



**Ministério da Economia**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 13971.005344/2010-50  
**Recurso** De Ofício e Voluntário  
**Acórdão nº** 1401-003.731 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 17 de setembro de 2019  
**Recorrentes** BUNGE ALIMENTOS S/A  
FAZENDA NACIONAL

### **ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Exercício: 2005, 2006

#### **DECADÊNCIA**

O prazo decadencial de qualquer expectativa de direito do contribuinte, que reduza a base de cálculo de determinado tributo, tais como base de cálculo negativa, amortização de bens do ativo, e o ágio (Súmula 116), somente começar a fluir quando o contribuinte exerce seu direito perante o fisco, deduzindo tais parcelas do saldo da base de cálculo do imposto devido, mesmo que a justificativa de tal direito tenha ocorrido em períodos remotos.

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

Exercício: 2005, 2006, 2007

#### **ÁGIO DECORRENTE DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES - BUNGE ALIMENTOS S/A**

Não havendo efetivamente uma compra e venda de ações e tão-somente uma permuta de ações, tendo vista que os acionista que possuíam ações nas empresas operacionais, trocaram as suas ações por ações da holding, não resta configurado o ágio.

#### **ÁGIO DECORRENTE DA INCORPORAÇÃO DA BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA. ÁGIO PARCIALMENTE FORMADO INTRAGRUPO. USO DE EMPRESA VEÍCULO. DESLOCAMENTO DO ÁGIO PARA A INCORPORADA. ÁGIO DE SI MESMA. INDEDUTIBILIDADE.**

Na espécie, o grupo econômico formou parte do ágio internamente, em operação entre duas pessoas jurídicas com controle comum. Ademais, o ágio foi deslocado com o uso de empresa veículo para ser amortizado diretamente na investida, sem a necessária confusão patrimonial com o verdadeiro investidor, caracterizando a amortização de “ágio sobre si mesma”.

#### **ÁGIO GERADO EM PERÍODO ANTERIOR À LEI 9.532/97**

Para que fosse possível o aproveitamento do ágio gerado em período anterior à vigência da Lei 9.532/97 deveria estar expresso na Lei essa possibilidade, tendo em vista que se interpreta literalmente a legislação tributária que

disponha sobre benefícios (art.110 do CTN). Por outro lado, mesmo que fosse possível tal aproveitamento, deve ser demonstrada a fundamentação do ágio por rentabilidade futura em período contemporâneo à aquisição da participação societária com ágio, não havendo sentido em se admitir fundamentação da rentabilidade futura posteriormente. A determinação do valor econômico-financeiro da participação societária deve preceder a aquisição com ágio, não podendo se sustentar que primeiro se pague o ágio, para que depois se venha a justificá-lo.

**SUBVENÇÃO PARA INVESTIMENTO. LEI COMPLEMENTAR 160, DE 2017. LEI 12.973/2014, ART. 30, §4º E §5º. PUBLICAÇÃO, REGISTRO E DEPÓSITO DE BENEFÍCIO.**

A Lei Complementar nº 160, de 2017, inseriu o §5º no artigo 30, da Lei nº 12.973/2014, determinando que seria aplicável aos processos pendentes.

A mesma Lei inseriu o §4º, no artigo 30, da Lei nº 12.973/2014, para impedir a exigência de outros requisitos ou condições, além daqueles estabelecidos pelo próprio artigo 30.

Com a publicação, registro e depósito dos incentivos em discussão nos autos, perante o CONFAZ, não são exigíveis outros requisitos para o reconhecimento da subvenção para investimento, além dos enumerados pelo artigo 30.

**GLOSA DE DEPRECIÇÃO . PROVA - AUSÊNCIA DE NOTAS FISCAIS**

A legislação é bem clara sobre a necessidade de comprovação de valores de bens para a depreciação. A escrituração serve como elemento de prova desde que corroborada pela documentação que lhe dá suporte, nos termos do art. 923 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/1999).

**HONORÁRIOS ADMINISTRADORES. REMUNERAÇÃO GLOBAL. COMPETÊNCIA DA ASSEMBLEIA**

A Assembleia da Companhia é soberana para estabelecer a remuneração dos administradores. Devidamente decidido nesse foro o valor da remuneração global, este passa a ser obrigatório e não mera liberalidade da empresa. Nesse sentido devem ser permitidas as deduções de tais parcelas independentemente do nome dado a elas.

**ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS**

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

**MULTA DE MORA E MULTA DE OFÍCIO. CONSUNÇÃO.**

As multas isoladas devem ser canceladas na exata medida em que as suas bases sejam menores que as bases tributáveis anuais utilizadas para fins de aplicação das multas de ofício de IRPJ e CSLL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar a preliminar de aplicação do art. 24 da LINDB, o pedido de suspensão do processo e as arguições de decadência e, no mérito, (i) negar provimento ao recurso no que tange à (a) glosa com despesas de ágio relativo ao MOINHO ILHÉUS LTDA, (b) à glosa de despesas de depreciação, (c) aos juros sobre a multa de ofício e (d) aos lançamentos reflexos/CSLL e (ii) dar provimento ao recurso relativamente à (a) subvenção para investimento e (b) à exoneração da multa isolada relativa aos períodos anteriores a 30/06/2007. Por maioria de votos, (i) negar provimento ao recurso relativamente à (a) glosa de despesas com o ágio relativo ao fechamento de capital da BUNGE ALIMENTOS S/A; vencidos os Conselheiros Daniel Ribeiro Silva, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin e Eduardo Morgado Rodrigues; e (b) à glosa de exclusão do pagamento de JCP por empresa incorporada; vencido o Conselheiro Daniel Ribeiro Silva; e (ii) dar provimento ao recurso no que tange à (a) glosa de despesas de honorários pagos aos administradores; vencido o Conselheiro Claudio de Andrade Camerano; e (b) exoneração da multa isolada de períodos posteriores a 30/06/2007; vencidos os Conselheiros Cláudio de Andrade Camerano, Carlos André Soares Nogueira e Luiz Augusto de Souza Gonçalves. Por voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário relativo à glosa de despesas de ágio pertinentes à incorporação realizada pela BUNGE PARTICIPAÇÕES LTDA.; vencidos os Conselheiros Daniel Ribeiro Silva, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Letícia Domingues Costa Braga e Eduardo Morgado Rodrigues; O Conselheiro Daniel Ribeiro Silva votou pelas conclusões. Em relação ao recurso de ofício, negar-lhe provimento, por unanimidade de votos, no caso da exclusão de resultados negativos em operações de hedge e por maioria de votos, relativamente aos lucros auferidos no exterior pela BUNGE ALIMENTOS HOLDING BV (HOLANDA); vencidos os Conselheiros Abel Nunes de Oliveira Neto, Carlos André Soares Nogueira e Luiz Augusto de Souza Gonçalves. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Carlos André Soares Nogueira.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Letícia Domingues Costa Braga - Relatora

(documento assinado digitalmente)

Carlos André Soares Nogueira - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente), Eduardo Morgado Rodrigues, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Daniel Ribeiro Silva, Abel Nunes de Oliveira Neto, Letícia Domingues Costa Braga, Cláudio de Andrade Camerano e Carlos André Soares Nogueira.

## **Relatório**

Por bem relatar os fatos, reproduzo abaixo o relatório da DRJ do Conselheiro dessa turma, Dr. Cláudio Camerano, complementando-o a seguir:

Por meio dos Autos de Infração, a seguir indicados, foram exigidas da contribuinte acima qualificada as seguintes importâncias e a que título:

Auto de Infração - <b>IRPJ</b> (fls.1.535 a 1.564 - Volume <b>VIII</b> )	Valores em R\$
Imposto	272.263.783,22
Juros de Mora	99.550.834,11
Multa Proporcional	204.197.837,40
Multa Exigida Isoladamente	77.462.041,36
Juros de Mora Exigidos Isoladamente	4.416.991,79
<b>Crédito Tributário Apurado</b>	<b>657.891.487,88</b>

Auto de Infração - <b>CSLL</b> (fls.1.565 a 1.589)	Valores em R\$
Contribuição	96.687.714,55
Juros de Mora	34.252.491,26
Multa Proporcional	72.515.785,90
<b>Crédito Tributário Apurado</b>	<b>203.455.991,71</b>

Auto de Infração (fls.1.593 a 1.599)	Valores em R\$
Multa Exigida Isoladamente - <b>CSLL</b>	29.507.278,67
Juros de Mora Exigidos Isoladamente	1.671.312,15
<b>Crédito Tributário Apurado</b>	<b>31.178.590,82</b>

As exigências referem-se a fatos geradores ocorridos nos anos calendário de 2005, 2006 e 2007, sob o regime de tributação com base no Lucro Real, apurado de forma anual.

Do Auto de Infração – IRPJ, reproduz-se a natureza da autuação, e o item correspondente, que consta no Termo de Verificação Fiscal – TVF (fls.1.603 a 1.662, Volume IX):

Item 001: Custos ou Despesas Não Comprovadas / Glosa de Despesas de Depreciação □ Item 3.5.1 – Glosa de Despesa sem Comprovação (fls.1.630 a 1.633 do TVF);

Item 002: Custos, Despesas Operacionais e Encargos Não Necessários □ Item 3.7 – Doações Não dedutíveis (fls.1.644 a 1.646 do TVF);

Item 003: Gratificações / Participações nos Lucros Atribuídas aos Dirigentes ou Administradores □ Item 3.6 – Pagamentos efetuados aos Administradores (fls.1.637 a 1.644 do TVF);

Item 004: Amortização – Despesas Indedutíveis – Deságio □ Item 3.3 – Amortização de Ágio não adicionada ao Lucro líquido – MOINHO ILHÉUS (fls.1.621 a 1.624 do TVF);

Item 005: Subvenções – Contabilização Imprópria □ Item 3.4 – Subvenções para Investimentos – contabilização imprópria (fls.1.624 a 1.630 do TVF);

Item 006: Adições Não Computadas na apuração do Lucro Real / Custo/Despesa Indedutível – Amortização de Ágio □ Item 3.1 – Amortização de Ágio da incorporação de BUNGE II PARTICIPAÇÕES S/A (fls.1.606 a 1.616 do TVF);

Item 007: Adições Não Computadas na apuração do Lucro Real / Realização da Reserva Especial Não adicionada ao Lucro Líquido □ Item 3.5.3 – Reavaliações / correção monetária especial (fls.1.634 a 1.637 do TVF);

Item 008: Adições Não Computadas na apuração do Lucro Real / Lucros Auferidos no Exterior □ Item 3.11 – Lucro de Controlada no Exterior (fls.1.651 a 1.653 do TVF);

Item 009: Adições Não Computadas na apuração do Lucro Real / Receita extemporânea de PIS e COFINS para 2005 e 2006 □ Item 3.8 – Receitas não contabilizadas – PIS e COFINS (fls.1.646 a 1.647 do TVF);

Item 010: Adições Não Computadas na apuração do Lucro Real / Valor do resultado de empresa incorporada □ Item 3.10 – Exclusão de Lucro de Incorporada (fls.1.648 a 1.651 do TVF);

Item 011: Adições Não Computadas na apuração do Lucro Real / Adição Insuficiente de Prejuízo de Incorporada □ Item 3.9 – Adição de Prejuízo de Incorporada (fls.1.648 do TVF);

Item 012: Adições Não Computadas na apuração do Lucro Real / Custo/Despesa Indedutível – Amortização de Ágio □ Item 3.2 – Amortização de Ágio da incorporação de BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA. (fls.1.616 a 1.621 do TVF);

Item 013: Exclusões/Compensações não autorizadas na apuração do Lucro Real / Exclusões Indevidas □ Item 3.10 – Exclusão de lucro da incorporada (fls.1.648 a 1.650 do TVF);

Item 014: Exclusões/Compensações não autorizadas na apuração do Lucro Real / Exclusões Indevidas – Redução Indevida do Lucro Real em virtude de exclusão não autorizada pela legislação do imposto de renda, de valores do lucro líquido do exercício referentes a ganhos em operações de hedge □ Item 3.12 – Resultado de Hedge – Exclusão Indevida (fls.1.653 a 1.658 do TVF);

Item 015: Multas Isoladas / Falta de Recolhimento do IRPJ sobre Base de Cálculo Estimada □ Item 4 – Multa e Juros Isolados (fls.1.659 a 1.661 do TVF);

Item 016: Juros Isolados / Falta de Recolhimento dos Juros de Mora (IRPJ) □ Item 4 – Multa e Juros Isolados (fls.1.659 a 1.661 do TVF);

A Interessada, por meio de seus representantes legais, apresentou sua impugnação, acostada às fls.1.685 a 1.859 (Volumes IX e X) e documentos, indicados nos Anexos – Parte 1/2, compreendidos nos Volumes X (fls.1.860 a 2.000) e XI (fls.2003 a 2.207), e outros documentos, verificados nos Anexos - Parte 2/2, nos Volumes XII (fls.2.210 a 2.403), XIII (fls. 2.406 a 2.599), XIV (fls.2.602 a 2.799), XV (fls.2.802 a 2.999), XVI (fls.3002 a 3.199), XVII (fls.3.202 a 3.399) e Volume XVIII (fls.3.402 a 3.599).

No Volume XIX encontra-se o extrato do presente processo e despacho de encaminhamento do mesmo para esta DRJ, em face da tempestividade da impugnação apresentada.

Posteriormente à impugnação, a Interessada apresentou novos elementos, em versão digitalizada (em CD) de documentos que entende pertinentes à elucidação de determinadas infrações. Na impugnação original, a Interessada já destacara (fl.1.859) que “... por razões de força maior, uma parte da documentação não foi obtida em tempo hábil para juntada à defesa,” entretanto, ressaltando-se o disposto no parágrafo seguinte, não está demonstrada a ocorrência das condições previstas no §4º do art.16 do Decreto para a aceitabilidade desta documentação extemporânea.

Entendo que deva ser juntada aos autos e acatada com base em motivo de força maior, apenas a informação digitalizada trazida que se refere às aquisições de imobilizado (depreciações que vieram a ser glosadas - item 3.5.1 do TVF).

Tendo em vista a extensão do Termo de Verificação Fiscal – TVF (fls.1.603 a 1.662, Volume IX), bem como da Impugnação (fls.1.685 a 1.859 - Volumes IX e X), deixo de relatoriar aqui estas peças, que serão detalhadas e comentadas no Voto.

Quando da decisão daquela D. Delegacia, restou a decisão assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/2005, 31/12/2006, 31/12/2007

**Fatos Passados. Repercussão em Exercícios Futuros. Fiscalização. Possibilidade. Escrituração. Documentos. Guarda. Prazo.**

O contribuinte está sujeito à fiscalização de fatos ocorridos em períodos passados, ainda que não seja mais possível efetuar exigência tributária, em face da decadência, quando eles repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, devendo conservar os documentos de sua escrituração, até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios.

**Bens do Ativo Imobilizado. Documentação. Depreciação. Glosa.**

Livros fiscais não se prestam a comprovar a aquisição de bens do ativo imobilizado, a qual deve ser feita por meio de notas fiscais/contratos, etc, sob pena da glosa da despesa com depreciação correspondente às aquisições sem comprovação.

**Honorários. Diretores. Administradores. Descaracterização. Glosa. Despesas Não Necessárias. Glosa.**

Reputadas desnecessárias (quando constituírem mera liberalidade), as despesas se configuram indedutíveis para fins de IRPJ e também na determinação da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL.

**Decadência. Amortização de Ágio. Fatos Geradores Distintos.**

O reconhecimento do ágio não representa manifestação de fato imponible tributário, pelo que o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário decorrente da redução indevida do resultado do exercício inicia-se a cada amortização, e não com o seu registro original.

**Ágio. Incorporação. Moinho Ilhéus Ltda. Empresa Ligada. Fundamentação Econômica não Comprovada.**

Tendo em vista que eventuais ágios originados nas aquisições de participação societária podem ser amortizados após incorporação da empresa cuja participação societária foi adquirida com ágio, tendo este como fundamento econômico a rentabilidade futura da incorporada, a falta de comprovação da geração deste ágio implica que sua amortização deva ser excluída do lucro líquido, portanto, correta a glosa fiscal.

**Pareceres Normativos. Administração Tributária. Norma complementar de Lei. Código Tributário Nacional**

As orientações e/ou definições contidas em atos normativos, por se tratarem de normas complementares da legislação tributária (art.100 do CTN) e refletirem o entendimento da Administração Tributária, devem ser seguidas pelas Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento, nos termos do disposto no inciso V do art.7º da Portaria n.º 341, de 12/07/2011, do Ministro de Estado da Fazenda (disposição que constava no art.7º da Portaria n.º 58, de 17/03/2006, do Ministro de Estado da Fazenda).

**Lucro Real. Subvenção para Investimentos. Descaracterização. Incentivos Fiscais. Isenção ou Redução de ICMS. Inexistência de Vinculação. Descaracterização.**

Os valores correspondentes ao benefício fiscal de isenção ou redução de ICMS que não possuam vinculação com a aplicação específica dos recursos em bens ou direitos referentes à implantação ou expansão de empreendimento econômico não se caracterizam como subvenção para investimento, devendo ser computados na determinação do lucro real.

Os recursos fornecidos às pessoas jurídicas pela Administração Pública, quando não atrelados ao investimento na implantação ou expansão do empreendimento projetado, constituem estímulo fiscal que se reveste das características próprias das subvenções para custeio, não se confundindo com as subvenções para investimento, e devem ser computados no lucro operacional das pessoas jurídicas, sujeitando-se, portanto, à incidência do imposto sobre a renda.

**Correção Monetária Especial. Ativo Permanente. Depreciação. Glosa. Reserva Especial. Realização.**

A dedução do resultado do exercício, nos anos objeto do lançamento ora impugnado, referente a parcela da depreciação calculada sobre a correção monetária, sem a adição da reserva especial na mesma medida, implica a glosa da referida parcela da depreciação. Esse entendimento prevalece ainda que a reserva especial tenha sido integralmente adicionada ao lucro real em período anterior em que foi capitalizada, haja vista que, para os efeitos da legislação tributária, a capitalização de reserva especial de correção monetária não significa realização.

**Tributação em bases universais. Lucros auferidos no Exterior. Controladas. Coligadas. Tratados Internacionais. Dupla tributação.**

Com a introdução do art.74 da MP n.º 2.158-35, a tributação (sobre lucros de coligadas no exterior) passou a incidir não mais sobre os lucros efetivamente disponibilizados (dividendos distribuídos, pela legislação anterior), mas sobre os lucros apurados no balanço. Conseqüentemente, pela aplicação do art.7º da Convenção entre os dois países (Brasil e Holanda), tal lucro somente seria tributável na Holanda, afastada a tributação por parte do Brasil.

**Incorporação. Extinção da Bunge Alimentos Participações Ltda.( BALIM). Prejuízo. Incorporada. Exclusão Indevida. Glosa. Incorporadora.**

Se as variações patrimoniais ocorridas após o evento da incorporação já foram registradas pela incorporada, não há qualquer ajuste a ser feito pela incorporadora neste sentido.

**Ágio Constituído Sobre as Quotas/Ações da Própria Empresa e Decorrente de Transação Entre Empresas Ligadas. Incorporações. Indedutibilidade. IRPJ. CSLL.**

Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza (ágio) em decorrência de uma transação dos sócios com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável, do ponto de vista econômico, tais transações não se revestem de substância e da indispensável independência entre as partes para merecer registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade e, conseqüentemente, o ágio delas decorrente não se enquadra na hipótese de dedutibilidade prevista nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97. Deve ser glosada eventual despesa lançada em função de ágio constituído nessas condições, mormente se reduziu o resultado da própria sociedade sobre a qual o ágio foi constituído (ágio de si mesmo).

**Ágio de Si Mesmo. Custo. Fundamentos Contábeis. Inconsistência.**

O ágio somente é admitido pela teoria contábil quando surgido em transações envolvendo partes independentes, condição necessária à formação de um preço justo para os ativos envolvidos. Nos casos em que seu aparecimento acontece no bojo de transações entre entidades sob o mesmo controle, o ágio não tem consistência econômica ou contábil, configurando geração artificial de resultado cujo registro contábil é inadmissível.

**Hedge. Liquidação das Operações. Contabilização. Resultado. Duplicidade. Não Ocorrência.**

Constatado que o resultado (perda) com operações de hedge foi contabilizado de acordo com a legislação pertinente, assegurada daí a sua dedutibilidade, a existência de lançamentos contábeis redutores deste resultado e posterior ajuste (exclusão) na apuração do lucro real não implicou duplicidade de despesas, razão pela qual restabelece-se a despesa (parte) glosada a título de hedge.

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

**Data do fato gerador: 31/12/2005, 31/12/2006, 31/12/2007**

**Multa Isolada. Falta de Recolhimento do IRPJ e CSLL sobre base de cálculo estimada mensal.**

A multa isolada, calculada sobre a totalidade ou diferença da antecipação do IRPJ e da CSLL, mensalmente devida e não recolhida, deve ser aplicada à pessoa jurídica, sujeita à tributação com base no lucro real, e optante pelo pagamento do IRPJ e da CSLL, em cada mês, determinados sobre bases de cálculo estimadas, por descumprimento da obrigação de antecipar o IRPJ ou a CSLL mensalmente devidos.

**Multa de Ofício Isolada. Duplicidade de Incidência. Não Caracterização.**

A multa de ofício exigida por falta de pagamento do IRPJ e da CSLL devidos na apuração anual, e a multa isolada por falta de recolhimento das antecipações mensais, calculadas sobre bases de cálculo estimadas, têm hipóteses de incidência e bases de cálculo distintas.

De acordo com as expressas disposições legais, a incidência de multa isolada por falta de recolhimento das antecipações mensais, calculadas sobre bases de cálculo estimadas, é completamente autônoma em relação à obrigação tributária principal a ser constituída, ou não, no final do período.

**Juros de Mora Exigidos Isoladamente, de Ofício, sobre Estimativas Mensais Não recolhidas. Falta de Previsão Legal.**

A legislação tributária determina que a falta de recolhimento das estimativas mensais (de IRPJ e de CSLL), apurada em procedimento de ofício, enseja a aplicação (apenas) de Multa Isolada, não cabendo a cobrança de juros de mora isolados (de ofício) uma vez que, encerrado o ano-calendário, não se faz lançamento de ofício incidente sobre antecipação de imposto/contribuição então apurado pelas regras do Lucro Real Anual.

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL****Data do fato gerador: 31/12/2005, 31/12/2006, 31/12/2007****Arguições de Inconstitucionalidade e Ilegalidade da Legislação Tributária.**

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL****Data do fato gerador: 31/12/2005, 31/12/2006, 31/12/2007****Lançamento Decorrente. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL**

Tratando-se da mesma matéria fática e não havendo questões de direito específicas a serem apreciadas, aplica-se ao lançamento decorrente a decisão proferida no lançamento principal (IRPJ).

Impugnação procedente em parte.

Crédito tributário mantido em parte.

Ademais, conforme exposto naquele voto, restou decotada as seguintes parcelas quando do julgamento, referente a parcela de Hedge e lucros no exterior da empresa Bunge Alimentos Holding BV:

Exação	CRÉDITO TRIBUTÁRIO – EM REAIS			
	LANÇADO	NÃO IMPUGNADO	EXONERADO	MANTIDO
IRPJ	272.263.783,22	(4.592.544,42)	(65.522.838,10)	202.148.400,70
CSLL	96.687.714,55	(1.653.315,99)	(23.588.221,72)	71.446.176,84
Multa Isolada IR	77.462.041,36	-	(12.655.155,54)	64.806.885,82
Multa Isolada CS	29.507.278,60	-	(5.357.384,89)	24.149.893,71
Juros Isolados IR	4.416.991,79	-	(4.416.991,79)	0,00
Juros Isolados CS	1.671.312,15	-	(1.671.312,15)	0,00
TOTAL	482.009.121,67	(6.245.860,41)	(113.211.904,19)	362.551.357,07

Inconformada com a decisão, interpôs a Contribuinte o competente recurso alegando em síntese:

01) Ágio fechamento de capital da Bunge Alimentos;

1.a) Que o ágio foi formado quando do fechamento das ações da Bunge Alimentos. Que as ações foram adquiridas na bolsa de valores, ou seja, a valor de mercado e a operação se deu com terceiros.

- 1.b) Ademais alega a decadência, tendo em vista que a formação do ágio se deu em 2001/2002.
  - 1.c) que o regime jurídico onde se formou o ágio era diverso do atual (cita legislação aplicável ao caso em tela);
  - 1.d) a operação de fechamento de capital da Bunge Alimentos S/A – realidade dos atos praticados; que a operação não configura um ágio interno; não houve qualquer simulação não operação;
- 02) Amortização de ágios na incorporação da Bunge Alimentos Participações Ltda. – ágio formado em função da OPA de Bunge Participações Ltda.
- 2.a) Decadência
- 03) Amortização do ágio relativo à Moinho Ihéus Ltda. – em 11/1996, a Santista Industrial (atual Bunge Alimentos) adquiriu a Moinhos Ihéus pagando ágio e motivado, conforme laudo, em expectativa de rentabilidade futura;
- 3.1) Argui a empresa a decadência;
  - 3.2) Argumenta que a glosa fiscal se deu por dois motivos (i) a legislação a época da formação do ágio não permitia a sua amortização, (ii) o laudo de avaliação não foi fundamentado em expectativa de rentabilidade futura e que essa alegação do fisco não procede.
- 04) Subvenção para investimento – contabilização imprópria
- 4.1) Subvenção concedida pelo Estado de Goiás – reforço de capital de giro o que desnaturaria a subvenção para investimento – argui que o Programa FOMENTAR do Estado de Goiás não pode ser desnaturado.
  - 4.2) Incentivos do Piauí –
  - 4.3) Incentivos concedido pelo Estado da Bahia – programa DESENVOLVE
  - 4.4) Incentivos concedido pelo Estado do Mato Grosso do Sul – MS empreendedor
  - 4.5) Incentivos concedidos pelo Estado do Mato Grosso – PRODEIC
  - 4.6) Incentivos concedidos pelo Estado de Pernambuco – PRODEPE
- 05) Glosa de depreciação de bens do ativo imobilizado:
- Que essas glosas se deram por dois motivos, a saber:
- i) Falta de documentação que comprove a aquisição do ativo imobilizado;
  - ii) Falta de apresentação de contrato de financiamento
- 5.1) Decadência – os bens foram adquiridos anteriormente ao ano-calendário de 2004 tendo em vista que o auto foi lavrado em 12/2010.
  - 5.2) que o fisco deveria ter feito a prova que os bens estavam em valores errados (inversão do ônus probatório);

5.3) que o livro de apuração de ICMS seria documento suficiente para a comprovação da aquisição da mercadoria e devia ter sido considerado como meio de prova e a DRJ não o fez.

- 06) Reavaliações do ativo – correção monetária especial. Argui a recorrente que a reserva de reavaliação foi realizada em 1999 e, portanto, as parcelas já estariam decaídas.
- 07) Honorários pagos aos administradores – foram consideradas indedutíveis as parcelas pagas a título de 13º aos administradores por serem consideradas liberalidade da empresa. A empresa argui que deve ser considerado o art. 299 do RIR, sendo portanto dedutíveis tais despesas e que para a CSL nem Lei existe para considerar indedutível tais parcelas.
- 08) Gratificação paga aos administradores – que apesar de a empresa ter reconhecido a indedutibilidade de tal parcela, ela foi penalizada duplamente;
- 09) Demais pagamentos aos administradores – No item 3.6.3 do TVF foram glosadas despesas relativas a valores pagas a administradores que corresponderiam a (i) férias indenizadas, (ii) 13º salário rescisão, (iii) 13º salário não tributável INSS, (iv) liberalidade eventual e (v) bônus.  
  
Argumenta a recorrente que tais parcelas foram pagas a título de rescisão, pois os diretores, quando tem a sua nomeação, tem seus contratos de trabalho suspensos e posteriormente, quando saem dessa função, tem a reativação de seus contratos, fazendo jus a todas as parcelas previstas pela CLT, e que, portanto, tais valores não são pagos por mera liberalidade da empresa.
- 10) Doações indedutíveis, PIS e COFINS e adição de prejuízo da incorporada, a empresa não questionou tais parcelas mas não se conforma com o pagamento de multa isolada sobre essas parcelas.
- 11) Exclusão do lucro da incorporada: argui a recorrente que houve o pagamento de JCP pela incorporada no mês anterior à sua incorporação. Junta aos autos o razão e DRF para a comprovação da exclusão do JCP.
- 12) Insuficiência de base de cálculo negativa de CSL. Tendo em vista autuação anterior, processo 13971.001629/2006-35, não há base negativa de CSL a compensar.
- 13) Concomitância multa de ofício e multa isolada
- 14) Juros sobre a multa

**Contrarrazões da Procuradoria apresentada às fls. 4.429 e segs. aduzindo:**

- 01) Preliminar. Alegações de Decadência quanto: (i) a formação de ágio em períodos anteriores ao da ocorrência do fato gerador; (ii) a glosa de depreciação sem comprovação; (iii) as reavaliações e correção monetária especial. Inocorrência. Jurisprudência pacífica do CARF.
- 02) Que deve ser mantida a glosa do ágio pois a contribuinte não observou a norma legal;

- 03) Ágio na incorporação de BUNGE II Participações S/A. Caso típico de Ágio Interno. Reorganização Societária. Utilização de Empresa Veículo. Incorporação. Transferência do Ágio. Reavaliação de Patrimônio. Aumento do Custo de Aquisição. Ausência de Propósito Negocial ou Substância Econômica;
- 04) Ágio da incorporação da empresa Bunge Alimentos Participações Ltda. Caso típico de Ágio Interno. Reorganização Societária. Incorporações sucessivas seguida de cisão parcial. Reavaliação de patrimônio. Aumento do Custo de Aquisição. Ausência de Propósito Negocial ou Substância Econômica.
- 05) Ágio da aquisição da empresa MOINHO ILHÉUS. Ausência de Propósito Negocial ou Substância Econômica.
- 06) Determinação da natureza das subvenções concedidas pelos Estados de Goiás (GO), Piauí (PI), Bahia (BA), Mato Grosso do Sul (MS), Mato Grosso (MT), e Pernambuco (PE). Caracterização de subvenção para custeio.
- 07) Da prova de aquisição dos bens do ativo imobilizado – deveria ter a recorrente trazido a comprovação da aquisição de seus ativos;
- 08) Da alegação de ilegalidade nas reavaliações e correção monetária especial. Inocorrência;
- 09) Da dedutibilidade dos pagamentos efetuados aos administradores (honorários, gratificações, e outras verbas). Despesas desnecessárias. Vedação. Regras do IRPJ. Aplicabilidade à CSLL.  

Registre-se que muitas das referidas verbas restaram sequer comprovadas pela recorrente, conforme aponta o TVF.

Quanto à alegação de inaplicabilidade do art. 299 do RIR/99 à apuração da CSLL, sob o fundamento de que o mencionado dispositivo teria aplicação restrita ao IRPJ, os argumentos da recorrente não merecem prosperar.

Se a legislação do IRPJ preceitua que determinada parcela deva ser adicionada/excluída ou não considerada para efeito da apuração do lucro real, idêntico procedimento deve ser efetuado para cálculo do valor devido da CSLL, por força do que dispõe o art. 57 da Lei n.º 8.891/91.
- 10) Da alegação de que quanto ao tópico exclusão de lucro da incorporada passou “desapercebido” pela Fiscalização a reversão dos Juros sobre Capital Próprio (JCP).  

Que não comprovou a recorrente o alegado JCP devendo ser mantida a decisão da DRJ.
- 11) Quanto à alegada insuficiência de base de cálculo negativa da CSLL, informa a existência de outro processo administrativo fiscal (PAF) sobre o mesmo tema e pleiteia o sobrestamento do presente tópico.  

Que a decisão da DRJ desfavorável à tese da recorrente.
- 12) Da legalidade da multa isolada e da possibilidade de aplicação da multa isolada com a multa de ofício.
- 13) Da legalidade da aplicação dos juros sobre a multa.

Vieram esses autos a julgamento perante essa mesma turma em 20/02/2018, quando esses foram sobrestados para que o contribuinte pudesse comprovar o cumprimento dos requisitos previstos nas Cláusulas 2ª, 3ª e 4ª do Convênio ICMS 190, de 15 de dezembro de 2017.

Cabe ainda observar que a recorrente entregou memorial nesse Conselho em julho do corrente ano, e nele, além de ratificar e resumir os fundamentos de seu recurso, também arguiu a aplicação do art. 24 da LINDB, que será devidamente exposto abaixo.

Este é o relatório do essencial.

## Voto Vencido

Conselheira Letícia Domingues Costa Braga, Relatora.

O Recurso Voluntário é tempestivo e dele conheço.

### 01 – Delimitação da lide

Como já salientado pelo D.Relator na DRJ, algumas infrações não foram impugnadas, e a Contribuinte posteriormente juntou aos autos a prova de quitação das parcelas, sendo que elas:

- VIII – Gratificações Pagas aos Administradores, fato gerador em 31/12/2007, (item 3.6.2 do TVF) - fls.1.816/1.817;
- X – Doações Não Dedutíveis, fato gerador em 31/12/2005, (item 3.7 do TVF) – fls.1.818;
- XI – Receitas Não Contabilizadas, fatos geradores em 31/12/2005 e 31/12/2006 (item 3.8 do TVF) – fls.1.819;
- XII – Adição de Prejuízo de Incorporada, fato gerador em 31/12/2007 (item 3.9 do TVF) – fls.1.819;
- XV – Lucro de Controlada na Exterior, fato gerador em 31/12/2005 (item 3.11 do TVF) – fls.1.822;

Sendo, assim, segue quadro resumo:

<b>Matéria Tributável Não Impugnada Apuração do IRPJ, Adicional de IRPJ e CSLL</b>				
<b>Matéria Tributável (MT)</b>		<b>Fato Gerador / Valores em R\$</b>		
<b>Auto de Infração</b>	<b>Termo Fiscal</b>	<b>31.12.2005</b>	<b>31.12.2006</b>	<b>31.12.2007</b>
Item 002	Item 3.7	880.000,00	-	-
Item 008	Item 3.11	1.447.008,08	-	-
Item 009	Item 3.8	275.827,52	14.746.382,68	-

Item 003	Item 3.6.2	-	-	442.724,43
		-	-	463.235,00
Item 011	Item 3.9	-	-	115.000,00
<b>TOTAL (MT)</b>		<b>2.602.835,60</b>	<b>14.746.382,68</b>	<b>1.020.959,43</b>
IRPJ (15%)		390.425,34	2.211.957,40	153.143,91
Adicional (10%)		260.283,56	1.474.638,27	102.095,94
<b>IRPJ Devido</b>		<b>650.708,90</b>	<b>3.686.595,67</b>	<b>255.239,85</b>
<b>CSLL Devida (9%) da MT</b>		<b>234.255,20</b>	<b>1.327.174,44</b>	<b>91.886,35</b>

<b>Fato Gerador</b>	<b>IRPJ (R\$)</b>	<b>CSLL (R\$)</b>
31.12.2005	650.708,90	234.255,20
31.12.2006	3.686.595,67	1.327.174,44
31.12.2007	255.239,85	91.886,35
<b>IRPJ/CSLL Totais Não Impugnados</b>	<b>4.592.544,42</b>	<b>1.653.315,99</b>

## 02 - LINDB

Preliminarmente, impõe-se a análise da aplicabilidade e do alcance do artigo 24 da LINDB. O dispositivo tem a seguinte redação:

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Adoto o entendimento exposto pela Ilustre Conselheira Lívia De Carli Germano e gravado no Acórdão nº 1401002.993, de 20 de novembro de 2018.

Defende a Recorrente que tal dispositivo tem aplicação imediata ao caso, devendo ser cancelada a autuação fiscal, já que o procedimento por ela adotado se deu

com base nas orientações da época, ou seja, foi pautado na jurisprudência majoritária deste CARF sobre a matéria.

Todavia, entendo que não é este o alcance da norma.

É que o campo tributário possui regramento próprio na Constituição Federal que não pode ser ignorado, em especial quando se analisa a hierarquia das fontes normativas.

De fato, o artigo 146 da Constituição Federal estabelece que a edição de normas gerais em matéria tributária é matéria reservada à lei complementar. E não é à toa. É que em um ambiente em que todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) têm competência e capacidade tributária ativa, a edição de normas gerais não pode emanar de um desses entes (lei federal), devendo advir de norma especial com caráter de legislação nacional, papel da lei complementar.

É esse o status do Código Tributário Nacional e de qualquer norma que pretenda veicular norma geral em matéria tributária.

Assim, já causa estranheza que o legislador tenha pretendido o alcance que defende a Recorrente por meio da edição de uma lei ordinária federal.

Vale lembrar, ademais, que o CTN possui regramento específico sobre a matéria, estabelecendo o artigo 100 que a observância das chamadas normas complementares (das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos) exclui tão somente a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo. Jamais o principal de tributo. Da mesma forma, o artigo 146 do CTN traz regramento próprio sobre o efeito intertemporal da introdução de novos critérios jurídicos – leia-se, nova interpretação – no processo de constituição do crédito tributário. Diante disso, dar ao artigo 24 da LINDB o alcance que a Recorrente pretende é, ao fim e ao cabo, acreditar que lei ordinária federal poderia trazer uma espécie de exceção à norma do artigo 100 do CTN, o que vai de encontro a regras básicas de interpretação das normas em um sistema constitucional complexo como o brasileiro.

Na verdade, a análise mais detida do teor do artigo 24 da LINDB também leva à conclusão de que ele não tem o alcance que a Recorrente pretende.

A começar pelo contexto em que tal norma foi editada, eis que a exposição de motivos do projeto de lei indica que suas disposições tiveram como pano de fundo os processos de controle das contratações públicas, em especial aqueles das instâncias de controle dos gastos públicos, como o TCU e a CGU.

Ademais, a análise do texto indica que o dispositivo se dirige-se à revisão de ato, processo ou norma emanados da própria Administração, bem como de contrato ou ajuste entabulados entre a Administração e o particular, não se aplicando ao lançamento fiscal, eis que lançamento não configura procedimento de “revisão”, uma vez que não cuida de “revisar” a validade de quaisquer atos ou contratos da Administração.

Assim, o lançamento tributário não se ocupa da revisão de atos administrativos e jamais declara a invalidade de ato ou de “situação plenamente constituída”. A entrega de declaração pelo contribuinte, pelo que se opera o “auto-lançamento” ou o “lançamento por homologação”, não gera situação plenamente constituída, já que por definição a apuração feita pelo contribuinte é sempre provisória e precária, sujeita a homologação da autoridade competente, não havendo que se falar em “situação plenamente constituída” antes da homologação (expressa ou tácita) pela autoridade fiscal.

Vale notar que dar ao artigo 24 da LINDB o alcance pretendido pela Recorrente em nome da "segurança jurídica" acabaria por "engessar" o contencioso administrativo, impossibilitando-o de evoluir com eficiência, retirando dos debates tributários a tecnicidade da especialização dos Tribunais/Conselhos de Recursos Fiscais, que diuturnamente lidam com casos que envolvem critérios contábeis, situações e documentos específicos que o Poder Judiciário não tem condição (e nem estrutura) para analisar, o que acabaria por aumentar a vulnerabilidade dos contribuintes trazendo, veja só, insegurança jurídica.

Ante o exposto, oriento meu voto por rejeitar a preliminar de aplicação do artigo 24 da LINDB ao caso em questão.

### **03) RECURSO DE OFÍCIO**

#### **3.1) HEDGE**

Tendo em vista que o Conselheiro relatou algumas partes da autuação no próprio voto, segue abaixo a parte relatada:

- XV - RESULTADO DE HEDGE - EXCLUSÃO INDEVIDA (Item 3.12 do TVF);

- No Item 3.12, a fiscalização alega ter havido exclusão indevida do lucro líquido, para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSL, de resultados negativos obtidos em operações realizadas em mercados de liquidação futura;

- O fisco acusa a impugnante de ter excluído, sem autorização legal, perdas em operações financeiras nos meses de setembro, outubro, novembro e dezembro de 2007;

- No curso das investigações fiscais que deram ensejo à autuação, a impugnante procurou esclarecer como se dava o reconhecimento contábil e fiscal dos ganhos e perdas decorrentes das referidas operações financeiras, tendo demonstrado que, do ponto de vista fiscal, o procedimento por ela adotado estava de acordo com o disposto no art. 32 da Lei n. 11051, de 29.12.2004;

- Em que pesem os esclarecimentos prestados, a fiscalização chegou a conclusão diferente, entendendo que o procedimento adotado pela impugnante não encontra amparo no referido art. 32;

- Na visão da autoridade fiscal autuante, a impugnante não apenas teria deixado de observar aquela norma, como teria deduzido em duplicidade as despesas financeiras em questão;

- Mesmo sendo essas as acusações fiscais, o presente item dos autos de infração possui como fundamento os art. 249 e 250 do RIR/99, aprovado pelo Decreto n. 300, de 26.3.1999, que tratam genericamente das adições e exclusões ao lucro líquido, e não têm qualquer relação com o art. 32 da Lei n. 11051;

- Tal fato revela a fragilidade desse item da autuação, o que, por si só já seria suficiente para invalidá-la. Contudo, conforme será demonstrado a seguir, é inquestionável a validade do procedimento adotado pela impugnante, o que também justifica o seu cancelamento;

- A conclusão a que chegou o fisco em relação às operações de hedge está equivocada, pois decorre de premissas que não correspondem à realidade, fato que acabou viciando o raciocínio desenvolvido pela fiscalização. Na verdade, o Sr. AFRFB não entendeu o procedimento contábil da impugnante, daí vindo a concluir erroneamente;

- Com efeito, a autoridade fiscal não atentou para alguns detalhes que, se devidamente considerados, evidenciam de forma inquestionável que o procedimento adotado pela impugnante está de acordo com a lei;

- Diante disso, é necessário descrever as operações de hedge praticadas, bem como demonstrar qual o seu impacto nos resultados contábil e fiscal da impugnante, o que será feito a seguir;

- A impugnante, dentre outras atividades, dedica-se à exportação de produtos agrícolas, sendo a soja o mais significativo deles. Tais produtos são commodities, cujo preço está sujeito a oscilações decorrentes da sua cotação na Bolsa de Mercadorias de Chicago;

- Seguindo prática comum nesse tipo de atividade, as mercadorias exportadas eram adquiridas junto a produtores rurais antes da colheita da correspondente safra, mediante contratos para entrega futura;

- A fim de proteger o estoque de mercadorias a serem exportadas contra possíveis oscilações de preço e flutuações da moeda, tendo em vista que as operações eram praticadas em dólar americano, e com o intuito de evitar perdas inesperadas, a impugnante adotava como política a contratação de operações de cobertura (hedge); [...]

- Pois bem. Tendo em vista que o objetivo das operações em questão era mesmo proteger o valor das mercadorias a serem exportadas, a liquidação dos contratos de hedge ficava atrelada à contratação da venda efetiva das mercadorias ao exterior. Uma vez fechada a operação de venda dessas mercadorias, o respectivo preço não estava mais sujeito a variações, tornando-se desnecessária a proteção dos estoques. Nesse momento, então, liquidavam-se as operações de hedge;

- Muito embora os ganhos ou perdas nessas operações já tivessem se verificado no momento da sua liquidação, na contabilidade, tais valores não eram levados imediatamente a resultado;

- Dada a sua vinculação ao valor dos estoques, contabilmente, os ganhos ou perdas decorrentes das operações de hedge, mesmo após a sua liquidação, eram controlados em contas específicas do ativo circulante da impugnante, vinculadas ao valor do estoque;

- Com base em tal procedimento, tais valores somente eram levados ao resultado contábil após o embarque das mercadorias exportadas, quando também eram baixados a resultado os custos dos produtos vendidos;

- com o intuito de ilustrar melhor o procedimento acima descrito, é possível dividir as operações em questão em cinco momentos distintos, quais sejam:

1º momento: compra da safra futura junto aos produtores rurais;

2º momento: contratação das operações de hedge (vendas futuras de mercadorias);

3º momento: venda efetiva de mercadorias para o exterior;

4º momento: liquidação das operações de hedge; e

5º momento: embarque das mercadorias ao exterior;

- Conforme já exposto, no 1o momento, a impugnante está exposta a variações no valor das mercadorias a serem exportadas. A fim de evitar perdas inesperadas, ela contrata as operações de hedge, o que correspondente ao 2o momento. Posteriormente, no 3o momento, uma vez contratada a venda efetiva das mercadorias ao exterior, o valor do estoque vendido não mais está sujeito a oscilações, o que torna o hedge desnecessário. Então, no 4o momento, liquida-se a operação de hedge. Contudo, tendo em vista que tais operações financeiras têm como finalidade proteger o estoque, somente no 5o momento, quando os respectivos custos são baixados a resultado, é que a impugnante reconhece contabilmente os ganhos ou perdas decorrentes das operações de hedge;

- A despeito de tudo o que ocorre na contabilidade, para fins fiscais, a impugnante adotava procedimento diferente, reconhecendo os ganhos ou perdas verificados nas operações de hedge no momento da sua liquidação;

- E nem poderia ser diferente, pois o art. 32 da Lei n. 11051 é claro ao dispor que "para efeito de determinação da base de cálculo do imposto de renda das pessoas jurídicas e da contribuição social sobre o lucro líquido (...) os resultados positivos ou negativos incorridos nas operações realizadas em mercados de liquidação futura, inclusive os sujeitos a ajustes de posições, serão reconhecidos por ocasião da liquidação do contrato, cessão ou encerramento da posição".

- Aplicando essa regra, diferentemente do que ocorria na sua contabilidade, a impugnante reconhecia as perdas e os ganhos decorrentes das operações de hedge no momento da liquidação dos respectivos contratos (4o momento);

- Tendo em vista que os ganhos e perdas verificados nas citadas operações somente eram lançados na contabilidade em contas de resultado quando do embarque das mercadorias, a impugnante tratava de ajustar o seu resultado por meio de adições e exclusões em seu LALUR e na sua DIPJ.

- Assim, se no momento da liquidação dos contratos de hedge a impugnante apurava uma perda, considerando que os respectivos valores ainda não eram levados a resultado, ela efetuava a exclusão dos montantes correspondentes em seu LALUR e DIPJ, de modo que o seu resultado fiscal fosse reduzido pelo valor da perda verificada já no momento da liquidação das operações;

- Posteriormente, quando do embarque das mercadorias vendidas, como a referida perda era baixada a resultado, juntamente com os respectivos custos de estoque, a impugnante então procedia à sua adição no LALUR e DIPJ, considerando que para fins fiscais aqueles montantes já haviam sido deduzidos, evitando uma dupla dedução;

- Ora, foi justamente isto o que ocorreu no caso dos presentes autos. No período-base de 2007, quando da liquidação das operações de hedge, a impugnante apurou perdas que totalizaram R\$ 373.601.562,02;

- Ocorre que, do valor total dessas perdas, considerando que apenas parte das mercadorias havia sido objeto de efetivos embarques, a impugnante somente levou ao resultado contábil a quantia de R\$ 118.562.234,13;

- Os R\$ 255.039.327,89 restantes permaneceram registrados em estoque, no ativo, aguardando a posterior baixa a resultado, quando houvesse o embarque das correspondentes mercadorias (5o momento);

- Mas, cumprindo à risca a norma contida no art. 32 da Lei n. 11051, a diferença lançada no ativo, no valor de R\$ 255.039.327,89, foi objeto de exclusão no LALUR e na DIPJ pela impugnante (4o momento). Vide docs. 38, 38.1 e 39, anexos;

- Veja-se que embora na contabilidade a impugnante tenha registrado perdas no valor de R\$ 118.562.234,13, as perdas efetivamente incorridas em razão da liquidação das operações de hedge perfaziam R\$ 373.601.562,02. Por isso, a diferença entre tais valores, no montante de R\$ 255.039.327,89, foi objeto de exclusão no LALUR e na DIPJ;

- Posteriormente, em 2008, quando ocorreu o embarque das mercadorias e os correspondentes custos foram baixados contabilmente a resultado, a impugnante anulou os efeitos desses lançamentos contábeis para fins fiscais por meio de adição dos mesmos R\$ 255.039.327,89 em seu LALUR;

- Tal adição pode-se ser facilmente comprovada pelo LALUR da impugnante, e pela sua DIPJ 2009, referente ao ano-base de 2008, especificamente nas fichas 09A, linha 39, e 17, linha 39);

- A fim de confirmar os fatos acima descritos, especificamente no que diz respeito às operações de hedge em 2007 e 2008, a impugnante solicitou à PriceWaterhouseCoopers a elaboração de um laudo (doc. 40), contendo a descrição dos procedimentos adotados e a confirmação de que, realmente, os valores excluídos em 2007 no LALUR foram posteriormente adicionados em 2008, quando da sua baixa a resultado;

Aquela empresa de auditoria atesta que de fato:

(i) em 2007, as perdas em operações de hedge já liquidadas totalizaram R\$ 373.601.562,02;

(ii) em razão do procedimento contábil acima descrito, desse total, apenas R\$ 118.562.234,13 foram levadas ao resultado contábil em 2007;

(iii) a diferença entre os dois valores acima, no valor de R\$ 255.039.327,89, foi objeto de exclusão no LALUR e na DIPJ;

(iv) em 2008, os R\$ 255.039.327,89 foram baixados ao resultado contábil;

(v) e para evitar uma dupla dedução, os R\$ 255.039.327,89 foram adicionados ao LALUR e na DIPJ em 2008.

- Diante das considerações acima, não há outra conclusão possível senão a de que a impugnante cumpriu a regra prevista no art. 32 da Lei n. 11051. Estando cumprida a referida norma, deve ser cancelada a exigência fiscal correspondente a este item da autuação;

- A impugnante quer registrar que explicou tal procedimento à fiscalização no curso das investigações que culminaram nos autos de infração "sub judice";

- Todavia, ao analisá-lo, a fiscalização não compreendeu exatamente alguns detalhes das operações e acabou concluindo, equivocadamente, que a impugnante teria deduzido as perdas em questão em duplicidade. É o que se verifica nos seguintes trechos, extraídos do TVF:

"(...) Assim, não há fundamento legal para a exclusão daqueles valores na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSL, pois ao fazê-lo, reduziu o resultado do exercício pela segunda vez pelo mesmo fato: uma pelo aumento do custo causado pela transferência não revertida dos prejuízos nas operações de hedge para custo (contábil), ou seja vai apropriar esses prejuízos quando efetuar a venda das mercadorias às quais foram associados; outra pela exclusão propriamente dita dos prejuízos para custo (extra contábil)"

- Contudo, essa conclusão está equivocada. Os esclarecimentos acima deixaram claro que, na contabilidade, as perdas em questão somente eram baixadas a resultado

e, portanto, reduziam o lucro líquido da impugnante, uma única vez, qual seja: no momento da baixa dos custos das mercadorias vendidas do estoque (1º momento);

- Por isso mesmo é que, para cumprir o art. 32 da Lei n. 11051, os valores ainda não registrados em contas de resultado foram objeto de exclusão no LALUR e na DIPJ, de modo que a totalidade das perdas incorridas, correspondentes a operações efetivamente liquidadas, fosse deduzida na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSL;

- E como já exposto, em 2008, quando as perdas em questão foram finalmente lançadas a resultado, a impugnante procedeu à sua adição no LALUR, eliminando a alegada dupla dedução; [...]

- No caso dos autos, é inquestionavelmente válido, do ponto de vista contábil, o procedimento adotado pela impugnante, acima descrito. A maior prova disso é que a empresa que auditou a impugnante nos anos de 2007 e 2008 aprovou os seus balanços sem qualquer ressalva (docs. 41 e 42);

- Por todo o exposto, deve ser cancelada a exigência fiscal referente às perdas decorrentes de operações de hedge, eis que (i) elas foram deduzidas fiscalmente com estrita observância ao art. 32 da Lei n. 11051 e (ii) ao contrário do que alega o fisco, não houve qualquer duplicidade quanto ao seu aproveitamento;

- Por fim, caso seja mantida autuação objeto deste item, hipótese admitida apenas a título de argumentação, deve ao menos ser retificado o valor da glosa, eis que a exclusão considerada indevida pela fiscalização em 2007 totalizou R\$ 255.417.827,68, montante que é superior aos valores efetivamente excluídos pela impugnante em seu LALUR e DIPJ, os quais somam R\$ 255.039.327,89, como já exposto anteriormente.

Quando da decisão da DRJ, a parcela relativa ao hedge foi exonerada, nos seguintes termos:

A Impugnante, como alegado por seu representante legal na impugnação, procura demonstrar que a autoridade fiscal não teria entendido seu procedimento de contabilização quando da liquidação das operações de hedge.

Explicou que quando o preço da mercadoria já não estava sujeito à oscilações, pois concluída a operação de venda, liquidava-se a operação da cobertura (hedge).

Neste momento, de acordo com o art.32 da Lei nº 11.051/2004, é que tais ganhos ou perdas decorrentes da liquidação das operações de hedge é que deveriam compor a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, a saber:

Art. 32. Para efeito de determinação da base de cálculo do imposto de renda das pessoas jurídicas e da contribuição social sobre o lucro líquido, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins e da Contribuição para o PIS/Pasep, os resultados positivos ou negativos incorridos nas operações realizadas em mercados de liquidação futura, inclusive os sujeitos a ajustes de posições, serão reconhecidos por ocasião da liquidação do contrato, cessão ou encerramento da posição.

§ 1º O resultado positivo ou negativo de que trata este artigo será constituído pela soma algébrica dos ajustes, no caso das operações a futuro sujeitas a essa especificação, e pelo rendimento, ganho ou perda, apurado na operação, nos demais casos.

A Contribuinte afirmou que assim não procedia, conforme ela própria destacou em sua impugnação: “Muito embora os ganhos ou perdas nessas operações já tivessem se verificado no momento da sua liquidação, na contabilidade, tais valores não eram levados imediatamente a resultado.”

Na realidade, os ganhos ou perdas decorrentes desta operações (hedge) foram, sim, contabilizados em conta de resultado (lucros e perdas), conforme, inclusive, a Contribuinte já tinha esclarecido em atendimento à intimação fiscal, a saber:

Documento 41, Item 22 (Volume V, fl.911):

[...] ressaltamos que no momento da liquidação das operações financeiras (hedge) os eventuais ganhos ou perdas foram contabilizados, no ano-calendário de 2007, diretamente no resultado da Bunge Alimentos S/A, nas seguintes contas contábeis:

3408010129 – CPV – LUCRO OPERAÇÃO C

3408010130 – CPV – PREJUÍZO OPERAÇÃO CB

3408010131 – CPV – COMISSOES OPER.C

3408010133 – RESULTADO OPER. COM OPÇÕES

3408010134 – COMISSÕES S/OPER. C

3408010147 – CPV – V CAMBIAL OPER. CBOT

Estas contas contábeis a que se refere a Contribuinte recebem créditos e débitos e, ao final, revelarão saldos credores ou devedores, conforme registrado no Razão Contábil, conta Hedge Resultado, acostado por cópia às fls.1.452 a 1.453 (Volume VIII).

O saldo (devedor) na importância de R\$ 373.616.550,40 (fl.1.453) é um saldo que reflete a movimentação ocorrida naquelas contas contábeis (supra), as quais receberam créditos e débitos, portanto, esta importância, por se apresentar devedora, é a perda com hedge. Quando do 'zeramento' destas contas contábeis para fins de apuração do resultado contábil, não é este saldo que é levado para a apuração, mas sim os saldos (credores ou devedores) verificados naquelas diversas contas contábeis.

Temos, nas já mencionadas fls.1.452 a 1.453 (Volume VIII), cópia do Razão, conta Hedge Resultado, o período de setembro a dezembro de 2007 (época que contemplou o lançamento fiscal) e, como não há qualquer restrição por parte da autoridade fiscal quanto ao seu conteúdo contábil, é de se ter como adequados os valores que ali se encontram, até porque a ressalva da autoridade é quanto à exclusão indevida de saldo existente em outra conta contábil, que fora considerado pela Contribuinte como exclusão na apuração do Lucro Real.

Reiterando, quando da transferência (encerramento) daquelas contas contábeis para fins de apuração do resultado contábil, não é o saldo (devedor) na importância de R\$ 373.616.550,40 que é levado para a apuração, mas sim os saldos (credores ou devedores) verificados naquelas diversas contas contábeis. A perda com hedge, segundo os registros contábeis ora referidos é de R\$ 373.601.562,02 [R\$ 373.616.550,40, (-) R\$ 14.988, fl.1.453]. De se mostrar, desprezando-se os centavos, e com base no Razão Contábil - conta Hedge Resultado, fls.1.452 a 1.453 (Volume VIII)

Conta Contábil		Saldo (R\$)		Encerramento p/ apuração do Resultado Contábil (R\$)	
Nº	Denominação	Credor	Devedor	Débito	Crédito
3408010129	CPV Lucro Operação C	85.794.384	-	-	85.794.384
3408010130	CPV Prej. Operação	-	465.308.145	465.308.145	-

	CB				
3408010131	CPV Comissões Oper. C	-	1.213.119	1.213.119	-
3408010133	Resultado Oper. Com	-	1.887.562	1.887.562	-
3408010134	Comissões S/ Oper. C	-	15.037	15.037	-
3408010147	CPV V. Cambial Oper. Cbot	9.027.918	-	-	9.027.918
Resultado Contábil (Resultado Hedge)				<b>373.601.562</b>	-

A Contribuinte, continuando na sua explicação cerca da exclusão que fez no LALUR e que culminou com o lançamento ora combatido, esclarece seu procedimento de contabilização, onde afirma que parte do resultado da liquidação das operações com hedge é revertido para contas de estoque, ali permanecendo até o embarque da mercadoria, quando faz a baixa do estoque sendo o custo correspondente então levado a resultado.

No entendimento da Contribuinte, quando se encerra o ciclo da cobertura feita com o hedge, ocasião em que as operações pertinentes são liquidadas, os ganhos e perdas são levados ao resultado contábil, mas, para aquelas mercadorias que foram vendidas (o valor do estoque não está mais sujeito à oscilações) mas não embarcadas ainda para o exterior, “[...] os ganhos ou perdas decorrentes das operações de hedge, mesmo após a sua liquidação, eram controlados em contas específicas do ativo circulante da impugnante, vinculadas ao valor do estoque.”

Conforme esclareceu a Contribuinte em atendimento à intimação fiscal, a saber:

Documento 41, Item 22 (Volume V, fl.912):

Entretanto, conforme mencionado anteriormente, parte dos resultados das operações de hedge liquidadas foram revertidos do resultado, através do lançamento na conta "3408010127 - CPV DIFERIM.OPER.CBO", em contrapartida às seguintes contas patrimoniais:

1110010130 – ESTOQUE MP (OP.HEDGE) – FUT – SOJA

1110010131 – ESTOQUE MP (OP.HEDGE) – SOJA

1110010830 – ESTOQUE MP-OP.HEDGE

11100030116 – ESTOQUE MP (OP.HEDGE) – FUT

1110030117 – ESTOQUE MP (OP.HEDGE)

1110030214 – ESTOQUE MP (OP.HEDGE) – FUT

1110030215 – ESTOQUE MP (OP.HEDGE)

1110030515 ESTOQUE MP (OP.HEDGE)

1110031010 ESTOQUE MP (OP.HEDGE)

Em razão desse procedimento contábil, a fim de respeitar o previsto no art. 32 da Lei nº 11.051, de 29 de dezembro de 2004, o qual veio estabelecer que tais valores, sendo positivos ou negativos, somente serão reconhecidos nas bases de cálculo do IRPJ quando da liquidação dos contratos financeiros, a companhia elimina o efeito do lançamento na conta 3408010127 — CPV-DIFERIM.OPER.CBO, através da

exclusão/adicion, no cálculo do IRPJ, da variação das correspondentes contas patrimoniais (contrapartidas da conta de resultado 3408010127)."

Esta conta contábil – CPV – DIFERIM.OPER.CBO – recebe as contrapartidas dos lançamentos contábeis efetuados naquelas contas de estoque (supra), tendo apresentado, em dez/2007, um saldo credor de R\$ 255.039.327,89, conforme registro no Razão pertinente, acostado por cópia às fls.1.450 a 1.451, Volume VIII.

Tratando-se de uma conta de resultado, quando do ‘zeramento’ para apuração de lucros e perdas (denominações da Contribuinte), esta conta é debitada (encerrada) e creditada (transferida) para fins de apuração do resultado contábil.

Estamos diante, portanto, de duas contas que afetam o resultado contábil da empresa, uma de natureza devedora – a perda com hedge, de R\$ 373.601.562,02 – e outra, de natureza credora, de R\$ 255.039.327,89, que, confrontadas na apuração do resultado contábil, resultou na sua dedução, pela diferença entre ambas no valor de R\$ 118.562.234,13.

A Contribuinte afirmou em sua impugnação que, do total das perdas com hedge, “[...] apenas R\$ 118.562.234,13 foram levadas ao resultado contábil em 2007”, o que não é uma verdade absoluta. Como já vimos, o Razão das contas envolvidas e ora mencionadas evidencia que a Contribuinte, contrariamente ao alegado na impugnação mas coerente com o afirmado nas respostas dadas às intimações fiscais, contabiliza diretamente em seu resultado – valores obtidos daquelas várias contas às fls.1.452/1.453, Vol. VIII - as operações liquidadas de hedge (de acordo, portanto, com o art.32 da Lei nº 11.051/2004), que importaram no montante (de perda) de R\$ 373.601.562,02.

Então, é este o valor (perda) que deve influenciar o resultado contábil, mas quando a Contribuinte, por conta de seu procedimento de contabilização, registra uma parcela desta perda (já contabilizada como tal) em conta (de resultado) de natureza credora, - a conta contábil CPV – DIFERIM.OPER.CBO -, os valores então recebidos nesta conta, no montante de R\$ 255.039.327,89, acabam por reduzir o valor (a perda) contabilizado na conta Hedge Resultado (fls.1.452/1.453), daí porque a Contribuinte fez a exclusão deste valor no LALUR, na apuração do ano calendário de 2007, que, não obstante se possa fazer ressalvas ao seu procedimento contábil, é de se concluir que tal exclusão não acarretou os efeitos que lhe deu a autoridade fiscal.

Oportuno que nos reportemos às conclusões a que chegou a autoridade fiscal e mostrar seus equívocos. Em certo momento de sua descrição no Termo Fiscal afirmou que “Se a intenção era anular o efeito da apropriação do prejuízo das operações de hedge liquidadas aos custos, deveria adicionar ao lucro líquido o saldo da conta 3408010127 - CPV-DIFERIM.OPER.CBO. Ao fazer a exclusão, na verdade, reduziu o lucro real, sem anular a redução de custos, ou seja, duplicou o efeito dos lançamentos efetuados na conta 3408010127 - CPV-DIFERIM.OPER.CBO.” [destaquei].

O saldo, credor, da conta 3408010127 - CPV-DIFERIM.OPER.CBO aumentou o resultado contábil do exercício e não poderia ser adicionado, uma vez que na escrituração não tinha reduzido o resultado contábil, portanto, não vejo sinais de duplicação de valores na apuração do resultado final da Contribuinte.

Ainda, mais adiante, a autoridade fiscal conclui “Traduzindo em números, apropriou R\$459.425.923,55 como resultado negativo de operações de hedge liquidadas em 2007. Parte correspondente a R\$ 255.039.327,89 foi apropriada a custo (através de valorização do estoque de mercadorias). Até aqui, todo o montante do prejuízo de R\$459.425.923,55 está considerado no lucro contábil, parte diretamente (diferença entre R\$459.425.923,55 e R\$255.039.327,89) e parte através do aumento

de custo (R\$255.039.327,89). Aí, a BUNGE resolveu excluir R\$ 255.039.327,89 do lucro líquido na apuração do lucro real sob o falso argumento de obediência ao art. 32 da Lei n.º 11.051/2004.”

Acredito que a autoridade fiscal deve estar se referindo à importância de R\$ 459.410.935,17 (fl.1.453) e não a de R\$ 459.425.923,55, como resultado negativo de hedge. Mas, independente de qual seja, o fato é que já ficou evidenciado nos autos que o valor a este título foi de R\$ 373.601.562,02, mas, mesmo assim, devo esclarecer – talvez daí a menção equivocada da autoridade fiscal – que o que consta no Razão como transferido para lucros e perdas (denominação da Contribuinte) foi a importância de R\$ 85.794.384,77 (fl.1.453), sendo que a importância de R\$ 459.410.935,17, por estar na mesma linha, nada mais é do que recomposição do saldo da conta - que, ao final fica zerado -, mas as várias contas (seus saldos) de resultado é que foram realmente transferidas para lucros e perdas (v.Quadro supra).

Tanto a autoridade fiscal quanto a Contribuinte, em suas peças descritivas, sabem que somente com a liquidação das operações com hedge, é que os ganhos e/ou perdas podem fazer parte na apuração do IRPJ e da CSLL (art.32 da Lei n.º 11.051/2004, já transcrito neste Voto) e que, no caso, as perdas apuradas foram da ordem de R\$ 373.601.562,02 e contabilizadas em conta de resultado, conforme já mostrado no Razão (v. Quadro Supra).

Em sua impugnação, a Contribuinte, por seu representante legal, afirmou que “[...] do valor total dessas perdas, considerando que apenas parte das mercadorias havia sido objeto de efetivos embarques, a impugnante somente levou ao resultado contábil a quantia de R\$ 118.562.234,13.”

Por certo que a Contribuinte está se referindo ao efeito líquido que seu procedimento de contabilização provocou na apuração de seu resultado contábil, a saber:

Contas de Resultado Contábil	Devedora/Credora	Valor em R\$
Hedge Resultado	Devedora	(373.601.562,02)
CPV-DIFERIM.OPER.CBO	Credora	255.039.327,89
Efeito Líquido no Resultado	-	118.562.234,13

A Contribuinte poderia, tanto que assim fez e confirmou durante a ação fiscal (apesar de seu representante legal na impugnação insistir que não), ter contabilizado sua perdas/ganhos com hedge em conta de resultado, uma vez que as pertinentes operações já tinham sido liquidadas. A contabilização na conta CPV-DIFERIM.OPER.CBO, em contrapartida aos lançamentos em estoque, acabou por reduzir, como mostrado acima, contabilmente, o total das perdas com hedge.

Em assim sendo, para restabelecer a totalidade das perdas com hedge, entendo que a exclusão da importância de R\$ 255.039.327,89, promovida pela Contribuinte na apuração do lucro real do ano calendário de 2007, não acarretou prejuízos à Fazenda Nacional, nos termos em que aventado pela autoridade autuante.

#### **Do embarque das mercadorias vendidas (exportadas)**

Quando do embarque das mercadorias vendidas, o respectivo custo era levado a resultado e, uma vez que, no caso, uma parte daquele estoque, com cobertura de hedge liquidada em 2007, foi embarcado em 2008, o ajuste foi feito em 2008, tendo em vista de que a perda já tinha sido totalmente contabilizada em 2007.

De se reproduzir o que consta na impugnação:

Posteriormente, em 2008, quando ocorreu o embarque das mercadorias e os correspondentes custos foram baixados contabilmente a resultado, a impugnante anulou os efeitos desses lançamentos contábeis para fins fiscais por meio de adição dos mesmos R\$ 255.039.327,89 em seu LALUR.

Tal adição pode-se ser facilmente comprovada pelo LALUR da impugnante, e pela sua DIPJ 2009, referente ao ano-base de 2008, especificamente nas fichas 09 A, linha 39, e 17, linha 39.

A fim de confirmar os fatos acima descritos, a impugnante solicitou à PriceWaterhouseCoopers a elaboração de um laudo (doc.40), contendo a descrição dos procedimentos adotados e a confirmação de que, realmente, os valores excluídos em 2007 no LALUR foram posteriormente adicionados em 2008, quando da sua baixa a resultado.

Na DIPJ/2009 – ano-calendário 2008, consta como ‘outras adições’ a importância de R\$ 284.650.909,07 (fl.2.226, Volume XII) que contemplaria aquela exclusão feita em 2007 no valor de R\$ 255.039.327,89 (fl.2.243), conforme demonstrativo elaborado por aquela empresa de auditoria, acostado às fls.2.239 a 2.246, (Doc.40, Volume XII).

Ante o exposto, não vislumbro, no procedimento contábil/fiscal adotado pela Impugnante ao caso em questão, a existência de exclusão indevida e/ou em duplicidade e/ou falta de adição ao resultado apurado em 2007, conforme concluiu a autoridade fiscal, de forma que a matéria tributável apontada no item 014 do Auto de Infração deve ser desconsiderada do lançamento de fato gerador em 31/12/2007.

Não há qualquer reparo a ser feito na decisão que bem explicou o procedimento contábil da contribuinte. Sem dúvida houve algum equívoco por parte do D. Fiscalização que não compreendeu a forma de contabilização.

Assim, devidamente explicado pelo brilhante relator na origem a forma de contabilização da Contribuinte, não há qualquer reparo a ser feito na decisão *primeva* o que impende na sua manutenção pelos próprios fundamentos.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso de ofício com relação ao Hedge.

### **3.2) Lucros no exterior – Bunge Alimentos Holding BV (Holanda)**

Cumpra repetir o relato da autuação e da impugnação do voto do D. relator da DRJ, conforme abaixo:

#### **Lucros Auferidos no Exterior**

##### **Termo de Verificação Fiscal: Item 3.11** (fls.1.651 a 1.653, Vol. IX)

No referido Termo consta que a Contribuinte não teria incluído em sua DIPJ relativa ao ano calendário de **2005**, o lucro de empresa controlada no exterior (a empresa Dinelsur Corporation) no valor de **R\$ 1.447.008,08** (incluído, entretanto, em DIPJ retificadora, após o início da ação fiscal) e, também, relativamente ao ano calendário de **2007**, a Contribuinte não teria incluído o lucro obtido com a empresa Bunge Alimentos Holding BV, sediada na Holanda, no valor de **R\$ 6.673.524,72**.

Intimada a prestar os esclarecimentos, por meio do Termo de Intimação Fiscal nº 007 (fls.923 a 924, Vol.V), a Contribuinte informou (fl.927):

*Na DIPJ entregue em 16/02/2009, não fora adicionado no cômputo do lucro real o lucro no exterior da empresa DINELSUR CORPORATION, no valor de R\$ 1.447.008,08. Cabe ressaltar que na DIPJ retificadora, entregue em 29/03/2010 esse valor consta adicionado no cálculo do IRPJ.*

*A não inclusão na linha 05 da ficha 9A, da DIPJ 2008, ano-calendário 2007, está suportada pela não disponibilização dos lucros da BUNGE ALIMENTOS HOLDING BV.*

Com base nos artigos 21 e 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001 e art.25 da Lei n.º 9.249/95 (transcritos às fls.1.652 a 1.653, Vol. IX), a autoridade fiscal adicionou, de ofício, ambos os valores ao lucro líquido para cálculo de IRPJ e de CSLL.

Na **impugnação** apresentada (fls.1.822 a 1.837, Vol.X), tem-se as alegações, em resumo:

#### **XIV - LUCRO DE CONTROLADA NO EXTERIOR (Item 3.11 do TVF);**

- No Item 3.11 do TVF que acompanha os autos de infração, a fiscalização exige o IRPJ e a CSL sobre lucros apurados por duas controladas no exterior, quais sejam: Dinelsur Corporation e Bunge Alimentos Holding BV;

- Quanto aos resultados apurados pela Dinelsur Corporation, a própria impugnante houve por bem oferecê-los à tributação, tanto que retificou sua DIPJ 2006, em 29.3.2010, para adicionar tais valores às bases de cálculo do IRPJ e da CSL. Diante disso, conforme já mencionado, essa parcela da autuação será objeto de pagamento no prazo da impugnação, com as reduções previstas na Lei n. 8218;

- Contudo, no que se refere aos lucros apurados pela Bunge Alimentos Holding BV, a exigência fiscal não merece prosperar e deve ser cancelada, tanto que não houve qualquer retificação de declaração nesse sentido;

- Ocorre que a referida controlada da impugnante está sediada na Holanda, país que fazer parte do Reino dos Países Baixos e que possui tratado com o Brasil para evitar a dupla tributação, o qual, conforme será demonstrado a seguir, prevalece sobre a legislação interna brasileira; [...]

- em matéria tributária especificamente, o CTN, exercendo sua função de norma complementar da Constituição Federal, esvaziou a celeuma doutrinária, prevendo em seu art. 98 que "*os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha*";;

- A supremacia das convenções e tratados tributários em relação à legislação interna ordinária foi reconhecida em inúmeros precedentes, citando-se como exemplo o recurso extraordinário n. 90824-2-SP, do Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), além dos recursos extraordinários n. 77924-SP e 115773-9-SP, da 1ª Turma, e os recursos extraordinários n. 83508-SP e 86035-PR, 2ª Turma, todos do STF;

- Citem-se também o recurso especial n. 154092/SP, da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, além do recurso especial n. 167758/SP, da 2ª Turma. Ainda nesse sentido são os acórdãos n. 104-18587, 106-10519, 106-10562 e 106-10563, do 1º Conselho de Contribuintes. E finalmente, adotou essa linha o acórdão n. CSRF/01-01211, da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais;

- Nem mesmo o fisco discorda disso, como esclarecido no Parecer Normativo CST n. 94/74 e no art. 1º da Instrução Normativa SRF n. 244, de 18.11.2002;

- Ainda sobre o assunto, pela clareza da exposição e pelo prestígio da autora, a impugnante transcreve a seguinte passagem do voto da Conselheira Sandra Faroni, no

acórdão n. 101-94910, de 134.2005, da 1ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes (transcrito às fls.1.823 a 1.824); [...]

- Esse é justamente o caso "sub judice", eis que as normas previstas no tratado firmado ente Brasil e o Reino dos Países Baixos prevalecem sobre o art. 74 da Medida Provisória n. 2158-35, de 24.8.2001, utilizado como fundamento dos autos de infração impugnados;

- Inicialmente, deve-se registrar que o tratado para evitar a dupla tributação firmado com o Reino dos Países Baixos foi elaborado a partir dos parâmetros definidos pela Convenção Modelo da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico (OCDE);

- Assim, tal como na Convenção Modelo, ambos os tratados contém disposições a respeito da tributação dos "lucros das empresas" (art. 7º) e também em relação aos "dividendos" (art. 10);

- Para fins de tributação de lucros auferidos por controladas no exterior, tal como prevista pelo art. 74 da Medida Provisória n. 2158-35, existe controvérsia na doutrina e na jurisprudência a respeito de qual desses dispositivos deve ser aplicado;

- Ocorre que, no caso dos autos, a aplicação de qualquer um dos dispositivos afasta a tributação dos lucros auferidos pela Bunge Alimentos Holding BV situada na Holanda. (transcreve excerto de trabalho doutrinário acerca do tema, fls.1.825/1.826);

- Aplicando-se essa posição, de que os lucros de controladas são regidos pelo art. 7º das convenções para evitar a dupla tributação, verifica-se que a competência para a tributação desses resultados é exclusiva do país no qual os lucros foram apurados;

- No caso do tratado firmado com os Países Baixos, é a seguinte a redação do art. 7º:

*"Artigo 7º*

*Lucros das Empresas*

*Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado; a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante, por meio de um estabelecimento permanente ali situado. Se a empresa exerce suas atividades na forma indicada, seus lucros podem ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis àquele estabelecimento permanente. "* (destaques da impugnante)

- A norma transcrita estabelece com clareza que os lucros auferidos por determinada pessoa jurídica devem ser tributados apenas no País em que eles forem apurados, o que, no caso dos autos, significa dizer que a tributação deve ocorrer apenas na Holanda; [...]

- É nesse sentido o entendimento adotado pela 1ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes no acórdão n. 101-95802, de 19.10.2006, em cuja ementa se lê:

*"LUCROS ORIUNDOS DE INVESTIMENTO NA ESPANHA - Nos termos da Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto sobre a Renda entre Brasil e a Espanha, promulgada pelo Decreto n. 76975, de 1976, em se tratando de lucros apurados pela sociedade residente na Espanha e que não sejam atribuíveis a estabelecimento permanente situado no Brasil, não pode haver tributação no Brasil. Não são também tributados no Brasil os dividendos recebidos por um residente do Brasil e que, de acordo com as disposições da Convenção, são tributáveis na Espanha."*

- Naquela ocasião, analisava-se o tratado firmado com a Espanha, mas os seus termos são também muito parecidos com aqueles constantes nos tratados em questão

nestes autos. Pela clareza da sua exposição, vale também transcrever os seguintes trechos do voto proferido pela Conselheira Relatora Sandra Faroni (transcrito às fls.1.827 a 1.832); [...]

- Aplicando-se o art. 7º da citada convenção ao caso dos autos, forçoso concluir que somente o fisco holandês poderia tributar os lucros auferidos pela Bunge Alimentos Holding BV, sendo improcedente a autuação ora impugnada; [...]

- Em suma, pelo acima exposto [comenta o disposto no art.10 do tratado], verifica-se que o art. 10 do tratado firmado com os Países Baixos autoriza a tributação dos **dividendos** em ambos os Estados signatários, mas, como não poderia deixar de ser, esta tributação deve ocorrer desde que eles tenham sido pagos ao respectivo titular;

- Esta afirmação é particularmente relevante para o deslinde da matéria "sub judice", caso se entenda que é aplicável o art. 10 do tratado, pois a fiscalização pretende tributar os lucros auferidos na Holanda com base no art. 74 da Medida Provisória n. 2158-35, segundo o qual os resultados de coligadas e controladas no exterior são tributáveis independentemente de efetiva distribuição (pagamento) à pessoa jurídica no Brasil;

- Portanto, diante da clara contrariedade com a convenção para evitar a dupla tributação acima citada, a eficácia do art. 74 da Medida Provisória n. 2158-35 fica comprometida e não pode fundamentar a exigência fiscal "sub judice";

- Ademais, não houve, na hipótese dos autos, qualquer disponibilização de lucros que justificasse a tributação nos termos das normas convencionais acima transcritas;

- Assim, por qualquer ângulo que se analise a autuação "sub judice", a conclusão é a mesma: o trabalho fiscal ora impugnado viola o tratado firmado com os Países Baixos, razão pela qual ele deve ser cancelado;

- Por fim, admitindo-se, apenas por hipótese, que os fundamentos expostos nos itens anteriores não venham a ser acolhidos, ainda assim deveria ser cancelada a autuação, pois nem mesmo o ordenamento jurídico brasileiro autoriza a incidência do IRPJ e da CSL sobre lucros ainda não distribuídos;

- A fiscalização pretende exigir o IRPJ e a CSL sobre lucro apurado em balanço de controlada sediada na Holanda, o qual não foi disponibilizado à impugnante, sendo o art. 74 da Medida Provisória n. 2158-35 o fundamento legal para tal procedimento;

-Todavia, essa pretensão esbarra no art. 43 do CTN (transcreve a fl.1.836), o qual define o momento da ocorrência do fato gerador do IRPJ e da CSL;

- No sistema brasileiro, a competência para a instituição de tributos é discriminada pela Constituição, mas deve ser exercida segundo os ditames do CTN, sob pena de invalidade das leis ordinárias pelas quais os entes públicos dotados das competências tributárias a exercem efetivamente. É o que deflui do art. 146 da Constituição Federal de 1988;

- No caso do imposto de renda, a competência da União Federal deriva do art. 153, inciso III, da Magna Carta, ao passo que a sua competência para a instituição da CSL está prevista no art. 195, inciso I, letra "c";

- Neste cenário, a invalidade do art. 74 da Medida Provisória n. 2158-35, utilizada como fundamento para a autuação impugnada, decorre da sua incompatibilidade com o art. 43 do CTN, ao qual, como dito, as leis ordinárias devem subserviência;

- A impugnante tem conhecimento da posição inflexível das câmaras federais de julgamento administrativo, inclusive baseada nos respectivos regimentos internos, no sentido de não adentrarem na apreciação da inconstitucionalidade das leis;

- Contudo, é dever do julgador administrativo, nos termos do art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 9784, de 29.1.1999, emitir julgamentos com base no princípio da legalidade e, portanto, nestes autos será possível analisar a validade do art. 74 à luz do art. 43 do CTN, por se tratar de matéria infra-constitucional, tanto que a jurisprudência sempre apreciou a validade de decretos e outros atos infra-legais sob o prisma do mesmo princípio. [...]

- No caso dos lucros auferidos por controladas no exterior, essa disponibilidade não se verifica antes do pagamento ou crédito dos lucros à controladora no Brasil, haia vista que, antes da deliberação pela sua distribuição, segundo a legislação societária local, a controladora não tem direito adquirido aos lucros, mas apenas expectativa dos direitos a eles correspondentes;

- Assim, ao prever a incidência dos tributos em questão na data dos balanços em que foram apurados, independentemente de pagamento ou crédito (disponibilização ficta), o art. 74 da Medida Provisória n. 2158-35 acaba por contrariar o art. 43;

- Daí porque, por mais esse fundamento, deve ser cancelada a exigência referente a este item do trabalho fiscal.

Com relação à exoneração da parcela de lucros no exterior, também cabe a essa relatora, se curvar às brilhantes razões do relator da DRJ, que assim fundamentou a sua decisão:

A econômica descrição dos fatos, no Termo Fiscal, não condiz com a relevância da matéria, que já leva uma década de discussão no Poder Judiciário.

O art. 74 da Medida Provisória 2.158-35, de 2001, foi objeto de questionamento por meio de uma ação direta de inconstitucionalidade (nº 2.5881), ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria, que recentemente voltou a pauta do Supremo Tribunal Federal – STF.

O julgamento dessa ação está em andamento no STF e enquanto o STF não concluir o julgamento, está em pleno vigor a regra que determina que os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados.

Não obstante o articulado texto da defesa feita pelos representantes da Contribuinte, a Autoridade Administrativa não dispõe de competência legal para examinar a constitucionalidade/legalidade de leis inseridas no ordenamento jurídico nacional (competência privativa do Poder Judiciário – art. 102, da Constituição Federal).

Para melhor referência e análise, de se rever o histórico das principais normas relacionadas com o tema.

A tributação dos lucros auferidos no exterior foi disciplinada desde a Lei nº 9.249/95, em seu art. 25:

*Art. 25. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano.*

*§1º Os rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na apuração do lucro líquido das pessoas jurídicas com observância do seguinte:*

*I - os rendimentos e ganhos de capital serão convertidos em Reais de acordo com a taxa de câmbio, para venda, na data em que forem contabilizados no Brasil;*

*II – caso a moeda em que for auferido o rendimento ou ganho de capital não tiver cotação no Brasil, será ela convertida em dólares norte-americanos e, em seguida, em Reais;*

*§2º - Os lucros auferidos por filiais, sucursais ou controladas, no exterior, de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real com observância do seguinte:*

*I – as filiais, sucursais e controladas deverão demonstrar a apuração dos lucros que auferirem em cada um de seus exercícios fiscais, segundo as normas da legislação brasileira;*

*II – os lucros a que se refere o inciso I serão adicionados ao lucro líquido da matriz ou controladora, na **proporção de sua participação acionária**, para apuração do lucro real;*

(...) OBS: destaquei.

A Lei nº 9.532/97 tratou especificamente da disponibilização dos lucros em seu artigo primeiro:

*“Art. 1º Os lucros auferidos no exterior, por intermédio de filiais, sucursais, controladas ou coligadas serão adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil.*

*§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, os lucros serão considerados disponibilizados para a empresa no Brasil:*

*a) no caso de filial ou sucursal, na data do balanço no qual tiverem sido apurados;*

*b) no caso de controlada ou coligada, na data do pagamento ou do crédito em conta representativa de obrigação da empresa no exterior.*

(...)

Em 10 de janeiro de 2001, a Lei Complementar nº 104 alterou o artigo 43 do CTN, incluindo o parágrafo 2º, que assim determina:

*Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:*

*I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;*

*II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.*

*§ 1º - A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)*

*§ 2º - Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)*

Com a MP nº 2.15835/ 2001, o regime de tributação das controladas e coligadas de empresas brasileiras e domiciliadas no exterior foi, novamente, alterado e de forma substancial, por meio do seu artigo 74, in verbis:

*“Art. 74. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e do art. 21 desta Medida Provisória, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão*

*considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados, na forma do regulamento.*

*Parágrafo único. Os lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2001 serão considerados disponibilizados em 31 de dezembro de 2002, salvo se ocorrida, antes desta data, qualquer das hipóteses de disponibilização previstas na legislação em vigor”*

Pelos dispositivos legais acima, a partir de 2002, os lucros auferidos no exterior passaram a ser considerados disponibilizados na data do balanço levantado pela controlada/coligada, devendo ser computados na determinação do imposto de renda e da contribuição social.

Grande parte do que se discute na doutrina e na ação (ADIN) impetrada junto ao STF, refere-se a este momento que o legislador considerou na norma como aquele que seria o fato gerador do imposto de renda, ou seja, há aqueles que entendem que a tributação recairia apenas quando os lucros fossem distribuídos e, também, os que acatam que a cobrança do imposto recai sobre a produção da riqueza (acréscimo patrimonial) e não sobre a distribuição.

Compartilho com a corrente da doutrina que assevera que a tributação de lucros de controladas e coligadas no exterior independe de sua distribuição e, neste sentido, trago excertos doutrinários acerca de tão relevante tema:

**Imposto de Renda das Empresas, Higushi, ed.2008.**

*A tributação, no Brasil, de lucros apurados pela controlada ou coligada no exterior, no próprio ano-calendário da apuração, equivale à tributação em conjunto das empresas, como ocorre em outros países. Com o acréscimo do §2º no art.43 do CTN, entendemos que o STF não vai declarar inconstitucional o art.74 da MP nº 2.15835, como ocorreu com o art.35 da Lei nº 7.713/88 em relação às sociedades por ações.*

**Fernando Netto Boiteaux, em As sociedades coligadas, controladoras, controladas, e a tributação dos lucros obtidos no exterior. Revista Dialética Tributária, n.105, jun.2004.**

*Todo e qualquer aumento patrimonial que se reflita no balanço pode ser tributado, sendo indiferente para tanto a existência, ou não, de um ato da fonte pagadora que coloque o rendimento à sua disposição. Basta a disponibilidade jurídica ou virtual, na expressão preferida por Bulhões Pedreira. Os objetivos básicos do princípio do worldwide income taxation, que o preceptivo do art.74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24.08.01, veio a atender, não são arrecadatórios, mas sim, são os de simplificar a elisão fiscal internacional abusiva ou com fraude à lei, geradas, sobretudo, pelas chamadas empresas de papel e pelos estímulos fiscais oferecidos pelos chamados paraísos fiscais.*

**Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, em Lucro de coligada ou controlada no exterior. Repertório de jurisprudência IOB 7/2002.**

*A realidade é que inviabilizaria, ou pelo menos dificultaria muito o alcance da meta originariamente perseguida pelo nosso País, caso se considere que o fato gerador da parcela de lucros das empresas controladoras ou coligadas domiciliadas no Brasil só ocorreria com a efetiva distribuição dos lucros, auferidos no exterior pelas empresas controladas ou coligadas, para as empresas brasileiras (caracterizada essa distribuição pelo pagamento, crédito, entrega, emprego ou remessa ou determinação da empresa nesse sentido); e não no momento da apuração desse lucro. [...].*

**André Martins de Andrade, em A Tributação Universal da Renda Empresarial – Uma proposta de sistematização e uma alternativa inovadora, 2008.**

*Em 1995, na sequência das tentativas anteriormente apontadas de tributar os resultados produzidos (auferidos) no exterior pelas pessoas jurídicas brasileiras por*

*meio de subsidiárias estrangeiras, o legislador brasileiro logrou, finalmente, introduzir profundas alterações na sistemática do imposto de renda das pessoas jurídicas.*

*De um lado, consagrou a tributação da pessoa jurídica em bases universais (art.25 da Lei nº 9.249/95), dando efetividade ao princípio constitucional da universalidade, introduzido na Constituição de 1988. De outra parte, abandonou a prática por tantas décadas vigente no direito pátrio da tributação tanto do lucro produzido como também da tributação do lucro distribuído. Neste passo, consagrou o regime da tributação exclusiva dos lucros no âmbito da pessoa jurídica produtora (lucro produzido) e isentou de tributo os beneficiários de sua distribuição (art.10 da Lei nº 9.249/95).*

*A Exposição de Motivos da Lei nº 9.249/95 é de clareza insofismável em relação ao escopo das transformações almejadas pelo legislador. A respeito da tributação universal: “a reforma objetiva (...) ampliar o campo de incidência do tributo, com vistas a alcançar os rendimentos auferidos no exterior por contribuintes estabelecidos no País (...).”*

*Quanto à unificação da base de incidência do imposto de renda, limitando-a apenas à produção dos lucros sem alcançar a distribuição: “Com relação à tributação dos lucros e dividendos, estabelece-se a completa integração entre a pessoa física e a pessoa jurídica, tributando-se esses rendimentos exclusivamente na empresa e isentando-os quando do recebimento pelos beneficiários.”*

*Portanto, a tributação da pessoa jurídica em bases universais é introduzida na legislação brasileira concomitantemente ao afastamento da tributação do lucro distribuído nas mãos dos sócios. A tributação em bases universais, como explicitado na regra contida no art.25 da Lei nº 9.249/95, em nenhuma hipótese contempla a tributação do lucro distribuído.*

*Tributa, isto sim, os rendimentos e ganhos de capital produzidos pela pessoa jurídica brasileira diretamente no exterior, bem como o lucro produzido pela pessoa jurídica brasileira indiretamente no exterior, seja por meio de filiais ou sucursais, seja por meio de sociedades por ela controladas ou a elas coligadas, constituídas umas e outras nos países em que se deu a efetiva produção ou geração dos resultados.*

*Tais resultados geram acréscimo patrimonial na pessoa jurídica brasileira, passível, portanto, de tributação no Brasil em que pese a produção deste acréscimo patrimonial ter-se dado em território estrangeiro e independentemente de sua distribuição.*

*Eis o verdadeiro sentido que se pode atribuir à instituição da tributação em bases universais perpetrada pela Lei nº 9.249/95 (art.25). Com efeito, se a tributação insere nesta regra pretendesse alcançar a pessoa jurídica beneficiária da distribuição de resultados perpetrada por subsidiária no exterior e não a própria produção de lucros no exterior, então não teria ocorrido, com relação a esta hipótese, a instituição do regime em bases universais.*

**Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, em Fatos Geradores do IRPJ: lucros no exterior. Revista Fórum de Direito Tributário, jan/fev.2003.**

*A palavra lucros, obtidos no exterior e vinculados a prestação indireta de serviços no exterior, significa o resultado algébrico entre as receitas obtidas e os custos e despesas incorridas. O termo dirige-se aos casos de filiais, controladas e coligadas instaladas no exterior, vale repisar, estruturas econômicas, com ou sem personalidade própria, que, de qualquer forma, recebem renda e incorrem em gastos, a fim de manter suas atividades. Neste caso, caberá à matriz controladora ou coligada brasileira apenas o resultado algébrico disponibilizado, já deduzidos os gastos necessários à manutenção do manus no exterior.*

*Não obstante a clareza do citado dispositivo legal (art.74 da MP n. 2.15835/2001), é de se entender que os lucros a que o mesmo se refere, relativamente às coligadas, por questão de técnica contábil, são aqueles apurados por empresas em que a investidora no Brasil tenha a obrigação de fazer a avaliação pelo método da equivalência patrimonial, tendo em vista que, nesses casos, os aumentos deles (lucros) decorrentes*

*são, de imediato, reconhecidos na avaliação do patrimônio da investidora no Brasil, passando a compor sua massa patrimonial, independentemente de terem ou não sido distribuídos, postos à sua disposição, ou aplicados em seu nome a qualquer título.*

Na jurisprudência administrativa do Conselho de Contribuintes (atualmente tal Colegiado denomina-se Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF) não há (imagine se não existiram, se até entre os ministros do STF há divergências acerca do tema) entendimento harmônico acerca da matéria: enquanto os Acórdãos 10.707.532 e 10808.765 julgaram que, tanto a Lei n.º 9.532/97 (art.1.º) quanto a MP 2.156-35/ 2001 (art.74 alteraram a hipótese de incidência originariamente prevista na Lei n.º 9.249/95 (art.25), que passou de imposto sobre a produção de lucros para imposto sobre a distribuição de dividendos, o Acórdão de n.º 10195.802, mencionado pela Contribuinte, firma o entendimento visto naqueles excertos doutrinários supracitados.

A propósito, acerca do firmado neste Acórdão do Conselho, de se transcrever comentário sobre sua conclusão, visto na obra (já citada supra), de André Martins de Andrade, em *A Tributação Universal da Renda Empresarial – Uma proposta de sistematização e uma alternativa inovadora*, 2008, págs.239 a 241, esclarecendo que o referido Acórdão contemplava situação entre empresa coligada sediada em país (Espanha) que tinha acordo com o Brasil para evitar dupla tributação, a exemplo do caso ora visto, em que a controlada da Contribuinte está sediada na Holanda, país onde o Brasil tem tratado semelhante:

*[...] o Acórdão 10195.802 (Eagle), julgado pela primeira câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes de Contribuintes do Ministério da Fazenda em 19.10.2006, Relatora Conselheira Sandra Maria Faroni, fixou importantes conceitos relacionados com a definição da sistemática de tributação da renda empresarial internacional. Sua ementa, no trecho relevante, é a seguinte:*

*“[...] Lucros auferidos por intermédio de coligadas e controladas no exterior – Na Lei 9.532/97 o fato gerador era representado pelo pagamento ou crédito (conforme definido no art.1.º da Lei 9.532/97), e o que se tributavam eram os dividendos. A partir MP 2.158-35/2001, a tributação independe de pagamento ou crédito (ainda que fictos), deixando, pois, de ter como base os dividendos.*

*Lucros oriundos de investimentos na Espanha – Nos termos da Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto sobre a Renda entre Brasil e Espanha, promulgada pelo Decreto n.º 76.975, de 1976, em se tratando de lucros apurados pela sociedade residente na Espanha e que não sejam atribuíveis a estabelecimento permanente situado no Brasil, não pode haver tributação no Brasil. [...]”*

*O julgamento foi unânime no sentido de excluir da base tributável no Brasil os lucros auferidos por intermédio de empresa controlada espanhola, sob o fundamento de que estariam amparados pelo art.7.º do Tratado firmado entre o Brasil e a Espanha para evitar a dupla tributação. Desse modo, a decisão referida firma o entendimento de que com a Medida Provisória n.º 2.15-835 o regime brasileiro de tributação dos lucros no exterior abandona sistemática que teria abraçado a partir da Lei n.º 9.532/97, retornando à sistemática de tributação sobre a produção de lucros, como originariamente prevista na Lei n.º9.249/95, instituidora da exação.*

*Inicialmente, a Conselheira fundamentou-se na legalidade da ficção legal prevista no art.74 da MP n.º 2.158-35, quando “a tributação passou a incidir não mais sobre os lucros efetivamente disponibilizados (dividendos distribuídos), mas sobre os lucros apurados no balanço. [...]. Consequentemente, pela aplicação do art.7 da Convenção entre os dois países, tal lucro somente seria tributável na Espanha, afastada a tributação por parte do Brasil.*

*Implica dizer que afastou a aplicação do art.10 da Convenção, vez que este se refere expressamente a “dividendos pagos”. [...].*

*A conclusão da Conselheira no seu voto foi a seguinte: “Nessa linha de raciocínio, concluo que a tributação com fulcro no art.74 da MP nº 2.158-35/2001 incide sobre o lucro das empresas, e não sobre os dividendos. Nessa circunstância, tendo em vista o art.7 da Convenção, não pode haver tributação no Brasil dos lucros auferidos por intermédio da Jalue, enquanto não disponibilizados.”*

No direito tributário brasileiro, os tratados e as convenções internacionais em matéria tributária afastam a aplicação da lei interna (artigo 98 do CTN). No caso que aqui se tem, existe tratado firmado pelo Decreto nº 355, de 02/12/1991 (DOU de 09/12/1991) onde foi promulgada Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto sobre a Renda entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Reino dos Países Baixos, cujo art.7º estabeleceu:

#### ***Lucros das Empresas***

*Art. 7º 1 Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado; a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante, por meio de um estabelecimento permanente ali situado. Se a empresa exerce suas atividades na forma indicada, seus lucros podem ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis àquele estabelecimento permanente.*

Desta forma, entendo que a autoridade fiscal não poderia aplicar a norma veiculada no art.74 da MP 2.158-35/2001, para tributar lucro de empresa controlada ou coligada sediada em país que mantém tratado/convenção com o Brasil para evitar a dupla tributação, em matéria de imposto de renda.

Assim, de se excluir de tributação a matéria apontada neste item do Auto de Infração, a título de lucro auferido no exterior, da ordem de R\$ 6.673.524,72, então considerada em 31/12/2007, data do fato gerador (fl.1.557, Vol. VIII).

Por todo o exposto, tendo em vista a existência de tratado para se evitar a dupla tributação e a brilhante explicação do relator do caso, deve ser mantida a decisão da DRJ por seus próprios fundamentos.

Assim, nego provimento ao recurso de ofício em relação a parcela de lucros no exterior da empresa Bunge Alimentos Holding BV, sendo certo que quanto aos lucros da empresa Dinelsur Corporation, a empresa não impugnou e promoveu o pagamento da parcela.

#### **4 – DECADÊNCIA**

- a) Ágio Bunge Alimentos,**
- b) Ágio Bunge Participações;**
- c) ágio Moinhos Ilhéus,**
- d) glosa de depreciação de ativos imobilizados;**
- e) reavaliação do ativo – correção monetária especial**

Em várias passagens tanto da impugnação quanto do recurso voluntário, a contribuinte, ora recorrente, argui que as parcelas foram atingidas pela decadência, não cabendo à fiscalização arguir sobre a sua legitimidade.

Entretanto, observo que a contribuinte olvida que na verdade, tanto no caso de ágio, quanto no caso de depreciações, somente ocorre a decadência quando a contribuinte exerce seu direito deduzindo do saldo do imposto devido, as parcelas que intende reduzir a base de

cálculo do imposto, que mesmo que tenham a justificativa de ocorrência em períodos remotos, somente conta-se o prazo decadencial quando o contribuinte exerce seu direito perante o fisco.

Essa questão já está devidamente sumulada nesse Conselho com relação ao ágio e sua aplicação se estende para a todas as parcelas que estão sendo discutidas nos presente autos, no seguinte sentido:

Súmula CARF nº 116

Para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança.

O direito creditório é uma expectativa de direito que somente deve ser verificada quando o direito for efetivamente exercido, ou seja no momento da compensação. Assim como a utilização de supostas deduções de parcelas de ágio, onde existe uma expectativa de direito que somente será exercida nas condições ideais, temos também as bases negativas, as depreciações, etc, que formam créditos a favor do Contribuinte mas que somente serão utilizados em determinado momento (quando a Pessoa Jurídica auferir lucro) e, por esse motivo o prazo decadencial somente começa a fluir quando existir qualquer repercussão na apuração do tributo em cobrança.

Nesse sentido, pelo acima exposto nego provimento ao recurso voluntária da contribuinte em relação à decadência as parcelas dos três ágios (Bunge Alimentos, Bunge Participações, Moinho Ilheus) da glosa de depreciação de ativos imobilizados e da glosa da reavaliação do ativo- correção monetária especial.

Ademais, com relação à correção monetária especial, a arguição da Contribuinte, ora recorrente, somente trata da decadência. Tendo em vista que essa matéria está totalmente abordada nesse tópico, a matéria está definitivamente não julgada pois não há decadência em relação à possibilidade de o fisco avaliar a correção monetária que gere efeitos em fatos geradores não decaídos.

## 5) ÁGIO

### I – Amortização de ágio no fechamento de capital da Bunge Alimentos S/A

Cumprir verificar o relato feito no voto do D. julgador da instância primeva, Dr. Cláudio Camerano, no seguinte sentido:

#### 3.1 Amortização de Ágio da incorporação de BUNGE II PARTICIPAÇÕES S.A.

Durante os anos de 2005 a 2007 a BUNGE ALIMENTOS amortizou ágio da incorporação da empresa BUNGE II PARTICIPAÇÕES S.A., CNPJ 05.148.494/0001-70.

O fato veio à tona quando, através do Termo de Início de Fiscalização, DOCUMENTO 01, no item 18, solicitamos, da DIPJ 2006:

"18 - Justificar a diferença entre os valores informados nas linhas Resultados Negativos em Participações Societárias (Ficha 06 - Demonstração do Resultado) de R\$ 91.863.830,88 e Ajustes por Diminuição Valor de Invest. Aval. p/PL (Ficha 09 - Demonstração do Lucro Real) de R\$2.577.286,31;"

A BUNGE ALIMENTOS informou que a diferença tratava-se de uma amortização de ágio na incorporação de BUNGE II PARTICIPAÇÕES S.A., DOCUMENTO 03. Justificou a origem do ágio, ao ser provocada, apresentando Ata de Assembleia Geral Extraordinária, de 19/12/2001, e seus anexos: Protocolo de Incorporação e Justificação (anexo 1), laudos de avaliação (anexos 2, 3 e 4), [...]

Os documentos apresentados evidenciam os fatos envolvidos na incorporação da BUNGE II PARTICIPAÇÕES S.A., que serão divididos em três etapas.

A primeira etapa aconteceu em dezembro de 2001 com a retirada das ações da BUNGE ALIMENTOS do mercado:

1. BUNGE ALIMENTOS S.A., CNPJ 84.046.101/0001-93, BUNGE FERTILIZANTES S.A., CNPJ 61.082.822/0001-53 e SERRANA S.A., CNPJ 61.074.092/0001-49 eram empresas de capital aberto controladas pela BUNGE LTD.;

2. em dezembro de 2001 a SERRANA S.A., adquiriu a totalidade das ações da BUNGE ALIMENTOS S.A. e da BUNGE FERTILIZANTES S.A.;

3. esta aquisição foi operacionalizada pela substituição das ações da BUNGE ALIMENTOS S.A. e BUNGE FERTILIZANTES S.A. pelas da SERRANA S.A.;

4. SERRANA S.A. trocou a razão social para BUNGE BRASIL S.A.;

5. BUNGE ALIMENTOS S.A. e BUNGE FERTILIZANTES S.A. passaram a ser subsidiárias integrais da BUNGE BRASIL S.A. e, conseqüentemente, suas ações retiradas do mercado;

Nesta fase, teria sido gerado um ágio na aquisição da totalidade das ações da BUNGE ALIMENTOS no valor de R\$ 943.454.609,32, DOC 1/1 de DOCUMENTO 15.

Convém ressaltar que:

A) a participação direta da BUNGE LTD. no capital da BUNGE ALIMENTOS era, antes da retirada de suas ações do mercado, de 66,76% (DOCUMENTO 4 -anexo 3 da AGE de 29/12/2001 da BUNGE ALIMENTOS), portanto, a maior parcela do ágio ficou dentro do grupo;

B) dos restantes 33,24%, não foi informada, nem perguntada, a composição acionária, sendo certo que pertenciam, ao menos parcialmente, ainda que indiretamente, ao grupo econômico BUNGE;

C) laudo emitido por Arthur Andersen Business Consulting S/C (anexo 3 da AGE de 29/12/2001 da BUNGE ALIMENTOS) (DOCUMENTO 4) avaliou 100% das ações representativas do capital social da BUNGE ALIMENTOS e resultou no valor econômico líquido de R\$1.793.459.000,00;

D) laudo emitido por PricewaterhouseCoopers Auditores Independentes (anexo 2 da AGE de 29/12/2001 da BUNGE ALIMENTOS) (DOCUMENTO 4) avaliou o patrimônio líquido contábil ajustado a mercado por R\$ 591.629.000,00;

E) laudo emitido por Appraisal Avaliações e Engenharia S/C, Ltda. (anexo 4 da AGE de 29/12/2001 da BUNGE ALIMENTOS) (DOCUMENTO 4) avaliou origens integrantes do ativo imobilizado a valor de mercado em R\$750.054.813,00 (R\$740.930.762,00 + R\$9.124.051,00), logo, parte do ágio tinha por fundamento o valor de mercado dos ativos;

F) com a incorporação, o capital social da BUNGE ALIMENTOS de R\$ 773.204.276,58 passou a ser representado por uma ação ordinária nominativa, sem valor nominal;

A segunda etapa aconteceu em 2002, com a criação e incorporação da BUNGE II PARTICIPAÇÕES S.A.:

1. a BUNGE II PARTICIPAÇÕES S.A., foi criada em 19/06/2002, com capital social de R\$10.000,00, subsidiária integral da BUNGE BRASIL S.A., nos mesmos endereço, telefone e fax da BUNGE ALIMENTOS S.A., DOC 4/1 do DOCUMENTO 15;

2. em 15/08/2002 o capital da BUNGE II PARTICIPAÇÕES S.A. foi aumentado com a conferência da participação que a BUNGE BRASIL S.A. tinha na BUNGE ALIMENTOS S.A. em R\$1.591.205.271,26, segregado em R\$ 647.750.661,94 de investimento e R\$ 943.454.609,32 de ágio;

3. em 29/08/2002, a BUNGE ALIMENTOS S.A. incorporou sua controladora BUNGE II PARTICIPAÇÕES S.A.;

Sobre esta fase, cumpre observar:

A. o laudo que avaliou o patrimônio da BUNGE II PARTICIPAÇÕES S.A., emitido por DELOITTE TOUCHE TOHMATSU AUDITORES INDEPENDENTES utilizou como critério o valor contábil;

B. os livros Diário e Razão da BUNGE II PARTICIPAÇÕES S.A. não registram qualquer atividade da empresa, exceto a integralização do capital social e o aumento de capital;

C. a DIPJ da BUNGE II PARTICIPAÇÕES S.A. corrobora sua inatividade operacional, posto que as respectivas fichas de receitas, custos e despesas estão zeradas (DOCUMENTO 4).

D. a operação teve como objetivo "segregar o ágio para cada um dos investimentos", nas próprias palavras da BUNGE ALIMENTOS, em DOCUMENTO 15;

E. o protocolo de justificação da incorporação registra que "a atividade da incorporada pode ser exercida pela incorporadora sem solução de continuidade" e que "a reestruturação objeto do protocolo, que as partes entendem plenamente justificada, consiste na incorporação da incorporada pela incorporadora", sem apresentar qualquer justificativa para a operação (documento 6/1 em DOCUMENTO 15);

F. os representantes da incorporada, no aludido protocolo de justificação, são os mesmos da incorporadora: Milton Notrispe e Sérgio Sabino da Silva (documento 6/1 em DOCUMENTO 15);

G. registro do aumento de capital na BUNGE II PARTICIPAÇÕES na sua contabilidade:

R\$ 1.591.205.271,26 a crédito de capital social

R\$ 647.750.661,94 a débito de investimentos e

R\$ 943.454.609,32 a débito de ágio em investimento

H. registro da incorporação da BUNGE II PARTICIPAÇÕES na contabilidade da BUNGE ALIMENTOS

R\$ 943.454.609,32 a débito da conta ágio em investimentos

R\$ 943.454.609,32 a crédito de reserva de capital e

R\$ 10.000,00 a débito da conta caixa e

R\$ 10.000,00 a crédito do capital social.

I. BUNGE II PARTICIPAÇÕES não teve empregados (GFIP sem movimento).

[...]

Os documentos acostados demonstram que a BUNGE II PARTICIPAÇÕES S.A. foi criada sem propósito negocial, não tendo realizado qualquer operação que gerasse receita, despesa ou custo, como comprovam sua escrita contábil e DIPJ. Foi criada com prazo de validade, seu único objetivo era servir de veículo para o ágio gerado na primeira fase, transportando-o da BUNGE BRASIL S.A. para a BUNGE ALIMENTOS S.A..

O aumento de capital da BUNGE II PARTICIPAÇÕES S.A. com o ágio da operação anterior, a subsequente incorporação às avessas e a justificativa dada pela BUNGE ALIMENTOS, demonstram e ratificam seu propósito.

O quadro societário da BUNGE BRASIL S.A. e da BUNGE ALIMENTOS S.A. não se alterou com a incorporação da BUNGE II PARTICIPAÇÕES S.A., ou seja, a operação envolveu somente partes interdependentes, sem o desembolso de um centavo de real além dos R\$10.000,00 (dez mil reais) da integralização.

Em resumo, houve a incorporação de pessoa jurídica (sem finalidade negocial ou societária), em cujo patrimônio constava registro de ágio dito ter fundamento em expectativa de rentabilidade futura da incorporadora. A incorporada teve o seu capital integralizado com o investimento originário de aquisição de participação societária da incorporadora (ágio) e, ato contínuo, o evento da incorporação ocorreu (nos dias seguintes).

O único objetivo da operação (descrita na segunda etapa) foi economia fiscal, mediante uma simulação de atos negociais.

Pelas circunstâncias relatadas e pelas razões aqui expostas, classificamos como não oponíveis ao fisco os efeitos tributários desta organização societária.

Para ilustrar os conceitos envolvidos na operação, trago excerto do voto de Bruno Vajgel, Presidente da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento Rio de Janeiro I, relator do acórdão 10.007/2006, ao analisar questão idêntica, objeto de autuação.

"26- A questão seguinte a ser examinada é o que vem a ser o ágio.

27. Segundo a doutrina contábil (Sérgio de Iudícibus e outros. Manual de Contabilidade. S. Paulo, Ed. Atlas, 2003, p.180), "o conceito de ágio ou deságio, aqui, não é o da diferença entre o valor pago pelas ações e seu valor nominal, mas a diferença entre o valor pago e o valor patrimonial das ações, e ocorre quando adotado o método da equivalência patrimonial".

28. De acordo com o citado autor, o ágio ou o deságio pode "ocorrer por origens e circunstâncias diversas, podendo o tratamento contábil dos mesmos, particularmente quanto a sua futura amortização, variar em função de seu fundamento e natureza" (p.182). Prosseguindo o autor, "a CVM determina que o ágio ou o deságio apurado na aquisição ou subscrição de investimentos seja contabilizado com indicação do **fundamento econômico** (Instrução n.º 247/96, art. 14)". (destaquei)

29. Do conceito acima descrito, destaca-se que os pressupostos do ágio são a **aquisição de participação societária** e que **o ágio tenha fundamento econômico**.

30. Na legislação tributária, o ágio em investimentos está disposto no art. 385 do RIR/1999, cuja matriz legal é o art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598/1977. Em síntese, o comando legal determina que o contribuinte que avaliar **investimento em sociedade**

**coligada ou controlada** pelo valor de patrimônio líquido deverá, **por ocasião da aquisição**, desdobrar o custo de aquisição em valor do patrimônio líquido e ágio ou deságio na aquisição do investimento. **O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar o fundamento econômico.**

31. Observa-se que a legislação tributária mantém os pressupostos do ágio da doutrina contábil: **a aquisição de participação societária e o fundamento econômico do ágio.**"

No caso, a BUNGE ALIMENTOS, ao incorporar a BUNGE II DE PARTICIPAÇÕES contabilizou o ágio transferido (R\$943.454.609,32) em conta do ativo diferido, tendo como contrapartida a conta "reserva de capital" (patrimônio líquido), conforme DOCUMENTOS 11 e 15 .

A BUNGE ALIMENTOS não recebeu qualquer participação societária. As próprias quotas do capital não são participações societárias, pois nenhuma empresa participa de si mesma. Portanto, o primeiro pressuposto do ágio (participação societária) não foi atendido.

O voto continua:

"34- O motivo que justificou a contabilização do ágio na **empresa veículo** foi a rentabilidade futura do interessado. Este motivo não prevalece na incorporação, pois não se justifica o próprio constituir um lançamento em sua contabilidade da própria rentabilidade futura, ainda que esta rentabilidade esteja atrelada a determinados ativos. Se o interessado entende que seus ativos estão subavaliados em relação ao valor de mercado, o instituto adequado é o de reavaliação de ativos e não o da constituição de um ágio.

35- Este assunto não passou despercebido pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM ao editar a nota explicativa à Instrução CVM n.º 349, de 6/3/2001, in verbis:

"A Instrução CVM n.º 319/99, ao prever que a contra partida do ágio pudesse ser registrada integralmente em conta de reserva especial (art. 6º, §1º), **acabou possibilitando**, nos casos de ágio com fundamento econômico baseado em intangíveis ou em perspectiva de rentabilidade futura, **o reconhecimento de um acréscimo patrimonial sem a efetiva substância econômica**. A criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para a controlada, o ágio pago na sua aquisição, acabou por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original", (destaquei)

36. Nota-se que a própria CVM se autocensura quanto ao procedimento de contabilização do próprio ágio, reconhecendo que lhe falta fundamento econômico. Ora, **se está ausente também o segundo pressuposto do ágio (fundamento econômico), concluo que ágio não é.**

37. Além do mais, é de se observar que no ágio .há uma contraposição de receita e custo entre entes diferentes. Quem vende o investimento auferi receita e quem compra incorpora ao valor investido um custo pela mais valia. Na incorporação da **empresa veículo** pelo interessado não temos esta contraposição: o próprio interessado registra em sua contabilidade o que seria ágio (custo do investimento) em contrapartida de uma conta de reserva (que seria a receita pela mais valia).

38. O interessado alega que o ágio contabilizado é um ativo diferido. O art. 179 da Lei 6.404/1976 define que no ativo diferido serão classificadas **"as aplicações de**

**recursos em despesas que contribuirão para a formação do resultado de mais de um exercício social**, inclusive os juros pagos ou creditados aos acionistas durante o período que anteceder o início das operações sociais", (destaquei)

39. Segundo a doutrina contábil (Sérgio de Iudícibus e outros. Manual de Contabilidade. S. Paulo, Ed. Atlas, 2003, p.221),

**"Os ativos diferidos** caracterizam-se por serem ativos intangíveis, que serão amortizados por apropriação às despesas operacionais, no período de tempo em que estiverem contribuindo para a formação do resultado da empresa. **Compreendem despesas incorridas** durante o período de desenvolvimento, construção e implantação de projetos, anterior a seu início de operação. Incluem as despesas incorridas com pesquisas e desenvolvimento de produtos, com implantação de projetos mais amplos de sistemas e métodos, com reorganização da empresa e outras. A condição para seu diferimento é que, sempre, haja razoável segurança da realização futura desses saldos diferidos por meio de receitas que venham cobrir os custos e despesas futuras e gerem margem para atender à amortização desses diferidos e à depreciação dos bens do imobilizado correspondentes. Não incluem bens corpóreos, pois estes devem ser classificados no Imobilizado. **Representam, muitas vezes, gastos cuja contabilização seria como despesas operacionais**, caso a atividade a que se referem estivesse já produzindo receitas ou benefícios. É o caso dos gastos incorridos com pessoal administrativo, outras despesas gerais e administrativas, e demais gastos específicos (desde que não sejam parte do Imobilizado), os quais são necessários ao desenvolvimento de um projeto. Pelo fato, entretanto, de os benefícios desse projeto ocorrerem em resultados futuros mediante a geração de receitas, tais gastos são ativados para amortização futura para manter o critério de contraposição de receitas e despesas".

Diferencia-se o **Ativo Diferido** das Despesas Pagas Antecipadamente porque estas são pagamentos de despesas não incorridas que, de forma direta e objetiva, pertencem a um exercício futuro, enquanto aquele é **formado por despesas já incorridas** e, pelo benefício futuro que trarão, são normalmente amortizadas em parcelas ". (destaquei)

40. De imediato chama a atenção na definição legal que no diferido serão lançadas as aplicações de recursos em despesas. Pela doutrina, os ativos diferidos são despesas incorridas. Ambas convergem para o ponto em comum que o diferido é uma despesa incorrida. Na legislação tributária, o conceito de despesa está no art. 299 do RIR/1999 que dispõe serem operacionais as despesas necessárias à atividade e à manutenção da empresa. São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa. Além do mais, as despesas admitidas devem ser usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

41. O valor contabilizado pelo interessado em conta de ativo diferido, a título de ágio, não se enquadra nos conceitos acima. Não era despesa paga nem incorrida, pois a contrapartida do lançamento foi em conta de reserva (patrimônio líquido). Se fosse despesa, o lançamento teria se originado de um pagamento ou de um valor a pagar. Não sendo despesa, por questões óbvias, não poderia ter influenciado a apuração do resultado, por também não preencher o requisito de despesa necessária.

42. Portanto, não sendo ágio e nem ativo diferido, o que seria? No meu modo de pensar, o valor é um inchaço contábil, fruto de um abuso de direito. A **empresa veículo** foi constituída única e exclusivamente para replicar o ágio pago pela **primeira incorporadora** na aquisição das quotas do interessado. O mesmo ágio inicialmente pago está duplicado na **empresa veículo**, que, pela incorporação, é transferido para o

interessado. Ora, estamos diante do "fenômeno da multiplicação do ágio", pela simples fato das quotas de uma empresa circularem num grupo de empresas, retomando ao titular inicial. Evidentemente que as legislações não foram construídas para se criar artifícios contábeis, com o intuito de benefícios fiscais.

43. O art. 386 do RIR/1999 vem dispor sobre o tratamento tributário a ser dado ao ágio ou deságio nos casos de incorporação, fusão ou cisão. O §6º, II, deste artigo dispõe que o tratamento será também aplicado quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária. Os mais afoitos, ou talvez os espertalhões, podem pensar que a legislação possui uma porteira aberta para casos como o que ora se examina. Se assim fosse, não haveria necessidade dos malabarismos praticados pelo interessado: adquirir participação societária, criar uma nova empresa, integralizar capital, praticar incorporação às avessas, devolver as quotas ao seu legítimo proprietário. Bastaria a legislação criar uma ficção jurídica, possibilitando que ao adquirir uma participação societária com ágio, a empresa adquirida poderia deduzir na apuração do seu resultado o mesmo ágio.

44. É incontestável que o §6º, II, do art. 386 do RIR/1999 está dirigido para casos em que uma empresa adquire participação societária com ágio. Posteriormente, o adquirente é incorporado pelo adquirido."

Parece talhado para este caso da BUNGE ALIMENTOS: basta substituir no texto **empresa veículo** por BUNGE II DE PARTICIPAÇÕES, e **primeira incorporadora** por BUNGE BRASIL. Aliás, os termos em negrito substituem os nomes das empresas envolvidos naquele julgamento, por não interessarem à questão.

Na incorporação da BUNGE II DE PARTICIPAÇÕES pela BUNGE ALIMENTOS não houve aquisição de participação societária, posto que as próprias quotas do capital não são participações societárias (nenhuma empresa participa de si mesma) e o valor contabilizado pela BUNGE ALIMENTOS em conta de ativo diferido, a título de ágio, não se enquadra no conceito de ágio: não era despesa paga nem incorrida, pois a contrapartida do lançamento foi em conta de reserva (patrimônio líquido). Se fosse despesa, o lançamento teria se originado de um pagamento ou de um valor a pagar. Não sendo despesa, por questões óbvias, não poderia ter influenciado a apuração do resultado, por também não preencher o requisito de despesa necessária. Resta que tal despesa com a amortização do ágio em questão é não dedutível para fins de apuração do IRPJ e da CSLL.

Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável, do ponto de vista econômico, tais transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes para merecer registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade e, conseqüentemente, o ágio delas decorrentes não se enquadra na hipótese de dedutibilidade prevista no art. 386 do RIR/99.

Assim, efetuamos a adição ao lucro líquido do valor amortizado do ágio constituído nessas condições, dada a sua não oposição contra o Fisco, principalmente porque reduziu o resultado da própria sociedade em relação à qual o ágio foi constituído (ágio de si mesmo).

[...]

### **3.1.2 Valores adicionados**

As despesas com amortização do ágio abordado neste tópico se encontram apropriadas mensalmente na contabilidade da BUNGE ALIMENTOS por um valor fixo de **R\$ 7.088.551,87**, totalizando **R\$ 85.062.622,44** por ano. Neste procedimento de fiscalização procedemos à glosa dos valores amortizados em 2005, 2006 e 2007.

Na **impugnação** apresentada (fls.1.687 a 1.754, Vol. **IX**), as alegações da Contribuinte, de forma resumida:

- I - AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NO FECHAMENTO DE CAPITAL DA BUNGE ALIMENTOS S.A. (Item 3.1 do TVF)

- Trata-se de amortizações efetivadas nos períodos-base de 2005 a 2007, que o digno AFRFB glosou por entender ter havido simulação, além de outros defeitos;

- Sem razão a autuação, pois o ágio nasceu quando a Serrana S.A. adquiriu a totalidade das ações da Bunge Alimentos S.A. e da Bunge Fertilizantes S.A., que eram companhias abertas com ações pulverizadas no mercado (fatos incontroversos);

- Posteriormente a essas aquisições, a Serrana (com denominação social alterada para Bunge Brasil S.A.) transferiu as ações da Bunge Alimentos para a Bunge II de Participações S.A. em subscrição de capital desta, que foi absorvida pela Bunge Alimentos, vindo o ágio a fazer parte do ativo desta e ser amortizado;

- O TVF também faz alusão à cisão parcial da Bunge Alimentos, através da qual parte do ágio passou para a SOLAE, mas se trata de fato futuro, não relacionado a qualquer das exigências feitas nos autos ora impugnados;

- A reestruturação acima descrita fez parte de ampla reorganização das empresas Bunge no Brasil. Especificamente quanto aos atos objetivados neste item do TVF, tiveram eles a finalidade principal de fechamento do capital da Bunge Alimentos e da Bunge Fertilizantes, concentrando-se na Bunge Brasil a condição de "holding" brasileira da qual acionistas dispersos passaram a participar;

- Essa estrutura teve por objetivo simplificar a gestão das empresas operativas, concentrando numa "holding" as decisões que até então dependiam da participação dos acionistas, facilitando não somente a administração de cada unidade como também permitindo alcançar ganhos de diversas espécies;

- As ações desses acionistas foram adquiridas a valor de mercado (donde o ágio), como não poderia deixar de ser numa operação com terceiros, feita sob supervisão da CVM, mormente tendo-se em vista que as pessoas jurídicas cujas ações foram adquiridas pela "holding" tinham valores diferentes e delas participavam diferentes acionistas;

- Para o mercado, a operação apresentou a vantagem de participação em uma pessoa jurídica maior, que concentrava as duas grandes empresas operativas, ao passo que antes a participação era em apenas numa delas; [...]

- Todavia, antes de adentrar na contestação das razões fiscais, é necessário apontar a total impossibilidade de ser questionada a validade dos atos societários em torno do ágio, dado que estão eles cobertos pela decadência do direito de lançar<sup>1</sup>; (...)

- A realidade dos atos praticados: Ao relacionar os pontos nos quais o TVF justifica as cobranças, percebe-se claramente a utilização de verdadeiros "lugares comuns" em todos os procedimentos fiscais que vêm sendo realizados em torno do direito de dedução fiscal das amortizações de ágios, assegurado pelos art. 7º e 8º da Lei n. 9532, de 10.12.1997, tais como falta de propósito negocial, falta de substância econômica, simulação, abuso de direito, ágio de si mesmo, etc;

- Mais adiante, a impugnante contestará um a um os pontos levantados pela fiscalização, mas de início quer destacar que a utilização indiscriminada daqueles argumentos, sem a devida atenção aos fatos concretos do caso presente, determina

---

<sup>1</sup> (como essa questão já está solucionada em item acima, não mais repetirei as alegações de prescrição e decadência)

afirmações e conclusão equivocadas, por serem impróprias ao que efetivamente ocorreu;

- Por isso, a impugnante entende necessário inicialmente colocar as coisas no seu devido lugar;

- Não se tratou de "fabricar" um ágio inexistente, com a finalidade de obter uma incabível vantagem fiscal. Como já dito preambularmente, no grupo havia duas companhias abertas, com mais de um terço do seu capital dispersado no mercado acionário, tendo sido o objetivo primário fechar o capital das duas e concentrar a condição de companhia aberta numa única sociedade anônima controladora integral daquelas;

- Razões de gestão foram levadas em conta para essa providência, ao mesmo tempo em que a proteção de acionistas minoritários teve que ser levada em conta, não apenas no cumprimento de imposições legais, como também para que a confiança do mercado não fosse abalada;

- Neste sentido, uma grande motivação para os acionistas aprovarem a transferência das suas ações residiu no fato de que aqueles que participavam de apenas uma das empresas participariam de duas, ao serem acionistas da controladora destas. Destarte, uma vantagem que antes era apenas da controladora das duas companhias (Bunge Ltd., através das suas controladas no exterior) passou a ser compartilhada com a totalidade dos acionistas de ambas;

- Outrossim, tendo em vista as razões retro-referidas, a aquisição das ações de todos os acionistas das duas companhias até então abertas teve que ser feita por seu valor econômico real, daí surgindo inevitavelmente o ágio;

- Não é preciso muito esforço para compreender que a adoção do valor econômico era uma imposição inafastável nas circunstâncias, uma vez que:

- para os acionistas minoritários, representando mais de um terço do capital social, suas participações seriam valorizadas de modo justo, inclusive tendo em vista que iriam entrar numa nova sociedade com novos sócios vindos da outra companhia, e que cada companhia tinha valor diferente do da outra;

- para a acionista controladora, não iria ela abrir mão do valor real do seu patrimônio nas duas companhias até então abertas, quando passassem para o controle de apenas uma "holding", isto é, ela não entregaria para o conjunto dos acionistas que detinham 33,24% das ações adquiridas a participação no capital da pessoa jurídica "holding" a não ser por seu valor real;

- Neste passo, conseqüentemente, a realização daquele ato e a sua correta valorização foram feitas com todos os cuidados cabíveis, ou seja, foram feitas as avaliações de praxe nesse tipo de situação, inclusive da situação patrimonial contábil das empresas envolvidas (pela Pricewaterhouse Coopers) e do valor de mercado dos seus bens (pela Appraisal Avaliações e Engenharia), a fim de justificar que o aumento de capital da companhia adquirente (como exige a lei) tivesse lastro suficiente, e também para corroborar o laudo de avaliação da expectativa de rentabilidade gerada pelas companhias cujas ações foram adquiridas, elaborado pela Arthur Andersen Business Consulting;

- Deste modo, tendo em vista os objetivos do ato, e dentro das alternativas legais para fundamentação do ágio, a expectativa de rentabilidade assim demonstrada fundamentou o registro contábil do mesmo; [...]

- Quanto à sua amortização, decorreu da disciplina que em 1997 foi introduzida no ordenamento jurídico pela já mencionada Lei nº 9.532, ou seja, a amortização do

ágio passaria a ser dedutível a partir do momento em que se desse a incorporação da companhia adquirente por aquela cujas ações foram adquiridas e a cujos lucros o ágio se referia, ou vice-versa;

- A adquirente tinha diversos caminhos para atingir essa consequência fiscal, devendo-se desde logo anotar que é nessa consequência que reside o escopo da lei e a sua própria razão de ser, isto é, a "mens legis" da norma contida nos art. 7º e 8º da Lei n. 9532 é permitir a dedução da amortização de ágio incorrido na aquisição de alguma participação societária desde que se reúnam as duas pessoas jurídicas envolvidas, ou seja, a adquirente e aquela cuja participação societária foi adquirida;

- E para atingir esse desiderato a norma legal abre amplas vias, seja de fusão, seja de incorporação, seja de cisão, seja da controlada pela controladora, seja desta por aquela, a demonstrar que a adoção de uma ou de outra em cada caso será aquela que for mais adequada ao mesmo;

- Este é um dado importante para desfazer a ideia de simulação, pois em regra a simulação visa atingir um resultado vedado legalmente, assim como é cediço em doutrina e jurisprudência que a simulação pressupõe um motivo para simular, de tal modo que, se o resultado do ato que se inquina de simulado, além de não ser ilegal, pode ser legalmente atingido por outros meios igualmente legais, de simulação não se trata; [...] das fls. 1.698 a 1.702, transcreve textos legais acerca do assunto, expondo o seu regime jurídico;

- Em suma, o reconhecimento contábil do ágio ou deságio é imposição legal para os investimentos sujeitos ao MEP, quaisquer que sejam os atos ou negócios jurídicos pelos quais eles tenham sido adquiridos, e quaisquer que tenham sido os meios do seu pagamento;

- Destarte, é errado supor que existe ágio ou deságio apenas nas compras com pagamento de preço (com emprego de recursos financeiros ou outros ativos), pois a lei alude à "aquisição", a qual pode se dar por inúmeros atos ou negócios jurídicos além da compra e venda, e apenas exige que haja um "custo de aquisição", o qual ela manda desdobrar, independentemente da natureza jurídica da contra prestação que represente esse custo;

- Quanto a este ponto, registro que o acórdão n. 107-08656, de 26.7.2006, da 7ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, tratando de perda de capital, aceitou o ágio formado em subscrição da participação societária, enquanto que o acórdão n. 105-16774, de 8.11.2007, da 5ª Câmara, abordando a amortização, declarou textualmente que "a subscrição é forma de aquisição e de o tratamento do ágio apurado nessa circunstância deve ser o mesmo que a lei admitiu para a aquisição das ações de terceiros".;

- Um dos advogados que esta subscreve apresentou à comunidade jurídica uma análise desse regime, em trabalho perante o Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT), intitulado "Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária", o qual foi publicado no livro "Direito Tributário Atual – nº 23", editado em 2009 por esse organismo de pesquisa e pela Editora Dialética (p. 449). [transcreve excertos, fls.1.706 a 1.723, do referido trabalho, que aborda, teoricamente, a natureza do ágio, sua formação, fundamentação econômica, dedutibilidade, etc];

- [...] Apresentado o regime jurídico, e analisado em tese, pode-se passar ao caso concreto deste processo: pelo que já foi dito em segmentos anteriores, a amortização do ágio processada pela impugnante após a incorporação da Bunge II de

Participações situa-se dentro da disciplina legal que autoriza a respectiva dedução fiscal;

- Cabe, entretanto, rebater, ou simplesmente esclarecer, os argumentos contrários ao seu direito, expostos no TVF e acima apresentados resumidamente, porém com fidelidade a esse termo;

São eles os seguintes.

- Na primeira etapa, a Serrana adquiriu a totalidade das ações da Bunge Alimentos e da Bunge Fertilizantes; quanto àquela, 66,76% pertenciam à controladora Bunge Ltd. e 33,24% ao mercado, cuja composição não foi informada nem perguntada.

- Esta afirmação está correta, embora tenha sido manchada pelo levantamento de uma suspeita no sentido de que parte das ações circulando no mercado pertenceriam à controladora indireta Bunge Ltd.;

- Essa suposição é gratuita e incomprovada, não merecendo ser levada em conta, além de ser irrelevante para a solução da lide;

- O que importa é que a participação da Bunge Ltd., através de controladas no exterior, era majoritária e estava registrada no Banco Central do Brasil, na forma da lei (Lei n. 4131, de 3.9.1962);

- Na primeira etapa, foi gerado o ágio da totalidade das ações da Bunge Alimentos, tendo o laudo de avaliação avaliado 100% das ações desta e fixado o respectivo valor econômico, tendo havido ainda dois outros laudos, um de avaliação do patrimônio líquido contábil ajustado a mercado, e outro do valor dos bens do ativo imobilizado a valor de mercado; logo, parte do ágio tinha por fundamento o valor de mercado dos ativos.

- É verdadeira a afirmação de que foi avaliada a totalidade do capital social porque foi avaliada a totalidade da empresa, e nem poderia ser diferente numa operação de aquisição da integralidade do capital social da Bunge Alimentos, para transformá-la em subsidiária integral da Bunge Brasil;

- Também é verdade que houve três laudos de avaliação, conforme já explicado, isto é, para a realização do ato de aquisição e a sua correta valorização foram tomados todos os cuidados cabíveis, ou seja, foram feitas as avaliações de praxe nesse tipo de situação, inclusive da situação patrimonial contábil das empresas envolvidas (pela Pricewaterhouse Coopers) e do valor de mercado dos bens (pela Appraisal Avaliações e Engenharia), a fim de justificar que o aumento de capital da companhia adquirente (como exige a lei) tivesse lastro suficiente, e também para corroborar o laudo de avaliação da expectativa de rentabilidade gerada pelas companhias cujas ações foram adquiridas;

- Outrossim, tendo em vista os objetivos do ato, e dentro das alternativas legais para fundamentação do ágio, a expectativa de rentabilidade assim demonstrada fundamentou o registro contábil do mesmo;

- Portanto, o que não é verdade nas alegações contidas no TVF é que parte do ágio tinha por fundamento o valor de mercado dos ativos da Bunge Alimentos, pois, conforme também já esclarecido, o objetivo da operação reduzia o fundamento do ágio à expectativa de rentabilidade do empreendimento, sendo isto legalmente válido e possível, até porque não havia intenção de desfazimento dos referidos ativos, mas de exploração dos mesmos na produção de lucros do empreendimento;

Há, pois, um engano em supor que, pelo fato de um dos laudos ter apresentado o valor de mercado dos bens, para suportar o aumento de capital, necessariamente o

valor de mercado dos bens deveria ser fundamento do ágio. Se não, como explicar o papel do laudo de avaliação simplesmente contábil?

- Na realidade, a expectativa de rentabilidade da empresa, que fundamentou o ágio em virtude da continuidade da sua exploração, encontra justificativa até mesmo na letra da lei, pois se lê no inciso II do parágrafo 1º do art. 20 do Decreto-lei nº 1598: "valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros".;

- Foi essa rentabilidade que se considerou para determinar o valor econômico das ações, no ato da sua aquisição, e o fundamento econômico do ágio incorrido;

- Não obstante, ainda que fosse necessário dividir a fundamentação do ágio para atribuir parte dele ao valor de mercado dos bens, os autos de infração não poderiam prosperar por duas razões fundamentais, além de que a fiscalização deveria ter procedido conforme o art. 148 do CTN:

- como o ágio baseado em valor de mercado geraria deduções fiscais por meio de depreciações, não poderia ter havido a glosa total do valor de cada amortização, mas apenas do eventual excesso ao que teria sido deduzido como amortização do ágio de expectativa de rentabilidade;

- pela mesma razão, deveria ter sido aprofundada a fiscalização para determinar a antecipação da dedução do ágio, em relação à que teria sido dedutível por depreciação e a que o foi em períodos-base posteriores, até o encerramento da ação fiscal, a teor dos parágrafos 4o a 7º do art. 6o do Decreto-lei n. 1598 e do Parecer Normativo COSIT n. 2/96;

- Não há, pois, como manter as exigências fiscais tal como formuladas, independentemente de todos os demais pontos levantados e alegados pela fiscalização; [...]

- O quadro social da Bunge Brasil não se alterou com a incorporação da Bunge II de Participações, ou seja, a operação envolveu somente partes interdependentes sem o desembolso de um centavo de real.

- Realmente, o quadro social da Bunge Brasil não se alterou com a incorporação seguinte da Bunge II de Participações pela Bunge Alimentos, e nem era mesmo para ser alterado;

- Novamente, o objetivo da reestruturação foi colocar todos os acionistas diferentes, que antes participavam da Bunge Alimentos e da Bunge Fertilizantes, na "holding" denominada Bunge Brasil, pelos motivos empresariais já mencionados e repetidos;

- Não havia, portanto, intenção de alterar esse quadro, porque ele representava a realidade e correspondia ao próprio objetivo das pessoas jurídicas e dos seus acionistas;

- Outrossim, para o efeito fiscal da dedução da amortização do ágio não era necessário alterar o quadro social, pois esse efeito teria sido obtido se a Bunge Alimentos tivesse sido incorporada pela Bunge Brasil, caso em que haveria a dedução da amortização do ágio e o quadro de acionistas da Bunge Brasil ficaria inalterado;

- Também não teria havido alteração de quadro social se a Bunge Alimentos tivesse absorvido a Bunge Brasil, por incorporação, caso em que os acionistas desta teriam passado a ser acionistas da Bunge Alimento exatamente nas mesmas proporções e quantidades das suas participações na Bunge Brasil. E também assim a Bunge Alimentos poderia ter deduzido a amortização do ágio;

- Destarte, o fato alegado no TVF é irrelevante para o tratamento tributário previsto nos art. 7º e 8º da Lei n. 9532, como já foi demonstrado anteriormente;

- Vale, inclusive, antecipar um pouco o assunto relacionado à simulação, que será visto adiante, para dizer que, se houvesse o retorno da composição do quadro acionário Bunge Alimentos e da Bunge Fertilizantes após a realização dos dois atos jurídicos que foram praticados, haveria no mínimo uma razão para acusação de simulação, dado que um dos mais sérios indícios desse vício jurídico é o desfazimento dos efeitos gerados pelo ato simulado e o retorno à situação anterior;

- Em suma, os quadros acionários da Bunge Alimentos e da Bunge Fertilizantes foram alterados quando todas as suas ações foram adquiridas pela Bunge Brasil, em cujo ato também foi alterado o seu quadro social. E é neste ato que o ágio foi formado, sendo real a mudança de posições acionárias, até porque representava a própria motivação para o ato, motivo pelo qual não se desfez o que se pretendia fazer e efetivamente se fez;

- Neste sentido, o nascimento do ágio foi consequência natural do ato praticado, e sua contabilização em separado, mediante a decomposição do custo de aquisição das ações pela Bunge Brasil, uma decorrência de norma legal fiscal imperativa;

- Por outro lado, a alegação de que a operação foi realizada sem o desembolso de um centavo de real e entre partes interdependentes é descabida por duas razões;

- A primeira é que o ágio não nasce apenas quando haja pagamento do custo da participação adquirida em dinheiro, podendo surgir em atos ou negócios jurídicos cujas contraprestações sejam outras;

- Este ponto também foi sobejamente demonstrado acima, havendo inclusive precedentes jurisprudenciais que o confirmam (acórdãos n. 105-16774 e 107-08656). No caso, a contraprestação do custo da Bunge Brasil, em favor dos alienantes das ações da Bunge Alimentos, foi composta pelas ações que a adquirente emitiu no ato e entregou aos alienantes.

- A segunda razão é que o ágio nasceu, sim, entre partes independentes, eis que mais de um terço das ações adquiridas pertenciam a terceiros não relacionados com a Bunge Brasil ou com sua controladora, e, à toda evidência, esta não poderia receber por suas ações transferidas à Bunge Brasil um valor inferior ao que o atribuído aos demais acionistas;

- Também sobre isto muito já foi dito nesta impugnação, com as devidas explicações para as razões negociais e legais que conduziram à realização da aquisição pelo valor econômico das ações;

- De qualquer modo, se a fiscalização estranhou a avaliação da totalidade das ações adquiridas e o ágio sobre todas elas, não poderia ter glosado a totalidade da amortização, mas apenas aquela relativa ao ágio calculado sobre as ações que, a seu ver, não tinham justificativa para serem adquiridas com ágio, isto é, as ações a controladora da Bunge Brasil;

- [traz comentários, fls.1.734 a 1.742, acerca da afirmação da autoridade autuante de que teria havido simulação, que deixam aqui de serem relatorizados, em função de que tal afirmação não terá influência alguma no que irá se decidir neste Voto]

[...]

- Não sendo ágio nem sendo ativo diferido, no modo de pensar do AFRFB o valor é um inchaço contábil, fruto de abuso de direito, tendo empresa veículo sido constituída única e exclusivamente para replicar o ágio pago pela primeira

incorporadora na aquisição de quotas do interessado; o mesmo ágio inicialmente pago está duplicado na empresa veículo, que, pela, incorporação, é transferido para o interessado, estando-se diante do "fenômeno da multiplicação do ágio" pelo simples fato de as quotas de uma empresa circularem num grupo de empresas retornando ao titular inicial, sendo evidente que as legislações não foram construídas para se criar artifícios contábeis, com o intuito de benefícios fiscais.

- Estamos perante afirmações desconectadas da realidade e da legislação Aplicável; Quando uma pessoa jurídica adquire uma participação societária com ágio (como ocorreu de modo incontestado com a Bunge Brasil) e, após incorporação, fusão ou cisão, o ágio é transferido para outra conta da mesma pessoa jurídica (se for ela a incorporadora) ou para uma outra pessoa jurídica (que absorva a adquirente), e decorre de norma legal o registro contábil em ativo diferido (no caso de ágio ou deságio referente à expectativa de rentabilidade), em ativo imobilizado (se o fundamento for o valor de mercado) ou em ativo diferido (se o fundamento for fundo de comércio ou outras causas);

- Isto é, o registro contábil inicial em subconta da conta de investimento, no ativo da adquirente, sofre mudanças determinadas pela lei, mas isto não significa duplicação de ágios, pois o mesmo valor que sai de uma conta entra em outra, ainda que em pessoas jurídicas distintas;

- Portanto, o "fenômeno da multiplicação do ágio" (ou inchaço) é imaginário, seja na lei em tese, seja quando esta foi aplicada no caso "sub judice";

- A vinculação da afirmação do "fenômeno" com outras circunstâncias referidas neste trecho também é infundada, pois no caso não existe empresa-veículo, (veja-se acima), nem houve circulação de quotas (nem ações) dentro do grupo, com retorno ao titular inicial;

- Realmente, os titulares das ações da Bunge Alimentos e da Bunge Fertilizantes passaram a ser acionistas da Bunge Brasil, e esta acionista daquelas, sem retorno de titularidade. No tocante à Bunge Brasil, procedeu à integração do ágio relativo à Bunge Alimentos (objeto deste processo) no respectivo ativo diferido, mediante a Bunge II de Participações, pelas razões empresariais já mencionadas, sendo o respectivo efeito fiscal (dedução da amortização do ágio), assim obtido, o mesmo que haveria se tivesse incorporado a Bunge Alimentos, ou se tivesse sido cindida e seu acervo incorporado na Bunge Alimentos.

- Curioso, entretanto, é que neste último caso, sim, haveria o retorno da titularidade das ações da Bunge Alimentos para seus antigos acionistas, mas isto não impediria a dedução da amortização do ágio, face ao disposto no art. 8º da Lei n. 9.532;

- Mais importante, neste particular, é lembrar a explicação que já foi dada, ou seja, a incorporação da Bunge Alimentos pela Bunge Brasil, ou vice-versa, contrariaria o próprio objetivo empresarial (não fiscal) da reorganização, pois se retornaria à posição que se pretendia terminar, ou seja, de participação direta dos acionistas do mercado no capital da Bunge Alimentos;

- Por fim, não é fundamentada a alegação de ter havido abuso de direito, que precisaria ter sido melhor detalhada para poder ser contestada;

- Assim, ante a singela acusação, sem especificação ou comprovação do tipo de abuso, cabe à impugnante apenas dizer que a lei brasileira define abuso no exercício de direito quando haja manifesto excesso ao fim social ou econômico (isto é, à causa jurídica do negócio jurídico), ou aos bons costumes ou à boa-fé (art. 187 do Código

Civil). Por outro lado, não há abuso quando haja o regular exercício de um direito (art. 186);

- No caso "sub judice", os atos jurídicos foram praticados regularmente, sem qualquer excesso, pois dentro das suas finalidades jurídicas, também não havendo manifesto excesso aos bons costumes e á boa-fé;

- Por ser incontestável que o art. 368 do RIR/99 está dirigido para casos em que uma empresa adquiere participação societária com ágio, e posteriormente o adquirente é incorporado pelo adquirido (trecho transcrito de voto em decisão de DRJ), na incorporação da Bunge II de Participações não houve aquisição de participação societária, posto que as próprias quotas do capital não são participações societárias (nenhuma empresa participa de si mesma), e o valor contabilizado em ativo diferido não se enquadra no conceito de ágio; se fosse despesa, o lançamento teria se originado de um pagamento ou de um valor a pagar.

- Tudo isto já foi objeto de respostas anteriores, começando pela aquisição das ações da Bunge Alimentos, que ocorreu na Bunge Brasil, de onde provém o ágio;

- Não há necessidade de repetir o que já foi dito, mas vale lembrar que a Lei n.º 9.532 não restringe o seu regime fiscal à adquirente originária, podendo haver transferência para outra pessoa jurídica antes de haver a incorporação, fusão ou cisão, conforme inclusive decidiu a 5ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes no acórdão n. 105-167.74;

- Também já foi explicado que o ágio não é despesa, mas custo de aquisição de participação societária, para o qual a lei autoriza dedução das amortizações, assim como determina a tributação das amortizações do deságio; [...]

- A adição ao lucro líquido, do valor amortizado, foi feita dada a sua não oposição contra o fisco, principalmente porque reduziu o resultado da própria sociedade em relação à qual o ágio foi constituído (ágio de si mesmo).

- Já foi contestada a procedência dessa pretensa inoponibilidade ao fisco, de atos ou negócios jurídicos válidos e que produziram efeitos perante as relações pessoais regidas pelo direito privado, de tal modo que não cabe a adição pretendida pelos autos de infração;

- Também falece razão ao autor do procedimento fiscal quando se justifica principalmente porque o valor amortizado reduziu o resultado da própria sociedade em relação à qual o ágio foi constituído, primeiramente porque tal consequências fiscal corresponde ao próprio objetivo dos art. 7º e 8º da Lei n.º 9.532, e toda a racionalidade da disciplina legal que eles instituíram requer exatamente que os lucros da atividade da empresa objeto da aquisição absorvam a amortização do ágio;

- Nada disso fica prejudicado pela repetição da expressão "ágio de si mesmo", que é inteiramente estranha aos fatos do presente processo;

- Em resumo, quanto a este Item 3.1 do TVF:

- está caduco o direito de lançar com base em supostas irregularidades de fatos ocorridos há mais de cinco anos;

- ainda que fosse possível lançar, as glosas deveriam ser canceladas porque ilegais ante a legislação aplicável (Decreto-lei n. 1.598, art. 20; Lei n.º 9532, art. 7º e 8º);

- ainda que houvesse razão para as glosas, a fiscalização não provou, pela forma exigida pela lei, a inveracidade do fundamento econômico do ágio contabilizado

segundo a lei (Decreto-lei n. 1598, art. 20, combinado com os parágrafos 1º a 3º do art. 9º, e art. 148 do CTN);

- de qualquer modo, se houvesse inveracidade do fundamento econômico do ágio, o lançamento cabível não seria o de glosa total, mas parcial, isto é, considerando apenas o eventual excesso de amortização do ágio relativo à expectativa de rentabilidade sobre o valor da depreciação relativa ao valor de mercados dos bens, e, além disso, considerando as deduções como antecipadas em relação ao período competente (Decreto-lei n. 1598, art. 6o, parágrafos 4o a 7o; Parecer Normativo COSIT n. 2/96);

- ademais, a glosa não poderia ter sido total, mas parcial, por outra razão: se a fiscalização entendeu que as ações pertencentes à controladora da Bunge Brasil não poderiam ter sido adquiridas com ágio, deveria ter restringido a glosa à amortização desse ágio, e não a estendido ao ágio incorrido em relação às ações dos demais acionistas;

- Outrossim, contrariando o disposto nos art. 10 e 11 do Decreto n. 70.235, o enquadramento legal adotado na autuação não corresponde ao correto, além da falta da devida identificação da hipótese legal específica de simulação, já apontada acima.

- Realmente, além dos art. 249, inciso I (disposição genérica dependente de outra específica, e inaplicável "in casu") e 385 do RIR/99 (correspondente ao art. 20 do Decreto-lei n. 1.598), foi dado como infringido o art. 391 desse regulamento, o qual é correspondente ao art. 25 do Decreto-lei n. 1.598, dispositivo este inaplicável aos fatos, pois a amortização subsume-se aos art. 7o e 8o da Lei n. 9.532, refletidos no art. 386 do RIR/99.

- Por tudo isto, a impugnante pede o cancelamento das exigências fiscais relativas a este item.

Pois bem, analisando a operação, tem-se que o ágio nasceu quando a Serrana S/A adquiriu a totalidade das ações da Bunge Alimentos S/A e da Bunge Fertilizantes S/A, que eram cia abertas com ações pulverizadas no mercado (29/12/2201).

Posteriormente a essas aquisições, a Serrana (com denominação social alterada para Bunge Brasil S/A), transferiu as ações da Bunge Alimentos para a Bunge II de Participações S/A, em subscrição de capital desta, que foi absorvida pela Bunge Alimentos (19/06/2002), vindo o ágio a fazer parte do ativo desta, passando então a ser amortizado.

Em uma primeira etapa, a Serrana adquiriu a totalidade das ações da Bunge Alimentos e da Bunge Fertilizantes, quando àquela, 66,76% pertenciam à controladora Bunge Ltd. e 33,24% ao mercado, cuja composição não foi informada nem perguntada.

Foi gerado o ágio da totalidade das ações da Bunge Alimentos, tendo o laudo de avaliação contemplado 100% das ações desta.

Posteriormente foi realizada uma incorporação de ações da Bunge Brasil S/A onde os antigos detentores da participação acionária nas empresas Bunge Alimentos e Fertilizantes, possuíam ações avaliadas conforme laudos exarados anteriormente.

Vê-se com frequências vários julgamentos nesse Conselho que tem considerado ilegítimos inúmeros ágios, por ter sido a real adquirente empresa diversa da que foi incorporada e para que se permitisse a amortização do ágio, deveria ter sido feita a confusão patrimonial entre a investida e a real investidora.

A argumentação é de que ser não for a real investida, poderíamos ter a venda de inúmeras empresas com ágio preexistentes a outras e que ocasionaria um verdadeiro “comércio de ágios”.

Contudo, não posso concordar com tal argumentação. Afinal, a Lei não prescreve os caminhos que devem ser percorridos até que se possa amortizar o ágio. Ademais, qual o motivo de se “imobilizar” o ágio na real investidora?

Não seria criar factoides onde a lei não o faz.

Entretanto, como bem colocado pelo ilustre julgador primevo, a questão aqui é outra. O problema se deu quando da formação do ágio e não há tese que possa sustentar a argumentação da recorrente, conforme abaixo:

Como relatoriado, a natureza e origem do combatido ágio remonta à 2001, época em que a Serrana S.A (Bunge Brasil S/A) adquiriu a totalidade das ações da Bunge Alimentos S/A, que era controlada pela Bunge Ltd., com 66,76% de participação no seu capital social, enquanto que o restante encontra-se, segundo a Contribuinte, “de um terço do seu capital dispersado no mercado acionário.”

Se estas ações (dos não controladores) estão concentradas nas mãos de poucos acionistas ou pulverizadas no mercado, não se sabe, mas a Contribuinte resolveu que precisava apurar seu valor econômico real (daí surgiu o *ágio*) para que a participação dos acionistas minoritários fosse valorizada de *modo justo*, uma vez que entrariam em uma nova sociedade (suas ações seriam substituídas por ações da Bunge Brasil S/A, sendo que a Bunge Alimentos S/A passaria a ser uma **subsidiária integral** da Bunge Brasil S/A).

Enfatiza a Contribuinte que necessitava levar em conta a proteção dos acionistas minoritários, que a avaliação de suas ações era necessária, pois traria uma “*grande motivação para os acionistas aprovarem a transferência das suas ações*”

Esta atribuição de importância aos acionistas minoritários, neste sentido, deve ser um pouco relativizada, uma vez que os acionistas minoritários não poderiam impedir esta transferência (substituição ou, como denominado na lei, *incorporação*) de ações promovida pela Bunge Brasil S/A. É o que se depreende do que consta no art.252 da Lei das S/A:

*Art. 252. A incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira, para convertê-la em subsidiária integral, será submetida à deliberação da assembleia geral das duas companhias mediante protocolo e justificação, nos termos dos artigos 224 e 225..*

*§ 1º A assembleia-geral da companhia incorporadora, se aprovar a operação, deverá autorizar o aumento do capital, a ser realizado com as ações a serem incorporadas e nomear os peritos que as avaliarão; os acionistas não terão direito de preferência para subscrever o aumento de capital, mas os dissidentes poderão retirar-se da companhia, observado o disposto no artigo 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do artigo 230.*

[...]

A esta *incorporação* de ações, denominação não muito apropriada, pois a sociedade cujas ações serão incorporadas não deixa de existir, se seguirá um aumento de capital na incorporadora, então subscrito pelos acionistas da sociedade a que primitivamente pertenciam. Para este fim, as ações a serem incorporadas devem sofrer algum tipo de avaliação, pois tal operação deve ser efetivada, a exemplo do que acontece em incorporação de sociedade, com observância dos disposto nos arts. 224 e 225 da Lei das S/A (protocolo, justificação, deliberação das cias. envolvidas, **critério de avaliação do patrimônio líquido**, etc).

Acerca da *incorporação de ações*, oportuno trazer excerto da obra atualizada, de Fran Martins, Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, 4ª edição:

*1.071. Realizando-se a operação (incorporação de ações) através da subscrição do aumento de capital pelos acionistas da sociedade incorporada e a transferência das ações desses acionistas para a sociedade incorporadora, esta entregará diretamente aos novos acionistas as ações que lhes couberem, subscritas, por sua conta, pela diretoria da sociedade incorporada. O valor dessas ações deve ser equivalente ao valor encontrado para as ações da sociedade incorporada, segundo o laudo apresentado pelos peritos. E note-se que as ações da sociedade dita incorporada, ou agora subsidiária integral da outra, não desaparecem, pois apesar de chamar a lei tal sociedade de incorporada, essa não se extingue com a operação. Suas ações ficam a pertencer à sociedade dita incorporadora, devendo, portanto, constar de sua contabilidade, no ativo, sendo o valor das mesmas contrabalançado, na escrita da incorporadora, pelo valor do aumento de capital. Não haverá, assim, modificação na situação patrimonial da sociedade incorporadora, pois o aumento de capital foi compensado com a entrada de ações que têm valor equivalente ao desse aumento.*

Feita a avaliação, conforme relatoriado, surgiu, então, a figura do contestado ágio e seu fundamento econômico. Nas palavras da Contribuinte, em atendimento à intimação fiscal (fl.327, Volume II):

*O referido ágio decorre da operação do “fechamento” de capital da Bunge Alimentos S/A, com a substituição das ações negociadas em mercado desta companhia por ações emitidas pela Bunge Brasil S/A (antiga Serrana S/A), através da incorporação de ações da primeira na segunda. Esta operação gerou um ágio de R\$ 943.454.609,32, em 19 de dezembro de 2001.*

*Parcela do ágio gerado na incorporação de ações em 19 de dezembro de 2001 decorreu da rentabilidade futura da operação pertencente à Bunge Alimentos S/A que, em 09 de abril de 2003, fora parcialmente cindida, desta forma, a parcela do ágio atrelada a esta operação (intitulada Solae) fora transferida juntamente com parcela cindida, totalizando na redução de R\$ 92.828.385,92.*

*Nos termos do exposto acima, permaneceu nos livros da Bunge Alimentos S/A, o ágio total de R\$ 850.626.223,40 (R\$ 943.454.609,32 – R\$ 92.828.385,92).*

Estas reproduções textuais se fazem necessárias para que fique bem claro o que aconteceu: a Bunge Alimentos S/A procedeu à avaliação de seu patrimônio líquido, para fins de troca das ações dos acionistas minoritários para a Controladora Bunge Brasil S/A, onde acreditou-se, em laudos de avaliação, que o patrimônio da Bunge Alimentos S/A deveria ser maior que o contabilizado, em face da perspectiva de rentabilidade futura desta companhia.

Posteriormente, em 19/06/2002 foi criada a Bunge II Participações S/A, com capital social de R\$ 10.000,00, tendo em 15/08/2002 aumentado o capital social com a conferência da participação que a Bunge Brasil S/A tinha na Bunge Alimentos S/A, ou seja, aquela *mais valia* apurada e que importou em **R\$ 943.454.609,32** a título de ágio.

Logo após, em 29/08/2002, a Bunge Alimentos S/A incorporou sua controladora Bunge II Participações S/A, passando daí a amortizar o ágio... (pasmem!) decorrente de avaliação econômico-financeira da própria Bunge Alimentos S/A!

Isto não faz o menor sentido, e tanto a ciência contábil, a CVM e a lei tributária abominam tal conduta, uma vez que tratam-se de operações firmadas entre pessoas jurídicas sob o mesmo controle acionário (e nem se diga que houve uma transação entre partes independentes, uma vez que os acionistas minoritários não poderiam impedir a incorporação das ações).

Segundo a doutrina contábil (Sérgio de Iudícibus e outros. Manual de Contabilidade. S. Paulo, Ed. Atlas, 2003, p.180), “o conceito de ágio ou deságio, aqui, não é o da diferença entre o valor pago pelas ações e seu valor nominal, mas a diferença entre o valor pago e o valor patrimonial das ações, e ocorre quando adotado o método da equivalência patrimonial”.

De acordo com o citado autor, o ágio ou o deságio pode “ocorrer por origens e circunstâncias diversas, podendo o tratamento contábil dos mesmos, particularmente quanto a sua futura amortização, variar em função de seu fundamento e natureza” (p.182). Prosseguindo o autor, “a CVM determina que o ágio ou o deságio apurado na aquisição ou subscrição de investimentos seja contabilizado com indicação do **fundamento econômico** (Instrução n.º 247/96, art. 14)”. (destaquei)

Do conceito acima descrito, destaca-se que os pressupostos do ágio são a **aquisição de participação societária** e que o **ágio tenha fundamento econômico**.

Na legislação tributária, o ágio gerado em investimentos avaliados pelo patrimônio líquido é tratado pelos artigos 385, 386 e 391 do RIR/1999:

*Desdobramento do Custo de Aquisição*

**Art. 385.** *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 (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 20):*

**I** - *valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; 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 inciso anterior.*

**§ 1º** *O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).*

**§ 2º** *O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):*

(...)

**II** - *valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;*

*Tratamento Tributário do Ágio ou Deságio Nos Casos de Incorporação, Fusão ou Cisão*

**Art. 386.** *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 artigo anterior (Lei n.º 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei n.º 9.718, de 1998, art. 10):*

(...)

**III** - *poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, 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;*

(...)

**§ 6º.** *O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei n.º 9.532, de 1997, art. 8º):*

(...)

**II** - *a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.*

*Amortização do Ágio ou Deságio*

**Art. 391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426 (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei n.º 1.730, de 1979, art. 1.º, inciso III).**

*Parágrafo único. Concomitantemente com a amortização, na escrituração comercial, do ágio ou deságio a que se refere este artigo, será mantido controle, no LALUR, para efeito de determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento (art. 426). (Grifos acrescentados)*

Os comandos legais determinam que o contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião de sua aquisição, desdobrar seu custo entre o valor do patrimônio líquido correspondente à participação societária adquirida e o ágio porventura observado na aquisição do investimento, **cujo fundamento econômico deve estar evidenciado.**

A legislação fiscal, codificada no Regulamento do Imposto de Renda (RIR/1999), em regra, não prevê a possibilidade de deduzir da apuração do lucro real a amortização do ágio decorrente de avaliação de investimentos avaliados pelo patrimônio líquido. Ao contrário, em seu art. 391, com fundamento no art. 25 do Decreto-lei n.º 1.598, de 1977 e art. 1.º, inciso III, do Decreto-lei n.º 1.730, de 1979, dispõe que as “**contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 (art. 20 do DL 1.598, de 1977) não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426**” (**alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo patrimônio líquido**). Aproveitando, veja que não há qualquer equívoco na citação do art.391 do RIR/99 no Auto de Infração, como afirmou a Contribuinte em sua impugnação.

Assim, a possibilidade de deduzir o ágio na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL restringe-se ao caso previsto no art. 386, III, c/c o art. 385, § 2º, II, ambos do RIR/1999, qual seja, em que a pessoa jurídica absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio **cujo fundamento econômico seja o de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros**, situação em que a amortização poderá ocorrer à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração.

Em síntese, o contribuinte que avaliar **investimento em sociedade coligada ou controlada** pelo valor de patrimônio líquido deverá, **por ocasião da aquisição**, desdobrar o custo de aquisição em valor do patrimônio líquido e ágio ou deságio na aquisição do investimento. **O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar o fundamento econômico.**

Nesse sentido, observa-se que a legislação tributária mantém os pressupostos do ágio da doutrina contábil: **a aquisição de participação societária e o fundamento econômico do ágio.**

Entretanto, o reconhecimento de um ágio gerado dentro de um mesmo grupo econômico não encontra respaldo na Contabilidade, ou seja, não é possível reconhecer, contabilmente, uma mais-valia de um investimento quando originado de uma transação entre partes relacionadas, como no presente caso.

Esse impedimento decorre da Ciência Contábil e foi consagrado pelo Conselho Federal de Contabilidade que o enunciou, expressamente, como consequência do Princípio do Registro pelo Valor Original, consoante art. 7º da Resolução CFC n.º 750/1993:

## SEÇÃO IV

## O PRINCÍPIO DO REGISTRO PELO VALOR ORIGINAL

*Art. 7º Os componentes do patrimônio devem ser registrados pelos valores originais das transações com o mundo exterior, expressos a valor presente na moeda do País, que serão mantidos na avaliação das variações patrimoniais posteriores, inclusive quando configurarem agregações ou decomposições no interior da ENTIDADE.*

*Parágrafo único. Do Princípio do REGISTRO PELO VALOR ORIGINAL resulta:*

*I – a avaliação dos componentes patrimoniais deve ser feita com base nos valores de entrada, considerando-se como tais os resultantes do consenso com os agentes externos ou da imposição destes;*

*II – uma vez integrado no patrimônio, o bem, direito ou obrigação não poderão ter alterados seus valores intrínsecos, admitindo-se, tão-somente, sua decomposição em elementos e/ou sua agregação, parcial ou integral, a outros elementos patrimoniais;*

*III – o valor original será mantido enquanto o componente permanecer como parte do patrimônio, inclusive quando da saída deste;*

*IV – os Princípios da ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA e do REGISTRO PELO VALOR ORIGINAL são compatíveis entre si e complementares, dado que o primeiro apenas atualiza e mantém atualizado o valor de entrada;*

*V – o uso da moeda do País na tradução do valor dos componentes patrimoniais constitui imperativo de homogeneização quantitativa dos mesmos.*

O Conselho Federal de Contabilidade editou, ainda, a Resolução CFC nº 1.110/2007 que, em seu item 120, assim determina:

*“O reconhecimento de **ágio decorrente de rentabilidade futura gerado internamente** (goodwill interno) é vedado pelas normas nacionais e internacionais. Assim, **qualquer ágio dessa natureza anteriormente registrado precisa ser baixado.**” (g.n.)*

Não se desconhece que o aumento do capital social da Bunge II Participações S/A. poderia ter sido realizado mediante a incorporação de ações da Bunge Alimentos S/A. Todavia, não há espaço para essas ações sejam incorporadas por um preço que contém uma mais-valia de si próprio.

Não há na legislação tributária o reconhecimento do ágio em operações de aquisição de participação societária intragrupo. Os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (mencionados inclusive pela Impugnante em sua defesa), não fazem referência a essa hipótese, ou seja, não contemplam a situação de ágio gerado entre empresas intragrupo, pelas razões já expostas.

No presente caso, o custo de aquisição das ações incorporadas que deveria ser registrado pela Bunge II Participações S/A. seria aquele correspondente ao valor patrimonial das ações da Bunge Alimentos S/A. e não o valor correspondente ao capital aumentado e entregue aos titulares das ações incorporadas, uma vez que este é um valor artificial, na medida que não foi validado por uma operação de mercado e cuja amortização não pode ser considerada uma despesa paga ou incorrida.

As partes que ajustaram a operação com **ágio** eram, de um lado, entregando as ações da interessada, a Bunge Brasil S/A, e de outro lado, recebendo as ações, a Bunge II Participações S/A., cujos sócios também detêm a propriedade das ações da interessada e da Bunge Brasil S/A. Não houve na constituição desse ágio a participação de qualquer agente econômico estranho aos acionistas da impugnante que, de alguma forma, agregassem algum novo elemento econômico ao empreendimento, ou seja, não houve qualquer circulação de riqueza nova ou de

numerário em espécie, mas apenas novo dimensionamento do patrimônio líquido da interessada, atribuído e acatado exclusivamente pelos mesmos sócios.

Por conseguinte, não é possível reconhecer uma mais-valia de um investimento quando originado de transação dos sócios com eles mesmos, mediante a utilização da empresa (veículo, sim) Bunge II Participações S/A. (cujo capital inicial era de R\$ 10.000,00, alterado posteriormente com a conferência de ações da Interessada em integralização de capital, como mostrado), haja vista a ausência de substância econômica na operação e de não resultar de um processo imparcial de valoração, num ambiente de livre mercado e de independência entre as companhias.

A possibilidade de amortização do ágio também foi reconhecido pela CVM como um verdadeiro "benefício fiscal", ao regulamentar a aplicação das normas sobre reorganizações societárias aplicáveis às companhias abertas, nos casos de incorporações reversas, através da edição da Instrução CVM nº 319, de 03/12/1999, com as alterações trazidas pela da Instrução CVM nº 349, de 6 de março de 2001, mencionada pela autoridade fiscal em seu Termo, fl.303:

Nesse sentido importa trazer à vista o seguinte trecho da Nota Explicativa à Instrução CVM nº 349/2001:

*A Instrução CVM nº 319/99, ao prever que a contrapartida do ágio pudesse ser registrada integralmente em conta de reserva especial (art. 6º, § 1º), acabou possibilitando, nos caso de ágio com fundamento econômico baseado em intangíveis ou em perspectiva de rentabilidade futura, o reconhecimento de um acréscimo patrimonial sem a efetiva substância econômica. A criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para a controlada, o ágio pago na sua aquisição, acabou por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original. (...).*

Reconhecidos e corrigidos os procedimentos acerca do ágio que efetivamente se manifeste da transação entre partes independentes e autônomas, não deixou a CVM de se manifestar censurando aqueles surgidos no interior do grupo societário como no caso e o fez por meio do Ofício-Circular CVM/SNC/SEP nº 01/2007. Importante dizer que os ofícios circulares têm por *objetivo principal divulgar os problemas centrais e esclarecer dúvidas sobre a aplicação das Normas de Contabilidade pelas Companhias Abertas e das normas relativas aos Auditores Independentes. Esse ofício-circular também procura incentivar a adoção de novos procedimentos e divulgações, bem como antecipar futura regulamentação por parte da CVM e, em alguns casos, esclarecer questões relacionadas às normas internacionais emitidas pelo IASB.*

Diz o Ofício nº 01/2007 a certa altura:

#### *20.1.7 "Ágio"gerado em operações internas*

*A CVM tem observado que determinadas operações de reestruturação societária de grupos econômicos (incorporação de empresas ou incorporação de ações) resultam na geração artificial de "ágio".*

*Uma das formas que essas operações vêm sendo realizadas, inicia-se com a avaliação econômica dos investimentos em controladas ou coligadas e, ato contínuo, utilizar-se do resultado constante do laudo oriundo desse processo como referência para subscrever o capital numa nova empresa. Essas operações podem, ainda, serem seguidas de uma incorporação.*

*Outra forma observada de realizar tal operação é a incorporação de ações a valor de mercado de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico.*

*Em nosso entendimento, ainda que essas operações atendam integralmente os requisitos societários, do ponto de vista econômico-contábil é preciso esclarecer que o ágio surge, única e exclusivamente, quando o preço (custo) pago pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, supera o valor patrimonial desse investimento. E mais, preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível.*

*Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto), do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação, condições essas denominadas na literatura internacional como "arm's length".*

*Portanto, é nosso entendimento que essas transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, para que seja passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade. (grifei)*

É relevante destacar o teor da introdução do aludido OFÍCIO-CIRCULAR/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, *verbis*:

*“A CVM vem, ao longo dos anos da sua atuação, buscando aperfeiçoar e manter atualizado o seu arcabouço normativo contábil, sempre com a participação de segmentos interessados do mercado ou da profissão contábil. Cumpre destacar a importante colaboração recebida da Comissão Consultiva de Normas Contábeis da CVM, que conta com representantes da ABRASCA, APIMEC, CFC, IBRACON, FIPECAFI/USP e colaboradores especialmente nomeados pela CVM, além dos professores Ariovaldo dos Santos (USP), José Augusto Marques (UFRJ) e Natan Szuster (UFRJ) e, agora, do Comitê de Pronunciamentos Contábeis - CPC, recentemente instalado”..*

Como se vê, ao emitir tal juízo de valor, a Comissão de Valores Mobiliários contou com o respaldo da ABRASCA (Associação Brasileira de Companhias Abertas), APIMEC (Associação dos Analistas e Profissionais de Investimento do Mercado de Capitais), CFC (Conselho Federal de Contabilidade), IBRACON (Instituto dos Auditores Independentes do Brasil) e FIPECAFI/USP (Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras), ou seja, de todas as entidades representativas da classe contábil.

Também é de se acrescentar que a circunstância de o Ofício-Circular ter sido emitido somente no ano de 2007 – posteriormente, portanto, à reorganização societária aqui apreciada – não significa que os fatos ocorridos antes de sua edição sejam legais ou que possuam substância econômica, nem mesmo reflete a existência de dúvidas que vieram a ser por ele sanadas. Pelo contrário, referido Ofício traduz uma exteriorização da CVM, respaldada por outras entidades representativas no âmbito das regras contábeis, acerca das normas que já eram vigentes e cuja utilização vinha sendo adotada de forma equivocada em algumas operações entre empresas, tanto assim que suscitou a necessidade de emissão do Ofício, inclusive para rebatê-las publicamente.

Apesar deste pronunciamento ser datado de janeiro/2007, não resta dúvida de que tal entendimento já era este desde sempre, porque ele decorre dos princípios contábeis geralmente aceitos no Brasil, que são aplicáveis à escrituração contábil das companhias brasileiras por força do art. 177 da Lei 6.404/76.

O fato, portanto, é que, nos termos postos pela CVM, as reorganizações societárias das três empresas, Bunge Brasil S/A, Bunge Alimentos S/A e Bunge II Participações S/A, **não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes**, requisitos indispensáveis para que fossem passíveis de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade. Entretanto, tais desatinos foram contabilizados e as amortizações desse ágio esdrúxulo foram abatidas do lucro tributável.

Evidente, portanto, que a solução deve ser a glosa dos valores debitados a título de despesa com ágio, uma vez que tais valores carecem de substância econômica.

É de se reconhecer que a legislação autorizava a amortização do ágio. Contudo, evidentemente a legislação se referiu a ágio constituído com substância econômica, em decorrência de transações efetivas entre partes negociantes autônomas. A toda evidência, essa grandeza criada artificialmente nas contabilidades das empresas envolvidas é simplesmente um absurdo, um abuso que não pode ser considerada como ágio para os fins do inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, ou para outro fim qualquer.

Por outro lado, ainda que se considerasse esse ágio alocado como uma despesa, não seria dedutível em face de ser absolutamente desnecessária à atividade da empresa, à manutenção de suas atividades e geração de suas receitas.

No contexto aqui presente, não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento unilateral de acréscimo de riqueza (ágio) em decorrência de uma transação dos sócios com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável, do ponto de vista econômico, tais transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes para merecer registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade e, conseqüentemente, o ágio delas decorrentes não se enquadra na hipótese de dedutibilidade prevista nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, com quer crer a Impugnante em sua extenuante impugnação, válida, de certo, para subsidiar estudos acadêmicos, mas não para os fins que ora se pretendeu, sob pena de considerar letra morta toda a legislação que trata da matéria em questão, ora transcrita e comentada.

Conseqüentemente, não assiste razão à Impugnante quando alega que a amortização desse ágio constitui-se em despesa dedutível da base de cálculo do IRPJ, consoante previsto no art. 386 do RIR/1999, cuja matriz legal advém dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, com as alterações da Lei nº 9.718/1998:

*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:*

(...)

*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.*

(...)

*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.*

Assim, a possibilidade de deduzir o ágio na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL restringe-se ao caso previsto no art. 386, inc. III, do RIR/99 – art. 7º, inc. III, da Lei 9.532, de 1997, qual seja, em que a pessoa jurídica absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio fundamentado em rentabilidade da coligada ou controlada, situação em que a amortização poderá ocorrer à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração.

Entretanto, conforme as observações anteriormente feitas, o reconhecimento dessa dedução de despesa de amortização de ágio para fins tributários somente poderá ser possível, caso a mais-valia tenha sido efetivamente paga por terceiros independentes.

Portanto, não sendo aplicável à autuada a especial norma de dedutibilidade de ágio prevista no artigo 386, inciso III, §2º do RIR/1999, agiram corretamente os autuantes ao glosarem as exclusões ao lucro líquido de valores correspondentes a despesas que não atendiam os requisitos gerais de dedutibilidade previstos no art. 299 do mencionado regulamento:

*Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).*

*§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).*

*§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).*

*§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.*

São necessárias as despesas **pagas ou incorridas** para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa e, ainda, as despesas devem ser usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

As despesas de amortização de ágio **interno** são indedutíveis, uma vez que não são necessárias, não foram pagas e nem podem ser consideradas incorridas.

Ante tudo que foi exposto, nessas circunstâncias, justificável a glosa de despesa lançada em função de ágio constituído nessas condições, mormente se reduziu o resultado da própria sociedade sobre a qual o ágio foi constituído (ágio de si mesmo). Nenhuma das operações, certamente, teria sido praticada se não fosse a possibilidade de usufruir o benefício fiscal.

Assim, pelo exposto, voto pela manutenção do lançamento neste item.

Ou seja, nesse caso, não houve efetivamente uma compra e venda de ações e tão-somente uma permuta de ações, os acionista que possuíam ações nas empresas operacionais, trocaram as suas ações por ações da holding.

Para isso é que foi feito o laudo para que o investimento anterior correspondesse exatamente ao “novo investimento”.

Assim, não tendo substância o ágio gerado, mantenho a decisão da DRJ por seus próprios fundamentos, negando provimento ao recurso voluntário em relação ao ágio da Bunge Alimentos S/A.

## II - Ágio da Bunge Participações Ltda.

Fechamento de capital da Bunge Alimentos S/A – incorporação da Bunge Alimentos Participações Ltda.

Em 2004 a Bunge Brasil S/A, que controlava a Bunge Alimentos S/A e a Bunge Fertilizantes S/A, entendeu ser conveniente fechar o capital da empresa que se encontrava pulverizado no mercado. A OPA foi feita através da Bunge Participações Ltda.

Por bem relatar os fatos, transcrevo abaixo as considerações do Ilustre Relator da DRJ que reproduz passagem do TVF e da impugnação:

### 3,2 Amortização de Ágio da incorporação de BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA.

A contabilidade de 2006 da BUNGE ALIMENTOS evidencia nova amortização de ágio, desta feita da BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA., CNPJ 07.712.535/0001-34. Para esclarecer esta nova operação, solicitamos, através do Termo de Intimação Fiscal n.º 005, DOCUMENTO 27, itens 9 a 11:

"9. Justificar as despesas com amortização de ágio das contas contábeis 0300191208312 - BUNGE AL PARTIC ( BIL - BIC) e 0300191208311 - BUNGE AL PARTIC (BRASIL-OPA), juntando a documentação comprobatória da constituição do ágio, seu fundamento econômico e os livros diário e razão da empresa incorporada.

10. Apresentar o Livro de Atas das Assembleias Gerais Ordinárias e Extraordinárias da empresa BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA., CNPJ 07.712.535/0001-34.

11. Justificar a criação (novembro de 2005) e incorporação (fevereiro de 2006) da empresa BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA., CNPJ 07.712.535/0001-34 em menos de quatro meses."

Na sua resposta, DOCUMENTO 31, a BUNGE ALIMENTOS elencou uma série de metas perseguidas com o processo de simplificação de sua organização societária, tendo obtido "benefício secundário fiscal de amortização de ágios devidamente constituídos e fundamentados conforme previsão legal".

Para comprovar, juntou 12 anexos, DOC 9/1 a DOC 9/12.

Os documentos apresentados evidenciam os fatos envolvidos na incorporação da BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA., que serão divididos em três etapas.

A primeira etapa aconteceu em 2005 com quatro incorporações consecutivas, seguidas de cisão parcial, todas acontecidas no dia 31 de outubro, com as empresas que funcionavam exatamente no mesmo endereço: Av. Maria Coelho de Aguiar, 215 - Santo Amaro/SP - Bloco D, 5.º andar. E, excetuando a BUNGE BRASIL e a BUNGE FERTILIZANTES, eram representadas pela mesma administradora: Hildegard Gutz Horta, CPF 761.642.258-68, que também representava a BUNGE LTD., BUNGE BIC HOLDINGS BV, BUNGE BRASIL HOLDINGS BV, a BUNGE COOPERATIEF UA, inclusive a BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES originada da cisão parcial da BUNGE FERTILIZANTES.

As incorporações:

1. Da BUNGE INVESTIMENTOS LTDA, CNPJ 07.052.334/0001-58 pela BUNGE INVESTIMENTO E CONSULTORIA LTDA, CNPJ 67.866.863/0001-17;

2. Da BUNGE INVESTIMENTO E CONSULTORIA LTDA, CNPJ 67.866.863/0001-17, pela BUNGE BRASIL S/A, CNPJ 61.074.092/0001-49;

3. Da BUNGE PARTICIPAÇÕES LTDA, CNPJ 06.282.557/0001-49 pela BUNGE BRASIL S/A, CNPJ 61.074.092/0001-49;

4. Da BUNGE BRASIL S/A, CNPJ 61.074.092/0001-49 pela BUNGE FERTILIZANTES S/A, CNPJ 61.082.822/0001-53;

E a cisão parcial da BUNGE FERTILIZANTES S/A, CNPJ 61.082.822/0001-53, resultando na BUNGE ALIMENTOS PARICLP AÇÕES LTDA., CNPJ 07.712.535/0001-34. Todas empresas do mesmo grupo econômico, controlado por BUNGE LTD.

Houve o milagre da multiplicação dos ágios. Com base no mesmo laudo de avaliação econômica da BUNGE BRASIL S/A (DOC 9/2 em DOCUMENTO 31) foram gerados os ágios na aquisição da BUNGE INVESTIMENTO E CONSULTORIA LTDA pela BUNGE INVESTIMENTOS LTDA. e na aquisição de 124.345.274 ações da BUNGE BRASIL S/A pela BUNGE PARTICIPAÇÕES LTDA. Isso só seria possível se as empresas fizessem parte do mesmo grupo econômico e estivessem sob o mesmo controle.

#### A INCORPORAÇÃO DA BUNGE INVESTIMENTOS LTDA.

A Bunge Investimentos Ltda. foi criada em 30/09/2004 e incorporada em 31/10/2005.

A primeira desta série de incorporações foi precedida por um aumento de capital da BUNGE INVESTIMENTO E CONSULTORIA LTDA, CNPJ 67.866.863/0001-17, através de aproveitamento de créditos em conta corrente, conforme 25ª ALTERAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL DA BUNGE INVESTIMENTO E CONSULTORIA LTDA, DOC 9/6 em DOCUMENTO 31, ocorrida em 03/12/2004.

Em 06/12/2004, três dias depois do aumento de capital, nova alteração no contrato social da BUNGE INVESTIMENTO E CONSULTORIA LTDA registra a cessão das cotas da sua controladora, BUNGE BIC HOLDINGS BV, para BUNGE INVESTIMENTO LTDA, CNPJ 07.052.334/0001-58, em troca de uma nota promissória de US\$ 332,617,465.00 da BUNGE INVESTIMENTO LTDA.. Esta transação teria gerado ágio de R\$400.439.243,50 na contabilidade da BUNGE INVESTIMENTO E CONSULTORIA LTDA., DOC 9/4 em DOCUMENTO 31, cujo fundamento seria a participação de 18,06% que a BUNGE INVESTIMENTOS detinha na BUNGE BRASIL. Que, por sua vez, decorria de sua participação na BUNGE ALIMENTOS e na BUNGE FERTILIZANTES, conforme laudo DOC 9/2 de DOCUMENTO 31.

#### A INCORPORAÇÃO DA BUNGE INVESTIMENTO E CONSULTORIA LTDA.

Segundo resposta da fiscalizada, DOC 9/1 de DOCUMENTO 31, R\$ 61.666.394,00 corresponderiam ao ágio originado da aquisição do investimento Cevai Alimentos S/A. Ratifica a informação em DOCUMENTO 43, item nº 9, acrescentando que a aquisição ocorreu em 1997.

Interessante notar que as ações da Cevai Alimentos S/A foram substituídas pelas da Bunge Brasil S/A quando do fechamento do seu capital (primeira etapa do relato da infração anterior - item 3.1).

Com a extinção do investimento, o ágio não poderia, em tese, remanescer na contabilidade da investidora.

O restante do ágio aproveitado pela BUNGE BRASIL S/A nesta incorporação seria oriundo da incorporação da BUNGE INVESTIMENTOS LTDA. pela BUNGE INVESTIMENTO E CONSULTORIA LTDA..

#### A INCORPORAÇÃO DA BUNGE PARTICIPAÇÕES LTDA.

A compra de 124.345.274 ações da Bunge Brasil S/A pela Bunge Participações Ltda. teria gerado o ágio de R\$389.373.463,92.

Ressalto que a empresa BUNGE PARTICIPAÇÕES LTDA. foi criada em 14/05/2004, com capital social de R\$ 10.000,00. Adquiriu as ações da Bunge Brasil no valor de R\$ 820.863.072,59 em agosto de 2004, mesmo sem qualquer receita registrada em sua DIPJ naquele ano. Declarou não possuir empregados em 2004 e 2005. E foi extinta em 31/10/2005 ao ser incorporada.

#### A INCORPORAÇÃO DA BUNGE BRASIL S/A.

Após ter incorporado as BUNGE PARTICIPAÇÕES LTDA. e BUNGE INVESTIMENTO E CONSULTORIA LTDA., a BUNGE BRASIL foi incorporada pela BUNGE FERTILIZANTES, trazendo consigo a carga de ágios gerada nas operações anteriores.

#### A CISÃO PARCIAL DA BUNGE FERTILIZANTES S/A EM BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA.

Por uma conveniência tributária, a cisão da BUNGE FERTILIZANTES serviu para segregar o ágio das operações anteriores originados da avaliação da BUNGE ALIMENTOS na BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA. que passou a deter a totalidade do capital da BUNGE ALIMENTOS, mais parte dos ágios descrita no DOC 9/1 em DOCUMENTO 31, como:

"171.324.324,12 Origem: parte do ágio decorrente da operação de compra das ações da empresa Bunge Brasil S/A pela Bunge Participações Ltda.

176.193.267,14 Origem: parte do ágio decorrente da operação de compra do investimento pela Bunge Investimentos e Consultoria Ltda.

61.666.394,00 Origem: totalidade do ágio incorporado da empresa Bunge Investimentos e Consultoria Ltda.

409.183.985,26 TOTAL DO ÁGIO DECORRENTE DA CISÃO DA BUNGE FERTILIZANTES, O QUAL FOI VERTIDO PARA A BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA. (conforme pag.3 do Laudo de Avaliação do Patrimônio Líquido contábil da parcela cindida em 31/10/05 da Bunge Fertilizantes) ".

Do citado laudo, DOC 9/7 de DOCUMENTO 31, o valor correspondente à totalidade do ágio (409.183.985,26) está escriturado no Ativo Permanente - Diferido.

O que aconteceu neste planejamento tributário foi uma reprise do relatado no item anterior (item 3.1), quando da incorporação da BUNGE II DE PARTICIPAÇÕES S/A engordada pelo "ágio" de "aquisição" (ou transferência de titularidade, para ser mais específico) anterior, tudo dentro do mesmo grupo econômico controlado pela BUNGE LTD.. Agora, com algumas peculiaridades: a incorporada foi a BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA., resultada de cisão parcial e carregada por "ágios" de um maior número de incorporações anteriores. Mas tudo dentro do mesmo grupo econômico controlado pela BUNGE LTD.

Logo, todas as considerações tecidas para o item 3.1 são transpostas para cá, mutatis mutandis.

Na incorporação da BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES pela BUNGE ALIMENTOS não houve aquisição de participação societária, posto que as próprias

quotas do capital não são participações societárias (nenhuma empresa participa de si mesma) e o valor contabilizado pela BUNGE ALIMENTOS em conta de ativo diferido, a título de ágio, não se enquadra no conceito de ágio: não era despesa paga nem incorrida, pois a contrapartida do lançamento foi em conta de reserva (patrimônio líquido). Se fosse despesa, o lançamento teria se originado de um pagamento ou de um valor a pagar. Não sendo despesa, por questões óbvias, não poderia ter influenciado a apuração do resultado, por também não preencher o requisito de despesa necessária. Resta que tal despesa com a amortização do ágio em questão é não dedutível para fins de apuração do IRPJ e da CSLL;

Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável, do ponto de vista econômico, tais transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes para merecer registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade e, conseqüentemente, o ágio delas decorrentes não se enquadra na hipótese de dedutibilidade prevista no art. 386 do RIR/99.

Assim, efetuamos a adição do valor amortizado de ágio, constituído nessas condições, pela sua não oposição contra o Fisco, principalmente porque reduziu o resultado da própria sociedade em relação à qual o ágio foi constituído (ágio de si mesmo).

Na impugnação apresentada (fls.1.754 a 1.756, Vol.IX), as alegações, em resumo:

- II - AMORTIZAÇÃO DE ÁGIOS NA INCORPORAÇÃO DA BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA. (Item 3.2 do TVF)

- Inicialmente, a impugnante pede que todos os fundamentos jurídicos apresentados no Item I desta impugnação sejam considerados na apreciação do Item 3.2 do TVF, seguindo na trilha desse mesmo termo, quando especificou que todas as suas considerações tecidas quanto ao Item 3.1 foram transpostas para este novo;

- Os fatos, contudo, que ocorreram em 2004 (quanto ao nascimento dos ágios) e 2005 (quanto às incorporações), são radicalmente diferentes e precisam ser detalhados, pois são vários e aparentemente complexos (embora possam ser vistos de forma simplificada quando observados em função do contexto dos ágios);

- Destarte, ainda que legislação aplicável seja a mesma abordada no Item 3.1 e deva receber a mesma interpretação já debatida anteriormente, sua aplicação aos fatos deste novo item requer atenção sobre as diferentes ocorrências.

- O TVF relaciona os fatos dividindo-os em partes, não havendo divergência quanto ao que ocorreu na realidade, restando, pois, somente questionamentos em torno do tratamento tributário cabível sobre eles;

- Destarte, a impugnante prefere iniciar pela apresentação desses fatos sob a ótica dos motivos empresariais para os quais eles foram praticados;

- Em resumo, além dos motivos já expostos à fiscalização, particularmente nos esclarecimentos prestados em 23.8.2010, para os fins desta impugnação é importante relatar que em 2004 a controladora da Bunge Brasil S.A., que controlava as duas empresas operativas (Bunge Alimentos S.A. e Bunge Fertilizantes S.A.), entendeu ser conveniente fechar o capital da mesma, que se encontrava pulverizado no mercado;

- Para tanto, foi feita uma oferta pública de compra de ações através da Bunge Participações Ltda. (controlada pela Bunge BIC Holdings BV, na Holanda), criada para este fim, em cuja aquisição, realizada a valor de mercado, a adquirente apurou ágio, conforme laudo de avaliação;

- Nesse mesmo ano, parte do capital da Bunge Brasil S.A. que pertencia ao grupo Bunge (cujo controle indireto era da Bunge Ltd.) através de uma pessoa jurídica que já existia no Brasil, a Bunge Investimentos e Consultoria Ltda., foi transferida para a Bunge Investimento Ltda., controlada da referida Bunge BIC Holdings BV, tendo a adquirente apurado ágio, uma vez que o valor atribuído foi pouco inferior ao da oferta pública, e equivalente ao valor do investimento estrangeiro registrado no Banco Central do Brasil;

- O passo seguinte, ocorrido em 2005, teve em mira integrar os ágios nas empresas operativas (Bunge Alimentos S.A. e Bunge Fertilizantes S.A., controladas integrais da Bunge Brasil S.A.), eis que, à toda evidência e conforme as avaliações efetivadas, era a elas que se referiam os dois ágios originados nas operações anteriores, isto é, na oferta pública de aquisição das ações da Bunge Brasil S.A., feita pela Bunge Participações Ltda., e na aquisição da Bunge Investimentos e Consultoria Ltda. pela Bunge Investimento Ltda. Isto porque, afinal, as operações anteriores tiveram por objeto ações da Bunge Brasil S.A., e as duas empresas operacionais eram suas subsidiárias integrais;

- Para tanto, inicialmente foi resolvido que o caminho para isto seria concentrar na Bunge Brasil S.A. as participações dispersas pelo grupo. Assim, a Bunge Investimento e Consultoria Ltda. incorporou a Bunge Investimento Ltda. e foi incorporada pela Bunge Brasil S.A., ao mesmo tempo em que esta incorporou a Bunge Participações Ltda.;

- A seguir foram tomadas providências para alocar os ágios nas empresas operativas a que se referiam, procedendo-se à:

- incorporação da Bunge Brasil S.A. pela Bunge Fertilizantes S.A., através do qual a totalidade dos ágios vieram para esta;

- cisão parcial da Bunge Alimentos S.A., com versão de patrimônio para a Bunge Alimentos Participações Ltda., seguida de incorporação desta pela Bunge Alimentos S.A., através do que apenas o ágio pertinente à Bunge Fertilizantes S.A. ficou nela, e o ágio relativo à Bunge Alimentos S.A. passou para esta.

- Depois desses atos, a Bunge Alimentos S.A. passou a ser controlada diretamente pelas controladas da Bunge Ltd. no exterior, o mesmo acontecendo com a Bunge Fertilizantes S.A.;

- O TVF, de modo parecido com o que fez quanto ao Item 3.1, afirmou que aqui houve o "milagre da multiplicação dos ágios", quando na verdade foram dois ágios distintos, relativos às mesmas empresas operativas, mas derivados de dois atos independentes e cada um deles referente a determinadas participações acionárias;

- É de se observar, também, que o resultado final poderia ter sido alcançado por outras estruturas mais simples, em qualquer delas sem necessidade da Bunge Alimentos Participações Ltda., tais como:

- a cisão total da Bunge Brasil S.A. com versão de parcelas do seu patrimônio total diretamente para a Bunge Fertilizantes S.A. e a Bunge Alimentos S.A.;

- a incorporação direta e em um único ato jurídico, pela Bunge Brasil S.A., da Bunge Participações Ltda., da Bunge Investimentos Ltda. e da Bunge Investimento e Consultoria Ltda., e no mesmo ato jurídico a cisão total da Bunge Brasil S.A. com versão de parcelas do seu patrimônio total diretamente para a Bunge Fertilizantes S.A. e a Bunge Alimentos S.A.

- Também cumpre à impugnante dizer algo sobre a aquisição da Ceval Alimentos S.A., mencionada no TVF quando alude à incorporação da Bunge Investimento e Consultoria Ltda.;

- Essa aquisição foi feita em 1997 pela Bunge Investimento e Consultoria Ltda., e não tem qualquer influência no deslinde deste processo, pois nela também foi apurado ágio, mas ágio que não foi objeto das amortizações ora em discussão. Quando das operações aqui visadas, a Ceval Alimentos S.A. nem mais existia, pois fora incorporada, e o acervo correspondente a ela simplesmente fazia parte do patrimônio da Bunge Brasil S.A.

- É neste contexto, e pelas mesmas razões apontadas no Item 3.1, que a impugnante espera que também as exigências fiscais relacionadas a este Item 3.2 sejam canceladas.

Com relação a esse ágio específico, vemos uma grande diferença com relação ao ágio anterior. Nesse caso ocorreu efetivamente uma venda da participação acionária dos minoritários através da Oferta Pública de Ações.

Há muitas modalidades de OPA previstas em lei e na regulamentação vigentes no Brasil. A OPA, nas palavras de Modesto Carvalhosa, “destina-se a conferir a todos os acionistas de determinada companhia aberta a possibilidade de alienar as ações de sua propriedade em igualdade de condições, em situações que envolvam alterações significativas na composição acionária da companhia”

As modalidades de OPA obrigatórias na Lei das S/As são:

- i) OPA para cancelamento de registro;
- ii) OPA por aumento de participação; e
- iii) OPA por alienação de controle.

Estamos aqui, portanto, tratando de uma OPA para cancelamento de registro, e portanto, obrigatória.

Ou seja, não foi por mera liberalidade que a operação foi realizada, tampouco houve qualquer fraude que pudesse ser arguida pelo fisco. Temos efetivamente uma operação societária que a contribuinte, por razões estratégicas, societárias, optou pelo fechamento do seu capital, ou seja, cancelamento do registro e foi compelida pela própria legislação nacional a realizar a oferta pública de ações, pagando um valor pelas ações de seus minoritários, conforme laudo. Importante ressaltar que nessa operação temos a participação efetiva e fiscalizadora da CVM.

Nos termos descritos no art. 4º da Instrução 361 da CVM, os principais princípios que devem ser observados na realização de uma OPA são:

- (i) A OPA será sempre dirigida indistintamente aos titulares de ações da mesma espécie e classe daquelas que sejam objeto da OPA;
- (ii) A OPA será realizada de maneira a assegurar tratamento equitativo aos destinatários, permitindo-lhes a adequada informação quanto à companhia objeto e ao ofertante, e dotá-los dos elementos necessários à tomada de uma decisão refletida e independentemente quanto à aceitação da OPA;
- (iii) A OPA será lançada por preço uniforme, salvo a possibilidade de fixação de preço diverso conforme a classe e espécie de ações objeto da OPA,

desde que compatível com a modalidade da OPA e se justificada a diferença pelo laudo de avaliação da companhia objeto ou por declaração expressa do ofertante, quanto às razões de sua oferta.

Assim, demonstra-se que os objetivos da OPA são de preservar a igualdade e a transparência entre os acionistas, permitindo que vendam suas ações simultaneamente e ao mesmo tempo. Sendo certo que toda OPA obrigatória, como é o caso dos autos estarão sujeitas a registro na CVM.

Quanto à avaliação da companhia objeto, a contratação de laudo é obrigatória sempre que a OPA for formulada pela própria companhia, pelo acionista controlador ou pessoa a ele vinculado.

Ademais, o caso do autos, qual seja, de cancelamento de registro é para que a cia aberta, cujos valores mobiliários são admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários possa cancelar seu registro de cia aberta no processo denominado fechamento de capital, desde que o acionista controlador ou a sociedade que detenha o seu controle, ou mesmo a própria cia, promova uma OPA para adquirir a totalidade das ações em circulação do mercado. Tal determinação está consubstanciada no parágrafo 4º, do art. 4º da Lei 6.404/76:

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

Nesse sentido, foi realizada a OPA pela Bunge Alimentos e Participações Ltda., sociedade constituída pela controladora para possibilitar o cancelamento de registro das ações da Bunge Alimentos S/A. Nada mais natural que o ágio resultante dessa operação societária nos termos da Lei Societária (art. 254A da Lei 6.404/76) fosse registrado no patrimônio da sociedade legalmente definida como ofertante:

Com relação ao outro fundamento da autuação, concernente à utilização de empresa veículo como forma de viabilizar a posterior amortização do ágio pago, entendo que estando devidamente comprovado nos autos que houve o efetivo pagamento (sacrifício patrimonial) para a aquisição do investimento por parte da empresa adquirente e tendo a própria lei reguladora permitido a incorporação reversa para fins de amortização da despesa, a forma utilizada pela recorrente para a realização do negócio encontra-se dentro dos limites da liberdade de organização de seus negócios, não lhe sendo vedado utilizar aquela que lhe propicie, dentro do ordenamento legal, o menor custo tributário (maior vantagem tributária, em verdade).

É oportuno registrar que não estou entre aqueles que defendem que os contribuintes podem fazer tudo que a lei não veda, por esse mesmo motivo, neguei o aproveitamento do primeiro ágio, por não entender que a incorporação de ações daria esse direito à Contribuinte.

Entendo que os negócios jurídicos realizados devem respeitar os princípios da boa-fé e a função social da empresa. Assim, não se admitem negócios puramente formais, sem

qualquer substância, que visam unicamente a obtenção de benefícios fiscais, como os observados na criação de ágio em operações internas ao grupo econômico.

No presente caso, entendo que a operação se amolda à previsão legal que autoriza a amortização do ágio. Existe um valor efetivamente pago a terceiros que supera o valor patrimonial, amparado na expectativa de rentabilidade futura. Por outro lado, a adquirente foi absorvida por incorporação pela adquirida, verificando-se a confusão patrimonial exigida por lei para viabilizar a amortização da despesa.

Neste passo, com a devida vênia do entendimento fiscal e do adotado pelo i. relator da DRJ, o meu entendimento é o de que a utilização da empresa chamada "veículo" para a aquisição do investimento encontra respaldo no ordenamento societário e fiscal e, efetivamente, encontra-se dentro da esfera de liberdade que a empresa tem para conduzir os seus negócios, inclusive de modo a lhe propiciar o menor custo ou a maior vantagem tributária.

Note-se que o negócio de compra e venda é real. O que se discute é se o contribuinte poderia adotar a estrutura societária que utilizou para a sua concretização.

No caso, a própria CVM, que é o órgão encarregado de fiscalizar as sociedades anônimas autorizou a realização da OPA por meio de uma holding brasileira.

Ora, ao par dos motivos apresentados pela recorrente quanto a utilização da empresa holding, ainda que esta tenha tido efêmera existência, o objetivo de aproveitar o benefício fiscal do ágio, previsto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (arts. 385 e 386 do RIR/1999), parece-me legítimo neste caso e é parte da própria estruturação do negócio realizado, levando em conta o ordenamento societário e fiscal.

Entendo que a lei fiscal deve ser interpretada, especialmente aquelas que tratam de renúncia fiscal, em consonância com seus objetivos, mas como dito acima, sem criar factoides onde a lei não os prevê. Daí meu entendimento no sentido de afastar a sua aplicação em operações internas, realizadas entre partes dependentes, sem qualquer sacrifício patrimonial e justificativa econômica.

No entanto, não se pode buscar um sentido à lei que a afaste dos institutos que ela pretende regular ou a eles se refira.

No presente caso, a possibilidade legal de aproveitamento do ágio (uma vez que este tenha ocorrido e sido demonstrado legitimamente) decorre da absorção do patrimônio de um pessoa jurídica pela outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio apurado na forma do § 2º. inc II do art. 385 do RIR/1999, inclusive quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a participação.

Analisando o dispositivo acima, verifica-se que a confusão patrimonial decorre da absorção do patrimônio de uma pessoa jurídica pela outra. É este o requisito que, uma vez atendido, permite a utilização do benefício de amortização antecipada do ágio pago.

E, no caso, concreto, a pessoa jurídica que detinha o investimento era, indubitavelmente, a empresa holding que foi a responsável pela aquisição da participação societária no Brasil, ainda que os recursos tenham vindo, declaradamente, de empresa situada no exterior.

Portanto, os reais detentores do investimento no Brasil, neste caso, eram as empresas do grupo BUNGE situadas no exterior, mas ao contrário do que sustenta a fiscalização,

a lei não estabelece a confusão patrimonial entre investidora (de fato) e investida, mas, sim e expressamente, entre a "pessoa jurídica" que detém a participação societária na outra "pessoa jurídica" adquirida com ágio com esta última, ou vice-versa, por meio de processos de incorporação, fusão ou cisão.

Ora, a lei tributária, nos casos os arts. 385 e 386 do RIR/1999 (amparados nos arts. 7ª e 8º da Lei nº 9.532/1997), simplesmente remete a estes institutos, previstos na lei comercial, para fins de definição do benefício fiscal de amortização antecipada do ágio, não existindo espaço para interpretá-los de forma diversa.

Diante desses pressupostos, estando, atendidos os requisitos para a dedutibilidade do ágio relativo a aquisição das ações por meio da OPA, a glosa efetuada pela fiscalização deve ser cancelada.

Ante ao exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário quanto a este ágio para dar provimento ao recurso voluntário, permitindo a amortização do ágio gerado por ocasião da Oferta Pública de Ações.

### **III - Amortização do ágio relativo à Moinho Ilhéus Ltda.**

Em 11/1996, a Santista Industrial (atual Bunge Alimentos) adquiriu a Moinhos Ilhéus pagando ágio e motivado, conforme laudo, em expectativa de rentabilidade futura.

Segue abaixo o relato feito pelo Ilustríssimo Relator da DRJ:

Item 3.3 Amortização de ágio não adicionada ao lucro líquido – MOINHO ILHÉUS.

Durante os anos de 2005 e 2006, a BUNGE apropriou despesas com a amortização de ágio que alegou ser da aquisição da empresa MOINHO ILHÉUS. Como visto nos itens anteriores, os ágios originados nas aquisições de participação societária podem ser amortizados após a incorporação da empresa cuja participação societária foi adquirida com ágio se e somente se seu fundamento econômico for rentabilidade futura. Caso não tenha sido este o fundamento econômico do ágio, o montante amortizado deve ser excluído do lucro líquido no cálculo do lucro real.

Intimado a comprovar as despesas escrituradas na conta 0300592000884 - OUTRAS RECEITAS AMORT.DESAGIO PART. SOCIETARI, item 5 do Termo de Intimação Fiscal nº 03 (DOCUMENTO 17) (conta de saldo devedor, embora descrita como sendo conta de receita), a fiscalizada respondeu tratar-se de ágio na aquisição de Moinho Ilhéus (DOCUMENTO 33), juntando os documentos 14/6 e 14/7 (DOCUMENTO 33). Os documentos trazidos ao processo, 6ª alteração contratual da Santista Industrial e Comercial Ltda., da incorporação de Moinho Ilhéus Ltda., protocolo de justificação de incorporação de Moinho Ilhéus, laudo de avaliação de Moinho Ilhéus na data da incorporação (pelo valor contábil), 10ª alteração contratual da Santista Industrial e Comercial Ltda., protocolo, de justificação de incorporação da Santista Industrial e Comercial Ltda. pela Bunge Alimentos S.A. e laudo de avaliação do patrimônio líquido contábil da Santista Industrial e Comercial Ltda., no entanto, não justificam o fundamento econômico do ágio pago na aquisição da participação de Santista Industrial e Comercial Ltda. no capital de Moinho Ilhéus Ltda..

Argumenta em sua resposta:

"Com relação aos valores registrados na conta nº 592000884 - OUTRAS RECEITAS AMORT.DESAGIO PART. SOCIETARI, ressaltamos que se refere a amortização de ágio pago pela Santista Industrial e Comercial Ltda., fundamentado na

expectativa de rentabilidade futura, pela aquisição da empresa Moinho Ilhéus Ltda., ocorrida no mês de novembro de 1996.

Em 30 de abril de 2001, a empresa Moinho Ilhéus Ltda. foi incorporada pela Santista Industrial e Comercial Ltda., conforme 6ª Alteração do Contrato Social desta última (anexo DOC nº 14/6).

Em 30 de maio de 2003, a Bunge Alimentos S.A. incorporou a Santista Industrial e Comercial Ltda (anexo DOC nº 14/7), trazendo para sua contabilidade o saldo do ágio outrora mencionado (ativo diferido) e efetuando as amortizações conforme determinava a legislação contábil à época."

Acontece que a legislação tributária à época da aquisição nem previa que a amortização de ágio pudesse influir no lucro real na hipótese de futura incorporação, exceto na alienação/liquidação do investimento, conforme artigos do RIR-94, Decreto nº 1.041/94:

Como a legislação aplicável deve ser a do fato gerador, ao ágio na aquisição de Moinho Ilhéus Ltda. deve ser aplicada a legislação de 1996, cuja amortização não pode influir na apuração do lucro real.

Mesmo que se admitisse a aplicação da nova legislação ao ágio em questão, não há qualquer evidência de que seu fundamento econômico seja a rentabilidade futura, como alegado pela BUNGE.

Como não houve a adição da despesa amortizada no cálculo do lucro real nem a comprovação do fundamento econômico que permitisse não fosse adicionada, foi adicionado de ofício o montante amortizado para os anos de 2005 e 2006, com multa de 75% e demais encargos legais.

Os valores adicionados estão resumidos na tabela 3.

Na Impugnação, as alegações, em resumo, foram:

- III - AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO RELATIVO À MOINHO ILHÉUS LTDA.  
(Item 3.3 do TVF)

- Os fatos aqui envolvidos são os seguintes, todos incontroversos:

- em novembro de 1996 a Santista Industrial e Comercial Ltda. (atual Bunge Alimentos S.A.) adquiriu a Moinho Ilhéus Ltda., pagando ágio que, conforme avaliação, foi fundamentado na expectativa de rentabilidade da empresa adquirida;

- em abril de 2001 a Santista Industrial e Comercial Ltda. incorporou a Moinho Ilhéus Ltda.; em maio de 2003 a Bunge Alimentos S.A. incorporou Santista Industrial e Comercial Ltda.;

- a dedução da amortização do saldo do ágio, procedida pela impugnante em 2005 e 2006, foi glosada pela fiscalização, sob dois argumentos: a impossibilidade de aplicar a lei a fato ocorrido antes dela, em 1996, e a falta de evidência de que o fundamento econômico do ágio seria a rentabilidade futura;

- A essência das razões jurídicas expostas no Item I desta impugnação aplica-se ao presente item, dado que a norma jurídica aplicável é a mesma, mas os dois pontos levantados pela fiscalização precisam ser rebatidos;

- A questão da legislação aplicável é apresentada com as seguintes palavras no TVF: "como a legislação aplicável deve ser a do fato gerador, ao ágio na aquisição de Moinho Ilhéus Ltda. deve ser aplicada a legislação de 1996, cuja amortização não pode influir na apuração do ganho de capital";

- Há um evidente equívoco nessa afirmação, pois a lei aplicável é aquela vigente na data do fato gerador, e este é o resultado do período-base no qual a amortização integra a respectiva base de cálculo;
- Assim, para os fatos geradores de 2005 e 2006, em que a amortização foi contabilizada e deduzida, a legislação aplicável incluía os art. 7º e 8º da Lei n. 9532, que já vigiam desde 1997;
- Além disso, os fatos complexos, compostos por fatos diversos e ocorridos em datas distintas, somente estão definitivamente constituídos na data de ocorrência do último deles, tal como se dá com a compensação de prejuízos fiscais, que depende da formação dos prejuízos no passado e da existência de lucros a compensá-los no presente. É por esta razão que a lei aplicável à compensação não é a lei do exercício em que os prejuízos ocorreram, mas a lei do exercício em que eles são compensados;
- No caso da amortização de ágios, a Lei n. 9532 contempla a situação composta por dois fatos distantes no tempo, sendo um deles a aquisição da participação com ágio e outro a incorporação, fusão ou cisão;
- Destarte, no caso presente, quando a incorporação ocorreu em 2003 houve a realização definitiva da hipótese fática prevista nos art. 7º e 8º, que, daí em diante, passaram a reger os efeitos tributários dela derivados;
- Assim, não há fundamento para a glosa baseada na questão intertemporal;
- Com relação ao fundamento econômico do ágio, além do que já foi sustentado anteriormente, cabe dizer mais o seguinte;
- Não tem razão a fiscalização ao se referir a que o laudo relativo à incorporação é de avaliação contábil. De fato, esse ato foi efetivado com base no patrimônio líquido contábil e por isso a pessoa jurídica incorporada foi avaliada sob esse critério;
- Todavia, o ágio contido no patrimônio incorporado não era ágio relativo a esse patrimônio, e, sim, ao patrimônio de Moinho Ilhéus, que fora avaliado a mercado. Em outras palavras, o ágio veio de fato do passado, ou seja, já estava contabilizado pelo valor pago na aquisição da participação societária, menos as amortizações até então processadas;
- Portanto, o que foi incorporado pela Bunge Alimentos S.A. foi o saldo líquido contábil do ágio, então existente no patrimônio da Santista Industrial e Comercial Ltda., o que não interfere com o fundamento econômico desse mesmo ágio;
- Por fim, a despeito do prolongamento dos efeitos do ágio através da sua amortização anual, sua formação em 1996 já não mais pode ser discutida pela fiscalização, eis que se trata de fato já submetido à decadência, conforme segmento específico no Item I desta;
- Por tudo isto, a glosa deve ser cancelada.

Esses é o Relato do D. Relator primevo. Pois bem, o que ocorreu no caso em análise é que a formação do ágio é anterior à legislação que possibilitava o seu aproveitamento na forma como ocorria em 2005, 2006 e 2007.

Discordo do Ilustre Relator da DRJ que o fato gerador ocorreu em 2005. Na verdade, nesse caso, temos que o ágio foi formado em 1996. O fato gerador do IRPJ e da CSSL é que é de 2005, 2006 e 2007, conforme item acima sobre a prescrição e decadência. O que ocorre com o ágio e o mesmo caso de um prejuízo fiscal. O benefício é anterior ao fato gerador, mas o que existe em ambas as situações é apenas uma expectativa de direito, conforme julgado dos Tribunais Superiores sobre a trava de 30% para a compensação de prejuízos fiscais. Não há fato

gerador em 1996. O fato gerador é o tipo descrito na norma e a sua ocorrência deu-se no período autuado, 2005, 2006 e 2007.

A empresa teria uma expectativa de direito de aproveitamento, mas só se a Lei, quando da formação, assim permitisse. Ou mais, se a Lei que tivesse a previsão de benefícios contivesse previsão expressa de que os benefícios auferidos em período anterior, também seriam passíveis de aproveitamento.

Isso porque, a legislação que concede benefícios deve ser interpretada literalmente, conforme CTN:

*Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:*

*I – suspensão ou exclusão de crédito tributário; (...)*

Ademais, mesmo que fossemos aplicar a Lei nova a fatos pretéritos, observa-se que para o aproveitamento do ágio de acordo com a Lei 9.532/97 tínhamos como requisitos o laudo com expectativa de rentabilidade futura que fosse contemporâneo a data da compra, sendo necessário que a contribuinte, ora recorrente, demonstrasse a existência desse laudo que tivesse sido feito a época dos fatos, isso quer dizer em 1996 e, ainda, que ele atendia aos requisitos legais, isto é, ter como fundamento do pagamento do ágio a expectativa de rentabilidade futura.

Assim, sendo porque a Lei 9.532/97 não estava vigente á época de formação do ágio, seja porque o laudo contemporâneo com fundamentação econômica em expectativa de rentabilidade futura não foi apresentado, impossível o aproveitamento do ágio nos termos da legislação não vigente a época da formação do ágio, o que leva a condução do voto por negar provimento ao recurso voluntário com relação a Moinhos Ilhéus Ltda..

#### **4) SUBVENÇÃO PARA INVESTIMENTO**

A subvenção para investimento é regrada pelo artigo 443, do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto n.º 3.000/1999):

Art. 443. Não serão computadas na determinação do lucro real as subvenções para investimento, inclusive mediante isenção ou redução de impostos concedidas como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos, e as doações, feitas pelo Poder Público, desde que (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 38, § 2º, e Decreto-Lei n.º 1.730, de 1979, art. 1º, inciso VIII):

I – registradas como reserva de capital que somente poderá ser utilizada para absorver prejuízos ou ser incorporada ao capital social, observado o disposto no art. 545 e seus parágrafos; ou

II - feitas em cumprimento de obrigação de garantir a exatidão do balanço do contribuinte e utilizadas para absorver superveniências passivas ou insuficiências ativas.

Entretanto, em 2017 foi promulgada a Lei Complementar n.º 160/2017, que alterou a Lei n.º 12.973/2014, inserindo os §4º e §5º ao artigo 30. O artigo 30 restou assim expresso em sua integralidade:

Art. 30. As subvenções para investimento, inclusive mediante isenção ou redução de impostos, concedidas como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos e as doações feitas pelo poder público não serão computadas na determinação do lucro real, desde que seja registrada em reserva de lucros a que se refere o art. 195A da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que somente poderá ser utilizada para:

I absorção de prejuízos, desde que anteriormente já tenham sido totalmente absorvidas as demais Reservas de Lucros, com exceção da Reserva Legal; ou II aumento do capital social.

§ 1º Na hipótese do inciso I do caput, a pessoa jurídica deverá recompor a reserva à medida que forem apurados lucros nos períodos subsequentes.

§ 2º As doações e subvenções de que trata o caput serão tributadas caso não seja observado o disposto no § 1º ou seja dada destinação diversa da que está prevista no caput, inclusive nas hipóteses de:

I capitalização do valor e posterior restituição de capital aos sócios ou ao titular, mediante redução do capital social, hipótese em que a base para a incidência será o valor restituído, limitado ao valor total das exclusões decorrentes de doações ou subvenções governamentais para investimentos;

II restituição de capital aos sócios ou ao titular, mediante redução do capital social, nos 5 (cinco) anos anteriores à data da doação ou da subvenção, com posterior capitalização do valor da doação ou da subvenção, hipótese em que a base para a incidência será o valor restituído, limitada ao valor total das exclusões decorrentes de doações ou de subvenções governamentais para investimentos; ou III integração à base de cálculo dos dividendos obrigatórios.

§ 3º Se, no período de apuração, a pessoa jurídica apurar prejuízo contábil ou lucro líquido contábil inferior à parcela decorrente de doações e de subvenções governamentais e, nesse caso, não puder ser constituída como parcela de lucros nos termos do caput, esta deverá ocorrer à medida que forem apurados lucros nos períodos subsequentes.

§ 4º Os incentivos e os benefícios fiscais ou financeiro-fiscais relativos ao imposto previsto no inciso II do caput do art. 155 da Constituição Federal, concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal, são considerados subvenções para investimento, vedada a exigência de outros requisitos ou condições não previstos neste artigo. (Incluído pela Lei Complementar nº 160, de 2017)

§ 5º O disposto no § 4º deste artigo aplica-se inclusive aos processos administrativos e judiciais ainda não definitivamente julgados. (Incluído pela Lei Complementar nº 160, de 2017)

Assim, as regras estabelecidas pela LC 160 preveem expressamente a aplicação das novas regras a processos administrativos ainda não definitivamente julgados, o que é o caso dos presentes autos.

As condições para usufruir integralmente ainda permanecem, quais sejam: (i) intenção do Estado em estimular a implantação e expansão do empreendimento e, (ii) registro em reserva de lucros.

Pois bem, quanto ao registro em reserva de lucros, o TVF esclarece que todos os valores da subvenções estavam registrados na conta “reserva de capital”<sup>2</sup> conforme fls. 1646:

Intimada a esclarecer sobre os créditos na conta contábil Reserva de Capital - subvenções para investimentos, Termo de Intimação Fiscal nº 06, DOCUMENTO 36:

Portanto, a forma de contabilização da empresa estava correta e para que os valores contabilizados como reserva de capital não fossem tributados para a determinação do

---

<sup>2</sup> in [www.bravacapital.com](http://www.bravacapital.com): "neste contexto, temos o Capital Social como sendo o capital (moeda ou bens) investidos pelos sócios na companhia, a partir de então não são mais dos sócios e sim um ativo da companhia. Já as reservas de capital são recursos recebidos pela empresa que não afetaram, ou melhor, que não passaram por seu Resultado como Receita, por serem recursos direcionados ao reforço do Capital, Isto sem ter como contrapartida esforço da empresa, ou seja, sem a venda de bens ou prestação de serviços. Podem ser ainda, resultados de lucros anteriores acumulados,.

lucro real, necessário seria que os Estados cumprissem o determinado pela LC 160, ou seja, fizem a publicação, registro e depósito do benefício no CONFAZ.

Importante destacar que esses autos já vieram a julgamento perante essa mesma turma (20/02/2018) e a época esses foram baixados em diligência para que se pudesse comprovar o cumprimento dos requisitos da LC 160, nos seguinte termos:

(...) comprovar o cumprimento dos requisitos previstos nas Cláusulas 2ª, 3ª e 4ª do Convênio ICMS 190, de 15 de dezembro de 2017(...)

Pois bem, comprovou a Contribuinte o cumprimento das Cls. 2ª, 3ª e 4ª do Convênio ICMS 190, juntando os autos a comprovação às fls. 4.606 e segs, nos seguintes termos:

Juntou aos autos os decretos de cada um dos Estados em que tem a recorrente subvenções para investimentos, conforme tabela abaixo:

<b>Critério previsto na cláusula segunda, inciso I do Convênio ICMS 190, de 15 de dezembro de 2015.</b>			
	<b>Decreto</b>	<b>DOE</b>	<b>Ementa</b>
Goiás	Decreto n. 9193, de 20 de março de 2018	Publicação no DOE, de 22.3.2018	" <i>Publica relação dos atos normativos relativos às isenções, aos incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais, instituídos por legislação estadual e vigentes em 8 de agosto de 2017.</i> "
	Decreto n. 9264, de 10 de julho de 2018.	Publicação no DOE de 11.6.2018	" <i>Altera o Decreto n. 9.193, de 20 de março de 2018, que publica relação dos atos normativos relativos às isenções, aos incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais, instituídos por legislação estadual e vigentes em 8 de agosto de 2017.</i> "
	Decreto n. 9289, de 07 de agosto de 2018.	Publicação no DOE de 8.8.2018	" <i>Altera o Decreto nº 9.193, de 20 de março de 2018, que publica relação dos atos normativos relativos às isenções, aos incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos por legislação estadual até o dia 8 de agosto de 2017.</i> "
	Decreto n. 9350, de 06 de novembro de 2018.	Publicação no DOE de 6.11.2018	" <i>Altera o Decreto nº 9.193, de 20 de março de 2018, que publica relação dos atos normativos relativos às isenções, aos incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais, instituídos por legislação estadual e vigentes em 8 de agosto de 2017.</i> "
	Decreto n. 9360, de 03 de dezembro de 2018.	Publicação no DOE de 4.12.2018	" <i>Altera o Decreto nº 9.193, de 20 de março de 2018, que publica relação dos atos normativos relativos às isenções, aos incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais, instituídos por legislação estadual e vigentes em 8 de agosto de 2017.</i> "
Piauí	Decreto n. 17691, de 27 de março de 2018	Publicação no DOE, de 28.3.2018 Repúblicação no DOE, de 4.4.2018.	" <i>Publica, nos termos do Convênio ICMS 190/17, relação dos atos normativos relativos às isenções, incentivos, benefícios fiscais ou financeiro-fiscais, instituídos por legislação estadual até o dia 8 de agosto de 2017.</i> "
	Decreto n. 17988, de 09 de novembro de 2018	Publicação no DOE, de 9.11.2018	" <i>Altera o Decreto n. 17691, de 27 de março de 2018, que publica, nos termos do Convênio ICMS 190/17, relação dos atos normativos relativos às isenções, incentivos, benefícios fiscais ou financeiro-fiscais, instituídos por legislação estadual até o dia 8 de agosto de 2017.</i> "
	Decreto n. 18069, de 26 de dezembro de 2018	Publicação no DOE, de 26.12.2018	" <i>Publica, nos termos do Convênio ICMS 190/17, relação dos atos normativos não vigentes relativos às isenções, incentivos, benefícios fiscais ou financeiro-fiscais, instituídos por legislação estadual até o dia 08 de agosto de 2017.</i> "
Bahia	Decreto n. 18270, de 16 de março de 2018	Publicação no DOE, de 17.3.2018	" <i>Publica relação dos atos normativos relativos a incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais, nos moldes determinados pelo Convênio ICMS 190/17.</i> "
	Decreto n. 18288, de 27 de março de 2018	Publicação no DOE, de 28.3.2018	" <i>Altera o Anexo Único do Decreto nº 18.270, de 16 de março de 2018.</i> "

Mato Grosso do Sul	Decreto n. 14.979, de 27 de março de 2018	Publicação no DOE, de 28.3.2018	<i>"Publica a relação dos atos normativos instituidores das isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais, relativos ao ICMS, vigentes em 8 de agosto de 2017, para efeito do que dispõe o Convênio ICMS 190/17, celebrado com base na Lei Complementar Federal nº 160, de 7 de agosto de 2017".</i>
	Decreto n. 15098, de 7 de novembro de 2018	Publicação no DOE, de 13.11.2019	<i>"Acrescenta itens ao Anexo do Decreto nº 14.979, de 27 de março de 2018, que publica a relação dos atos normativos instituidores das isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais, relativos ao ICMS, vigentes em 8 de agosto de 2017, para efeito do que dispõe o Convênio ICMS 190/17, celebrado com base na Lei Complementar Federal nº 160, de 7 de agosto de 2017, e dá outras providências".</i>
Mato Grosso	Decreto n. 1420, de 28 de março de 2018	Publicação no DOE, de 28.3.2018	<i>"Divulga a relação dos atos normativos instituidores de isenções, de incentivos e de benefícios fiscais ou financeiro-fiscais, no território mato-grossense, em desacordo com o disposto na alínea g do inciso XII do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal, vigentes em 8 de agosto de 2017, levantado para os fins determinados na Lei Complementar (federal) nº 160/2017 e no Convênio ICMS 190/2017, e dá outras providências".</i>
Pernambuco	Decreto n. 45801, de 27 de março de 2018	Publicação no DOE, de 28.3.2018	<i>"Relaciona e identifica os atos normativos relativos aos benefícios fiscais vigentes em 8 de agosto de 2017, instituídos pela legislação estadual, em cumprimento ao disposto na Lei Complementar Federal nº 160, de 7 de agosto de 2017 e no Convênio ICMS nº 190/2017".</i>
	Decreto n. 46485, de 11 de setembro de 2018	Publicação no DOE, de 12.9.2018	<i>"Modifica o Decreto nº 45.801, de 27 de março de 2018, que relaciona e identifica os atos normativos relativos aos benefícios fiscais vigentes em 8 de agosto de 2017, para incluir o Decreto nº 22.217, de 25 de abril de 2000".</i>

Ademais, demonstrou que de acordo com o site do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), pode ser extraído o certificado de registro e depósito de cada um deles dos Estados mencionados conforme abaixo:

Critério previsto na cláusula segunda, inciso II do Convênio ICMS 190, de 15 de dezembro de 2015.		
Estado	Certificado de Registro e Depósito	Trecho de destaque
Goiás	Certificado de Registro e Depósito - SE/CONFAZ n. 3/2018	"(...) o Estado de Goiás, representado pelo seu Secretário de Fazenda Manoel Xavier Ferreira Filho, efetuou o depósito nesta Secretaria Executiva do CONFAZ, nos termos do inciso II da cláusula segunda do Convênio ICMS 190/17, da planilha dos atos normativos dos benefícios fiscais e da correspondente documentação comprobatória, cuja relação dos atos normativos foi publicada no Diário Oficial do Estado de Goiás, por meio do Decreto nº 9.193, de 20 de março de 2018, no dia 22 de março de 2018."
	Certificado de Registro e Depósito - SE/CONFAZ n. 18/2018	"(...) o ESTADO DE GOIÁS, representado pelo seu Secretário de Fazenda Manoel Xavier Ferreira Filho, efetuou o depósito nesta Secretaria Executiva do CONFAZ, nos termos do inciso II da cláusula segunda do Convênio ICMS 190/17, das PLANILHAS DOS ATOS NORMATIVOS E DOS ATOS CONCESSIVOS DOS BENEFÍCIOS FISCAIS E DA CORRESPONDENTE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA, cuja relação dos atos normativos foi publicada no Diário Oficial do Estado de Goiás, por meio do Decreto nº 9.193, de 20 de março de 2018, no dia 22 de março de 2018."
	Certificado de Registro e Depósito - SE/CONFAZ n. 65/2018	"(...) o ESTADO DE GOIÁS, representado pelo seu Secretário de Fazenda Manoel Xavier Ferreira Filho, efetuou o depósito nesta Secretaria Executiva do CONFAZ, nos termos do inciso II da cláusula segunda do Convênio ICMS 190/17, da RETIFICAÇÃO das PLANILHAS DOS ATOS NORMATIVOS E DOS ATOS CONCESSIVOS DOS BENEFÍCIOS FISCAIS registradas e depositadas nesta Secretaria Executiva do CONFAZ pelo Certificado de Registro e Depósito nº 18/2018."
	Certificado de Registro e Depósito - SE/CONFAZ n. 80/2018	"(...) o ESTADO DE GOIÁS, representado pelo seu Secretário de Fazenda Manoel Xavier Ferreira Filho, efetuou o depósito nesta SE/CONFAZ, nos termos do inciso II da cláusula segunda do Convênio ICMS 190/17, de PLANILHAS COMPLEMENTARES DOS ATOS NORMATIVOS E ATOS CONCESSIVOS DOS BENEFÍCIOS FISCAIS E DA CORRESPONDENTE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA (registro e depósito autorizado pela Resolução nº 13/18, de 30 de novembro de 2018), cuja relação dos atos normativos foi publicada no Diário Oficial do Estado no dia 11 de julho de 2018 por meio do Decreto nº 9.264, de 10 de julho de 2018 e no dia 08 de agosto de 2018 por meio do Decreto nº 9.289, de 07 de agosto de 2018 (publicações autorizadas pelas Resoluções 02/18 e 05/18, de 16 de maio de 2018 e 05 de julho de 2018, respectivamente)."
	Certificado de Registro e Depósito - SE/CONFAZ n. 5/2019	"(...)o ESTADO DE GOIÁS, representado pelo então Secretário de Fazenda Manuel Xavier Ferreira Filho, efetuou o depósito nesta Secretaria Executiva do CONFAZ, nos termos do inciso II da cláusula segunda do Convênio ICMS 190/17, de Planilhas Eletrônicas com RETIFICAÇÕES das planilhas de ATOS NORMATIVOS (Leis diversas) e ATOS CONCESSIVOS VIGENTES EM 8 DE AGOSTO DE 2017 (RCTE) registradas e depositadas nesta Secretaria Executiva do CONFAZ pelo Certificado de Registro e Depósito nº 18/2018."
Piauí	Certificado de Registro e Depósito - SE/CONFAZ n. 23/2018	"(...) o ESTADO DE PIAUÍ, representado pelo seu Secretário de Fazenda Antônio Luiz Soares Santos, efetuou o depósito nesta Secretaria Executiva do CONFAZ, nos termos do inciso II da cláusula segunda do Convênio ICMS 190/17, de Planilhas DOS ATOS NORMATIVOS E DOS ATOS CONCESSIVOS DOS BENEFÍCIOS FISCAIS, E DA CORRESPONDENTE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA, cuja relação dos atos normativos foi publicada no Diário Oficial do Estado do Piauí, por meio do Decreto nº 17.691, de 27 de março de 2018, o dia 28 de março de 2018."
	Certificado de Registro e Depósito - SE/CONFAZ n. 40/2018	"(...) o ESTADO DO PIAUÍ, representado pelo seu Secretário de Fazenda Antônio Luiz Soares Santos, efetuou o depósito nesta Secretaria Executiva do CONFAZ, nos termos do inciso II da cláusula segunda, e da cláusula décima segunda do Convênio ICMS 190/17, da PLANILHA DOS ATOS CONCESSIVOS DE EXTENSÃO (ADESÃO INTERNA) DOS BENEFÍCIOS FISCAIS E DA CORRESPONDENTE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA, cujos atos normativos foram publicados no Diário Oficial do Estado no dia 28 de março de 2018, por meio do Decreto nº 17.691, de 27 de março de 2017, e registrada nesta SE/CONFAZ sob o Certificado de Registro e Depósito - SE/CONFAZ nº 23/2018".
	Certificado de Registro e Depósito - SE/CONFAZ n. 6/2019	"(...) o ESTADO DO PIAUÍ, representado pelos então Secretários de Fazenda Antônio Luiz Soares Santos e Rafael Tajra Fonteles, efetuou o depósito nesta Secretaria Executiva do CONFAZ, nos termos do inciso II da cláusula segunda do Convênio ICMS 190/17, de PLANILHAS COM RELAÇÕES COMPLEMENTARES DOS ATOS NORMATIVOS E DOS ATOS CONCESSIVOS DOS BENEFÍCIOS FISCAIS vigentes em 8 de agosto de 2017, acompanhadas da CORRESPONDENTE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA, cuja relação dos atos normativos foi publicada no Diário Oficial do Estado do Piauí no dia 28 de março de 2018, por meio do Decreto nº 17.691, de 27 de março de 2018, republicado no dia 04 de abril de 2018. "

Bahia	Certificado de Registro e Depósito - SE/CONFAZ n. 20/2018	"(...) o ESTADO DA BAHIA, representado pelo seu Secretário de Fazenda Manoel Vitorio da Silva Filho, efetuou o depósito nesta Secretaria Executiva do CONFAZ, nos termos do inciso II da cláusula segunda do Convênio ICMS 190/17, das PLANILHAS DOS ATOS NORMATIVOS E DOS ATOS CONCESSIVOS DOS BENEFÍCIOS FISCAIS E DA CORRESPONDENTE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA, cuja relação dos atos normativos foi publicada no Diário Oficial do Estado da Bahia, por meio do Decreto nº 18.270, de 16 de março de 2018, alterado pelo Decreto nº 18.288, de 27 de março de 2018, publicados no DOE nos dias 17 de março de 2018 e 28 de março de 2018, respectivamente."
	Certificado de Registro e Depósito - SE/CONFAZ n. 41/2018	"(...) o ESTADO DA BAHIA, representado pelo seu Secretário de Fazenda Manoel Vitorio da Silva Filho, efetuou o depósito nesta Secretaria Executiva do CONFAZ, nos termos do inciso II da cláusula segunda do Convênio ICMS 190/17, da PLANILHA COMPLEMENTAR DOS ATOS CONCESSIVOS NÃO VIGENTES EM 08 DE AGOSTO DE 2017, cuja relação dos correspondentes atos normativos foi publicada no Diário Oficial do Estado no dia 17 de março de 2018, por meio do Decreto nº 18.270, de 16 de março de 2018, alterado pelo Decreto nº 18.288, de 27 de março de 2018, publicado no DOE no dia 28 de março de 2018 e registrada nesta SE/CONFAZ sob o Certificado de Registro e Depósito - SE/CONFAZ nº 20/2018."
Mato Grosso do Sul	Certificado de Registro e Depósito - SE/CONFAZ n. 29/2018	"(...) o ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, representado pelo seu Secretário de Fazenda Guaraci Luiz Fontana, efetuou o depósito nesta Secretaria Executiva do CONFAZ, nos termos do inciso II da cláusula segunda do Convênio ICMS 190/17, das PLANILHAS DOS ATOS NORMATIVOS E DOS ATOS CONCESSIVOS DOS BENEFÍCIOS FISCAIS, E DA CORRESPONDENTE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA, cuja relação dos atos normativos foi publicada no Diário Oficial do Mato Grosso do Sul, por meio do Decreto nº 14.979, de 27 de março de 2018, no dia 28 de março de 2018."
	Certificado de Registro e Depósito - SE/CONFAZ n. 58/2018	"(...) o ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL, representado pelo seu Secretário de Fazenda Guaraci Luiz Fontana, efetuou o depósito nesta Secretaria Executiva do CONFAZ, nos termos do inciso II da cláusula segunda do Convênio ICMS 190/17, de PLANILHAS QUE ALTERAM OS ATOS NORMATIVOS E OS ATOS CONCESSIVOS DOS BENEFÍCIOS FISCAIS, E DA CORRESPONDENTE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA, cuja relação dos atos normativos foi publicada no Diário Oficial do Estado no dia 28 de março de 2018 por meio do Decreto nº 14.979, de 27 de março de 2018 e registrados nesta SE/CONFAZ sob o Certificado de Registro e Depósito - SE/CONFAZ nº 29/2018."
	Certificado de Registro e Depósito - SE/CONFAZ n. 70/2018	"(...) o ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, representado pelo seu Secretário de Fazenda Guaraci Luiz Fontana, efetuou o depósito nesta Secretaria Executiva do CONFAZ, nos termos do inciso II da cláusula segunda do Convênio ICMS 190/17, das PLANILHAS DOS ATOS NORMATIVOS E DOS ATOS CONCESSIVOS DOS BENEFÍCIOS FISCAIS, E DA CORRESPONDENTE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA, cuja relação dos atos normativos foi publicada no Diário Oficial do Mato Grosso do Sul, por meio do Decreto nº 14.979, de 27 de março de 2018, no dia 28 de março de 2018."
	Certificado de Registro e Depósito - SE/CONFAZ n. 78/2018	"(...) o ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL, representado pelo seu Secretário de Fazenda Guaraci Luiz Fontana, efetuou o depósito nesta Secretaria Executiva do CONFAZ, nos termos do inciso II da cláusula segunda, e da cláusula décima segunda do Convênio ICMS 190/17, de PLANILHA DOS ATOS CONCESSIVOS DE EXTENSÃO (Adesão Interna), ALTERAÇÃO E REVOGAÇÃO dos benefícios fiscais (EDITADOS NO MÊS DE SETEMBRO/2018) E DA CORRESPONDENTE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA, cujos atos normativos foram objeto de registros e depósitos anteriores na SE/CONFAZ."
	Certificado de Registro e Depósito - SE/CONFAZ n. 8/2019	"(...) o ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL, representado pelo então Secretário de Fazenda Guaracy Luiz Fontana, efetuou o depósito nesta Secretaria Executiva do CONFAZ, nos termos do inciso II da cláusula segunda do Convênio ICMS 190/17, de PLANILHA COM RELAÇÃO COMPLEMENTAR DOS ATOS NORMATIVOS vigentes em 8 de agosto de 2017, acompanhada da CORRESPONDENTE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA, cuja relação dos atos normativos foi publicada no Diário Oficial do Estado do Mato Grosso do Sul no dia 13 de novembro de 2018, por meio do Decreto nº 15.098, de 7 de novembro de 2018 (publicação, registro e depósito autorizados pela Resolução 09/18, de 25 de outubro de 2018)."

Mato Grosso	Certificado de Registro e Depósito - SE/CONFAZ n. 46/2018	"(...) o ESTADO DE MATO GROSSO, representado pelo seu Secretário de Fazenda Rogério Luiz Gallo, efetuou o depósito nesta Secretaria Executiva do CONFAZ, nos termos do inciso II da cláusula segunda do Convênio ICMS 190/17, das PLANILHAS DOS ATOS NORMATIVOS E ATOS CONCESSIVOS DOS BENEFÍCIOS FISCAIS VIGENTES EM 8 DE AGOSTO DE 2017, E DA CORRESPONDENTE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA, cuja relação dos atos normativos foi publicada no Diário Oficial do Estado de Mato Grosso, no dia 28 de março de 2018, por meio do Decreto nº 1.420, de 28 de março de 2018."
Pernambuco	Certificado de Registro e Depósito - SE/CONFAZ n. 5/2018	"(...) o Estado de Pernambuco, representado pelo seu Secretário de Fazenda Marcelo Andrade Bezerra Barros, efetuou o depósito nesta Secretaria Executiva do CONFAZ, nos termos do inciso II da cláusula segunda do Convênio ICMS 190/17, da planilha dos ATOS NORMATIVOS E CONCESSIVOS dos benefícios fiscais e da correspondente documentação comprobatória, cujos atos normativos foram publicados no Diário Oficial do Estado de Pernambuco, por meio do Decreto nº 45.801, de 27 de março de 2018, publicado no dia 28 de março de 2018."
	Certificado de Registro e Depósito - SE/CONFAZ n. 15/2018	"(...) o ESTADO DE PERNAMBUCO, representado pelo seu Secretário de Fazenda Marcelo Andrade Bezerra Barros, efetuou o depósito nesta Secretaria Executiva do CONFAZ, nos termos do inciso II da cláusula segunda do Convênio ICMS 190/17, das PLANILHAS DOS ATOS NORMATIVOS E CONCESSIVOS E DA CORRESPONDENTE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA, cuja relação dos atos normativos foi publicada no Diário Oficial do Estado de Pernambuco, por meio do Decreto nº 45.801, de 27 de março de 2018, no dia 28 de março de 2018, e suas alterações posteriores".
	Certificado de Registro e Depósito - SE/CONFAZ n. 61/2018	"(...) o ESTADO DE PERNAMBUCO, representado pelo seu Secretário de Fazenda Marcelo Andrade Bezerra Barros, efetuou o depósito nesta Secretaria Executiva do CONFAZ, nos termos do inciso II da cláusula segunda do Convênio ICMS 190/17, de PLANILHAS ELETRÔNICAS COM RELAÇÕES COMPLEMENTARES e PLANILHAS DE ALTERAÇÕES DOS ATOS NORMATIVOS, ATOS NORMATIVOS/CONCESSIVOS E ATOS CONCESSIVOS DOS BENEFÍCIOS FISCAIS, E DA CORRESPONDENTE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA, cuja relação dos atos normativos foi publicada no Diário Oficial do Estado de Pernambuco, por meio do Decreto nº 45.801, registrada e depositada sob os Certificados de Registro e Depósito - SE/CONFAZ nº 05/2018 e nº 15/2018.
	Certificado de Registro e Depósito - SE/CONFAZ n. 11/2019	"(...) o ESTADO DE PERNAMBUCO, representado pelo então Secretário de Fazenda Marcelo Andrade Bezerra Barros, efetuou o depósito nesta Secretaria Executiva do CONFAZ, nos termos do inciso II da cláusula segunda do Convênio ICMS 190/17, de PLANILHAS COM RELAÇÕES COMPLEMENTARES DOS ATOS NORMATIVOS e COMPLEMENTARES E DE ALTERAÇÃO DOS ATOS CONCESSIVOS DOS BENEFÍCIOS FISCAIS vigentes em 8 de agosto de 2017, consolidadas, SUBSTITUINDO INTEGRALMENTE AS ANTERIORMENTE DEPOSITADAS (registro e depósito autorizados pela Resolução 18/18, de 19 de dezembro de 2018) acompanhadas da CORRESPONDENTE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA, cuja relação dos atos normativos foi publicada no Diário Oficial do Estado de Pernambuco no dia 28 de março de 2018, por meio do Decreto nº 45.801, de 27 de março de 2018, e no dia 12 de setembro de 2018, por meio do Decreto nº 46.485, de 11 de setembro de 2018.

Como se nota, portanto, ambos os requisitos previstos nas cláusulas 2ª, 3ª e 4ª do Convênio ICMS 190, de 15.12.2017, tiveram seu cumprimento comprovado pela requerente.

Juntou aos autos também, toda a documentação comprobatória das informações acima prestadas, donde se depreende que estão cumpridos os requisitos necessários e suficientes para que não sejam tributados os valores contabilizados na recorrente pelo IRPJ e CSL.

Ademais, para que dúvidas não restem a respeito do cumprimento dos requisitos, juntou a recorrente aos autos como prova emprestada, relatório de diligência fiscal nos autos do processo 13971.623959/2015-76 (onde são partes a recorrente e a Fazenda e se discute as mesmas subvenções para investimentos nos mesmos Estados), em que a Delegacia da Receita Federal de Blumenau reconheceu expressamente que "os requisitos previstos nas cláusulas 2ª, 3ª

e 4ª do Convênio ICMS n. 190/17 foram comprovados e, portanto, cumpridos pelos Estados de Goiás, Piauí, Bahia, Mato Grosso, Mato Grosso DO Sul e Pernambuco”.

Assim, devidamente cumprido os requisitos exigidos pela LC 160, não devem ser tributados os valores escriturados a título de subvenção de investimento, tanto pelo IRPJ quanto pela CSL, conforme julgado pela Câmara Superior desse Conselho, nos seguintes termos:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2002, 2003

SUBVENÇÃO PARA INVESTIMENTO. LEI COMPLEMENTAR 160, de 2017. LEI 12.973/2014, ART. 30, §4º E §5º. PUBLICAÇÃO, REGISTRO E DEPÓSITO DE BENEFÍCIO. DISTRITO FEDERAL. CONFAZ. ATIVO PERMANENTE.

A Lei Complementar nº 160, de 2017, inseriu o §5º no artigo 30, da Lei nº 12.973/2014, determinando que seria aplicável aos processos pendentes.

Ademais, esta Lei inseriu o §4º, no artigo 30, da Lei nº 12.973/2014, para impedir a exigência de outros requisitos ou condições, além daqueles estabelecidos pelo próprio artigo 30.

Com a publicação, registro e depósito do incentivo do Distrito Federal em discussão nos autos, perante o CONFAZ, não são exigíveis outros requisitos para o reconhecimento da subvenção para investimento, além dos enumerados pelo artigo 30.

O investimento em ativo permanente não consta do art. 30, da Lei nº 12.973/2014, sendo improcedente o lançamento fundado em tal exigência.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, em dar-lhe provimento.

Processo nº 10675.000665/200719 - Recurso nº Especial do Contribuinte -Acórdão nº 9101.003.841 – 1ª Turma - Sessão de 03 de outubro de 2018 - Matéria IRPJ

Por todo o exposto, dou provimento ao recurso voluntário da recorrente para excluir da autuação as parcelas acrescidas ao IRPJ e CSL a título de subvenção para custeio de todos os Estados, quais sejam , Goiás, Piauí, Bahia, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso e Pernambuco, tendo em vista que restou devidamente comprovado e obedecidos todos os requisitos legais para que as parcelas sejam consideradas subvenção para investimentos.

## **5) GLOSA DE DEPRECIÇÃO DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO**

Com relação a glosa em referência, segue relato do D. Relator da DRJ:

Custos/Despesas Não Comprovadas: Glosa de Despesas de Depreciação

Termo de Verificação Fiscal: Item 3.5.1 (fls.1.630 a 1.634, Vol. IX)

A Fiscalização efetuou diversas intimações à Contribuinte, no sentido de se certificar se os encargos de depreciação, então registrados nos anos de 2005, 2006 e 2007, foram contabilizados de forma adequada, ou seja, se de acordo com a taxa de depreciação e prazo de vida do bem, assim como se o ativo fixo correspondente estava devidamente acobertado por documentação hábil, o que ratificaria a dedutibilidade da despesa com depreciação.

Após a apresentação de várias planilhas, em atendimento às intimações fiscais, concluiu a Fiscalização que “[...]à maioria dos bens da planilha não foi associado qualquer documento fiscal, restando sem comprovação dos encargos de amortização e depreciação.” (fl.1.632, Volume IX).

Os valores glosados a título de depreciação encontram-se totalizados, por mês e ano (2005, 2006 e 2007), na Tabela 5 do Termo Fiscal (fl.1.633). Os bens e a respectiva depreciação, então glosada, encontram-se nas planilhas Glosa de Depreciação 2005 (fls.1.120 a 1.142, Volume VI), Glosa de Depreciação 2006 (fls.1.143 a 1.165) e Glosa de Depreciação 2007 (fls.1.166 a 1.189).

Para estes bens, a Fiscalização, conforme depreende-se de seu relato, não conseguiu se certificar da dedutibilidade da depreciação contabilizada, tendo em vista que não obteve a documentação correspondente. Eis a conclusão da autoridade fiscal (fl.1.633):

Assim, diante de todo o exposto, em virtude da ausência de dados que possibilitassem à fiscalização examinar a exatidão dos valores de despesa de depreciação, por falta de documentos capazes de atestar a efetiva aquisição dos bens depreciados, o valor base para a depreciação, a data em que começaram a operar, as baixas, reavaliações, etc., amparando seus registros contábeis, procedi à glosa em relação aos bens cuja verificação se mostrou prejudicada. [grifei]

Na **Impugnação** apresentada, as alegações da Contribuinte acerca do tema estão dispostas no tópico V- GLOSA DE DEPRECIÇÃO SEM COMPROVAÇÃO (item 3.5.1 do TVF) às fls.1.793 a 1.784, Volumes **IX** e **X**, a seguir resumidas:

- A despeito de a impugnante ter apresentado todos os documentos exigidos pela fiscalização ao longo do período de investigação, para sua surpresa a fiscalização encerrou os trabalhos alegando ausência de dados que possibilitassem a verificação da composição dos valores que geraram as despesas de depreciação;

- As glosas, entretanto, não reúnem a mínima condição de prosperar, seja pela apuração equivocada dos fatos pelo Sr. AFRFB, seja pelo fato de que a impugnante possui documento hábil e idôneo para justificar a composição do valor dos bens do ativo imobilizado que geraram as despesas de depreciação glosadas pela fiscalização;

- Antes, porém, a impugnante requer seja reconhecida a ocorrência da decadência do direito de o fisco efetuar lançamento de que trata este item;

A recorrente se insurge contra a glosa dos encargos de depreciação e amortização alegando que estes foram lançados na devida proporção de cada bem, nas devidas competências e que não se justifica a exigência da apresentação da nota fiscal original de cada bem, e que seria suficiente o livro de ICMS que comprovaria as suas alegações, sendo portanto dedutível o encargo lançado.

Pois bem, com relação a essa glosa, a legislação é bem clara sobre a necessidade de comprovação. A escrituração da recorrente serve como elemento de prova desde que corroborada pela documentação que lhe dá suporte, nos termos do art. 923 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/1999).

No caso concreto o contribuinte não se desincumbiu de comprovar os valores lançados como despesas de depreciação/amortização em sua escrituração, ainda que com outros elementos que não as notas fiscais dos bens, tais como o livro de entrada de ICMS.

Entretanto, o mero registro contábil, por si só, não é suficiente à comprovação das despesas lançadas, quando não acompanhado dos elementos que o embasaram.

Nesse sentido foi o voto do relator da DRJ com o qual coaduno:

Agora, posteriormente à Impugnação, reitera a Contribuinte que deva ser levada em consideração a identificação dos bens do ativo imobilizado, que consta registrado no Livro de Apuração de ICMS (trazido em versão digitalizada). Reitero também o que já disse anteriormente, ou seja, as descrições dos bens em questão, por mais pormenorizadas que sejam não suprem, para fins fiscais, a documentação de aquisição pertinente, então necessária à dedutibilidade da despesa com depreciação. Quanto à alegação de que possui as notas fiscais de aquisição e solicita que seja demandada a realização de diligências para a sua conferência, de se dizer apenas, que desde o início do trabalho de fiscalização não há nos autos indícios de que a Interessada detinha a posse de tais documentos. Se, de fato, possuísse, deveria trazê-los aos autos (em papel ou digitalizados) aí não importando a sua quantidade, de forma que indefiro tal solicitação, uma vez que as diligências, nesse caso, não se justificam em razão de que trata-se de produção de provas, que, se de fato existissem, já deveriam ter sido trazidas aos autos.

Ainda, com relação à suposta inversão de ônus da prova, não faz qualquer sentido a argumentação da contribuinte, sendo que a prova deve ser feita por essa conforme previsão expressa do RIR (art. 923).

Assim, mantenho a glosa da depreciação efetuada, ademais, com relação à decadência, tal item está tratado acima, como os demais que arguem tal instituto.

#### **06 – Honorários pagos aos administradores**

Foram consideradas indedutíveis as parcelas pagas a título de 13º aos administradores por serem consideradas liberalidade da empresa. A empresa argui que deve ser considerado o art. 299 do RIR, sendo portanto dedutíveis tais despesas e que para a CSL nem Lei existe para considerar indedutível tais parcelas.

Vamos ao relato da DRJ:

Auto de Infração: Item 003 (fls.1.547 a 1.548)

Gratificações/Participações nos Lucros Atribuídas aos Dirigentes ou Administradores

Termo de Verificação Fiscal: Item 3.6 (fls.1.637 a 1.644, Vol. IX)

O referido item 3.6 é subdividido em 3.6.1. Honorários pagos aos administradores, item 3.6.2. Gratificações pagas aos administradores e item 3.6.3. Demais pagamentos efetuados aos administradores.

Item 3.6.1 - Honorários pagos aos administradores (fls.1.639 a 1.640)

Neste tópico, a Fiscalização promoveu a glosa de valores pagos, a este título, por conta de honorários 13º salário, reversão de adiantamento de 13º (não comprovada) e valores de rateio de despesas e de seguros (despesas não comprovadas), considerados como despesas não necessárias.

Após os esclarecimentos prestados em atendimento às intimações acerca da natureza dos gastos efetuados junto a dirigentes da empresa, a Fiscalização constatou (fl.1.638 a 1.640):

Os documentos trazidos ao processo demonstram o pagamento de vários direitos trabalhistas aos diretores, cuja análise será feita nos subitens que seguem.

Do endereço

[http://www.guiatrabalhista.com.br/guia/diretor\\_ao\\_empregado.htm](http://www.guiatrabalhista.com.br/guia/diretor_ao_empregado.htm) retiramos as informações abaixo :

#### DIRETOR NÃO EMPREGADO

Considera-se diretor não empregado a pessoa física investida em cargo de administração ou gerência, eleita em Assembleia Geral de Acionistas, no caso de Sociedades por Ações, ou nomeada em Contrato Social (no caso de outros tipos de sociedades) e que possui o efetivo poder de mando e participa do risco econômico.

Considera-se Diretor aquele que exerça cargo de administração previsto em lei, estatuto ou contrato social, independentemente da denominação do cargo.

[...]

Desta forma, um diretor nomeado por assembleia de quotistas, de uma sociedade limitada, que não seja sócio da mesma, é empregado, e deve ter todos os direitos trabalhistas. Isto porque o mesmo não participa do risco econômico do empreendimento.

Já um diretor (que também é sócio) da mesma empresa, será enquadrado como não-empregado, e portanto não terá os direitos trabalhistas previstos na CLT (férias, 13. salário, aviso prévio, etc.).

Assim, a Fiscalização retirou dos pagamentos declarados a título de honorários, as verbas indicadas como de honorários 13º salário, reversão de adiantamento de 13º e valores de rateio de despesas e de seguros, procedendo a glosa de tais valores, considerados despesas não necessárias, conforme consta na Tabela 9 do TVF à fl.1.640.

Na impugnação (fls.1.809 a 1.816, Vol. X), a Contribuinte, em resumo, discorre acerca do que seja despesa necessária e desnecessária (esta, por liberalidade da empresa no sentido objetivo, seria estranha ao objeto social da empresa); que o critério da despesa necessária tem que ser objetivo, conforme definição no art.299 do RIR/99; que, ainda que a remuneração paga aos diretores não estejam submetidos à CLT, utilizar-se dos benefícios contidos nesta legislação para remunerar seus profissionais não é ato ilegal; que todos os pagamentos são realizados objetivando a justa remuneração daqueles profissionais, que as despesas estão relacionadas com a atividade da empresa, em total consonância ao art.74, inciso II, da Lei nº 8.383/91 (art.385, II, do RIR/99) e conclui (fls.1.814/1.815) “Em sendo assim, por não haver vedação legal a tal prática, e estando devidamente esclarecido que as remunerações pagas aos diretores estatutários corresponderam a um montante global e proporcional ao quanto devido àqueles profissionais, resta claro que as despesas correlatas são necessárias à atividade econômica da impugnante e, portanto, dedutíveis da base de cálculo do IRPJ.” Ainda neste tópico, a Impugnante entende que as regras postas no art.299 do RIR/99 referem-se ao IRPJ, não havendo que se estender tal aplicação também à CSLL.

Pois bem, com relação a indedutibilidade dessas parcelas pagas aos administradores, ousou discordar do relator da DRJ, tendo em vista que tais parcelas fazem parte da remuneração global pagas aos administradores, não importando qual o nome se dê a elas.

Quem as estabelece é a Assembleia da Companhia e a partir desse momento, elas não mais são facultativas e sim obrigatórias, conforme Lei das S/As.

*Art. 152. A assembleia-geral fixará o montante global ou individual da remuneração dos administradores, inclusive benefícios de qualquer natureza e verbas de representação, tendo em conta suas responsabilidades, o tempo dedicado às suas funções, sua competência e reputação profissional e o valor dos seus serviços no mercado.*

Portanto, ao contrário do presumido pelo fiscal, o pagamento desses benefícios já estavam previstos pela Assembleia da Companhia e o nome dado a cada uma das parcelas não altera a sua natureza, se são 13 parcelas de R\$100, ou 12 parcelas de R\$108,33, o nome dado não altera a natureza do pagamento, pois ela é simplesmente o montante global ou individual dos administradores.

Nesse sentido, dou provimento ao recurso voluntário da contribuinte para considerar como dedutíveis as parcelas pagas a título de 13º salário aos administradores.

Pelo mesmo motivo, as demais parcelas pagas como bônus, férias e todas as autuadas, fazem parte da remuneração global dos administradores que estavam anteriormente previstas conforme estipulado pela Assembleia, não cabendo ao fisco alterar a natureza das parcelas pagas apenas para que não sejam dedutíveis. Afinal, a legislação societária visa proteger a Companhia e seus minoritários, sendo por isso estabelecida a remuneração e os benefícios previstos pela Assembleia, para que não ocorra ingerências da Administração, por parte dos Administradores em seu próprio benefício.

Ademais, o próprio texto legal estipula que deve ser observado as responsabilidades (em muitos casos até pessoais), o tempo dedicado as funções, a competência, reputação profissional e os valores dos serviços mercado.

Assim, conduzo meu voto para dar provimento ao recurso voluntário em relação aos pagamento aos administradores por serem todos honorários estabelecidos em Assembleia, portanto obrigatórios e necessários à vida da Companhia, nos exatos termos da Legislação do IR, e por consequência, defiro também a dedutibilidade a CSLL.

## **07 - DOAÇÕES INDEDUTÍVEIS, PIS E COFINS E ADIÇÃO DE PREJUÍZO DA INCORPORADA**

Com relação à parcela acima, a empresa não questionou tais parcelas mas não se conforma com o pagamento de multa isolada sobre essas parcelas.

Esse item será tratado em conjunto abaixo – CONSUNÇÃO

## **08 - EXCLUSÃO DO LUCRO DA INCORPORADA**

Argui a recorrente que houve o pagamento de JCP pela incorporada no mês anterior à sua incorporação.

Junta aos autos o razão e DRF para a comprovação da exclusão do JCP.

Segue abaixo o relato da DRJ, nos seguintes termos:

Auto de Infração: Item 010 (fls.1.558, Vol. VIII)

Adições Não Computadas na Apuração do Lucro Real

Termo de Verificação Fiscal: Item 3.10 (fls.1.648 a 1.651, Vol. IX)

Segundo consta no referido Termo, em resumo:

Na DIPJ2007, ano calendário 2006, entregue em 29/10/2008, houve a exclusão relativa ao lucro de empresa incorporada de R\$ 2.040.339,49.

Questionada sobre o montante (item 12 do Termo de Intimação Fiscal n.º 05 - DOCUMENTO 27), a fiscalizada apresentou o seguinte memorial de cálculo:

"Em 28 de fevereiro de 2006 a Bunge Alimentos S.A. incorporou a Bunge Alimentos Participações Ltda. (BALIM), conforme Ata da Assembleia Geral Extraordinária, realizada na mesma data (DOC 12/1).

O acervo líquido da BALIM, para fins de incorporação, foi avaliado com base no seu valor contábil em 31 de janeiro de 2006, conforme Protocolo de Justificação de Incorporação (DOC 12/2).

Assim, as receitas e despesas da BALIM, relativas ao período de 01 a 28 de fevereiro de 2006, foram registrados no resultado Bunge Alimentos S.A., nas contas abaixo destacas (sic):

[...]

Adicionalmente, durante o mês de fevereiro de 2006, a BALIM pagou Juros sobre o Capital Próprio (JCP) no total de R\$7.000.000,00. Deve-se observar que esse valor foi revertido contabilmente para a conta de lucros acumulados da Bunge Alimentos S.A., conforme determina a Deliberação CVM207/96.

Conforme determina a legislação, a empresa incorporada, BALIM, ofereceu à tributação do IRPJ o lucro auferido até a data da incorporação, isto é, até 28 de fevereiro de 2006. Tal informação pode ser verificada na DIPJ entregue por ocasião do evento de incorporação (DOC12/3).

Por essa razão a Bunge Alimentos S.A. elimina, através de exclusão no cálculo do lucro real, o resultado da incorporada relativo ao período de 01/02/2006 a 28/02/2006, o qual foi reconhecido no resultado da incorporada."

No entanto, em consulta à DIPJ da incorporada, mencionada na resposta, constata-se que a empresa incorporada apurou lucro real negativo de R\$ 4.959.660,51, correspondente à diferença entre a base de cálculo para o IRPJ, calculada por estimativa, para fevereiro (R\$1.490.268,32) e a de janeiro (R\$6.449.928,83). Não por coincidência, o resultado de fevereiro somado ao JCP (R\$7.000.000,00) resulta exatamente no valor excluído pela BUNGE em sua apuração do IRPJ.

Sob a guarida dos mandamentos da CVM, alega ter revertido o valor do JCP diretamente para lucros acumulados e que o resultado teria sido tributado na incorporada.

A alegação não procede. A incorporada apurou prejuízo em fevereiro. Se o efeito do resultado de fevereiro, já tributado na incorporada, tivesse sido excluído da incorporadora, seu valor, prejuízo de R\$ 4.959.660,51, deveria ter sido adicionado ao lucro líquido da BUNGE.

Nem o argumento de que o JCP (R\$7.000.000,00) foi lançado direto na conta de lucros acumulados é verdadeiro.

Os lançamentos na conta 0300490009178 - DESP FINANCEIRA JRS S/ CAPITAL PRÓPRIO, no entanto, registram os R\$7.000.000,00, em 24/02/2006, com o histórico "DISTRIB JRS CAP PRÓPRIO EX2006", lançado a débito, sem que tenha sido estornado em data posterior. O saldo final da conta, R\$42.000.000,00, foi transferido para resultado em 31/12/2006, sendo que R\$35.000.000,00 correspondem ao montante pago e excluído na linha 32 da ficha 06A da DIPJ2007 (tanto da original entregue em 29/10/2008, quanto da retificadora, entregue em 29/03/2010. Portanto, os

R\$7.000.000,00 tiveram o mesmo tratamento contábil dado aos R\$35.000.000,00; mas não foram adicionados ao lucro líquido como deveriam.

Desta feita, para expurgar o resultado de fevereiro da incorporada do resultado da BUNGE, o correto seria adicionar R\$4.959.660,51 (prejuízo da incorporada em fevereiro) ao lucro líquido da BUNGE. Como, a contrario sensu, foram excluídos R\$2.040.339,49, esta exclusão deve ser glosada e efetuada a adição de R\$4.959.660,51, (que foi relegado no cálculo do resultado da incorporada), em 24/02/2006, o que foi feito de ofício, com multa de 75% e demais encargos legais, com reflexos no IRPJ, CSLL e nos recolhimentos mensais por estimativa de ambos os tributos.

Na impugnação apresentada (fls.1.819 a 1.822, Vol.X), tem-se, em resumo:

### XIII - EXCLUSÃO DE LUCRO DE INCORPORADA (Item 3.10 do TVF);

- No Item 3.10 do TVF, constata-se que o agente fiscal entendeu pela glosa do montante de R\$ 2.040.339,49, eis que indevidamente excluído no LALUR da empresa, bem como a adição do valor de R\$ 4.959.660,51, com a aplicação de multa de 75% e demais encargos legais;

- Para justificar o equívoco em que incorreu a fiscalização em tal procedimento, mister inicialmente explicar a operação de incorporação ocorrida em 2006 entre a empresa autuada e a Bunge Alimentos Participações Ltda., da qual decorrem os valores acima identificados;

- Em 10.2.2006, as citadas empresas assinaram "Protocolo de Justificação de Incorporação" (doc. 33), no qual acordaram pela incorporação da empresa Bunge Alimentos Participações Ltda. (incorporada) pela empresa Bunge Alimentos S.A. (incorporadora), ora impugnante, o que restou posteriormente ratificado, em 28.2.2006, com a aprovação da incorporação e do Laudo de Avaliação, consoante "Ata da Assembleia Geral Extraordinária" da incorporadora e "5ª Alteração do Contrato Social" da incorporada (doc. 34);

- A incorporação foi deliberada com base em balanço levantado pela empresa incorporada em 31.1.2006;

- Consequentemente, e de acordo com o disposto no art. 224, III, da Lei n. 6.404, as sociedades deliberaram que as variações patrimoniais da incorporada, ocorridas entre 31.1.2006 e a data da efetiva incorporação, seriam absorvidas pela incorporadora, como é de praxe em operações dessa natureza; [...]

- Em sendo assim, a incorporadora reconheceu, dentre as variações patrimoniais da incorporada, ocorridas entre 31.01.2006 e 28.02.2006, o valor da despesa de R\$ 7.000.000,00 de JCP;

- Ocorre que a fiscalização argumenta que a impugnante lançou o referido valor de R\$ 7.000.000,00 a despesa, sem que tivesse ocorrido o estorno de tal valor em data posterior. Em função disso, a fiscalização adicionou os R\$ 7.000.000,00 no cálculo do lucro real, promovendo a glosa da exclusão no LALUR de R\$ 2.040.339,49 e a tributação de R\$ 4.959.660,51, totalizando exatamente o montante de R\$ 7.000.000,00;

- Contudo, o entendimento fiscal não procede, pois os R\$ 7.000.000,00 foram efetivamente estornados, conforme será demonstrado a seguir;

- Com efeito, a incorporadora, ora impugnante, reverteu contabilmente tal valor da conta de despesa no resultado para a conta de Patrimônio Líquido - PL, nos termos da Deliberação da Comissão de Valores Mobiliários - CVM n. 207/96, bem como em

consonância com sua 4ª Alteração do Contrato Social, conforme o seguinte lançamento contábil: [...];

- É exatamente este fato que passou despercebido pelo Sr. AFRFB. Diante dessa reversão, o resultado contábil da incorporadora não foi afetado pelo JCP em questão, o qual, frise-se novamente, foi devidamente revertido para o Patrimônio Líquido;

- E, tendo em vista que a incorporada apresentava prejuízo fiscal no montante de R\$ 4.959.660,51, tal qual reconhecido pela fiscalização, certo é que a reversão do JCP para o Patrimônio Líquido na incorporadora gerou um resultado positivo na contabilidade desta de R\$ 2.040.339,49, constatada pela seguinte operação matemática:[...]

- Com efeito, o que o Sr. AFRFB não considerou foi que, nesse prejuízo fiscal de R\$ 4.959.660,51 apurado pela incorporada em fevereiro de 2006, e reconhecido na incorporadora nesse mesmo período, encontra-se a despesa de JCP no valor de R\$ 7.000.000,00, que permaneceu no resultado contábil e fiscal da incorporada, mas que na incorporadora foi revertida para o Patrimônio Líquido;

- Conseqüentemente, o valor de R\$ 2.040.339,49 decorre justamente dessa reversão do montante de JCP em contrapartida ao montante de prejuízo fiscal, o qual, diferentemente do alegado pela fiscalização, não foi ignorado pela impugnante;

- Em sendo assim, para expurgar o efeito do resultado da empresa incorporada, reconhecido na contabilidade da incorporadora (ajustado pela reversão de JCP), esta excluiu no seu LALUR o valor de R\$ 2.040.339,49;

- Portanto, foi correta a exclusão efetuada pela incorporadora, o que demonstra a inconsistência do procedimento adotado pela fiscalização no Item 3.10 do TVF;

- Por fim, *ad argumentandum*, ressalte-se que, ainda que a incorporadora efetuasse a adição no seu LALUR do prejuízo fiscal apurado pela incorporada em fevereiro de 2006, no valor de R\$ 4.959.660,51, também teria direito a efetuar a exclusão da despesa de JCP no valor de R\$ 7.000.000,00 que não foi contabilmente aproveitada em razão da sua reversão para o PL, de modo que o resultado dessa conta seria idêntico à exclusão de R\$ 2.040.339,49 ocorrida na incorporadora;

- Pelo exposto, com base nos fundamentos acima aduzidos, impõe-se o cancelamento da glosa efetuada pelo agente fiscal no Item 3.10 do TVF, com o conseqüente o cancelamento da adição do montante de R\$ 4.959.660,51 e multa e juros a ele referidos.

O julgamento foi feito, conforme abaixo:

Da análise

Conforme consta no PROTOCOLO DE JUSTIFICAÇÃO DE INCORPORAÇÃO (fls.663 a 665, Vol.IV), o acervo líquido da BALIM (incorporada) para fins de incorporação foi avaliado com base no seu valor contábil na data de 31/01/2006, e, ainda, que “As variações patrimoniais ocorridas entre 31.01.2006 e a data da efetiva incorporação serão absorvidas pela INCORPORADORA.”

A data da efetiva incorporação (evento) foi em 28 de fevereiro de 2006, ocasião em que os acionistas da Bunge Alimentos S/A (Incorporadora e ora Contribuinte Impugnante) aprovaram a citada incorporação, conforme consta na 5ª Alteração do Contrato Social Incorporação e Extinção da Bunge Alimentos Participações Ltda. (Incorporada, BALIM, fl.679, Vol.IV).

Na DIPJ entregue pela incorporada, que compreende o período de 01/01/2006 a 28/02/2006, foi declarado lucro real de R\$ 1.490.268,32 (fl.689, Vol.IV), onde percebe-se também que, nesta apuração, a importância de R\$ 7.000.000,00, a título de Juros s/ o Capital Próprio (JCP), já foi considerada na Demonstração do Resultado contábil (fl.688).

Conforme constatado pela própria autoridade fiscal, o resultado da PJ incorporada (confronto das receitas e despesas – incluindo nessas últimas o pagamento JCP de R\$ 7.000.000,00), no período de 31/01/2006 a 28/02/2006, foi de R\$ 4.959.660,51 negativos. Ocorre que as variações patrimoniais (em especial, as receitas e despesas) havidas no mês de fevereiro foram transferidas para a contabilidade da incorporadora (transferência dos saldos), passando a se confundir com suas próprias receitas e despesas.

Ou seja, na DIPJ da incorporada constam receitas e despesas (referentes ao mês de fevereiro de 2006) que contabilmente foram apropriadas nos registros da incorporadora.

Segundo o entendimento da autoridade fiscal, o procedimento correto para expurgar esse resultado negativo do mês de fevereiro (- R\$ 4.959.660,51) – ocorrido na incorporada e já devidamente computado em sua DIPJ – do resultado fiscal da incorporadora, seria a adição de idêntico valor ao lucro líquido da incorporada, via Lalur (+ R\$ 4.959.660,51). Inexistindo outros lançamentos de ajustes, o entendimento da autoridade fiscal está correto.

Porém, a incorporadora alega ter havido a reversão dos já mencionados JCP das contas de resultado para o Patrimônio Líquido. Ou seja, aquele valor (R\$ 7.000.000,00) que, em um primeiro momento, havia sido contabilizado na incorporada como uma despesa do exercício – inclusive gerando efeitos tributários – teria sido transferido, na contabilidade da incorporadora, para uma conta patrimonial, mais especificamente a conta Lucros Acumulados, do Patrimônio Líquido.

Portanto, aquele resultado negativo de R\$ 4.959.660,51 – após excluída a despesa de R\$ 7.000.000,00 – se converteria em um resultado positivo de R\$ 2.040.339,49. Consequentemente, o valor a ser expurgado da resultado da incorporadora não mais seria um prejuízo de R\$ 4.959.660,51 e sim um lucro de R\$ 2.040.339,49. Tal expurgo ocorreria exatamente conforme o procedimento adotado pela impugnante, qual seja, pela exclusão do lucro líquido da incorporadora do valor de R\$ 2.040.339,49, via Lalur.

A questão limita-se, pois, em determinar se houve ou não a alegada reversão da despesa com Juros sobre o Capital Próprio no valor de R\$ 7.000.000,00 das contas de resultado para o Patrimônio Líquido. Caso positivo, cabe razão à impugnante; caso negativo, mantido está o entendimento da autoridade fiscal.

Em suas alegações, ao tentar refutar a afirmação contida no Termo de Verificação Fiscal de que os JCP não teriam sido estornados das contas de resultado na incorporadora, a impugnante sustenta a realização do procedimento contábil da reversão, inclusive reproduzindo o lançamento contábil que o comprovaria (fl. 1.821). Contudo, não apresenta prova correspondente, necessária para corroborar a veracidade do alegado.

Assim sendo, e na ausência de elemento probatórios que ratifiquem as alegações apresentadas, entendo que o lançamento fiscal constante do Auto de Infração deve ser mantido.

Esclareça-se que a exclusão, na importância de R\$ 2.040.339,49, considerada pela Contribuinte, na apuração de seu lucro real em 31/12/2006, foi indevida, pelas

razões acima expostas, conforme destacou a autoridade autuante no Termo Fiscal, tendo procedido à sua tributação conforme consta no item 013 do Auto de Infração – Exclusão Não Autorizada na Apuração do Lucro real/ Exclusão Indevida (fl.1.561, Vol.VIII).

Pois bem, apesar de ter a recorrente juntado aos autos documentos para tentar comprovar o alegado, não consegui visualizar se realmente foi realizada a alegada reversão do JCP, que seria o suficiente para garantir razão à recorrente.

Assim, tendo sido as provas colacionadas aos autos quando do recurso voluntário, ainda insuficientes para demonstrar a reversão da parcela do JCP dos lucros da autuada, mantenho a decisão da DRJ por seus próprios fundamentos.

#### **09) GRATIFICAÇÃO PAGA AOS ADMINISTRADORES E DOAÇÕES INDEDUTÍVEIS, PIS E COFINS**

Com relação à gratificação paga aos administradores e as deduções indedutíveis de PIS e COFINS, a recorrente apenas argumenta em ambas que, apesar de ter reconhecido a indedutibilidade, foi penalizada duplamente, porém a aplicação de multa de mora e multa de ofício será devidamente tratada abaixo.

#### **10) SUSPENSÃO DO PROCESSO PARA RECOMPOSIÇÃO DA CSLL**

Argui a recorrente que seria necessário aguardar o julgamento do processo 13971.001629/2006-35 para que fosse recomposta a base de cálculo da CSL.

Entretanto, não há base legal para o sobrestamento do feito de processo administrativo no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Assim, indefiro o recurso quanto a esse pedido.

#### **11) MULTA DE MORA E MULTA DE OFÍCIO**

Com relação a aplicação de multa de mora e multa de ofício, temos a súmula CARF que as trata da seguinte forma no período anterior a 30/06/2007:

Súmula CARF n.º 105

A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei n.º 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Portanto, em relação ao período anterior a 30/06/2007, devem ser exoneradas as multas de ofício aplicadas. Com relação ao período posterior, deve ser observada a tese abaixo sobre a consunção, nos seguintes termos:

#### **CONSUNÇÃO**

A questão da multa em razão de falta ou insuficiência de pagamento das estimativas mensais não está pacificada neste CARF. Dos inúmeros julgados a respeito do tema extraem-se, pelo menos, três correntes de entendimento.

Utilizo voto da Conselheira Lívia, ex-componente desse turma que muito bem fundamenta a tese:

Em um extremo está a corrente que defende que, mesmo após a Lei 11.488/2007, uma vez encerrado o ano-calendário não mais cabe aplicar a multa isolada por falta ou insuficiência de estimativas, pois essas ficam absorvidas pelo tributo incidente sobre o resultado anual. Por outro lado, há os que entendem que a imposição da multa independe do resultado apurado no encerramento do exercício financeiro, devendo ser aplicada sempre sobre o valor da estimativa não recolhida.

Em uma posição intermediária está a corrente adotada pelo presente voto, há muito sustentada pelo Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, que fora integrante desta Turma.

Segundo este entendimento, a multa isolada pelo descumprimento do dever de recolhimentos antecipados deve ser aplicada sobre o total que deixou de ser recolhido, ainda que a apuração definitiva após o encerramento do exercício redunde em montante menor; não obstante, pelo princípio da absorção ou consunção, não deve ser aplicada penalidade pela violação do dever de antecipar, na exata medida em que houver aplicação de sanção sobre o dever de recolher em definitivo, já que esta penalidade absorve aquela até o montante em que suas bases se identificarem.

É a máxima do direito punitivo que, para uma mesma conduta deve-se aplicar uma só punição.

A título ilustrativo reproduzo trecho do acórdão 1201-00.235, de 7 de abril de 2010, da lavra do ilustre Conselheiro:

*As regras sancionatórias são em múltiplos aspectos totalmente diferentes das normas de imposição tributária, a começar pela circunstância essencial de que o antecedente das primeiras é composto por uma conduta antijurídica, ao passo que das segundas se trata de conduta lícita.*

*Dessarte, em múltiplas facetas o regime das sanções pelo descumprimento de obrigações tributárias mais se aproxima do penal que do tributário.*

*Pois bem, a Doutrina do Direito Penal afirma que, dentre as funções da pena, há a PREVENÇÃO GERAL e a PREVENÇÃO ESPECIAL.*

*A primeira é dirigida à sociedade como um todo. Diante da prescrição da norma punitiva, inibe-se o comportamento da coletividade de cometer o ato infracional. Já a segunda é dirigida especificamente ao infrator para que ele não mais cometa o delito.*

*É, por isso, que a revogação de penas implica a sua retroatividade, ao contrário do que ocorre com tributos. Uma vez que uma conduta não mais é tipificada como delitiva, não faz mais sentido aplicar pena se ela deixa de cumprir as funções preventivas.*

*Essa discussão se torna mais complexa no caso de descumprimento de deveres provisórios ou excepcionais.*

*Hector Villegas, (em Direito Penal Tributário. São Paulo, Resenha Tributária, EDUC, 1994), por exemplo, nos noticia o intenso debate da Doutrina Argentina acerca da aplicação da retroatividade benigna às leis temporárias e excepcionais.*

*No direito brasileiro, porém, essa discussão passa ao largo há muitas décadas, em razão de expressa disposição em nosso Código Penal, no caso, o art. 3º:*

*Art. 3º - A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.*

*O legislador penal impediu expressamente a retroatividade benigna nesses casos, pois, do contrário, estariam comprometidas as funções de prevenção. Explico e exemplifico.*

*Como é previsível a cessação da vigência de leis extraordinárias e certo, em relação às temporárias, a exclusão da punição implicaria a perda de eficácia de suas determinações, uma vez que todos teriam a garantia prévia de, em breve, deixarem de ser punidos. É o caso de uma lei que impõe a punição pelo descumprimento de tabelamento temporário de preços. Se após o período de tabelamento, aqueles que o descumpriram não fossem punidos e eles tivessem a garantia prévia disso, por que então cumprir a lei no período em que estava vigente?*

*Ora, essa situação já regrada pela nossa codificação penal é absolutamente análoga à questão ora sob exame, pois, apesar de a regra que estabelece o dever de antecipar não ser temporária, cada dever individualmente considerado é provisório e diverso do dever de recolhimento definitivo que se caracterizará no ano seguinte.*

*Nada obstante, também entendo que as duas sanções (a decorrente do descumprimento do dever de antecipar e a do dever de pagar em definitivo) não devam ser aplicadas conjuntamente pelas mesmas razões de se valer, por terem a mesma função, dos institutos do Direito Penal.*

*Nesta seara mais desenvolvida da Dogmática Jurídica, aplica-se o Princípio da Consunção. Na lição de Oscar Stevenson, "pelo princípio da consunção ou absorção, a norma definidora de um crime, cuja execução atravessa fases em si representativas desta, bem como de outras que incriminem fatos anteriores e posteriores do agente, efetuados pelo mesmo fim prático". Para Delmanto, "a norma incriminadora de fato que é meio necessário, fase normal de preparação ou execução, ou conduta anterior ou posterior de outro crime, é excluída pela norma deste". Como exemplo, os crimes de dano, absorvem os de perigo. De igual sorte, o crime de estelionato absorve o de falso. Nada obstante, se o crime de estelionato não chega a ser executado, pune-se o falso.*

*É o que ocorre em relação às sanções decorrentes do descumprimento de antecipação e de pagamento definitivo. Uma omissão de receita, que enseja o descumprimento de pagar definitivamente, também acarreta a violação do dever de antecipar. Assim, pune-se com multa proporcional. Todavia, se há uma mera omissão do dever de antecipar, mas não do de pagar, pune-se a não antecipação com multa isolada.*

*Assim, consideramos imperioso verificar se houve, em relação aos fatos que ensejaram a autuação de multas isoladas, também a imposição de multa proporcional e em que medida.*

*O valor tributável é o mesmo (R\$ 15.470.000,00). Isso, contudo, não implica necessariamente numa perfeita coincidência delitiva, pois pode ocorrer também que uma omissão de receita resulte num delito quantitativamente mais intenso.*

*Foi o que ocorreu. Em razão de prejuízos posteriores ao mês do fato gerador, o impacto da omissão sobre a tributação anual foi menor que o sofrido na antecipação mensal. Desse modo, a absorção deve é apenas parcial.*

*Conforme o demonstrativo de fls. 21, a omissão resultou numa base tributável anual do IR no valor de R\$ 5.076.300,39, mas numa base estimada de R\$ 8.902.754,18. Assim, deve ser mantida a multa isolada relativa à estimativa de imposto de renda que deixou de ser recolhida sobre R\$ 3.826.453,79 (R\$ 8.902.754,18 - R\$ 5.076.300,39), parcela essa que não foi absorvida pelo delito de não recolhimento definitivo, sobre o qual foi aplicada a multa proporcional.*

Faz toda a diferença considerar que estamos tratando de direito sancionatório e, nesta seara, não se pode admitir que se trate como independentes penas aplicadas sobre uma infração conteúdo (provisório) e sobre uma infração continente (e efetiva).

Em outros termos: não há dúvida de que estamos tratando de multas relacionadas a um mesmo fato gerador de tributo (isto é, IRPJ/CSLL devidos em 31 de dezembro do ano-calendário), de maneira que, mesmo que se queira dizer que não se trata da mesma infração (conduta), impõe-se considerar que o bem jurídico maior é o tributo efetivamente devido, do que é conteúdo provisório ou *iter* preparatório o bem jurídico representado pelo dever de adiantar estimativas de "algo" (e não "algo efetivo"). Desse modo, se por um lado é preciso dar sentido à norma que prevê a aplicação da multa pelo não recolhimento de estimativas mesmo em caso de apuração de prejuízo fiscal ou base negativa (redação do art. 44 da Lei 9.430/1996 dada pela Lei 11.488/2007), por outro mantém-se a premissa de que não se pode penalizar mais a infração-conteúdo que a infração-continente.

Assim, no caso em questão, entendo que as multas isoladas devem ser canceladas na exata medida em que as suas bases sejam menores que as bases tributáveis anuais utilizadas para fins de aplicação das multas de ofício de IRPJ e CSLL.

## **12 - DA INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO**

Esta questão já está superada no âmbito deste Colegiado, por força de súmula vinculante:

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.

Portanto, nego provimento ao recurso voluntário em relação a incidência de juros sobre multa.

## **13- LANÇAMENTO DECORRENTE – CSLL**

Para que dúvidas não parem, os lançamentos da CSLL, no presente feito é reflexo e deve seguir a mesma razão e fundamentos do IRPJ.

## **14 – CONCLUSÃO**

Pelo acima exposto conduzo meu voto para:

- i) afasto a preliminar de aplicação do art. 24 da LINDB, o pedido de suspensão do processo e as arguições de decadência e, no mérito,
- ii) (i) negar provimento ao recurso no que tange à (a) glosa com despesas de ágio relativo ao MOINHO ILHÉUS LTDA, (b) à glosa de despesas de depreciação, (c) aos juros sobre a multa de ofício e (d) aos lançamentos reflexos/CSLL e
- iii) dou provimento ao recurso relativamente à (a) subvenção para investimento e (b) à exoneração da multa isolada relativa aos períodos anteriores a 30/06/2007 e no período posterior considerar a consunção.

- iv) negar provimento ao recurso relativamente à glosa de despesas com o ágio relativo ao fechamento de capital da BUNGE ALIMENTOS S/A;
- v) negar provimento ao recurso em relação à glosa de exclusão do pagamento de JCP por empresa incorporada;
- vi) dar provimento ao recurso no que tange à (a) glosa de despesas de honorários pagos aos administradores;
- vii) dar provimento ao recurso voluntário relativo à glosa de despesas de ágio pertinentes à incorporação realizada pela BUNGE PARTICIPAÇÕES LTDA.;
- viii) negar provimento ao recurso de ofício, no caso da exclusão de resultados negativos em operações de hedge e aos lucros auferidos no exterior pela BUNGE ALIMENTOS HOLDING BV (HOLANDA);
- ix) negar provimento em relação à insuficiência de base de cálculo negativa de CSL e também com relação aos juros sobre multa.

(documento assinado digitalmente)

Letícia Domingues Costa Braga

## **Voto Vencedor**

Carlos André Soares Nogueira, redator designado.

Inicialmente, devo parabenizar a ilustre relatora pelo brilhante voto proferido. O processo é assaz complexo e a colega conselheira logrou construir um voto profundo e sólido nos aspectos fáticos e jurídicos.

Entretanto, foi-me incumbida pelo colegiado a tarefa de registrar a fundamentação utilizada pela Turma para divergir da posição da relatora quanto à infração relativa à dedutibilidade ágio decorrente da incorporação da Bunge Alimentos Participações Ltda.

A relatora, que, neste ponto, votou por dar provimento ao recurso voluntário, restou vencida pela Turma, por meio de voto de qualidade.

Na espécie, três fatores foram preponderantes para a decisão que foi tomada: (i) parte do ágio seria interno; (ii) houve a utilização de empresa veículo e (iii) deslocou-se o ágio para a investida, sem que se configurasse a exigida confusão patrimonial entre a real investidora e a investida.

Tais conclusões requereram cuidadoso exame dos fatos, tendo em vista a intrincada cadeia de atos societários, que incluíram a oferta pública de compra de ações, diversas incorporações e uma cisão parcial.

Primeiro, a caracterização do ágio interno.

O ágio amortizado na fiscalizada tem origem mediata em duas operações distintas de aquisição de ações da Bunge Brasil S/A: (i) uma oferta pública de compra de ações (OPA)

realizada pela Bunge Participações Ltda (controlada pela Bunge BIC Holdings BV, na Holanda); e (ii) a aquisição das ações que já pertenciam ao grupo Bunge por meio da Bunge Investimentos e Consultoria Ltda.

A operação de oferta pública de compra de ações (OPA) foi detalhadamente descrita no voto da eminente relatora. Entretanto, a segunda operação é a que caracteriza, além de qualquer dúvida razoável, a criação de ágio interno.

Reproduzo o trecho do Termo de Verificação Fiscal (TVF) que trata do assunto:

A INCORPORAÇÃO DA BUNGE INVESTIMENTOS LTDA.

A Bunge Investimentos Ltda. foi criada em 30/09/2004 e incorporada em 31/10/2005.

A primeira desta série de incorporações foi precedida por um aumento de capital da BUNGE INVESTIMENTO E CONSULTORIA LIDA, CNPJ 67.866.863/0001-17, através de aproveitamento de créditos em conta corrente, conforme 25'. ALTERAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL DA BUNGE INVESTIMENTO E CONSULTORIA LTDA, DOC 9/6 em DOCUMENTO 31, ocorrida em 03/12/2004.

Em 06/12/2004, três dias depois do aumento de capital, nova alteração no contrato social da BUNGE INVESTIMENTO E CONSULTORIA LTDA registra a cessão das cotas da sua controladora, BUNGE BIC HOLDINGS BV, para BUNGE INVESTIMENTO LTDA, CNPJ 07.052.334/0001-58, em troca de uma nota promissória de US\$ 332,617,465.00 da BUNGE INVESTIMENTO LTDA.. Esta transação teria gerado ágio de R\$400.439.243,50 na contabilidade da BUNGE INVESTIMENTO E CONSULTORIA LTDA., DOC 9/4 em DOCUMENTO 31, cujo fundamento seria a participação de 18,06% que a BUNGE INVESTIMENTOS detinha na BUNGE BRASIL. Que, por sua vez, decorria de sua participação na BUNGE ALIMENTOS e na BUNGE FERTILIZANTES, conforme laudo DOC 9/2 de DOCUMENTO 31.

Para que não haja dúvida sobre a geração de ágio interno, destaco excerto do próprio recurso voluntário:

Naquele mesmo ano de 2004, parte do capital da Bunge Brasil S.A. que pertencia ao grupo Bunge (cujo controle indireto era da Bunge Ltd.) através de uma pessoa jurídica que já existia no Brasil, a Bunge Investimentos e Consultoria Ltda., foi transferida para a Bunge Investimento Ltda., controlada da referida Bunge BIC Holdings BV, tendo a adquirente apurado ágio, uma vez que o valor atribuído foi pouco inferior ao da oferta pública, e equivalente ao valor do investimento estrangeiro registrado no Banco Central do Brasil.

Não há dúvida, portanto, de que foi gerada internamente parte do ágio que, posteriormente, foi transferido por meio de intrincadas operações societárias, para a Bunge Alimentos.

Inúmeros são os precedentes acerca da indedutibilidade do ágio gerado internamente ao grupo econômico, conforme se pode observar nos seguintes julgados:

ÁGIO INTERNO. INDEDUTIBILIDADE. AMORTIZAÇÃO ÁGIO T4U I.

O ágio somente pode ser admitido quando decorrente de transações envolvendo partes independentes, condição necessária à formação de um preço justo para os ativos envolvidos. Nos casos em que seu aparecimento acontece no bojo de transações entre entidades sob o mesmo controle, o ágio não tem consistência econômica ou contábil, configurando geração artificial de resultado cujo registro contábil é inadmissível. Nessa situação, a despesa com a amortização do ágio é indedutível. (Acórdão CARF n.º 1401-003.082, de 22/01/2019)

ÁGIO INTERNO. AÇÕES CONFERIDAS EM AUMENTO DE CAPITAL DE CONTROLADORA EM PESSOA JURÍDICA “VEÍCULO”. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL

O reconhecimento de ágio interno fundamentado em expectativa de rentabilidade futura não encontra respaldo legal, pois não é possível reconhecer uma mais-valia de um investimento quando originado de transação dentro do mesmo grupo empresarial, em operação de aumento de capital da controladora em empresa veículo com ações da pessoa jurídica. A inexistência de um legítimo propósito negocial que justifique a realização das complexas operações desenvolvidas, além do simples efeito de utilização de benefícios fiscais concorre para o impedimento da utilização do referido ágio. (Acórdão CARF n.º 1401-002.883, de 18/09/2018)

O segundo ponto se destacar é a utilização de empresas veículo para deslocar os ágios ao bel-prazer do grupo econômico.

Para que não parem questões sobre a intenção de deslocar os ágios para as empresas operacionais, Bunge Alimentos e Bunge Fertilizantes, cito trecho da própria peça recursal:

O passo seguinte, ocorrido em 2005, teve em mira integrar os referidos ágios nas empresas operativas (Bunge Alimentos S.A. e Bunge Fertilizantes S.A., controladas integrais da Bunge Brasil S.A.), eis que à toda evidência e conforme as avaliações efetivadas, era a elas que se referiam os dois ágios originados nas operações anteriores, isto é, na oferta pública de aquisição das ações da Bunge Brasil S.A., feita pela Bunge Participações Ltda., e na aquisição da Bunge Investimentos e Consultoria Ltda. pela Bunge Investimento Ltda. Isto porque, afinal, as operações anteriores tiveram por objeto ações da Bunge Brasil S.A., e as duas empresas operacionais eram suas subsidiárias integrais.

Vale ressaltar a caracterização da Bunge Participações como empresa veículo para deslocar os ágios, conforme descrito no TVF:

A INCORPORAÇÃO DA BUNGE PARTICIPAÇÕES LTDA.

A compra de 124.345.274 ações da Bunge Brasil S/A pela Bunge Participações Ltda. teria gerado o ágio de R\$389.373.463,92. - Ressalto que a empresa BUNGE PARTICIPAÇÕES LTDA. foi criada em 14/05/2004, com capital social de R\$ 10.000,00. Adquiriu as ações da Bunge Brasil no valor de R\$ 820.863.072,59 em agosto de 2004, mesmo sem qualquer receita registrada em sua DIPJ naquele ano. Declarou não possuir empregados em 2004 e 2005. E foi extinta em 31/10/2005 ao ser incorporada.

Da mesma forma, a Bunge Investimentos Ltda, segundo o TVF, foi *criada em 30/09/2004 e incorporada em 31/10/2005*.

Por fim, a caracterização da Bunge Alimentos Participações Ltda, ainda segundo a autoridade fiscal:

A CISÃO PARCIAL DA BUNGE FERTILIZANTES S/A EM BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA.

Por uma conveniência tributária, a cisão da BUNGE FERTILIZANTES serviu para segregar o ágio das operações anteriores originados da avaliação da BUNGE ALIMENTOS na BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA. que passou a deter a totalidade do capital da BUNGE ALIMENTOS, mais parte dos ágios descrita no DOC 9/1 em DOCUMENTO 31, como:

[...]

O que aconteceu neste planejamento tributário foi uma reprise do relatado no item anterior (item 3.1), quando da incorporação da BUNGE II DE PARTICIPAÇÕES S/A engordada pelo "ágio" de "aquisição" (ou transferência de titularidade, para ser mais

específico) anterior, tudo dentro do mesmo grupo econômico controlado pela BUNGE LTD.. Agora, com algumas peculiaridades: a incorporada foi a BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA., resultada de cisão parcial e carregada por "ágios" de um maior número de incorporações anteriores. Mas tudo dentro do mesmo grupo econômico controlado pela BUNGE LTD.

Vale citar que, na operação anterior (incorporação da Bunge II de Participações S/A), a autoridade fiscal havia caracterizado a utilização de empresa veículo, como se pode observar no seguinte trecho:

Portanto, não sendo ágio e nem ativo diferido, o que seria? No meu modo de pensar, o valor é um inchaço contábil, fruto de um abuso de direito. A **empresa veículo** foi constituída única e exclusivamente para replicar o ágio pago pela **primeira incorporadora** na aquisição das quotas do interessado. O mesmo ágio inicialmente pago está duplicado na **empresa veículo**, que, pela incorporação, é transferido para o interessado. Ora, estamos diante do "fenômeno da multiplicação do ágio", pela simples fato das quotas de uma empresa circularem num grupo de empresas, retomando ao titular inicial. Evidentemente que as legislações não foram construídas para se criar artifícios contábeis, com o intuito de benefícios fiscais. (grifos do original)

A utilização de empresa veículo para deslocar o ágio também vem sendo rechaçada pela jurisprudência deste Conselho. Trago como exemplo os seguintes julgados:

#### ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

Não há como aceitar a dedução da amortização do ágio artificialmente criado com a utilização de empresa veículo, formalmente constituída, não obstante despida de propósito negocial. (Acórdão CARF nº 9101-004.223, de 05/06/2019)

#### IRPJ. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EXCLUSÕES INDEVIDAS. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE INVESTIDORA (EMPRESA VEÍCULO) POR SUA INVESTIDA. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. INDEDUTIBILIDADE. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO FISCAL.

A amortização do ágio, como regra geral, é indedutível para a apuração do lucro real, bem como da base de cálculo da CSLL. A possibilidade de deduzi-la prevista no art. 386, III, do RIR/99 - art. 7º, III, da Lei 9.532/97 e art. 10 da Lei 9.718/98 não pode prevalecer quando, para sua configuração, é utilizada uma empresa veículo (incorporada em curto espaço de tempo), para, em nome dela, serem adquiridas ações com ágio, pago com recursos obtidos em função do patrimônio da própria incorporadora. A condição legal de ocorrência de uma operação de incorporação, mediante extinção da investida ou da investidora, não pode ser admitida apenas como uma exigência formal, mas deve ser considerada como um requisito de efetivo conteúdo econômico e societário, que reflita um verdadeiro propósito negocial e não apenas uma opção empresarial dos interessados, sob pena de se interpretar extensivamente uma norma concessiva de um benefício, hipótese vedada pelo art. 111 do CTN. (Acórdão CARF nº 1401-003.185, de 19/03/2019)

Por fim, é preciso registrar a discordância em relação à posição adotada pela douta relatora na questão atinente à necessidade de confusão patrimonial entre a verdadeira investidora e a investida.

Na espécie, o que se viu foi a utilização de intrincada sequência de operações societárias que redundaram na manutenção do controle do grupo Bunge, liderado pela Bunge Ltd, sobre as duas empresas operacionais, Bunge Alimentos e Bunge Fertilizantes, enquanto essas passaram a amortizar "ágio de si mesmas".

Neste diapasão, trago os seguintes precedentes:

**ÁGIO. INVESTIDA. REAIS INVESTIDORAS. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL. INDEDUTIBILIDADE. IRPJ. CSLL.**

Nos termos da legislação fiscal, é indedutível o ágio deduzido pela investida, em inexistindo a necessária confusão patrimonial com as suas reais investidoras. (Acórdão CARF n.º 9101-002.213, de 03/02/2016)

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

Os arts. 7º e 8º da Lei n.º 9.532, de 10/12/1997 se dirigem às pessoas jurídicas (1) real sociedade investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura, decidiu pela aquisição e desembolsou originariamente os recursos, e (2) pessoa jurídica investida. Devese 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 mais valia (ágio). Enfim, tomase o momento em que o contribuinte aproveitase da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, para se aperfeiçoar o lançamento fiscal com base no regime de tributação aplicável ao caso e estabelecer o termo inicial para contagem do prazo decadencial. (Acórdão CARF n.º 9101-003.733, de 11/09/2018)

**MULTA QUALIFICADA. ÁGIO INTERNO. ÁGIO DE SI MESMO.****OCORRÊNCIA DE FRAUDE E CONLUÍO.**

A consecução de atos que culminaram com a supressão ilícita de tributos, obtida com a dedução da amortização de ágio, ágio esse que, surgido da reavaliação de participação na empresa autuada, em operação intragrupo, foi por ela mesma contabilizado e deduzido, de forma artificial e sem qualquer dispêndio, evidencia conduta dolosa tendente a impedir a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal ("fraude", na inteligência do art. 72 da Lei n.º 4.502, de 1964) e ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas visando os efeitos em questão ("conluio", conforme art. 73 da mesma Lei). Impõe-se, assim, a qualificação da multa de ofício. (Acórdão CARF n.º 9101-002.503, de 12/12/2016)

Em razão da fundamentação exposta, voto por negar provimento ao recurso voluntário tão-somente em relação à infração relativa à dedutibilidade ágio decorrente da incorporação da Bunge Alimentos Participações Ltda, parabenizando, novamente, a ilustre relatora pelo brilhante voto.

(documento assinado digitalmente)

Carlos André Soares Nogueira