elétrica, o artigo 4º a Lei nº 10.848/200414, autorizou a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (“CCEE”), pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob a autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização da ANEEL, que tem dentre suas finalidades precípua a contabilização e liquidação das operações de compra e venda de energia elétrica, apurando mensalmente as diferenças entre energia contratada e a energia efetivamente medida, seja na geração, seja no consumo.

19. Para tanto, a CCEE obrigatoriamente realiza o registro dos contratos firmados entre compradores e vendedores, e ainda realiza a medição física da energia gerada e consumida pelos agentes, apurando-se as sobras e déficits dos agentes

para posterior liquidação no Mercado de Curto Prazo (“MCP”) ao preço spot, o chamado Preço de Liquidação de Diferença (“PLD”). Explica-se.

20. Nos termos da REN nº 957/202115, o MPC corresponde à denominação do processo em que se procede a contabilização¹⁶ e liquidação financeira¹⁷ de sobras e déficits dos agentes, de modo em que compete à CCEE a aferição dos montantes registrados de contratos versus os montantes medidos de geração e consumo.

[...]

22. Importante ressaltar que somente as sobras e déficits são contabilizadas e liquidadas no mercado de curto prazo, uma vez que os montantes contratados bilateralmente são faturados e liquidados nos termos do próprio contrato de compra e venda de energia elétrica.

[...]

Ø O EFEITO DAS JUDICIALIZAÇÕES RELATIVOS AO GENERATION SCALING FACTOR (“GSF” - FATOR DE AJUSTE DE GARANTIA FÍSICA DAS USINAS HIDRELÉTRICAS)³². Para fins de contextualização dos acontecimentos do setor que levaram a Nova Comercializadora e a Recorrente a comercializarem energia entre si, apresentaremos abaixo o funcionamento regular do setor e os eventos que levaram as referidas judicializações, afetando o recebimento dos créditos das comercializadoras junto à CCEE.

Ø REGRAS DO MECANISMO DE REALOCAÇÃO DE ENERGIA 33. Toda usina de geração de energia elétrica, deve ter previamente definida pelo Ministério de Minas e Energia (“MME”) sua respectiva garantia física, que, nos termos do artigo 2º, parágrafo 2º do Decreto nº 5.163/199521, nada mais é do que o lastro de energia que cada usina possui para comercialização no mercado. Ou seja, a garantia física corresponde à quantidade máxima e segura da energia elétrica gerada por um empreendimento que pode ser comercializada sem grandes riscos ao Sistema Interligado Nacional (“SIN”).

34. Nesse sentido, o item “c”, inciso VI do artigo 3º da Resolução Normativa ANEEL nº 1.009, de 22.03.2022 (“REN nº 1.009/2022”) define Garantia Física como “o montante, em MWmédio, correspondente à quantidade máxima de energia relativa à Usina que poderá ser utilizada para comprovação de atendimento de carga ou comercialização por meio dos contratos, estabelecidos na forma constante da Portaria MME nº 258 22, de 28 de junho de 2008”.

35. De uma maneira geral, na fixação da Garantia Física são considerados dados relativos à capacidade do empreendimento, taxas de indisponibilidade, bem como outras variáveis, conforme a natureza da fonte geradora, como, por exemplo, no caso de empreendimentos hidrelétricos, o histórico de vazões no local do aproveitamento.

[...]

42. No contexto da reorganização do setor elétrico brasileiro no final da década de 1990 e no início dos anos 2000, como forma de mitigar esse risco, foi criado o Mecanismo de Realocação de Energia (“MRE”)²⁶, que consiste em mecanismo financeiro de compartilhamento do risco hidrológico entre os geradores hídricos despachados centralizadamente pelo ONS.

43. A redação original do referido dispositivo previa apenas a participação das usinas despachadas centralizadamente, que “permutaria” energia entre si para atender a garantia física total do MRE. Contudo, com a alteração do Decreto nº 2.655/1998, facultou-se às demais usinas hidrelétricas não despachadas centralizadamente pelo ONS, o ingresso no MRE para compartilhamento dos riscos hidrológicos.

45. Ressalta-se que no âmbito do MRE é vedado o compartilhamento de riscos de outra natureza que não hidrológico. A principal função do MRE é o compartilhamento dos riscos financeiros associados à comercialização de energia pelas usinas hídricas dele integrantes, de forma a permitir que todas as participantes alcancem seus níveis de garantia física sob o ponto de vista contábil, independentemente de seus níveis reais de produção de energia elétrica, desde que a geração total do MRE esteja acima do total da garantia física associada ao SIN. Se, por outro lado, a geração total não atingir ou superar a garantia física do MRE, essas usinas geradoras dele integrantes também ficarão expostas aos riscos de compartilhamento do ônus decorrente.

46. O ajuste desse mecanismo para fins de alocação de energia é realizado mediante a aplicação do Fator de Ajuste do MRE – Generation Scaling Factor (“GSF”) – na garantia física individual de cada usina. Calculado pela CCEE, esse índice é o resultado da razão entre (i) o somatório de toda energia produzida pelas usinas integrantes do MRE e (ii) o somatório das garantias físicas desse mesmo conjunto.

[...]

Ø Situação a partir de 2012/2013 ⁵². A partir do final de 2012 e início de 2013, um cenário de hidrologia desfavorável desencadeou relevante crise hídrica no país. Nesse sentido, diante da escassez hídrica, contratação de energia de reserva e, sobretudo, um aumento significativo dos despachos das usinas termelétricas pelo ONS fora da ordem de mérito³⁰, desencadeou conseqüentemente uma significativa redução da geração das usinas hidrelétricas no âmbito do MRE, de modo que as centrais geradoras hídricas, no conjunto, passaram a gerar energia em montante consideravelmente inferior à soma das respectivas garantias físicas (GSF<1).

53. Assim, com a redução do fator GSF, as garantias físicas dos geradores passaram a sofrer reduções substanciais, ultrapassando, inclusive, o limite do risco do déficit de 5%, considerado na sua fixação, conforme a citada Resolução CNPE nº 01/2004.

54. Como consequência, o GSF chegou a mínimas históricas (em 2015, o índice chegou a 0,847) e levou a uma grande exposição de geradoras hidráulicas ao MCP, justamente em momento em que o PLD estava em alta.

55. A partir desse cenário adverso, os participantes do MRE ingressaram na justiça objetivando, a maioria deles, provimento judicial para limitar a redução das respectivas garantias físicas em 5%, conforme autorizado pela Resolução CNPE nº 01/2004. Essa foi a primeira leva de judicialização que atingiu o setor.

56. A medida em que tais usinas eram beneficiadas por decisões judiciais³¹, autorizando tal limitação, o déficit de geração coberto por liminar dessas usinas passou a ser rateado entre os demais participantes que não dispunham de proteção judicial, o que desencadeou uma nova significativa redução do fator GSF e, conseqüentemente, maior redução de suas garantias físicas para fins do MRE.

57. Assim, as garantias físicas dos agentes que não dispunham de liminar, além da redução “normal”, fruto do GSF menor do que 1 (soma da geração real das usinas menor do que a soma das respectivas garantias físicas) – que já era bastante significativa -, passaram a sofrer uma diminuição adicional, decorrente da limitação da redução da garantia física dos agentes protegidos por liminar.

58. Como consequência, essas limitares, que, a princípio, afetavam somente os agentes de geração integrantes do MRE, passaram a impactar o Mercado de Curto Prazo – MCP. Isso porque, os agentes, sem liminar, que haviam celebrado contratos de compra e venda de energia elétrica, lastreado em sua garantia física, ficaram ainda mais expostos ao MCP, e, muitos deles não conseguiram honrar com seus compromissos perante à CCEE.

59. Tal inadimplência passou a ser rateada entre todos os integrantes do MCP, incluindo geradores que não faziam parte do MRE, comercializadores de energia, como o caso da Recorrente e sua controladora (Nova Comercializadora), e consumidores de energia. Isso se deu porque, de acordo como artigo 17 da Resolução Normativa 109/2004³², vigente à época³³, eventual inadimplência na liquidação da CCEE deve ser rateada entre todos os agentes da CCEE, na proporção dos seus créditos líquidos e resultantes da contabilização.

Esse efeito é conhecido no mercado como “loss sharing”³⁴.

60. A partir do momento em que os agentes credores da CCEE deixaram de receber seus créditos na integralidade – já que foram eles utilizados para compensação desse débito –, iniciou-se uma nova fase de propositura de ações judiciais, dessa vez pelos agentes do MCP não integrantes do MRE, dentre eles a Recorrente, que passaram a pleitear o afastamento do ônus decorrentes de decisões judiciais de processos dos quais não faziam parte, mais especificamente, das ações decorrentes do GSF propostas pelos participantes do MRE, garantindo preferência no recebimento dos seus créditos.

61. As duas levas iniciais de judicialização geraram uma expressiva inadimplência no MCP. Isso porque, apesar de os agentes estarem financeiras expostos no

mercado spot (isto é, constarem como devedores), as ações judiciais limitavam o valor a ser pago por esses mesmos agentes. Desse modo, na contabilização mensal realizada pela CCEE, faltavam recursos para pagar os agentes que figuravam como credores do MCP (isto é, os agentes positivamente expostos ao mercado spot), como era o caso da Nova Comercializadora (controladora da Recorrente).

62. A fim de atender as novas medidas judiciais concedidas, a CCEE passou a destinar os recursos existentes para liquidação das operações no MCP de maneira prioritária aos agentes credores beneficiados por liminares. Ou seja, na prática, os credores com liminares tinham preferência no recebimento de valores no MCP, em detrimento dos credores sem liminares³⁵.

63. Trata-se de uma questão de notório conhecimento que, inclusive, foi objeto de diversas matérias em importantes veículos de comunicação, como por exemplo a notícia publicada em 31.01.2018, pelo Valor Econômico, cujo conteúdo será transcrito no item 126, bem como as diversas outras notícias constantes do anexo³⁶.

64. Diga-se, inclusive, que tal cenário de expressiva inadimplência e ingresso de medidas judiciais afeta o mercado de energia até os dias atuais³⁷, como se pode verificar da notícia abaixo veiculada no início deste mês (13.03.2024)³⁸:

[...]

67. Portanto, verifica-se que todos os agentes da CCEE acabaram sendo prejudicados pelos efeitos da inadimplência iniciada pelas geradoras de energia elétrica, o que levou as comercializadoras a buscarem no judiciário tutela para recebimentos dos seus créditos.

68. Todavia, à medida em que nem todas as comercializadoras de energia foram contempladas com decisões favoráveis que garantiam o recebimento dos seus créditos junto à CCEE, a celebração de contratos de compra e venda de energia entre comercializadoras com e sem liminar passou a ser frequente, evitando que as comercializadoras sem liminar ficassem na posição de credora junto a CCEE (situação que implicaria no não recebimento dos valores contratados, ou seja, risco de prejuízo total, com a consequente quebra da companhia).

69. Em síntese, a fim de facilitar a elucidação, destacam-se a seguir os acontecimentos/ características que permearam o setor de energia desde a possibilidade de compra e venda de energia por agente comercializador:

Ø Edição da Lei nº 9.074/1995, que criou o consumidor livre e do produtor independente de energia elétrica, sendo de competência do Poder Concedente, diretamente ou por delegação da ANEEL, autorizar a compra e venda de energia por agente comercializador de energia elétrica;

Ø De acordo com a Convenção de Comercialização (REN nº 957/2021), a comercialização de energia elétrica não implica em consumo e muito menos necessita da entrega física (operação meramente contratual);

Ø A Lei nº 10.848/2004 (i) estabeleceu que a comercialização de energia elétrica no mercado brasileiro se daria em dois ambientes de contratação diferentes (Ambiente de Contratação Regulado e o Ambiente de Contratação Livre); e (ii) autorizou a criação da CCEE, cuja finalidade principal é contabilização e liquidação das operações de compra e venda de energia elétrica, apurando mensalmente as sobras e déficits de energia dos agentes para posterior liquidação no Mercado de Curto Prazo (MCP) ao preço spot (Preço de Liquidação de Diferença - PLD);

Ø O MCP corresponde ao processo em que se procede a contabilização e liquidação financeira de sobras e déficits dos agentes, de modo em que compete à CCEE a aferição dos montantes registrados de contratos versos os montantes medidos de geração e consumo – as operações realizadas no âmbito da CCEE são meramente financeiras, isto é, não pressupõe a entrega física da energia.

Ø Toda usina de geração de energia elétrica tem previamente definida pelo Ministério de Minas e Energia sua respectiva garantia física (i.e., a quantidade máxima e segura da energia elétrica gerada por um empreendimento que pode ser comercializada sem grandes riscos ao Sistema Interligado Nacional);

Ø Até 23.12.2019, o risco de insuficiência de oferta de energia elétrica no SIN era limitado em 5%, parâmetro que não foi integralmente observado, o que causou uma grande instabilidade no setor, decorrente de diversas ações judiciais intentadas pelos agentes afetados;

Ø No final da década de 1990 e no início dos anos 2000, como forma de mitigar esse risco, foi criado o Mecanismo de Realocação de Energia, que consiste em mecanismo financeiro de compartilhamento do risco hidrológico entre os geradores hídricos;

Ø A partir do final de 2012 e início de 2013, um cenário de hidrologia desfavorável desencadeou relevante crise hídrica no país, de modo que as centrais geradoras hídricas, no conjunto, passaram a gerar energia em montante consideravelmente inferior à soma das respectivas garantias físicas;

Ø Neste cenário, os participantes do MRE ingressaram na justiça objetivando provimento judicial para limitar a redução das respectivas garantias físicas em 5% (primeira leva de judicialização que atingiu o setor), de modo que os agentes que não dispunham de liminar passaram a sofrer limitação adicional decorrente da redução da garantia física dos agentes protegidos por liminar;

Ø Tais liminares passaram a impactar o Mercado de Curto Prazo, na medida em que os agentes sem liminar, que haviam celebrado contratos de compra e venda de energia elétrica, lastreado em sua garantia física, ficaram ainda mais expostos ao MCP, e, muitos deles não conseguiram honrar com seus compromissos perante à CCEE;

Ø Tal inadimplência passou a ser rateada entre todos os integrantes do MCP, incluindo geradores que não faziam parte do MRE, comercializadores de energia - como o caso da Recorrente e da Nova Comercializadora -, e consumidores de energia, pois, nos termos do artigo 17 da Resolução Normativa 109/2004, eventual inadimplência na liquidação da CCEE deve ser rateada entre todos os agentes da CCEE, na proporção dos seus créditos líquidos e resultantes da contabilização (loss sharing).

Ø A partir do momento em que os agentes credores da CCEE deixaram de receber seus créditos na integralidade, iniciou-se uma nova fase de propositura de ações judiciais, dessa vez pelos agentes do MCP não integrantes do MRE, dentre eles a Recorrente, que passaram a pleitear o afastamento do ônus decorrentes de decisões judiciais de processos dos quais não faziam parte, mais especificamente, das ações decorrentes do GSF propostas pelos participantes do MRE, garantindo preferência no recebimento dos seus créditos

Ø A CCEE passou a destinar os recursos existentes para liquidação das operações no MCP de maneira prioritária aos agentes credores beneficiados por liminares, o que levou as comercializadoras a buscarem no judiciário tutela para recebimentos dos seus créditos;

Ø Nem todas as comercializadoras de energia foram contempladas com decisões favoráveis que garantiam o recebimento dos seus créditos junto à CCEE, de modo que passou a ser prática comum a celebração de contratos de compra e venda de energia entre comercializadoras com e sem liminar, evitando que as comercializadoras sem liminar ficassem na posição de credora junto a CCEE.

70. Foi exatamente essa a situação do presente caso, pois, considerando que apenas a Recorrente obteve liminar favorável, que garantiu o recebimento dos seus créditos junto à CCEE, as comercializadoras (Recorrente/Trading e Nova Comercializadora) passaram a comprar e vender energia entre si, nos termos autorizados pela regulamentação, de forma a deixar sempre a Nova Trading (Recorrente) na posição de credora junto à CCEE (permitindo a continuação das atividades do Grupo Nova Energia – não fosse isso, a empresa não teria fluxo de caixa para exercer o seu objeto social), já que tinha garantido o direito do recebimento dos seus créditos.

71. Assim, desde já, torna-se evidente, dada a complexidade e particularidades do setor de energia, bem como do contexto da crise hídrica que impactou o mercado, que o entendimento da Autoridade Fiscal - ratificado pela DRJ - no sentido de que as transações realizadas entre a Recorrente e a Nova Comercializadora (cujos detalhes serão abordados no tópico III.1) seriam desprovidas de propósito comercial, não reflete a realidade dos fatos e está manifestamente desconectado da realidade comercial das empresas envolvidas no mercado de energia elétrica.”

Sob o aspecto da regulamentação e da fiscalização no âmbito da ANEEL e da CCEE, tem-se que esta foi criada para viabilizar a comercialização de energia elétrica, nos termos do artigo 4º da Lei nº 10.848/2004:

Lei 10.848/2004:

Art. 4º Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata esta Lei. Regulamento

A regulamentação deste artigo coube ao Decreto nº 5.177/2004, que dispôs, dentre outras, sobre as atribuições da CCEE:

Art. 1º Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob regulação e fiscalização da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL.

§ 1º A CCEE tem por finalidade viabilizar a comercialização de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional - SIN, nos termos do art. 4º da Lei no 10.848, de 15 de março de 2004.

§ 2º O Estatuto Social da CCEE e suas alterações serão aprovados pela Assembléia Geral e homologados pela ANEEL.

Art. 2º A CCEE terá, dentre outras, as seguintes atribuições:

I - promover leilões de compra e venda de energia elétrica, desde que delegado pela ANEEL;

II - manter o registro de todos os Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado - CCEAR e os contratos resultantes dos leilões de ajuste, da aquisição de energia proveniente de geração distribuída e respectivas alterações;

III - manter o registro dos montantes de potência e energia objeto de contratos celebrados no Ambiente de Contratação Livre - ACL;

IV - promover a medição e o registro de dados relativos às operações de compra e venda e outros dados inerentes aos serviços de energia elétrica;

V - apurar o Preço de Liquidação de Diferenças - PLD do mercado de curto prazo por submercado;

VI - efetuar a contabilização dos montantes de energia elétrica comercializados e a liquidação financeira dos valores decorrentes das operações de compra e venda de energia elétrica realizadas no mercado de curto prazo;

VII - apurar o descumprimento de limites de contratação de energia elétrica e outras infrações e, quando for o caso, por delegação da ANEEL, nos termos da convenção de comercialização, aplicar as respectivas penalidades; e

VIII - apurar os montantes e promover as ações necessárias para a realização do depósito, da custódia e da execução de garantias financeiras relativas às liquidações financeiras do mercado de curto prazo, nos termos da convenção de comercialização.

IX - efetuar a estruturação e a gestão do Contrato de Energia de Reserva, do Contrato de Uso da Energia de Reserva e da Conta de Energia de Reserva; (Incluído pelo Decreto nº 6.353, de 2008)

X - celebrar o Contrato de Energia de Reserva - CER e o Contrato de Uso de Energia de Reserva - CONUER. (Incluído pelo Decreto nº 6.353, de 2008)

XI - promover a Liquidação Financeira da Contratação de Cotas de Garantia Física de Energia e de Potência, de que trata a Medida Provisória no 579, de 11 de setembro de 2012, cujos custos administrativos, financeiros e tributários deverão ser repassados para as concessionárias de geração signatárias dos Contratos de Cotas de Garantia Física de Energia e de Potência. (Incluído pelo Decreto nº 7.805, de 2012)

XII - efetuar a estruturação, a gestão e a liquidação financeira da Conta no Ambiente de Contratação Regulada - CONTA-ACR, realizando as atividades necessárias para sua constituição e operacionalização; [\(Redação dada pelo Decreto nº 9.022, de 2017\)](#)

XIII - efetuar a estruturação, a gestão e a liquidação financeira da Conta Centralizadora dos Recursos de Bandeiras Tarifárias, realizando as atividades necessárias para sua constituição e operacionalização; [\(Redação dada pelo Decreto nº 10.350, de 2020\)](#)

XIV - efetuar a gestão administrativa dos recursos financeiros da Conta de Desenvolvimento Energético - CDE, da Conta de Consumo de Combustíveis - CCC e da Reserva Global de Reversão - RGR; [\(Redação dada pelo Decreto nº 10.707, de 2021\)](#)

XV - efetuar a estruturação, a gestão e a liquidação financeira da Conta-covid, por meio da realização das atividades necessárias para sua constituição e operacionalização;

XVI - efetuar a estruturação e a gestão do Contrato de Potência de Reserva de Capacidade - CRCAP, do Contrato de Uso de Potência para Reserva de Capacidade - COPCAP e da Conta de Potência de Reserva de Capacidade - CONCAP;

XVII - celebrar o CRCAP e o COPCAP

XVIII - efetuar a estruturação, a gestão e a liquidação financeira da Conta Escassez Hídrica, por meio da realização das atividades necessárias para sua constituição e operacionalização; [\(Redação dada pelo Decreto nº 11.835, de 2023\)](#)

XIX - atuar em sistemas de certificação de energia, incluídas, dentre outras, as seguintes atribuições: [\(Incluído pelo Decreto nº 11.835, de 2023\)](#)

- a) gestão de registros; [\(Incluído pelo Decreto nº 11.835, de 2023\)](#)
 - b) acreditação; e [\(Incluído pelo Decreto nº 11.835, de 2023\)](#)
 - c) certificação, desde que não configurado conflito com as demais atribuições; [\(Incluído pelo Decreto nº 11.835, de 2023\)](#)
- XX - prestar os seguintes serviços, inclusive para não integrantes da Câmara: [\(Incluído pelo Decreto nº 11.835, de 2023\)](#)
- a) de elaboração de estudos relacionados ao mercado de energia elétrica; [\(Incluído pelo Decreto nº 11.835, de 2023\)](#)
 - b) de disponibilização de plataformas relacionadas com o mercado de energia elétrica; [\(Incluído pelo Decreto nº 11.835, de 2023\)](#)
 - c) educacionais; [\(Incluído pelo Decreto nº 11.835, de 2023\)](#)
 - d) de certificação de energia; [\(Incluído pelo Decreto nº 11.835, de 2023\)](#)
 - e) de tecnologia; e [\(Incluído pelo Decreto nº 11.835, de 2023\)](#)
 - f) demais atividades compatíveis com as atribuições da CCEE;

[...]

§ 3º As operações realizadas no âmbito da CCEE deverão ser objeto de auditoria independente, nos termos da convenção de comercialização.

Já a Resolução Normativa ANEEL nº 109/2004

Art. 3º Compete ao Poder Concedente a autorização e à ANEEL a regulamentação e a fiscalização da CCEE.

§ 1º Inclui-se no escopo da regulamentação a definição ou a aprovação das Regras e Procedimentos de Comercialização e das penalidades aplicáveis. (Renumerado do Parágrafo único, pela REN ANEEL 545, de 16.04.2013.)

§ 2º À ANEEL incumbe rever os atos praticados no âmbito da CCEE, de ofício ou mediante a interposição de pedido de impugnação, conforme disposto em regulamentação específica. (Redação dada pela REN ANEEL 545, de 16.04.2013.)

[...]

Art. 7º Todos os contratos de compra e venda de energia elétrica e respectivas alterações deverão ser registrados na CCEE, independentemente da data de início de suprimento, inclusive para fins de Contabilização e Liquidação Financeira, segundo as condições e prazos previstos em Procedimentos de Comercialização específicos, sem prejuízo de seu registro, aprovação ou homologação pela ANEEL.

§ 1º Os contratos registrados na CCEE não implicam, necessariamente, compromisso de entrega física de energia elétrica por parte dos agentes vendedores, podendo a energia ser entregue por outro agente da CCEE, ressalvando-se, para todos os efeitos, que a responsabilidade contratual pela

entrega da energia continua sendo do agente vendedor referido no contrato. (Redação dada pela REN ANEEL 348 de 06.01.2009.)

§ 2º A CCEE poderá exigir a comprovação da existência e validade dos contratos de que trata o caput.

[...]

Art. 52. Após aprovação pelo Conselho de Administração, a CCEE deverá contratar empresa de auditoria para auditar e certificar os dados, resultados e sistemas dos Processos referidos no art. 28, inciso II, desta Convenção. (Redação dada pela REN ANEEL 348 de 06.01.2009.)

[...]

§ 3º O escopo das auditorias promovidas pela CCEE deverá ser informado pela CCEE à ANEEL, quando das contratações das respectivas empresas de auditoria. (Redação dada pela REN ANEEL 348 de 06.01.2009.)

Verifica-se que a CCEE é responsável pelo registro e contabilização dos contratos, podendo exigir comprovação de sua existência, submetendo ainda este processo de contabilização a auditoria independente e à fiscalização de seus atos pela ANEEL.

Quanto à efetividade das operações, remanescem algumas dúvidas acerca do fluxo financeiro relativo às operações de compra e venda realizadas entre as NET e NEC. A DRJ afirma que não houve demonstração do fluxo financeiro dos pagamentos entre as empresas.

Na impugnação e recurso voluntario, a recorrente afirmou que os montantes contratados bilateralmente são faturados e liquidados nos termos do próprio contrato, conforme excerto abaixo, também disposto no art. 47 do Decreto nº 5.163/2004:

54. Importante ressaltar que somente as sobras e déficits são contabilizadas e liquidadas no mercado de curto prazo, uma vez que os montantes contratados bilateralmente são faturados e liquidados nos termos do próprio contrato de compra e venda de energia elétrica.

22. Importante ressaltar que somente as sobras e déficits são contabilizadas e liquidadas no mercado de curto prazo, uma vez que os montantes contratados bilateralmente são faturados e liquidados nos termos do próprio contrato de compra e venda de energia elétrica.

Por sua vez, a recorrente afirma que houve fluxo financeiro e junta arquivo não paginável para demonstrar suas alegações. Contudo, a DRJ não questionou o fluxo financeiro decorrente da liquidação no MCP, mas sim o do contrato bilateral, cuja informação prestada pela recorrente foi de que eram liquidados conforme os próprios termos, fora do MCP.

Verificando o arquivo não paginável apresentado, não está claro, por exemplo, como ocorreu a liquidação do contrato de venda da NEC para a NET em janeiro/2018 – nº 15460/2018 e o contrato de venda da NET para a NEC – nº 15461/2018, referentes a janeiro de 2018.

Assim, proponho diligência para que a recorrente esclareça se houve liquidação financeira relativamente a cada contrato bilateral objeto do lançamento e mencionado no Anexo 1 (fls. 78/98), juntando os lançamentos contábeis da contabilização das receitas e das liquidações e os extratos bancários e planilhas conciliadas com os valores contratuais.

Adicionalmente, cabe também oficializar a ANEEL e a CCEE acerca da validade e existência dos contratos de compra e venda realizados entre a NET e NEC, em 2018, objeto do presente lançamento, conforme a atribuição dada pelo artigo 56², parágrafo único do Decreto nº 5.163/2004.

Das Receitas Sujeitas ao Regime Especial de Tributação

Neste tópico, subsidiariamente, a recorrente pede a extinção do lançamento na parte que se refere aos recolhimentos nos códigos 2172 e 8109 (Cofins cumulativo e PIS cumulativo). Por sua vez, a DRJ reconheceu a existência dos pagamentos, mas verificou que a recorrente pediu em restituição os valores dos recolhimentos efetuados, que se encontram na situação “valor reservado R.L.”.

Em princípio, os recolhimentos consistem em lançamento por homologação e por serem anteriores ao início do procedimento fiscal, deveriam ser considerados como extinção de pagamento e abatidos do lançamento. Contudo, a utilização de tais valores em pedido de restituição é incompatível com o pedido de extinção do crédito tributário, pois o pedido pressupõe a existência de um indébito tributário.

Assim, solicito à Unidade de Origem que se manifeste acerca da disponibilidade dos recolhimentos nos códigos 8109 e 2172, relativos a janeiro/2018 e fevereiro/2018, no sentido de que eventual decisão do CARF não resulte em aproveitamento em duplicidade.

Diante do exposto, proponho a conversão do julgamento em diligência para que a autoridade fiscal:

1. Intime a recorrente a apresentar a liquidação financeira relativamente a cada contrato bilateral objeto do lançamento e mencionado no Anexo 1 (fls. 78/98), juntando os lançamentos contábeis da contabilização das receitas e das liquidações e os extratos bancários e planilhas conciliadas com os valores contratuais;
2. Oficie a ANEEL e a CCEE, questionando se os contratos de compra e venda realizados entre a NET e NEC, em 2018, objeto do presente lançamento, foram

² Art. 56. Todos os contratos de compra e venda de energia elétrica firmados pelos agentes, seja no ACR ou no ACL, deverão ser registrados na CCEE, segundo as condições e prazos previstos em procedimento de comercialização específico, sem prejuízo de seu registro, aprovação ou homologação pela ANEEL, nos casos aplicáveis.

Parágrafo único. A CCEE poderá exigir a comprovação da existência e validade dos contratos de que trata o **caput**.

considerados inexistentes ou inválidos, conforme a atribuição dada pelo artigo 56³, parágrafo único do Decreto nº 5.163/2004;

3. Esclareça se os recolhimentos nos códigos 2172 e 8109, relativos a janeiro e fevereiro de 2018, foram utilizados em DCOMP e qual a situação atual destas compensações, informando acerca da eventual disponibilidade de valores.

Assinado Digitalmente

PAULO GUILHERME DEROULEDE

³ Art. 56. Todos os contratos de compra e venda de energia elétrica firmados pelos agentes, seja no ACR ou no ACL, deverão ser registrados na CCEE, segundo as condições e prazos previstos em procedimento de comercialização específico, sem prejuízo de seu registro, aprovação ou homologação pela ANEEL, nos casos aplicáveis.

Parágrafo único. A CCEE poderá exigir a comprovação da existência e validade dos contratos de que trata o **caput**.