



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16561.720074/2019-69
ACÓRDÃO	1302-007.222 – 1ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	14 de agosto de 2024
RECURSO	DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO
RECORRENTES	AES TIETE ENERGIA S.A. FAZENDA NACIONAL

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2013

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

Para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação, a contagem do prazo decadencial se rege pelo disposto no art. 150, § 4º, do CTN, quando ausente imputação de dolo, fraude ou simulação, e presente o pagamento antecipado, a confissão de débitos ou o levantamento de balanço ou balancete de suspensão.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015, 2016

ÁGIO TRANSFERIDO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

Deve ser mantida a glosa de dedução das despesas de amortização do ágio prevista no art. 386 do RIR/1999 se a pessoa jurídica que pagou o ágio (investidora original) transferir o ágio para terceira pessoa jurídica, participando esta terceira da incorporação.

ÁGIO. EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. DESPESAS DE AMORTIZAÇÃO. INVESTIDOR. INVESTIDA. CONFUSÃO PATRIMONIAL. NECESSIDADE.

A hipótese de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer que participe da "confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição.

ÁGIO ORIUNDO DE AQUISIÇÃO COM USO DE RECURSOS FINANCEIROS DE OUTREM. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se a investidora real transferiu recursos a uma "empresa-veículo" com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outra empresa e se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsou os valores que propiciaram o surgimento do ágio, ainda que a operação que o originou tenha sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

ÁGIO. PATRIMÔNIO LÍQUIDO NEGATIVO. PASSIVO A DESCOBERTO. VALOR DE AVALIAÇÃO IGUAL A ZERO.

O valor da avaliação de investimento em sociedade coligada ou controlada pelo método da equivalência patrimonial é zero quando a empresa investida apresenta passivo a descoberto (patrimônio líquido negativo). Em consequência, em uma aquisição de participação societária, o valor negativo do patrimônio líquido da empresa investida não compõe o custo de aquisição para fins de cálculo do ágio dedutível.

ANTECIPAÇÃO MENSAL. FALTA/INSUFICIÊNCIA DE PAGAMENTO. MULTA ISOLADA.

Verificada a falta/insuficiência de pagamento de antecipação mensal por estimativa cabe exigir a multa isolada, que incidirá sobre o valor não recolhido.

MULTA ISOLADA. MULTA DE OFÍCIO. LEI. NOVA REDAÇÃO. FATOS GERADORES A PARTIR DE 2007.

Após a alteração de redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, é plenamente aplicável a multa isolada de 50% em relação à insuficiência de recolhimento de estimativas e a multa de ofício de 75% sobre o lançamento complementar. O disposto na Súmula nº 105 do CARF se aplica aos fatos geradores pretéritos ao ano de 2007.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015, 2016

CSLL. MESMOS ELEMENTOS FÁTICOS E JURÍDICOS. APLICAÇÃO DOS FUNDAMENTOS E CONCLUSÕES.

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fatos geradores de vários tributos, implicam a obrigatoriedade de constituição dos respectivos créditos tributários. Versando sobre as mesmas ocorrências fáticas, aplica-se ao lançamento alusivo à CSLL o que restar decidido no lançamento do IRPJ.

Assunto: Normas de Administração Tributária

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015, 2016

MULTA DE OFÍCIO. CONDUTA ACATADA PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA À ÉPOCA DOS FATOS GERADORES. IMPOSSIBILIDADE.

Constatado que o procedimento adotado pelo contribuinte, à época dos fatos geradores, era referendado pelas decisões do CARF, não se pode falar em dolo, e, conseqüentemente, em fraude, sonegação ou conluio (arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64), elementos necessários à qualificação da multa de ofício, conforme determina o parágrafo 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE.

De conformidade com a Súmula CARF nº 108, incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de voto, em negar provimento em recurso de ofício. Quanto ao recurso voluntário, acordam os membros do colegiado, (i) por maioria de votos, em negar provimento ao recurso quanto à amortização fiscal do ágio 2, vencido o conselheiro Henrique Nímer Chamas, que votou por dar provimento ao recurso quanto a tal matéria; (ii) por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, quanto à amortização fiscal do ágio 3; (iii) por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, quanto à amortização fiscal do ágio 6 e 7, vencido o conselheiro Henrique Nímer Chamas, que votou por dar provimento parcial ao recurso, quanto a tal matéria, acatando a amortização em relação à parcela não afetada pelo passivo a descoberto; (iv) por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso em relação à glosa de prejuízos e bases de cálculo negativas da CSLL; (v) por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, quanto ao reconhecimento da decadência do direito de se constituir os créditos tributários com fatos geradores em 31 de dezembro de 2013, e para reduzir a multa de ofício ao percentual de 75% (setenta e cinco por cento), vencido o conselheiro Marcelo Izaguirre da Silva, que votou pela manutenção da multa de ofício qualificada e pela rejeição da prejudicial de decadência; (vi) por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, quanto à exigência da multa isolada pelo não recolhimento das estimativas, nos termos do relatório e voto do relator, vencidos os conselheiros Maria Angélica Echer Ferreira Feijó e Henrique Nímer Chamas, que votaram por dar provimento ao recurso, quanto a tal matéria. (vii) por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, quanto à incidência de juros de mora sobre a multa de ofício. O conselheiro Henrique Nímer Chamas votou pelas conclusões do relator quanto à amortização fiscal do ágio 3.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Marcelo Izaguirre da Silva, Maria Angélica Echer Ferreira Feijó, Marcelo Oliveira, Henrique Nimer Chamas, Natália Uchôa Brandão e Paulo Henrique Silva Figueiredo (presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e Recurso de Ofício interpostos em relação ao Acórdão nº 14-108.142, de 24 de junho de 2020, por meio do qual a 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto/SP julgou procedente em parte a Impugnação apresentada pela pessoa jurídica Recorrente acima identificada (fls. 30.224/30.353).

O presente processo decorre de Autos de Infração (fls. 27.403/27.454) lavrados para a constituição de créditos tributários de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), em relação a períodos de apuração contidos nos anos-calendários de 2013, 2014, 2015 e 2016.

Conforme informações contidas nos referidos documentos e planilhas anexa, bem como no Termo de Constatação de fls. 27.455/27.567, o lançamento tratado no presente processo e as operações que o motivaram são assim sintetizadas:

O presente auto de infração constitui crédito tributário em razão de glosa de amortizações indevidas de ágio realizadas pela AES Tiete Energia SA (contribuinte).

As amortizações de ágio aqui tratadas foram realizadas pela AES Tiete Energia SA (anteriormente denominada Companhia Brasileira de Energia), entre 2013 e 2016.

Os ágios amortizados tiveram origem em operações societárias realizadas entre 2000 e 2015, detalhadamente descritas pelo contribuinte durante a ação fiscal, descrições estas consignadas neste Termo. Segundo o contribuinte, estas operações societárias teriam dado origem a 7 ágios, identificados sequencialmente pelo contribuinte como Ágio 1 até Ágio 7.

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

a) Ágio 1: originado na aquisição inicial de ações da Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete por uma empresa holding do Grupo AES, tendo a empresa adquirida passado a denominar se AES Tiete SA. Este ágio foi indevidamente transferido para a contabilidade AES Tiete SA, com uso da empresa veículo AES Gás Empreendimentos Ltda, para que pudesse ser ilicitamente amortizado.

b) Ágio 2: originado da aquisição de participações societárias da AES Tiete SA no mercado secundário pela empresa holding Energia Paulista. Este ágio foi gerado em operação em que os recursos financeiros se originaram do Grupo AES, por determinação da controladora do grupo (AES Corp), tendo em vista que a empresa Energia Paulista não dispunha de capacidade econômica e nem autonomia operacional para realizar tal operação.

c) Ágio 3: ágio originado da compra de participações societárias da AES Tiete SA pela empresa holding AES Tiete Participações SA, com utilização de recursos oriundos do exterior, do Grupo AES. Novamente, a holding AES Tiete Participações SA não dispunha de capacidade econômica e nem autonomia operacional para realizar tal operação, sendo a real adquirente a empresa norte americana AES Corp.

d) Ágios 4, 5, 6 e 7: 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. Os ágios 4, 5, 6 e 7 são, na realidade, criações artificiais do Grupo AES com vistas a localizar ágios ilicitamente em empresas que pudessem posteriormente (em 2006 e em 2015) 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 ilicitamente estes quatro ágios para a recém-criada empresa holding Brasileira 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, 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, 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.

As apurações realizadas nesta fiscalização, detalhadas neste Temo, resultaram no lançamento de ofício de IRPJ e CSLL apurados em decorrência da glosa das amortizações indevidas de ágio realizadas pela empresa AES Tiete SA (incorporada pelo contribuinte) entre 2013 e 2015 (controlado pelo processo 16561.720073/2019-14), e pela empresa AES Tiete Energia SA (contribuinte) entre 2013 e 2016 (controlado por este processo).

[...]

Segue, abaixo, a relação de operações identificadas pelo contribuinte (nas palavras da petição do contribuinte), e que serão objeto da análise detalhada realizada neste Termo de Verificação Fiscal:

- a) Ágio 1 - AES Tiete Empreendimentos SA na Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete - R\$ 808.303.000,00;
- b) Ágio 1 Reflexo - Reflexo da Tiete na AES Tiete Energia SA - R\$ 541.563.279,25;
- c) Ágio 2 - Energia Paulista na AES Tiete SA - R\$ 113.420.000,00;
- d) Ágio 2 Reflexo - Reflexo da Energia Paulista na AES Tiete SA - 17.662.755,00;
- e) Ágio 3 - AES Tiete Participacoes SA na Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete - R\$ 82.257.000,00;
- f) Ágio 3 Reflexo - Reflexo da AES Tiete Participacoes SA na Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete - R\$ 36.755.157,36;
- g) Ágio 4 - Eletropaulo - R\$ 41.056.000,00;
- h) Ágio 5 - ELPA - R\$ 621.421.724,13;
- i) Ágio 6 - Companhia Brasileira de Energia na TH (Holding) x Tiete Participações x Tiete (Brasileira AES Tiete Holding Ltda) - R\$ 670.844.000,00;
- j) Ágio 6 Reflexo - Reflexo da Brasileira na THxTPxTiete - R\$ 151.171.000,00;
- k) Ágio 7 - Brasileira na Energia Paulista - R\$ 182.737.000,00;
- l) Ágio 7 Reflexo - Reflexo da Brasileira na Energia Paulista - R\$ 41.360.000,00.

Obs: Os valores indicados no parágrafo anterior referem-se aos valores totais de cada ágio, conforme informado pelo contribuinte. Portanto, se referem aos valores totais dos ágios, e não aos valores amortizados nos anos sob análise. Os valores amortizados foram, na realidade, parcelas dos valores totais aqui informados pelo contribuinte.

Segundo esclarecimentos prestados pelo contribuinte, os valores informados como ágios "reflexo" são, na realidade, decorrentes do atendimento às normas da Comissão de Valores Mobiliários - CVM através da constituição de provisões exigidas por aquele órgão em situações de ágio oriundo de combinações de negócios. Estes ágios "reflexo", na realidade são efeitos de provisões, e não ágios efetivos. Como tais, estes valores devem figurar somente como adições ao lucro real, e nunca como despesas ou exclusões ao lucro real. Sendo assim, espera-se que os valores identificados como ágios "reflexo" não afetem a presente análise, e não tenham sido causa de reduções tributárias.

[...]

4.1. AÇÃO DE FISCALIZAÇÃO REALIZADA EM 2011

Cabe esclarecer que, durante o ano 2011, foi conduzida ação de fiscalização anterior que analisou amortizações de ágios realizadas pela empresa AES Tiete SA nos anos 2007, 2008 e 2009. As amortizações analisadas, e glosadas, limitaram-se àquelas originadas dos ágios 1 e 3 acima identificados pelo contribuinte.

Elementos obtidos nessa ação fiscal anterior, constantes do processo administrativo fiscal No. 19515.721836/2011-31, já definitivamente julgado procedente na esfera administrativa pelo CARF, serão utilizados na presente análise. Por isso, abaixo é reproduzido o andamento da ação fiscal conduzida em 2011.

[...]

6 - OPERAÇÕES DE REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA REALIZADAS PELO CONTRIBUINTE E PELO GRUPO AES DESDE 1999

Em resposta a intimações, o contribuinte apresentou slides que passam a fazer parte integrante e indissociável deste Termo de Constatação, e que descrevem em certo grau de detalhe as operações de reorganização societária realizadas pelo contribuinte e pelo Grupo AES entre 1999 e 2015. Estão descritas somente as operações societárias relevantes para a presente análise.

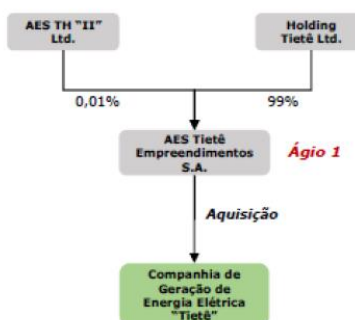
A sequência de reorganizações societárias realizadas pelo contribuinte tem início em 1998, com a constituição da empresa AES Gerasul Empreendimentos Ltda, CNPJ 02.670.218/0001-89, posteriormente denominada AES Tiete Empreendimentos Ltda.

A criação da Gerasul no Brasil decorreu de decisão, tomada antes de sua criação por seus sócios AES Gerasul Ltd e AES Energen Ltd, ambas com sede nas Ilhas Cayman subsidiárias de The AES Corporation (com sede nos Estados Unidos), de adquirir o controle acionário da Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete, conforme registrado no Contrato Social da GeraSul e na Ata de Assembleia de Quotistas realizada em 26/10/1999.

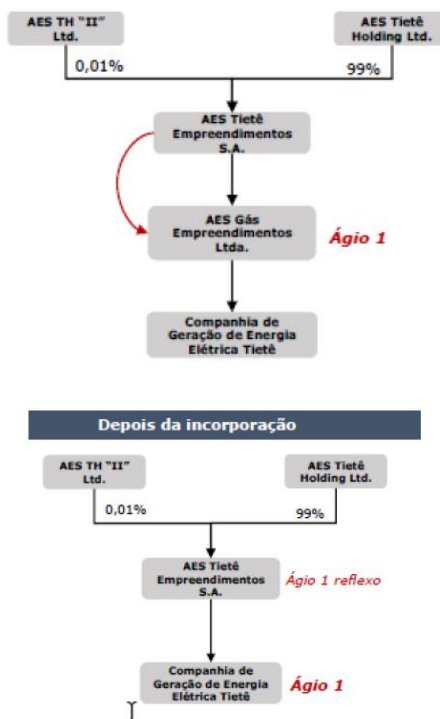
Com a criação da Gerasul no Brasil, e a efetivação da compra do controle acionário da Companhia Tiete pelo Grupo AES, a Gerasul recebe aumento de

capital de R\$ 1000,00 para R\$ 605.771.000,00, integralizado por meio de remessas internacionais através de contratos de câmbio registrados na Primeira Alteração de Contrato Social da empresa.

A compra das participações societárias foi realizada com ágio em leilão de privatização em bolsa de valores, por valor superior ao patrimônio líquido da Companhia de Geração de Energia Elétrica Tietê, dando origem ao ÁGIO 1.



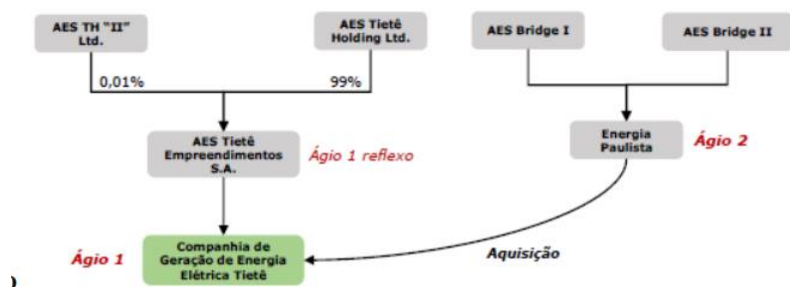
Logo após a aquisição das participações societárias em leilão, e incorporação das participações societárias ao patrimônio da Gerasul, o Grupo AES faz uso de uma empresa de "prateleira", AES Gas Empreendimentos Ltda, em operação na qual a GeraSul aumenta o capital da AES Gas através do aporte das ações da Companhia de Geração de Energia Elétrica Tietê, acompanhada do ágio pago na aquisição (ágio transferido).



Logo em seguida, a Companhia de Geração de Energia Elétrica Tietê (posteriormente denominada AES Tietê SA) incorporou de forma reversa a AES Gas Empreendimentos Ltda, resultando na transferência, para a contabilidade da

AES Tiete SA, por meio de incorporação da empresa veículo AES Gas Empreendimentos Ltda, do ágio pago pelo Grupo AES na aquisição de ações da empresa incorporadora.

Em 2001, outra empresa do Grupo AES, a Energia Paulista Participações SA (posteriormente denominada Companhia Brasileira de Energia e, em seguida, AES Tiete Energia SA), adquiriu um segundo lote de ações da Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete (posteriormente AES Tiete SA), no mercado secundário, em operação de troca de ações por debêntures. Esta compra originou o ÁGIO 2.

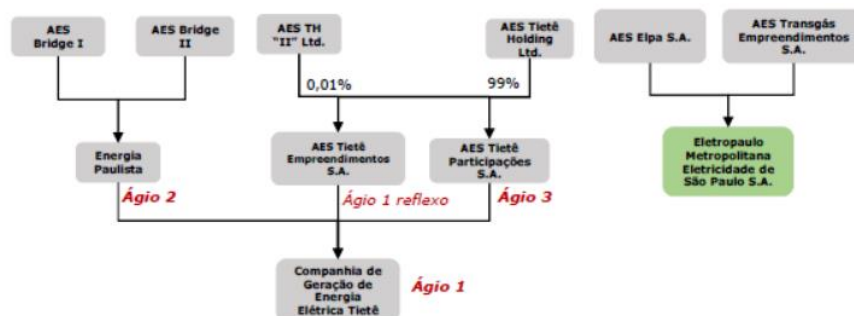


Ainda em 2001, a empresa AES Tiete Participações SA adquire outro lote correspondente a 4,98% do capital da Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete, novamente com ágio. Nasce, então, o ÁGIO 3.

Já em 2003, surgem na estrutura societária do Grupo AES as empresas AES Elpa SA e AES Transgas SA, que adquirem participações societárias na Eletropaulo Metropolitana. Cabe reforçar, aqui, que o papel das empresas Elpa e Transgas (que apresentam inclusive aspectos de empresas veículo), está ligado à empresa Eletropaulo Metropolitana, não tendo relação com a Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete.

Em 2003, ocorre a primeira grande reestruturação societária do ramo do Grupo AES que controla a Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete (posteriormente AES Tiete SA). Surge então a empresa Brasileira Energia SA.

A reorganização societária de 2003 ocorre no âmbito de uma renegociação da dívida do Grupo AES no Brasil, com participação do BNDES, estando esta negociação e a reestruturação de dívida detalhada no Memorando de entendimento entre AES Corp e BNDES, juntado a este processo.



O primeiro passo da reorganização societária foi a criação de uma nova empresa, a Brasileira 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 Brasileira Energia SA, a empresa AES CEMIG Empreendimentos II Ltd realiza aumento de capital na Brasileira 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 nasce 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.

[...]

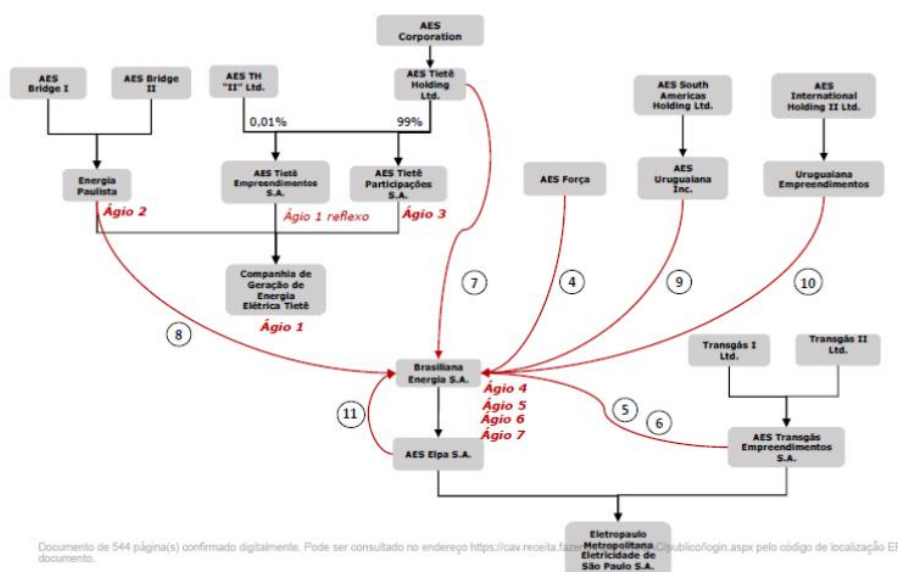
Na mesma época, prosseguindo a reorganização societária, a nova empresa Brasileira Energia SA recebeu mais um aumento de capital, integralizado da seguinte forma:

- 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.

Esta operação, realizada a valores superiores aos valores patrimoniais das participações societárias transacionadas, deu origem ao ÁGIO 5.

[...]

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.

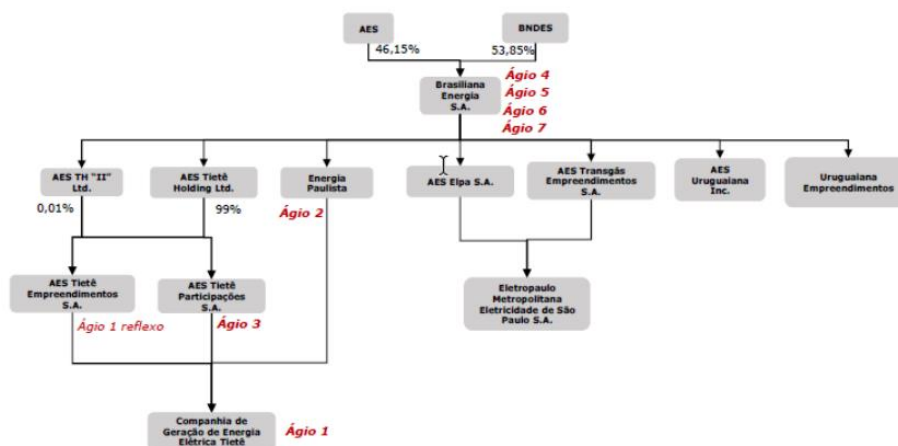


Dentre as operações acima referidas, o passo 7 corresponde à integralização de capital na Brasileira Energia SA de ações da AES Tiete Holdings Ltd detidas pela AES Corporation. Esta operação, também realizada a valores superiores ao valor patrimonial, deu origem ao ÁGIO 6.

Por outro lado, o passo 8 corresponde à integralização de capital na Brasileira Energia SA de ações da empresa Energia Paulista Participações SA detidas pelas empresas estrangeiras com sede nas Ilhas Cayman AES Bridge I e AES Bridge II. Esta operação, realizada a valores superiores ao valor patrimonial, deu origem ao ÁGIO 7.

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 BNDESPar com 53,85% do capital. Contudo, o controle acionário permaneceu com a AES Corp, por deter a maioria das ações com direito a voto.

Nesta operação de 2003 ocorreu, portanto,, transferência de parte do Grupo AES para a BNDESPar, em troca da renegociação de dívidas do Grupo AES no Brasil.



Cabe destacar, contudo, que os ágios gerados nesta reorganização societária foram todos gerados dentro da empresa Brasileira Energia SA. Contudo, 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 Brasileira Energia SA).

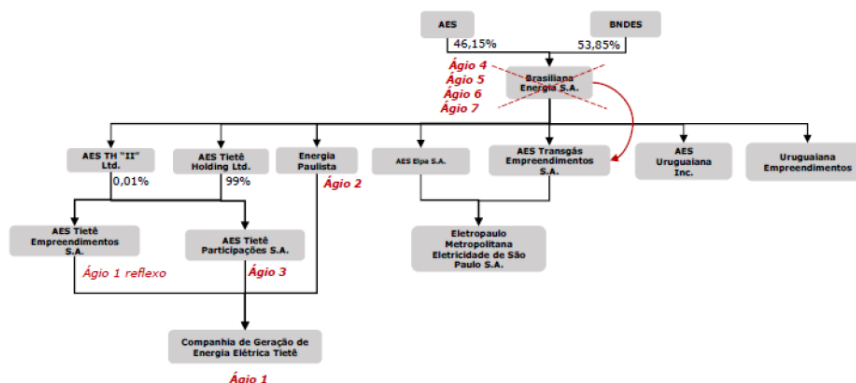
O que se observa, na verdade, é a ocorrência de uma transação entre AES Corp e BNDESPar correspondente à transferência de 53,85% das ações do Grupo AES no Brasil. Contudo, esta operação foi "inflada" através de um "emaranhado" de operações societárias, todas realizadas acima de seus valores patrimoniais, com o objetivo único de localizar ilicitamente ágios dentro do próprio Grupo AES.

Sendo assim, os ágios 4,5,6 e 7 são, na realidade, ágios ilicitamente localizados dentro do Grupo AES, até porque não houve, em nenhum momento, negociação individual de participações societárias das empresas controladas do Grupo AES. Mas, ainda que se avenge a possibilidade dos ágios 4,5,6 e 7 serem originados em operações de aquisição de participações societárias entre partes independentes, estas partes independentes são AES Corp e BNDESPar, devendo o ágio nascer e permanecer na BNDESPar (parte compradora), e nunca "passeando" pela estrutura societária do Grupo AES de forma a se localizar no ponto mais conveniente para lesar os cofres públicos em benefícios tributários indevidos por meio de amortização ilegal de ágio.

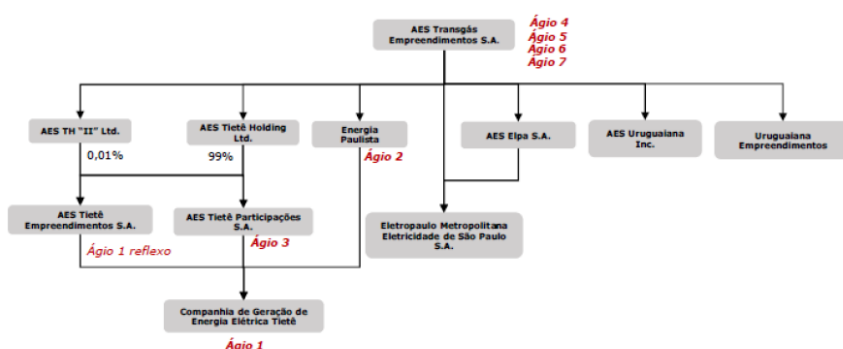
É importante, ainda, repisar o fato de que os ágios 4, 5, 6 e 7 nasceram de forma completamente viciada, ilicitamente localizados na empresa Brasileira Energia SA. Como já foi mencionado, o local correto para nascimento destes ágios (se não forem ágios internos), seria na BNDESPar. Mas não foi assim que o contribuinte procedeu, tendo estes ágios sido ilicitamente gerados na Brasileira Energia SA, não podendo prosperar a criação ou amortização de ágios ilicitamente localizados.

Já em 2006, tem origem um novo conjunto de reorganizações societárias, cujos objetivos são incertos, pois são realizadas diversas operações societárias internas ao Grupo AES, permanecendo intacto o controle do Grupo, com 46,15% detidos pela AES Corp e 63,85% detidos pela BNDESPar, exatamente como antes das reorganizações de 2006.

Estas operações societárias realizadas em 2006 tiveram início com a empresa AES Transgas Empreendimentos SA incorporando a Brasileira Energia SA.



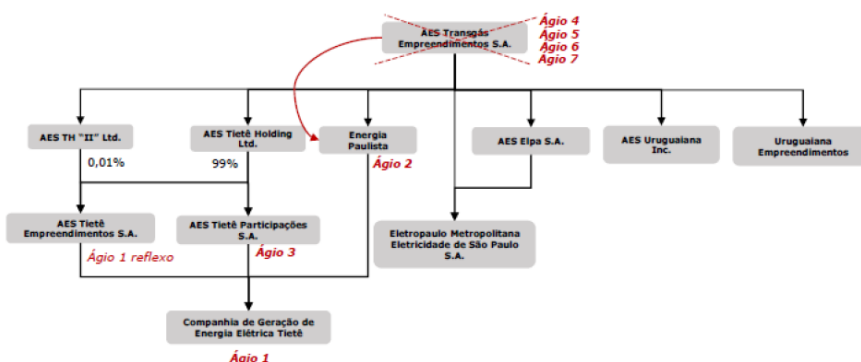
Formou-se, então, a estrutura societária demonstrada abaixo.



O próximo passo foi a incorporação da empresa AES Transgás Empreendimentos SA pela empresa Energia Paulista Participações SA (que é o contribuinte sob fiscalização, posteriormente denominado AES Tiete Energia SA).

Após a incorporação, a empresa Energia Paulista Participações SA tem sua razão social alterada para Companhia Brasileira de Energia.

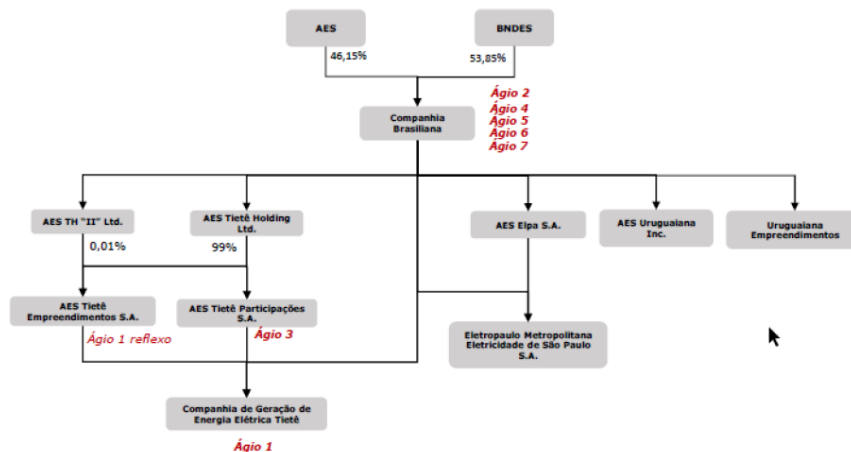
Isto faz com que sejam artificialmente consolidados, na Energia Paulista Participações SA, os ágios 2, 4, 5, 6 e 7.



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 Brasileira 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.

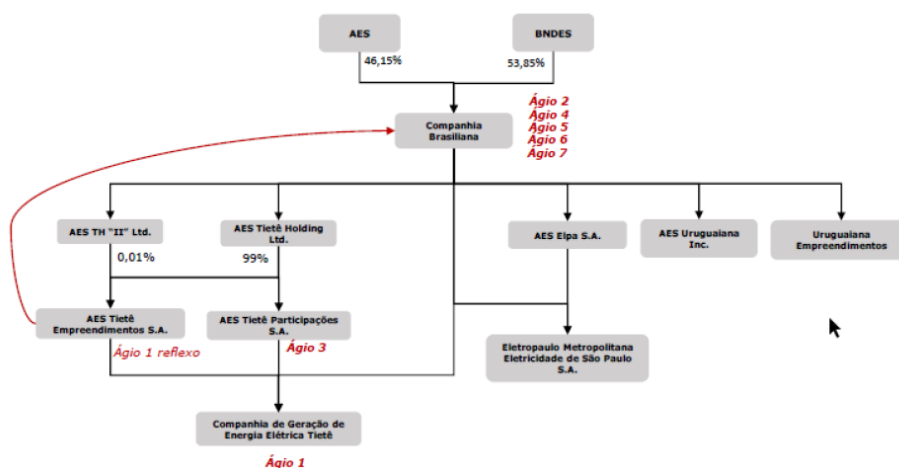
A estrutura societária criada após esta operação é demonstrada abaixo.



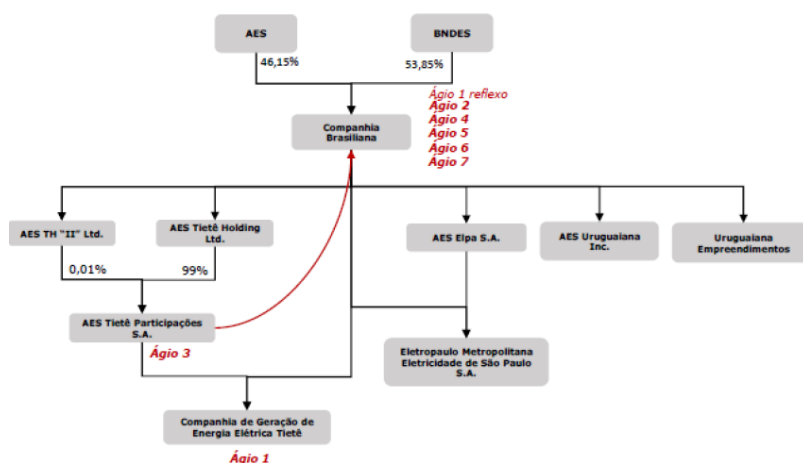
Observe-se que, antes de 2006, o Grupo AES era capitaneado pela empresa Brasileira Energia. Após as primeiras reorganizações, o grupo passa a ser capitaneado pela empresa Companhia Brasileira de Energia. Ressalte-se que o mercado sempre entendeu ambas as empresas simplesmente como Brasileira.

Ou seja, é cristalino que toda esta operação é uma operação circular, que nasce e termina na mesma situação societária (pelo menos se forem focados os aspectos relevantes), tendo como única diferença o fato de que ágios foram movidos de posição, e incorporações viciadas por vício de vontade, simulação e fraude fiscal foram realizadas de forma a simular o direito à amortização dos ágios.

Em sequência, não satisfeito com toda a complexidade societária artificialmente criada, o contribuinte ainda procedeu nova operação em 2006: a incorporação da AES Tietê Empreendimentos SA pela agora denominada Companhia Brasileira de Energia (anteriormente Energia Paulista Participações SA).

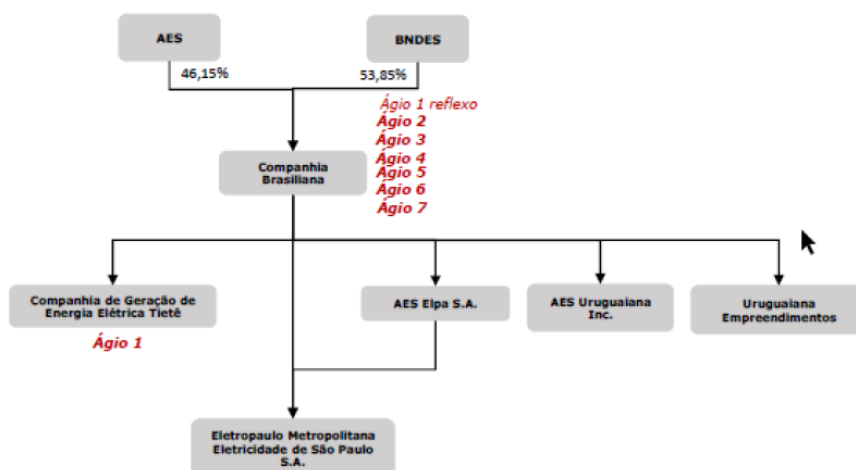


Em seguida, segundo o contribuinte, a Companhia Brasileira de Energia (antiga Energia Paulista Participações SA) incorpora a AES Tiete Participações SA, em cuja contabilidade se localizava o Ágio 3.



Contudo, há aqui uma divergência entre as informações prestadas pelo contribuinte e os registros de incorporações constantes do sistema CNPJ. Na realidade, a AES Tiete Participações SA foi incorporada pela AES Tiete SA, anteriormente denominada Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete. O ágio 3 inclusive passou a ser amortizado indevidamente pela AES Tiete SA após a incorporação da AES Tiete Participações SA.

Ao final de 2006, a organização societária do Grupo AES é a mostrada abaixo.

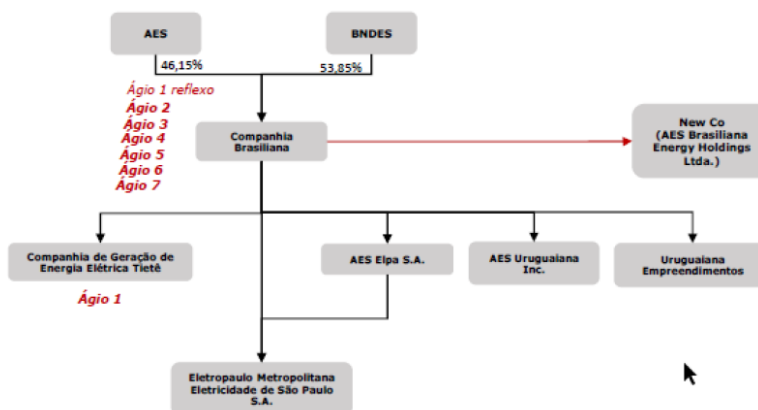


Ressalte-se que, devido ao equívoco na informação prestada pelo contribuinte, neste momento o ágio 3 se encontrava na contabilidade da Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete (AES Tiete SA), e não na Companhia Brasileira de Energia.

Novamente observe-se que, ao final de 2006, e após diversas reorganizações societárias envolvendo holdings inócuas, não há nenhuma alteração substancial no controle do Grupo AES que permanece 48,15% da AES Corp e 53,85% da BNDESPar.

Ou seja, toda a reorganização societária realizada em 2006 teve objetivos meramente internos ao grupo, sobressaindo-se o propósito de movimentar os ágios e criar artificialmente incorporações para justificar sua amortização.

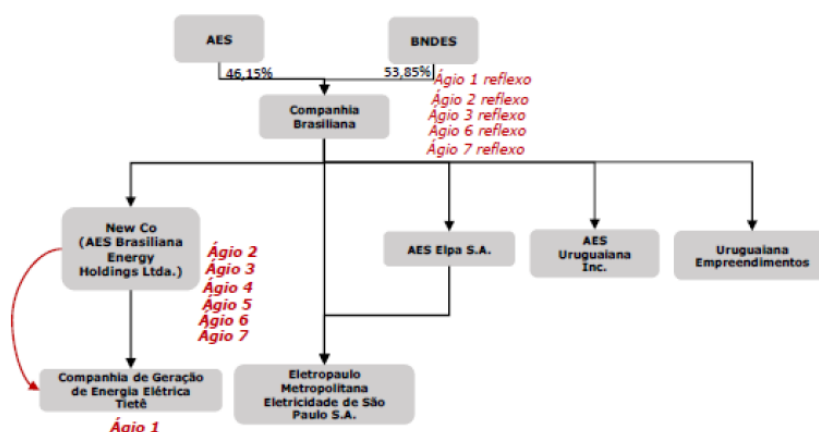
Já em 2015, novo conjunto de operações societárias é iniciado, com a criação da empresa AES Brazilian Energy Holdings Ltda.



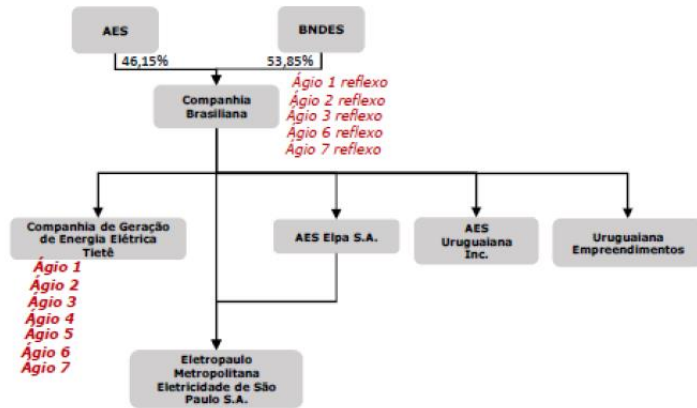
Cabe destacar, desde logo, que a empresa AES Brazilian Energy Holdings Ltda apresenta claro comportamento de empresa veículo efêmera, sendo criada para a realização de reorganizações societárias em 2015, com a finalidade última de ser incorporada e "forjar" as condições estabelecidas pela legislação para a amortização dos ágios acumulados no Grupo AES desde 1999.

No passo seguinte, a Companhia Brasileira integralizou capital na nova empresa veículo criada, transferindo para esta empresa os ágios 3,4, 5 e 7, além das participações societárias da AES Tiete SA (antiga Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete).

Verifica-se que a empresa veículo recebe parte significativa dos ágios gerados e acumulados no Grupo AES, em nova operação que visa criar artificialmente incorporações, e movimentar ágios para locais em que sejam mais apropriadamente amortizáveis, ao arrepio da lei tributária, e mediante procedimentos simulados.

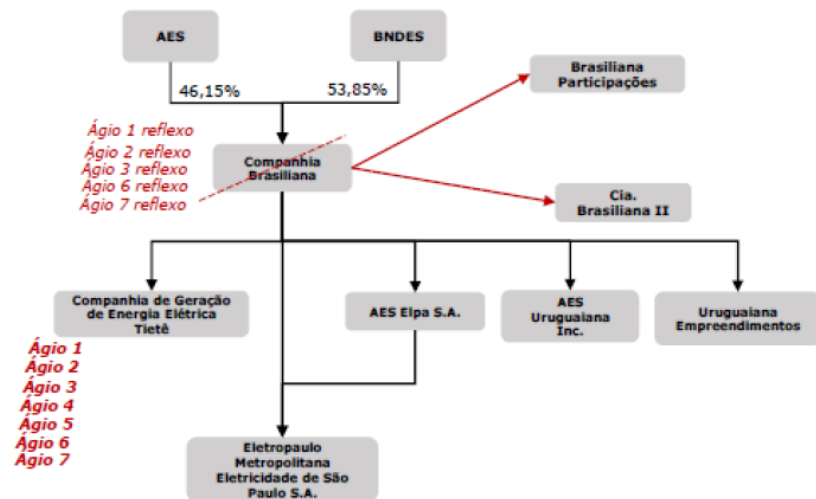


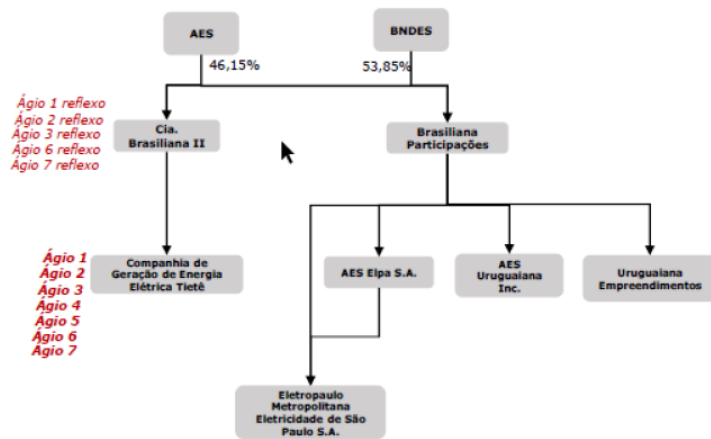
Na sequência, a empresa veículo AES Brazilian Energy Holdings Ltda é incorporada pela AES Tiete SA (antiga Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete), ao contrário do que indica a figura elaborada pelo contribuinte.



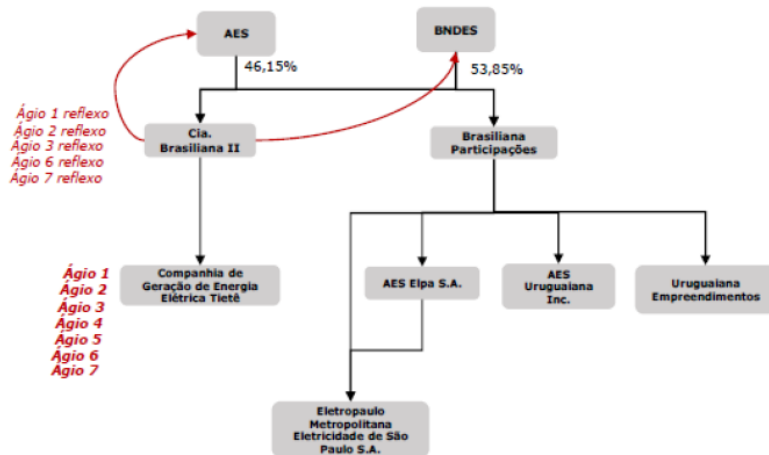
Ato contínuo, a Companhia Brasileira de Energia realiza uma cisão parcial, dando origem às empresas:

- Brasiliana Participações, que passará a ser a controladora intermediária do braço do Grupo AES que contém a Eletropaulo Metropolitana;
- Companhia Brasileira de Energia (nesta fase denominada pelo contribuinte como Brasiliana II): que passará a ser a controladora intermediária da AES Tiete SA (antiga Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete).

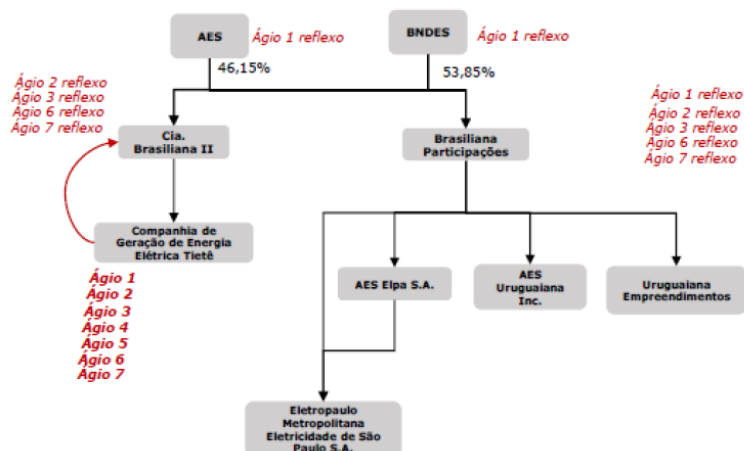




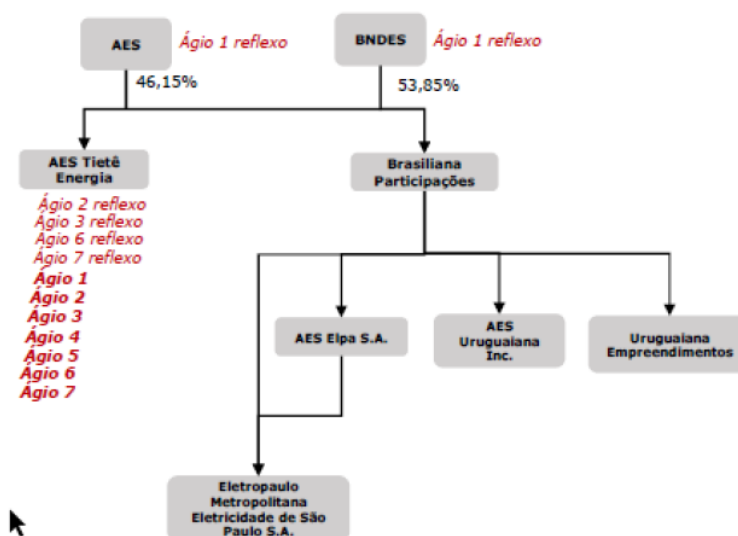
Em seguida, segundo descrição do contribuinte, ocorreu uma redução de capital na Companhia Brasileira de Energia (Brasileana II), com reversão de parte do patrimônio aos sócios AES Corp e BNDESPar.



Por fim, em 31/12/2015, a Companhia de Energia (Brasileana II) incorpora a AES Tiete AS (antiga Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete), e tem sua razão social alterada para AES Tiete Energia SA.



A estrutura final do Grupo AES, após as reestruturações societárias de 2015, ficou conforme a figura abaixo.



[...]

7. ÁGIOS CRIADOS PELO GRUPO AES DESDE 1999

Em decorrência das operações de reorganização societária descritas no Capítulo anterior, foram originados 7 ágios, todos eles com marcantes irregularidades que serão destacadas mais adiante neste Termo.

Abaixo são descritos individualmente os ágios, e identificados os seus valores.

7.1 – ÁGIO 1 - AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÕES NA COMPANHIA DE ENERGIA ELÉTRICA TIETE E INCORPORAÇÃO DA EMPRESA AES GÁS EMPREENDIMENTOS LTDA

De acordo com informações prestadas pelo contribuinte, o ÀGIO 1 origina-se em 1999 na aquisição de participações societárias correspondentes ao controle acionário na Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete (que posteriormente seria denominada AES Tiete SA, tendo sido em 2015 incorporada pelo contribuinte) A aquisição foi realizada pela empresa AES Gerasul Empreendimentos Ltda, posteriormente denominada AES Tiete Empreendimentos. Segundo o contribuinte, esta operação ocasionou geração de ágio, conforme abaixo discriminado:

Preço de aquisição das participações societárias: R\$ 961.397.000,00

Patrimônio Líquido correspondente à participações: R\$ 153.094.000,00

Ágio gerado na operação: R\$ 808.303.000,00;

Objeto do ágio: participações societárias de emissão da Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete;

Local de origem formal do ágio: contabilidade da AES Tiete Empreendimentos Ltda;

Fundamento econômico: o contribuinte alega tratar-se de "goodwill".

[...]

7.2. ÁGIO 2 - AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA

Ainda segundo o contribuinte, o ÁGIO 2 teve origem em 2001 na aquisição de participações societárias na Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete pelo contribuinte AES Tiete Energia SA, que na época era denominado Energia Paulista Participações SA.

Segundo o contribuinte, a compra gerou ágio conforme abaixo indicado:

Preço de aquisição das participações societárias: R\$ 150.307.000,00

Patrimônio Líquido correspondente à participações: 36.887.000,00

Ágio gerado na operação: R\$ 113.420.000,00;

Objeto do ágio: participações societárias de emissão da Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete;

Local de origem formal do ágio: contabilidade da Energia Paulista (contribuinte);

Fundamento econômico: o contribuinte alega tratar-se de "goodwill".

[...]

7.3. ÁGIO 3 – AQUISIÇÃO DE PARCELA DE 4,98% DE PARTICIPAÇÃO NA COMPANHIA DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELETRICA TIETE E INCORPORAÇÃO DA EMPRESA AES TIETÊ PARTICIPAÇÕES LTDA

O contribuinte comunicou que o ÁGIO 3 teve origem na operação de aquisição da parcela de 4,98% de participação societária na Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete. A aquisição foi realizada pela empresa AES Tiete Participacoes.

A operação ocasionou a geração de ágio conforme abaixo descrito:

Preço de aquisição das participações societárias: R\$ 105.779.000,00;

Patrimônio Líquido correspondente às participações: R\$ 23.522.000,00;

Ágio gerado na operação: R\$ 82.257.000,00;

Objeto do ágio: participações societárias de emissão da Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete;

Local de origem formal do ágio: contabilidade da AES Tiete Participacoes SA.

Fundamento econômico: o contribuinte alega tratar-se de "goodwill".

[...]

7.4 - ÁGIO 4 - CONFERÊNCIA DE AÇÕES DA ELETROPAULO PELA AES CEMIG EMPREENDIMENTOS II LTD EM AUMENTO DE CAPITAL DA BRASILIANA ENERGIA SA

Segundo informações prestadas pelo contribuinte, o ÁGIO 4 teve origem já durante o processo de reestruturação das dívidas do Grupo AES, em operação em

que a empresa AES CEMIG Empreendimentos II Ltd realizou aumento de capital na Brasileira Energia, por meio de conferência de participações societárias da Eletropaulo. As ações da Eletropaulo foram recebidas na Brasileira avaliadas por valor superior a seu valor patrimonial, originando ágio na contabilidade da Brasileira.

A operação ocasionou a geração de ágio conforme abaixo descrito:

Preço de aquisição das participações societárias: R\$ 138.407.332,60;

Patrimônio Líquido correspondente às participações: R\$ 97.351.000,00;

Ágio gerado na operação: R\$ 41.056.000,00.

Objeto do ágio: participações societárias de emissão da Eletropaulo;

Local de origem formal do ágio: contabilidade da Brasileira Energia;

Fundamento econômico: o contribuinte alega tratar-se de "goodwill".

[...]

7.5 - ÁGIO 5 - AUMENTO DE CAPITAL DA BRASILIANA ENERGIA ATRAVÉS DE CONFERÊNCIA DE PARTICIPAÇÕES E OUTROS DIREITOS RELACIONADOS À ELPA

Segundo o contribuinte, ainda durante a reestruturação das dívidas do Grupo AES em 2003, as empresas Treasuring Cove Ltd, AES Coral Reef LLC e AES Cemig Empreendimentos II Ltd realizaram aumento de capital na Brasileira Energia, conferindo, para isso, participações societárias da ELPA.

As conferências de capital na Companhia Brasileira de Energia ocorreram, segundo o contribuinte, da seguinte forma:

- Treasuring Cove contribuiu créditos (12 milhões) contra a AES Elpa em aumento de capital (crédito decorrente de dividendos a receber);

- AES Coral Reef LLC contribuiu ações da Elpa em aumento de capital na Brasileira e também aumentou o capital com dividendos;

- AES CEMIG Empreendimentos II Ltd. contribuiu ações da Elpa e créditos decorrentes de dividendos contra a AES Elpa em aumento de capital da Brasileira; além disso, contribuiu ações da Eletropaulo também para aumento de capital na Brasileira e 160 milhões em caixa.

A operação ocasionou a geração de ágio conforme abaixo descrito:

Preço de aquisição das participações societárias: R\$ 133.057.101,60;

Patrimônio Líquido correspondente às participações: (-) R\$ 488.364.622,54;

Ágio indevidamente calculado com inclusão de PL negativo: R\$ 621.421.724,14;

Ágio calculado excluindo PL negativo: R\$ 133.057.101,60;

Objeto do ágio: participações societárias de emissão da Elpa e da Eletropaulo;

Local de origem formal do ágio: contabilidade da Brasileira Energia;

Fundamento econômico: o contribuinte alega tratar-se de "goodwill".

Desde logo é necessário destacar que as empresas participantes desta reorganização societária apresentavam, na época, patrimônio líquido negativo. O contribuinte, em seu cálculo de ágio, soma ao valor do suposto preço da operação o montante de R\$ 488.364.622,54, relativo ao patrimônio líquido negativo das empresas. Contudo, é certo afirmar que patrimônio líquido negativo não dá origem a ágio correspondente a seu valor, e não é sujeito a conversão em ágio. Portanto, o valor do suposto Ágio 5, em discussão neste Termo, se limita a R\$ 133.057.101,60, cuja legitimidade e possibilidade ou não de amortização será analisada mais adiante neste Termo.

[...]

7.6 - ÁGIO 6 - AUMENTO DE CAPITAL DA BRASILIANA ENERGIA ATRAVÉS DE CONFERÊNCIA DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS DA AES TIETE HOLDING LTD PELA AES CORPORATION

Segundo o contribuinte, prosseguindo a reorganização societária para reestruturação das dívidas do Grupo AES em 2003, a empresa AES Corporation realizou aumento de capital na Brasileira Energia SA, conferindo, para isso, participações societárias da AES Tiete Holding Ltd..

A operação ocasionou a geração de ágio conforme abaixo descrito:

Preço de aquisição das participações societárias: R\$ 620.044.000,00;

Patrimônio Líquido correspondente às participações: (-) R\$ 50.801.000,00;

Ágio indevidamente calculado com inclusão de PL negativo: R\$ 670.844.000,00;

Ágio calculado excluindo PL negativo: R\$ 620.044.000,00;

Objeto do ágio: participações societárias de emissão da AES Tiete Holding Ltd;

Local de origem formal do ágio: contabilidade da Brasileira Energia;

Fundamento econômico: o contribuinte alega tratar-se de "goodwill".

Novamente se observa que as empresas participantes desta reorganização societária apresentavam, na época, patrimônio líquido negativo. O contribuinte, em seu cálculo de ágio, soma ao valor do suposto preço da operação o montante de R\$ 50.801.000,00, relativo ao patrimônio líquido negativo das empresas. Contudo, é certo afirmar que patrimônio líquido negativo não dá origem a ágio correspondente a seu valor, e não é sujeito a conversão em ágio. Portanto, o valor do suposto Ágio 6, em discussão neste Termo, se limita a R\$ 620.044.000,00, cuja

legitimidade e possibilidade ou não de amortização será analisada mais adiante neste Termo.

[...]

7.7 - ÁGIO 7 - AUMENTO DE CAPITAL DA BRASILIANA ENERGIA ATRAVÉS DE CONFERÊNCIA DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS DA ENERGIA PAULISTA (CONTRIBUINTE) PELAS EMPRESAS AES BRIDGE I E AES BRIDGE II

Segundo o contribuinte, prosseguindo a reorganização societária para reestruturação das dívidas do Grupo AES em 2003, a empresa AES Corporation realizou aumento de capital na Companhia Brasileira de Energia, conferindo, para isso, participações societárias da AES Tiete Holding Ltd..

A operação ocasionou a geração de ágio conforme abaixo descrito:

Preço de aquisição das participações societárias: R\$ 134.591.000,00;

Patrimônio Líquido correspondente às participações: (-) R\$ 48.146.000,00;

Ágio indevidamente calculado com inclusão de PL negativo: R\$ 182.737.000,00;

Ágio calculado excluindo PL negativo: R\$ 134.591.000,00;

Objeto do ágio: participações societárias de emissão da Energia Paulista (contribuinte);

Local de origem formal do ágio: contabilidade da Brasileira Energia.

Fundamento econômico: o contribuinte alega tratar-se de "goodwill".

Também neste caso se observa que as empresas participantes desta reorganização societária apresentavam, na época, patrimônio líquido negativo. O contribuinte, em seu cálculo de ágio, soma ao valor do suposto preço da operação o montante de R\$ 48.146.000,00, relativo ao patrimônio líquido negativo das empresas. Contudo, é certo afirmar que patrimônio líquido negativo não dá origem a ágio correspondente a seu valor, e não é sujeito a conversão em ágio. Portanto, o valor do suposto Ágio 7, em discussão neste Termo, se limita a R\$ 134.591.000,00, cuja legitimidade e possibilidade ou não de amortização será analisada mais adiante neste Termo.

[...]

8. EMPRESAS VEÍCULO UTILIZADAS

Durante as reorganizações societárias realizadas pelo Grupo AES, foram utilizadas empresas veículo que serão abaixo descritas.

O uso de empresas veículo e sem substância econômica, para a prática de atos em relação aos quais a empresa não tem autonomia decisória e nem capacidade financeira ou operacional para praticá-los, é ato simulado, como será adiante detalhado.

Sendo assim, constata-se, durante todo o curso das reorganizações societárias realizadas pelo contribuinte desde 1999 até 2015, o uso indiscriminado de empresas veículo e, por conseguinte, a reiterada prática de atos simulados, sempre visando moldar os atos jurídicos às conveniências do Grupo AES mesmo que isso representasse desrespeito à legislação tributária.

8.1. AES Gas Empreendimentos Ltda

A empresa AES Gas Empreendimentos Ltda foi utilizada pelo Grupo AES como veículo para o ÁGIO 1, sendo usada para transferir o ÁGIO 1 da empresa AES Tiete Empreendimentos AS para a empresa operacional AES Tiete SA (Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete), posteriormente incorporada pelo contribuinte fiscalizado e convertida em AES Tiete Energia SA.

Segundo informações prestadas pelo contribuinte, a empresa AES Gás Empreendimentos Ltda, CNPJ 02.652.773/0001-88, é uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada e tinha por objetivo, inicialmente, “construir e operar dutos, terminais terrestres, lacustres, fluviais e marítimos, embarcações, outros modais e estações destinadas ao transporte de gás natural, por qualquer meio, bem como armazenar e comercializar gás natural e equipamentos correlatos”, tendo sido seu objeto social alterado, durante o ano 2000, para “a participação em outras sociedades de qualquer natureza, no Brasil e no exterior”.

Constituída em 27/07/1998, a referida empresa permaneceu aberta por cerca de um ano e meio somente, até aproximadamente 24/03/2000, quando foi incorporada pela empresa AES Tiete SA. O sócio majoritário da empresa AES Gás Empreendimentos Ltda, com 98% de seu capital, era, originalmente, a empresa AES Interenergy Ltd., com sede informada ao CNPJ como sendo nas Ilhas Cayman, e que, segundo gráfico de distribuição societária de 2006, é, na realidade, uma subsidiária no exterior da AES Tiete Empreendimentos Ltda.

Informações contidas nos documentos societários da empresa AES Gás Empreendimentos Ltda demonstram que essa empresa originou-se e sempre esteve sob controle do grupo AES, que também controlava a empresa AES Tietê Empreendimentos Ltda (na época chamada Tietê Empreendimentos Ltda, anteriormente denominada Gerasul), apesar desse controle ser exercido através de empresas diferentes sediadas nas Ilhas Cayman.

Cabe destacar que o mesmo diretor Luiz David Travesso assina a primeira alteração de contrato social da AES Gás Empreendimentos Ltda como representante das sócias AES Tiete Empreendimentos Ltda, AES Interenergy Ltd e AES Bandeirante Ltd; esse mesmo diretor também assina, como presidente da mesa e presidente do Conselho de Administração, a ata de assembleia geral ordinária realizada em 30/03/2000 pelo contribuinte (na época denominado Companhia de Geração de Energia Elétrica Tietê).

Consultas às Declarações de Informações Econômico-Fiscais apresentadas por essa empresa à Receita Federal revelaram a apresentação de DIPJ inteiramente “zerada” para o ano-calendário

1998, declaração de inatividade para o ano-calendário 1999, e finalmente, para o ano-calendário 2000, a apresentação de DIPJ para o período 01/01/2000 a 31/03/2000, sob evento de incorporação, refletindo tão somente um aporte de capital social oriundo da empresa AES Tietê Empreendimentos Ltda acompanhado da contrapartida em investimentos permanentes em participações societárias, correspondentes ao controle acionário do contribuinte originalmente adquirido pela AES Tietê Empreendimentos Ltda durante a “privatização do setor elétrico”.

Intimado o contribuinte durante 2011 a apresentar os livros e documentos contábeis da empresa AES Gás Empreendimentos Ltda, bem como a demonstrar e comprovar as operações realizadas por essa empresa durante sua curta existência, o contribuinte não foi capaz de comprovar nenhuma operação relevante não relacionada à operação societária que envolveu a parcela de capital de 38,69% do capital total do contribuinte e que resultou na incorporação da AES Gás Empreendimentos Ltda pelo próprio contribuinte, que será a seguir detalhada.

A partir das DIPJ's apresentadas pela empresa AES Gás Empreendimentos Ltda, conclui-se claramente que essa empresa nunca exerceu qualquer tipo de atividade relevante, permanecendo praticamente inativa durante toda sua curta existência.

Não foram apresentados quaisquer livros ou documentos dessa empresa pelo contribuinte, tendo sido alegado que a referida empresa não apresentou movimento até o ano 2000.

[...]

8.3. AES Tiete Participacoes SA

A empresa AES Tiete Participações SA foi utilizada como meio de transferência de recursos financeiros oriundos do exterior, de forma a gerar o ÁGIO 3, simulando ser a compradora de parcela referente a 4.98% do capital da Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete, quando os efetivos compradores foram as empresas estrangeiras controladoras do Grupo AES.

A empresa AES Tiete Participacoes SA foi criada em 26/01/2000, como uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, tendo como sócios as empresas AES Bridge, I Ltd e AES Bridge, II Ltd, ambas sediadas nas Ilhas Cayman.

Originalmente a empresa tinha a razão social Tiete Participações Ltda, posteriormente, a partir de 28/01/2004, alterada para AES Tiete Participacoes SA, sendo neste Termo referenciada tanto por sua razão social original quanto por sua razão social posterior.

Logo após sua criação, a referida empresa, apesar de dispor de uma capital social de R\$ 1.000,00, recebeu financiamento externo de pessoas ligadas no valor total registrado pela empresa de R\$ 124.767.051,95, completamente incompatível com seu capital social.

Apesar de ter originalmente como sócios outras empresas estrangeiras do Grupo AES (AES Bridge I Ltd e AES Bridge II Ltd), o comando das operações da empresa Tiete Participacoes Ltda (ou AES Tiete Participacoes SA) sempre foi exercido pelos mesmos diretores que comandaram os negócios do Grupo AES no Brasil, agindo também como diretores do contribuinte (AES Tiete SA), conforme demonstra a comparação dos breve relatos das empresas. A partir de 24/04/2001, os sócios da Tiete Participacoes Ltda (posteriormente denominada AES Tiete Participacoes SA) foram alterados, passando essa empresa a ser pertencente às empresas estrangeiras AES Tiete Holdings Ltd e AES TH II Ltd, ambas sediadas nas Ilhas Cayman, sendo essas as mesmas sócias da empresa AES Tiete Empreendimentos Ltda, controladora dos negócios do Grupo AES no Brasil.

Todas as atividades exercidas pela empresa Tiete Participacoes Ltda, posteriormente convertida em sociedade por ações denominada AES Tiete Participacoes SA, sempre estiveram ligados à aquisição da participação societária de 4,98% do capital total do contribuinte (AES Tiete SA).

Sendo assim, analisando-se as DIPJ's apresentadas pela AES Tiete Participacoes SA (anteriormente Tiete Participacoes Ltda), verifica-se que essa empresa obtém, ao longo dos anos, as seguintes receitas:

- Receita de juros sobre o capital próprio pagos pela AES Tiete SA;
- Resultados positivos em participações societárias decorrentes da participação societária de 4,98% do capital total da AES Tiete SA;
- Receitas de aplicações financeiras dos recursos recebidos em razão da participação societária na AES Tiete SA.

Também as despesas da AES Tiete Participacoes SA, na sua maior parte, representam:

- amortização não dedutível do ágio pago na aquisição da parcela de 4,98% do capital total da AES Tiete SA;
- variações cambiais e outras despesas financeiras decorrentes do empréstimo de pessoas ligadas no exterior obtido tão somente para aquisição dessa participação societária, vindo da empresa AES IHB controlada pela controladora do contribuinte;
- resultados negativos decorrentes das mesmas participações societárias.

A análise dos Balanços Patrimoniais contidos nas DIPJ's apresentadas pela empresa AES Tiete Participacoes SA demonstra que, durante toda a sua existência (entre 2000 e 2007, essa empresa foi proprietária, a título de participação societária, tão somente da parcela de 4,98% do capital total da empresa AES Tiete

SA de que se está tratando aqui, não havendo nenhum registro de qualquer outra participação societária que tenha sido adquirida pela empresa.

[...]

8.5. Companhia Brasileira II e Brasileira Participações

Em 2015, o contribuinte fiscalizado Energia Paulista (posteriormente denominado Companhia Brasileira de Energia) realizou uma cisão parcial, dando origem à empresa Brasileira Participações, permanecendo o patrimônio remanescente com a denominação de Companhia Brasileira de Energia (nesta fase denominada pelo contribuinte como Brasileira II).

Já em 31/12/2015, no âmbito das reorganizações societárias do Grupo AES realizadas em 2015, a Brasileira II incorporou a AES Tiete SA (empresa operacional, antiga Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete), alterando na sequência sua denominação para AES Tiete Energia SA (contribuinte fiscalizado).

Todo o processo de cisão, com criação de duas empresas (uma delas sendo o patrimônio remanescente da Energia Paulista) serviu ao único propósito de ter a AES Tiete SA incorporada, com imediata mudança de razão social para AES Tiete Energia SA, simulando as condições necessárias para amortização de ágios.

Como resta evidente, inclusive pelo lapso temporal das operações societárias, a cisão da Energia Paulista (então denominada Companhia Brasileira de Energia) não serviu a nenhum propósito operacional.

[...]

9. IRREGULARIDADES DO ÁGIO 1

O ÁGIO 1 teve seu aproveitamento na forma de amortização inicial na empresa AES Tiete SA (antiga Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete), tendo sido objeto de auto de infração de glosa de amortização indevida de ágio, controlado pelo processo administrativo fiscal No. 19515.721836/2011-31, tendo o lançamento sido julgado procedente por decisão administrativa definitiva.

Contudo, a AES Tiete SA amortizou este ágio nos anos de 2013, 2014 e parte de 2015. A partir da incorporação da AES Tiete SA pela Companhia Brasileira de Energia (Brasileira II), e mudança de razão social para AES Tiete Energia SA, o ÁGIO 1 continuou sendo amortizado por esta empresa.

Por isto, a presente análise refere-se originalmente à AES Tiete SA, sendo a análise aproveitada pela AES Tiete Energia SA em razão das amortizações deste ágio realizadas pela AES Tiete Energia SA serem uma decorrência da incorporação.

9.1. AQUISIÇÃO DO CONTROLE ACIONÁRIO DA AES TIETE SA

A AES Tiete SA é empresa do setor elétrico, cujo objeto social é geração de energia elétrica, e originou-se de processo de reestruturação das companhias de energia elétrica do Estado de São Paulo, especificamente de processo de cisão da

Companhia Energética de São Paulo – CESP, recebendo a parcela do Ativo dessa companhia representativa da capacidade de geração de energia elétrica.

A AES Tiete SA foi incorporada em 31/12/2015 pelo contribuinte fiscalizado (Energia Paulista, posteriormente Companhia Brasileira de Energia), tendo a razão social da incorporadora sido imediatamente alterada para AES Tiete Energia SA. A AES Tiete Energia SA, do ponto de vista operacional, é a AES Tiete SA, não tendo havido nenhuma interrupção ou alteração operacional decorrente da incorporação ocorrida em 31/12/2015.

Durante os anos 1997 e 1999, as Companhias estatais do setor elétrico do Estado de São Paulo passaram por longo processo de reestruturação societária, incluindo cisões para dividir o patrimônio das empresas em empresas menores e com atuação focada em um segmento do setor elétrico (geração, transmissão, distribuição, etc). Após as cisões, as empresas resultantes foram paulatinamente privatizadas, tendo seu controle acionário transferido a grupos privados através de leilões de ações.

A AES Tiete SA, em sua constituição, chamava-se Companhia de Geração de Energia Elétrica Tietê e, durante a chamada “privatização do setor elétrico” (descrita no parágrafo anterior), mais precisamente em 27/10/1999, o controle acionário do contribuinte foi adquirido pela empresa AES Tietê Empreendimentos Ltda, CNPJ 02.670.218/0001-89, que passou a ser detentora de 61,62% de ações ordinárias do contribuinte, e 13,99% de ações preferenciais, perfazendo 38,66% do capital total do contribuinte.

A empresa AES Tietê Empreendimentos Ltda, criada em 29/07/1998, tendo como sócias empresas "receptáculo" localizadas nas Ilhas Cayman que são meros braços societários sem autonomia da THE AES CORPORATION, sediada nos Estados Unidos, líder do Grupo AES que ganhou o leilão de privatização da Companhia de Geração de Energia Elétrica Tietê, posteriormente denominada AES Tietê SA.

A distribuição de detentores de participações societárias na AES Tiete SA (então denominada Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete), após a privatização (em 31/12/1999), ficou assim distribuída:

AES Tietê Empreendimentos Ltda 38,69%

Banco do Estado de São Paulo SA 19,51%

Banco Nossa Caixa SA 8,20%

Clube I E C E SP CESP C Tiete 4,98%

Cia Metropolitano de São Paulo Metro 1,41%

Minoritários 27,21%

Segundo informações prestadas pelo contribuinte, a aquisição de 38,69% de seu capital total pela empresa AES Tietê Empreendimentos Ltda totalizou um montante aproximado de R\$ 961 milhões de reais.

Ainda segundo informações prestadas pela empresa, o investimento detido pela AES Tietê Empreendimentos Ltda, em 30/03/2000, era composto por ações a título de investimento permanente no valor aproximado de R\$ 153 milhões de reais, e ágio pago na aquisição do controle acionário da AES Tiete SA no valor aproximado de R\$ 808 milhões de reais.

O ágio decorre do preço pago pelas ações nos leilões de privatização e tem como fundamento, em princípio, a expectativa de rentabilidade futura decorrente da concessão de serviço público de geração de energia elétrica por 30 anos.

9.2. REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA – INCORPORAÇÃO REVERSA

Durante o ano 2000, o Grupo AES elaborou uma operação de planejamento tributário visando, em última análise, transferir para a contabilidade da AES Tiete SA o ágio na aquisição de participação societária pago pelo Grupo AES ao adquirir o controle societário da AES Tiete SA no leilão de privatização, conforme já descrito anteriormente.

[...]

9.3. AES GAS EMPREENDIMENTOS LTDA COMO EMPRESA VEÍCULO

Da descrição da operação societária acima verifica-se claramente que, no início da operação, a empresa AES Tiete Empreendimentos Ltda era detentora de 38,69% do capital total da AES Tiete SA e, ao final da operação, em razão do cancelamento das ações incorporadas e da emissão de novas ações pela AES Tiete SA em nome da AES Tiete Empreendimentos Ltda, esta empresa permaneceu como proprietária dos mesmos 38,69% do capital total da AES Tiete SA.

Portanto, a única alteração real decorrente da complexa operação societária executada foi a transferência, do ágio na aquisição de ações, da empresa AES Tiete Empreendimentos Ltda para a AES Tiete SA, e a permissão legal, anteriormente proibida, de amortizar esse ágio, gerando um benefício fiscal indevido para a AES Tiete SA ao longo do tempo.

Com isso, conclui-se que a empresa AES Gas Empreendimentos Ltda, não tendo executado nenhuma operação relevante durante toda sua existência, foi claramente utilizada como “empresa veículo” para possibilitar a transferência do ágio conforme descrito no parágrafo anterior.

A condição da AES Gas Empreendimentos Ltda de “empresa veículo” é deixada clara nas próprias Notas Explicativas às Demonstrações Contábeis da AES Tiete SA, conforme já transcrito, que abaixo se relembra para que não restem dúvidas:

Aporte de capital da AES Tietê [AES Tiete Empreendimentos Ltda] em uma empresa veículo, a AES Gás [AES Gas Empreendimentos Ltda], com a conferência de ativos no montante de R\$ 956.256, representados pelo valor do investimento original acrescido do resultado da equivalência patrimonial (R\$ 147.953) e do ágio pago (R\$ 808.303) na aquisição dessa participação societária na Tietê [AES Tiete SA] quando da sua privatização.

Sendo assim, a participação da AES Gas Empreendimentos Ltda na operação de reestruturação societária se fez necessária tão somente para que fosse viabilizada a transferência do ágio da AES Tiete Empreendimentos Ltda para a AES Tiete SA, como meio de “burlar” a vedação legal do art. 391 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99 (Decreto 3.000/99), não tendo servido a nenhum propósito econômico que não o auferimento de benefício fiscal indevido pela AES Tiete SA e pelo Grupo AES.

9.4. SITUAÇÃO SOCIETÁRIA DO GRUPO

Conforme informações prestadas pela AES Tiete SA em 2011, foram apresentados gráficos descritivos da operação de reorganização societária, nos quais se observa a relação societária entre a AES Tiete SA e a holding AES Tiete Empreendimentos Ltda antes e depois da operação societária aqui descrita.

Verifica-se claramente que a situação societária das empresas antes e depois das operações de reorganização societária realizadas é exatamente a mesma, com a única diferença de que o ágio na aquisição de investimento foi transferido da AES Tietê Empreendimentos Ltda para o Ativo Diferido da contabilidade da AES Tiete SA.

[...]

Portanto, não há qualquer fundamento econômico em toda a operação, até porque a empresa AES Gas Empreendimentos Ltda, não dispo de patrimônio relevante e nem de operações, poderia ter sido simplesmente extinta por liquidação voluntária, não havendo qualquer justificativa relevante para sua incorporação pela AES Tiete SA.

Contudo, há um claro benefício fiscal, auferido indevidamente pela AES Tiete SA, oriundo de um conjunto de operações realizados tão somente para criar artificialmente uma situação jurídica que permitisse à AES Tiete SA deduzir da base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro a amortização do ágio pago pelo Grupo AES na aquisição do controle acionário da AES Tiete SA.

Sendo assim, por todo o exposto, o ÁGIO 1 não pode ser amortizado por não atender aos requisitos legais para amortização. Por isso, as amortizações do ÁGIO 1 tanto na AES Tiete SA quanto na AES Tiete Energia SA, são glosados neste ato, sendo lançado o crédito tributário de IRPJ e CSLL incidentes sobre os valores glosados.

10. IRREGULARIDADES NO ÁGIO 2

Em relação ao ÁGIO 2, o contribuinte apresentou documentação precária e pouco explicativa. A fiscalização obteve, através de pesquisa na rede mundial de computadores (internet), o documento complementar "Prospecto de Distribuição Pública de Debêntures Não Conversíveis em Ações de Emissão da Energia Paulista Participações SA", emitido pelo contribuinte em junho/2001 (na época

denominado Energia Paulista Participações SA), que passa a fazer parte deste Termo.

Registros constantes na ficha de breve relato completa do contribuinte confirmam a realizações de assembleias e reuniões de conselho de administração que discutiram e aprovaram a emissão das referidas debêntures durante o ano 2001.

Contudo, as poucas informações disponíveis dão conta de que se tratou de uma Oferta Pública de aquisição de ações da AES Tiete SA (antiga Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete) emitida por outra empresa do Grupo AES, a Energia Paulista Participações SA.

Nesta Oferta Pública de Compra de ações foram adquiridas ações de 147 acionistas, correspondendo a 23,09% das ações em circulação no mercado. A operação foi completada em agosto/2001.

O "Prospecto de Distribuição Pública de Debêntures Não Conversíveis em Ações de Emissão da Energia Paulista Participações SA" acima citado descreve a captação de R\$ 422.526.075,00, pela Energia Paulista, na forma de emissão de debêntures para a realização da aquisição de participações societárias da AES Tiete SA no mercado secundário, de que trata este título.

No "Prospecto", observa-se o seguinte extrato: "Somente poderão subscrever a presente emissão de debêntures os acionistas da Tiete que venham a aderir aos termos do Anúncio de Oferta Pública de Compra de Ações Ordinárias da AES Tiete SA (Tietê)."

Pelos termos da restrição de participação acima, observa-se que a compra de ações da AES Tiete SA de que trata este subcapítulo foi realizada através da troca de ações por debêntures, em que os acionistas entregaram suas ações e receberam, em pagamento, estas debêntures.

Observa-se também no "prospecto" que as garantias das debêntures são as próprias ações adquiridas, ou seja, não existe garantia adicional ao valor captado, o que viola a praxe do mercado de crédito, mesmo no que se refere a debêntures.

Mais adiante no "prospecto", em meio ao estudo de viabilidade econômico-financeira, observa-se o seguinte extrato: "Por ter sido criada para ser, dentre outras finalidades, um veículo para a compra das ações da Tiete, a Energia Paulista Participações SA terá como únicas fontes de caixa dividendos referentes à ações trocadas pelas Debêntures e aportes de capital de seus acionistas e eventuais operações de captação de recursos no mercado financeiro".

Neste extrato fica claro que as ações foram "trocadas" pelas Debêntures, e que a empresa Energia Paulista Participações SA foi, desde seu início, mero veículo da AES Corp para aquisição de participações societárias.

No "Prospecto", a AES Corporation figura como controladora indireta da Energia Paulista Participações SA. Identifica-se muito esforço dos elaboradores deste "Prospecto" em descrever as operações e a atuação da AES Corporation. Resta

claro, por todo o contexto apresentado, que a Energia Paulista Participações SA, com seu capital social inicial de R\$ 1.000,00, não dispunha de capacidade operacional para realizar esta operação, que só foi possível com aporte financeiro e respaldo reputacional da verdadeira adquirente das participações societárias, a empresa AES Corp (empresa sediada nos Estados Unidos, líder mundial do Grupo AES).

Sendo assim, é fundamental deixar claro que, como ocorre com outros ágios aqui tratados, o real adquirente das ações da AES Tiete SA é a THE AES CORPORATION, e a empresa emissora das ações adquiridas é a AES Tiete SA.

Dessa forma, ainda que a origem do ÁGIO 2 seja legítima, originada em oferta pública de aquisição de ações, a empresa Energia Paulista não dispunha de capacidade financeira para a aquisição, tendo sido utilizada como meio para transferência dos recursos financeiros para aquisição, servindo também de receptáculo para estas ações, sem qualquer autonomia na gestão destes direitos.

O uso da empresa "veículo" Energia Paulista Participações SA para realização da compra de ações da AES Tiete SA teve o objetivo de localizar ilicitamente o ágio gerado nesta empresa "veículo", para que o ágio pudesse ser posteriormente deslocado e amortizado irregularmente.

Este artifício foi empregado porque este ágio, para ser legítimo, somente poderia ter-se originado na real adquirente, ou seja, na The AES Corporation, e neste caso, sem o uso de artifícios "simulatórios", seria (como o é!) impossível sua amortização no Brasil.

Sendo assim, o ÁGIO 2 não pode ser amortizado, visto ter sido ilicitamente localizado na empresa Energia Paulista Participações SA, empresa veículo sem capacidade financeira e nem autonomia operacional, não atendendo aos requisitos legais para amortização do ágio. Por isso, as amortizações do ÁGIO 2 são glosadas neste ato, sendo lançados o IRPJ e a CSLL incidentes sobre os valores glosados.

11. IRREGULARIDADES DO ÁGIO 3

O ÁGIO 3 teve seu aproveitamento na forma de amortização inicial na empresa AES Tiete SA (antiga Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete), tendo sido objeto de auto de infração de glosa de amortização indevida de ágio, controlado pelo processo administrativo fiscal No. 19515.721836/2011-31, tendo o lançamento sido julgado procedente por decisão administrativa definitiva.

Contudo, a AES Tiete SA amortizou este ágio nos anos de 2013, 2014 e parte de 2015. A partir da incorporação forma da AES Tiete SA pela Brasileira II, e mudança de razão social para AES Tiete Energia SA, o ÁGIO 3 continuou sendo amortizado por esta empresa.

Por isto, a presente análise refere-se originalmente à AES Tiete SA, sendo a análise aproveitada pela AES Tiete Energia SA em razão das amortizações deste ágio realizadas pela AES Tiete Energia SA serem uma decorrência da incorporação.

11.1. AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA

Conforme acima já esclarecido, durante a chamada “privatização do setor elétrico”, a AES Tiete SA teve 4,98% de seu capital total adquirido por um clube de investimento formado por seus funcionários, chamado Clube I E C E SP CESP C Tiete.

Esse clube de investimentos se manteve como acionista da AES Tiete SA entre 1999 e 2000, quando foi então realizada uma Oferta Pública de Ações – OPA para revender ao mercado essa participação societária.

Nessa oportunidade, o Grupo AES decidiu adquirir os 4,98% de ações da AES Tiete SA, tendo sido assinado contrato de opção de compra de ações através do qual foi feita a transferência dessas ações do Clube I E C E SP CESP C Tiete para o Grupo AES.

A aquisição se deu com pagamento de ágio, cujo fundamento é a expectativa de rentabilidade futura da AES Tiete SA, tendo sido registrada como participação societária no valor de R\$ 13.705.849,02 e ágio na aquisição de investimento permanente no valor de R\$ 82.420.049,60.

Todavia, ao invés da parcela de 4,98% do capital total da AES Tiete SA ser adquirida diretamente pela líder do Grupo AES (AES Corp), foi utilizada para isso outra empresa, denominada AES Tiete Participações Ltda, CNPJ 03.616.184/0001-07.

Contudo, apesar do uso dessa empresa na aquisição da participação societária, cabe destacar que o contrato de opção de compra foi assinado por Andréa Cristina Rushmann, que, na época era sócia-administradora da TIETE Participacoes Ltda (posteriormente convertida em AES Tiete Participacoes SA) e também atuava como diretora da AES Tiete SA.

Os recursos utilizados para a compra dessa parcela de ações se originaram de empréstimos do exterior, totalizando R\$ 124.767.051,95, oriundos de outra empresa do Grupo AES, AES IHB Cayman Ltd, sediada também nas Ilhas Cayman. Esses recursos estão registrados em DIPJ da empresa Tiete Participacoes Ltda (AES Tiete Participacoes SA) desde 2000, como “Créditos de Pessoas Ligadas”.

A empresa estrangeira fornecedora dos recursos financeiros (mutuante), AES IHB Cayman Ltd, era, na realidade, controlada pela AES Tiete Empreendimentos Ltda (um dos braços do Grupo AES no Brasil na época), conforme demonstra quadro societário do Grupo AES em 2006. A partir da DIPJ do ano-calendário 2002 da AES Tiete Empreendimentos Ltda já consta a informação de que a empresa estrangeira AES IHB é sua subsidiária nas Ilhas Cayman, sendo a AES Tiete

Empreendimentos Ltda detentora de 100% do capital da AES IHB. Antes disso, a informação de controladas no exterior não era obrigatória na DIPJ.

O contrato original de empréstimo não foi apresentado pela AES Tiete SA, tendo sido apresentado apenas um aditivo assinado em 2004 em língua inglesa, no qual é mencionada, além das partes mutuante e mutuária, também a empresa AES Tiete Empreendimentos SA como garantidora da operação.

Observa-se, pelos fatos aqui apresentados, que as decisões de compra do lote de ações da AES Tiete SA representativo de 4,98% de seu capital foram tomadas por uma diretora da AES Tiete SA, e que o capital necessário para a compra originou-se de uma empresa do Grupo AES sediada nas Ilhas Cayman (AES IHB), e o empréstimo teve a ciência e a garantia da AES Tiete Empreendimentos Ltda (braço do Grupo AES no Brasil), holding controladora da AES Tiete SA, e controladora da própria AES IHB Cayman Ltd.

A empresa Tiete Participações Ltda, posteriormente denominada AES Tiete Participacoes SA, não tinha na época, e nunca teve, autonomia administrativa, sendo sua administração sempre exercida por diretores da AES Tiete SA, e nunca dispôs de capital próprio para efetuar a compra do lote de ações da AES Tiete SA aqui tratado, tendo recebido aporte de recursos do exterior com aval da AES Tiete Empreendimentos Ltda oriundo de empresa estrangeira por esta controlada, para poder honrar a operação de aquisição de participação societária.

11.2. CRIAÇÃO DA COMPANHIA BRASILIANA DE ENERGIA

A partir de 2003, em razão de reorganização societária decorrente da necessidade de reestruturação de endividamento do Grupo AES no Brasil com o BNDES, a Brasileira Energia SA passou a ser a controladora das operações do Grupo AES no Brasil, substituindo a AES Tiete Empreendimentos SA. Em razão da reestruturação da dívida, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, através de sua subsidiária BNDES Participacoes SA - BNDESPAR, passou a deter 53,8% do capital total da Brasileira Energia SA, e 49,9% de seu capital votante, permanecendo o controle do capital votante sob titularidade do Grupo AES através da empresa AES Holdings Brasil Ltda. A partir de então, a Companhia Brasileira de Energia, ainda controlada pelo Grupo AES, passou a exercer o controle direto ou indireto de todas as empresas anteriormente controladas pela AES Tiete Empreendimentos Ltda.

De acordo com quadro societário refletindo a inter-relação de empresas direta ou indiretamente controladas pela Brasileira Energia SA em 2006, ela detinha o controle (direto ou indireto) das empresas AES Tiete Holdings Ltd e AES Tiete Holdings (TH) II Ltd, ambas sediadas nas Ilhas Cayman, e controladoras da AES Tiete Empreendimentos SA e da AES Tiete Participacoes SA, e também o controle, através da AES Tiete Empreendimentos SA, da empresa AES IHB (IHB), sediada nas Ilhas Cayman, sendo esta a empresa que forneceu o empréstimo de pessoa ligada para a AES Tiete Participacoes SA adquirir sua participação societária na AES Tiete SA.

11.3. AES TIETE PARTICIPACOES SA COMO EMPRESA VEÍCULO

Verifica-se claramente que a criação da empresa Tiete Participacoes Ltda, posteriormente convertida em AES Tiete Participacoes SA, teve por resultado tão somente criar uma empresa para servir de “veículo” para aquisição da parcela de 4,98% do capital social da AES Tiete AS que originalmente havia sido adquirido pelo Clube I E C E SP CESP C Tiete e que em 2000 foi oferecida ao mercado através da Oferta Pública de Ações (OPA).

A empresa AES Tiete Participacoes SA sempre foi diretamente comandada pelas mesmas pessoas que compõem a diretoria da AES Tiete SA. A partir de 2007, a Companhia Brasileira de Energia, controladora das empresas estrangeiras AES Tiete Holdings Ltda e AES TH II Ltd, anteriormente sócias / acionistas da AES Tiete Participacoes SA, passou a deter diretamente 100% do capital da AES Tiete Participacoes SA.

Como se vê, os fatos demonstram que a aquisição da parcela de 4,98% do capital total da AES Tiete SA poderia ter sido diretamente realizada pela AES Tiete Empreendimentos Ltda, ou pela AES Corp, sem que qualquer fato econômico relevante impedisse ou alterasse as consequências dos atos praticados, até porque a AES Tiete Participacoes SA nunca teve capacidade econômica própria para adquirir essas ações, e recebeu recursos do exterior de uma subsidiária da AES Tiete Empreendimentos Ltda.

Sendo assim, a criação da empresa Tiete Participações Ltda (posteriormente convertida em AES Tiete Participacoes SA) e a sua utilização como “veículo” para aquisição da participação societária de 4,98% do capital total da AES Tiete SA, bem como as operações originárias de receitas e despesas financeiras da AES Tiete Participacoes SA diretamente ligadas a essa participação societária, foram meros atos preparatórios para as operações de reorganização societária realizadas em 2007, que serão a seguir descritas, e que culminaram com a incorporação da AES Tiete Participacoes SA pela AES Tiete SA.

11.4. REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA

Em 2006/2007, o Grupo AES realiza nova reorganização societária, já descrita neste Termo. Esta operação acabaria por resultar na incorporação da AES Tiete Participacoes SA pela AES Tiete SA, e a transferência para a AES Tiete SA, do ágio pago pela AES Tiete Participacoes SA na aquisição da parcela de 4,98% do capital total da AES Tiete SA. Resultaria, ainda, em um meio de “burlar” a vedação legal à dedução da despesa de amortização de ágio, culminando na possibilidade de que a AES Tiete SA passasse, então, a partir de 2007, a deduzir as despesas de amortização do ágio pago por seu ex-acionista na aquisição de suas ações.

[...]

11.5. RESULTADOS DA CISÃO E DA POSTERIOR INCORPORAÇÃO

Como já foi acima destacado, a empresa AES Tiete Participacoes SA tem sua existência diretamente ligada à aquisição da participação de 4,98% do capital total da AES Tiete SA, tendo sido criada pouco antes dessa operação, recebido empréstimo externo de pessoas ligadas em montante incompatível com seu capital social apenas para realizar a compra das ações, e movimentado aplicações financeiras com os recursos resultantes de lucros e juros sobre o capital próprio distribuídos pela AES Tiete SA.

Pelos fatos analisados, verifica-se que a AES Tiete Participacoes SA foi, desde sua criação, “empresa veículo” utilizada pelo Grupo AES para realizar a aquisição da parcela de 4,98% do capital total da AES Tiete SA.

Essa condição da AES Tiete Participacoes SA de “empresa veículo” foi ainda ressaltada pela operação de cisão parcial que antecedeu sua incorporação pela AES Tiete SA, pois nessa cisão a empresa foi dividida, transferindo para a Companhia Brasileira de Energia todos os ativos financeiros, e restando no patrimônio da AES Tiete Participacoes SA tão somente a participação societária correspondente a 4,98% do capital total da AES Tiete SA, e o ágio originado na aquisição dessa participação societária.

Vale destacar que, ainda que tenha agido como “empresa veículo” desde sua criação, a AES Tiete Participações SA poderia ter sido diretamente incorporada pela Companhia Brasileira de Energia, caso o objetivo da reorganização societária fosse efetivamente buscar ganhos administrativos e operacionais como alegado. Todavia, o que ocorreu foi a cisão parcial da AES Tiete Participações SA, preparando-a para a “incorporação reversa”.

[...]

11.6. SITUAÇÃO SOCIETÁRIA DO GRUPO

Conforme informações prestadas pela AES Tiete SA, foram apresentados gráficos descritivos da operação de reorganização societária aqui tratada. incluindo a relação societária entre a AES Tiete SA e o controlador do Grupo AES / BNDESPAR, a Companhia Brasileira de Energia, antes e depois da operação societária aqui descrita.

Verifica-se que as operações societárias resultam na extinção da AES Tiete Participacoes SA por incorporação. Todavia, conforme vem sendo descrito, a AES Tiete Participacoes SA desde o início de suas atividades não cumpriu função econômica relevante, tendo sido utilizada tão somente como veículo para culminar na incorporação reversa que se procedeu.

11.7. OBJETIVOS DA REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA

Como se observa, a finalidade de toda esta reorganização societária, tal e qual a reorganização societária realizada em 2000, não foi outra senão tão somente auferir o benefício tributário da possibilidade de amortizar o ágio pago na aquisição da parcela de 4,98% de ações da AES Tiete SA pela “empresa veículo”

AES Tiete Participacoes SA, diretamente controlada pela Companhia Brasileira de Energia.

Não há qualquer fundamento econômico em toda a operação, desde o uso da AES Tiete Participacoes SA para aquisição da participação societária na AES Tiete SA em 2000, passando pela cisão parcial da empresa, até sua incorporação pela AES Tiete SA em 2007, até porque a compra da parcela de ações da AES Tiete SA aqui tratada poderia ter sido efetuada pela AES Tiete Empreendimentos Ltda, então holding do Grupo AES em 2000, sem que qualquer problema fosse criado à operação, e evitando-se assim a desnecessária criação de uma companhia intermediária, a AES Tiete Participacoes SA, que, aliás, não dispunha originalmente de capital social compatível com o volume dos recursos necessários para a aquisição da participação societária na AES Tiete SA.

Contudo, há um claro benefício fiscal auferido pela AES Tiete SA, oriundo de um conjunto de operações realizados tão somente para criar artificialmente uma situação jurídica que permitisse à AES Tiete SA deduzir da base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro a amortização do ágio pago pelo Grupo AES na aquisição do lote de ações representativo de 4,98% do capital da AES Tiete SA.

Sendo assim, por todo o exposto, o ÁGIO 3 não pode ser amortizado por não atender aos requisitos legais para amortização. Por isso, as amortizações deste ágio são glosadas neste ato, sendo lançados o IRPJ e CSLL incidentes sobre as amortizações glosadas.

12. IRREGULARIDADES DOS ÁGIOS 4, 5, 6 E 7

A situação dos ágios 4, 5, 6 e 7 será analisada em conjunto, devido ao fato de que os 4 ágios aqui mencionados se originaram na operação entre Grupo AES e BNDESPar (por meio da BNDESPar) visando a reestruturação da dívida do Grupo AES, resultando em ampla reorganização societária em 2003, na qual ações de empresas do grupo foram utilizadas para integralização de capital na nova empresa criada Brasileira Energia SA, sendo estas ações recebidas em valores superiores aos valores patrimoniais das ações, dando origem aos ágios 4, 5, 6 e 7 na contabilidade da nova empresa Brasileira Energia SA, que se tornaria, ao final da reestruturação societária, líder do Grupo AES no Brasil, e pertencente 46,15% ao Grupo AES (AES Corp originalmente) e 53,85% à BNDESPar. Contudo, de acordo com o Memorando de entendimento entre Grupo AES e BNDESPar, **o controle do Grupo AES permaneceu com a AES Corp**, visto que esta **passou a deter a maioria das ações com direito a voto**, sendo reservado ao BNDES "certos direitos" conforme acordo de acionistas previsto no Memorando de Entendimento.

O Memorando de Entendimento entre o Grupo AES e o BNDES, datado de 08 de setembro de 2003, juntado ao processo administrativo fiscal, é documento essencial para compreender a natureza da reorganização societária do Grupo AES em 2003, que deu origem aos ágios tratados neste Capítulo (ÁGIOS 4, 5, 6 e 7).

12.1. OPERAÇÃO DE REESTRUTURAÇÃO DE DÍVIDA REALIZADA ENTRE AES CORP E BNDES - ANÁLISE DO MEMORANDO DE ENTENDIMENTO

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 Participacoes 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.

O perfil de comportamento de cada uma destas empresas do Grupo AES com sede nas Ilhas Cayman e nas Ilhas Virgens Britânicas é sempre semelhante: cada empresa é utilizada pelo Grupo AES como receptáculo para um conjunto de participações societárias ou de empresas operacionais, ou de outras holdings.

Já as empresas com sede em São Paulo apresentam assinaturas diferentes no Memorando, sendo **que a mesma pessoa que assina pela AES Tiete Empreendimentos Ltda também assina pela Energia Paulista Participações SA, e que a mesma pessoa que assina pela AES ELPA SA também assina pela AES Transgas SA.**

A partir da análise do Memorando de Entendimento, e das empresas que o assinam pelo Grupo

AES, é possível concluir que as empresas com sede nas Ilhas Cayman e nas Ilhas Virgens Britânicas não dispõem de nenhuma capacidade operacional, mantendo seu endereço em caixa postal (PO Box), totalmente desprovidas de estrutura física capaz de cumprir seu objeto social.

Estas empresas também não dispõem de nenhuma autonomia administrativa, sendo meros braços da líder do Grupo THE AES CORPORATION.

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.

Esta conclusão pode ser corroborada pela leitura do Memorando de Entendimento, em que fica claro que a THE AES CORPORATION realizou a negociação com o BNDES, e é a real e única parte que de fato manifesta opinião livre na operação.

[...]

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.

12.2. NEGOCIAÇÃO ENTRE BNDES E AES CORP

Conforme acima descrito detalhadamente, o Memorando de Entendimento entre BNDES e AES Corp formaliza a negociação entre estas duas partes, sendo estas as únicas partes independentes comparecendo na negociação.

O negócio ali firmado trata da reestruturação da dívida do Grupo AES no Brasil, aceitando o BNDES participar da operação, e recebendo o BNDES participação acionária correspondente a 53,85% do capital do Grupo AES, em troca de sua participação na reestruturação de dívidas, e também em troca de dívidas efetivas.

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 ÁGIOS 4, 5, 6 e 7.

Portanto, os Ágios 4, 5, 6 e 7 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.

O que se observa nesta reestruturação de 2003 é um descumprimento quase completo nas normas contábeis e tributárias, registrando-se ágios entre empresas do mesmo grupo sob controle societário da AES Corp, quando o correto, se fosse o caso, seria apurar e registrar o ágio no comprador das participações societárias, ou seja, a BNDESPar (ou o próprio BNDES).

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.

12.3. AUSÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL COM A ELETROPAULO E A AES TIETE

Todos os ágios 4, 5, 6 e 7 são ágios originados na reestruturação societária que resultou na criação da Brasiliana Energia, na qual foi integralizado capital por meio de conferência de participações societárias da Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete (AES Tiete SA) e da Eletropaulo Metropolitana, bem como de holdings sem capacidade operacional ou patrimônio próprio que detêm tão somente participações societárias da AES Tiete SA ou da Eletropaulo Metropolitana.

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 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 9.532/1997 para amortização dos ágios gerados.

Sendo assim, não se verifica nestes ágios 4, 5, 6 e 7, e em nenhum dos ágios aqui tratados, a necessária confusão patrimonial entre a empresa operacional e o efetivo detentor de suas participações societárias, visto que as empresas operacionais continuam em operação, e os efetivos detentores das participações societárias são, até 2015, AES Corp e BNDESPar, como é inclusive reconhecido pelas partes no Memorando de Entendimento entre AES Corp e BNDES em 2003.

[...]

12.5. ÁGIO INDEVIDAMENTE CALCULADO SOBRE VALOR DE PATRIMÔNIO LÍQUIDO NEGATIVO

Como se não bastassem as inúmeras irregularidades já demonstradas em relação aos ágios enumerados 4, 5, 6 e 7 criados pelo contribuinte em 2003, é fundamental observar que parte relevante dos ágios 5, 6 e 7 foi calculada sobre uma base de cálculo correspondente a patrimônio líquido negativo.

Não se trata, portanto, de preço pago na operação. Trata-se da criação totalmente artificial de um ágio que nunca foi pago e nunca foi devido, sobre um elevado valor de patrimônio líquido negativo.

Ágio deve decorrer necessariamente de um valor efetivamente pago sobre participações societárias corretamente avaliadas. Isso não ocorre quando se

apura um absurdo ágio sobre patrimônio líquido negativo. Trata-se de pura ficção, sem qualquer respaldo legal ou econômico.

Sendo assim, abaixo demonstra-se o percentual dos ágios 5, 6 e 7 que se refere a apuração indevida de ágio sobre patrimônio líquido negativo.

Ágio 5:

Valor do ágio apurado pelo contribuinte: R\$ 621.421.724,14;

Valor do ágio sobre PL Negativo: R\$ 488.364.622,54;

% do ágio sobre PL Negativo: 78,5883%.

Ágio 6:

Valor do ágio apurado pelo contribuinte: R\$ 670.844.000,00;

Valor do ágio sobre PL Negativo: R\$ 50.801.000,00;

% do ágio sobre PL Negativo: 7,5727%.

Ágio 7:

Valor do ágio apurado pelo contribuinte: R\$ 182.737.000,00;

Valor do ágio sobre PL Negativo: R\$ 48.146.000,00;

% do ágio sobre PL Negativo: 26,3472%.

Sendo assim, os percentuais acima indicados como "% do ágio sobre PL negativo", relativos aos ágios 5, 6 e 7, são absolutamente devidos, devendo ser glosados estes percentuais de qualquer tentativa de amortização destes ágios.

Contudo, da análise realizada neste Capítulo e em todos os subcapítulos, observa-se que, em verdade, os ágios 4, 5, 6 e 7 nasceram de uma tentativa do contribuinte (e de seu grupo econômico) de estabelecer uma localização ilícita para o ágio decorrente da operação entre Grupo AES e BNDES. Sendo assim, a totalidade da utilização dos ágios 4, 5, 6 e 7 deve ser glosada.

[...]

20 – SIMULAÇÃO POR INTERPOSIÇÃO DE PESSOA

No caso concreto, observa-se claramente que o contribuinte (e o Grupo AES) realizou, reiteradamente, astuciosas manobras praticando atos jurídicos encadeados no sentido de forçar seu enquadramento no inc. III do art. 386 do RIR/99, bem como, forçar a geração insubsistente de sete ágios ágio no Brasil e transferir estes ágios para a empresa operacional AES Tiete SA, que posteriormente teve seu CNPJ alterado e foi renomeada para AES Tiete Energia SA.

A movimentação dos ágios foi realizada com o intuito oculto de movimentar os ágios para a empresa operacional do Grupo AES (uma delas), empresa esta que dispõe de resultados tributáveis e passou a **indevidamente** se beneficiar da amortização do ágio.

O enquadramento “forçado” dos ágios no dispositivo legal se deu claramente por meio do uso de simulação por interposição de pessoa, em reiteradas operações, inserindo empresas sem capacidade operacional e sem autonomia decisória (empresas relacionadas no Capítulo 7), totalmente estranhas às operações que seriam naturalmente realizadas (compra de participações societárias pela AES Corp no caso dos ÁGIOS 1, 2 e 3, e aquisição de participações societárias pela BNDESPar no caso dos ÁGIOS 4, 5, 6 e 7). Com isso, o meio utilizado para “forçar” o enquadramento no dispositivo legal mais favorável ao contribuinte foi claramente a simulação.

[...]

22 – LANÇAMENTO DE OFÍCIO

Em face de todos os fatos aqui expostos, procede-se o lançamento de ofício, mediante lavratura de auto de infração, do IRPJ e do reflexo de CSLL, decorrente da GLOSA da dedutibilidade de exclusões do Lucro Real relativas à amortização de ágio oriundo das diversas operações societárias realizadas pelo contribuinte e por seu Grupo Econômico (ÁGIOS 1 até 7), realizadas pelo contribuinte.

Através deste Auto de Infração, é constituído crédito tributário decorrente de amortizações indevidas realizadas pela empresa AES Tiete Energia SA, CNPJ 04.128.563/0001-10, que trata-se do contribuinte Fiscalizado.

As amortizações de ágio realizadas pela AES Tiete SA (incorporada pelo contribuinte), relativas aos ÁGIOS 1 e 3 nos anos 2013 a 2015 são objeto de lançamento de ofício de IRPJ e CSLL através do processo administrativo 16561.720073/2019-14.

[...]

23 – MULTA QUALIFICADA

A partir do detalhamento das operações estruturadas de reorganização societária aqui analisadas, verifica-se que as operações societárias foram repetidas ao longo do tempo de forma reiterada, e compostas por diversas etapas complexas cuidadosamente planejadas e encadeadas.

Portanto, verifica-se a clara intenção do contribuinte, e de seus diretores, de realizar as operações aqui tratadas na forma como as mesmas foram efetivadas, dado o esforço empenhado e as diferentes etapas conduzidas para se obter os fins pretendidos.

[...]

Desta forma, presentes tantos elementos que confirmam a ocorrência de fraude fiscal, na forma definida pelos arts. 72 da Lei nº 4.502/64, não resta outra providência a tomar senão a aplicação da multa qualificada na forma do disposto no art. 44, §1º., da Lei nº 9.430/96:

[...]

24 – MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS

Conforme exaustivamente detalhado neste Termo, o contribuinte amortizou, indevidamente, supostos ágios 1 até 7 alegadamente decorrentes de expectativa de rentabilidade futura.

Contudo, o contribuinte não apenas registrou as amortizações indevidas de ágio em sua apuração anual de IRPJ e CSLL, mas efetuou lançamentos mensais dessas amortizações, e apurou as estimativas mensais de IRPJ e CSLL por meio de balancetes mensais de suspensão / redução, reduzindo indevidamente a apuração do IRPJ e CSLL mensais devidos por estimativa.

[...]

Sendo assim, em face da redução indevida do IRPJ e CSLL mensais devidos por estimativa, aplica-se, neste ato, multa isolada à alíquota de 50% sobre os valores que indevidamente deixaram de ser recolhidos e/ou declarados por estimativa, conforme calculado no “Demonstrativo de Apuração de Multa Isolada sobre IRPJ Estimativa Não Recolhido” e no “de Apuração de Multa Isolada sobre CSLL Estimativa Não Recolhida”, que fazem parte integrante e indissociável deste Termo de Verificação Fiscal.

Após a ciência, a autuada apresentou a Impugnação de fls. 29.943/30.018, por meio da qual sustentou, sinteticamente, o seguinte:

8. Conforme restará demonstrado, a presente autuação fiscal não merece subsistir, devendo ser integralmente cancelada por esta Delegacia da Receita Federal do Julgamento (“DRJ”), pelos seguintes motivos:

(i) decadência: na ausência de comprovado dolo, fraude ou simulação, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a contagem do prazo decadencial segue a regra do art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional (“CTN”). Como a Impugnante tomou ciência da autuação em 4/11/19, tributos cujos fatos geradores ocorreram em 31/12/13 já foram atingidos pela decadência;

(ii) no mérito:

(a) **Ágio 01**: esse ágio foi registrado no contexto da privatização da Tietê, com efetivo pagamento e elaboração de laudo. A adquirente captou dívida com o BNDES para financiar a aquisição e também obteve recursos de sua controladora no exterior. A amortização do ágio é feita pelo prazo da concessão e teve início em 2001, por conta de reorganização societária implementada para evitar que a Tietê (companhia aberta) sucedesse a dívida contraída com o BNDES. Descabidas, portanto, qualquer alegação de fraude, dolo, simulação, ausência de propósito negocial ou “transferência do ágio”;

(b) **Ágio 02**: esse ágio foi registrado em oferta pública de aquisição de participação adicional na Tietê, por outra companhia do Grupo AES, que se financiou por meio da emissão de debêntures (“compra alavancada”). Houve efetivo pagamento pelas participações, elaboração de laudo, endividamento

perante terceiros independentes e a amortização do ágio registrado em 2001 teve início apenas em 2015. Como acima, mostram-se infundadas as alegações de fraude, dolo, simulação, ausência de substância e propósito negocial ou mesmo de que o real adquirente não teria sido a sociedade que, de fato, se endividou e adquiriu as participações em oferta pública;

(c) **Ágio 03**: esse ágio foi registrado em aquisição de participação adicional na Tietê, por outra companhia do Grupo AES. Houve efetivo pagamento pelas participações, elaboração de laudo, a operação foi feita entre partes independentes e a amortização do ágio registrado em 2001 teve início em 2007. Como no Ágio 02, mostram-se infundadas as alegações de fraude, dolo, simulação, ausência de substância e propósito negocial e a de que o real adquirente não teria sido a sociedade que se endividou e adquiriu as participações;

(d) **Ágios 06 e 07**: esses ágios foram registrados no contexto da formação de uma *joint venture* com o BNDES, na qual o banco exigiu a contribuição de participações em uma *holding* única, a valor econômico. Portanto, a operação teve participação de terceiros, houve elaboração de laudo e houve efetivo sacrifício econômico. A amortização dos ágios registrados em 2003 teve início apenas em 2006, por conta de operações dotadas de substância econômica e praticadas com nítido propósito negocial. Por fim, não há base legal que impeça o cômputo da parcela negativa do patrimônio líquido de investidas na apuração do ágio, mormente quando o investidor incorre em sacrifícios econômicos para adquirir o investimento;

(e) No caso dos autos, não há o que se falar em dolo, fraude ou simulação por parte da Impugnante ou de qualquer outra empresa do Grupo AES, a despeito da fantasiosa e inverídica história contada pela autoridade fiscal. Como bem descrito abaixo e abordado ao longo de toda a presente Impugnação, todos os negócios jurídicos e reorganizações societárias praticadas pelo Grupo AES envolveram transações lícitas, legítimas, dotadas de substância econômica e propósito negocial. Em apertado resumo: **(i)** foram constituídas companhias no Brasil para aquisição de participações societárias na Tietê de terceiros independentes, inclusive no leilão de privatização da companhia ou em operações de compra alavancada; **(ii)** a reorganização societária do grupo ocorrida em 2003 foi a formação de uma *joint venture* com o BNDES (terceiro independente), implementada como forma de evitar a falência do Grupo AES no Brasil – tal estrutura mostrou-se economicamente vantajosa para o banco; **(iii)** em 2006, após o saneamento das finanças do grupo, a *joint venture* foi reorganizada, tornando a estrutura mais lógica e rentável; **(iv)** a reorganização societária de 2015 objetivou segregar os ramos de geração e distribuição de energia elétrica, alterando os termos do acordo de acionistas com o BNDES para permitir maior flexibilidade e foco do Grupo AES no ramo de geração. Em momento algum houve intenção de se criar ágios ilegítimos por meio artimanhas simuladas, como bem demonstrado abaixo. Desse modo, incabível a majoração da multa de ofício, como já reconhecido pelo CARF em caso semelhante;

(f) ao glosar os prejuízos fiscais e base de cálculo negativa de CSLL compensados pela Impugnante em 2016, a fiscalização cometeu equívoco, desconsiderando saldos passíveis de utilização. Ademais, é incabível multa majorada de 150% sobre essa suposta infração, na medida em que a alegada insuficiência de saldos a compensar surgiu apenas em decorrência da autuação fiscal lavrada em momento posterior à sua utilização; e

(g) por fim, caso a autuação fiscal seja mantida, o que se admite apenas por argumentação, conforme entendimento jurisprudencial mais recente, é incabível a cobrança de multa de ofício e multa isolada por insuficiência de estimativas mensais sobre a mesma base de cálculo, como ocorreu no caso dos presentes autos.

Na decisão de primeira instância (fls. 30.224/30.353), rejeitou-se, inicialmente, a ocorrência de decadência, na medida em que, ante a ocorrência de fraude, o prazo decadencial deveria ser contado a partir do disposto no art. 173, inciso I, do CTN.

Em relação aos ágios amortizados no caso sob análise nestes autos, entendeu-se pela validade da amortização do Ágio 1 realizada após a incorporação ocorrida em dezembro de 2015. Quanto às amortizações dos Ágios 2, 3, 6 e 7, porém, considerou-se que não atendiam aos requisitos legais, sob os aspectos pessoal e/ou material, de modo que inaceitável a sua dedução. Finalmente, quanto aos Ágios 4 e 5, concluiu-se pela inexistência de glosa dos referidos ágio, e, portanto, pela ausência de discussão a seu respeito. Quanto às parcelas de ágio calculadas sobre valor de patrimônio líquido, corroborou-se a conclusão da autoridade fiscal, pela sua ilegitimidade.

Considerou-se, ainda, presente a simulação nas operações, de modo que caracterizada fraude, conforme prevista no art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964, e adequada a qualificação da multa de ofício. Neste último ponto, foi rejeitada a invocação ao art. 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), bem como a vinculação à decisão proferida no processo administrativo nº 19515.721836/2011-31.

No que se refere à glosa de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas de CSLL, apontou-se que os cálculos do contribuinte coincidiam com aqueles apresentados pela autoridade fiscal, de modo que os saldos invocados teriam sido compensados pela própria autuada, em períodos posteriores. Afastou-se, contudo, a qualificação da multa de ofício sobre tal parcela do lançamento.

Finalmente, manteve-se a exigência das multas isoladas pela ausência/ insuficiência de recolhimento das estimativas de IRPJ/CSLL (cabendo, apenas, o recálculo, em decorrência do reconhecimento da dedutibilidade do Ágio 1; assim como a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício.

O Acórdão recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015, 2016

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. INVESTIDOR E INVESTIDA. MESMA UNIVERSALIDADE.

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997 se dirigem à pessoa jurídica investidora originária, de fato, real, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição, e à pessoa jurídica investida, aquela que, em razão de sua atividade econômica, apura rendimentos que são por ela tributados, da qual se espera a rentabilidade futura que fundamentou a aceitação do ágio. Deve-se consumir a confusão de patrimônio entre essas duas pessoas jurídicas, ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente. Compartilhando do mesmo patrimônio a investidora e a investida, consolida-se cenário no qual os lucros auferidos pelo investimento passam a ser tributados precisamente pela pessoa jurídica que adquiriu o ativo com ágio, quem incorreu na correspondente despesa.

Havendo a confusão patrimonial entre as efetivas investidora e investida, há que ser exonerada a glosa da correspondente dedução.

PREJUÍZO FISCAL E BASE DE CÁLCULO NEGATIVA DE CSLL. SALDOS INSUFICIENTES. CONSUMO POR OPÇÃO DO CONTRIBUINTE. GLOSA PROCEDENTE.

Considerando que os valores de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas de CSLL, passíveis de aproveitamento, já haviam sido consumidos pelo próprio contribuinte, em respeito a sua opção e nos termos da manifestação deste, há que ser mantida a glosa efetuada.

MULTA QUALIFICADA. SIMULAÇÃO. FRAUDE

A simulação tem ínsita no seu conceito a fraude, que se subsume à definição contida no art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964, e à ação dolosa tendente a modificar as características essenciais da obrigação tributária, de modo a reduzir o montante do imposto devido, sendo aplicável a multa qualificada.

Quando a infração não demonstra a ocorrência de simulação, fraude, conluio ou sonegação, a multa fica reduzida ao patamar de 75%.

MULTA ISOLADA SOBRE ESTIMATIVAS NÃO PAGAS. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE.

É cabível a aplicação da multa isolada pela falta de recolhimento das estimativas mensais do IRPJ, em concomitância com a aplicação da multa de ofício pela falta de pagamento/declaração das diferenças do imposto apuradas em procedimento fiscal, em razão de expressa disposição legal e em face das incidências ocorrerem em situações fáticas distintas.

Em decorrência do parcial reconhecimento da despesa que havia sido glosada, há que ser efetuado o recálculo da corresponde multa isolada.

JUROS SOBRE MULTA. APLICABILIDADE

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

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015, 2016

LANÇAMENTOS REFLEXOS OU DECORRENTES.

Pela íntima relação de causa e efeito, aplica-se o decidido ao lançamento principal ou matriz de IRPJ também ao lançamento reflexo ou decorrente de CSLL.

Por conta do valor exonerado, recorreu-se de ofício ao CARF.

Cientificada da decisão, a pessoa jurídica autuada interpôs o Recurso Voluntário de fls. 30.387/30.467, no qual, em resumo, alega:

(i) decadência: considerando-se a ausência de dolo, fraude ou simulação nas condutas adotadas pela Recorrente (como será reiterado neste Recurso Voluntário), a contagem do prazo decadencial deve seguir a regra do art. 150, §4º, do CTN. Como a Recorrente tomou ciência da autuação em 4/11/19, tributos cujos fatos geradores ocorreram em 31/12/13 já foram extintos pela decadência;

(ii) no mérito:

(a) **Ágio 02**: é incontroverso que o referido ágio foi pago, gerado entre partes não relacionadas e fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da Tietê. Ao contrário do alegado pela DRJ, a Energia Paulista (a Recorrente) efetivamente figurou como adquirente da participação societária e contraiu dívida com terceiros independentes para tanto, não podendo ser taxada de mera “empresa veículo”. Além disso, a transferência do investimento na Tietê para a AES Energy e posterior incorporação dessa última pela primeira foi motivada exclusivamente por questões não-tributárias, o que confere suficiente substância econômica e propósito comercial à reorganização. Além disso, a Energia Paulista/Recorrente incorporou a Tietê pouco tempo depois da incorporação da AES Energy, de forma que a amortização do Ágio 02 teria tido início mesmo que tal entidade não tivesse existido. Assim, são infundadas as alegações de simulação, ausência de substância e propósito comercial na reorganização societária implementada pela Recorrente ou mesmo de que o real adquirente não teria sido a sociedade que, de fato, se endividou e adquiriu as participações em oferta pública;

(b) **Ágio 03**: também resta incontroverso que o referido ágio foi pago, gerado entre partes não relacionadas e fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da Tietê. Como no Ágio 02, mostram-se infundadas as alegações de que a Participações, não teria sido a real adquirente da participação societária na Tietê ou que a reorganização implementada pelo contribuinte seria simulada ou não possuiria propósito comercial;

(c) **Ágios 06 e 07:** ao contrário do alegado pela DRJ, a operação na qual esses ágios foram registrados (formação de uma *joint venture* com o BNDES) teve intervenção de terceiros e propósito negocial. Além disso, houve elaboração de laudo e houve efetivo sacrifício econômico. Quanto ao cálculo do valor dos ágios, não há base legal que impeça o cômputo da parcela negativa do patrimônio líquido de investidas na apuração, mormente quando o investidor incorre em sacrifícios econômicos para adquirir o investimento;

(d) em todos os casos acima, não há o que se falar em dolo, fraude ou simulação por parte da Recorrente ou de qualquer outra empresa do Grupo AES. Todos os negócios jurídicos e reorganizações societárias praticadas envolveram transações lícitas, legítimas, dotadas de substância econômica e propósito negocial, sendo incabível a majoração da multa de ofício, como já reconhecido pelo CARF no mesmo caso (porém em relação a períodos anteriores);

(e) a DRJ também equivocou-se ao manter a glosa de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa de CSLL compensados pela Recorrente em 2016, uma vez que, na recomposição do resultado tributável do ano-calendário de 2016, devem ser considerados os saldos passíveis de utilização à época. Eventual insuficiência de prejuízos fiscais nos anos seguintes, por conta desta autuação, deve ser objeto de fiscalização e/ou questionamento pelas vias próprias; e

(f) por fim, caso mantida a autuação, é incabível a cobrança de multa de ofício e multa isolada por insuficiência de estimativas mensais sobre a mesma base de cálculo, como ocorreu no caso.

Os autos foram, então, encaminhados ao CARF e distribuídos, por sorteio à relatoria deste Conselheiro.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo, Relator

1 DO RECURSO DE OFÍCIO

1.1 DA ADMISSIBILIDADE

Como relatado, em face da exoneração de crédito pelo acórdão recorrido, foi interposto Recurso de Ofício pelo colegiado *a quo*, conforme previsão do art. 34, inciso I, do Decreto nº 70.235, de 1972:

Art. 34. A autoridade de primeira instância recorrerá de ofício sempre que a decisão:

I - exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa de valor total (lançamento principal e decorrentes) a ser fixado em ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

O montante exonerado a título de tributo e encargos de multa importa em R\$ 59.922.154,45 de modo que superior ao limite fixado pelo Ministro da Fazenda, por meio da Portaria nº 2, de 17 de janeiro de 2023 (créditos de tributos e encargos de multa superior a R\$ 15.000.000,00), de aplicação neste caso por força da Súmula CARF nº 103: "Para fins de conhecimento de recurso de ofício, aplica-se o limite de alçada vigente na data de sua apreciação em segunda instância".

Deste modo, deve ser conhecido o referido Recurso.

1.2 DA PRÉVIA ANÁLISE DAS OPERAÇÕES PELO CARF

Antes de avançar na análise das operações que fundamentaram o lançamento de ofício de que trata o presente processo, é importante registrar que parte das referidas operações já foram objeto de decisões proferidas pela 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento e pela 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, em relação aos anos-calendários de 2006, 2007 e 2008, no âmbito do processo administrativo nº 19515.721836/2011-31.

Tenho sustentado que, em tais circunstâncias, em atenção ao princípio da segurança jurídica, em seus aspectos da estabilidade da jurisprudência¹ e da previsibilidade relativa das decisões², convém que seja mantida, em relação ao mesmo contribuinte e à mesma operação (em seus aspectos fáticos e jurídicos), a conclusão anteriormente adotada.

Fixadas tais premissas, portanto, passemos à análise do caso concreto.

1.3 DO ÁGIO 1

O ágio em questão tem origem na aquisição, em 1999, das ações da Companhia de Geração de Energia Elétrica Tietê (posteriormente, denominada AES Tietê S.A.) pela AES Gerasul Empreendimentos Ltda (posteriormente, AES Tietê Empreendimentos Ltda), companhia criada em 1998, tendo como sócias pessoas jurídicas localizadas nas Ilhas Cayman e pertencentes ao Grupo Empresarial AES.

Conforme relatado, "o investimento detido pela AES Tietê Empreendimentos Ltda, em 30/03/2000, era composto por ações a título de investimento permanente no valor aproximado de R\$ 153 milhões de reais, e ágio pago na aquisição do controle acionário da AES Tietê SA no valor aproximado de R\$ 808 milhões de reais", sendo o fundamento de tal ágio, "em princípio, a expectativa de rentabilidade futura decorrente da concessão de serviço público de geração de energia elétrica por 30 anos".

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 128.

² ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica – Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 131.

Em março de 2000, a AES Tietê Empreendimentos Ltda realiza o aumento do capital social da AES Gás Empreendimentos Ltda, pessoa jurídica constituída em 1998, e que sempre esteve sob controle do Grupo AES, por meio do “aporte das ações da Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete, acompanhada do ágio pago na aquisição (ágio transferido)”.

Passo seguinte, a Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete incorpora de forma reversa a AES Gás Empreendimentos Ltda, de modo que passa a ser a detentora do ÁGIO 1.

Já no ano de 2006, nova sequência de reorganizações ocorre no interior do Grupo AES, de modo que o ÁGIO 1 percorre novo percurso dentro do referido conglomerado.

A AES Transgás Empreendimentos S.A. incorpora a sua controladora Brasileira Energia S.A., para, em seguida, ser incorporada pela sua controlada Energia Paulista Participações S.A. (que vem a ser a pessoa jurídica autuada nos presentes autos, posteriormente, denominada AES Tietê Energia S.A.), que passa a se chamar Companhia Brasileira de Energia.

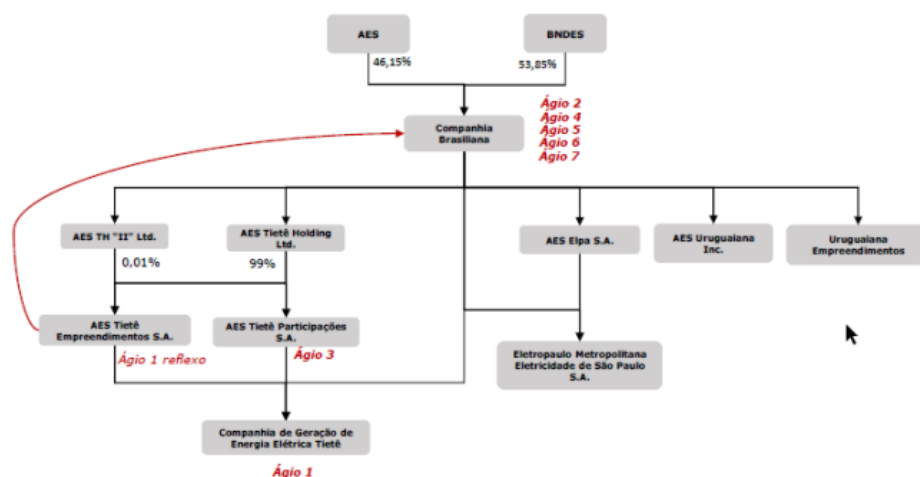
A respeito das referidas operações, assim, manifestou-se a autoridade fiscal:

Observe-se que, antes de 2006, o Grupo AES era capitaneado pela empresa Brasileira Energia. Após as primeiras reorganizações, o grupo passa a ser capitaneado pela empresa Companhia Brasileira de Energia. Ressalte-se que o mercado sempre entendeu ambas as empresas simplesmente como Brasileira.

Ou seja, é cristalino que toda esta operação é uma operação circular, que nasce e termina na mesma situação societária (pelo menos se forem focados os aspectos relevantes), tendo como única diferença o fato de que ágios foram movidos de posição, e incorporações viciadas por vício de vontade, simulação e fraude fiscal foram realizadas de forma a simular o direito à amortização dos ágios.

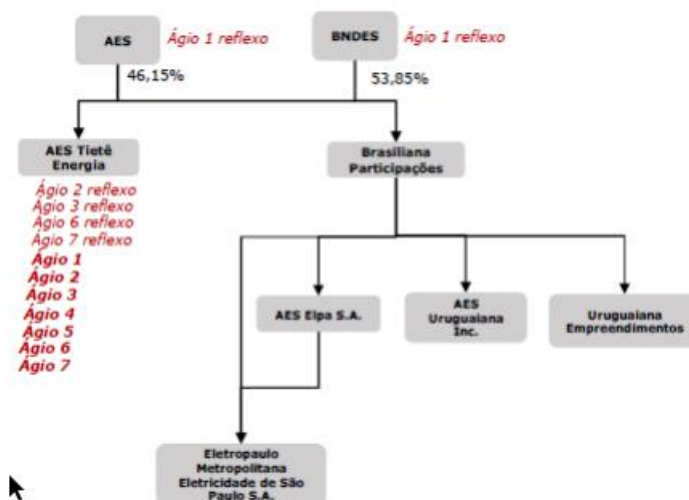
Na sequência, no que se relaciona com o lançamento fiscal aqui sob análise, a Companhia Brasileira de Energia incorpora a AEA Tietê Empreendimentos S.A., levando para o seu interior o denominado ÁGIO 1 reflexo; e a Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete incorpora a AES Tietê Participações S.A, passando a deter o ÁGIO 3 (que será, posteriormente, analisado).

O gráfico a seguir permite a compreensão de tais operações:



Por fim, no ano de 2015, nova rodada de reorganizações internas, a partir da criação da empresa AES Brazilian Energy Holdings Ltda, que recebe, por integralização de capital, os ágios acumulados na Companhia Brasileira (exceto os reflexos) e a participação societária da Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete. Em seguida, a AES Brazilian Energy Holdings Ltda é incorporada pela Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete (posteriormente AES Tietê SA), na qual passam a estar concentrados todos os ágios (exceto os reflexos). O ciclo se encerra com a incorporação da Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete pela recém criada Cia. Brasileira II, que altera a sua denominação para AES Tietê Energia S.A.

Eis o resultado final de todas as operações societárias:



A AES Tiete SA amortizou o referido ágio nos anos de 2013, 2014 e parte de 2015. Após a incorporação da AES Tiete SA pela Brasileira II (que passou a se denominar AES Tiete Energia SA), o ÁGIO 1 continuou sendo amortizado por esta última empresa.

No julgamento dos processos administrativos que envolvem operações realizadas por meio de reorganizações societárias, tenho sempre defendido o direito de os contribuintes

organizarem livremente as suas atividades, no sentido de que, entre duas opções igualmente válidas, não estão estes obrigados a optarem por aquela tributariamente mais onerosa.

Tal liberdade, entretanto, não significa uma permissão para a criação de situações totalmente fictícias, nas quais a vontade declarada para realizá-las se mostra completamente dissociada daquilo que, efetivamente, verifica-se.

Por tal razão, entendo que, a depender das circunstâncias envolvidas, as operações podem configurar elisão tributária lícita e eficaz, elusão tributária (consistente na elisão tributária lícita, mas ineficaz) ou mesmo evasão tributária³, sem adotar a tese de que apenas as situações ilícitas (civil ou penalmente) podem ser consideradas inoponíveis ao Fisco.

O ágio em questão foi objeto de análise no âmbito do processo administrativo nº 19515.721836/2011-31, onde ficou evidenciada a artificialidade das operações societárias realizadas, em especial a partir da efemeridade de algumas companhias utilizadas, apenas, para a transferência do ágio, e a ausência de confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que realizou o investimento com ágio e a empresa investida, notadamente, em decorrência da transferência do ágio entre as pessoas jurídicas envolvidas nas operações.

Segue trecho do Acórdão nº 1402-002.183, de 04 de maio de 2016 (Relator Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto), contendo a análise da amortização do ágio em discussão:

A artificialidade da operação está, justamente, no passo intermediário utilizado pela Recorrente a fim de que o ágio, que deveria compor o custo do investimento, que talvez nunca seja alienado, pudesse ser amortizado: a criação de empresas veículos, a fim de que pudesse ser realizada uma operação de reestruturação com incorporação reversa permitindo, no entender da Recorrente, o início da amortização dos valores de ágio.

Deu-se, assim, a denominada “transferência de ágio”, hipótese não prevista em lei, uma vez que somente ao adquirente do investimento com mais valia cabe o direito à amortização do ágio, ou, em caso de incorporação reversa, à investida, desde que haja confusão patrimonial com a real adquirente do investimento. Corroborando com tal entendimento, colaciono o decidido no Acórdão nº 130200.834, de relatoria do i. Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães, o qual, em hipótese análoga à analisada nos presentes autos, firmou entendimento sobre a impossibilidade de transferência do ágio de uma empresa para outra:

[...]

No que diz respeito à amortização do ágio de R\$ 808 milhões, conforme já descrito acima, o surgimento da mais valia originou-se da aquisição das ações da COMPANHIA DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA TIETÊ (posteriormente AES

³ Adoto aqui a classificação proposta por Marciano Seabra de Godoi (Planejamento Tributário in Hugo de Brito Machado (coord.) Planejamento Tributário. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 480

TIETE, sujeito passivo do lançamento) pela AES EMPREENDIMENTOS no bojo da denominada “privatização do setor elétrico”.

Não há dúvidas de que o ágio em que questão foi efetivamente pago por AES EMPREENDIMENTOS.

Contudo, após essa aquisição constata-se que o ágio foi transferido para AES GÁS. Naquele momento, quem passou a deter as ações de AES TIETE, juntamente com o ágio referente à aquisição, foi AES GÁS.

Ato contínuo, AES GÁS foi incorporada reversamente por AES TIETE, permitindo a partir daí, no entender da autuada, a dedutibilidade da amortização desse ágio.

Segundo a autoridade fiscal atuante AES GÁS não desempenhou qualquer atividade de forma comprovada, concluindo, a partir das DIPJs apresentadas que tal empresa

[...] nunca exerceu qualquer tipo de atividade relevante, permanecendo praticamente inativa durante toda sua curta existência. Não foram apresentados quaisquer livros ou documentos dessa empresa pelo contribuinte, tendo sido alegado que a referida empresa não apresentou movimento até o ano 2000.

AES GAS, trata-se, na realidade de mera empresa veículo, como consta explicitamente inclusive nas Notas Explicativas às Demonstrações Contábeis da autuada.

Analisando a reestruturação societária levada a efeito pela autuada, é fácil constatar que não houve confusão patrimonial entre o adquirente das ações (AES EMPREENDIMENTOS) e a (AES TIETE), sendo utilizado a empresa veículo AES GÁS para transferência do investimento original, e o respectivo ágio, sendo realizada operação de incorporação reversa entre AES GÁS e AES TIETE, ora autuada.

Visto por outro prisma: investidora (AES EMPREENDIMENTOS) e investida (AES TIETE) permaneceram existentes, tendo sido utilizada a interposição de empresa veículo (AES GÁS) com o único intuito de, artificialmente, buscar-se a amortização de ágio por suposta extinção do investimento.

A operação de transferência do ágio para AES GÁS, e sua incorporação por AES TIETE, durou exatos seis dias (entre 24/03/2000 e 30/03/2000) restando evidente a efemeridade das operações realizadas em sequência com o único propósito de reduzir, artificialmente, a carga tributária incidente sobre os resultados de AES TIETE.

Na mesma linha, a apreciação realizada no Acórdão nº 9101-002.960, de 4 de julho de 2017 (Relatora Conselheira Adriana Gomes Rêgo):

No primeiro ágio não há qualquer dúvida no sentido de se estar diante de caso de ágio transferido, o qual, como se viu, não dá direito à dedução da amortização.

Com feito, a AES EMPREENDIMENTOS adquiriu o controle acionário da COMPANHIA DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA TIETÊ (que passa a se

denominar AES TIETE) durante o processo de privatização do setor elétrico, pagando ágio de R\$ 808 milhões. Meses depois, esse ágio foi transferido para a AES GÁS no momento em que a AES EMPREENDIMENTOS fez integralização em aumento capital na AES GÁS utilizando o investimento que detinha na AES TIETE. Dias depois a investida AES TIETE incorporou a investidora AES GÁS (incorporação "reversa" ou "as avessas") e passou a amortizar o ágio e a deduzir a despesa correspondente nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Confirma-se o Termo de Constatção:

[...]

Observe-se que a Fiscalização atribui a condição de "empresa veículo" à AES GÁS por ter concluído que ela teve a função única de transferir o ágio para que pudesse ser amortizado e deduzido. A decisão ora recorrida assinala, aliás, a efemeridade das operações, AES TIETE, durou exatos seis dias (entre 24/03/2000 e 30/03/2000)".

A Recorrente alega que a participação AES EMPREENDIMENTOS na AES TIETE ter sido contribuída (utilizada) em aumento de capital da AES GÁS "foi eminentemente motivada por aspectos societários e regulatórios, com o propósito de proteger acionistas minoritários da Tietê" e que isto "não pode levar à indedutibilidade do ágio correspondente, já que foi legitimamente apurado e essa contribuição também se baseava em questões regulatórias ligadas à ANEEL".

Ocorre que, por mais relevantes que sejam as razões regulatórias e societárias a justificarem a utilização dessa terceira empresa, não se pode ignorar o fato de que quando o investimento foi transferido da AES EMPREENDIMENTOS para a AES GÁS, o investimento original foi extinto, não podendo ser "carregado" por terceira empresa que, assim, justifica a qualificação doutrinária de "empresa veículo". Ou seja: ainda que justificável a interposição de terceira empresa por razões extratributárias, os efeitos tributários de dedutibilidade da amortização do ágio não se verificam.

A Recorrente sustenta que

53. [...] as operações que deram origem ao registro e ao início da amortização do Ágio 01 para fins fiscais foram dotadas de indiscutível propósito negocial e respeitaram todos os dispositivos legais aplicáveis à matéria, notadamente os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, inexistindo qualquer abuso de forma ou violação à lei".

54. Resta incontroverso nos autos que (i) o Ágio 01 foi gerado na privatização da Tietê pelo Estado de São Paulo, logo a transação foi realizada entre partes independentes; (ii) houve efetivo pagamento por parte da Empreendimentos, que até contraiu dívida junto ao BNDES para se financiar; e (iii) o fundamento do ágio foi a expectativa de rentabilidade futura da Tietê, com base em laudo de avaliação. Tais pontos já foram reconhecidos pela DRJ no Acórdão nº 14-108.142. Assim, ocorrendo a incorporação da adquirente pela adquirida, ou vice-versa,

surgiu o direito à amortização do Ágio 01, nos exatos termos dos arts. 7º e 8º, da Lei nº 9.532/97.

Os pontos acima destacados não são controvertidos. Não houve questionamento acerca das operações que fizeram surgir o referido ágio e, tampouco, se questiona o direito de que, em havendo a incorporação da investida pela investidora (ou vice-versa), amortizá-lo para fins fiscais.

O que se constatou na autuação fiscal, contudo, é que inexistiu a confusão entre a empresa que investiu, com o pagamento de ágio, e a investidora, conforme previsão legal. Pelo contrário, o ágio “passeou” pelo patrimônio de diversas pessoas jurídicas até que houvesse a confusão patrimonial que possibilitasse à Recorrente a amortização fiscal na pessoa jurídica que lhe interessava. Inclusive, para tal propósito, houve a criação de empresas-veículos de existência efêmera e sem atividade econômica relevante.

Segue excerto da decisão:

A amortização deste Ágio 1, iniciada no ano de 2000, não atende aos requisitos legais, não podendo ser aceita a dedução tal como conduzida pelo contribuinte.

Quanto ao aspecto pessoal, cabe verificar quem é efetivamente a pessoa jurídica investidora e a pessoa jurídica investida. O Ágio 1 (no valor de R\$ 808 milhões) foi pago pela investidora AES EMPREENDIMENTOS, na aquisição de participação societária na investida AES TIETE, que foi transferido para a AES GÁS.

Não se verifica o aspecto pessoal da regra de dedutibilidade da amortização de ágio, eis que o evento de incorporação não contou com a participação da investidora AES EMPREENDIMENTOS. O evento contou com a presença da AES GÁS (denominada "empresa veículo").

Na mesma medida, deixou de ocorrer a comunicação do patrimônio entre investidor (AES EMPREENDIMENTOS) e investida (AES TIETE), razão pela qual não se consumou o aspecto material.

A impugnante ainda alega que, em virtude de questões regulatórias, para proteger acionistas minoritários, como a AES Empreendimentos possuía uma dívida com o BNDES, tal sociedade não poderia incorporar nem ser incorporada pela AES Tietê, de modo que a alternativa possível foi contribuir a participação na Tietê para uma outra sociedade (a AES Gás Empreendimentos Ltda. – “AES Gás”).

Ocorre que, por mais relevantes que sejam as razões regulatórias e societárias a justificarem a utilização dessa terceira empresa, não se pode ignorar o fato de que as ações da investida (AES TIETE) foram adquiridas pela real adquirente (AES EMPREENDIMENTOS), e não pela AES GÁS, de modo que não foi atendido o disposto nos arts. 7º, inciso III, e 8º da Lei 9.532/97 (matrizes legais do art. 386, inciso III e § 6 do RIR/99). Ou seja: ainda que justificável a interposição de terceira empresa por razões extratributárias, os efeitos tributários de dedutibilidade da amortização do ágio não se verificam.

Tal como destacado pela autoridade fiscal, o investimento permaneceu na investidora, mesmo após a operação de incorporação:

Da descrição da operação societária acima verifica-se claramente que, no início da operação, a empresa AES Tiete Empreendimentos Ltda era detentora de 38,69% do capital total da AES Tiete SA e, ao final da operação, em razão do cancelamento das ações incorporadas e da emissão de novas ações pela AES Tiete SA em nome da AES Tiete Empreendimentos Ltda, esta empresa permaneceu como proprietária dos mesmos 38,69% do capital total da AES Tiete SA.

Portanto, a única alteração real decorrente da complexa operação societária executada foi a transferência, do ágio na aquisição de ações, da empresa AES Tiete Empreendimentos Ltda para a AES Tiete SA, e a permissão legal, anteriormente proibida, de amortizar esse ágio, gerando um benefício fiscal indevido para a AES Tiete SA ao longo do tempo.

A caracterização da AES GÁS como empresa veículo, fica evidente em face de mais elementos trazidos na fiscalização, no respectivo TVF:

[...]o mesmo diretor Luiz David Travesso assina a primeira alteração de contrato social da AES Gás Empreendimentos Ltda como representante das sócias AES Tiete Empreendimentos Ltda, AES Interenergy Ltd e AES Bandeirante Ltd; esse mesmo diretor também assina, como presidente da mesa e presidente do Conselho de Administração, a ata de assembleia geral ordinária realizada em 30/03/2000 pelo contribuinte (na época denominado Companhia de Geração de Energia Elétrica Tietê).

Consultas às Declarações de Informações Econômico-Fiscais apresentadas por essa empresa à Receita Federal revelaram a apresentação de DIPJ inteiramente “zerada” para o ano-calendário1998, declaração de inatividade para o ano calendário 1999, e finalmente, para o ano-calendário2000, a apresentação de DIPJ para o período 01/01/2000 a 31/03/2000, sob evento de incorporação, refletindo tão somente um aporte de capital social oriundo da empresa AES Tietê Empreendimentos Ltda acompanhado da contrapartida em investimentos permanentes em participações societárias, correspondentes ao controle acionário do contribuinte originalmente adquirido pela AES Tietê Empreendimentos Ltda durante a “privatização do setor elétrico”.

Intimado o contribuinte durante 2011 a apresentar os livros e documentos contábeis da empresa AES Gás Empreendimentos Ltda, bem como a demonstrar e comprovar as operações realizadas por essa empresa durante sua curta existência [...]

[...]

Não foram apresentados quaisquer livros ou documentos dessa empresa pelo contribuinte, tendo sido alegado que a referida empresa não apresentou movimento até o ano 2000.

[...]

[...] a empresa AES Gas Empreendimentos Ltda, não tendo executado nenhuma operação relevante durante toda sua existência, foi claramente utilizada como “empresa-veículo” para possibilitar a transferência do ágio conforme descrito no parágrafo anterior.

A condição da AES Gas Empreendimentos Ltda de “empresa veículo” é deixada clara nas próprias Notas Explicativas às Demonstrações Contábeis da AES Tiete SA, conforme já transcrito, que abaixo se relembra para que não restem dúvidas:

Aporte de capital da AES Tietê [AES Tiete Empreendimentos Ltda] em uma empresa-veículo, a AES Gás [AES Gas Empreendimentos Ltda], com a conferência de ativos no montante de R\$ 956.256, representados pelo valor do investimento original acrescido do resultado da equivalência patrimonial (R\$ 147.953) e do ágio pago (R\$ 808.303) na aquisição dessa participação societária na Tietê [AES Tiete SA] quando da sua privatização.

Sendo assim, a participação da AES Gas Empreendimentos Ltda na operação de reestruturação societária se fez necessária tão somente para que fosse viabilizada a transferência do ágio da AES Tiete Empreendimentos Ltda para a AES Tiete SA, como meio de “burlar” a vedação legal do art. 391 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99 (Decreto 3.000/99), não tendo servido a nenhum propósito econômico que não o auferimento de benefício fiscal indevido pela AES Tiete SA e pelo Grupo AES.

Acrescente-se, ainda, a efemeridade das operações, eis que a operação de transferência do ágio para AES GÁS, e sua incorporação por AES TIETE, durou exatos seis dias, entre 24/03/2000 e 30/03/2000. Com o uso da empresa veículo cria-se artificialmente a situação prevista nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/1997 (simulação da hipótese legal a fim de ser obtida vantagem fiscal). Resta evidente uma operação simulada visando antecipar (indevidamente) os efeitos fiscais da dedutibilidade do ágio previstos nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97.

As referidas conclusões foram referendadas nas decisões acima transcritas, cujos fundamentos são integralmente adotados por este Relator, inclusive em atenção, conforme já exposto, ao princípio da segurança jurídica, de modo a evitar decisões conflitantes do CARF sobre a mesma operação.

Para se contrapor aos fundamentos acima, a Recorrente se limita a afirmar inexistir “qualquer exigência de que ocorra a junção do patrimônio de uma ou de outra sociedade, mas somente a reunião de patrimônios para que receitas e despesas sejam emparelhados”.

Tal argumento não merece prosperar. A razão para tanto é que a possibilidade de amortização fiscal do ágio trazida pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997 tem como foco a junção entre a pessoa jurídica que suportou o sacrifício pelo ágio pago na aquisição da participação societária e esta sociedade investida.

De outra parte, as razões regulatórias/societárias/“**de mercado**” repisadas no Recurso Voluntário, tal qual exposto nas decisões acima transcritas, ainda que justifiquem determinadas operações ou a criação das empresas de vida efêmera, não podem justificar o aproveitamento fiscal do ágio em circunstâncias diversas daquelas previstas na legislação.

No caso concreto, contudo, a amortização a que se refere o lançamento de ofício se refere ao ano-calendário de 2016, quanto, finalmente, já havia ocorrido (em 31/12/2015), a confusão patrimonial entre investidora e investida originais.

Assim, correta a decisão de primeira instância ao cancelar tal parcela da exigência, e os correspondentes valores referentes à multa isolada pelo não recolhimento das estimativas de IRPJ e CSLL.

Por todo o exposto, voto por negar provimento ao Recurso de Ofício quanto a tal matéria.

1.4 DA MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA SOBRE A INFRAÇÃO RELATIVA À COMPENSAÇÃO INDEVIDA DE PREJUÍZO FISCAL E BASE DE CÁLCULO NEGATIVA DE CSLL

Conforme relatado, no lançamento de ofício foi exigida multa de ofício qualificada, no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento) sobre todos os valores constituídos.

Na decisão de primeira instância, a qualificação da multa de ofício foi mantida em relação aos valores referentes às infrações de glosa de despesas de amortização de ágio. Tal questão será apreciada na análise do Recurso Voluntário.

De outra parte, os julgadores *a quo* afastaram a qualificação da multa em relação à infração de glosa da compensação indevida de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa e CSLL.

Os fundamentos para a referida decisão foram os seguintes:

Insurge-se, por outro lado, a atuada, contra a multa qualificada de 150% imposta sobre esta infração, decorrente da insuficiência do prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL compensados.

Nesse aspecto, considero procedente a impugnação, eis que a insuficiência foi decorrente das glosas promovidas pela fiscalização, nestes autos, que foram penalizadas nas apurações correspondentes, de modo que o registro e utilização que a atuada havia dado a tais prejuízos e base de cálculo negativa, até então, restavam adequadas, inexistindo qualquer elemento caracterizador de simulação, dolo, fraude ou sonegação nesta infração.

Assim, a multa aplicada sobre esta infração deverá ser recalculada para o percentual de 75%, conforme demonstrarei ao final do voto, no tópico relacionado aos recálculos.

Neste ponto, há que se reconhecer o acerto da decisão de primeira instância.

A qualificação da multa de ofício, à época do lançamento, encontrava amparo no art. 44, §1º, da Lei nº 9.430, de 1996, que possuía a seguinte redação:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

[...]

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Por meio da Lei nº 14.689, de 2023, a referida penalidade passou a constar do art. 44, §1º, inciso VI, da Lei nº 9.430, de 1996, sendo reduzida ao percentual de 100% (cem por cento), conforme redação a seguir:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

[...]

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será majorado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis, e passará a ser de: (Redação dada pela Lei nº 14.689, de 2023)

[...]

VI – 100% (cem por cento) sobre a totalidade ou a diferença de imposto ou de contribuição objeto do lançamento de ofício; (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

Verifica-se, portanto, que, em ambas as redações, o pressuposto para a exigência da multa qualificada é a comprovação da ocorrência de algum dos tipos previstos nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 1964:

Art . 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

No caso da compensação indevida de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL pela Recorrente, como bem apontado na decisão de primeira instância, a infração não decorre de qualquer conduta que possa ser enquadrada nos tipos acima explicitados.

Trata-se, tão somente, de uma decorrência da reversão dos prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas apurados nos anos-calendários anteriores em virtude da constatação pela autoridade fiscal de amortização fiscal indevida de ágio embasado em expectativa de rentabilidade futura.

Isto posto, deve-se negar provimento ao Recurso de Ofício quanto a tal tópico.

1.5 DA CONCLUSÃO PARCIAL

Por todo o exposto, voto por negar provimento ao Recurso de Ofício.

2 DO RECURSO VOLUNTÁRIO

2.1 DA ADMISSIBILIDADE

O sujeito passivo foi cientificado da decisão de primeira instância, por via eletrônica, em 06 de outubro de 2020 (fls. 30.383/30.384), tendo interposto seu Recurso Voluntário, em 03 de novembro do mesmo ano (fl. 30.385), dentro, portanto, do prazo de 30 (trinta) dias previsto no art. 33 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

O Recurso é assinado, digitalmente, pela responsável legal pela pessoa jurídica Recorrente.

A matéria objeto do Recurso está contida na competência da 1ª Seção de Julgamento do CARF, conforme Art. 43, incisos I, II e IV, do Regimento Interno do CARF (RI/CARF), aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023.

Isto posto, o Recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

2.2 DA DECADÊNCIA

A Recorrente sustenta a ocorrência de decadência do direito de se constituir os créditos tributários referentes aos fatos geradores ocorridos até 31 de dezembro de 2013, na medida em que somente foi cientificada da autuação fiscal em 04 de novembro de 2019.

A análise da referida questão decorre, essencialmente, da apreciação da ocorrência de dolo, fraude ou simulação nas operações que embasaram o lançamento de ofício, uma vez que tal fato será decisivo para a determinação do dispositivo legal aplicável para a contagem do prazo decadencial (art. 150, §4º, do CTN, como invocado pela Recorrente; ou art. 173, inciso I, do CTN, conforme aplicado no Acórdão de primeira instância).

Deste modo, postergo a análise do tema para o momento da apreciação da qualificação da multa de ofício.

2.3 DO MÉRITO

Após a decisão de primeira instância, ficaram mantidas as glosas relacionadas às despesas de amortização dos ágios intitulados Ágio 02, Ágio 03, Ágio 6 e Ágio 7, e aos prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas de CSLL; bem como a exigência da multa de ofício qualificada (exceto sobre a glosa de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas de CSLL), e, parcialmente, da multa isolada pela ausência/não recolhimento de estimativas de IRPJ e CSLL.

Passaremos a tratar, isoladamente, de cada uma das referidas exigências, sendo que, por óbvio, alguns fundamentos aproveitarão a todos ágios amortizados pela Recorrente.

2.3.1 Da amortização de ágios por expectativa de rentabilidade futura

2.3.1.1 Do tratamento na legislação tributária

Até 1997, a legislação tributária se limitava basicamente a conceituar o ágio surgido na aquisição de participações societárias e detalhar a sua forma de desdobramento na escrituração comercial, conforme arts. 20 e 21 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, que, à época dos fatos geradores tratados nos presentes autos, possuía a seguinte redação:

Art 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e

II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.

§ 1º - O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:

a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras a e b do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

§ 4º - As normas deste Decreto-lei sobre investimentos em coligada ou controlada avaliados pelo valor de patrimônio líquido aplicam-se às sociedades que, de acordo com a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, tenham o dever legal de adotar esse critério de avaliação, inclusive as sociedades de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente, com investimento relevante, cuja avaliação segundo o mesmo critério seja necessária para determinar o valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada. (Revogado pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

Art 21 - Em cada balanço o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no artigo 248 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e as seguintes normas:

I - o valor de patrimônio líquido será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da coligada ou controlada levantado na mesma data do balanço do contribuinte ou até 2 meses, no máximo, antes dessa data, com observância da lei comercial, inclusive quanto à dedução das participações nos resultados e da provisão para o imposto de renda.

II - se os critérios contábeis adotados pela coligada ou controlada e pelo contribuinte não forem uniformes, o contribuinte deverá fazer no balanço ou balancete da coligada ou controlada os ajustes necessários para eliminar as diferenças relevantes decorrentes da diversidade de critérios;

III - o balanço ou balancete da coligada ou controlada levantado em data anterior à do balanço do contribuinte deverá ser ajustado para registrar os efeitos relevantes de fatos extraordinários ocorridos no período;

IV - o prazo de 2 meses de que trata o item I aplica-se aos balanços ou balancetes de verificação das sociedades, de que trata o § 4º do artigo 20, de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente.

IV - o prazo de 2 meses de que trata o item aplica-se aos balanços ou balancetes de verificação das sociedades de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente, com investimentos relevantes que devam ser avaliados pelo valor de patrimônio líquido para efeito de determinar o valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

V - o valor do investimento do contribuinte será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido ajustado de acordo com os números anteriores, da porcentagem da participação do contribuinte na coligada ou controlada.

Naquele período, a principal relevância do tema dizia respeito aos reflexos do ágio na apuração do ganho de capital, por ocasião da alienação dos investimentos, o que era regulado pelos arts. 25 e 33 do citado Decreto-Lei nº 1.598, de 1977.

Com a Medida Provisória nº 1.602, de 1997, surge dispositivo específico para o tratamento das hipóteses de incorporação de pessoa jurídica em que se detenha participação societária adquirida com ágio. Conforme o item 11 da Exposição de Motivos daquela Norma, o referido regramento foi assim justificado:

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos "planejamentos tributários", vêm utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.

Há doutrinadores, porém, que apontam que a norma em questão visava impulsionar o Programa Nacional de Desestatização do Governo Federal, estimulando, com benefícios tributários, as reorganizações societárias.

Tal divergência não é relevante ao caso, sendo certo que a Lei nº 9.532, de 1997 (conversão da citada Medida Provisória), possuía a seguinte redação, à época das operações aqui tratadas:

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do §2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:

- a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;
- b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II do caput:

- a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;
- b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:

- a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;
- b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

O art. 25 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, por sua vez, trata da relação da referida amortização com o Lucro Real:

Art. 25 - As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)

No bojo do alinhamento da legislação nacional às normas internacionais de contabilidade, os arts. 20 e 25 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, foram modificados pela Lei nº 12.973, de 2014, sendo que, uma vez que tais alterações se deram em data posterior às operações de que tratam os presentes autos, nenhum reflexo possuem na análise em curso, em especial diante do teor do art. 65 da referida Lei, que dispõe que as “disposições contidas nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e nos arts. 35 e 37 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, continuam a ser aplicadas somente às operações de incorporação, fusão e cisão, ocorridas até 31 de dezembro de 2017, cuja participação societária tenha sido adquirida até 31 de dezembro de 2014”, abrangendo, indubitavelmente, os fatos aqui analisados.

2.3.1.2 Do Ágio 2

O denominado Ágio 2, no montante de R\$ 113.420.000,00, tem origem na aquisição, em 2001, de lote de ações da Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete (posteriormente AES Tiete SA) pela Recorrente (então denominada Energia Paulista Participações SA, e, posteriormente, Companhia Brasileira de Energia e, em seguida, AES Tiete Energia SA.

Os recursos destinados à referida aquisição teriam sido obtidos por meio de operação de emissão de debêntures realizada pela Energia Paulista Participações SA.

A acusação fiscal relacionada a tal operação diz respeito ao fato de que a aquisição das citadas debêntures foi restringida aos acionistas da empresa adquirida, ficando caracterizada a troca das debêntures pelas ações, sendo que a aquisição, de fato, teria sido realizada pela Controladora da adquirente formal, que seria mera “empresa veículo” utilizada para artificialmente possibilitar a amortização fiscal do ágio.

Assim, aponta a autoridade fiscal:

Pelos termos da restrição de participação acima, observa-se que a compra de ações da AES Tiete SA de que trata este subcapítulo foi realizada através da troca de ações por debêntures, em que os acionistas entregaram suas ações e receberam, em pagamento, estas debêntures.

Observa-se também no "prospecto" que as garantias das debêntures são as próprias ações adquiridas, ou seja, não existe garantia adicional ao valor captado, o que viola a praxe do mercado de crédito, mesmo no que se refere a debêntures.

Mais adiante no "prospecto", em meio ao estudo de viabilidade econômico-financeira, observa-se o seguinte extrato: "Por ter sido criada para ser, dentre outras finalidades, um **veículo para a compra das ações da Tiete**, a Energia Paulista Participações SA terá como únicas fontes de caixa dividendos referentes à **ações trocadas pelas Debêntures** e aportes de capital de seus acionistas e eventuais operações de captação de recursos no mercado financeiro".

Neste extrato fica claro que as ações foram "trocadas" pelas Debêntures, e que a empresa Energia Paulista Participações SA foi, desde seu início, mero veículo da AES Corp para aquisição de participações societárias.

No "Prospecto", a AES Corporation figura como controladora indireta da Energia Paulista Participações SA. Identifica-se muito esforço dos elaboradores deste "Prospecto" em descrever as operações e a atuação da AES Corporation. Resta claro, por todo o contexto apresentado, que a Energia Paulista Participações SA, com seu capital social inicial de R\$ 1.000,00, não dispunha de capacidade operacional para realizar esta operação, que só foi possível com aporte financeiro e respaldo reputacional da verdadeira adquirente das participações societárias, a empresa AES Corp (empresa sediada nos Estados Unidos, líder mundial do Grupo AES).

Sendo assim, é fundamental deixar claro que, como ocorre com outros ágios aqui tratados, o real adquirente das ações da AES Tiete SA é a THE AES CORPORATION, e a empresa emissora das ações adquiridas é a AES Tiete SA.

Dessa forma, ainda que a origem do ÁGIO 2 seja legítima, originada em oferta pública de aquisição de ações, a empresa Energia Paulista não dispunha de capacidade financeira para a aquisição, tendo sido utilizada como meio para transferência dos recursos financeiros para aquisição, servindo também de receptáculo para estas ações, sem qualquer autonomia na gestão destes direitos.

O uso da empresa "veículo" Energia Paulista Participações SA para realização da compra de ações da AES Tiete SA teve o objetivo de localizar ilicitamente o ágio gerado nesta empresa "veículo", para que o ágio pudesse ser posteriormente deslocado e amortizado irregularmente. Este artifício foi empregado porque este ágio, para ser legítimo, somente poderia ter-se originado na real adquirente, ou seja, na The AES Corporation, e neste caso, sem o uso de artifícios "simulatórios", seria (como o é!) impossível sua amortização no Brasil.

A Recorrente, por sua vez, sustenta que a operação se deu nos moldes das "compras alavancadas", justificando a aquisição por uma companhia diferente pelo fato de que a AES Tietê Empreendimentos (Controladora da AES Tietê SA) seria justificada pelo fato de que a referida Controladora

[...] já possuía uma dívida considerável com o BNDES e não poderia aumentar livremente seu endividamento para financiar uma nova aquisição. Além disso, o uso de companhias distintas permitiu que o Grupo AES segregasse a dívida com os debenturistas da dívida com o BNDES, a qual tinha termos, condições e garantias diferentes. Logo, os covenants e garantias de uma dívida não impactariam a outra.

Além disso, a existência da adquirente até a presente data afastaria qualquer acusação de efemeridade.

Por fim, a amortização do referido ágio somente se iniciou em 2015, assim o prazo de quatorze anos decorrido desde a operação afastaria a acusação de existência de propósito exclusivamente fiscal para a aquisição.

Na decisão de primeira instância, a glosa das despesas relacionadas à amortização do ágio em questão foi mantida, por se entender que não estariam atendidos os requisitos legais. De um lado, quanto ao aspecto pessoal, apontou-se que a efetiva investidora foi a AES Corporation, que “não foi envolvida na confusão patrimonial necessária para se dar a amortização fiscal do ágio”. A par disso, teria havido a transferência do ágio 2, no ano de 2015, de modo que “apenas após a incorporação ocorrida em 31/12/2015, envolvendo a autuada (então Energia Paulista, posteriormente Brasiliana e Brasiliana II) e a AES Tietê, é que restaria configurada a confusão patrimonial permissiva da dedução da amortização do ágio 2, ou seja, a partir do ano 2016”.

A Recorrente se insurge em relação às referidas conclusões, uma vez que a AES Corporation não teria disponibilizado recursos para a aquisição que envolveu o ágio, de modo que não poderia ser a efetiva adquirente. Quanto à transferência do ágio, argumenta que, na mesma reorganização societária, **“a Tietê foi incorporada pela Energia Paulista/Brasiliana II/Recorrente. Em outras palavras, com ou sem AES Energy, houve materialização da hipótese prevista no art. 7º, III, e 8º da Lei 9.532/97”**. Finalmente, argumenta que a participação da AES Energy se destinou a equalizar a **“capitalização** da parcela correspondente ao benefício fiscal dos ágios à sua efetiva realização, bem como proteger o fluxo de dividendos dos acionistas minoritários da Tietê”.

Tenho historicamente repellido a possibilidade de amortização de ágio com base em expectativa de rentabilidade futura quando há o envolvimento de empresa financiadora situada no exterior e o emprego de empresa-veículo em território nacional, tão somente para receber os recursos, efetuar o pagamento e participar da operação de incorporação juntamente com a investida.

A razão para tanto é que a possibilidade de amortização fiscal do ágio trazida pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, tem como foco a junção entre a pessoa jurídica que suportou o sacrifício pelo ágio pago na aquisição da participação societária e esta sociedade investida.

No caso em apreciação, são apresentadas robustas provas de que a Recorrente não possuía efetiva atividade à época do evento que fez surgir o denominado Ágio 2; e que não participou da decisão relativa à aquisição da AES Tietê SA.

A Recorrente foi constituída em novembro de 2000, permaneceu inativa até a operação de aquisição, não auferiu qualquer receita em tal período, e as únicas receitas auferidas após a aquisição decorreram da “equivalência patrimonial das participações societárias adquiridas”.

Tal condição de mero veículo não foi ocultada. Pelo contrário, consta expressamente dos Anexos I (Estudo de Viabilidade Econômico-Financeira) e X (Informações

Trimestrais – ITR Relativas à Data-base de 31/03/2001) do Prospecto de Distribuição Pública de Debêntures Não Conversíveis em Ação de Emissão da Energia Paulista Participações S.A. (fl. 27.575/27.746), no qual se lê:

Por ter sido criada para ser, dentre outras finalidades, um veículo para a compra das ações da Tietê, a Energia Paulista Participações S.A. terá como únicas fontes de caixa dividendos referentes às ações trocadas pelas Debêntures e aportes de capital de seus acionistas e eventuais operações de captação de recursos no mercado financeiro.

Para fins de análise, todos os dividendos recebidos serão repassados para os acionistas da Energia Paulista Participações. Assim, o saldo da conta dividendos no fluxo de caixa da empresa será considerado zero, e as únicas fontes para o pagamento das Debêntures e suas despesas serão projetados como sendo aportes de capital dos acionistas.

[...]

A Energia Paulista Participações S.A. foi constituída em 6 de novembro de 2000 como sociedade por quotas de responsabilidade limitada, com o propósito específico de servir como veículo para a implementação de oferta pública de compra de ações da AES Tietê S.A., anteriormente denominada Companhia de Geração de Energia Elétrica Tietê (subsidiária integral do Grupo AES).

[...]

O principal objetivo da Companhia é efetuar a compra de ações, atualmente em circulação no mercado, da AES Tietê S.A., anteriormente denominada Companhia de Geração de Energia Elétrica Tietê (subsidiária integral do grupo AES). Até 22 de maio de 2001 a Companhia somente incorreu em gastos referentes à futura emissão de debêntures. Estes gastos foram classificados no diferido, conforme descrito na nota explicativa nº 4. No trimestre findo em 31 de março de 2001 a Companhia não auferiu resultados.

Como destacado na decisão de primeira instância, o Laudo de fl. 28.292/28.481, que fundamentaria a expectativa de rentabilidade futura a justificar o ágio pago, inclusive, foi elaborado em março de 2000, ou seja, quando a Recorrente sequer existia; e foi destinado à AES Tietê Empreendimentos Ltda.

Aliás, as atas de assembleias juntadas autos e o Prospecto já mencionado comprovam que a operação de aquisição das ações da AES Tietê S.A. seria realizada por parte da AES Tietê Empreendimentos, mas que a AES Corporation *“decidiu, por questões internas ao grupo de empresas a que ambas as sociedades pertencem, substituir a pessoa jurídica que, de fato atuará como OFERTANTE, que passa a ser a ENERGIA PAULISTA PARTICIPAÇÕES S.A.”*.

Inegável, portanto, que a Recorrente jamais foi a efetiva adquirente das participações societárias relacionadas ao Ágio 2, de modo que acertada a conclusão de que foi

mera empresa veículo utilizada para artificialmente canalizar os recursos da real adquirente e possibilitar a amortização fiscal do ágio.

Corrobora-se, ainda, os fundamentos apontados na decisão de primeira instância no sentido de que a efemeridade que importa ao caso não é a existência total da Recorrente, mas o fato de que foi constituída pouquíssimo tempo antes da operação em análise. E, ainda, o fato de que a continuidade das suas atividades decorreu, tão somente, das participações nos eventos societários internos ao grupo.

Não são relevantes para manutenção da autuação, porém, os comentários feitos pelos julgadores *a quo* quanto à transferência do Ágio 2 para AES ENERGY, uma vez que tal fato, apesar de mencionado no Termo de Constatação, não foi adotado como fundamento para a glosa das despesas em questão.

De todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário quanto a tal tópico.

2.3.1.3 Do Ágio 3

O denominado Ágio 3, no montante de R\$ 82.257.000,00, tem origem na aquisição de lote de 4,98% (quatro vírgula noventa e oito por cento) da Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete pela AES Tiete Participacoes SA.

O referido ágio permaneceu contabilizado no patrimônio da referida Companhia até 2006, ocasião em que houve a incorporação da empresa investidora pela investida (que passou a ser denominada AES Tietê SA).

Constata-se, portanto, que, a princípio, estariam cumpridos os requisitos para a amortização fiscal do ágio.

A acusação fiscal, contudo, aponta para artificialidade na operação que resultou no surgimento do ágio, conforme trecho a seguir:

A empresa AES Tiete Participações SA foi utilizada como meio de transferência de recursos financeiros oriundos do exterior, de forma a gerar o ÁGIO 3, simulando ser a compradora de parcela referente a 4.98% do capital da Companhia de Geração de Energia Elétrica Tiete, quando os efetivos compradores foram as empresas estrangeiras controladoras do Grupo AES.

A empresa AES Tiete Participacoes SA foi criada em 26/01/2000, como uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, tendo como sócios as empresas AES Bridge, I Ltd e AES Bridge, II Ltd, ambas sediadas nas Ilhas Cayman.

Originalmente a empresa tinha a razão social Tiete Participações Ltda, posteriormente, a partir de 28/01/2004, alterada para AES Tiete Participacoes SA, sendo neste Termo referenciada tanto por sua razão social original quanto por sua razão social posterior.

Logo após sua criação, a referida empresa, apesar de dispor de uma capital social de R\$ 1.000,00, recebeu financiamento externo de pessoas ligadas no valor total registrado pela empresa de R\$ 124.767.051,95, completamente incompatível com seu capital social.

Apesar de ter originalmente como sócios outras empresas estrangeiras do Grupo AES (AES Bridge I Ltd e AES Bridge II Ltd), o comando das operações da empresa Tiete Participacoes Ltda (ou AES Tiete Participacoes SA) sempre foi exercido pelos mesmos diretores que comandaram os negócios do Grupo AES no Brasil, agindo também como diretores do contribuinte (AES Tiete SA), conforme demonstra a comparação dos breve relatos das empresas.

A partir de 24/04/2001, os sócios da Tiete Participacoes Ltda (posteriormente denominada AES Tiete Participacoes SA) foram alterados, passando essa empresa a ser pertencente às empresas estrangeiras AES Tiete Holdings Ltd e AES TH II Ltd, ambas sediadas nas Ilhas Cayman, sendo essas as mesmas sócias da empresa AES Tiete Empreendimentos Ltda, controladora dos negócios do Grupo AES no Brasil.

Todas as atividades exercidas pela empresa Tiete Participacoes Ltda, posteriormente convertida em sociedade por ações denominada AES Tiete Participacoes SA, sempre estiveram ligados à aquisição da participação societária de 4,98% do capital total do contribuinte (AES Tiete SA).

Sendo assim, analisando-se as DIPJ's apresentadas pela AES Tiete Participacoes SA (anteriormente Tiete Participacoes Ltda), verifica-se que essa empresa obtém, ao longo dos anos, as seguintes receitas:

- Receita de juros sobre o capital próprio pagos pela AES Tiete SA;
- Resultados positivos em participações societárias decorrentes da participação societária de 4,98% do capital total da AES Tiete SA;
- Receitas de aplicações financeiras dos recursos recebidos em razão da participação societária na AES Tiete SA.

Também as despesas da AES Tiete Participacoes SA, na sua maior parte, representam:

- amortização não dedutível do ágio pago na aquisição da parcela de 4,98% do capital total da AES Tiete SA;
- variações cambiais e outras despesas financeiras decorrentes do empréstimo de pessoas ligadas no exterior obtido tão somente para aquisição dessa participação societária, vindo da empresa AES IHB controlada pela controladora do contribuinte;
- resultados negativos decorrentes das mesmas participações societárias.

A análise dos Balanços Patrimoniais contidos nas DIPJ's apresentadas pela empresa AES Tiete Participacoes SA demonstra que, durante toda a sua existência (entre 2000 e 2007, essa empresa foi proprietária, a título de participação

societária, tão somente da parcela de 4,98% do capital total da empresa AES Tiete SA de que se está tratando aqui, não havendo nenhum registro de qualquer outra participação societária que tenha sido adquirida pela empresa.

Tal constatação foi referendada, na decisão de primeira instância, como se observa a partir do seguinte excerto:

A amortização deste ágio 3, iniciada no ano de 2007, não atende aos requisitos legais, não podendo ser aceita a dedução tal como conduzida pelo contribuinte.

Quanto ao aspecto pessoal, cabe verificar quem é efetivamente a pessoa jurídica investidora e a pessoa jurídica investida.

A pessoa jurídica investida foi a AES TIETE.

Por outro lado, no presente “ágio 3”, decorrente da aquisição dos 4,98% das ações da AES TIETE pela AES PARTICIPAÇÕES, a investidora e, por consequência, a confusão patrimonial, são apenas aparentes. Há um passo anterior à aquisição realizada pela AES PARTICIPAÇÕES que necessita ser melhor analisada.

A AES PARTICIPAÇÕES foi constituída em 26/01/2000 (fls. 27484), momentos antes da aquisição dos 4,98% das ações da COMPANHIA DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA TIETÊ (Contrato de Opção firmado em 29/01/2000 – fls. 28407), o que já denota a efemeridade das operações.

De antemão, por si só, como poderia, a decisão de compra, ter partido de uma empresa constituída apenas três dias antes?

Ocorre que, não bastasse isso, os recursos utilizados na aquisição dessa participação acionária foram remetidos por outra empresa do grupo AES, a empresa AES IHB, localizada em conhecido paraíso fiscal, nas Ilhas Cayman.

A suposta adquirente possuía capital social ínfimo (R\$ 1.000,00 – fls. 27484), frente aos recursos que seriam necessários para a aquisição.

Salienta ainda a autoridade fiscal autuante, que o contrato de opção de compra foi assinado por Andréa Cristina Rushmann, à época, sócia administradora de TIETE Participações (posteriormente convertida em AES PARTICIPAÇÕES) e também diretora de AES TIETE (investida).

[...]

Embora no caso a adquirente formal do investimento na AES TIETE tenha sido a AES PARTICIPAÇÕES, os recursos, como se viu, não partiram dela. Até mesmo os estudos de viabilidade econômica, por intermédio do laudo de fls. 28270, não foram dirigidos a ela. A representação da empresa se confundia com a representação de outras empresas do grupo AES, através de Andréa Cristina Rushmann. Tudo isso, aliado ao fato da constituição da empresa ter ocorrido apenas 3 dias antes do contrato de opção de compra citado, indicam que as decisões também não partiram dela. Nesse cenário, constata-se que AES PARTICIPAÇÕES não foi a real adquirente dessas ações, não foi ela quem

acreditou na “mais valia”, de modo que a confusão patrimonial, requisito indispensável pelas razões antes expostas à dedução das amortizações do ágio, se dá apenas de forma aparente e não efetiva.

Aqui, as operações que fundamentaram o lançamento de ofício de que trata o presente processo já foram objeto de decisões proferidas pela 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento e pela 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, em relação aos anos-calendários de 2006, 2007 e 2008, no âmbito do processo administrativo nº 19515.721836/2011-31. Deste modo, embora as referidas decisões não possuam o caráter vinculante, a elas me curvo, em respeito ao princípio da segurança jurídica.

Nas decisões exaradas no referido processo, houve a ratificação das conclusões da autoridade fiscal quanto à impossibilidade de amortização fiscal do ágio em tela, conforme parte do Acórdão nº 9101-002.960, de 4 de julho de 2017 (Relatora Conselheira Adriana Gomes Rêgo):

No que se refere ao segundo ágio, a Recorrente não contesta o fato de que a decisão e os recursos para que a AES PARTICIPAÇÕES adquirisse 4,98% do capital social da AES TIETE junto ao do clube de investimento I E C C SP CESP C TIETE tenham sido provenientes de empresa no exterior (AES IHB), controlada pela mesma controladora da AES PARTICIPAÇÕES (AES EMPREENDIMENTOS, *holding* do Grupo AES no Brasil), conforme consignado no Termo de Constatação:

[...]

Assim, não há reparos à Turma recorrida quando assevera que "AES PARTICIPAÇÕES não foi a real adquirente dessas ações, mas sim AES IHB (em face da relação de controle, em última instância, a própria AES EMPREENDIMENTOS, à época, já controladora de AES TIETE)" e conclui restar comprovado que o Grupo AES não cumpriu o requisito legal para a dedutibilidade do ágio uma vez que "AES PARTICIPAÇÕES não foi a real adquirente dos 4,98% das ações da AES TIETE S.A., e, como consequência, a confusão patrimonial entre essas empresas não autoriza a dedutibilidade da correspondente 'mais valia'".

Também aqui se constata a efemeridade das operações, vez que, como destacou a decisão recorrida, "AES PARTICIPAÇÕES foi constituída momentos antes da aquisição dos 4,98% das ações da COMPANHIA DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA TIETÊ".

Em atenção à argumentação da Recorrente em torno do art. 481 do Código Civil, não se vislumbra como o dispositivo em questão que estabelece que "pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro" pode invalidar a conclusão antes vertida pela indedutibilidade da amortização do segundo ágio por falta de confusão patrimonial efetiva.

Embora no caso o adquirente formal do investimento na AES TIETE tenha sido a AES PARTICIPAÇÕES, a decisão e os recursos, como se viu, não partiram dela, o que coloca a confusão patrimonial, requisito indispensável pelas razões antes

expostas à dedução das amortizações do ágio, como apenas aparente e não efetiva.

Para se contrapor à decisão de primeira instância, a Recorrente sustenta (i) existência de propósito negocial; (ii) ausência de abuso de forma ou fraude à lei; (iii) efetivo pagamento do preço; e (iv) ocorrência da incorporação do adquirente, com o direito à amortização fiscal do ágio pago.

Os referidos argumentos não afastam o fundamento principal das decisões invocadas que o fato de a AES Participações não ser a efetiva adquirente da participação societária com o pagamento de ágio.

Contra tal constatação, a Recorrente invoca os documentos formais relativos às operações e o fato de que a AES Participações somente foi incorporada pela investida no ano de 2007, de modo que “realizou suas finalidades institucionais e cumpriu com o propósito para o qual havia sido instituída”, pelo que não poderia ser classificada como “empresa veículo” ou “efêmera”. Além disso, a investidora teria contraído dívidas junto à AES IHB para a realização da aquisição.

Os fatos invocados não afastam as conclusões das decisões, uma vez que a artificialidade da criação e utilização da AES Participações é comprovada, inafastavelmente, pela autoridade fiscal, a partir da criação pouco tempo antes da operação de aquisição, e da absoluta ausência de atividades econômicas alheias à referida operação.

Isto posto, mais uma vez, há que se negar provimento ao Recurso Voluntário, em relação à matéria em questão.

2.3.1.4 Dos Ágios 6 e 7

Os denominados Ágios 6 e 7, nos montantes, respectivamente, de R\$ 670.844.000,00 e R\$ 182.737.000,00, tem origem em operações realizadas pela empresa Brasileira Energia S.A.. O Ágio 6 se relaciona a integralização de capital na referida Companhia de ações da AES Tiete Holdings Ltd detidas pela AES Corporation. Já o Ágio 7 se refere a integralização na Brasileira de ações da Energia Paulista Participações SA detidas pelas empresas AES Bridge I e AES Bridge II.

A autoridade fiscal aponta que as empresas envolvidas nas referidas reorganizações societárias apresentavam, à época, patrimônio líquido negativo, sendo que a Recorrente, indevidamente, adiciona aos preços pagos o valor de tais patrimônios líquidos, porém “patrimônio líquido negativo não dá origem a ágio correspondente a seu valor, e não é sujeito a conversão em ágio”.

Ao lado disso, os referidos ágios teriam surgido no bojo de operações realizadas entre o Grupo AES e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), por meio da BNDESPar, onde as referidas ações teriam sido recebidas por valores superiores aos seus valores patrimoniais.

A autoridade fiscal registra no Termo de Constatação que o Memorando de Entendimento relacionado às operações em questão foi firmado entre o BNDES, a BNDESPar e a líder do Grupo AES, a The AES Corporation. Apesar de haver registro de participação das demais empresas do Grupo AES, não haveria “qualquer expressão individual de vontade destas empresas”. A AES Corp., também, teria sido a única empresa a realizar qualquer tipo de pagamento ao BNDES, a título de pagamento de dívida.

A operação e o surgimento dos ágios sob análise são sintetizados, então, do seguinte modo:

O negócio ali firmado trata da reestruturação da dívida do Grupo AES no Brasil, aceitando o BNDES participar da operação, e recebendo o BNDES participação acionária correspondente a 53,85% do capital do Grupo AES, em troca de sua participação na reestruturação de dívidas, e também em troca de dívidas efetivas.

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 ÁGIOS 4, 5, 6 e 7.

Portanto, os Ágios 4, 5, 6 e 7 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.

O que se observa nesta reestruturação de 2003 é um descumprimento quase completo nas normas contábeis e tributárias, registrando-se ágios entre empresas do mesmo grupo sob controle societário da AES Corp, quando o correto, se fosse o caso, seria apurar e registrar o ágio no comprador das participações societárias, ou seja, a BNDESPar (ou o próprio BNDES).

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.

A autoridade fiscal registra, ainda, que não teria havido a necessária confusão patrimonial entre as empresas cujas participações societárias foram negociadas (Eletropaulo Metropolitano e AES Tietê S.A.) e os efetivos detentores de tais participações (AES Corp e BNDESPar).

Por fim, há a acusação fiscal de total artificialidade das operações realizadas no ano de 2006 e a partir das quais se iniciou a amortização fiscal dos ágios em pauta.

A Recorrente, por seu lado, sustenta que os Ágios 6 e 7 se originaram “na contribuição de participações societárias ao capital da Brasileira para fins de formação da *joint venture* com o BNDES, que é um terceiro independente. Sob uma perspectiva econômica, em essência, o Grupo AES “adquiriu” participação na *joint venture* (representada pela Brasileira) mediante contribuição de ativos e o BNDES adquiriu mediante a capitalização de dívidas”.

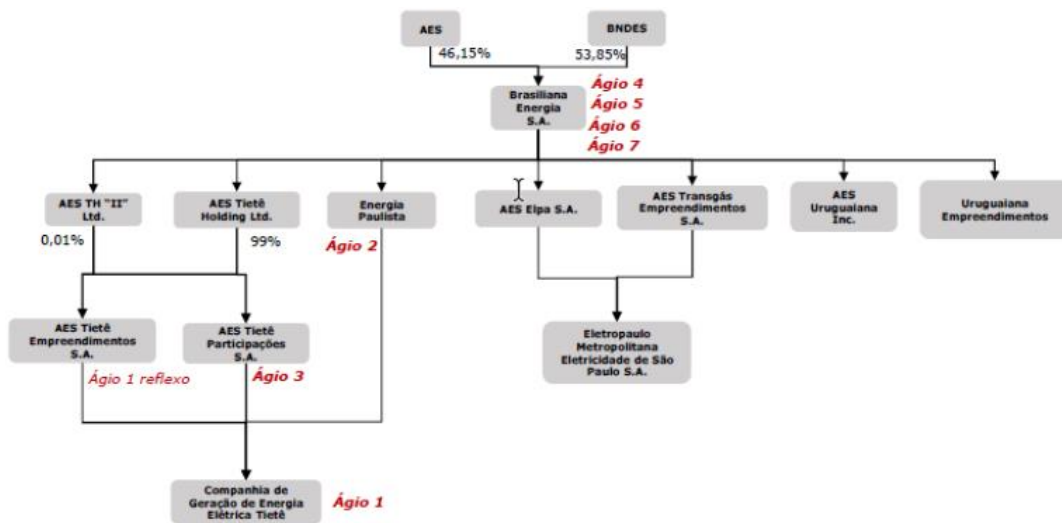
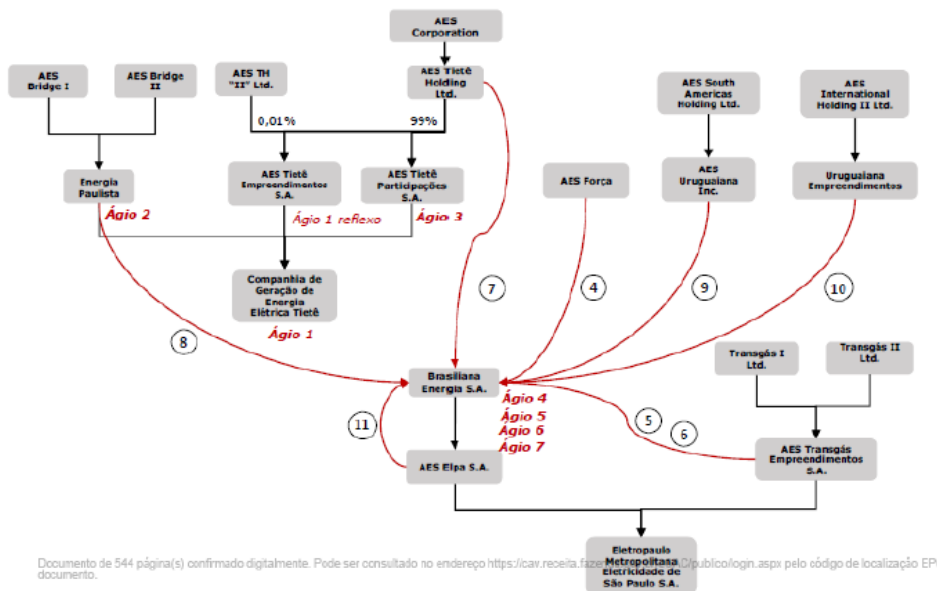
Os citados ágios, então, decorreriam “da condição imposta pelo BNDES de que a contribuição dos ativos pelo Grupo AES para aquisição de participação na *joint venture* fosse feita a valor de mercado, o qual era superior ao valor patrimonial das respectivas participações”.

A Recorrente contesta, ainda, que os reais adquirentes das participações societárias reavaliadas nas operações sejam o BNDES e o BNDESPar, afirmando que seria a Brasileira, quem teria assumido dívidas perante o BNDES, o que representaria “inegável sacrifício econômico para aquisição dos investimentos”.

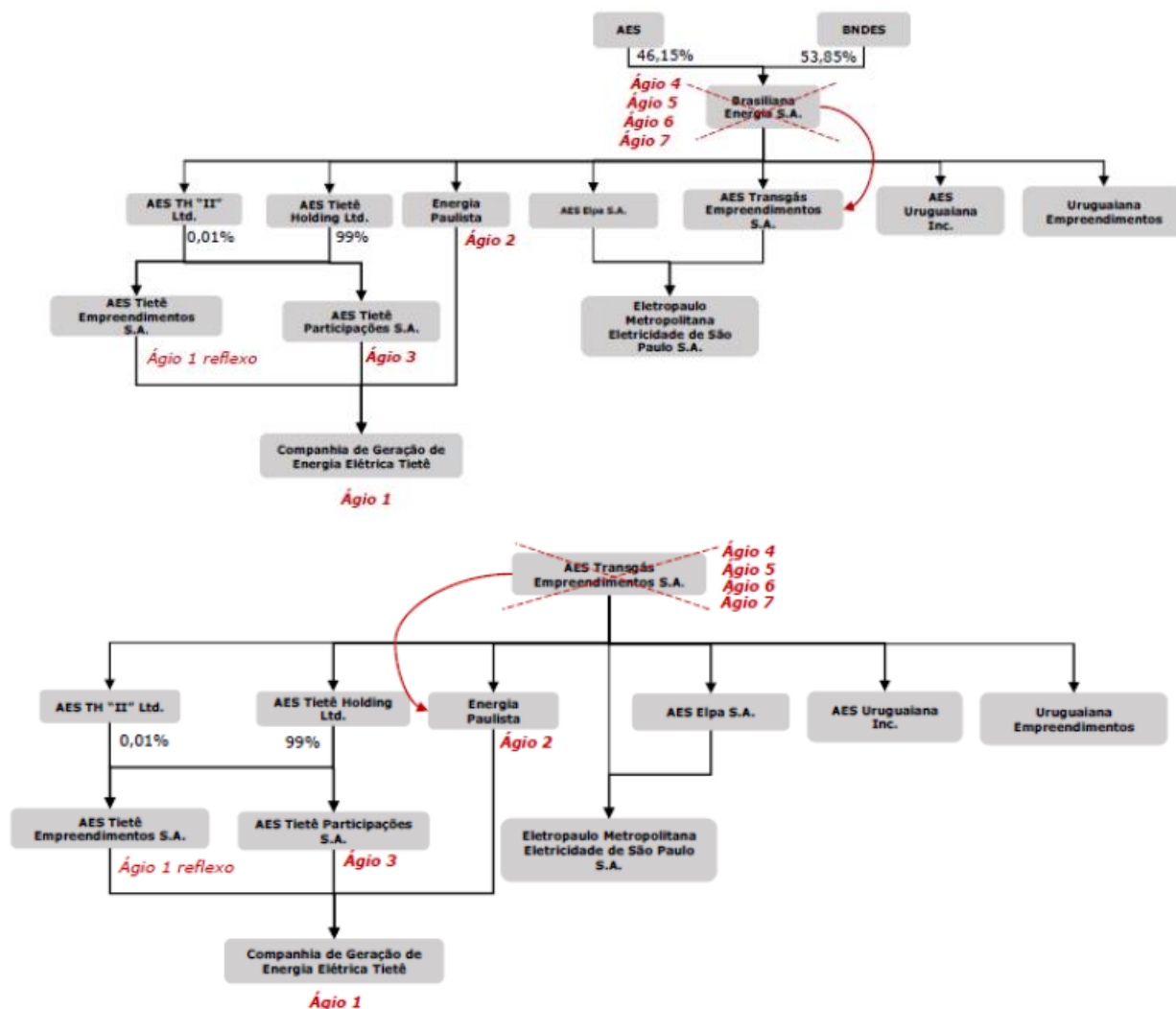
Nega, ademais, a existência de propósitos estritamente fiscais na criação para posterior amortização dos ágios 6 e 7.

Finalmente, afirma que, ainda que o caso pudesse ser caracterizado como “ágio interno”, a legislação aplicável não impunha qualquer restrição a tal tipo de operação, para possibilitar a amortização fiscal do ágio. E repudia, também, a acusação de “reorganização societária artificial, fraudulenta ou desprovida de propósito negocial”, na qual apenas uma pessoa teria representado o Grupo AES.

A análise dos ágios em questão é melhor realizada a partir da observação da organização societária, antes e depois, das operações realizadas em 2003 e 2006, que lhes deram origem e suportaram a sua amortização fiscal. Os gráficos abaixo, extraídos do Termo de Constatação, permitem tal visualização:



DOCUMENTO VALIDADO



Conforme se observa, as operações realizadas se distanciam, ao menos do ponto de vista da Recorrente, totalmente, da previsão dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, que permite a amortização fiscal do ágio pago em decorrência da expectativa de rentabilidade futura, pela “pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio”.

As operações societárias realizadas se restringiram, em 2003, a deslocar participações societárias detidas pelas empresas AES Corporation, AES Bridge I e AES Bridge II para o controle direto da Brasiliana Energia S.A., por meio de integralização de capital, em paralelo à alienação de percentual de tais Companhias (53,85%) à BNDESPar.

Conforme bem apontado, no lançamento de ofício e na decisão de primeira instância, não há, em tal momento, qualquer aquisição de participação societária com ágio por parte da Recorrente ou da futura sociedade por ela incorporada. O ágio contabilizado decorreu de mera reavaliação das participações societárias movimentadas no interior do Grupo Econômico AES, para a formação da *joint venture* alegada no Recurso Voluntário.

A Brasileira (assim como a Recorrente) não realizou qualquer investimento. Não suportou qualquer sacrifício econômico. Não se subsume, em nenhuma hipótese, ao disposto no art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997.

Com razão a autoridade fiscal quando aponta:

Cabe destacar, contudo, que os ágios gerados nesta reorganização societária foram todos gerados dentro da empresa Brasileira Energia SA. Contudo, 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 Brasileira Energia SA).

Igualmente, os julgadores de primeira instância, que registram:

Fica claro do exposto acima e no histórico demonstrado no relatório, que o Grupo AES transferiu, concentrando em uma nova empresa (a Brasileira Energia), todas as suas participações societárias que detinha nas empresas operacionais brasileiras citadas no memorando, resultando, daí, o surgimento dos ágios, mas continuou sendo dono de 46,15% destas mesmas participações. O grupo AES “vendeu”, ao menos esta proporção, para ele mesmo!

Qual foi a contrapartida da Brasileira Energia no que atine a esta proporção de participação? Não houve aquisição de nada. O Grupo AES já era dono das participações societárias e permaneceu dono de 46,15% destas mesmas participações societárias. Apenas uma troca de localização das mesmas participações dentro do grupo.

No passo seguinte, realizado no ano de 2006, também não se observa a necessária confusão patrimonial entre investidora e investida. Mais uma vez, mera reorganização societária interna ao Grupo AES.

Se a Brasileira não realizou investimento, a sua posterior incorporação pela AES Transgás Empreendimentos S.A. não faz surgir o direito à amortização fiscal do ágio. No mesmo sentido, a incorporação da AES Transgás pela Recorrente. Nenhuma das empresas envolvidas realizou investimento com ágio, suportou qualquer sacrifício econômico, de modo a justificar, com base nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, a sua amortização fiscal.

Ao contrário do alegado pela Recorrente, a assunção de dívidas da Brasileira perante o BNDES não configura o sacrifício econômico correspondente a um investimento adquirido com ágio. A Brasileira recebeu as participações societárias então detidas por outras Companhias integrantes do Grupo AES, aí incluídos ativos e passivos. Nada pagou por isto. Muito menos com ágio.

Mais uma vez, ainda, precisos os julgadores *a quo*, ao apontarem:

Em relação ao Ágio 6, (decorrente do investimento TIETE HOLDINGS LTD), ainda que fossem válidas as operações conduzidas pelo contribuinte, considerando como investidora a Brasileira Energia e como investida a AES TIETE HOLDINGS LTD, não consta dos autos que esta suposta “investida” tenha sido envolvida em qualquer operação societária posterior ao surgimento do ágio, ocorrendo a confusão patrimonial entre ela e a investidora. [...]

Ou seja, alega que deu início à amortização do ágio 6 quando houve a incorporação de uma das controladas da TIETE HOLDINGS LTD, a Tiete Empreendimentos. No entanto o requisito legal para tal amortização determina que o encontro de contas ocorra com o investimento, supostamente a TIETE HOLDINGS LTD, o que não me parece ter ocorrido, ao menos não estaria demonstrado nos autos.

[...]

A partir do momento em que as partes (sistema BNDES e Grupo AES) resolveram utilizar uma terceira pessoa jurídica (BRASILIANA ENERGIA) distinta das investidoras originárias (BNDES e BNESPAR), assim como pessoas jurídicas outras (AES TIETE HOLDINGS LTD, ou mesmo suas controladas TIETÊ PARTICIPAÇÕES e TIETÊ EMPREENDIMENTOS, assim como a ENERGIA PAULISTA) distintas da real investida (AES TIETE), e o evento de absorção não envolve mais a pessoa jurídica investidora de fato e a real investida, a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato imponível (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de se amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto pessoal.

Da mesma forma, o aspecto material resta inatendível, na medida em que os lucros auferidos pela então investida, e nela tributáveis, não passaram a integrar a mesma universalidade das investidoras, não ocorrendo a comunicação direta da despesa de amortização do ágio e as receitas auferidas a serem tributadas.

O fato é que as investidoras de fato foram o BNDES e BNESPAR, que não foram envolvidas na confusão patrimonial com a investida, a AES TIETE, necessária para se dar a amortização fiscal do ágio, razão pela qual não merece reparos o lançamento fiscal no que atine a glosa dos Ágios 6 e 7.

Ou seja, sob qualquer ângulo que se tente enquadrar as operações à previsão legal, a tentativa é infrutífera.

Apesar de os fundamentos acima serem suficientes para a manutenção do lançamento de ofício, com a glosa de toda a amortização dos ágios sob tela, a acusação fiscal traz um elemento adicional que é o fato de que o ágio foi calculado por meio da diferença entre os valores atribuídos às participações societárias transferidas à Brasileira e os valores de patrimônio líquido das empresas em questão, que se apresentavam negativos (Passivo > Ativo).

Sob tal ponto, a Recorrente sustenta:

175. Na medida em que a legislação tributária não contém nenhuma restrição sobre a apuração do ágio em caso do patrimônio líquido da investida encontrar-se negativo, à autoridade fiscal não seria permitido limitar o direito do contribuinte à apuração e registro do ágio assim calculado. Importante ressaltar que, ao adquirir um investimento sob tais condições, o investidor está abrindo mão dos resultados futuros que poderá auferir com o investimento, pois apenas irá apropriar tais resultados depois que o patrimônio da investida se tornar novamente positivo. Esse ônus corresponde a um inegável sacrifício econômico incorrido pelo investidor.

Invoca para amparar o seu entendimento o Ofício Circular CVM/SNC/SEP nº 1/2004, manifestação de doutrinador e voto vencido proferido no Acórdão nº 1401-002.685, de 13 de junho de 2018, proferido pela ex-conselheira Lívia De Carli Germano.

Por fim, destaca que a Brasiliana teria assumido dívidas perante o BNDES, de modo que teria suportado sacrifício econômico adicional em relação aos investimentos adquiridos.

Mais uma vez, não há como se acolher as alegações da Recorrente.

O CARF tem, historicamente, repellido o cálculo do ágio a partir da consideração de patrimônio líquido negativo, conforma ilustram as ementas a seguir:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. DETERMINAÇÃO.

Na aquisição de investimento em empresa com passivo a descoberto, o ágio limita-se ao valor pago pela investidora. (Acórdão nº 1101-00.766, de 05 de julho de 2012, Relatora Conselheira Edeli Pereira Bessa)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA -IRPJ

GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO OU LIQUIDAÇÃO DE INVESTIMENTO. VALOR CONTÁBIL DO INVESTIMENTO AVALIADO PELO VALOR DE PATRIMÔNIO LÍQUIDO.

O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento avaliado pelo valor de patrimônio líquido será a soma algébrica dos seguintes valores: (i) valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte; (ii) ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte; (iii) provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real. Sendo negativo o valor do PL da investida, o investimento da controladora será nulo ou "zero" e não refletirá tal déficit em sua contabilidade. Em consequência, o custo a ser considerado será "zero" e a ele se contraporá o montante da alienação para fins de apuração do "ganho de capital". (Acórdão nº 1402-002.682, de 25 de julho de 2017, Relator Conselheiro Paulo Mateis Ciccone)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012, 2013

[...]

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. DETERMINAÇÃO.

Na aquisição de investimento em empresa com passivo a descoberto, o ágio limita-se ao valor pago pela investidora. (Acórdão nº 1401-002.685, de 13 de junho de 2018, Redator designado Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2015

[...]

ÁGIO. PATRIMÔNIO LÍQUIDO NEGATIVO

O valor da avaliação de investimento em sociedade coligada ou controlada pelo método da equivalência patrimonial é zero quando a empresa investida apresenta patrimônio líquido negativo. Em consequência, em uma aquisição de participação societária, o valor negativo do patrimônio líquido da empresa investida não compõe o custo de aquisição para fins de cálculo do ágio dedutível. (Acórdão nº 1201-003.693, de 12 de março de 2020, Redator designado Neudson Cavalcante Albuquerque)

O primeiro fundamento para rechaçar a interpretação da Recorrente de que inexistiria vedação legal a que, no caso em que o Passivo da Entidade superasse o Ativo, vem da conjugação da técnica contábil com as normas legais que regem o Método da Equivalência Patrimonial e a amortização do ágio. De acordo com a primeira, o termo Patrimônio Líquido é reservado para o resultado positivo da equação Ativo – Passivo, sendo o resultado negativo é denominado Passivo a Descoberto. Na segunda, o ágio amortizável é determinado a partir do Patrimônio Líquido, sem qualquer respaldo à utilização do Passivo a Descoberto como ponto de partida para o cálculo.

Tal fato foi explicitado na decisão recorrida. Contudo, pela completude e didática, reproduzo o voto proferido pela Conselheira Edeli Pereira Bessa no primeiro Acórdão acima referido, adotando como meus os fundamentos ali expostos quanto à matéria:

Do exame destas abordagens, identifica-se como ponto central de divergência a motivação que uma e outra corrente adota para a avaliação de investimentos com base na equivalência patrimonial. A tese adotada pelo Fisco parte do pressuposto que o investimento em outra pessoa jurídica nunca pode ser avaliado por um montante inferior a zero, dado que a investidora não se responsabiliza, perante os credores da investida, por valores superiores ao capital investido, enquanto a tese encampada pela recorrente fundamenta-se na necessidade de a contabilidade, em caso de investimentos relevantes, sempre

expressá-los em valor proporcional à sua participação no patrimônio líquido da investida, seja ele positivo ou negativo.

A lei tributária disciplina estas operações incorporando determinações da Lei nº 6.404/76. A matéria está contida nos arts. 385 e 387 do Decreto nº 3.000/99 (RIR199) e tem como matriz legal o Decreto-lei nº 1.598/77, que assim dispõe:

Art. 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e

II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.

§ 1º - O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

§ 2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:

[...]

§ 4º - As normas deste Decreto-lei sobre investimentos em coligada ou controlada avaliados pelo valor de patrimônio líquido aplicam-se às sociedades que, de acordo com a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, tenham o dever legal de adotar esse critério de avaliação, inclusive as sociedades de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente, com investimento relevante, cuja avaliação segundo o mesmo critério seja necessária para determinar o valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada.

Art 21 - Em cada balanço o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no artigo 248 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e as seguintes normas:

I - o valor de patrimônio líquido será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da coligada ou controlada levantado na mesma data do balanço do contribuinte ou até 2 meses, no máximo, antes dessa data, com observância da lei comercial, inclusive quanto à dedução das participações nos resultados e da provisão para o imposto de renda.

II - se os critérios contábeis adotados pela coligada ou controlada e pelo contribuinte não forem uniformes, o contribuinte deverá fazer no balanço ou balancete da coligada ou controlada os ajustes necessários para eliminar as diferenças relevantes decorrentes da diversidade de critérios;

III - o balanço ou balancete da coligada ou controlada levantado em data anterior do balanço do contribuinte deverá ser ajustado para registrar os efeitos relevantes de fatos extraordinários ocorridos no período;

IV - o prazo de 2 meses de que trata o item I aplica-se aos balanços ou balancetes de verificação das sociedades, de que trata o § 4º do artigo 20, de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente.

V - o valor do investimento do contribuinte será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido ajustado de acordo com os números anteriores, da porcentagem da participação do contribuinte na coligada ou controlada.

A Lei nº 6.404/76, por sua vez, assim estava redigida no artigo acima mencionado:

Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos relevantes (artigo 247, parágrafo único) em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital social, e em sociedades controladas, serão avaliados pelo valor de patrimônio líquido, de acordo com as seguintes normas:

I - o valor do patrimônio líquido da coligada ou da controlada será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação levantado, com observância das normas desta Lei, na mesma data, ou até 60 (sessenta) dias, no máximo, antes da data do balanço da companhia; no valor de patrimônio líquido não serão computados os resultados não realizados decorrentes de negócios com a companhia, ou com outras sociedades coligadas à companhia, ou por ela controladas;

II - o valor do investimento será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido referido no número anterior, da porcentagem de participação no capital da coligada ou controlada;

III - a diferença entre o valor do investimento, de acordo com o número II, e o custo de aquisição corrigido monetariamente; somente será registrada como resultado do exercício:

a) se decorrer de lucro ou prejuízo apurado na coligada ou controlada;

b) se corresponder, comprovadamente, a ganhos ou perdas efetivos;

c) no caso de companhia aberta, com observância das normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

§ 1º Para efeito de determinar a relevância do investimento, nos casos deste artigo, serão computados como parte do custo de aquisição os saldos de créditos da companhia contra as coligadas e controladas.

§ 2º A sociedade coligada, sempre que solicitada pela companhia, deverá elaborar e fornecer o balanço ou balancete de verificação previsto no número I.

Nota-se que os dispositivos legais sempre adotam como referencial para avaliação de investimentos os valores de patrimônio líquido, e nada mencionam acerca dos procedimentos a serem adotados em caso de passivo a descoberto. Nem mesmo os dispositivos mais específicos da Lei nº 6.404/76, em sua redação original, tratam desta distinção ou definem a natureza das contas patrimoniais, apenas indicando o patrimônio líquido como integrante do grupo de contas do passivo e explicitando as contas que o compõem:

SEÇÃO III

Balanço Patrimonial

Grupo de Contas

Art. 178. No balanço, as contas serão classificadas segundo os elementos do patrimônio que registrem, e agrupadas de modo a facilitar o conhecimento e a análise da situação financeira da companhia.

§ 1º No ativo, as contas serão dispostas em ordem decrescente de grau de liquidez dos elementos nelas registrados, nos seguintes grupos:

- a) ativo circulante;*
- b) ativo realizável a longo prazo;*
- c) ativo permanente, dividido em investimentos, ativo imobilizado e ativo diferido.*

§ 2º No passivo, as contas serão classificadas nos seguintes grupos:

- a) passivo circulante;*
- b) passivo exigível a longo prazo;*
- c) resultados de exercícios futuros;*
- d) patrimônio líquido, dividido em capital social, reservas de capital, reservas de reavaliação, reservas de lucros e lucros ou prejuízos acumulados.*

§ 3º Os saldos devedores e credores que a companhia não tiver direito de compensar serão classificados separadamente.

[...]

Patrimônio Líquido

Art. 182. A conta do capital social discriminará o montante subscrito e, por dedução, a parcela ainda não realizada.

§ 1º Serão classificadas como reservas de capital as contas que registrarem:

- a) a contribuição do subscritor de ações que ultrapassar o valor nominal e a parte do preço de emissão das ações sem valor nominal que ultrapassar a importância destinada à formação do capital social, inclusive nos casos de conversão em ações de debêntures ou partes beneficiárias;
- b) o produto da alienação de partes beneficiárias e bônus de subscrição;
- c) o prêmio recebido na emissão de debêntures;
- d) as doações e as subvenções para investimento.

§ 2º Será ainda registrado como reserva de capital o resultado da correção monetária do capital realizado, enquanto não-capitalizado.

§ 3º Serão classificadas como reservas de reavaliação as contrapartidas de aumentos de valor atribuídos a elementos do ativo em virtude de novas avaliações com base em laudo nos termos do artigo 8º, aprovado pela assembléia-geral.

§ 4º Serão classificados como reservas de lucros as contas constituídas pela apropriação de lucros da companhia.

§ 5º As ações em tesouraria deverão ser destacadas no balanço como dedução da conta do patrimônio líquido que registrar a origem dos recursos aplicados na sua aquisição.

Necessária, portanto, uma abordagem mais ampla destes conceitos e dos critérios adotados contabilmente, para melhor interpretação da lei tributária.

A Norma Brasileira de Contabilidade — NBC-T-3, na redação dada pela Resolução do Conselho Federal de Contabilidade - CFC nº 847/99, ao tratar de conceito, conteúdo, estrutura e nomenclatura das demonstrações contábeis, assim define, em seu item 3.2.2 o conteúdo e estrutura do Balanço Patrimonial:

3.2.2.1 - O Balanço Patrimonial é constituído pelo Ativo, pelo Passivo e pelo Patrimônio Líquido.

- a) - o Ativo compreende os bens, os direitos e as demais aplicações de recursos controlados pela entidade, capazes de gerar benefícios econômicos futuros, originados de eventos ocorridos;
- b) - o Passivo compreende as origens de recursos representados pelas obrigações para com terceiros, resultantes de eventos ocorridos que exigirão ativos para a sua liquidação;
- c) - o Patrimônio Líquido compreende os recursos próprios da Entidade, e seu valor é a diferença positiva entre o valor do Ativo e o valor do Passivo. Quando o valor do Passivo for maior que o valor do Ativo, o resultado é denominado Passivo a Descoberto. Portanto, a expressão Patrimônio Líquido deve ser substituída por Passivo a Descoberto.

Este texto reafirma a definição que já estava presente desde a Resolução CFC no 686/90, no mesmo item da NBC-T-3: c) o Patrimônio Líquido compreende

os recursos próprios da Entidade, e seu valor é a diferença positiva entre o valor do Ativo e o valor do Passivo. Quando o valor do Passivo for maior que o valor do Ativo, o resultado é denominado Passivo a Descoberto. Portanto, a expressão Patrimônio Líquido deve ser substituída por Passivo a Descoberto. No mesmo sentido, a Resolução CFC nº 774/94, que aborda os princípios fundamentais da contabilidade:

Do Patrimônio deriva o conceito de Patrimônio Líquido, mediante a equação considerada como básica na Contabilidade:

(Bens + Direitos) – (Obrigações) = Patrimônio Líquido

Quando o resultado da equação é negativo, convencionou-se denominá-lo de "Passivo a Descoberto".

É certo que aqueles termos da Resolução CFC nº 847/99 já se apresentam consolidados, após a alteração promovida pela Resolução CFC nº 1.049/2005, publicada em 08/11/2005. Mas a redação original da Resolução CFC no 847/99 também auxilia no alcance do conteúdo da expressão *patrimônio líquido*:

3.2.2 – Conteúdo e Estrutura

3.2.2.1 - O Balanço Patrimonial é constituído pelo Ativo, pelo Passivo e pelo Patrimônio Líquido.

a) o Ativo compreende as aplicações de recursos representados por bens e direitos;

b) o Passivo compreende as origens de recursos representados pelas obrigações para com terceiros;

c) o Patrimônio Líquido compreende os recursos próprios da Entidade, e seu valor é a diferença entre o valor do Ativo e o valor do Passivo (Ativo menos Passivo). Portanto, o valor do Patrimônio Líquido pode ser positivo, nulo ou negativo.

No caso em que o valor do Patrimônio Líquido for negativo, é também denominado de Passivo a Descoberto.

Ao estabelecer que o *Patrimônio Líquido* representa os recursos próprios da Entidade, a interpretação originalmente contida na Resolução CFC nº 847/99 já deixa entrever a contradição que somente foi corrigida com o aperfeiçoamento promovido com a Resolução CFC nº 1.049/2005: não há *recursos próprios* quando é negativa a diferença entre o valor do Ativo e o valor do Passivo. A designação, inicialmente alternativa, e depois exclusiva, de *Passivo a Descoberto* é a que se presta a designar o contexto no qual os bens, os direitos e as demais aplicações de recursos controlados pela entidade são inferiores às origens de recursos representados pelas obrigações para com terceiros, resultantes de eventos ocorridos que exigirão ativos para a sua liquidação. Ou seja, o ativo é insuficiente para quitação de todas as dívidas da sociedade.

Desta forma, mesmo em face da definição temporariamente fixada na Resolução CFC nº 847/99, é possível concluir que não existe, conceitualmente, Patrimônio Líquido Negativo. Patrimônio Líquido é expressão reservada para as hipóteses nas quais a contabilidade expressa *recursos próprios da Entidade*, na medida em que *os bens, os direitos e as demais aplicações de recursos controlados pela entidade* são mais do que suficientes para quitar as *obrigações para com terceiros*. Se outro é o cenário, o grupo patrimonial representativo da diferença entre o Ativo e o Passivo é denominado Passivo a Descoberto.

É possível, portanto, interpretar que as leis, ao se reportarem ao *valor de patrimônio líquido* como referência para cálculo da equivalência patrimonial, tinham em conta, apenas, situações nas quais o investimento apresenta um valor patrimonial positivo.

Quanto à invocação a orientação contida no Ofício Circular CVM/SNC/SEP nº 1/2004, correto o entendimento dos julgadores *a quo*, no sentido da ausência de vinculação do seu conteúdo para efeitos fiscais, e do descompasso com a legislação civil que rege a responsabilidade da investidora pelas dívidas da investida.

Mais uma vez, socorro-me do voto proferido no Acórdão nº 1101-00.766, para explicitar de modo detalhado tal questão:

Já em outro sentido é o posicionamento da Comissão de Valores Mobiliários — CVM, expresso nos Ofícios-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2004, 01/2005, 01/2006 e 01/2007, conforme excerto extraído deste último e a seguir reproduzido:

20.1.10 Investimento adquirido de investida com Patrimônio Líquido Negativo

Na situação em que a investida apresenta passivo a descoberto, também chamado de patrimônio líquido negativo, a instrução CVM 247, no §2º do artigo 12, orienta para a constituição de provisão para perdas até o limite do valor contábil do investimento a que se referir, sendo o excedente, quando cabível, e nos termos da Instrução CVM nº 247/96, apresentado em conta específica no passivo (veja item 20.1.4).

Se, no momento da aquisição do investimento, o valor do Patrimônio Líquido da investida já for negativo, o saldo inicial da equivalência patrimonial deve ser negativo, com o ágio representando a diferença entre esse resultado e o custo de aquisição. O investimento total inicial, é claro, será positivo, representando o valor efetivo pago.

Esse ágio deve ser registrado e amortizado de acordo com o seu fundamento econômico (mais valia de ativos, expectativa de rentabilidade futura ou recuperação de prejuízo e direitos de exploração/concessão). Essa prática permite um reconhecimento melhor dos resultados futuros da investida, através da combinação do resultado da

equivalência patrimonial se contrapondo a amortização do ágio com base no seu fundamento econômico, bem como permite uma melhor apresentação do patrimônio líquido consolidado.

O registro da equivalência patrimonial deve ser normal daí em diante a não ser que eventuais prejuízos adicionais suplantem o investimento, quando, nesse caso, o resultado da equivalência patrimonial diminui progressivamente o investimento até zerá-lo, ou seja, não registrando um valor negativo de investimento. O tratamento contábil do ágio nas eventuais subsequentes operações de incorporação, investida incorporando a investidora, por exemplo, também deve ser feito tendo em vista o mesmo princípio. (negrejou-se)

Porém, ao tratar da reprodução, no patrimônio da investidora, dos efeitos do passivo a descoberto da investida, o mesmo ato é incisivo no sentido de que haja *intenção manifesta em manter o apoio financeiro ou responsabilidade formal ou operacional para cobertura de passivo a descoberto:*

20.1.4 Perdas Permanentes em Investimentos Avaliados pelo Método da Equivalência Patrimonial

A principal alteração feita neste tópico diz respeito a necessidade de constituição de provisão para perdas, quando existir passivo a descoberto e houver intenção manifesta da investidora em manter o seu apoio financeiro à investida (§ 1º do Art. 12,). A provisão para perdas deve ser apresentada no ativo permanente por dedução do valor contábil do investimento (nele incluídos o ágio e o deságio não amortizados), sendo o excedente apresentado em conta específica no passivo (§2º do Art. 12).

*É importante ressaltar que a investidora deverá constituir tal provisão, como já mencionado, **somente quando houver intenção manifesta em manter o apoio financeiro ou responsabilidade formal ou operacional para cobertura de passivo a descoberto, não se aplicando esse procedimento nos casos em que, apesar da existência de passivo a descoberto, a investida não apresentar sinais de paralisação ou de necessidade de apoio financeiro da investidora.** (negrejou-se)*

E, além deste contexto fático resultar em constituição de passivo, e não de ativo com valor negativo, cabe recordar as lições de Modesto Carvalhosa antes transcritas para constituição de tal provisão: o compromisso da investidora deve estar evidenciado em notas explicativas e é necessário que a cobertura possa causar prejuízo à investidora, por incapacidade da investida de gerar resultados para honrar seus compromissos.

No tópico anterior, a justificativa para que o passivo a descoberto fosse considerado na determinação da equivalência patrimonial era *um reconhecimento melhor dos resultados futuros da investida, através da combinação do resultado da equivalência patrimonial se contrapondo a amortização do ágio com base no*

seu fundamento econômico, além da melhor apresentação do patrimônio líquido consolidado.

Releva notar, porém, que, no âmbito da apuração do IRPJ e da CSLL, o resultado da equivalência patrimonial não é tributável, de modo que a dedutibilidade da amortização de ágio constituído com base no passivo a descoberto ensejaria um desequilíbrio não contemplado pelo ato invocado. E, quanto à *apresentação do patrimônio líquido consolidado*, nenhuma repercussão tem no campo tributário para justificar a aplicação, neste âmbito, daquela interpretação de viés societário.

E isto porque a CVM tem por finalidade *assegurar o funcionamento eficiente e regular dos mercados de bolsa e de balcão, proteger os titulares de valores mobiliários contra emissões irregulares e atos ilegais de administradores e acionistas controladores de companhias ou de administradores de carteira de valores mobiliários, evitar ou coibir modalidades de fraude ou manipulação destinadas a criar condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários negociados no mercado, assegurar o acesso do público a informações sobre valores mobiliários negociados e as companhias que os tenham emitido, assegurar a observância de práticas comerciais equitativas no mercado de valores mobiliários, estimular a formação de poupança e sua aplicação em valores mobiliários, promover a expansão e o funcionamento eficiente e regular do mercado de ações e estimular as aplicações permanentes em ações do capital social das companhias abertas*. Seus atos, portanto, são dirigidos às companhias de capital aberto, e não geram, necessariamente efeitos fiscais, salvo se fundamentadas no mesmo entendimento que orienta as leis tributárias.

[...]

É perfeitamente razoável, portanto, o entendimento de que o ágio, em caso de **aquisição** de investimento em empresa com passivo a descoberto, **limite-se ao valor pago por este investimento**, e que a equivalência patrimonial permaneça igual a zero enquanto a investida apresentar passivo a descoberto, melhor representando a responsabilidade do investidor pelas dívidas da investida, e somente sujeitando-se a alteração quando esta situação for revertida e os investidores passarem a ser titulares, de fato, de um investimento com valor patrimonial superior a zero.

A assunção de dívidas por parte da Brasiliana, finalmente, não justifica a utilização do Passivo a Descoberto como base para o cálculo do ágio amortizável fiscalmente. Tal qual apontado no voto da Conselheira Edeli Pereira Bessa, “apenas ensejaria a constituição de provisão de perdas em razão de outros ajustes contratuais que imputam responsabilidade à investidora, provisão esta que não seria dedutível no âmbito do IRPJ e da CSLL enquanto não convertida em perda efetiva”.

Por todo o exposto, cabe negar provimento ao Recurso Voluntário quanto à possibilidade de amortização fiscal dos denominados Ágio 6 e Ágio 7.

2.3.2 Da glosa de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativa da CSLL

A Recorrente sustenta que a autoridade fiscal cometeu equívoco em relação à glosa de compensação de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativa da CSLL, no ano-calendário de 2016.

Afirma que havia, no referido período, saldos de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativa da CSLL, conforme demonstrado às fls. 30.009 e 30.010, de maneira que deveriam ter sido aproveitados no lançamento de ofício, independentemente das compensações realizadas pela Recorrente nos períodos posteriores.

Em relação a tal ponto, cabe, mais uma vez, referendar o entendimento dos julgadores de primeira instância.

A Recorrente foi intimada a demonstrar a existência de saldos de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativa da CSLL, e apresentou demonstrativo que revela que todos os valores passíveis de aproveitamento, desde o ano-calendário de 2013, foram integralmente compensados até o ano-calendário de 2018.

Acertado, portanto, o procedimento da autoridade fiscal que respeitou a compensação realizada pelo sujeito passivo, conforme permissão legal.

Conforme esclarecem os julgadores:

A demonstração apresentada no andamento da fiscalização parte do saldo acumulado ao final do ano de 2013, o que confere com os demonstrativos apresentados pela impugnante, que apenas estendeu a demonstração para informar o saldo existente ao final de 2012.

Quando a impugnante afirma que “*haveria um saldo de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL passível de utilização em 2016, nos montantes de R\$ 6.951.268,39 e R\$ 66.616.122,83, respectivamente*”, ela se esquece de verificar, na planilha apresentada em resposta à intimação da autoridade fiscal, que nos anos-calendário de 2017 e 2018 foram consumidos não só tais valores, mas até valores superiores aos disponíveis, cujos respectivos anos-calendário merecem a devida retificação e reapuração, pois embora não façam parte deste lançamento, ficam passíveis de novo lançamento de ofício.

Cumprir registrar que a compensação de prejuízo fiscal e de base negativa da CSLL constitui uma opção do contribuinte, nos termos do então RIR/99, art. 509:

Art. 509. O prejuízo compensável é o apurado na demonstração do lucro real e registrado no LALUR (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 64, § 1º, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 6º, e parágrafo único).

§ 1º A compensação poderá ser total ou parcial, em um ou mais períodos de apuração, à opção do contribuinte, observado o limite previsto no art. 510 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 64, § 2º).

§ 2º A absorção, mediante débito à conta de lucros acumulados, de reservas de lucros ou capital, ao capital social, ou à conta de sócios, matriz ou titular de empresa individual, de prejuízos apurados na escrituração comercial do contribuinte não prejudica seu direito à compensação nos termos deste artigo (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 64, § 3º). (Grifei)

Em respeito a tal previsão legal, a autoridade fiscal agiu corretamente ao realizar a intimação relatada. Considerando que os valores de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas de CSLL, passíveis de aproveitamento, já haviam sido consumidos pelo próprio contribuinte, em respeito a sua opção e nos termos da manifestação deste, há que ser mantida a glosa efetuada.

Voto, portanto, por negar provimento ao Recurso Voluntário quanto à referida matéria.

2.3.3 Da multa de ofício qualificada

Conforme relatado, na constituição do crédito tributário tratada no presente processo, houve a imposição da multa de ofício qualificada, no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento).

Para a autoridade fiscal, estariam presentes todos os elementos que configurariam o tipo “fraude”, previsto no art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964, de modo a justificar a qualificação da multa de ofício, conforme disposição do art. 44, §1º, da Lei nº 9.430, de 1996.

Segue trecho do Termo de Constatação que sintetiza a descrição da constatação acima:

O que se observa no presente caso é que o contribuinte “forjou artificialmente” um conjunto encadeado de operações societárias com a utilização de uma empresa veículo como interposta pessoa para a aquisição de participações societárias, e a posterior incorporação dessa interposta pessoa que **nunca** teve substância econômica, gerando um suposto direito de amortização de ágio, o que reduz indevidamente a base de cálculo do imposto de renda por meio de exclusão indevida na apuração do Lucro Real.

Verifica-se, portanto, ação coordenada do contribuinte no sentido de reduzir a base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, ou seja, impedindo parcialmente a ocorrência do fato gerador sobre a renda.

Por conseguinte, observa-se claramente a presença, no caso concreto, do segundo componente essencial da fraude fiscal: a redução do montante de imposto devido em decorrência direta do impedimento parcial de ocorrência do fato gerador. Neste caso, a criação da exclusão indevida na apuração do Lucro Real (e/ou da despesa contábil indevida) impede a ocorrência do fato gerador sobre a renda que deixou de ser apresentada à tributação em face da inserção indevida de amortização de ágio.

Por fim, o último componente essencial é o **caráter doloso** das condutas adotadas pelo contribuinte que levaram à alteração das características essenciais dos tributos.

No presente caso concreto, é evidente a relação de causa e efeito existente entre a criação e utilização das empresas veículo e empresas "receptáculo" relacionadas no Capítulo 7, bem como das reorganizações societárias desprovidas de motivação clara e efeitos negociais relevantes ocorridas em 2003, 2006 e 2015 e a redução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Na decisão de primeira instância, a multa de ofício foi mantida no percentual qualificado (à exceção dos valores referentes à glosa de compensação de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL, que é objeto do Recurso de Ofício).

Neste ponto, as constatações da autoridade fiscal me levariam a, igualmente, ratificar a sua conclusão de que teriam sido realizadas uma série de operações visando a, ilícitamente, aproveitar a amortização do ágio para reduzir a tributação do IRPJ e da CSLL.

Não obstante, conforme já explicitado, as mesmas operações que fundamentaram o lançamento de ofício tratado no presente processo quanto aos Ágios 1 e 3 já foram objeto de análise pela 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento, em relação aos anos-calendários de 2006, 2007 e 2008, no âmbito do processo administrativo nº 19515.721836/2011-31. Naquela oportunidade, concluiu-se, conforme excerto da ementa a seguir transcrito:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

[...]

MULTA DE OFÍCIO. CONDOTA ACATADA PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA À ÉPOCA DOS FATOS GERADORES. IMPOSSIBILIDADE.

Constatado que o procedimento adotado pelo contribuinte, à época dos fatos geradores, era referendado pelas decisões do CARF, não se pode falar em dolo, e, consequentemente, em fraude, sonegação ou conluio (arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64), elementos necessários à qualificação da multa de ofício, conforme determina o parágrafo 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

Como visto, entendeu o Colegiado, naquela oportunidade, pela inexistência de "fraude, dolo ou simulação" nas operações engendradas pelas pessoas jurídicas envolvidas, para propiciar a amortização fiscal dos ágios.

A citada decisão foi mantida pela 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, na medida em que o Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional não foi conhecido, conforme Acórdão nº 9101-002.960, de 4 de julho de 2017, Relatora Conselheira Adriana Gomes Rêgo.

Deste modo, ainda que a minha análise pessoal destoe de tal conclusão, e que, obviamente, o precedente citado não seja vinculante ao entendimento dos julgadores administrativos, considero que, em atenção ao princípio da segurança jurídica, em seus aspectos da previsibilidade, uniformidade e estabilidade das decisões, convém que seja mantida, em relação ao mesmo contribuinte e à mesma operação (em seus aspectos fáticos e jurídicos), a conclusão anteriormente adotada.

Já quanto aos denominados Ágios 2, 6 e 7, entendo que as características das operações a eles relacionadas destoam daquelas referentes ao Ágio 3, de modo que justificam, ainda mais, o afastamento da qualificação da multa de ofício.

É que, em tais casos, considero que não há evidências de condutas dolosas da Recorrente para criar situação artificial de modo a ensejar a amortização fiscal dos referidos ágios. Aqui, a questão central é que as operações não se subsumem às disposições dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, na medida em que não há investimento adquirido com ágio por parte da Recorrente (ou de empresa que a incorpore), e/ou a confusão patrimonial entre empresa investidora que suporta o sacrifício econômico do pagamento do ágio e a empresa investida.

No caso do Ágio 2, a posição da Recorrente como mero veículo da efetiva investidora jamais foi ocultada. Pelo contrário, é reiteradamente explicitada nos documentos relativos à operação que ensejou o surgimento do ágio amortizado.

Nos casos dos Ágios 6 e 7, igualmente, a posição da Brasiliana como receptáculo das participações societárias das investidas, a transferência do ágio nela contabilizado e a incorporações subsequentes que, na visão da Recorrente, conferir-lhe-iam o direito à amortização fiscal, também, são efusivamente explicitadas. O relevante, contudo, é que a Brasiliana jamais realizou investimento com pagamento de ágio (a contrário do que entendeu a Recorrente) e, nunca houve confusão patrimonial entre empresa que efetivamente investiu com ágio e as sociedades investidas.

Por tal razão, voto por dar provimento ao Recurso Voluntário, em relação a tal matéria, para reduzir a multa de ofício ao percentual de 75% (setenta e cinco por cento), em relação aos valores relacionados aos Ágios 2, 3, 6 e 7.

Em decorrência do provimento acima, tem-se que a contagem do prazo decadencial deve ser realizada na forma prevista no art. 150, §4º, do CTN, de maneira que, tendo o contribuinte sido cientificado do lançamento, apenas, em 04 de novembro de 2019 (fls. 29.934/29.937), cabe reconhecer a decadência do direito de se constituir os créditos tributários que tiveram como fato gerador o dia 31 de dezembro de 2013.

2.3.4 Da multa isolada relativa às estimativas

No lançamento de ofício tratado no presente processo, houve a exigência de multas isoladas de 50% (cinquenta por cento) pelo não recolhimento dos valores devidos por estimativa em relação ao IRPJ e à CSLL.

A base legal para a referida imposição é o art. 44, inciso II, alínea b), da Lei nº 9.430, de 1996, na redação conferida pela Medida Provisória nº 351, de 2007 (posteriormente convertida na Lei nº 11.488, de 2007). *In verbis*:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

a) na forma do art. 8º da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

Após a inovação, então, a legislação passou a prever expressamente duas multas distintas, nos incisos I e II, com diferentes fatos geradores, alíquotas e bases de cálculo, de modo que a jurisprudência administrativa tem, majoritariamente, reconhecido inexistir qualquer óbice à aplicação simultânea das penalidades e afastando assim a incidência da Súmula CARF nº 105, que se refere à multa prevista anteriormente no art. 44, §1º, inciso IV, da referida Lei nº 9.430, de 1996.

No Recurso Voluntário, há insurgência, exatamente, quanto a tal posição, que foi abraçada no Acórdão recorrido. Sustenta a Recorrente haver “imposição de dupla penalidade pela mesma infração”, verificando-se de forma cristalina o tão repudiado *bis in idem*”. Invoca, ainda, o princípio da consunção, na medida em que “nos casos em que há uma sucessão de condutas típicas com existência de um nexo de dependência entre elas, a infração mais grave absorve aquelas de menor gravidade”.

Não procedem as alegações da Recorrente.

Conforme o teor do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, na redação conferida pela Lei nº 11.488, de 2007, não há impedimento para a exigência concomitante da multa isolada e dos tributos devidos ao final do ano-calendário acrescidos da multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento).

Conforme se vê, as bases de cálculo são distintas. A multa de ofício sobre o ajuste anual é embasada no inciso I c/c o §1º do referido dispositivo e calculada sobre a diferença de imposto apurada ao final do exercício; a multa isolada tem por base o inciso II, e é calculada sobre o valor devido no mês correspondente.

Destaque-se que, o momento de aplicação da penalidade isolada é após o encerramento do ano-calendário. Antes disso, a autoridade fiscal exigirá o próprio tributo devido por estimativa. É essa a justificativa, portanto, para a Súmula CARF nº 82:

Após o encerramento do ano-calendário, é incabível lançamento de ofício de IRPJ ou CSLL para exigir estimativas não recolhidas. (**Vinculante**, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Já quanto ao entendimento que fundamentou a edição da Súmula CARF nº 105, vincula-se à redação original anterior do referido art. 44, já que, ali, a multa de ofício aplicada ao final do exercício e a multa pelo não recolhimento da estimativa tinham, ambas, como fundamento legal o inciso I do citado art. 44, razão pela qual se firmou a tese da inaplicabilidade concomitante.

Lembremos que a Súmula em questão foi aprovada em dezembro de 2014, quando já estava em vigência a redação modificada do dispositivo legal que ampara a imposição da multa isolada. Todos os precedentes que a fundamentam, contudo, referem-se a períodos anteriores a alteração de redação. Além disso, na Súmula, há explícita menção ao art. 44, §1º, inciso IV, da Lei nº 9.430, de 1996, que era o dispositivo aplicável na redação anterior.

Quanto à invocação ao Princípio da Consunção (Absorção), também não há razão para acolhê-la, posto se constituir em princípio geral do Direito Penal, sem transposição para o Direito Tributário Penal, dadas às especificidades da norma tributária.

Cabe, neste momento, a transcrição de trecho do voto da Conselheira Adriana Gomes Rêgo, no Acórdão nº 9101-002.438 (1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, sessão de 20 de setembro de 2016), de sua relatoria, que rejeita tanto a aplicação do Princípio em questão, quanto a vedação à concomitância das penalidades, como invocado pela Recorrente:

Quanto à transposição do princípio da consunção para o Direito Tributário, vale a transcrição da oposição manifestada pelo Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior no voto condutor do Acórdão nº 1302-001.823:

Da inviabilidade de aplicação do princípio da consunção

O princípio da consunção é princípio específico do Direito Penal, aplicável para solução conflitos aparentes de normas penais, ou seja, situações em que duas ou mais normas penais podem aparentemente incidir sobre um mesmo fato.

Primeiramente, há que se ressaltar que a norma sancionatória tributária não é norma penal *stricto sensu*. Vale aqui a lembrança que o parágrafo único do art. 273 do anteprojeto do CTN (hoje, art. 112 do CTN), elaborado por Rubens Gomes de Sousa, previa que os princípios gerais do Direito Penal se aplicassem como métodos ou processos supletivos de interpretação da lei tributária, especialmente da lei tributária que definia infrações. Esse dispositivo foi rechaçado pela Comissão Especial de 1954 que elaborou o texto final do anteprojeto, sendo que tal dispositivo não retornou ao texto do CTN que veio a ser aprovado pelo Congresso Nacional. À época, a Comissão Especial do CTN acolheu os

fundamentos de que o direito penal tributário não tem semelhança absoluta com o direito penal (sugestão 789, p. 513 dos Trabalhos da Comissão Especial do CTN) e que o direito penal tributário não é autônomo ao direito tributário, pois a pena fiscal mais se assemelha a pena cível do que a criminal (sugestão 787, p.512, idem). Não é difícil, assim, verificar que, na sua gênese, o CTN afastou a possibilidade de aplicação supletiva dos princípios do direito penal na interpretação da norma tributária, logicamente, salvo aqueles expressamente previstos no seu texto, como por exemplo, a retroatividade benigna do art. 106 ou o in dubio pro reo do art. 112.

Oportuna, também, a citação da abordagem exposta em artigo publicado por Heraldo Garcia Vitta:

O Direito Penal é especial, contém princípios, critérios, fundamentos e normas particulares, próprios desse ramo jurídico; por isso, a rigor, as regras dele não podem ser estendidas além dos casos para os quais foram instituídas. De fato, não se aplica norma jurídica senão à ordem de coisas para a qual foi estabelecida; não se pode pôr de lado a natureza da lei, nem o ramo do Direito a que pertence a regra tomada por base do processo analógico.[15 Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, p.212] Na hipótese de concurso de crimes, o legislador escolheu critérios específicos, próprios desse ramo de Direito. Logo, não se justifica a analogia das normas do Direito Penal no tema concurso real de infrações administrativas.

A ‘forma de sancionar’ é instituída pelo legislador, segundo critérios de conveniência/oportunidade, isto é, discricionariedade. Compete-lhe elaborar, ou não, regras a respeito da concorrência de infrações administrativas. No silêncio, ocorre cúmulo material.

Aliás, no Direito Administrativo brasileiro, o legislador tem procurado determinar o cúmulo material de infrações, conforme se observa, por exemplo, no artigo 266, da Lei nº 9.503, de 23.12.1997 (Código de Trânsito Brasileiro), segundo o qual “quando o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações, ser-lhe-ão aplicadas, cumulativamente, as respectivas penalidades”. Igualmente o artigo 72, §1º, da Lei 9.605, de 12.2.1998, que dispõe sobre sanções penais e administrativas derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente: “Se o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações [administrativas, pois o disposto está inserido no Capítulo VI –Da Infração Administrativa] ser-lhe-ão aplicadas, cumulativamente, as sanções a elas cominadas”. E também o parágrafo único, do artigo 56, da Lei nº 8.078, de 11.9.1990, que regula a proteção do consumidor: “As sanções [administrativas] previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar antecedente ou incidente de procedimento administrativo”. [16 Evidentemente, se ocorrer, devido ao acúmulo de sanções, perante a hipótese concreta, pena exacerbada, mesmo quando observada imposição do mínimo legal, isto é, quando a autoridade

administrativa tenha imposto cominação mínima, estabelecida na lei, ocorrerá invalidação do ato administrativo, devido ao princípio da proporcionalidade.]

No Direito Penal são exemplos de aplicação do princípio da consunção a absorção da tentativa pela consumação, da lesão corporal pelo homicídio e da violação de domicílio pelo furto em residência. Característica destas ocorrências é a sua previsão em normas diferentes, ou seja, a punição concebida de forma autônoma, dada a possibilidade fática de o agente ter a intenção, apenas, de cometer o crime que figura como delito-meio ou delito-fim.

Já no caso em debate, a norma tributária prevê expressamente a aplicação das duas penalidades em face da conduta de sujeito passivo que motive lançamento de ofício, como bem observado pelo Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão no já citado voto condutor do Acórdão nº 9101-002.251:

[...]Ora, o legislador, no caso, fez mais do que faria se apenas acrescentasse “mais uma alínea no inciso II da nova redação do art. 44 da [Lei nº] 9.430/1996”.

Na realidade, o que, na redação primeira, era apenas um inciso subordinado a um parágrafo do artigo (art. 44, § 1º, inciso IV, da Lei nº 9.430, de 1996), tornou-se um inciso vinculado ao próprio caput do artigo (art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996), no mesmo patamar, portanto, do inciso então preexistente, que previa a multa de ofício.

Veja-se a redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, dada pela Lei nº 11.488, de 2007 (sublinhei):

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

[...];

Dessa forma, a norma legal, ao estatuir que “nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas”, está a se referir, iniludivelmente, às duas multas em conjunto, e não mais em separado, como dava a entender a antiga redação do dispositivo.

Nessas condições, não seria necessário que a norma previsse “a possibilidade de haver cumulatividade dessas multas”. Pelo contrário: seria necessário, sim se fosse esse o caso, que a norma excetuasse essa possibilidade, o que nela não foi feito. Por conseguinte, não há que se falar como pretendeu o sujeito passivo, por ocasião de seu recurso voluntário em “identidade quanto ao critério pessoal e material de ambas as normas sancionatórias”.

Se é verdade que as duas normas sancionatórias, pelo critério pessoal, alcançam o mesmo contribuinte (sujeito passivo), não é verdade que o critério material (verbo + complemento) de uma e de outra se centre “no descumprimento da relação jurídica que determina o recolhimento integral do tributo devido”.

O complemento do critério material de ambas é, agora, distinto: o da multa de ofício é a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição; já o da multa isolada é o valor do pagamento mensal, apurado sob base estimada ao longo do ano, cuja materialidade, como visto anteriormente, não se confunde com aquela. (grifos do original)

A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, portanto, claramente fixou a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. Somente desconsiderando-se todo o histórico de aplicação das penalidades previstas na redação original do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, seria possível interpretar que a redação original não determinou a aplicação simultânea das penalidades. A redação alterada é direta e impositiva ao firmar que “serão aplicadas as seguintes multas”. Ademais, quando o legislador estipula na alínea “b” do inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, a exigência isolada da multa sobre o valor do pagamento mensal **ainda que** tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa no ano-calendário correspondente, claramente afirma a aplicação da penalidade **mesmo se** apurado lucro tributável e, por conseqüência, tributo devido sujeito à multa prevista no inciso I do seu art. 44.

Acrescente-se que não se pode falar, no caso, de bis in idem sob o pressuposto de que a imposição das penalidades teria a mesma base fática. Basta observar que as infrações ocorrem em diferentes momentos, o primeiro correspondente à apuração da estimativa com a finalidade de cumprir o requisito de antecipação do recolhimento imposto aos optantes pela apuração anual do lucro, e o segundo apenas na apuração do lucro tributável ao final do ano-calendário. A análise, assim, não pode ficar limitada, por exemplo, à omissão de receitas ou ao registro de despesas indedutíveis, especialmente porque, para fins tributários, estas ocorrências devem, necessariamente, repercutir no cumprimento da obrigação acessória de antecipar ou na constituição, pelo sujeito passivo, da obrigação tributária principal. A base fática, portanto, é constituída pelo registro contábil ou fiscal, ou mesmo sua supressão, e pela repercussão conferida pelo sujeito passivo àquela ocorrência no cumprimento das obrigações tributárias. Como esta conduta se dá em momentos distintos e com finalidades distintas, duas penalidades são aplicáveis, sem se cogitar de bis in idem.

A par disso, a lógica que norteia o princípio da consunção se pauta na existência de uma relação de hierarquia, gravidade e/ou antecedência entre os dois tipos penais: a infração absorvida é preparatória ou menos grave que a infração punida. No caso da ausência de recolhimento das estimativas e da ausência de recolhimento do tributo devido ao final do ano-calendário inexistente tal relação. As obrigações são distintas e desvinculadas. O sujeito passivo está

obrigado a recolher a estimativa sempre que devida (com base na receita bruta ou em balanço/balancete de redução). Não raro, os valores recolhidos são muito superiores àqueles apurados ao final do ano-calendário, para o qual convergem adições e exclusões específicas. Daí, inclusive, a ressalva no art. 44, inciso II, alínea b, da Lei nº 9430, de 1996, no sentido de que a multa isolada será devida, “ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente”. Ou seja, como entender preparatória ou menos grave a ausência de recolhimento da estimativa se ao final do ano-calendário sequer é devido qualquer valor. Totalmente inaplicável, destarte, o princípio da consunção.

Assim, após a alteração da redação, entende-se, como já dito, plenamente cabível a aplicação concomitante das duas penalidades, impondo-se que seja negado provimento ao recurso voluntário quanto a tal matéria.

Cabe destacar, apenas, quanto a tal ponto, que a multa isolada relativa ao fato gerador de 31 de dezembro de 2013 já foi afastada, dado o reconhecimento da decadência tratada no tópico antecedente.

2.3.5 Da incidência de juros de mora sobre a multa de ofício

Finalmente, nos pedidos finais do seu Recurso, a Recorrente se insurge quanto à exigência de juros de mora sobre a multa de ofício.

A aplicação dos juros de mora está amparada no art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, como expresso no Auto de Infração:

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

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

§2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

O §3º do dispositivo em questão, expressamente, refere-se ao art. 5º, §3º, do mesmo diploma legal, que dispõe acerca da Taxa Selic:

Art. 5º [...]

§3º As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia-SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

O tema é, inclusive objeto das Súmulas seguintes, de observância obrigatória pelos Conselheiros integrantes deste Colegiado, de modo que não há nada mais a ser argumentado:

Súmula CARF nº 4

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (**Vinculante**, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Súmula CARF nº 108

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. (**Vinculante**, conforme Portaria ME nº 129, de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Isto posto, cabe negar provimento ao recurso, também, quanto a tal tópico.

2.3.6 Do lançamento relativo à CSLL

Toda a análise acima realizada se aplica *ipsis literis* ao lançamento relativo à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), na medida em que embasados nos mesmos elementos fáticos e jurídicos das exigências relativas ao IRPJ.

2.4 DA CONCLUSÃO PARCIAL

Em decorrência dos fundamentos acima explicitados, voto por DAR PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, para reconhecer a decadência do direito de se constituir os créditos tributários com fatos geradores em 31 de dezembro de 2013, e para reduzir a multa de ofício ao percentual de 75% (setenta e cinco por cento).

3 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto por (i) dar provimento parcial ao recurso voluntário, para reconhecer a decadência do direito de se constituir os créditos tributários com fatos geradores em 31 de dezembro de 2013, e para reduzir a multa de ofício ao percentual de 75% (setenta e cinco por cento); e (ii) negar provimento ao recurso de ofício.

(Documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo

ACÓRDÃO 1302-007.222 – 1ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA

PROCESSO 16561.720074/2019-69

DOCUMENTO VALIDADO