



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16561.720058/2021-91
ACÓRDÃO	1302-007.128 – 1ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	16 de maio de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S.A.
RECORRIDA	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2017, 2018, 2019

NULIDADE. AMPLA DEFESA.

São nulas as decisões proferidas com preterição do direito de defesa.

DECISÃO. REQUISITOS.

A decisão conterà relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, para reconhecer a nulidade da decisão de primeira instância e determinar o retorno dos autos à Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil, para que seja proferida nova decisão, com o enfrentamento de todas as matérias contidas na Impugnação apresentada nos autos, nos termos do relatório e voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Wilson Kazumi Nakayama, Maria Angélica Echer Ferreira Feijó, Marcelo Oliveira, Henrique Nimer Chamas, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira (suplente convocado), Paulo Henrique Silva Figueiredo (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário (RV), fls. 08164/08300¹, interposto contra decisão de primeira instância, proferida por Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, fls. 08087/08157, que decidiu pela improcedência da impugnação do contribuinte, nos seguintes termos:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2017, 2018, 2019

INVESTIMENTOS EM PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS. **ÁGIO**. FUNDAMENTOS.

A definição da parcela do ágio que deverá ser identificada como resultante de cada um dos fundamentos econômicos não é de livre escolha do contribuinte. Adquirida uma participação societária com ágio, o primeiro passo é saber se há uma diferença entre o valor atual, de mercado, dos bens do ativo e o custo histórico que está registrado na contabilidade da controlada ou coligada. Para isso, é necessário proceder a uma avaliação atualizada desses bens. Somente depois de identificada e alocada essa parcela referente à diferença entre o valor de mercado e o valor histórico de registro é que se pode constatar se há um valor remanescente, esse sim referente ao ágio por expectativa de rentabilidade futura (ou goodwill).

ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE. TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

O ágio gerado em operações societárias, para ser eficaz perante o Fisco, deve decorrer de atos econômicos efetivamente existentes. A geração de ágio de forma interna, ou seja, dentro do mesmo grupo econômico, sem qualquer lógica comercial, sem alteração do controle das sociedades envolvidas e sem qualquer desembolso constitui prova da artificialidade do ágio e torna inválida sua amortização. A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas. Não há previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei nº

¹ Numeração conforme arquivo pdf.

9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência de ágio por meio de interposta pessoa da empresa que pagou o ágio para a aquela que o amortizar, sendo indevida a amortização do ágio.

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO CONTÁBIL. BASE DE CÁLCULO DA CSLL. DEDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Em que pese a referência feita, em algumas das disposições, ao lucro real, e o disposto nos Arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, o preconizado pelos Arts. 22, 23, 25 e 33 do Decreto-Lei nº 1.598/77 deixam claro que, para fins fiscais, os efeitos decorrentes da aplicação do método da equivalência patrimonial nas contas de resultado só devem ser considerados na baixa do investimento. Assim, considerado o disposto no art. 2º da Lei nº 7.689, de 1988, não há que se falar em dedutibilidade do ágio amortizado contabilmente da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

ACÓRDÃO

Acordam os membros da 20ª TURMA/DRJ08 de Julgamento, por unanimidade de votos, JULGAR IMPROCEDENTE A IMPUGNAÇÃO, mantendo o crédito tributário em litígio.

Para esclarecimento, a autuação trata de exigência de Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (**IRPJ**) e sua multa exigida isoladamente, fls. 05441, e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (**CSLL**), fls. 05460, relativos a fatos geradores ocorridos nos anos calendários 2017, 2018 e 2019.

A sistemática de apuração dos tributos foi pelo regime do Lucro Real e nos valores já estão incluídos juros de mora e multa de ofício, qualificada, calculados até a data de elaboração do lançamento.

Em síntese, os créditos foram lançados devido a inadimplência tributária com as seguintes justificativas:

- Adições não computadas na apuração do lucro real;
- Exclusões indevidas; e
- Multa: Falta de recolhimento do IRPJ sobre base de cálculo estimada.

A Fiscalização lavrou Termo de Verificação Fiscal (TVF), fls. 05483/05578, onde relata o procedimento fiscal.

Para esclarecimento sobre as razões da Fiscalização, transcreve-se trechos do TVF, conforme consta da decisão recorrida, fls. 08089/08111:

O presente auto de infração constitui crédito tributário em razão de glosa de **amortizações indevidas de ágio** realizadas pelas empresas Eletropaulo Metropolitana (contribuinte), realizadas entre 2017 e 2019.

Os ágios amortizados tiveram origem em operações societárias realizadas entre 1998 e 2016, descritas de forma insuficiente pelo contribuinte durante a Fiscalização, e parte delas detalhadamente descritas pela empresa AES Tiete SA em atendimento a Diligência Vinculada, descrições estas consignadas neste Termo.

Segundo o contribuinte, estas operações societárias teriam dado origem a 3 ágios, denominados **ÁGIO ELPA** e **ÁGIO BRASILIANA**.

Foram identificadas inúmeras irregularidades em todos os ágios, que são adequadamente descritas neste Termo. Em apertado resumo, temos:

a) **ÁGIO ELPA**: originado na aquisição inicial de ações da Eletropaulo Metropolitana por uma empresa holding recém criada **LightGas Ltda**, posteriormente denominada **AES ELPA SA**.

Esta empresa veículo não dispunha de capacidade operacional ou financeira para realizar esta operação, sendo os adquirentes de fato os investidores da empresa Light Serviços de Eletricidade SA (Grupo Light);

b) **ÁGIO BRASILIANA**: o contribuinte alega que, em 2003, foram originados **4 ágios distintos** durante operação societária que teve por objetivo **reestruturar a dívida do Grupo AES no Brasil**, com participação do **BNDES** através de sua empresa subsidiária **BNDESPar**.

O **ÁGIO BRASILIANA** se reveste de um conjunto de ágios criados **simultaneamente de forma artificial pelo Grupo AES** com vistas a localizar ágios ilícitamente em empresas que pudessem posteriormente (em 2006 e em 2015/2016) participar de operações de incorporação para que estes ágios viessem a ser posteriormente amortizados.

A análise do Memorando de entendimento entre **BNDES e AES Corp** deixa claro que as operações societárias de 2003 foram realizadas entre **BNDES e AES Corp**, e resultaram na aquisição de participação societária no **Grupo AES pela BNDESPar**.

Contudo, ao invés do possível ágio ser gerado na empresa **BNDESPar** (empresa **adquirente** das participações societárias - único local possível de nascimento do ágio em questão), as empresas do **Grupo AES** envolvidas em complexa reorganização societária deram origem ilegalmente a quatro ágios em decorrência de reavaliação de empresas holdings intermediárias e de participações societárias de empresas do Grupo AES, **confluindo ilícitamente estes quatro ágios** para a recém-criada empresa holding **Brasiliana Energia**, que logo em 2006 viria a ser inexplicavelmente incorporada por uma de suas holdings subsidiárias, e seria substituída na liderança do Grupo AES no Brasil pela **Companhia Brasileira de Energia**.

Foram ainda realizadas inúmeras operações de reorganização societária em 2006 e em 2015 / 2016, que **transferiram** ilicitamente os ágios já viciados na origem. Todas as operações societárias realizadas, desde as origens dos primeiros ágios até as complexas reorganizações societárias de 2003, 2006 e 2015 / 2016, empregaram exaustivamente meios ilícitos para criação, majoração e transferência de ágios, de modo a criar incorporações artificiais e localizar ilicitamente os ágios em empresas que pudessem ilegalmente amortizá-los.

Nestas operações, foram empregadas empresas holdings localizadas em paraísos fiscais desprovidas de substância ou autonomia, empresas veículo sem substância econômica e sem propósito negocial, transações em etapas sem qualquer propósito econômico, geração de ágio sobre patrimônio líquido negativo, cisões e incorporações quase circulares (que se iniciaram e terminaram na mesma configuração societária ou em configuração bastante semelhante), tudo com vistas a localizar ilicitamente os ágios em posições em que pudessem ter aparência de poder ser amortizados, o que contraria frontalmente o ordenamento jurídico-tributário, trazendo elementos flagrantes de **fraude fiscal e simulação**.

...

1.1 OPERAÇÕES DE REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA REALIZADAS PELO CONTRIBUINTE E POR SEU GRUPO ECONÔMICO

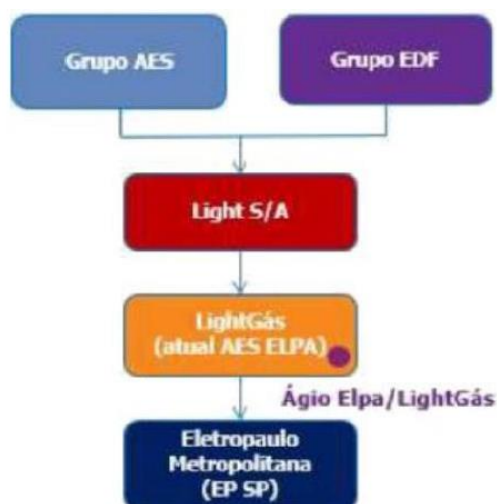
1.1.1 ÁGIO ELPA

Inicia pelo **ÁGIO ELPA**, o qual surge da utilização da **empresa veículo LightGas Ltda**, CNPJ 01.917.705/0001-30 (posteriormente denominada AES ELPA AS), cuja controladora seria a **LIGHT SERVIÇOS DE ELETRICIDADE SA**, com 99,99% da participação acionária. Esta, por sua vez, tinha os seguintes acionistas relevantes:

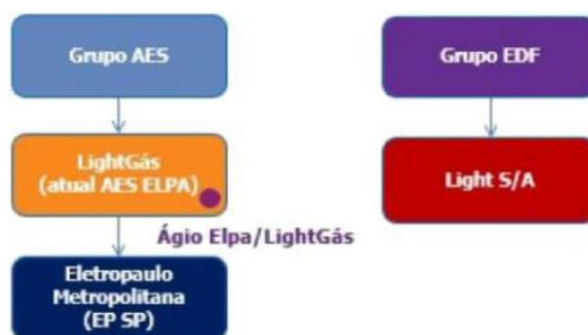
- a) AES Coral Reef Inc, sociedade constituída nas Ilhas Cayman e subsidiária da controladora global do Grupo AES (The AES Corporation), com participação de 11,35%;
- b) EDF International, companhia francesa de energia, com participação de 11,35%;
- c) Houston Industries Energy, companhia norte-americana de energia que no Brasil é controladora da Reliant, com participação de 11,35%;
- d) Companhia Siderúrgica Nacional – CSN, com participação de 7,25%;
- e) Centrais Elétricas Brasileiras SA – Eletrobras, com participação de 14,16%;
- f) BNDES Participações SA – BNDESPar, com participação de 20,21%.

Em 1998, o GRUPO **LIGHT** adquiriu 29.8% do capital social da ELETROPAULO (fiscalizada) e 74,88% do capital votante. Portanto, adquiriu seu **controle**.

Esta operação deu origem ao **ÁGIO ELPA**:



Entre 1999 e 2002, retiraram-se os acionistas CSN e HOUSTON INDUSTRIES ENERGY, e os dividiram-se os GRUPOS AES e EDF, permanecendo o GRUPO AES com o investimento em foco, e o GRUPO EDF, em separado, com a Light SA:



O contribuinte fiscalizado detalhou as operações:

Previamente ao leilão (31/03/1998), foi elaborado **laudo de avaliação** por peritos independentes, indicando que o valor econômico total da Fiscalizada, em dezembro de 1997, era de **R\$ 7.031.807.000,00**, calculado por meio de análise de fluxo de caixa (Doc. 02).

Com base no referido laudo, a **LightGás** (atual AES Elpa) fixou seu preço de licitação para aquisição do investimento de 29,80% no valor de **R\$ 2.026.732.000,00**. Na aquisição, com suporte do laudo de avaliação acima mencionado, a LightGás (atual AES Elpa) **reconheceu um ágio de rentabilidade futura de R\$ 1.378.394.310,863**.

Na época da aquisição, a **LightGás** (atual AES Elpa) era uma subsidiária da Light Serviços de Eletricidade S.A. ("Light S/A"). Na ocasião, a Light S/A era controlada em conjunto pelos Grupos AES e EDF.

Após a aquisição da Fiscalizada pela LightGás, uma reestruturação societária (simplificação societária) foi realizada de modo a permitir que a AES se tornasse a única controladora da Fiscalizada, enquanto o controle societário sobre a Light

S/A (anteriormente detida em conjunto pelo Grupo AES e pelo Grupo EDF) foi transferido para o Grupo EDF.

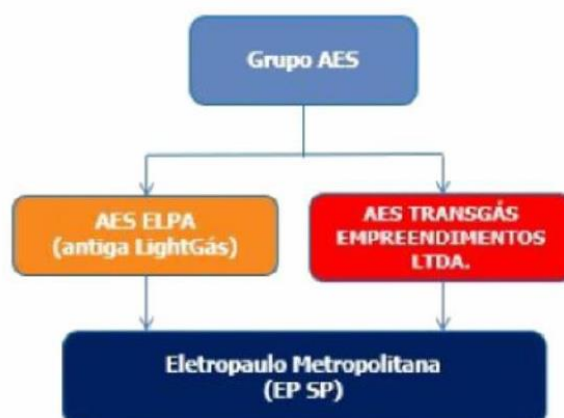
(...)

No que tange ao valor da licitação de **R\$ 2.026.732.000,00**, houve um deságio de R\$ 47.476.000,00, resultando em um pagamento líquido de R\$ 1.979.256.000,00. Para apuração do ágio, foi reduzido do valor líquido a pagar o montante de **R\$ 239.824.000,00**, devido a diferenças entre o balanço de abertura ajustado e seus ajustes complementares, resultando em um ágio de R\$ **1.739.432.000,00**.

Em seguida, tal valor foi acrescido de R\$ **20.009.000,00**, correspondente ao ágio apurado na integração realizada em maio e junho de 1999, totalizando R\$ **1.759.441.000,00**.

Por fim, esse valor foi reduzido em R\$ **381.047.000,00**, correspondente ao excedente dos ativos, resultando em ágio de rentabilidade futura de R\$ 1.378.394.310,96.

Estabeleceu-se, portanto, a seguinte estrutura:



1.1.2 ÁGIO BRASILIANA

O **ÁGIO BRASILIANA** surge em contexto de renegociação de dívidas do GRUPO AES no Brasil, com participação do BNDES:

O primeiro passo da reorganização societária foi a criação de uma nova empresa, a **Brasiliiana Energia SA**, que seria a holding do Grupo AES/BNDES no Brasil.

Esta estrutura duraria pouco tempo, e já em 2006 a estrutura arquitetada em 2003 seria desfeita.

Logo após a criação da Brasiliiana Energia SA, a empresa **AES CEMIG Empreendimentos II Ltd** realiza aumento de capital na Brasiliiana Energia SA, integralizando sua participação com **ações que detinha da Eletropaulo Metropolitana**.

A referida integralização de capital não respeitou o valor patrimonial das ações, sendo recebidas as ações por valor maior do que o Patrimônio Líquido

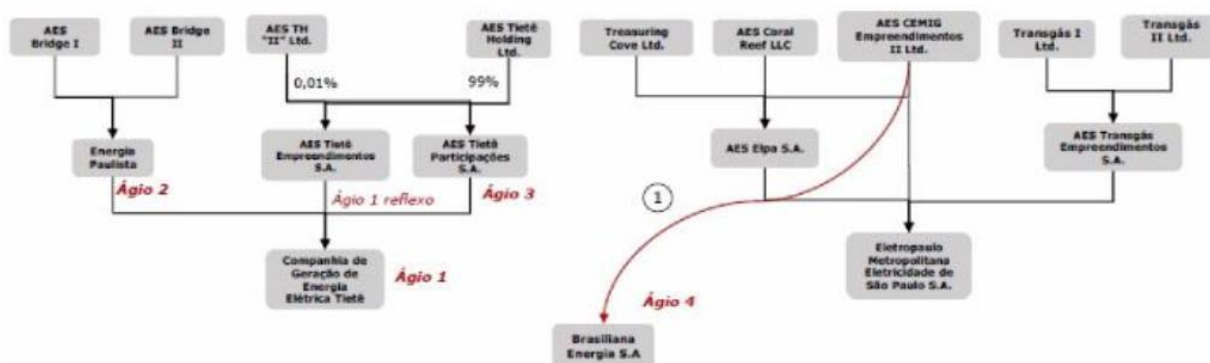
correspondente da Eletropaulo Metropolitana. Isto fez nascer o Ágio 4, que é o primeiro dos ágios que compõem o **ÁGIO BRASILIANA**, nascido na empresa Brasileira Energia SA.

É importante notar que não houve aquisição de participações societárias nesta operação.

Ao contrário, tratou-se tão somente de uma reestruturação interna do Grupo AES, tendo o **ÁGIO 4** nascido de uma avaliação de participações societárias acima do valor patrimonial realizada pelo próprio Grupo AES.

Houve, sim, um compartilhamento do controle de todo o Grupo AES entre AES Corp e BNDESPar.

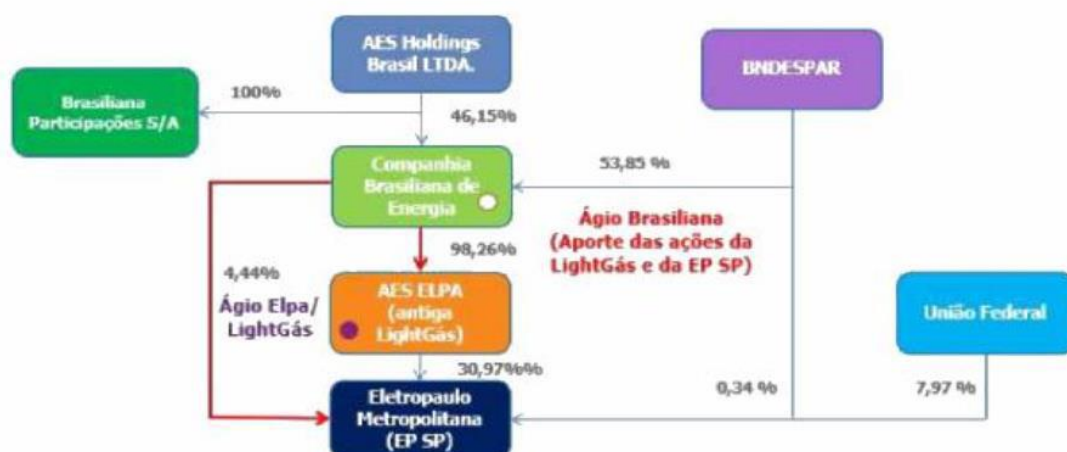
Ainda assim, este compartilhamento ocorreu na liderança do Grupo Econômico no Brasil. As reorganizações internas, aqui analisadas, foram **todas realizadas dentro do Grupo**, sendo que os ágios foram ilicitamente localizados em empresas holdings intermediárias do Grupo AES/BNDES, **para que estes ágios pudessem ser indevidamente amortizados no futuro**.



Na mesma época, prosseguindo a reorganização societária, a nova empresa Brasileira Energia SA **recebeu mais um aumento de capital**, dando origem ao que o Grupo AES denomina **ágio 5**, que se soma ao **ágio 4** para ampliar o **ÁGIO BRASILIANA**.

O aumento de capital foi integralizado da seguinte forma:

- a) a empresa Treasuring Cove Ltd confere ao capital da Brasileira Energia SA **ações que detinha da AES Elpa**;
- b) a empresa AES Coral Reef Ltd confere ao capital da Brasileira Energia SA **ações que detinha da Elpa**, acompanhada de dividendos;
- c) a empresa AES CEMIG Empreendimentos II Ltd confere ao capital da Brasileira Energia SA **ações que detinha da Elpa**, acompanhada de dividendos; além de também conferir ações da Eletropaulo Metropolitana.



(...)

Além das participações societárias já mencionadas, utilizadas para realizar aumento de capital na Brasileira Energia SA, diversas empresas holdings do Grupo AES transferiram participações societárias e dívidas para a Brasileira Energia SA.

Novamente as transferências de participações societárias e ágio foi feita a valores superiores aos valores patrimoniais, gerando as parcelas de ágio que o Grupo AES denomina ágio 6 e ágio 7, ambos se somando e aumentando novamente o montante do que o contribuinte denomina ÁGIO BRASILIANA.

(...)

Por fim, a **Brasileira Energia SA** se torna a empresa líder do Grupo AES no Brasil, tendo como sócios a AES Corp com 46,15% do capital, e a BNDSPar com 53,85% do capital. Contudo, o **controle acionário** permaneceu com a AES Corp, por deter a maioria das ações com direito a voto.

O contribuinte explica:

Em 22/12/2003, foi aprovado aumento de capital da Tours Holding S/A, posteriormente denominada Brasileira Energia S/A (CNPJ/ME nº 05.482.166/0001-05), subscrito por meio do aporte das ações da LightGás (atual AES Elpa) e das ações da Fiscalizada na referida sociedade.

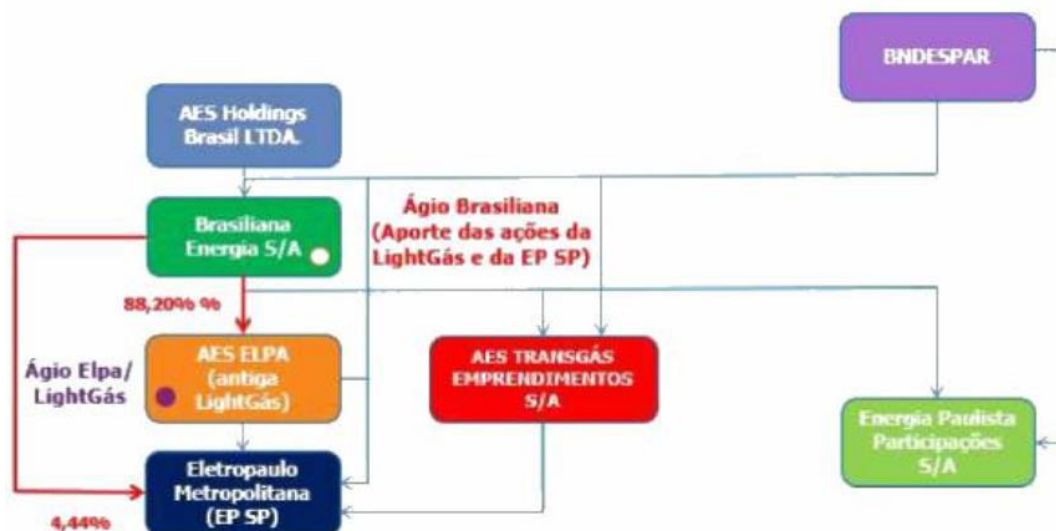
Neste contexto, a Tours Holding S/A (Brasileira Energia S/A) (Doc. 03):

(i) recebeu 88,20% das ações da LightGás (atual AES Elpa), avaliada por R\$ 133.057.101,60; À época, o patrimônio líquido da LightGás (atual AES Elpa) era negativo e, proporcionalmente, representava R\$ 488.365.000,00, resultando no reconhecimento de R\$ 621.421.724,14 como ágio por rentabilidade futura;

(ii) recebeu 4,44% das ações da Fiscalizada, avaliada pelo valor de R\$ 138.407.332,60. A Fiscalizada tinha um patrimônio líquido proporcional de R\$ 97.351.000,00 **resultando no registro de ágio no montante de R\$ 41.056.000,00;**
e

(iii) assumiu a dívida no valor de R\$ 2.013.403.010,69 da AES Transgás e a dívida no valor de R\$ 2.071.985.655,84 da AES Elpa junto ao BNDES. O BNDES converteu parte do crédito detido contra a Tours Holding S/A (Brasiliana Energia S/A) em aporte de capital em 2006. (negritamos)

Após a Reestruturação das Dívidas:



A autoridade, por sua vez, questiona o reconhecimento dos ágios:

a criação de ágios nas empresas hierarquicamente inferiores não corresponde à verdade dos fatos, visto que a operação que efetivamente ocorreu foi uma transferência de parte do Grupo AES para o BNDES, através de sua empresa de participações BNDESPar.

Sendo assim, a transação ocorrida em 2003 teve como parte vendedora a AES Corp, e como parte compradora a BNDESPar.

Se algum ágio não interno tiver sido gerado nestas operações, só pode ser na empresa compradora, ou seja, BNDESPar, e nunca nas empresas controladas do Grupo AES (certamente não na Brasiliana Energia SA).

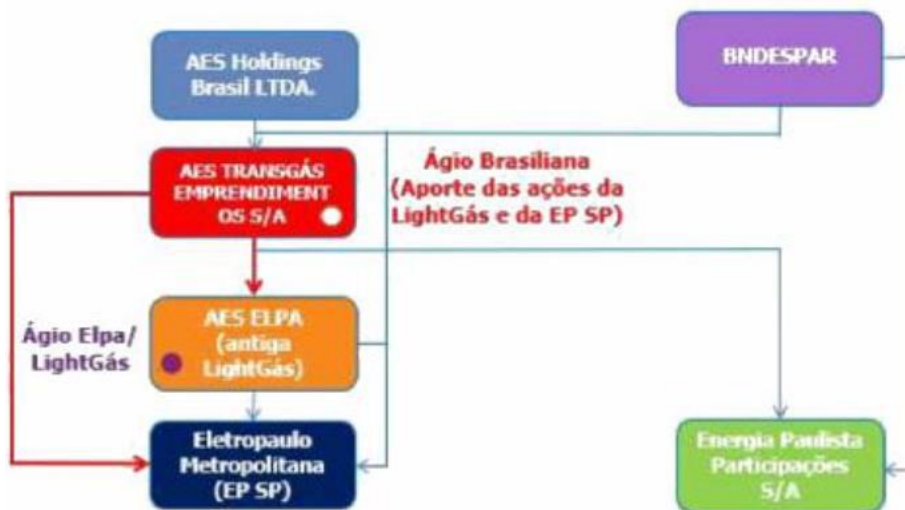
O que se observa, na verdade, é a ocorrência de uma transação entre AES Corp e BNDESPar correspondente à transferência de 53,85% das ações do Grupo AES no Brasil.

Contudo, esta operação foi "inflada" através de um "emaranhado" de operações societárias, todas realizadas acima de seus valores patrimoniais, com o objetivo único de localizar ilicitamente ágios dentro do próprio Grupo AES. (negritamos)

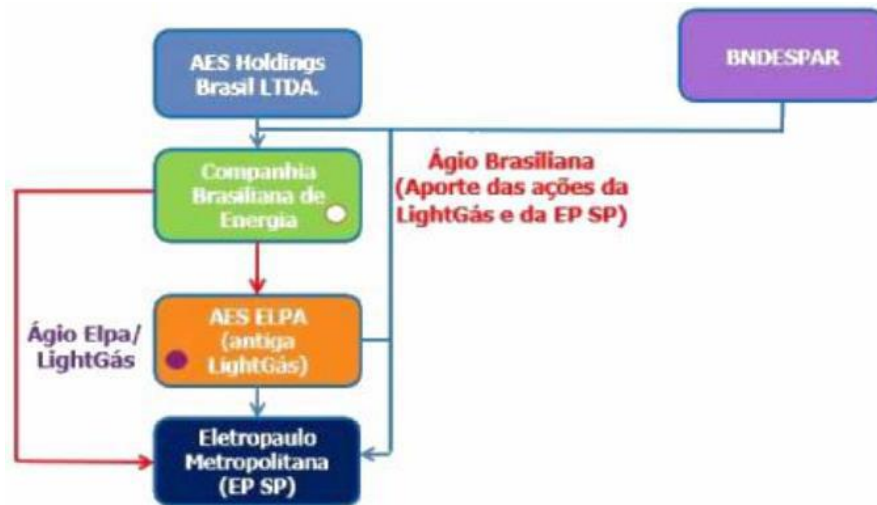
Assim, destaca que, ainda que não houvesse mácula na criação do ágio em operações intragrupo, a parte independente, finalmente, seria o BNDESPar, a quem caberia eventual reconhecimento de ágio, na sua posição de adquirente do investimento.

Em 2006, ocorreram uma série de reorganizações societárias, com quadro de participação societária idêntico antes e depois das operações.

Todavia, no processo, a BRASILIANA foi incorporada pela AES TRANSGAS EMPREENDIMENTOS SA, CNPJ 02.625.222/0001-25, em manobra que viabilizaria formalmente a transferência do ágio anteriormente reconhecido:



Em seguida, a ENERGIA PAULISTA PARTICIPAÇÕES SA incorpora a AES TRANSGAS EMPREENDIMENTOS SA,



Em que a autoridade interpreta:

A alteração de razão social da Energia Paulista Participações SA para Companhia Brasileira de Energia deixa patente a intenção do contribuinte desde o início da reorganização societária de 2006: nunca se pretendeu alterar o controle do Grupo, mas tão somente mover as estruturas societárias de forma que os ágios anteriormente gerados ilicitamente na Brasiliana Energia SA e em outras empresas do Grupo AES/BNDES fossem consolidados em uma única empresa e, através de incorporações que embutem simulação e fraude fiscal, dar a aparência de se tratar de ágios passíveis de serem amortizados. (negritamos e sublinhamos)

1.1.3 REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS DE 2015

Iniciam-se as reorganizações com a constituição da AES BRAZILIAN ENERGY HOLDINGS LTDA, cuja integralização se deu com a transferência dos ÁGIO BRASILIANA pela COMPANHIA BRASILIANA.

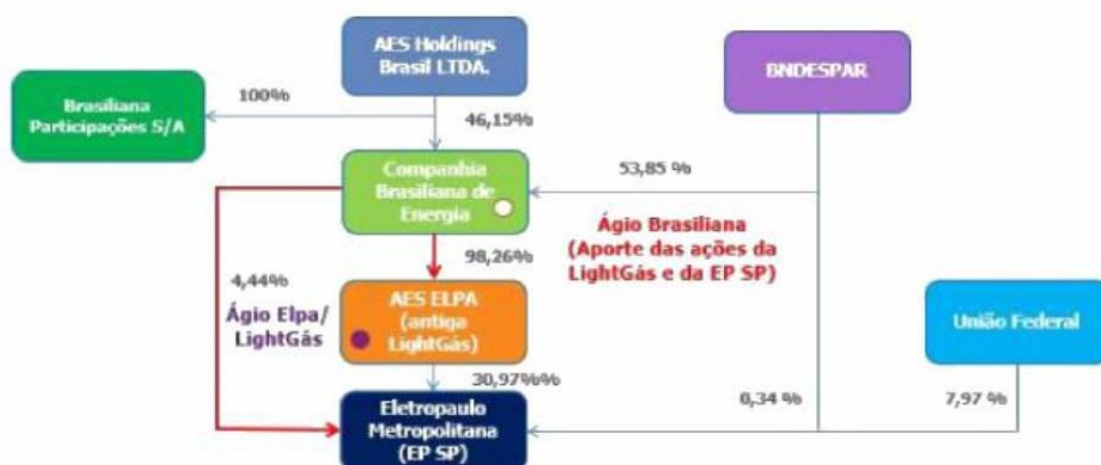
Em seguida, a AES BRAZILIAN ENERGY HOLDINGS LTDA é incorporada pela AES TIETE SA.

Ato contínuo, a COMPANHIA BRASILIANA realiza cisão parcial, que origina as empresas BRASILIANA PARTICIPAÇÕES e COMPANHIA BRASILIANA DE ENERGIA (inicialmente BRASILIANA II).

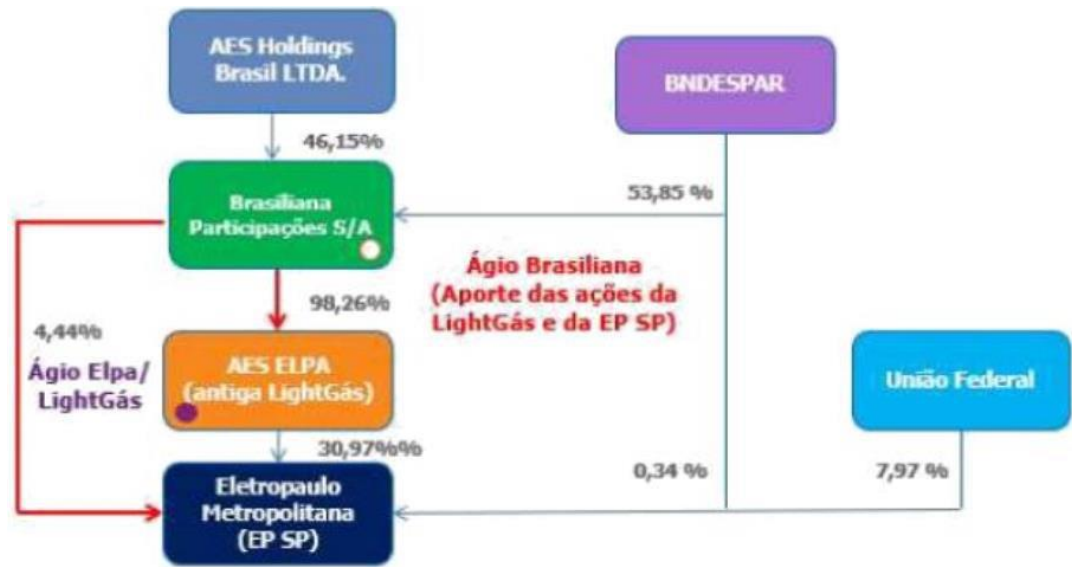
O contribuinte teceu a seguinte narrativa:

Em 21/09/2015, houve a cisão da Companhia Brasileira de Energia (CNPJ/ME n' 04.128.563/0001-10) com a versão do patrimônio cindido à Brasileira Participações S/A (CNPJ/ME n' 08.773.191/0001-36), que passou a deter o investimento na Fiscalizada e na AES Elpa S/A (CNPJ/ME n' 01.917.705/0001-30), juntamente com o respectivo ágio (Doc. 07):

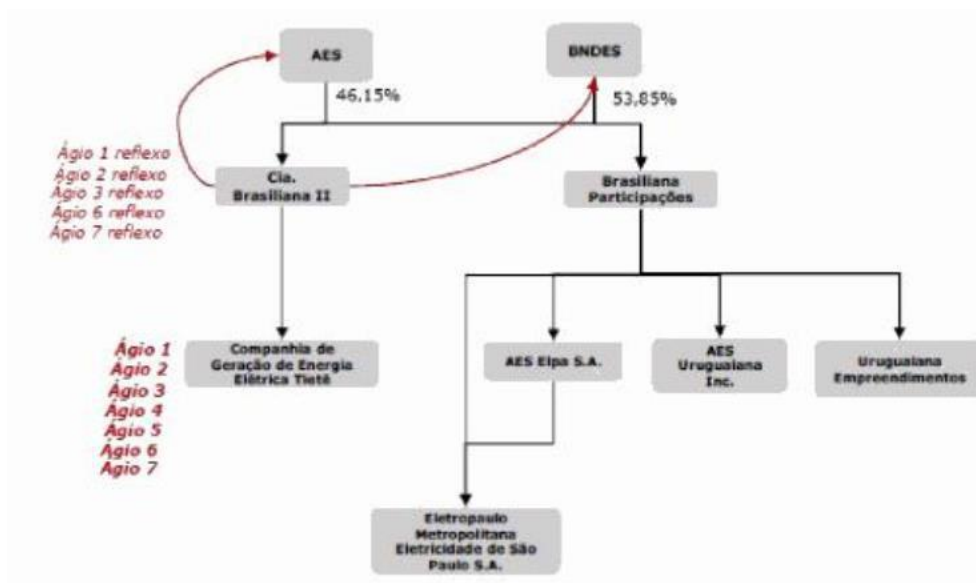
Estrutura Societária Antes da Cisão e Incorporação



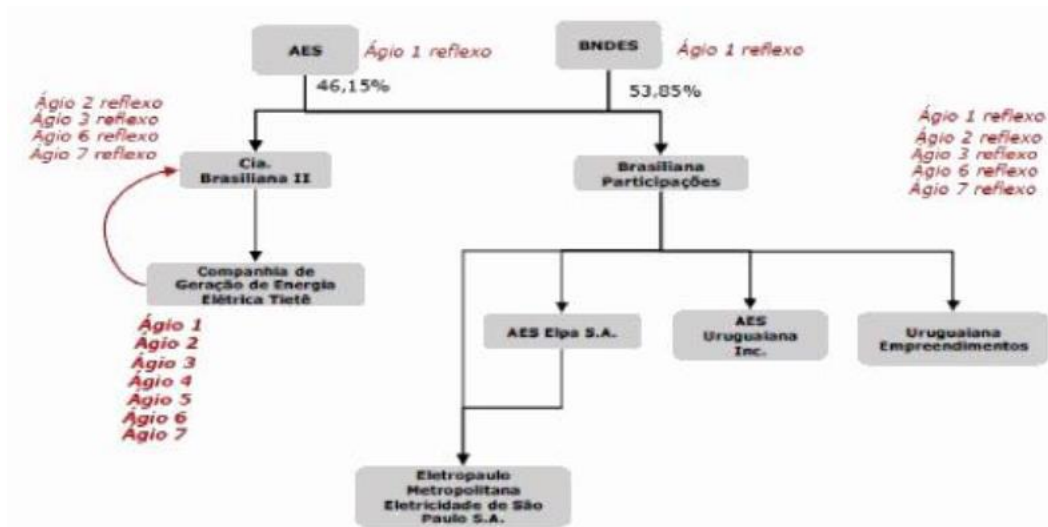
Estrutura Societária Após a Cisão e Incorporação



Narra a ocorrência de uma redução de capital na BRASILIANA II, com reversão de patrimônio aos sócios AES CORP e BNDSPAR.



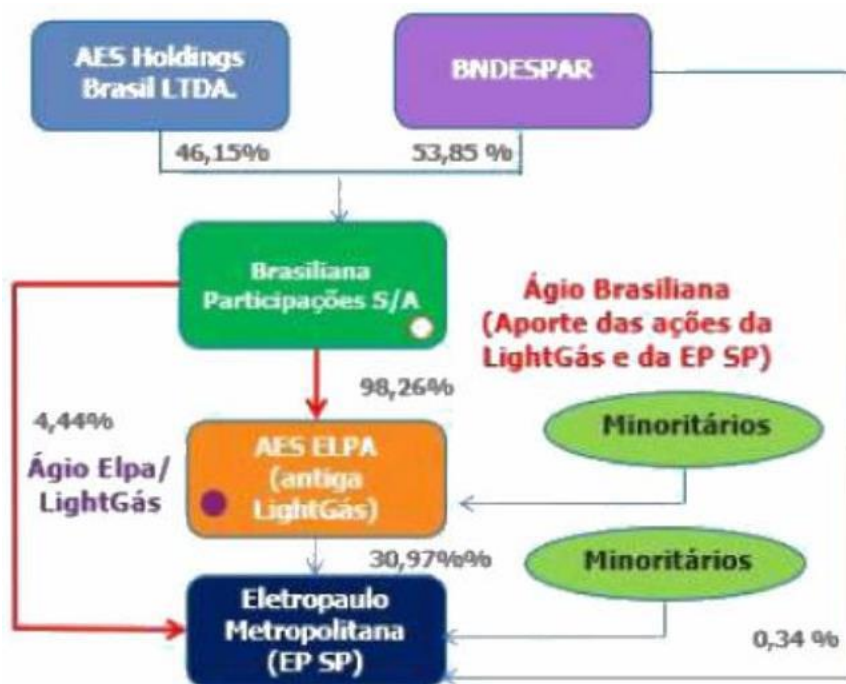
Por fim, a BRASILIANA II (COMPANHIA DE ENERGIA) incorpora a AES TIETE S A (COMPANHIA DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA TIETE), e tem sua razão social alterada para AES TIETE ENERGIA SA.



1.1.4 REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS DE 2016

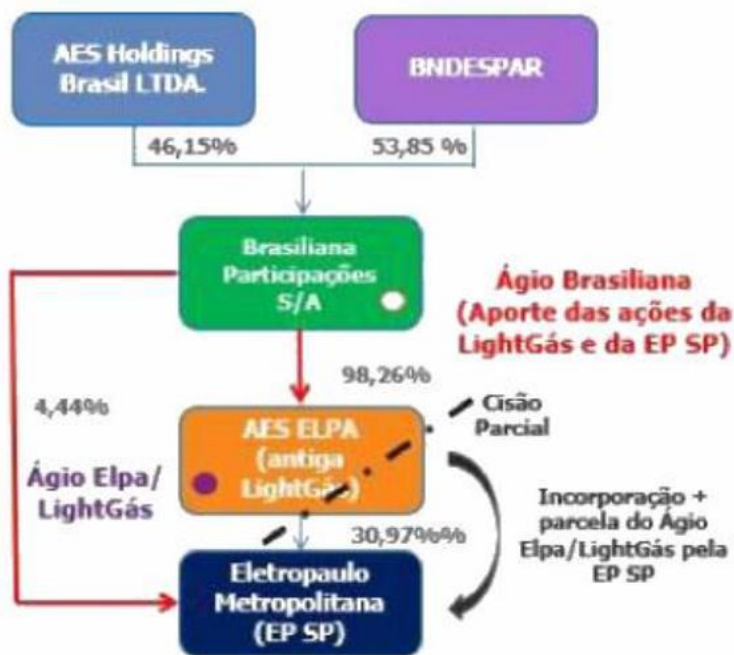
Detalhou a autoridade:

Estrutura Societária Antes da Restruturação Societária

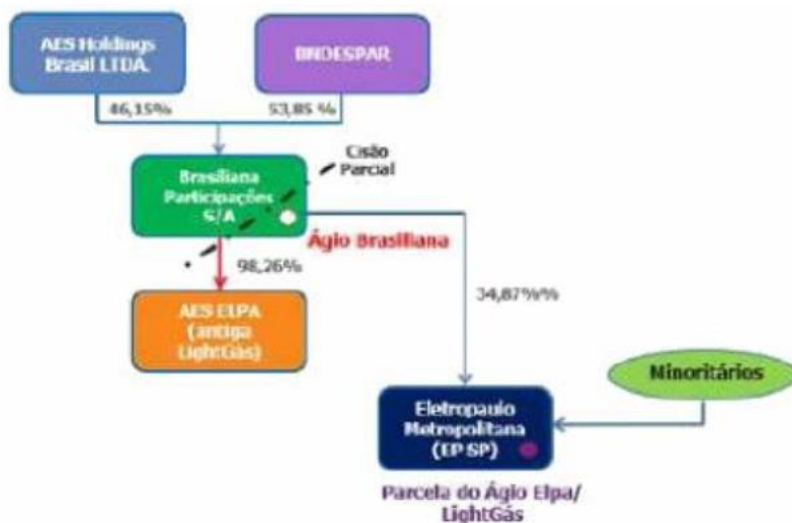


A reestruturação societária de 2016 compreendeu as seguintes etapas (Doc. 08):

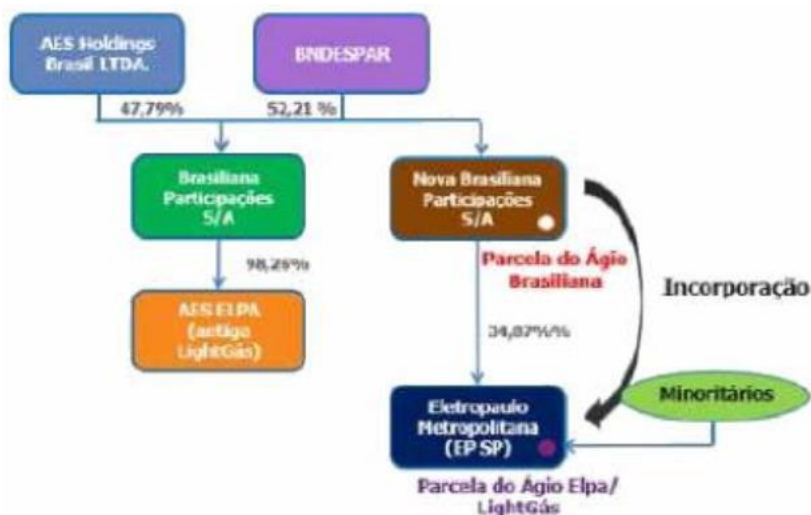
(i) Em 23/11/2016, cisão parcial da AES Elpa (antiga LightGás), com a incorporação do acervo cindido pela Fiscalizada, compreendendo o investimento detido pela empresa na Fiscalizada e o ágio Elpa.



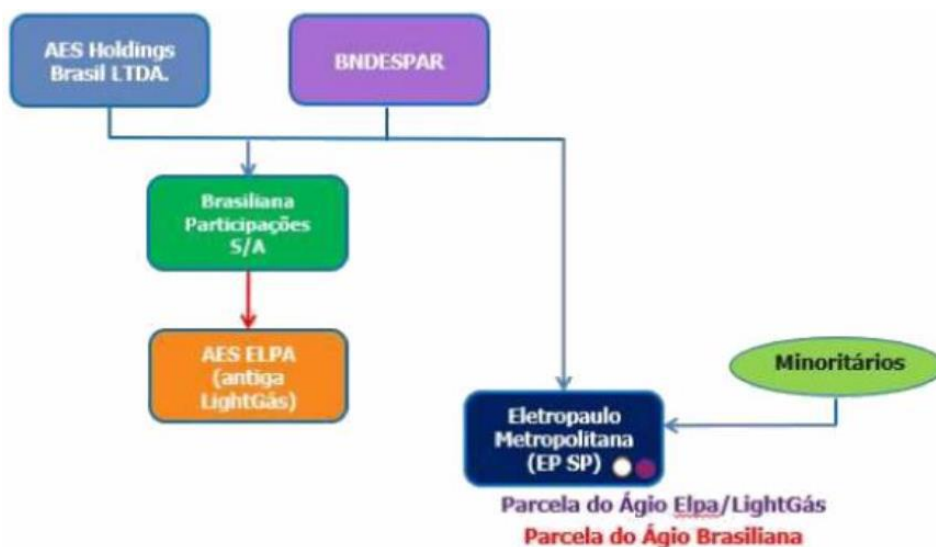
(ii) Em 23/11/2016, houve a cisão da Brasileira Participações S/A (CNPJ/ME nº 08.773.191/0001-36), juntamente com o respectivo ágio, sendo a parcela cindida incorporada pela Nova Brasileira Participações S/A (CNPJ 26.083.443/0001-87). Por fim, a Nova Brasileira Participações S/A é incorporada pela Fiscalizada.



DOCUMENTO VALIDADO



Estrutura Societária Após a Cisão da Nova Brasileira e Incorporação do Acervo Cindido pela Fiscalizada



Após a reestruturação, a Fiscalizada passou a deter o ágio Elpa e o ágio Brasileira e, a partir de janeiro de 2017, passou a amortizá-los da seguinte forma (Doc_Comprobatórios.zip – Doc. 09):

(i) A parcela do ágio Elpa e ágio Brasileira **que já havia sido amortizada para fins contábeis** (sem impacto fiscal), passou a ser amortizada para fins fiscais no período de 5 anos (R\$ 862.824.445,19 para o ágio Elpa e R\$ 354.420.019,86 para o ágio Brasileira).

(ii) A parcela do ágio Elpa e ágio Brasileira **que ainda não havia sido amortizada para fins contábeis**, passou a ser amortizada para fins fiscais de acordo com o prazo remanescente da concessão pública detida pela Fiscalizada (R\$ 515.569.865,67 para o ágio Elpa e R\$ 308.057.972,59 para ágio Brasileira)."

1.2 DETALHAMENTO DAS INFRAÇÕES

Em seguida, a autoridade desmembra as operações, por ágio e por empresa, **destacando o caráter simulado das operações**, tecidos com o intuito de gerar as deduções ao lucro tributável e diminuir a base de cálculo dos tributos.

Foca na falta de autonomia e capacidade patrimonial das empresas formalmente indicadas como investidoras, assim como empresas holding intermediárias sediadas em paraísos fiscais, utilizadas nas operações, em que tais empresas se resumem a caixas postais representadas por uma única pessoa.

1.2.1 REAIS INVESTIDORES E EMPRESA VEÍCULO – ÁGIO ELPA

Em análise dos fatos, é demonstrado que o **ÁGIO ELPA** pertence aos seus **reais investidores**, ou seja, aqueles que aportaram os recursos, que já teriam escriturado o ágio como investimento e utilizado como custo para apuração de ganho de capital:

Quando a LightGas Ltda adquire formalmente as participações societárias da Eletropaulo Metropo litana, ocorre o registro contábil desta operação **segregado entre Investimentos e Ágio**, totalizando R\$ 2.026.732.000,00.

Contudo, esta operação foi viabilizada por meio de capitalização da LightGas Ltda feita pela Light Serviços de Eletricidade SA.

Dessa forma, enquanto a LightGas Ltda deve demonstrar a contabilização de participações na Eletropaulo Metropolitana totalizando R\$ 2.026.732.000,00 mais dividida entre investimentos e ágio, a Light Serviços de Eletricidade SA demonstrará em sua contabilidade a participação societária na LightGas Ltda no valor aproximado de R\$ 2.026.732.000,00 em razão da capitalização realizada.

Por sua vez, os recursos utilizados pela Light Serviços de Eletricidade SA para capitalizar a LightGas Ltda foram por ela recebidos de seus investidores (AES, EDF, Houston Industrial Energy e CSN).

Sendo assim, os montantes correspondentes à participação de cada investidor foram adicionados às contas contábeis de Investimentos de cada um, de acordo com a capitalização feita na Light Serviços de Eletricidade SA para que esta capitalizasse a LightGas Ltda.

Quando a Houston Industrial Energy e a CSN se desligam de suas condições de investidores, os valores capitalizados na Light Serviços de Eletricidade SA são integralmente utilizados como custo para abater o valor que tenha sido apurado a título de ganho de capital na transferência de participações societárias.

Dessa forma, o que aparece na contabilidade da LightGas Ltda como ágio na aquisição de participações societárias da Eletropaulo Metropolitana, é refletido na contabilidade da Houston Industrial Energy e da CSN como Investimentos, e utilizado como custo de aquisição na apuração de ganho de capital.

Dessa forma, o que se observa no caso concreto, em decorrência de simples análise contábil, é que o suposto ágio é aproveitado pelos reais investidores e

serve para abater o ganho de capital no momento em que CSN e Houston Industrial Energy deixam seus investimentos na Eletropaulo Metropolitana.

Raciocínio similar vale também para as operações subsequentes. Após a retirada de CSN e Houston Industrial Energy, o Grupo AES e o Grupo EDF realizam uma troca de ações da Light e da Eletropaulo Metropolitana, de forma que a Light Serviços de Eletricidade SA passa a ser integralmente controlada pelo Grupo EDF, enquanto a Eletropaulo Metropolitana passa a ser completamente controlada pelo Grupo AES.

Novamente a troca de ações leva a uma necessária apuração de ganho de capital em operações com participações societárias, e o total investido pelos Grupos AES e EDF deve ser considerado como custo nesta apuração de ganho.

Seja o investimento mantido como Investimento propriamente dito ou como ágio na LightGas Ltda, para o Grupo AES e para o Grupo EDF estes valores são contabilmente Investimentos, pois decorrem de capitalização feita na Light Serviços de Eletricidade SA, e entram como custo de participações societárias na apuração de ganho de capital decorrente da relação de troca de ações, ainda que não tenha sido apurado ganho efetivo.

Sendo assim, como se observa da análise contábil dos mecanismos de registro e controle de Investimentos, ainda que a aquisição das participações societárias da Eletropaulo Metropolitana não estivesse maculada pelo uso indiscriminado de empresas veículo e realização de operações societárias simuladas, o valor total investido (seja registrado na forma de investimento ou seja registrado na forma de ágio) já foi integralmente utilizado como custo na apuração de ganhos de capital em transferências de participações societárias, **não sendo possível posterior amortização ou transferência de ágio. (negritamos)**

Nisto, a LIGHTGAS LTDA (AES ELPA SA) seria mera **empresa veículo**, sequer sendo titular do ágio pago.

Não obstante, a série de complexas operações societárias transferiram os ágios com o objetivo de obter vantagens tributárias descabidas:

Analisando-se os fatos, o que ocorre de fato é que a AES ELPA SA transfere suas participações societárias da Eletropaulo Metropolitana para os controladores de fato do Grupo AES: AES Holdings Brasil Ltda e BNDESPar.

Contudo, o Grupo AES **ardilosamente** planejou e executou operações simuladas de cisão e posterior incorporação, de modo a separar as participações societárias e os ágios a elas correspondentes, de forma a ilícitamente transferir os ágios, e neste caso em especial o ÁGIO ELPA, para a contabilidade da Eletropaulo Metropolitana

Não ocorreu, a qualquer instante, a confusão patrimonial entre o investimento e os reais investidores.

1.2.2 ÁGIO BRASILIANA

Inicialmente, fez-se o esclarecimento quanto ao Memorando de Entendimento que capitaneou as operações geradoras dos ágios:

Primeiramente, é importante deixar claro que compareceram no Memorando de Entendimento entre Grupo AES e BNDES, pelo lado do BNDES, o próprio Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), CNPJ 33.657.248/0001-89, e a sua empresa subsidiária de participações BNDES Participações SA (BNDESPar), CNPJ 00.383.281/0001-09.

Já pelo lado do Grupo AES, comparecem no Memorando de Entendimento a líder do grupo THE AES CORPORATION, com sede nos Estados Unidos, no Estado da Virginia, na época não inscrita no CNPJ.

Também compareceram no Memorando de Entendimento, pelo lado do Grupo AES, as seguintes empresas:

- a) AES International Holdings II Ltd, com sede nas Ilhas Virgens Britânicas;
- b) AES South American Holdings Ltd, com sede nas Ilhas Cayman;
- c) AES Transgas I Ltd, com sede nas Ilhas Cayman;
- d) AES Transgas II Ltd, com sede nas Ilhas Cayman;
- e) CEMIG Empreendimentos II Ltd, com sede nas Ilhas Cayman;
- f) AES Cayman I Ltd, com sede nas Ilhas Cayman;
- g) AES Cayman II, com sede nas Ilhas Cayman;
- h) AES Treasure Cove Ltd, com sede nas Ilhas Cayman
- i) AES Coral Reef LLC, com sede nas Ilhas Cayman;
- j) AES International Holdings Ltd, com sede nas Ilhas Virgens Britânicas;
- k) AES Bridge I Ltd, com sede nas Ilhas Cayman.
- l) AES Uruguaiana Inc, com sede nas Ilhas Cayman;
- m) AES Tiete Holdings Ltd, com sede nas Ilhas Cayman;
- n) AES Tiete Participações Ltda (posteriormente transformada em SA), com sede em São Paulo;
- o) AES Tiete Empreendimentos Ltda, com sede em São Paulo;
- p) Energia Paulista Participações SA, com sede em São Paulo;
- q) ELPA SA, com sede em São Paulo;
- r) AES Transgas Ltda, com sede em São Paulo.

Observe-se, desde logo, que o Memorando de Entendimento, ainda que relacione todas as empresas acima do Grupo AES, as denomina unicamente, em conjunto, como Grupo AES, **não havendo qualquer expressão individual de vontade destas empresas.**

Ao contrário, a vontade claramente expressa no Memorando de Entendimentos é do Grupo AES, por meio de sua controladora, e primeira empresa a figurar no Memorando, THE AES CORPORATION.

Compreendida esta realidade, é possível corroborá-la analisando-se as assinaturas ao final do Memorando de Entendimento, onde a mesma pessoa que assina pela THE AES CORPORATION também assina pelas demais empresas do Grupo AES com sede nas Ilhas Virgens Britânicas e nas Ilhas Cayman.

Reforça este entendimento o fato de que todas as empresas localizadas nas Ilhas Virgens Britânicas e nas Ilhas Cayman não passam de meras caixas postais, conforme se observa da leitura dos endereços na qualificação das empresas constante do Memorando, todas indicando "PO Box", e endereço localizado no Edifício do serviço postal local.

(...)

As empresas sediadas no Brasil, ainda que apresentem assinaturas de outras pessoas, também são meros instrumentos dos interesses da THE AES CORPORATION.

Dentre estas empresas, a AES Tiete Empreendimentos Ltda, a AES Tiete Participações Ltda e a Energia Paulista Participações SA já foram analisadas em Capítulos anteriores, e também se comportam como braços dos interesses da THE AES CORPORATION, muitas vezes inclusive sendo utilizadas como empresas veículo, conforme descrito no Capítulo 6 deste Termo.

A ELPA SA, por ser uma Companhia de capital aberto listada na Bovespa, apresenta uma estrutura mais complexa.

Contudo, analisando em maior detalhe as operações da ELPA SA, incluindo Demonstrações Financeiras e Formulário de Referência apresentados à Comissão de Valores Mobiliários (CVM), verifica-se que a empresa não apresenta receita de operações próprias, obtendo tão somente resultados oriundos de equivalência patrimonial decorrente de participação societária na Eletropaulo Metropolitana.

Esta análise demonstra que todas as empresas do Grupo AES, desde as meras holdings de "fachada" localizadas em "PO Box" em paraísos fiscais, até as empresas localizadas no Brasil, **são meros instrumentos societários da THE AES CORPORATION.**

(...)

O Memorando ainda prevê um pagamento inicial que deve ser feito pela AES Corp ao BNDES, no valor de 85 milhões de dólares, abrindo a possibilidade de que este pagamento seja efetivado por qualquer de suas subsidiárias. Resta claro, da leitura do Memorando, que a obrigação de pagar ali descrita é da AES Corp, podendo ser operacionalizada por meio de uma de suas subsidiárias, até porque, conforme já exaustivamente aqui demonstrado, a AES Corp exerce total controle

de todas as suas controladas, sendo algumas delas (as não operacionais) meros fantoches societários utilizados pela AES Corp.

Cabe esclarecer, a este ponto, que o pagamento feito pela AES Corp ao BNDES foi, na realidade, a título de pagamento de dívida, para permitir o prosseguimento da reestruturação da dívida do Grupo AES no Brasil, que culminou pela conversão de dívida em participações societárias, tornando-se a BNDESPar detentora de 53,85% do capital do Grupo AES no Brasil, ficando a AES Corp com 46,15% do capital.

Contudo, conforme descrito no Memorando, a maioria das ações ordinárias ficaram com a AES Corp (Grupo AES), sendo garantidos ao BNDES "alguns direitos", por meio de acordo de acionistas.

A autoridade analisa as negociações e a coerência da reavaliação, assim como seus limites:

Houve, portanto, uma transação efetiva envolvendo participações societárias do Grupo AES.

Contudo, o efetivo vendedor das participações societárias foi a THE AES CORPORATION, e o efetivo comprador destas participações societárias é o BNDES, por meio de sua empresa de participações BNDESPar.

O pagamento pelas participações societárias foi feito pelo BNDES por meio de conversão de dívidas em participações societárias, ou de renegociação de dívidas.

Portanto, é compreensível, e até defensável, que haja uma reavaliação do Grupo AES como um todo, para que haja uma base monetária adequada para esta "venda" de participações societárias da AES Corp para a BNDESPar.

Contudo, é essencial compreender e esclarecer que, no presente caso, o vendedor das participações societárias é de fato a THE AES CORPORATION, e o comprador é a BNDESPar.

Caso, **da reavaliação das empresas do Grupo AES tenha origem algum ágio**, o único ponto legítimo para que este ágio se localize é, então, no comprador das participações societárias, ou seja, na BNDESPar.

Contudo, não foi isto que se verificou. Muito ao contrário, o que se observa na reorganização societária do Grupo AES em 2003 é um **conjunto estruturado e extremamente complexo de operações societárias em série, representando transação em etapas, mediante transferências de participações societárias entre empresas do Grupo AES, todas elas sob o mesmo controle societário da AES Corp, e sempre com valor acima do valor patrimonial, gerando 4 ágios dentro do próprio Grupo AES, que neste Termo denominamos ÁGIO BRASILIANA (Ágios 4, 5, 6 e 7).**

Portanto, os Ágios 4, 5, 6 e 7 (ÁGIO BRASILIANA) são, na realidade, uma coisa só, ou seja, um suposto sobrepreço aceito pelo BNDES, por meio da BNDESPar, na reestruturação da dívida do Grupo AES.

Este sobrepreço decorre, em parte, de mais valia de ativos, e assim deveria ser registrado no comprador, ou seja, na BNDESPar.

Outra parcela decorre da apuração de intangíveis identificáveis, e outra parte ainda de intangíveis representados pelos contratos de concessão das empresas operacionais do Grupo AES. (negritamos)

Ainda, atenta para as regras de reconhecimento do ágio:

Além disso, a legislação tributária e as normas contábeis obrigam a mensuração dos ativos identificáveis, incluindo marcas e contratos de longo prazo, bem como a mais-valia de bens, o que foi injustificadamente descumprido pelo Grupo AES. O registro de ágios na forma de "goodwill" sem antes mensurar e segregar os ativos identificáveis não é aceito pela legislação tributária, e viola frontalmente as normas contábeis, demonstrando completo descaso do Grupo AES com o ordenamento jurídico em vigor, torcendo e moldando as normas em seu benefício ao arrepio do regramento positivo. (negritamos)

Some-se que não houve a confusão patrimonial **exigida legalmente** para a dedutibilidade antecipada do ágio:

Sendo assim, o que se verificou, de fato, foi um conjunto de operações internas ao Grupo AES movimentando participações societárias diretas ou indiretas da AES Tiete SA e da Eletropaulo Metropolitana, criando-se os ágios 4, 5, 6 e 7 (ÁGIO BRASILIANA) nestes movimentos.

Não há necessidade de muito conhecimento técnico para compreender que tanto a AES Tiete SA quanto a Eletropaulo Metropolitana são empresas do setor de energia elétrica do Estado de São Paulo, a primeira geradora e a segunda distribuidora de energia, e encontram-se ambas em plena atividade.

Portanto, não houve, em nenhum momento, extinção destas sociedades por incorporação efetiva.

O que ocorreu foi a simulação, por parte do Grupo do Contribuinte, de um conjunto extremamente complexo de operações societárias, envolvendo incorporações de um infindável número de sociedades sem capacidade operacional própria, **para fazer parecer que estariam atendidos os requisitos do art. 7º da Lei nº 9.532/1997** para amortização dos ágios gerados. (negritamos)

Em tempo, aponta as desnecessárias e complexas operações, que seriam facilmente substituídas pela reavaliação em nível de controladores para concretização das operações para renegociação das dívidas:

Sendo assim, para fins tributários, não há como persistir a transação em etapas, devendo-se considerar os efeitos tão somente das alterações substantivas efetivas entre o início e o final da operação complexa. **E esta alteração é, conforme já relatado, a venda de participações societárias do Grupo AES, tendo como vendedor a THE AES CORPORATION e como comprador a BNDESPar.**

Esta operação, assim considerada, se não maculada por fraude ou simulação, poderia gerar ágio na BNDESPar, não passível de amortização pelas empresas do Grupo AES em nenhuma hipótese, nem mesmo após as intrincadas operações societárias cuidadosamente engendradas entre 2003 e 2015.

Por fim, ressalte-se que os ágios 4, 5, 6 e 7 foram indevidamente gerados no interior do Grupo Econômico do contribuinte, na Brasiliana Energia, quando na realidade, se fosse o caso, o ágio deveria estar localizado na BNDESPar.

Ainda assim, mesmo indevidamente na Brasiliana Energia, os ágios 4, 5, 6 e 7 não são passíveis de amortização, visto que **não houve incorporação (confusão patrimonial)** envolvendo o real detentor das participações societárias e o emitente das participações societárias efetivas. (negritamos)

Em seguida, a autoridade desenvolve as razões para demonstrar o indevido reconhecimento dos ágios 5, 6 e 7 sobre PL negativos, sem qualquer ágio pago ou devido.

Demonstra, então, a falta de substância econômica nas reestruturações de 2003 a 2006, e explica:

Novamente, cabe esclarecer que não há sentido em se reavaliar uma empresa holding intermediária.

Uma reavaliação para fins de combinação de negócios deve levar em conta ativos efetivos. Sendo assim, uma reavaliação de uma holding é, na realidade, uma reavaliação de suas controladas operacionais.

Sendo assim, a própria geração de "goodwill" em holdings procedida pelo contribuinte nas operações de 2003 é absurda. Os ativos efetivos são as empresas AES Tiete SA e Eletropaulo Metropolitana, e não as holdings Energia Paulista, ELPA e demais empresas envolvidas nas operações de 2003.

Mas o objetivo de tudo isso fica claro ao analisar em conjunto as operações de 2003 e 2006: houve deliberada ação para gerar ágios na Brasiliana Energia, para que posteriormente a Brasiliana Energia, supostamente a líder do Grupo, fosse em 2006 incorporada por uma de suas subsidiárias em um pretense novo processo de reorganização, criando a ilusão de atendimento aos requisitos para amortização dos ÁGIOS 6 e 7 que fazem parte do ÁGIO BRASILIANA na Energia Paulista, agora denominada Companhia Brasiliana.

Portanto, o que se observa é simples: a criação de ágios simulados em 2003, e a criação de incorporações sem sentido em 2006, para dar a ilusão de ágios que pudessem ser amortizados.

Contudo, direitos não subsistem sobre atos simulados e fraudes fiscais. Sendo assim, não há como prosperar a amortização de nenhuma parcela do ÁGIO BRASILIANA.

E, quanto às operações de 205 e 2016, destaca a utilização da empresa veículo efêmera, e de operações com o fim de transferir ágio para a ELETROPAULO METROPOLITANA.

Enfim, resume:

O ÁGIO ELPA aqui tratado se origina dos pagamentos efetivos, na aquisição de participações societárias, por um preço superior ao valor patrimonial das ações.

Contudo, o adquirente de fato das participações societárias da Eletropaulo Metropolitana é o Grupo Light através dos investidores da Light Serviços de Eletricidade SA, e nunca a empresa veículo LightGas SA.

Já os ÁGIOS 4, 5, 6 e 7 (ÁGIO BRASILIANA) se originaram de operações internas ao Grupo AES, na integralização de capital para criação da holding Brasileira Energia em 2003, empresa esta que já em 2006 é incorporada por uma de suas subsidiárias.

Contudo, estes ágios se originam no contexto de uma negociação efetiva de ações do Grupo AES como um todo, conforme Memorando de Entendimento entre a AES Corp e o BNDES, na qual a AES Corp transferiu à BNDESPar 53,85% do capital do Grupo.

O fundamento econômico de parte dos ágios gerados é a “expectativa de rentabilidade futura” da empresa transacionada, que o contribuinte amortizou indevidamente durante vários períodos.

(...)

Observa-se, no presente caso concreto, que ÁGIO ELPA nasceu de compras efetivas de participações societárias, mas houve a utilização de **empresas veículo ou empresas "receptáculo"** para realizar, em substituição aos reais adquirentes (os investidores da Light Serviços de Eletricidade SA), as aquisições.

Também foram realizadas sequências organizadas de reorganizações societárias de modo a simular as condições do **Art. 386 do RIR/99 (ou do Art. 22 da Lei n' 12.973/2014 a partir de 2015)**, bem como transferir os ágios para empresas em que os indevidos benefícios tributários pudessem ser auferidos de acordo com a conveniência do contribuinte.

Por outro lado, os ÁGIOS 4, 5, 6 e 7 (ÁGIO BRASILIANA) já nasceram maculados por uma complexa operação societária realizada em 2003, que em 2006 já foi completamente desfigurada.

Estes ágios, tendo como pano de fundo a negociação entre AES Corp e BNDES, foram gerados em 2003 de forma indevida na Brasileira Energia, tão somente para que a Brasileira Energia pudesse ser em 2006 incorporada, revelando verdadeiro "ardil" para a geração e aproveitamento de amortização de ágio simulado.

Destaca que o registro dos laudos de avaliação nunca ocorreu, o que impede a verificação de veracidade, legitimidade e tempestividade.

Reitera a utilização de simulação pela interposição de pessoa:

No caso concreto, criou-se a aparência de que holdings intermediárias adquiriram e dividiam o capital da Eletropaulo Metropolitana e da AES Tiete SA, bem como criou-se a ilusão de um conjunto de ágios originando-se na criação da Brasileira Energia.

Contudo, as operações reais foram realizadas em 1998 pela Light Serviços de Eletricidade SA e seus investidores, e em 2003 entre AES Corp e BNDESPar, e nunca por holdings intermediárias do Grupo AES.

As empresas veículo e empresas "receptáculo" relacionadas no Capítulo 7 não possuíam recursos financeiros para realizar as operações que realizaram.

Elas compraram com dinheiro alheio, ou seja, recursos advindos da AES Corp, muitas vezes através de empresas sediadas em paraísos fiscais, sendo a AES Corp a verdadeira adquirente das participações societárias da AES Tiete SA.

Já em 2003, a aquisição de participações societárias foi feita pela BNDESPar, que era a empresa que detinha os recursos financeiros necessários para renegociar as dívidas do Grupo AES no Brasil.

As holdings intermediárias do Grupo AES não possuíam, nem antes de 2003, nem em 2003, e nem durante 2006 ou 2015, nem pessoal e nem recursos operacionais ou financeiros para realizar as negociações que se verificaram, e nem para honrar os compromissos assumidos, restando claro, que toda a negociação e todas as decisões, nas várias fases das reorganizações societárias, foram tomadas pela AES Corp e, a partir de 2003, também pela BNDESPar.

Sendo assim, as empresas veículo e empresas "receptáculo" relacionadas no Capítulo 7, assim como as reorganizações societárias de 2003, 2006 e 2015 não passaram de meros artifícios na forma de interposta pessoa, adquirindo artificialmente participações societárias com dinheiro da AES Corp e da BNDESPar e sob ordem direta destas.

Trata-se, portanto, de claro ardil no intuito de simular reiteradamente negócios que trariam benefício fiscal às operações do Grupo AES no Brasil.

Sendo assim, resta clara a ocorrência de simulação por interposição de pessoa, que torna os atos jurídicos simulados inoponíveis ao Fisco, e impossibilitando aos contratantes alegar o ato simulado em sua defesa.

E explica a autuação, qualificação da multa, e lançamento de multas isoladas por falta de recolhimento de estimativas.

1.3 VALORES INFORMADOS EM E.C.F. E LANÇAMENTOS DE OFÍCIO ANTERIORES

A autoridade explicita a existência de outras ações fiscais cujos resultados influíram na quantificação do presente lançamento:

Verificou-se que o contribuinte foi cientificado em 2020 de auto de infração referente à constituição de crédito tributário de IRPJ e CSLL (e outros reflexos) incidentes sobre perdas não técnicas que deveriam ter sido adicionadas ao lucro real nos anos calendário 2017 e 2018.

Este auto de infração é controlado pelo processo 15746.720296/2020-94.

A matéria tratada no referido auto de infração não tem relação com a matéria tratada no presente Termo de Verificação Fiscal, mas o processo 15746.720296/2020-94 alterou o lucro real e a base de cálculo da CSLL do contribuinte para os anos-calendário 2017 e 2018.

Em razão deste fato, o lucro real e a base de cálculo da CSLL antes do lançamento (descrita como Base Declarada) para os anos-calendário 2017 e 2018 foi extraída da reconstituição do lucro realizada no auto de infração de que trata o processo 15746.720296/2020-94.

Já para o ano-calendário 2019, o lucro real e a base de cálculo da CSLL antes do lançamento foi extraída da E.C.F. apresentada pelo contribuinte.

Quanto à compensação de prejuízos de períodos anteriores, estes ainda podem ter sido utilizados em parcelamentos especiais não controlados nos sistemas da RFB, razão pela qual não é possível atestar a certeza de tais valores, impossibilitando sua utilização de ofício.

Não foram identificadas compensações de prejuízos de períodos anteriores realizadas pelo contribuinte em E.C.F. nos anos-calendário 2017 a 2019.

No cálculo da multa isolada por falta de recolhimento de IRPJ e CSLL por estimativa, foram descontados os valores da mesma multa já cobrados no auto de infração de que trata o processo 15746.720296/2020-94 para os anos-calendário 2017 e 2018.

Cientificada do lançamento, a contribuinte impugnou a exação, fls. 07608/07733, com os argumentos citados na decisão recorrida, fls. 08111/081119, conforme abaixo:

2.1 PRELIMINARES

2.1.1 NULIDADE - VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO – EXTRAPOLAÇÃO DA AUTUAÇÃO FISCAL

Inicia por requerer a desconsideração dos ágios 1, 2, 3, 6 e 7, informados em diligência pela AES, anterior controladora, dado que somente os ágios 4 e 5 estariam contidos no lançamento, e somente estes podem constar como fundamento para as acusações:

... os ágios “1”, “2”, “3”, “6” e “7”, informados em procedimento de diligência pela antiga controladora da Impugnante (“AES”), e indevidamente mencionados no TVF pela Autoridade Fiscal, não guardam qualquer relação com os valores debatidos no presente processo, razão pela qual deverão ser desconsiderados pela Turma Julgadora.

Ademais, tal equívoco na fundamentação do lançamento denota desde já que o TVF e as acusações fiscais nele contidas quanto ao Ágio Brasileira (existência de sociedade veículo, ausência de confusão patrimonial, PL negativo, etc.) estão baseados em uma compreensão equivocada dos fatos e em operações e ágios que sequer são objeto dos autos de infração.

Assim sendo, quando a Autoridade Fiscal não procedeu à devida investigação dos fatos, o que acaba por afrontar o disposto no artigo 142, caput, do Código Tributário Nacional (“CTN”)

(...)

Portanto, constatado que a Autoridade Fiscal formalizou o TVF furtando-se do seu dever legal de fundamentação, isto é, sem o devido aprofundamento nos fatos e documentos apresentados, requer a Requerente que esta C. Turma Julgadora reconheça a nulidade do lançamento fiscal.

2.2 DIREITO

2.2.1 OPERAÇÕES EFETIVAMENTE REALIZADAS E A LEGITIMIDADE DOS ÁGIOS E POSTERIOR APROVEITAMENTO DAS SUAS DEDUTIBILIDADES FISCAIS

Passa a revisar o histórico das operações, com vistas a demonstrar o atendimento aos requisitos legais para o aproveitamento dos ágios.

2.2.1.1 ÁGIO ELPA – DA AQUISIÇÃO DA IMPUGNANTE EM LEILÃO PÚBLICO DE PRIVATIZAÇÃO PELA LIGHTGAS

Destaca, do processo, a prévia elaboração de laudo por peritos independentes, no qual se baseou a aquisição de 29,80% de suas ações, pela AES ELPA (então LIGHTGAS), com reconhecimento de ágio por expectativa de rentabilidade futura no montante de R\$ 1.378.394.310,86.

Quanto aos recursos, esclarece:

Por fim, cumpre-se se esclarecer desde já que os recursos utilizados para a aquisição da Impugnante foram obtidos pela LightGas tanto a partir do aumento do seu capital social pelos seus acionistas, quanto em empréstimo realizado com o BNDES (Doc. 02), o qual será abordado mais à frente, uma vez que foi uma das causas que levou às reestruturações societárias que geraram o Ágio Brasileira e possibilitaram a amortização do Ágio Elpa ora abordado. (negritamos)

E conclui:

Feitos esses breves esclarecimentos, verifica-se desde já que o Ágio Elpa (i) se deu entre partes independentes, (ii) em operação de aquisição de ações em leilão público, em contexto de privatização de empresa pública; e (iii) com efetivo sacrifício patrimonial, sendo devidamente contabilizado na empresa que dispendeu recursos para a aquisição do investimento (LightGas – atual AES Elpa).

2.2.1.2 ÁGIO BRASILIANA – DAS OPERAÇÕES QUE GERARAM OS ÁGIOS DENOMINADOS ÁGIO BRASILIANA

Prosseguindo o histórico, explica que o segundo ágio deriva da operação anterior e tem como objeto parcela das suas ações anteriormente adquiridas em leilão público em 1998, e outras ações compradas do próprio BNDES em 2000, mas cuja dívida com o banco não foi adimplida:

Entretanto, em decorrência do repentino e relevante aumento do dólar, mesmo com a postergação do pagamento negociado com o BNDES, em 31.01.2003, a AES Elpa não efetuou o pagamento no valor de equivalente a aproximadamente US\$ 85.000.000,00, o que configurou uma situação de inadimplemento perante o BNDES, acarretando o vencimento antecipado de todo o saldo devedor do financiamento, dentre outras implicações.

Da mesma forma, em 28.02.2003, a AES Transgás não efetuou o pagamento no valor de US\$ 329.500.000,00, relativo à parcela de preço de compra das ações preferenciais de emissão da Impugnante, configurando uma situação de inadimplência perante o BNDESPar, o que também acarretou o vencimento antecipado da referida operação.

Nesse contexto, em setembro 2003, o Grupo AES iniciou negociação para reestruturar as dívidas que as referidas empresas do Grupo, LightGas (atual AES Elpa) e AES Transgás, detinham com o BNDES. Naquele momento a LightGas/Elpa e a Transgás somavam dívidas com o BNDES de aproximadamente US\$ 1.200.000.000,00, sem incluir as correções monetárias e multas por atraso nos pagamentos.

(...)

Nesse contexto, a Tours Holding S/A (Brasiliiana Energia S/A):

recebeu 88,20% das ações da LightGas (atual AES Elpa), avaliada por R\$ 133.057.101,60. À época, o patrimônio líquido da LightGas (atual AES Elpa) era negativo e, proporcionalmente, representava R\$ 488.365.000,00, resultando no reconhecimento de R\$ 621.421.724,14 como ágio por rentabilidade futura;

recebeu 4,44% das ações da Impugnante, avaliada pelo valor de R\$ 138.407.332,60. A Impugnante tinha um patrimônio líquido proporcional de R\$ 97.351.000,00 resultando no registro de ágio no montante de R\$ 41.056.000,00; e

assumiu a dívida no valor de R\$ 2.013.403.010,69 da AES Transgás e a dívida no valor de R\$ 2.071.985.655,84 da AES Elpa junto ao BNDES. O BNDES converteu parte do crédito detido contra a Tours Holding S/A (Brasiliiana Energia S/A) em aporte de capital em 2006.

Então, explica que a AES optou por transferir as participações societárias na ELPA e ELETROPAULO com base em valor de mercado, com base em laudos de avaliação contratados pelo BNDES para a operação:

Destaca-se que a contribuição feita na Brasiliiana por meio da participação societária na LightGas/Elpa e na EP SP foi feita com base em seus valores de

mercado, determinados de acordo com os laudos de avaliação preparados por um avaliador independente contratado pelo BNDES para a operação.

A opção de contribuir referidos ativos por valor de mercado teve um propósito claro: o fato de que o BNDES (um terceiro) muito provavelmente se tornaria acionista da Brasileira, convertendo parte de seus créditos em ações. Por conta disso, a AES pretendeu fazer com que a Brasileira tivesse patrimônio líquido o mais próximo possível de seu valor de mercado.

Destaca-se, inclusive, que o valor de mercado da LightGas/Elpa e da EP também foi analisado pelo BNDES. Inclusive foi o BNDES quem solicitou o laudo de avaliação da EP SP, sociedade operacional de destaque do Grupo AES.

E encerra por explicar que “a operação de incorporação de possibilitou a amortização do ágio ocorreu mais de 13 anos após o início da reestruturação da dívida.

2.2.1.3 DA AMORTIZAÇÃO DOS ÁGIOS ELPA E BRASILIANA EM DECORRÊNCIA DAS OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS REALIZADAS EM 2003, 2006, 2015 E 2016

Explica a amortização operada a partir de 2017:

(i) As parcelas do Ágio Elpa e Ágio Brasileira que já haviam sido amortizadas para fins contábeis (sem impacto fiscal), passaram a ser amortizadas para fins fiscais no período de 5 anos (R\$ 862.824.445,19 para o Ágio Elpa e R\$ 354.420.019,86 para o Ágio Brasileira);

(ii) As parcelas do Ágio Elpa e Ágio Brasileira que ainda não haviam sido amortizadas para fins contábeis, passaram a ser amortizadas para fins fiscais de acordo com o prazo remanescente da concessão pública detida pela Impugnante (R\$ 515.569.865,67 para o Ágio Elpa e R\$ 308.057.972,59 para Ágio Brasileira); e

(iii) O valor total da amortização não ultrapassou o limite estabelecido na legislação tributária (ou seja, 1/60).

2.2.2 EMPRESAS VEÍCULO

Com relação às empresas veículo, rechaça a economia tributária como único papel, ao explicar que a LIGHTGAS participou do leilão público, com o aval da administração pública.

Em seguida, a reorganização societária tendo a BRASILIANA como eixo foi prevista no memorando de entendimentos pactuado com o BNDES.

Some-se que a LIGHTGAS teve seu capital aberto na Bolsa de Valores do Estado de São Paulo - BOVESPA, encerrando por vez a acusação que a resumiria ao papel de empresa veículo com única finalidade de economia tributária.

Reitera o grande intervalo entre as operações, o que descartaria a qualificação da empresa como veículo.

Complementa com desenvolvimento sobre a inexistência de previsão legal para a necessidade de propósito negocial.

E conclui:

Portanto, as operações da magnitude das analisadas no processo em questão (privatização e reestruturação de dívida com instituição pública), envolvendo uma série de entes públicos (Estado de São Paulo, BNDES, e diversos órgãos regulatórios ANEEL, CVM, e outros) jamais poderiam ser tidas como simuladas ou sem propósito negocial, razão pela qual não merece prosperar a exigência fiscal ora debatida.

Em adição, sustenta a conformidade dessas empresas com a natureza das empresas holding, e que a amortização do ágio seria um incentivo fiscal cuja concessão seria a absorção do patrimônio que hospeda o ágio, o que foi cumprido. Logo, haveria ocorrido a confusão patrimonial necessária para a amortização pretendida.

2.2.3 CONSIDERAÇÃO DO VALOR DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO NEGATIVO PARA APURAÇÃO DO ÁGIO BRASILIANA A SER AMORTIZADO

O impugnante revisita o regramento para cálculo do ágio, demonstrando que o patrimônio líquido negativo deve integrar para fins de determinação dos valores:

Portanto, está claro que a interpretação fiscal de que o “patrimônio líquido” – termo contido no texto legal que trata do ágio – deverá ter necessariamente uma expressão positiva, **não se encontra prevista na legislação de regência**, nesse sentido, podendo o patrimônio líquido apresentar valor positivo, nulo ou negativo.

Neste sentido, à luz do exposto, requer a Impugnante seja revisto o entendimento fiscal, com a conseqüente consideração do valor do patrimônio líquido negativo para fins de apuração do Ágio Brasileira. (negritamos)

2.2.4 FUNDAMENTAÇÃO ECONÔMICA DO ÁGIO BRASILIANA

No tocante à segregação e classificação das parcelas que compõem o ágio, o impugnante defende que a legislação à época deixaria à decisão integral do adquirente o fundamento econômico escolhido.

Complementa com o entendimento que a Lei nº 12.973/14 conferiu caráter residual ao ágio baseado na expectativa de rentabilidade futura, mas não antes.

2.2.5 ÁGIO INTERNO

Insurge-se contra a interpretação de que o ÁGIO BRASILIANA corresponderia a ágio interno, dado que a reestruturação que seguiu teve inclusão de parte independente integrante da administração pública federal.

Defende legalidade do ágio interno, sob argumento de que não existiria vedação legal antes da Lei nº 12.973/2014.

E sustenta que houve efetiva aquisição, dado que ocorreu aumento de capital, em operação com obrigações “idênticas à de um vendedor”.

2.3 CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS AO APROVEITAMENTO FISCAL DO ÁGIO

Defende que foram cumpridos os requisitos existentes à época dos fatos:

Neste contexto, para que fosse possível a amortização fiscal do ágio, deveriam ser preenchidos os seguintes requisitos: (i) aquisição, pela pessoa jurídica, de participação societária com ágio; (ii) arquivamento do comprovante de que o ágio teve como fundamentação econômica a expectativa de rentabilidade futura do investimento; e (iii) absorção do patrimônio da investida em virtude de fusão, cisão ou incorporação (ou a absorção da investidora pela investida).

Aplicando-se as aludidas normas ao presente caso concreto, tem-se, desde já, que os requisitos legais para registro e amortização do Ágio Elpa e do Ágio Brasileira foram integralmente cumpridos

Adiciona que a utilização de empresas veículo seriam aceitas para o fim de tornar válida a amortização fiscal do ágio, com base nas orientações gerais à época dos fatos, o que deve ser considerado sob a ótica da segurança jurídica.

Considera que a ingerência do fisco foi descabida, a sendo inclusive em contexto de intencional economia tributária, ferindo-lhe o direito de auto-organização:

... os negócios jurídicos analisados nesses autos foram todas realizadas nos exatos termos do que dispõe a legislação fiscal e, além disso, estão efetivamente inseridas em um contexto econômico de aquisição de participação societária em leilão público de privatização, renegociação de dívidas e simplificação societária e administrativa, não tendo sido implementadas, simplesmente, com o objetivo de gerar qualquer economia fiscal.

Contudo, mesmo que as operações abordadas tivessem tal objetivo, o que se alega apenas a título argumentativo, ainda assim não haveria como prevalecer a exigência fiscal. Isso porque, a otimização da atuação empresarial passa, necessariamente, pela redução de despesas tributárias, que tem por fundamento o direito que o contribuinte detém de não ser obrigado a sofrer uma carga tributária maior quando existe uma opção fiscal mais econômica, autorizada pelo próprio ordenamento jurídico. (negritamos)

2.3.1 INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL QUANTO À TRANSFERÊNCIA DA PARTICIPAÇÃO ADQUIRIDA COM ÁGIO

Reitera a conformidade das operações, sobretudo na transferência dos ágios acompanhando as respectivas participações societárias, compreendendo a falta de vedação pelo artigo 386 do RIR/99:

Assim, conclui-se que o fato de não existir lei que autorize expressamente a transferência do ágio não significa que isto seja vedado; porém, o fato de não haver lei que proíba tal operação representa, sim, a possibilidade de sua implementação.

(...)

Pelo contrário: a lógica da permissão da dedutibilidade do ágio, fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, nas hipóteses de cisão, fusão e incorporação, nada mais é do que o reconhecimento de que o ágio deverá, sempre, acompanhar o investimento que lhe é subjacente – o qual justificou seu pagamento.

Explica-se: o valor pago com base na expectativa de rentabilidade futura, como ocorreu nos presentes autos, está intrinsecamente associado à expectativa de lucros futuros gerados por determinado investimento, motivo pelo qual a sua amortização dar-se-á em contrapartida dessa expectativa de lucros a serem gerados.

(...)

De fato, o ágio somente existe em função do ativo que é a ele subjacente. Trata-se de um acessório (ágio) que necessariamente deve seguir o principal (investimento). A sua amortização, como mencionado, decorre do fundamento econômico a ele subjacente.

2.3.2 DO EQUÍVOCO DA AUTORIDADE FISCAL ACERCA DA OBRIGATORIEDADE DO REGISTRO OU PROTOCOLO DOS LAUDOS DE AVALIAÇÃO

Descartam os impugnantes o comentário tecido no TVF, que a falta de registro em cartório ou perante a administração tributária dos laudos lhes retiraria a presunção de legitimidade, dada a falta de previsão legal para os períodos analisados.

2.3.3 IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO PELA FISCALIZAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PRATICADOS - ARTIGO 116 DO CTN

Defendem que a desconsideração dos negócios jurídicos efetuada pela autoridade fiscal corresponde a indevida aplicação do parágrafo único do artigo 116 do CTN.

2.3.4 IMPOSSIBILIDADE DE ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO DA CSLL DAS DESPESAS CONSIDERADAS COMO NÃO DEDUTÍVEIS PELA FISCALIZAÇÃO

Apontam a falta de previsão legal para as glosas relacionadas à CSLL.

2.3.5 INEXISTÊNCIA DE FRAUDE NAS OPERAÇÕES EM QUESTÃO: DA INAPLICABILIDADE DA MULTA QUALIFICADA

Argumenta que não houve qualquer fraude, eis que não houve qualquer ato com comprovada má fé, no intuito de prejudicar ou fraudar alguém:

No presente caso, nenhuma destas condutas foi verificada, tendo em vista que a Impugnante:

(i) prestou informações e forneceu todos os documentos solicitados à Fiscalização, sem retardar, impedir, atrapalhar, nem confundir o trabalho fiscal.

De fato, em momento algum do TVF a Autoridade Fiscal alegou que a Impugnante teria deixado de prestar alguma informação ou esclarecimento no curso do procedimento fiscalizatório.

(ii) registrou, arquivou e submeteu à análise todos os atos societários nos órgãos de registro competentes.

Com efeito, também em relação a este ponto, a Autoridade Fiscal em momento algum do TVF buscou sustentar que, no caso concreto, teriam deixado de ser registrados, arquivados ou cumprido qualquer outro requisito relativo às operações societárias perante os órgãos competentes.

Em conclusão: quem age de má fé, perpetra fraude, oculta fatos geradores de tributos, de modo que quem quer sonegar tributo certamente não é aquele que (i) leva a registro todos os atos societários relacionados à operação; (ii) apresenta todas as informações ao Fisco Federal, por meio das declarações e obrigações acessórias; (iii) presta todos os esclarecimentos requeridos pela Fiscalização; e (iv) oferece à Fiscalização todos os documentos necessários à investigação, como ocorreu no presente caso e se infere da mera leitura do TVF.

Neste contexto, afirma que a acusação de simulação requer prova.

2.3.6 VEDAÇÃO AO CONFISCO

Aduz, então, o caráter confiscatório da multa qualificada, em clara inconstitucionalidade.

2.3.7 IMPOSSIBILIDADE DA COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM RAZÃO DA FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ E DA CSLL POR ESTIMATIVA

Quanto à multa isolada, sustenta sua impossibilidade de lançamento após encerramento do período de apuração, assim como ser indevida a cumulação das multas isolada e de ofício.

2.3.8 IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DAS MULTAS EM CASO DE DÚVIDA

Requer a exoneração da penalidade no caso de decisão não unânime.

2.3.9 COMPENSAÇÕES INDEVIDAS DE PREJUÍZO FISCAL E BASE DE CÁLCULO NEGATIVA DA CSLL NO ANO DE 2019 – AUSÊNCIA DE COMPENSAÇÕES DE SALDOS INEXISTENTES

Exonerada a exigência, requer o restabelecimento dos saldos de prejuízo fiscal e base negativa da CSLL.

A DRJ analisou a impugnação e proferiu sua decisão, pela improcedência.

Cientificada em 16/11/2022, fls. 08163, a contribuinte apresentou seu recurso, em 12/12/2022, fls. 08164/08300.

Inicia suas alegações afirmando que há **vício na decisão recorrida**, motivo de sua nulidade, devido a suposta ausência de fundamentação, já que a decisão teria desconsiderado o contexto fático da autuação e **não teria se manifesta sobre os argumentos** constantes da impugnação, fls. 011 do recurso.

Afirma que o acórdão somente transcreveu trechos da autuação.

Aduz que em sua defesa, 120 páginas, descreveu, com detalhes, as operações que levaram ao surgimento/e posterior aproveitamento fiscal:

Do Ágio Elpa, cuja origem se deu na aquisição de suas ações pela LightGas em um leilão de privatização; e

Do Ágio Brasileira (formado por 2 ágios — e não 4, conforme equivocadamente defendido pela Autoridade Fiscal), decorrente de operações realizadas nos idos de 2003 para renegociação/reestruturação da dívida do Grupo AES no Brasil.

Alega que quanto ao Ágio Elpa demonstrou:

Que foram cumpridos todos os requisitos previstos na legislação;

A imprescindibilidade das sociedades LightGas, Brasileira e Nova Brasileira nas estruturas, sociedades essas que não são meras "empresas veículo-, sem "propósito negocial-, utilizadas, apenas e tão somente, para transportar os ágios à Recorrente (a contrário sensu do que sustenta o TVF, genericamente ratificado pelo acórdão recorrido);

Mesmo que essas entidades tivessem sido empregadas, efetivamente, como instrumento para a aquisição do controle (direto/indireto) da Recorrente, seriam classificadas como holdings, cuja utilização não é vedada e jamais poderia ser enquadrada como planejamento tributário abusivo;

O ágio não havia sido utilizado/consumido como custo na apuração de supostos ganhos de capital em operações anteriores. Afirma que alegou que essa acusação fiscal não possui qualquer embasamento e trata-se de uma presunção da Autoridade Fiscal, haja vista que essa sequer procedeu à análise da contabilidade das sociedades envolvidas para efetivamente apurar se (não) houve o aproveitamento dos montantes integralizados como custos;

Parcela relevante dos recursos utilizados pela LightGas para a aquisição das ações da Recorrente tiveram origem em um empréstimo realizado com o BNDES, de modo que, ao menos essa porcentagem, não comporia, em nenhuma hipótese, o custo de aquisição da Light S.A. ou de seus acionistas.

Alega que a decisão recorrida **sequer cita a questão do ágio ELPA, em suas 40 páginas de voto**, somente tecendo argumentações sobre o ágio BRASILIANA, o que demonstra, claramente, a nulidade da decisão recorrida.

Afirma que quanto ao ágio **BRASILIANA** também ocorreu vício na decisão, pois a decisão recorrida se limitou, em quatro parágrafos, a reproduzir de forma genérica e até mesmo confusa, as ideias trazidas pela Autoridade Fiscal no TVF.

Afirma que a decisão recorrida não enfrentou seus argumentos, utilizados para refutar a acusação fiscal, nos seguintes pontos:

- Formação dos ágios;

- Necessidade das estruturas utilizadas (que afasta as acusações de que as sociedades seriam meros "veículos" utilizados para a transferência dos investimentos);
- Classificação dessas sociedades como holdings;
- Ausência de consumo, em duplicidade, do Ágio Elpa;
- Necessidade de consideração do patrimônio líquido negativo quanto ao Ágio Brasileira, que não se trata de um ágio formado intragrupo (ágio interno).

Informa que o que há, de forma bastante sucinta, é a ratificação das teses defendidas pela Autoridade Fiscal no que respeita à acusação de ágio interno (fls. 58/61 do acórdão recorrido) e sobre a suposta impossibilidade de utilização de empresas veículo (fl. 61), sem conexão com o caso concreto. E só.

Afirma que não há na decisão recorrida subsunção do fato à norma, não há enfrentamento das alegações, o que demonstra a nulidade da decisão recorrida, por cerceamento do direito de defesa.

Soma que a decisão não se manifesta sobre seu argumento de que mesmo que as operações abordadas tivessem sido implementadas com o objetivo de gerar uma economia fiscal — o que definitivamente não aconteceu, de acordo com o contexto exposto ao longo da defesa —, os autos de infração seriam improcedentes, pois a otimização da atuação empresarial passa pela redução lícita de despesas tributárias.

Apesar de contestar a acusação fiscal sobre a obrigatoriedade de protocolo/registro dos laudos de avaliação com base em expectativa de rentabilidade futura a decisão recorrida não enfrenta a questão.

Destaca que outro argumento presente na impugnação e não enfrentado pela decisão recorrida é a de que a desconsideração das operações que resultaram no aproveitamento fiscal do Ágio Elpa e do Ágio Brasileira, tal como pretendido pela Autoridade Fiscal, corresponderia a uma indevida aplicação do parágrafo único, do artigo 116 do Código Tributário Nacional.

Aduz que, equivocadamente, a decisão recorrida manteve a multa qualificada por um simples resumo dos argumentos da acusação fiscal, sem enfrentar seus argumentos, já que o agravamento da multa demanda a comprovação da ocorrência de um ilícito doloso, que se subsuma às hipóteses previstas pela legislação, o que, definitivamente, não foi observado pela Turma Julgadora.

Salienta que apesar dos argumentos que trouxe na impugnação a decisão recorrida não se manifestou sobre:

- CSLL (tópico "111.4" da Impugnação);
- Multas isoladas por recolhimento a menor de estimativas mensais de 1RPJ e CSLL (tópicos "111.7" e "111.8");

- Utilização/compensação de prejuízo fiscal e de base negativa da CSLL referentes a períodos anteriores.

Afirma que a decisão não enfrentou matérias fáticas e jurídicas constantes da impugnação, cerceando seu direito de defesa.

Destaca que caso a Turma Julgadora tivesse se debruçado sobre os argumentos apresentados pela Recorrente em sua Impugnação, de certo a autuação fiscal teria sido corretamente cancelada — o que merece reforma por meio do provimento do presente Recurso Voluntário, com a decretação de nulidade da decisão de 1ª instância administrativa por este Colegiado.

Ressalta que a legislação regente (Art. 31, Decreto 70.235/1972) é clara em estabelecer que a decisão emanada pela Turma Julgadora deve conter expressamente todas as razões de defesa suscitadas pela Recorrente. Trata-se, portanto, de um requisito indispensável à garantia do devido processo e ao seu processamento.

Afirma que assim também dispõe o Art. 489, do CPC, a Doutrina e a jurisprudência administrativa citada.

Requer, por fim, a nulidade da decisão recorrida, a fim de que nova decisão seja prolatada, para que se resguarde seu direito à defesa e ao contraditório.

A recorrente inicia seus argumentos, quanto ao mérito, alegando que as operações foram efetivamente realizadas, de forma legítima, devendo os ágios serem declarados dedutíveis.

Nesse sentido, quanto ao **ágio ELPA**, alega que:

- A aquisição ocorreu por leilão público, para a privatização da Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A. (ora Recorrente), tendo a empresa LightGas saído vencedora;
- Foram adquiridos 74,88% das ações ordinárias da recorrente (equivalente a 29,80% do seu capital total), de propriedade das mencionadas vendedoras, pelo preço total de R\$ 2.026.73 2.419,60;
- Antes do leilão foi elaborado Laudo de Avaliação por peritos independentes, no qual restou demonstrado que o valor econômico total da Recorrente, em dezembro de 1997, seria de R\$ 7.031.807.000,00, calculado com base em análise de fluxo de caixa (fls. 1.785 a 1.820 dos autos);
- Com base no Laudo de Avaliação, a LightGas (atual AES Elpa) fixou oferta para a aquisição do mencionado investimento de 29,80% das ações da Recorrente em R\$ 2.026.73 2.000,00, parcela da qual representou, ao fim, ágio por expectativa de rentabilidade futura no montante de R\$ 1.378.394.310,86;
- Ressalta que a LightGas (atual AES Elpa) era uma subsidiária da Light S.A., a qual, por sua vez, tinha como acionistas os Grupos AED, EDF, Houston e CSN, bem como a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - Eletrobrás e o BNDES Participações S.A. (BNDESPar);

- Destaca que os recursos utilizados para a aquisição da Recorrente foram obtidos pela LightGas tanto a partir do aumento do seu capital social pelos seus acionistas, quanto em empréstimo realizado com o BNDES (Doc. 02 da Impugnação), o qual será abordado mais à frente, uma vez que foi uma das causas que levou às reestruturações societárias que geraram o Ágio Brasileira e possibilitaram a amortização do Ágio Elpa ora abordado;
- Informa que após a aquisição da Recorrente pela LightGas, uma reestruturação para fins de simplificação da estrutura societária foi realizada de modo a permitir que o Grupo AES se tornasse o único controlador da Recorrente, enquanto o controle societário sobre a Light S.A. foi transferido para o Grupo EDF;
- Assim, defende que o Ágio Elpa (i) se deu entre partes independentes, (ii) em operação de aquisição de ações em leilão público, em contexto de privatização de empresa pública; e (iii) com efetivo sacrifício patrimonial, sendo devidamente contabilizado na empresa que dispendeu recursos para a aquisição do investimento (LightGas — atual AES Elpa).

Já quanto ao ágio **BRASILIANA** alega que:

- Esse Ágio corresponde àquele registrado por ocasião da reestruturação societária realizada pela AES em 2003, em razão da renegociação de dívidas com o BNDES;
- Em **1998**, o Grupo AES, na figura da LightGas Ltda. (atual AES Elpa), tomou empréstimo com o BNDES, com a finalidade de participar do processo de privatizações do setor elétrico, mediante a aquisição da Recorrente em leilão público, empréstimo de R\$ 1.013.366. 210,00, vinculado à variação do dólar;
- Em **26/01/2000**, a empresa AES Transgás Empreendimentos S.A., pertencente ao Grupo AES, adquiriu 14.892.900.000 ações preferenciais da Recorrente pertencentes ao BNDES, em leilão (Oferta Pública de Venda) realizado na BOVESPA. O pagamento por parcela dessas ações foi realizado à vista, ficando pactuado que a maioria seriam liquidadas financeiramente a termo (prazo — operação a termo), observando-se o cronograma de pagamentos previsto no Edital publicado em 19/01/2000;
- Em **15/05/2000**, nova aquisição foi realizada pela AES Transgás, mediante Oferta Pública de Compra de ações preferenciais da Recorrente, adquirindo, com pagamento a prazo, ações detidas pelo BNDESPar, nas mesmas condições daquelas detidas no leilão anterior de 26/01/2000.
- Aduz que, em decorrência do repentino e relevante aumento do dólar, mesmo com a postergação do pagamento negociado com o BNDES, em **31/01/2003**, a AES Elpa não efetuou o pagamento no valor de equivalente a aproximadamente US\$ 85.000.000,00, o que configurou uma situação de inadimplemento perante o BNDES, acarretando o vencimento antecipado de todo o saldo devedor do financiamento, dentre outras implicações;

- Da mesma forma, em **28/02/2003**, a AES Transgás não efetuou o pagamento no valor de US\$ 329.500.000,00, relativo à parcela de preço de compra das ações preferenciais de emissão da Recorrente, configurando uma situação de inadimplência perante o BNDESPar, o que também acarretou o vencimento antecipado da referida operação;
- Nesse contexto, em **setembro 2003**, o Grupo AES iniciou negociação para reestruturar as dívidas que as referidas empresas do Grupo, LightGas (atual AES Elpa) e AES Transgás, detinham com o BNDES. Naquele momento a LightGas/Elpa e a Transgás somavam dívidas com o BNDES de aproximadamente US\$ 1.200.000.000,00, sem incluir as correções monetárias e multas por atraso nos pagamentos;
- Importante destacar que referida negociação e consequente reestruturação societária restaram formalizadas em **Memorando de Entendimentos** celebrado entre o Grupo AES e o Sistema BNDES (entendido como BNDES e BNDESPAr);
- Com base na referida renegociação da dívida, conforme consta no Memorando de Entendimentos, em **22/12/2003**, foi aprovado aumento de capital da Tours Holding S/A, posteriormente denominada Brasileira Energia S/A, subscrito por meio do aporte das ações da LightGas (atual AES Elpa) e das ações da Recorrente na referida sociedade;
- Nesse contexto, a **Tours Holding S/A** (Brasileira Energia S/A):
 - recebeu 88,20% das ações da LightGas (atual AES Elpa), avaliada por **R\$ 133.057.101,60**. À época, o patrimônio líquido da LightGas (atual AES Elpa) era negativo e, proporcionalmente, representava **R\$ 488.365.000,00**, resultando no reconhecimento de R\$ **621.421.724,14** como ágio por rentabilidade futura;
 - recebeu 4,44% das ações da Recorrente, avaliada pelo valor de R\$ **138.407.332,60**. A Recorrente tinha um patrimônio líquido proporcional de R\$ **97.351.000,00** resultando no registro de ágio no montante de R\$ **41.056.000,00**; e
- assumiu a dívida no valor de R\$ 2.013.403.010,69 da AES Transgás e a dívida no valor de R\$ 2.071.985.655,84 da AES Elpa junto ao BNDES. O BNDES converteu parte do crédito devido contra a Tours Holding S/A (Brasileira Energia S/A) em aporte de capital em 2006.
- Ressalta que a contribuição feita na Brasileira por meio da participação societária na LightGas/Elpa e na EP SP foi feita com base em seus valores de mercado, determinados de acordo com os laudos de avaliação preparados por um avaliador independente contratado pelo BNDES para a operação;
- Efetivaram a opção de contribuir referidos ativos por valor de mercado;
- O valor de mercado da LightGas/Elpa e da EP também foi analisado pelo BNDES;

- Em **30/09/2006** houve a incorporação da Brasiliana Energia S/A (antiga denominação de Tours Holding S/A) pela AES Transgás;
- Em **31/10/2006**, ocorreu a incorporação da AES Transgás pela Energia Paulista Participações S/A, posteriormente denominada Companhia Brasiliana de Energia;
- Em **21/09/2015** houve a cisão da Companhia Brasiliana de Energia, com versão do patrimônio cindido à Brasiliana Participações S/A, que passou a deter o investimento na Recorrente e na AES Elpa S/A, juntamente com o respectivo ágio:
- No **final de 2016** o Grupo AES e o BNDES realizaram uma reestruturação societária com o objetivo de:
 - simplificar a estrutura societária e organizacional, reduzindo custos com gestão, auditoria externa e publicação de demonstrações financeiras;
 - reduzir o nível de endividamento da Recorrente e melhorar sua liquidez financeira;
 - aumentar a liquidez dos investimentos detidos pelos acionistas da AES Elpa na Recorrente;
 - aumentar a liquidez para os acionistas minoritários do AES Elpa; e
 - aumentar a eficiência no processo de tomada de decisão relacionado à Recorrente;
- Em **23/11/2016** houve a cisão parcial da AES Elpa (antiga LightGas), com a incorporação do acervo cindido pela Recorrente, compreendendo o investimento detido pela empresa na Recorrente e o Ágio Elpa;
- Em **23/11/2016** houve a cisão da Brasiliana Participações S/A, juntamente com o respectivo ágio, sendo a parcela cindida incorporada pela Nova Brasiliana Participações S/A;
- Por fim, a Nova Brasiliana Participações S/A é incorporada pela Recorrente.

Ou seja, a operação de incorporação que possibilitou a amortização do ágio ocorreu **mais de 13 anos** após o início da reestruturação da dívida.

Como se vê, o BNDESPar tornou-se titular de ações ordinárias e preferenciais de emissão da Brasiliana Participações representativas de mais de 50% do capital social total desta companhia.

Menciona que para fins do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/1977, com redação dada pela Lei 12.973/2014, a mera aquisição de participação societária, ainda que não haja aquisição do controle, é suficiente para que o contribuinte desdobre o custo de aquisição de investimento avaliado pelo valor de patrimônio líquido em ágio por rentabilidade futura, o que torna indevida a alegação feita pela Autoridade Fiscal, fls. 017, do TVF, de que o controle acionário permaneceu com a AES Corp, por deter a maioria das ações com direito a voto, pois esse fato não altera em nada a possibilidade de registro do ágio na operação.

Afirma que o Ágio BRASILIANA foi registrado no contexto/nível do aumento de capital da Brasiliana, com ações da Recorrente e da Lightgas/Elpa (ágios 4 e 5 apontados na diligência realizada junto ao Grupo AES).

Logo, conclui-se:

a) As sociedades apontadas nos itens 7.2 (Energia Paulista Participações S.A.), 7.3 (AES Tiete Participações S.A.) e 7.4 (AES Brazilian Energy Holdings SA) do TVF **nada tem a ver com o registro e amortização do Ágio Brasiliana**. Ou seja, sua qualificação como empresas veículo retrata o vício de fundamentação do TVF, bem como a improcedência da acusação fiscal, conforme já exposto nos tópicos acima;

b) São completamente improcedentes as alegações tecidas pela Autoridade Fiscal no item 7.6 do TVF, no sentido de que foram empregadas holdings intermediárias nas Ilhas Cayman e nas Ilhas Virgens. Ora, a mera existência destas sociedades na estrutura do Grupo AES não é suficiente para a desqualificação do Ágio Brasiliana, tendo em vista que, como visto, ele oriundo e amortizado em outro nível da estrutura, sem influência destas sociedades; e

c) Jamais se poderia alegar que eventual registro do ágio, oriundo da reestruturação, deveria ter sido realizado no BNDESPar, que, apesar de ser terceiro independente participante da operação, conferindo a independência e legitimidade na apuração do ágio, este não figurou como real adquirente neste passo da operação;

Portanto, já pelo exposto, conclui-se que a implementação da operação em análise não pode ser entendida como apenas com fins fiscais, **sendo os requisitos para amortização dos ágios plenamente cumpridos**, conforme se verá a seguir.

Afirma que é equivocada a alegação fiscal acerca da validade de supostas **empresas veículo**.

Destaca que o conceito do "propósito comercial" não possui previsão no ordenamento jurídico pátrio, tendo surgido com base exclusivamente em ensinamentos doutrinários, os quais foram refletidos na jurisprudência atual, motivo pelo qual deve ser afastada a sua aplicação em razão do princípio da legalidade.

Defende que as operações no processo em questão (privatização e reestruturação de dívida com instituição pública), envolvendo uma série de entes públicos (Estado de São Paulo, BNDES, e diversos órgãos regulatórios ANEEL, CVM e outros) jamais poderiam ser tidas como simuladas ou sem propósito comercial, razão pela qual não merece prosperar a exigência fiscal ora debatida.

Afirma que as empresas LightGas, Brasiliana e Nova Brasiliana podem ter atuado como holdings, aceitas no ordenamento pátrio.

Além do mais, defende que a suposta tese de utilização de empresa veículo foi afastada/superada pela jurisprudência administrativa (tanto pela CSRF, quanto por este CARF), a

qual reconhece a legalidade/legitimidade da amortização do ágio mesmo na hipótese de transferência/utilização de supostas "empresas veículo- na estrutura das operações".

Cita acórdão do CARF que estariam nesse sentido, fls. 08223.

Aduz que como houve a unificação dos patrimónios da investidora que continha o investimento/respectivo ágio e da investida, não deve prevalecer a acusação fiscal em comento, devendo este CARF reformar o acórdão recorrido, reconhecer a legitimidade da amortização fiscal dos Ágios Elpa e Brasiliana e, conseqüentemente, determinar o cancelamento integral dos autos de infração.

Sobre um suposto duplo aproveitamento do ágio Elpa no custo de aquisição da Light s.a. pelos seus investidores, a recorrente alega que como se não bastasse a insubsistente acusação fiscal de que a LightGas seria uma "empresa veículo", o que impossibilitaria o registro e o posterior aproveitamento do Ágio Elpa, a Recorrente consignou, em sua defesa, que a Autoridade Fiscal também alega que o ágio já teria sido integralmente utilizado como custo na apuração de supostos ganhos de capital em transferência de participações societárias no "processo de consolidação do controle no Grupo AES".

A acusação fiscal acima não possui embasamento probatório, tratando-se de meras ilações e presunções da Autoridade Fiscal; contudo, como visto no tópico preliminar, não há uma linha sequer no acórdão recorrido que a afaste/a **ratifique** (até porque, como sabido, a Turma Julgadora desconsiderou integralmente os aspectos fáticos/probatórios relacionados ao caso em questão) — o que, de certo, não será corroborado por este CARF.

Afirma que outro argumento, constante da Impugnação, completamente ignorado pela Turma Julgadora foi o relativo à imprescindibilidade de consideração do valor do patrimônio líquido negativo para a apuração do Ágio Brasiliana.

Afirma que há a necessidade de consideração do valor do patrimônio líquido negativo para a apuração do ágio brasiliana a ser amortizado.

Quanto à fundamentação econômica do ágio Brasiliana destaca que o Fisco menciona o fato, sem fundamentar ou avançar no tema, que o Grupo AES não teria mensurado as marcas e mais-valia de ativos antes do goodwill.

Alega que a decisão recorrida, do mesmo modo, desconsiderando o caso concreto, defende a equivocada tese fiscal no sentido de que a alocação do sobrepreço (ágio) não seria de livre escolha do contribuinte; o goodwill seria, assim, residual,

Defende que a legislação vidente à época não estabelecia a obrigatoriedade de consideração de todos os critérios mencionados, mas ao menos um "dentre- eles. Também, não havia uma ordem lógica ou pressuposta para a atribuição destes fundamentos. Tal determinação nem seria possível, pois o fundamento econômico para o pagamento de ágio em uma aquisição de bens seria critério de decisão único e exclusivo do adquirente.

Afirma que o Ágio Brasileira foi mensurado nos termos da legislação vigente à época e com base em rentabilidade futura, amparado em laudo fiscal, razão pela qual este CARF deverá reconhecer o direito a sua amortização.

Aduz que é improcedente a afirmação de que ocorreu “**ágio interno**” no ágio Brasileira, pois decorreu de reestruturação societária do Grupo AES com participação do BNDES, parte não só independente, mas empresa pública federal

Ressalta que há nítido lapso cometido na fundamentação adotada pela Autoridade Fiscal, motivo de reconhecer a nulidade do lançamento fiscal, por ausência de descrição exata dos fatos, nos termos dos já mencionados artigos 142 do CTN e 10 do Decreto 70.235/1972, pois, ao mesmo tempo em que reconhece a participação do BNDES na operação que gerou o ágio Brasileira, acaba por enquadrar o referido ágio como "interno".

Destaca que mesmo que se reconhecesse o “**ágio interno**”, somente para argumentar, ainda assim dever-se-ia reconhecer a amortização do ágio brasileira.

Afirma que na época dos fatos não existia vedação legal ao ágio interno.

Vita jurisprudência e doutrina nesse sentido.

Alega que ocorreu a efetiva aquisição, citando fatos.

Afirma que os ágios em litígio cumpriram as determinações legais.

Quanto à suposta utilização de empresa veículo defende que ocorre dentro do que determina a legislação e a jurisprudência e que deve ser respeitado o art. 24, da LINDB.

Afirma que o Fisco não pode analisar e decidir sobre decisões administrativas das contribuintes.

Aduz que inexistente vedação legal quanto à transferência da participação adquirida com ágio.

Salienta que não há na legislação determinação quanto a obrigatoriedade de registro dos laudos de avaliação.

Afirma que o Fisco não pode desconsiderar negócios jurídicos praticados, art. 116, CTN.

Defende que não há amparo legal para adicionar à base de cálculo da CSLL as despesas com ágio.

Destaca que a aplicação da multa qualificada configura confisco, como supostamente consta em decisão do STF.

Afirma que a multa isolada não pode ser exigida, em razão do encerramento do ano-base de 2017 e 2018, quando da lavratura dos autos de infração e por se configurar como dupla cobrança, já que penalizariam infração única.

Alega que não se deve cobrar multas em caso de dúvida, como dispõe o art. 112, do CTN.

Por fim, requer a revisão da utilização do prejuízo fiscal e das bases de cálculo negativas.

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) apresentou suas contrarrazões, fls. 08383/08497.

A nobre PGFN traz suas razões referentes aos seguintes pontos:

III.1 Descabimento da alegação de nulidade do acórdão recorrido

III.2 Descabimento da alegação de nulidade do auto de infração

IV – RAZÕES DE MÉRITO PARA MANUTENÇÃO DO LANÇAMENTO

IV.1 Da inexistência de direito à amortização do ágio no presente caso

IV.1.1 Do benefício fiscal previsto nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, e 385 e 386 do RIR/99.

Considerações gerais.

IV.1.2 Impossibilidade de dedução do ágio ELPA. Não cumprimento das condições e requisitos impostos pelos artigos 385 e 386 do RIR/99

IV.1.2.1 Caracterização de LIGHTGAS como interposta pessoa/empresa veículo.

IV.1.2.2 Análise do caso concreto à luz da jurisprudência do CARF sobre dedutibilidade do ágio em casos de interposição artificial de pessoa jurídica

IV. 1.2.3 Das parcelas do ágio ELPA já aproveitadas para fins fiscais.

IV.1.2.4 Das irregularidades nas operações de reorganização societária que ensejaram o aproveitamento do ágio ELPA por ELETROPAULO.

IV.1.3 Impossibilidade de dedução do ágio BRASILIANA. Não cumprimento das condições e requisitos impostos pelos artigos 385 e 386 do RIR/99

IV.1.3.1 Caracterização do ágio Brasileira como ágio interno.

IV.1.3.2 Identificação do adquirente para determinar o direito ao aproveitamento do ágio

IV.1.3.3 Da jurisprudência do CARF sobre ágio interno

IV.1.3.4 Do ágio calculado sobre parcelas de patrimônio líquido negativo

IV.2 Aplicação das regras de dedutibilidade do IRPJ à CSLL

IV.3 Legitimidade da qualificação da multa de ofício

IV.4 Multa por ausência de recolhimento de estimativas e multa de ofício

O Recurso foi enviado ao CARF, para análise e decisão.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Marcelo Oliveira, Relator.

ADMISSIBILIDADE:

O recurso atende os requisitos de admissibilidade previstos na Legislação, sendo tempestivo e pertinente, motivo pelo qual dele se toma conhecimento, para examinar as razões trazidas pela recorrente.

PRELIMINAR:

Nas preliminares a recorrente inicia seu recurso alegando que a decisão recorrida seria nula, pois supostamente não teria enfrentado vários argumentos constantes na impugnação, o que, em tese, prejudicaria seu direito à ampla defesa.

Analisaremos cada um dos argumentos tidos como não enfrentados pela recorrente, ressaltando que há diferença entre enfrentar um argumento e buscar que a decisão lhe seja favorável.

Inicialmente alega que quanto ao **Ágio Elpa** teria demonstrado em sua impugnação, fls. 07608/07733, que teriam sido cumpridos todos os requisitos previstos na legislação:

- A imprescindibilidade das sociedades LightGas, Brasiliana e Nova Brasiliana nas estruturas, sociedades essas que não são meras "empresas veículo-, sem "propósito negocial", utilizadas, apenas e tão somente, para transportar os ágios à Recorrente (a contrário sensu do que sustenta o TVF, genericamente ratificado pelo acórdão recorrido);
- Mesmo que essas entidades tivessem sido empregadas, efetivamente, como instrumento para a aquisição do controle (direto/indireto) da Recorrente, seriam classificadas como holdings, cuja utilização não é vedada e jamais poderia ser enquadrada como planejamento tributário abusivo;
- O ágio não havia sido utilizado/consumido como custo na apuração de supostos ganhos de capital em operações anteriores. Afirma que alegou que essa acusação fiscal não possui qualquer embasamento e trata-se de uma presunção da Autoridade Fiscal, haja vista que essa sequer procedeu à análise da contabilidade das sociedades envolvidas para efetivamente apurar se (não) houve o aproveitamento dos montantes integralizados como custos;
- Parcela relevante dos recursos utilizados pela LightGas para a aquisição das ações da Recorrente tiveram origem em um empréstimo realizado com o BNDES, de modo que, ao menos essa porcentagem, não comporia, em nenhuma hipótese, o custo de aquisição da Light S.A. ou de seus acionistas.

Na análise da impugnação verificamos se os argumentos realmente estavam presentes, fls. 07608/07733:

- A imprescindibilidade das sociedades LightGas, Brasileira e Nova Brasileira nas estruturas, sociedades essas que não são meras "empresas veículo-, sem "propósito negocial", **fls. 07643**, utilizadas, apenas e tão somente, para transportar os ágios à Recorrente (a contrário sensu do que sustenta o TVF, genericamente ratificado pelo acórdão recorrido).
- Mesmo que essas entidades tivessem sido empregadas, efetivamente, como instrumento para a aquisição do controle (direto/indireto) da Recorrente, seriam classificadas como holdings, **fls. 07649**, cuja utilização não é vedada e jamais poderia ser enquadrada como planejamento tributário abusivo;
- O ágio não havia sido utilizado/consumido como custo na apuração de supostos ganhos de capital em operações anteriores, **fls. 07657**. Afirmo que alegou que essa acusação fiscal não possui qualquer embasamento e trata-se de uma presunção da Autoridade Fiscal, haja vista que essa sequer procedeu à análise da contabilidade das sociedades envolvidas para efetivamente apurar se (não) houve o aproveitamento dos montantes integralizados como custos;
- Parcela relevante dos recursos utilizados pela LightGas para a aquisição das ações da Recorrente tiveram origem em um empréstimo realizado com o BNDES, de modo que, ao menos essa porcentagem, não comporia, em nenhuma hipótese, o custo de aquisição da Light S.A. ou de seus acionistas, **fls. 07659**.

Conforme as folhas citadas, os argumentos constaram da impugnação.

O recurso afirma que a decisão recorrida, todavia, **sequer cita o Ágio Elpa** em suas 40 páginas de Voto.

Cabe, agora, verificar se a decisão recorrida enfrentou e decidiu sobre esses argumentos.

Na análise, integral e repetida, do voto, a partir das fls. 08119, da decisão recorrida, não encontramos o enfrentamento dessas matérias fáticas e jurídicas apresentadas pela Recorrente na impugnação, citadas acima.

Ressalte-se que não se está aqui analisando os termos da decisão recorrida, mas afirmando que simplesmente não há enfrentamento de questões, fáticas e jurídicas, alegadas na impugnação, cerceando o direito à ampla defesa e ao contraditório da Recorrente, configurado no direito ao duplo grau de jurisdição.

Esse enfrentamento é vital para o correto trâmite do processo administrativo fiscal, pois com a subsunção de fatos às normas há o início do contraditório, em que a Recorrente poderia apresentar argumentos quando discordar das conclusões da decisão de primeira instância.

Sem essa análise, enfrentamento, e decisão só restaria a contribuinte apresentar suas razões, especialmente as fáticas, em um único grau de jurisdição, no CARF, o que representaria, de forma clara, cerceamento de seu direito de defesa.

Há no Decreto 70.235/1972 requisitos para a elaboração de decisão:

Art. 31. A decisão conterá relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências.

Portanto, no caso do ágio **ELPA**, um dos pontos basilares do lançamento, resta claro que a decisão recorrida não enfrentou os argumentos constantes da impugnação, motivo de sua nulidade, por cerceamento do direito de defesa.

Já quanto ao ágio **BRASILIANA** a Recorrente afirma, novamente, que a decisão recorrida não enfrentou seus argumentos, pois somente reproduziu as acusações da Fiscalização.

Afirma que a decisão recorrida não enfrentou seus argumentos, utilizados para refutar a acusação fiscal, nos seguintes pontos:

- Formação dos ágios;
- Necessidade das estruturas utilizadas (que afasta as acusações de que as sociedades seriam meros "veículos" utilizados para a transferência dos investimentos);
- Classificação dessas sociedades como holdings;
- Ausência de consumo, em duplicidade, do Ágio Elpa;
- Necessidade de consideração do patrimônio líquido negativo quanto ao Ágio Brasiliana, que não se trata de um ágio formado intragrupo (ágio interno).

Verificando a decisão recorrida encontramos citação sobre análise da questão do ágio BRASILIANA, fls. 08141/08147.

Realmente, há conceitos sobre o ágio interno, empresa veículo, mas não há a demonstração, aplicação, dos conceitos ao caso em litígio, com enfrentamento das questões – fáticas e jurídicas - postas na impugnação.

Como consta do Art. 31, do Decreto 70.235/1972, a decisão deve enfrentar as questões nevrálgicas alegadas na impugnação, com a descrição do fato, da legislação de regência e do confronto entre fato narrado na autuação e o que consta da legislação chegar a uma conclusão lógica sobre a procedência, procedência parcial ou improcedência do alegado pela impugnante.

Sem esses requisitos há o cerceamento do direito de defesa da contribuinte, motivo de nulidade da decisão recorrida.

Há outras questões, que, segundo a Fiscalização, motivaram a indedutibilidade do ágio, que foram questionadas na impugnação e que não foram analisadas e decididas pela decisão recorrida, como:

- A obrigatoriedade de protocolo/registro dos laudos de avaliação com base em expectativa de rentabilidade futura;

- A desconsideração das operações que resultaram no aproveitamento fiscal do Ágio Elpa e do Ágio Brasileira, tal como pretendido pela Autoridade Fiscal, corresponderia a uma indevida aplicação do parágrafo único, do artigo 116 do Código Tributário Nacional;
- CSLL;
- Utilização/compensação de prejuízo fiscal e de base negativa da CSLL referentes a períodos anteriores.

Essas ausências de análises prejudicam a defesa, assim como prejudicam o trâmite processual, pois cabe ao CARF o recurso contra a decisão de primeira instância.

Ausentes enfrentamentos de questões alegadas na impugnação o duplo grau de jurisdição, que garante direito de defesa, resta prejudicado.

Assim, por todos os motivos expostos, vota-se pela nulidade da decisão de primeira instância.

Por fim, cabe esclarecer que a Legislação define quanto decisão é nula:

Decreto 7.574/2011:

Art. 12. São nulos (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 59):

...

II - os despachos e **decisões** proferidos por autoridade incompetente ou **com preterição do direito de defesa**.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os atos posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

Assim, vota-se pela nulidade da decisão recorrida, a fim de que haja novo julgamento, com elaboração de novo acórdão.

CONCLUSÃO:

Conforme exposto, vota-se pela nulidade da decisão de primeira instância, nos termos do relatório e voto.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira