



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 13971.723958/2015-21
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Resolução nº **1301-000.660 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 19 de março de 2019
Assunto Solicitação de Diligência Fiscal
Recorrentes FAZENDA NACIONAL
BUNGE ALIMENTOS S/A

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do Colegiado, por maioria de votos, converter o julgamento em diligência, vencido o Conselheiro Relator. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Roberto Silva Junior.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto- Presidente.

(assinado digitalmente)

Nelso Kichel- Relator.

(assinado digitalmente)

Roberto Silva Junior - Redator Designado.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Roberto Silva Júnior, José Eduardo Dornelas Souza, Nelso Kichel, Carlos Augusto Daniel Neto, Giovana Pereira de Paiva Leite, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Bianca Felícia Rothschild e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente).

Relatório

Cuida-se do (s) Recurso (s):

- **Voluntários** apresentados, respectivamente, pelo sujeito passivo **BUNGE ALIMENTOS S/A** em **03/11/2016** (e-fls. 17876/17970) e pelo responsável solidário **PEDRO PULLEN PARENTE** (e-fls. 17854/17869), na parte que restaram vencidos na instância *a quo*, em face do Acórdão da 2ª Turma da DRJ/Belo Horizonte, de **23/08/2016**, que julgou impugnação improcedente, em parte (e-fls. 17564/17646);

- **de Ofício**, pois a decisão recorrida:

a) exonerou parte do crédito tributário atinente:

- à infração imputada Adições não computadas: Excesso de Juros - SUBCAPITALIZAÇÃO;

- às infrações glosas de despesas (amortização dos Ágios), ao afastar a qualificadora da multa de ofício em relação a todos os Ágios;

b) afastou a sujeição passiva solidária (responsabilidade pelo crédito tributário) do Sr. Vitor José Fabiano;

c) afastou as multas isoladas do IRPJ e da CSLL ano-calendário 2010;

d) afastou a responsabilidade solidária de Pedro Pullen Parente em relação às infrações imputadas glosas de despesas (amortização dos Ágios) e manteve a sujeição passiva solidária em relação à infração Adições não computadas - Excesso de Juros - SUBCAPITALIZAÇÃO.

Quanto aos fatos, consta dos autos:

- que, em **01/12/2015**, a Fiscalização da RFB, unidade DRF/Blumenau, lavrou Autos de Infração do IRPJ e da CSLL, anos-calendário 2010, 2011 e 2012 (e-fls. 16475/16517), regime de apuração do lucro real anual, **ao imputar as seguintes infrações:**

(...)

CUSTOS, DESPESAS OPERACIONAIS E ENCARGOS**INFRAÇÃO: DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS - Ágio BALIMPAR (...).**

Despesas não necessárias apuradas conforme RELATÓRIO FISCAL, parte integrante e inseparável deste Auto de Infração.

Fato Gerador	Valor Apurado (tributável) R\$	Multa (%)
31/12/2010	17.132.432,40	150
31/12/2010	17.619.326,76	150
31/12/2011	17.132.432,40	150
31/12/2011	17.619.326,76	150
31/12/2012	17.132.432,40	150
31/12/2012	17.619.326,76	150

Enquadramento Legal:

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2010 e 31/12/2012: - art. 3º da Lei nº 9.249/95. Arts. 247, 248, 249, inciso I, 251, 277, 278, 299 e 300 do RIR/99.

CUSTOS, DESPESAS OPERACIONAIS E ENCARGOS**INFRAÇÃO: DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS - Ágio BUNGE II**

Despesas não necessárias apuradas conforme RELATÓRIO FISCAL, parte integrante e inseparável deste Auto de Infração.

Fato Gerador	Valor Apurado (tributável) R\$	Multa (%)
30/12/2010	85.062.622,44	150
30/12/2011	85.062.622,44	150
30/12/2012	56.708.413,98	150

Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2010 e 31/12/2012: - art. 3º da Lei nº 9.249/95. Arts. 247, 248, 249, inciso I, 251, 277, 278, 299 e 300 do RIR/99.

AJUSTES DO LUCRO LÍQUIDO DO EXERCÍCIO**INFRAÇÃO: ADIÇÕES NÃO COMPUTADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL**

Processo nº 13971.723958/2015-21
Resolução nº **1301-000.660**

S1-C3T1
Fl. 18.329

Valor não adicionado ao lucro líquido do período, para a determinação do lucro real, conforme RELATÓRIO FISCAL, parte integrante e inseparável deste Auto de Infração.

Fato Gerador	Valor Apurado (tributável) R\$	Multa (%)
31/12/2010	227.650.504,27	150
31/12/2010	137.416.776,72	150
31/12/2011	614.476.432,75	150
31/12/2012	208.438.123,81	150

Enquadramento Legal:

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2010 e 31/12/2012: - art. 3º da Lei nº 9.249/95. Arts. 247 e 249 do RIR/99 Arts. 24 e 25 da Lei 12.249/2010.

MULTA OU JUROS ISOLADOS

INFRAÇÃO: FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA

Fato Gerador	Multa (R\$)
31/03/2010	3.449.966,35
30/04/2010	1.954.179,71
30/09/2010	1.555.196,78
31/01/2011	4.287.035,20
31/12/2011	35.378.479,94
31/01/2012	837.803,40
28/02/2012	6.474.413,89
31/03/2012	7.350.213,62
31/05/2012	11.779.905,59
30/06/2012	8.060.971,88
30/11/2012	14.012.021,82

Enquadramento Legal:

Fatos geradores ocorridos entre 31/03/2010 e 30/11/2012: - Art. 44, inciso II, alínea b, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/072007.

(...)

MULTA OU JUROS ISOLADOS

INFRAÇÃO: FALTA DE RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE A BASE ESTIMADA

Processo nº 13971.723958/2015-21
Resolução nº **1301-000.660**

S1-C3T1
Fl. 18.330

<i>Fato Gerador</i>	<i>Multa (R\$)</i>
31/03/2010	1.243.067,89
30/04/2010	703.864,70
30/09/2010	561.670,84
31/01/2011	1.543.692,67
31/12/2011	2.384.967,98
31/01/2012	301.969,22
28/02/2012	2.331.149,00
31/03/2012	2.647.522,59
31/05/2012	4.239.143,17
30/06/2012	2.902.058,45
30/11/2012	5.043.676,44

Enquadramento Legal:

Fatos geradores ocorridos entre 31/03/2010 e 30/11/2012: - Art. 44, inciso II, alínea b, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/072007.

(...)

- que consta dos Autos de Infração, ainda, a imputação de sujeição passiva solidária:

(...)

DEMAIS SUJEITOS PASSIVOS			
Nome		CPF	
PEDRO PULLEN PARENTE		059.326.371-53	
Tipo de Responsabilidade Tributária			
Responsabilidade Solidária por Excesso de Poderes, Infração de Lei, Contrato Social ou Estatuto			
Logradouro	Número	Complemento	Telefone
R SAO CARLOS DO PINHAL	402	APT 12	
Bairro	Cidade/UF		CEP
BELA VISTA	SÃO PAULO/SP		01333-000
Nome		CPF	
VITOR JOSE FABIANO		071.000.528-82	
Tipo de Responsabilidade Tributária			
Responsabilidade Solidária por Excesso de Poderes, Infração de Lei, Contrato Social ou Estatuto			
Logradouro	Número	Complemento	Telefone
R EVARISTO DE MORAES	55	AP 111	
Bairro	Cidade/UF		CEP
PARAISO	SÃO PAULO/SP		04007-070

(...)

Processo nº 13971.723958/2015-21
Resolução nº **1301-000.660**

S1-C3T1
Fl. 18.331

CPF

059.326.371-53

Nome

PEDRO PULLEN PARENTE

Responsabilidade Tributária

Responsabilidade Solidária por Excesso de Poderes, Infração de Lei, Contrato Social ou Estatuto

Motivação

Diretor-Presidente da BUNGE ALIMENTOS S/A quando da ocorrência dos Fatos Geradores do IRPJ e da CSLL em 2010, 2011 e 2012, responsável pelas atribuições descritas no item 6 do Relatório Fiscal, parte integrante e inseparável deste Auto de Infração.

Enquadramento Legal

A partir de 01/01/2000

Art. 135 da Lei nº 5.172/66.

CPF

071.000.528-82

Nome

VITOR JOSE FABIANO

Responsabilidade Tributária

Responsabilidade Solidária por Excesso de Poderes, Infração de Lei, Contrato Social ou Estatuto

Motivação

Diretor da BUNGE ALIMENTOS S/A quando da ocorrência dos Fatos Geradores do IRPJ e da CSLL em 2010, 2011 e 2012, responsável pela área contábil/fiscal da empresa, conforme atribuições descritas no item 6 do Relatório Fiscal, parte integrante e inseparável deste Auto de Infração.

Enquadramento Legal

A partir de 01/01/2000

Art. 135 da Lei nº 5.172/66.

- que integra os Autos de Infração do IRPJ e da CSLL o **Relatório Fiscal** (e-fls. **16519/16709**) e Anexos (e-fls. 16711/16815), que narra, descreve, os fatos apurados pela Fiscalização quanto às infrações imputadas:

(...)

3. DAS INFRAÇÕES

Neste tópico, detalharemos as infrações que ensejaram os lançamentos de ofício do IRPJ e reflexo na CSLL, com a aplicação de multa qualificada (150%), fato que acarretou a atribuição de responsabilidade solidária a alguns administradores/representantes da empresa ou de terceiros relacionados com as infrações. Desta feita, o presente Processo Administrativo abrangerá apenas os valores atinentes às referidas infrações, sendo que as demais infrações incorridas pela FISCALIZADA (multa de ofício de 75%) serão relatadas em Processo Administrativo Diverso, conforme abaixo:

Tabela 2: Processos Administrativos Fiscais de

Processo nº 13971.723958/2015-21
Resolução nº **1301-000.660**

S1-C3T1
Fl. 18.332

PAF	DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO	RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA?
13971.723958/2015-21*	Ágio BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA;	Sim
	Ágio BUNGE II DE PARTICIPAÇÕES S/A;	Sim
	Excesso de Juros - Subcapitalização.	Sim
13971.723959/2015-76	Demais Infrações (multa ordinária de 75%)	Não

** Processo aqui relatado*

(...)

3.2. ÁGIO - BUNGE II DE PARTICIPAÇÕES S/A (Ágio Interno)

(...), a infração (...) consiste na glosa de despesas desnecessárias relacionadas com a amortização de ágio gerado na aquisição de participação societária.

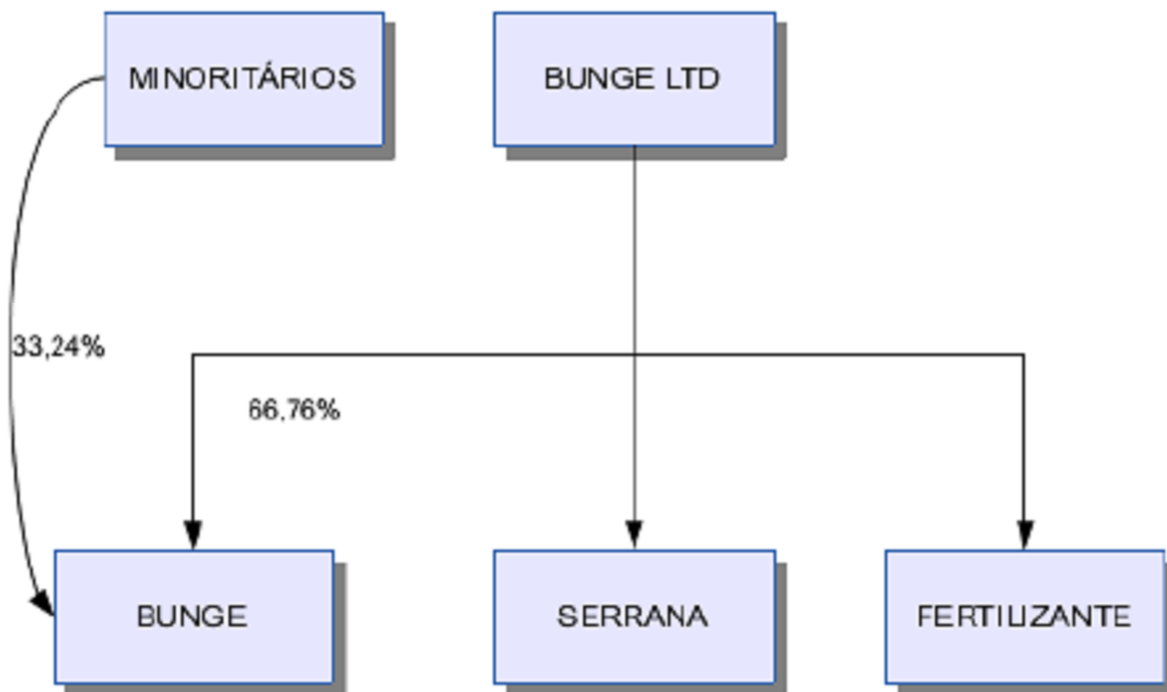
Esta infração também foi objeto do TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL constante do PAF 2013 (Processo Administrativo Fiscal 13971.724030/2013-01 - MPF nº 0900100.2012.000115-3), com a glosa das despesas lançadas a título de amortização de ágio nos anos de 2008 e 2009. Por sua vez, este PAF 2013 fez uso de algumas informações e documentos extraídos do PAF nº 13971.005344/2010-50 (PAF 2010), resultante do Mandado de Procedimento Fiscal nº 0920400.2010.00029-2, fato devidamente formalizado a BUNGE conforme TERMOS DE INTIMAÇÃO FISCAL nº 06 e 20 do PAF 2013. Esse PAF 2010 formalizou a glosa de despesas com ágios, (...), relativamente aos anos de 2005 a 2007.

(...)

a) Da Descrição da Operação Geradora do Ágio

Em 2010, 2011 e 2012, a BUNGE amortizou ágio decorrente do processo de aquisição da empresa BUNGE II PARTICIPAÇÕES S/A, (...)

Passemos então a discorrer sobre a operação. A situação das empresas (...), antes da primeira das operações estruturadas para a formação do ágio era a seguinte:

Figura 18: Estrutura Societária Original

A sequência das operações é iniciada com a Assembleia Geral Extraordinária (AGE) da BUNGE, datada de 19/12/2001(...), cuja ata contempla 04 anexos, donde podemos extrair as seguintes conclusões:

□ A SERRANA (BBRASIL), que neste ato alterou sua denominação social para BUNGE BRASIL S/A, incorporou a totalidade das ações da BUNGE e da FERTILIZANTE, passando estas a serem subsidiárias integrais daquela, continuando suas atividades como até então vinham exercendo;

□ As ações BUNGE e da FERTILIZANTE foram, então, retiradas do mercado;

□ Sendo uma incorporação de ações, a aquisição foi operacionalizada pela substituição das ações da BUNGE e da FERTILIZANTE pelas da SERRANA;

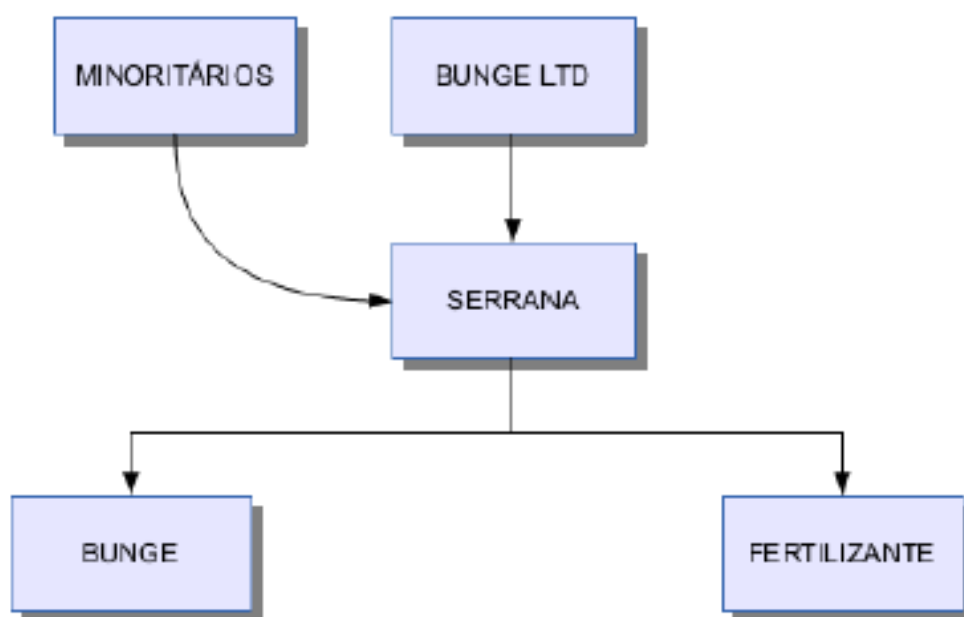
□ De acordo com o “Laudo de Avaliação do Patrimônio Líquido Contábil da BUNGE ALIMENTOS S/A em 30/09/2001” (Anexo 2 da referida ata), o valor contábil da BUNGE (valor do PL) na referida data era de R\$ 591.629.000,00;

□ O Laudo de Avaliação Econômico-Financeira da BUNGE, elaborado pela ARTHUR ANDERSEN (Anexo 3 da referida ata), aponta para um valor de mercado da BUNGE, em 30/09/2001, de R\$ 1.793.459.000,00, sendo a mais valia em relação ao valor contábil motivada pela **rentabilidade futura** da empresa;

□ O Laudo de Avaliação de Bens Imóveis e do Imobilizado Técnico - Divisão CEVAL, elaborado pela APPRAISAL (Anexo 4 da referida ata), registra um valor total dos “imóveis, máquinas e equipamentos, móveis e utensílios, instalações, equipamentos de informática e veículos, de propriedade da BUNGE ALIMENTOS – **DIVISÃO CEVAL**”, no montante de R\$ 740.930.762,00;

Concluída a incorporação de ações, assim ficou a situação das empresas:

Figura 19: Estrutura Societária Após a Incorporação de Ações



No livro *DIÁRIO da SERRANA ou BBRASIL*⁴⁰ (PAF 2013 - Diário DEZ/2001 SERRANA), constata-se o registro, em 19/12/2001, dos lançamentos afetos a esta incorporação de ações, (...).

• A operação de incorporação de ações da BUNGE apurou um ágio de R\$ 943.454.609,32, registrado na contabilidade da SERRANA;

• *Da mesma forma, houve a geração de um ágio de R\$ 215.298.004,62 na operação de incorporação das ações da FERTILIZANTE;*

• *No caso da BUNGE, temos que $850.004.390,68 + 943.454.609,32 = 1.793.459.000,00$, que é o valor final do laudo da avaliação econômico-financeira por rentabilidade futura;*

○ *Veja-se que o histórico do lançamento do valor de R\$ 943.454.609,32 faz referência ao valor do Patrimônio Líquido de 30/11/2001, ao passo que o registro do valor do ágio tem como referência 30/09/2001 (data de referência usada no Laudo de Avaliação Econômico-Financeiro).*

(...)

Verifica-se, de imediato, que este ágio foi gerado apenas contabilmente, sem nenhum tipo de desembolso por parte da adquirente, a SERRANA.

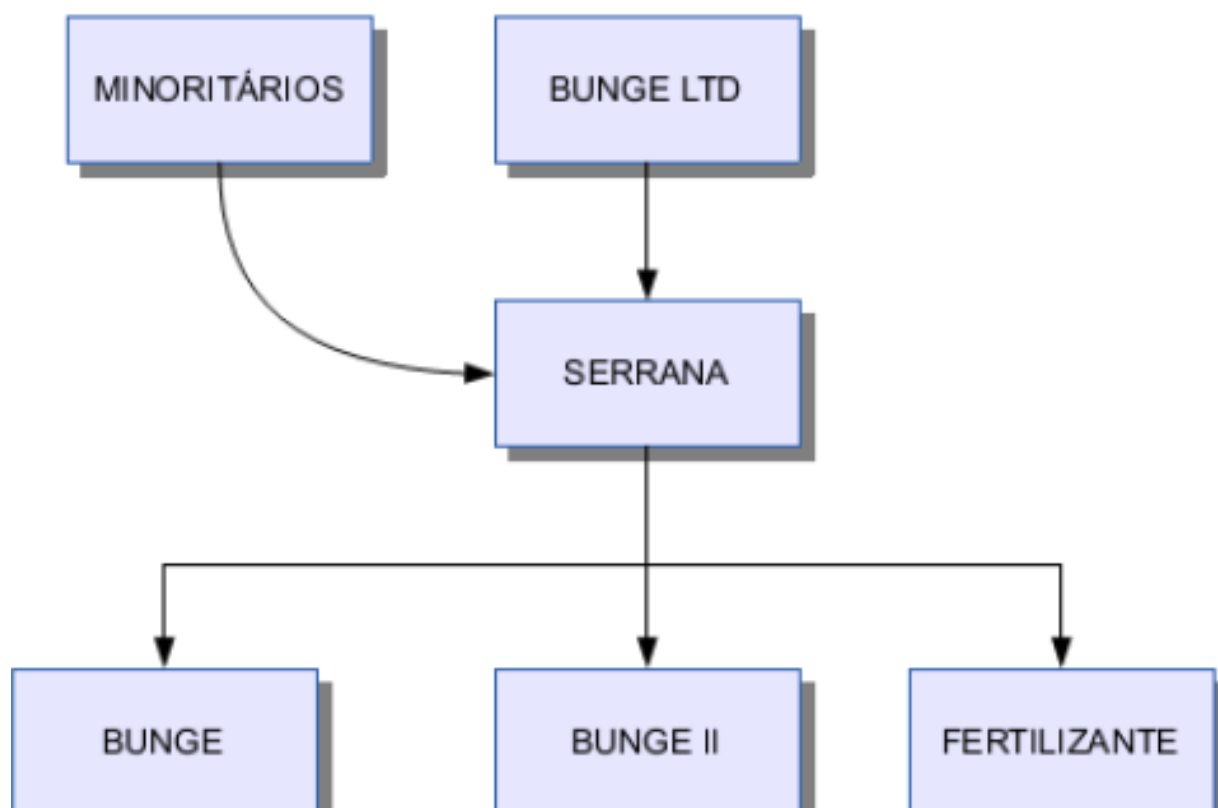
Ou seja, é o clássico ágio interno, envolvendo empresas do mesmo grupo econômico, sem nenhum tipo de desembolso por parte da dita adquirente, numa negociação sem o mínimo propósito econômico. Sua finalidade, única, era “economizar” tributo.

De se observar também que, com a incorporação das ações pela SERRANA, uma S/A de capital aberto, os MINORITÁRIOS, que antes participavam diretamente da BUNGE, passaram a ter ações da SERRANA, não tendo havido nesta alteração qualquer desembolso financeiro por parte da incorporadora, apenas uma troca de papéis.

Até esta fase da operação, o ágio foi apenas criado na SERRANA, mas ainda não havia as condições que o tornavam dedutível na apuração do IRPJ e da CSLL. A norma exigia uma operação de reorganização societária, ou seja, uma fusão, cisão ou incorporação.

*Continuando na descrição, e tendo por base o documento intitulado ESCRITURA PÚBLICA DE CONSTITUIÇÃO DE SUBSIDIÁRIA INTEGRAL⁴¹ (PAF 2013 - Atos Societários BUNGE II), constatamos que, em 19/06/2002 (data do registro da escritura na Junta Comercial), foi criada a BUNGE II, com capital de R\$ 10.000,00, como uma **subsidiária integral da SERRANA (BBRASIL)**, valendo lembrar que esta empresa recém-criada possuía o mesmo endereço, telefone e fax da BUNGE. A figura abaixo retrata essa alteração na estrutura societária:*

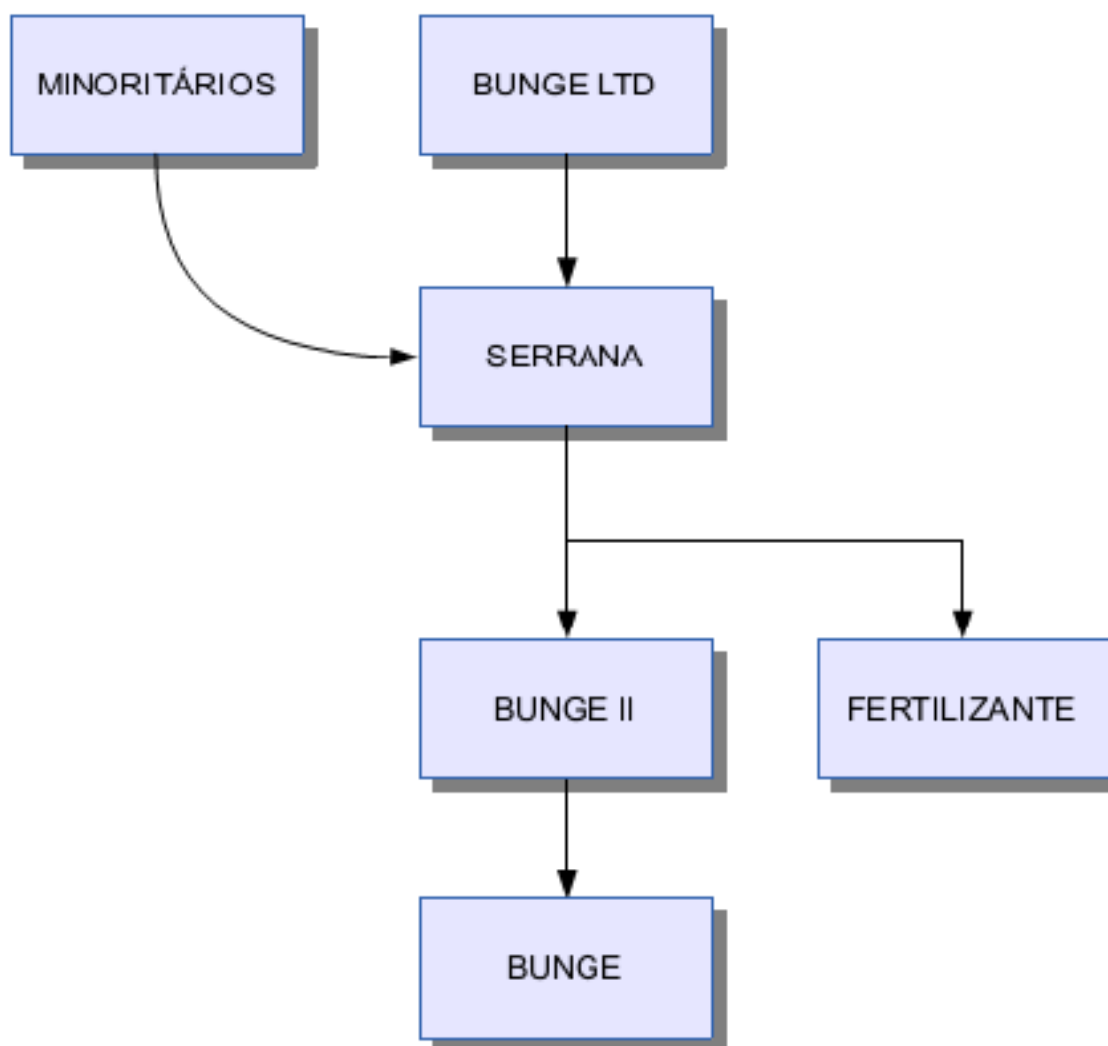
Figura 21: Estrutura Societária Após a Criação da BUNGE II



Estava assim criada a empresa veículo, que serviria unicamente para receber o ágio da SERRANA e transferi-lo para uma empresa lucrativa do Grupo, a BUNGE, de forma a reduzir seu IRPJ e CSLL a pagar.

Em 15/08/2002, ou seja, 2 meses depois, o capital da BUNGE II foi aumentado em R\$ 1.591.205.271,26, com a conferência da participação que a SERRANA (BBRASIL) detinha na BUNGE. Este descomunal aumento de capital está consubstanciado na Ata da AGE de 15/08/2002 da BUNGE II42 (PAF 2013 - Atos Societários BUNGE II), e o valor foi segregado, sendo R\$ 647.750.661,94 em investimento e R\$ 943.454.609,32 como ágio, passando a estrutura a ficar como abaixo:

Figura 22: Estrutura Societária Após a Subscrição de Capital na BUNGE

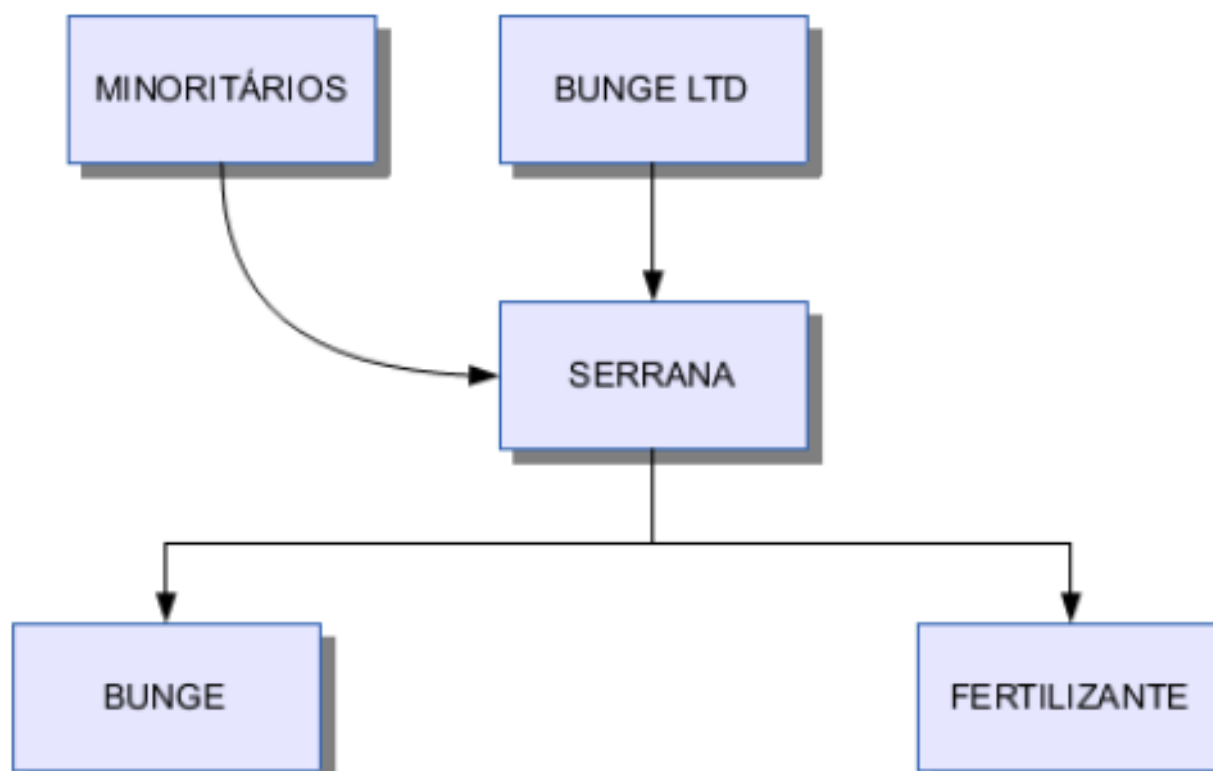


A escrituração da BUNGE II (PAF 2013 - Livros Contábeis BUNGE II) registrou (...).

*O que se conclui (...) é que o ágio aqui escriturado é o mesmo apurado pela SERRANA em 19/12/2001, quando da “aquisição” da BUNGE (incorporação de ações). Não é apenas uma coincidência de valores! Trata-se efetivamente do mesmo ágio! Houve então a “transferência” desse ágio (no valor exato) apurado entre a SERRANA e a BUNGE em DEZ/2001, para a BUNGE II, na operação ocorrida em AGO/2002, quando esta “adquiriu” a BUNGE. Frise-se: nesta operação ocorrida em AGO/2002, não houve um cálculo de um novo ágio, tendo sido utilizado aquele mesmo ágio apurado na operação anterior, entre empresas distintas. Esta informação foi **ratificada** pela BUNGE conforme resposta ao item 2.2.7 do TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL Nº 06 (PAF 2013 - TIF 06 - RESPOSTA 01).(...).*

Voltando à descrição da operação, em 29/08/2002, poucos dias depois do aumento de capital na BUNGE II com os papéis da BUNGE, esta incorporou sua controladora, a BUNGE II, o que se retrata abaixo:

Figura 24: Estrutura Societária Após a Incorporação da BUNGE II



Com esta última etapa da operação, **e no entendimento da FISCALIZADA**, o ágio de R\$ 943.454.609,32 passou a ser amortizável, uma vez que houve a incorporação da BUNGE II pela BUNGE, atendendo-se, formalmente, ao disposto no art. 386 do RIR/99.

(...)

Observe-se que a situação final da estrutura societária retratada na Figura 24 acima é **idêntica** à situação constatada na Figura 19. Não é por menos, pois todas estas operações não possuíam substância econômica alguma. Eram “perfumarias” meramente formais, “necessárias” para atingir o objetivo único, reduzir os montantes de IRPJ e CSLL devidos.

(...)

Como consequência desta operação ocorrida em 09/04/2003, do ágio total apurado, R\$ 943.454.609,32, apenas o valor de R\$

850.626.223,40 remanesceu na contabilidade da BUNGE. Nesta data, o Livro RAZÃO da BUNGE registra um lançamento de R\$ 92.828.385,92 a crédito da conta ÁGIO S/INV BUNGE II DE PARTICIPAÇÕES S/A, com histórico BALANÇO 31/03/03 - SOLAE. Neste mesmo livro, verifica-se a referência ao percentual de 9,8392%, que equivale à razão 92.828.385,92/943.454.609,32.

(...)

Ou seja, do ágio total, 9,8392% foram transferidos para a SOLAE.

(...)

Da tabela acima, verifica-se que a BUNGE começou a amortizar o ágio em questão à razão de 1/120 de R\$ 943.454.609,32, o que ensejou deduções mensais de R\$ 7.862.121,75, até o mês de março de 2003. Com a operação de 09/04/2003, que acarretou a transferência de parte do saldo de ágio para a SOLAE, as amortizações mensais passaram para o valor de R\$ 7.088.551,87.

b) Dos Fundamentos para a Glosa do Ágio

(...) é um clássico caso de ágio interno, intragrupo, entre partes não independentes, sem nenhum tipo de desembolso financeiro. Além disso, verifica-se o uso indevido da BUNGE II como empresa veículo, servindo unicamente para transferir o ágio para a empresa lucrativa, a FISCALIZADA.

(...)

Mais um registro antes de adentrarmos nos fundamentos da glosa: esta operação que gerou o ágio na BUNGE II já foi objeto de análise pelo CARF, só que em autuação sofrida pela BUNGE FERTILIZANTES S/A, empresa do Grupo BUNGE (Processo 16561.7200026/2011-13 – Lembremos, (...), que a SERRANA (BBRASIL) incorporou as ações da BUNGE e da FERTILIZANTE, conforme Figura 19 deste Relatório. Nesta operação foram gerados ágios escriturados pela SERRANA, conforme Figura 20, um de R\$ 943.454.609,32, relativo à BUNGE, e outro de R\$ 215.298.004,62, relativo à FERTILIZANTE. Estes ágios foram transferidos para a BUNGE II DE PARTICIPAÇÕES (parcela da BUNGE) e para a BUNGE I DE PARTICIPAÇÕES48, (parcela da FERTILIZANTE). (...)

i. Da Caracterização como Ágio Interno

A primeira razão para taxar o presente ágio de indedutível consiste na falta de independência nas partes envolvidas na operação, contaminando assim a isenção do valor de mercado no qual a BUNGE foi avaliada, e a aceitação deste valor pela suposta adquirente.

Os diagramas expostos no tópico anterior evidenciam claramente que as operações estruturadas aconteceram, todas, dentro do Grupo BUNGE, sem ter havido qualquer tipo de desembolso financeiro, a exceção dos R\$ 10.000,00 usados para a capitalização inicial da BUNGE II, valor este desprezível frente às cifras bilionárias envolvidas.

(...)

ii. Do Uso da BUNGE II como Empresa Veículo

(...)

iii. Do Não Enquadramento no Art. 386 do RIR/99

(...)

iv. Da Precariedade do Laudo de Avaliação Econômica

(...)

3.1. ÁGIO - BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA (BALIMPAR)

A infração, (...), consiste na glosa de despesas desnecessárias relacionadas com a amortização de ágio gerado na aquisição de participação societária.

*Obs: Esta infração já foi objeto do TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL constante do PAF 2013 (Processo Administrativo Fiscal **13971.724030/2013-01** - MPF nº 0900100.2012.000115- 3), com a glosa das despesas lançadas a título de amortização de ágio nos anos de 2008 e 2009. Por sua vez, este PAF 2013 fez uso de algumas informações e documentos extraídos do PAF nº **13971.005344/2010-50 (PAF 2010)**, resultante do Mandado de Procedimento Fiscal nº 0920400.2010.00029-2, fato devidamente formalizado a BUNGE conforme TERMOS DE INTIMAÇÃO FISCAL nº 06 e 20 do PAF 2013. Esse PAF 2010 formalizou a glosa de despesas com ágios, incluindo o descrito neste subitem, relativamente aos anos de 2005 a 2007.*

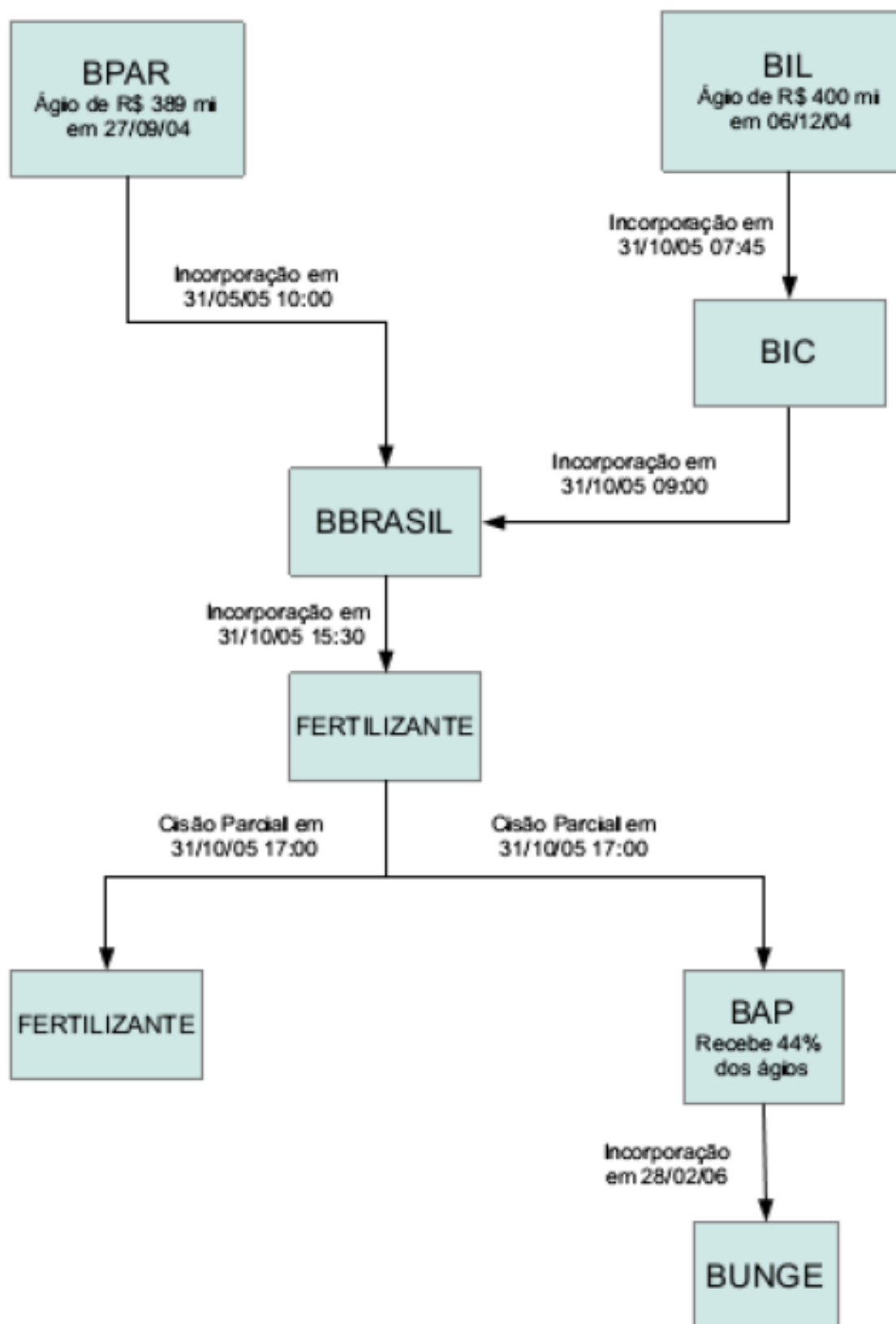
(...)

*Em 2010, 2011 e 2012, a BUNGE realizou amortizações de ágio no valor de **R\$ 34.751.759,12** (parcelas mensais de R\$ 2.895.979,93). Como o ágio tinha um prazo de 10 anos para ser amortizado, o seu valor total era de R\$ 347.517.591,26. (...).*

O valor total acima decorreu, na verdade, de 02 operações distintas, sendo que os 02 ágios foram transferidos, após sucessivas incorporações, para a BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA (BALIMPAR), empresa que foi incorporada pela FISCALIZADA. Uma primeira parcela do ágio, de R\$ 171.324.324,12, foi gerada originalmente na empresa BUNGE PARTICIPAÇÕES LTDA (BPAR ou BPART) (...), e a segunda, de R\$ 176.193.267,14, na empresa BUNGE INVESTIMENTOS LTDA (BIL).

(...)

Para termos uma visualização de como estes 02 ágios foram parar na contabilidade da BUNGE, elaboramos o diagrama abaixo, que refaz o caminho dos ágios em questão. Para facilitar as referências, os valores foram inseridos de forma arredondada, em milhões de reais.

Figura 1: Caminhos Percorridos pelos Ágios

Do diagrama, vemos que os 2 ágios, um gerado na BPAR e outro na BIL, foram reunidos na FERTILIZANTE, que em processo de cisão, transferiu-os à BUNGE (através da BAP ou BALIMPAR).

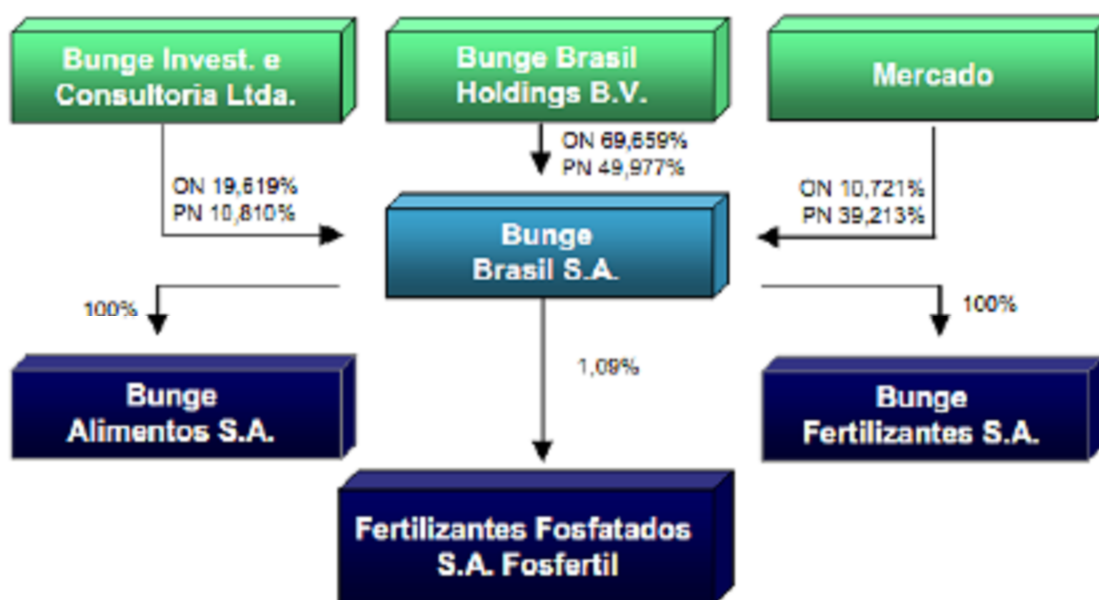
Vejamos então estas operações separadamente. Inicialmente vamos detalhar a parcela do ágio de R\$ 171.324.324,12, que advém da BPAR ($R\$ 171.324.324,12 = 44\% * R\$ 389.373.463,92$), e depois o ágio relativo à parcela de R\$ 176.193.267,14, advindo da BIL ($R\$ 176.193.267,14 = 44\% * R\$ 400.439.243,50$). A soma destas parcelas perfaz o valor total do ágio, R\$ 347.517.591,26.

3.1.1. Ágio Gerado na BPAR (ou BPART)

a) Dos Fatos

De forma resumida, a estrutura societária do Grupo BUNGE no Brasil, antes de 27/09/2004, era como na figura abaixo, a qual foi extraída do Laudo de Avaliação Econômica da BBRASIL, elaborado pela PRICEWATERHOUSE COOPERS (PWC) em 31/05/2004 (...).

Figura 2: Estrutura Societária Original



(...), o “controle acionário” da BBRASIL era detido, **indiretamente**, pela BUNGE LTD, (...). Esta informação, aliada ao diagrama, evidencia, de forma inequívoca, que a BUNGE, a FERTILIZANTE, a BIC, a BBRASILBV e a BBRASIL pertenciam ao mesmo grupo econômico, o Grupo BUNGE.

Em 29 de abril de 2004, a BUNGE LTD **anunciou** a intenção de fechar o capital de sua controlada BBRASIL, através de uma Oferta Pública de Aquisição de Ações (OPA). O Jornal VALOR ONLINE assim noticiou o fato em 27/05/2004:

Reestruturação - Recursos serão usados para comprar ações dos minoritários.

Uma das maiores processadoras de soja do mundo, a Bunge Limited, com sede nos Estados Unidos, definiu ontem que irá ofertar 8,5 milhões de ações no mercado americano. A estratégia ratifica a intenção da multinacional de levantar recursos para a compra de ações dos acionistas minoritários da Bunge Brasil, sua controlada, para finalizar o fechamento de seu capital.

Ou seja, o acionista controlador foi quem angariou recursos para fechar o capital de uma subsidiária sua, sendo que tais recursos vieram da oferta de suas ações (acionista controlador) no mercado americano.

(...)

*O Leilão da OPA ocorreu em **27 de setembro de 2004**, tendo sido o valor pago por ação superior ao seu valor patrimonial, resultando na **criação de ágio**. (...).*

Na data da realização da OPA, 27/09/2004, definiu-se o preço de compra equivalente a R\$ 6,44 por ação, tanto para as ações ordinárias ou como para as preferenciais. (...).

*Também conforme este mesmo Edital, a ofertante era a **BPAR**, controlada pela BICBV, (...). Ou seja, não foi a controladora no exterior, a BUNGE LTD, quem adquiriu as ações da BBRASIL, tampouco a própria BBRASIL.*

Em 14/05/2004, foi criada a BPAR, com capital social de R\$ 10.000,00, para ser a “OFERTANTE” na aquisição das ações da BBRASIL, tendo adquirido as respectivas cotas dos minoritários, pagando por isso mais de 800 milhões de reais.

(...), a FISCALIZADA apresentou comprovantes de 05 remessas da empresa BUNGE TRADE LTD, sediada nas Ilhas Cayman, e controlada pela própria BPAR, conforme informações de sua DIPJ. Estas remessas ocorreram em 15/07/2004, a título de empréstimos, e totalizaram US\$ 280.000.000,00.

(...)

De se observar que esta dívida, após as sucessivas incorporações e cisões, ao menos em parte, foi parar na FISCALIZADA, considerando a versão parcial do patrimônio da FERTILIZANTE para a BALIMPAR e depois para a BUNGE.

(...)

Como presumido originalmente, parte da dívida foi parar nos colos da BUNGE e da FERTILIZANTE. Porém, de se observar a estranheza de como foram feitos os aportes de capital na BPAR: financiamentos de

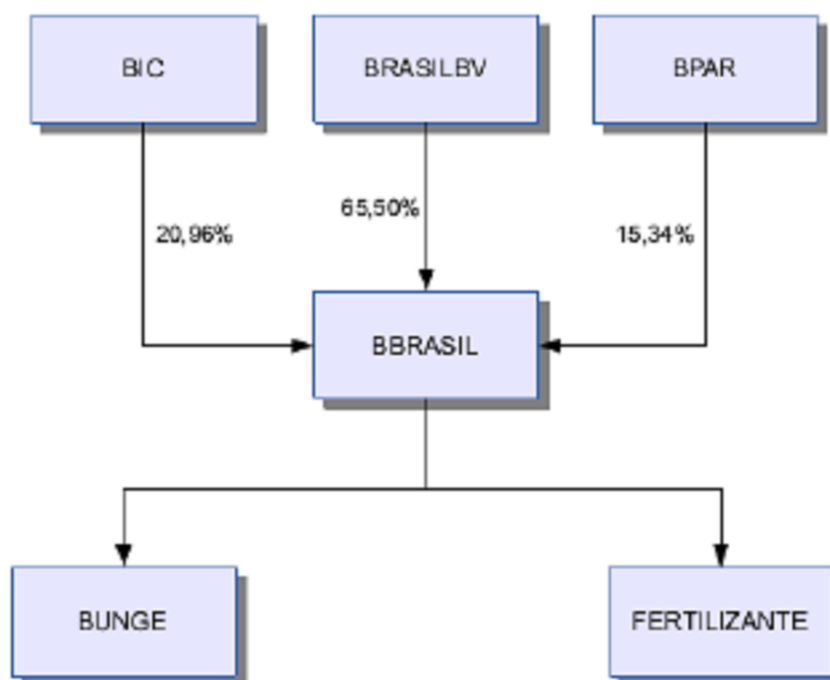
pré-pagamentos de exportação (PPE)! A BPAR, criada em maio de 2004, já em julho recebe financiamento quase que bilionário (em reais), e pagaria este financiamento com exportações! Uma empresa de capital social de R\$ 10.000,00! Mas vale lembrar que estes recursos tinham destinação específica: resgatar as ações da BBRASIL na operação de OPA. Quem eram as exportadoras do Grupo? BUNGE e FERTILIZANTE. Onde foram parar estas dívidas? Na BUNGE e na FERTILIZANTE! Coincidência? Não, a BPAR nunca iria pagar estes financiamentos porque não tinha capacidade para tal. A formatação encontrada para as quitações iniciais realizadas pela BPAR foi performance de exportações, como descrito no TVF, abaixo transcrito:

A liquidação dos US\$ 93.000.000,00 foi feita através de exportações de soja e seus derivados. **Todos os conhecimentos de embarque tiveram como remetente das mercadorias a Bunge Alimentos S.A.** Nos demonstrativos de quitação, onde estão relacionados datas de embarque, nº de contratos, RE e despacho, assinam pela Bunge Alimentos S.A. Érico Tavares Lopes e Simone Maria de Souza Bodenmuller; ambos tinham vínculos empregatícios com a Bunge Alimentos.

Juntamente com esses demonstrativos que vinculavam despachos de exportação aos contratos de pré-pagamento de exportação, foram apresentados ofícios dirigidos à DRF/Blumenau onde a **Bunge Alimentos declarou que a Bunge Participações Ltda. constava cadastrada no Siscomex como empresa do mesmo grupo econômico** e que estava autorizada a vincular contrato de câmbio em registros de exportação da Bunge Alimentos S.A.

O acima exposto só serve para comprovar que a BPAR nasceu com os dias contados, e serviria apenas para transferir o ágio, e como agora demonstrado, as dívidas do PPE para a BUNGE e para a FERTILIZANTE.

Voltemos à descrição da operação. Após a criação da BPAR, e esta adquirir as ações da BBRASIL, mediante o processo da OPA, o diagrama da estrutura societária simplificada ficou como a seguir:

Figura 3: Estrutura após Aquisição das Ações pela BPAR

(...)

Aqui surge um primeiro questionamento: por que colocar a BPAR neste processo de aquisição, se a própria BBRASIL poderia fazer este papel de ofertante na aquisição de suas ações? Intimada a esclarecer este aspecto, conforme TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL Nº 20, a FISCALIZADA assim justificou:

❖ **Item 2.2.1:**

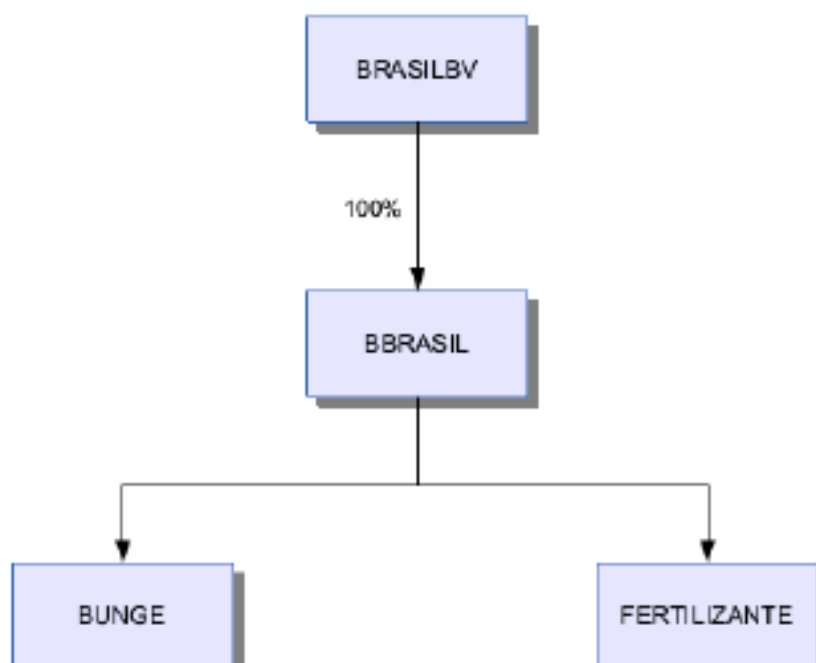
A **BUNGE PARTICIPAÇÕES** empresa do Grupo Bunge, foi a companhia utilizada no Brasil para implementação do PROCESSO OPA - OFERTA PÚBLICA DE AÇÕES, com o objetivo do Fechamento de Capital da Bunge Brasil S/A, porque estava apta legalmente a assim figurar e detinha à época a melhor estrutura societária e financeira, tendo como meta principal adquirir, com Base nas Regras de Mercado da CVM, todas as ações negociadas em bolsa dos acionistas minoritários com participação na Bunge Brasil e assim permitir o fechamento de capital da Bunge Brasil, que era empresa holding com participação à época de 100 % nas empresas operativas: Bunge Alimentos S/A e Bunge Fertilizantes S/A.

Veja que do acima exposto, a única justificativa apresentada foi a “melhor estrutura societária e financeira” detida pela BPAR. Com a devida vênia, mas esta afirmação não coaduna com a realidade! A BPAR foi criada apenas em 14/05/2004, com capital social de R\$ 10.000,00! Ela passou a ter essa boa “estrutura societária e financeira” com o aporte de capital, quase bilionário, feito pela BUNGE TRADE, em 15/07/2004! Só que essa “estrutura societária e financeira” poderia ser perfeitamente “criada” na própria BBRASIL. Bastava direcionar os recursos para ela! Mas, como já dito anteriormente, a norma exigia uma reorganização societária para que o ágio pudesse ser amortizado. Esse foi o único motivo para o uso da BPAR neste processo de fechamento do capital da BBRASIL.

Nesta fase da operação, o ágio de R\$ 389.373.463,92 foi gerado na BPAR, (...).

Posteriormente, houve a incorporação da BPAR pela BBRASIL, em 31/10/2005, às 10h00min, e a estrutura societária ficou como abaixo, com a transferência do ágio para a BBRASIL.

Figura 4: Estrutura após Incorporação da BPAR



Ressalta-se que, com a incorporação da BIC pela BBRASIL (operação que será detalhada mais adiante), também ocorrida em 31/10/2005, só

que às 09h00min, a BBRASILBV passou a deter 100% do capital da BBRASIL.

Como demonstrado acima, este ágio no valor de R\$ 389.373.463,92, escriturado originalmente na BPAR em 27/09/2004, foi transferido por incorporação para a BBRASIL, em 31/10/2005, às 10h00min. Depois, em nova incorporação, na mesma data, mas às 15h30min, o ágio foi transferido para a FERTILIZANTE. Em seguida, em processo de cisão parcial desta, também ocorrido em 31/10/2005, às 17h30min, o ágio foi vertido parcialmente para a BALIMPAR ou BAP, empresa recém-criada à época. Nesta cisão, apenas uma parte do ágio foi transferida para a BALIMPAR, R\$ 171.324.324,12, correspondentes a 44% do ágio total.

Na incorporação da BBRASIL pela FERTILIZANTE, o controle da BUNGE, até então detido pela BBRASIL, passou para a FERTILIZANTE. Na cisão parcial desta, este controle da BUNGE foi vertido para a BALIMPAR. Finalmente, em novo processo de incorporação reversa, a BUNGE absorveu todo o patrimônio de sua controladora, a BALIMPAR, que incluía o ágio aqui debatido.

Observe-se que com a primeira incorporação, da BPAR pela BBRASIL, em relação a qual a BPAR pagou um ágio fundamentado por rentabilidade futura, entendeu-se, ao menos formalmente, que as condições para tornar o ágio amortizável haviam sido implementadas. Ou seja, entendeu-se que como a BPAR detinha participação na BBRASIL adquirida com ágio (OPA), e ela foi absorvida, por incorporação reversa, pela própria BBRASIL, o ágio passou a ser amortizável, nos termos do art. 386 do RIR/99.

Este ágio, já amortizável, passou então para a FERTILIZANTE (incorporação da BBRASIL), depois para a BALIMPAR (apenas 44%, com a cisão parcial da FERTILIZANTE), e finalmente para a BUNGE, com a incorporação da BALIMPAR. Assim, com esta última incorporação, da BALIMPAR pela BUNGE, em 28/02/2006, esta passou a amortizar o ágio, em parcelas mensais de R\$ 1.427.702,70 (= R\$ 171.324.324,12 / 120), pelo período de 10 anos.

(...), verifica-se que o que aconteceu de fato foi um resgate de ações pela própria BBRASIL, o que não atende ao disposto no art. 386 do RIR/99.

Para dar uma veste de reorganização societária, e procurar atender este dispositivo legal, o Grupo utilizou-se de uma empresa veículo, cuja participação foi completamente desnecessária neste processo de resgate de ações.

(...)

i. Do Uso da BPAR como empresa Veículo

(...).

3.1.2. Ágio Gerado na BIL (Ágio Interno)

(...)

- A BIL foi criada em 30/09/2004, com capital social de R\$ 10.000,00;

- Em 06/12/2004 realizou a aquisição das quotas da BIC, pagando com uma **nota promissória** de mais de 900 milhões de reais;

- Veja-se que somente numa situação intragrupo esta situação aconteceria, de se adquirir um patrimônio milionário, “pagando-se” com uma nota promissória;

- No período de outubro de 2004 a setembro de 2005 teve como atividade empresarial basicamente sua relação com a BIC (equivalência patrimonial), conforme informações contidas em suas DIPJ;

(...)

- A BIL adquiriu da **BICBV** as quotas da BIC, prometendo lhe pagar quase R\$ 900 milhões (PAF 2013 - Atos Societários BIC - 26ª AC);

- Em seguida a BIL é incorporada pela BIC, passando esta a ser a devedora para com a **BICBV**;

- Em 31/10/2005, a BIC foi incorporada pela **BBRASIL**, que na mesma data também foi incorporada pela FERTILIZANTE. Então como credora e devedora foram parar na mesma pessoa, que justificaria o instituto da confusão? A dívida era com a BICBV, empresa sediada na Holanda!

Esta dívida teria que ser honrada pela FERTILIZANTE ou pela própria FISCALIZADA, uma vez que houve a cisão parcial da FERTILIZANTE, também neste infundável dia 31/10/2005, com versão parcial do patrimônio para a BAP, que foi incorporada pela FISCALIZADA;

- Conclusão: não houve o instituto civil da confusão neste processo. O que houve foi o não pagamento de uma dívida, simplesmente porque ela nunca existiu de fato! Era uma suposta dívida intragrupo.

ii. Da Caracterização como Ágio Interno

(...)

Os diagramas expostos no tópico anterior evidenciam claramente que as operações estruturadas aconteceram, todas, **dentro do Grupo BUNGE**, sem ter havido qualquer tipo de desembolso financeiro, a exceção dos R\$ 10.000,00 usados para a capitalização inicial da BIL, valor este desprezível frente às cifras milionárias envolvidas.

Salta aos olhos a aquisição de uma empresa por R\$ 900 milhões ter sido paga com uma nota promissória! Isto só existe numa negociação com partes dependentes entre si.

Veja que esta dívida milionária, representada por esta nota promissória, foi parar no colo da própria adquirida, com a incorporação da BIC pela BIL! E a BIC passou a dever para a BICBV.

(...)

Estamos, portanto, diante de um caso em que uma empresa beneficiou-se indevidamente de uma dedução prevista na legislação fiscal - o artigo 386, inciso III, do RIR/99 - sem que tenha havido o correspondente e efetivo pagamento do ágio.

(...)

Restou demonstrada, assim, que a reorganização societária empreendida se valeu de artifícios para gerar o ágio objeto de amortização, sem que houvesse o desembolso de um único centavo para pagamento deste ágio, por parte de nenhuma das empresas envolvidas.

(...)

As empresas envolvidas engendraram uma sequência de operações, em curto espaço de tempo, sem propósito jurídico ou comercial declarado que fosse legítimo, retornando, ao final das operações, à mesma configuração societária anterior. Como consequência de tal reestruturação, restou a possibilidade de amortização do ágio por parte da BUNGE, ilusoriamente amparada no artigo 386 do RIR/99. Tal ágio se originou internamente na sequência de operações realizadas, caracterizando para a FISCALIZADA um “ágio de si mesma”, sem qualquer contrapartida financeira das partes envolvidas. O único objetivo da operação 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 reorganização societária.

(...)

iii. Do não Enquadramento no art. 386 do RIR/99

(...)

iv. Da Precariedade do Laudo de Avaliação Econômica

(...)

3.1.3. Da Apuração dos Tributos

(...)

*No curso da presente ação fiscal, a BUNGE, nos processos nº **13971.005344/2010-50** (PAF 2010 - ...) e nº **13971.724030/2013- 01** (PAF 2013 - ...), **desistiu das defesas relacionadas ao Ágio Gerado na BIL**, tendo optado pelo Parcelamento da Lei nº 12.966/2014. Como estava sob ação fiscal em relação aos anos de 2010 a 2012, inseriu no referido parcelamento valores estimados para a presente autuação, já considerando as eventuais multas de ofício (estimando-as, porém, no percentual de 75%, ao passo que a multa aqui aplicada foi de 150%). **Cabe ainda destacar que relativamente à parte do Ágio Gerado na BPAR, não houve desistência.***

(...)

3.3. EXCESSO DE JUROS - SUBCAPITALIZAÇÃO

A BUNGE tem por prática obter recursos do exterior, principalmente na modalidade de Pré-Pagamentos de Exportação - PPE, como forma de financiar suas exportações. Nesta sistemática, o FINANCIADOR, localizado no exterior, antecipa à BUNGE recursos que devem ser aplicados no financiamento de suas exportações. A quitação desta dívida deve ser realizada com as próprias exportações, cabendo ao IMPORTADOR do exterior realizar o pagamento das mercadorias diretamente ao agente financiador.

Nos anos objetos deste Procedimento Fiscal, 2010, 2011 e 2012, a BUNGE também adotou esta prática, e manteve dívidas na modalidade PPE com empresas ligadas.

(...)

A Subcapitalização foi instituída no ordenamento jurídico pátrio pela Lei 12.249/2010, conforme artigos 24 e 25, (...).

Basicamente temos que o art. 24 trata do limite máximo de endividamento com pessoas jurídicas residentes no exterior, mas não constituídas em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, estipulando como limite máximo para esse endividamento o dobro do PL da pessoa localizada no Brasil, no caso a FISCALIZADA.

Já o art. 25 trata deste mesmo limite, mas para o caso de a pessoa jurídica credora estar localizada em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, fixando-o em 30% do valor do PL da pessoa residente no Brasil.

(...), que o limite estabelecido para endividamento com FINANCIADORES localizados em paraísos fiscais é bem mais rigoroso, restringindo muito a possibilidade da empresa brasileira de se endividar com empresas ali localizadas, sob pena de incorrer no dever de efetuar ADIÇÃO dos juros excedentes.

(...) que, mesmo com a alteração de algumas partes nesta relação creditória, a FISCALIZADA incorreu em subcapitalização nos anos de 2010, 2011 e 2012.

Em 2010, a própria BUNGE adicionou cerca de 227 milhões na apuração da CSLL, considerando entender que teria incorrido no citado instituto somente em relação a este tributo, mas relativamente aos anos de 2011 e 2012, nada adicionou.

(...)

3.3.3. Da Aplicação do Limite Previsto no Art. 25 (APLICAÇÃO ART. 25)

(...), a BUNGE, ao verificar que incorreria na nova hipótese de incidência da norma da subcapitalização, decidiu alterar a formatação da dívida bilionária mantida até então com a BIC, na modalidade de PPE, numa tentativa de afastar a aplicação do limite máximo de endividamento de 30% do PL, conforme art. 25 da Lei 12.249/2010.

(...) que, mesmo após esta reestruturação da dívida do PPE, o cálculo do excesso de juros deveria ter sido feito com base no limite de 30% do PL, e não do dobro do PL, como entendeu a FISCALIZADA. (...) que esta reestruturação, na verdade, não passou de uma maquiagem, tendente a dissimular o verdadeiro fluxo dos recursos financeiros para a quitação da dívida do PPE, e retirar formalmente a BIC, sediada em paraíso fiscal, como parte deste processo. Ou seja, são duas as razões que determinam que o cálculo do excesso de juros seja feito com base no limite do art. 25, mesmo após a reestruturação havida em 29/11/2010.

(...)

a) Da Reestruturação da Dívida com PPE

Da análise da ECD relativa ao AC 2010, (...) que o saldo da dívida do PPE com a sua controlada BIC, sediada nas Ilhas Cayman (conta contábil 2123010001 - CEVAL INT - COM. PAPER BGE MASTER), foi transferido, em 29/11/2010, para a BIF (empresa criada poucos dias antes, pertencente ao Grupo Bunge, e sediada em Madri, Espanha), conforme conta contábil 2217010001 - **BUNGE IBERICA FINANCE - BIF**.

(...)

Em resposta ao item 2.1 do TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL nº 13, a BUNGE apresentou cópias dos originais e das versões traduzidas dos documentos intitulados NOTA PROMISSÓRIA Nº 4 (NP), no valor de R\$ R\$ 1.181.797.230,00, e CONTRATO DE CESSÃO E ACEITAÇÃO (doravante denominado simplesmente de CONTRATO neste Relatório) celebrado entre a BIC, a BIF e a BFBV, que como já visto, é empresa do Grupo sediada na Holanda. Sobre estes documentos, cabem alguns comentários.

A NOTA PROMISSÓRIA cita expressamente outro documento, intitulado **ACORDO MESTRE DE PRÉ-PAGAMENTO DE EXPORTAÇÕES**, datado de 29/11/2010, celebrado entre a BAL (nestes documentos, a BUNGE ALIMENTOS S/A é referida como BAL) e a BIC. Por sua vez, o CONTRATO faz referência a uma nota de empréstimo de 27/01/2010, onde se verifica um empréstimo da BFL (Ilhas Bermudas) para a BIC, denominado no CONTRATO de **EMPRÉSTIMO PRINCIPAL CONFIADO À BIC**. Tais documentos foram expressamente solicitados no TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL nº 17 (itens 2.1 e 2.2), sendo que a FISCALIZADA, relativamente a estes itens, disponibilizou inicialmente apenas cópias dos contratos de câmbio celebrados com o BACEN para as transferências de numerários relativas aos contratos de PPE.

*Posteriormente, apresentou apenas a cópia do **ACORDO MESTRE DE PRÉ-PAGAMENTO DE EXPORTAÇÕES**, deixando de atender a solicitação relativa à **nota de empréstimo**.*

*Não obstante a ausência deste documento, expressamente citado no CONTRATO, a sua análise permite atestar que o total devido pela BAL a título de PPE, em 29/11/2010, era de R\$ 3,93 bilhões, conforme seu Anexo I. Nesta data, a BIC, até então credora da BAL deste montante, o qual seria quitado com exportações (PPE), **transferiu este crédito para a BFBV (Holanda), que, em troca, assumiu parte da dívida que a BIC tinha com a BFL**, conforme EMPRÉSTIMO PRINCIPAL CONFIADO À BIC. Por sua vez, a BFBV, no mesmo CONTRATO, cedeu estes créditos do PPE para a BIF. Pelo CONTRATO, a BIF quitaria esta dívida de forma parcelada, cujos termos não foram detalhados neste documento.*

(...)

Assim, verifica-se que, pela formatação acima exposta, ocorreu, forçosamente, um movimento financeiro da BIC para a BIF, para a quitação dos PPE (exportações realizadas pela BAL). Desta feita, o TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL nº 17, em seu item 2.5, expressamente solicitou à FISCALIZADA, na qualidade de controladora direta da BIC, a apresentação da relação de todos os pagamentos realizados pela BIC à BIF, como forma de quitar os PPE em questão. Em sua resposta, após vários pedidos de prorrogação, a BUNGE acostou 03 demonstrativos (planilhas eletrônicas), onde pretendeu comprovar estes pagamentos.

Além disso, também como forma de elucidar estes pagamentos, o TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL nº 13 solicitou à FISCALIZADA, também na qualidade de controladora direta da BIC, a apresentação dos seus Livros Contábeis e das Demonstrações Financeiras (Balanços Patrimoniais e Demonstrações dos Resultados) relativas aos anos de 2010, 2011 e 2012. Acerca destas solicitações, a CONTRIBUINTE apresentou inicialmente, os balanços e as demonstrações dos resultados, sem, contudo, disponibilizar os livros contábeis da BIC.

Posteriormente, como já dito, apresentou uma série de planilhas eletrônicas, com demonstrativos e extratos de telas de sistemas contábeis, que representariam as contas contábeis envolvidas com os pagamentos realizados pela BIC à BIF.

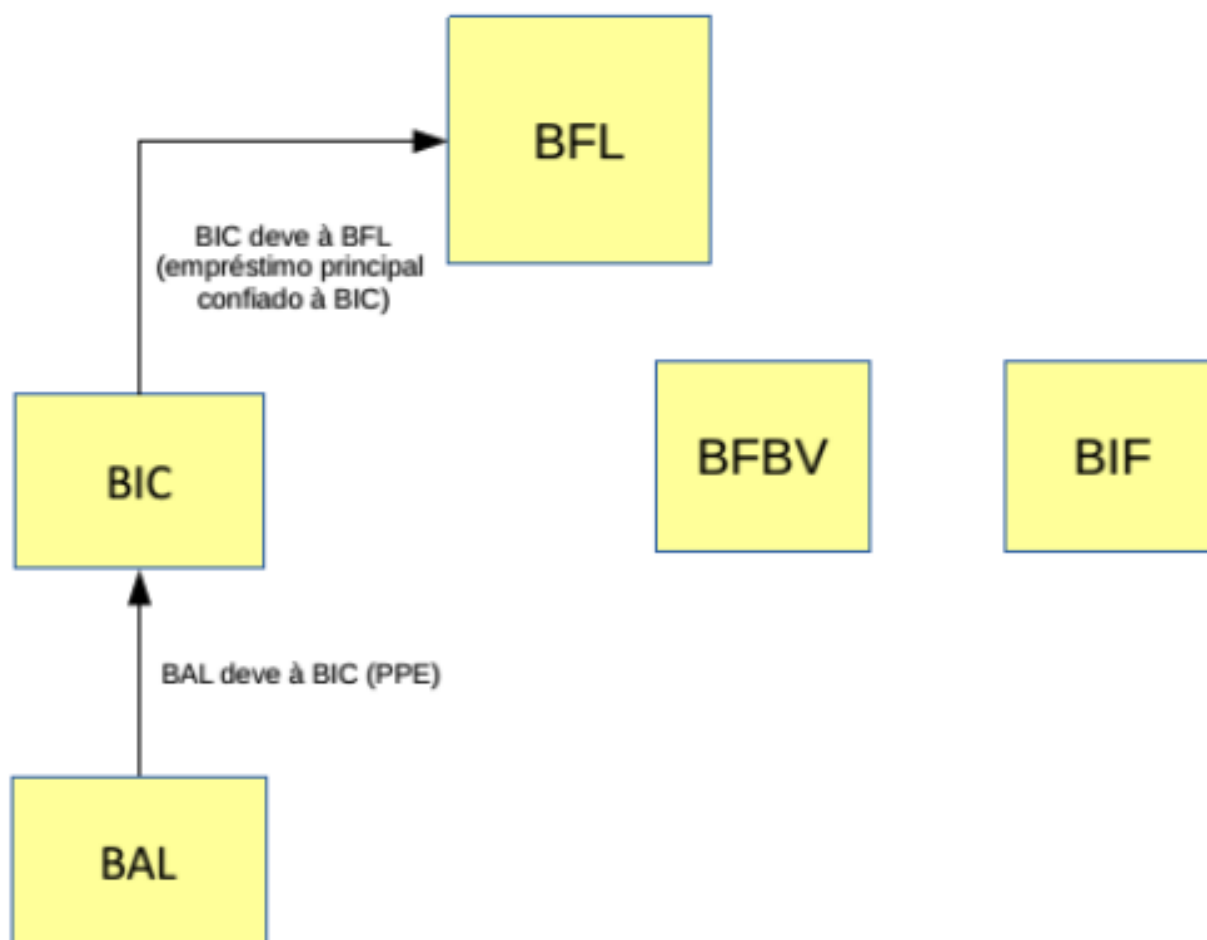
(...)

Por este relato da CONTRIBUINTE, vemos que não é possível identificar, nos demonstrativos apresentados, cada um dos pagamentos realizados pela BIC à BIF como forma de quitação dos PPE. A sistemática do “cash pool” adotada pelo Grupo Bunge, faz com que estes pagamentos estejam englobados nos acertos mensais, controlados pela empresa mãe, a BUNGE LTD. Assim, em que pese a razoabilidade da sistemática adotada pela FISCALIZADA, definitivamente ela não consegue demonstrar os pagamentos relacionados coma dívida do PPE. Esta Fiscalização entende que esta sistemática, por si só, não caracteriza um erro nos controles contábeis da BIC, mas de outro lado, deveria ter sido feita por lançamentos individualizados, de forma a

possibilitar o rastreamento destes pagamentos. Ressaltamos, porém, que esta ausência da comprovação efetiva dos pagamentos da BIC à BIF, apesar de demonstrar uma falta de controle por parte da empresa, é secundária frente à questão maior, qual seja, a criação artificial de uma pessoa jurídica, em outro país não atingido pelo limite do art. 25, numa tentativa de acobertar o real caminho dos recursos envolvidos com o financiamento dos PPE.

De forma a clarear melhor a operação engendrada pela BUNGE para a transferência do braço financeiro do PPE de um paraíso fiscal para outra empresa do grupo sediada na Espanha, vejamos a sequência dos atos de forma esquemática:

Figura 27: Situação Original do PPE (antes de 29/11/2010)

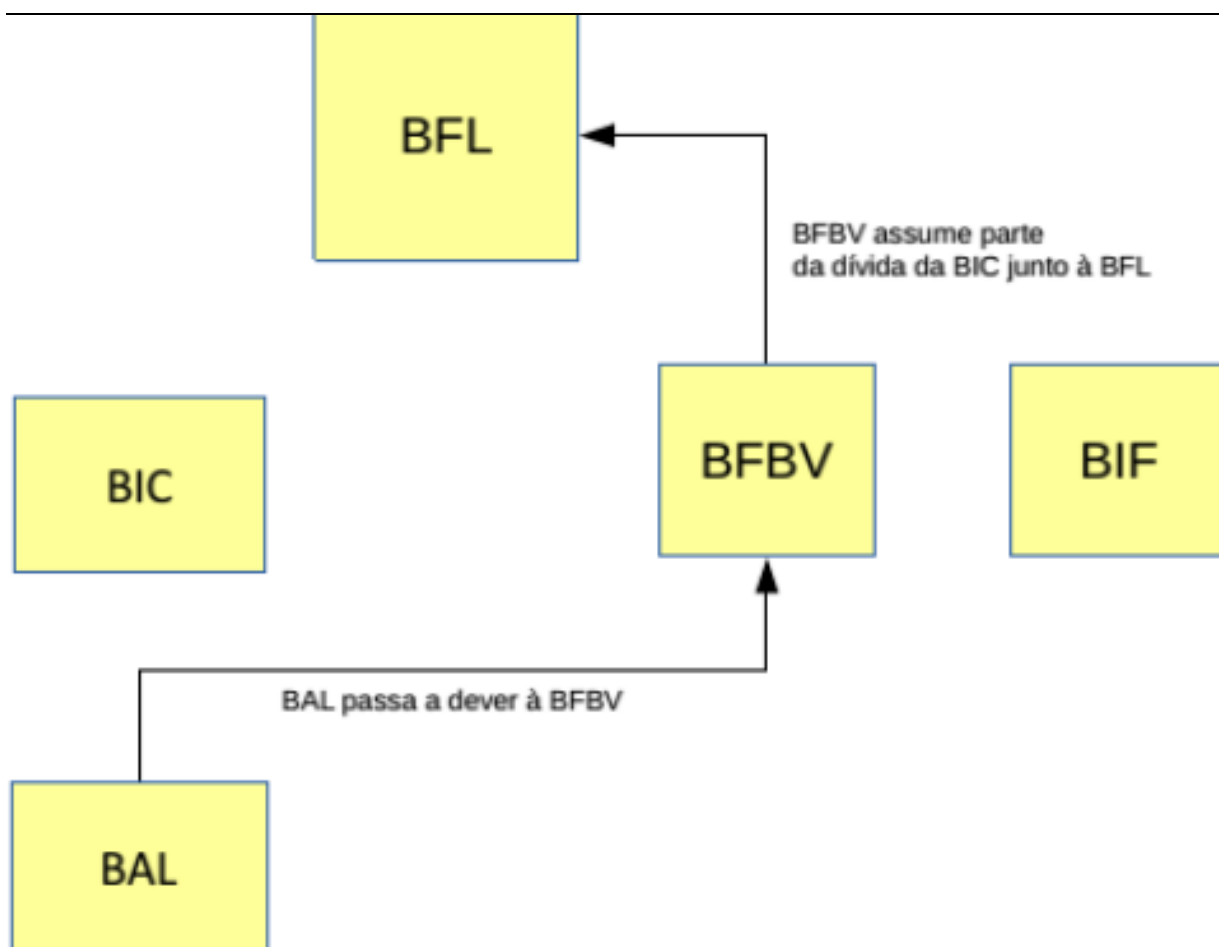


Sobre esta situação original:

✓ A BIC financiou as exportações da BAL, a qual passou a ser devedora de cerca de R\$ 4 bilhões à BIC, a serem pagos com exportações;

✓ Os recursos da BIC advêm do EMPRÉSTIMO PRINCIPAL CONFIRADO À BIC, concedido pela **BFL**, em 27/01/2010; (sediada nas Ilhas Bermudas)

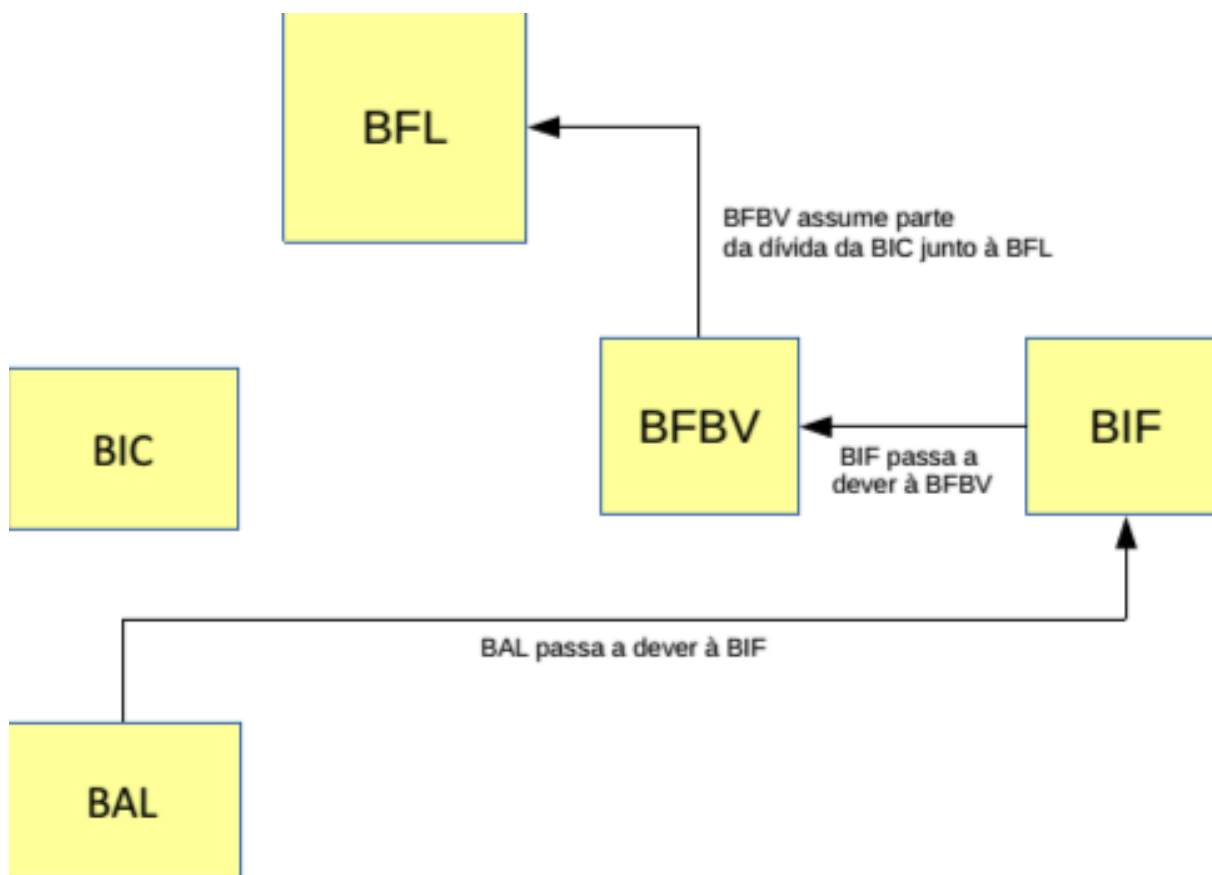
Figura 28: Cessão dos Créditos do PPE à BFBV (29/11/2010)



Sobre esta cessão dos créditos do PPE:

- ✓ A BIC, em 29/11/2010, cedeu à BFBV, os créditos do PPE, e passou a ser a credora dos recursos financeiros do PPE;
- ✓ Como contrapartida, a BFBV assumiu parte da dívida que a BIC detinha em face da BFL;

Figura 29: Cessão dos Créditos do PPE à BIF (29/11/2010)



Sobre esta segunda transferência dos créditos:

- ✓ A BFBV, no mesmo ato que assumiu a posição de credora dos PPE, cedeu os mesmos à BIF;
- ✓ A BIF honraria a dívida para com a BFBV de forma parcelada, conforme termos do CONTRATO;
- ✓ A BIF passou a ter o direito de receber da BIC os pagamentos das exportações da BAL para a BIC;

Assim, vemos que, originalmente, a BAL (BUNGE), pagaria as dívidas do PPE à própria BIC, por meio de exportações. Com a comercialização destas mercadorias, a BIC obteria os recursos necessários para quitar sua dívida com a BFL (EMPRÉSTIMO PRINCIPAL CONFIADO À BIC). Com a nova formatação, os recursos financeiros passaram a percorrer um caminho um pouco maior: a BIC, ao receber as mercadorias exportadas pela BAL, realiza os pagamentos à BIF, novo agente financiador do PPE. Esta, por sua vez, consegue os recursos necessários para quitar a dívida assumida com a BFBV, no processo de aquisição dos créditos do PPE. A BFBV, que assumiu parte da dívida da BIC com a BFL, recebendo os recursos da BIF, consegue honrar esta dívida com a BFL. Ou seja, ao invés dos

recursos financeiros fazerem o caminho direto da BIC para a BFL, eles dão uma pequena volta por alguns países, saindo da BIC para a BIF, depois para a BFBV, e finalmente para a BFL.

(...)

Então qual seria a razão desta mirabolante reestruturação? Simples: afastar a aplicação do art. 25 da Lei 12.249/2010 no cálculo do excesso de juros, o qual exige um limite bem mais restrito (0,30 x PL) que o art. 24 da mesma lei (2 x PL), que regulamenta o instituto da subcapitalização para credores situados em países que não de tributação favorecida (paraísos fiscais).

*A BUNGE entendeu que, com a transferência dos créditos da BIC (Ilhas Cayman) para a BIF (Espanha), poderia efetuar os cálculos do excesso de juros com o limite do art. 24 (2 x PL) e não do art. 25 (0,30 x PL). A seguir, veremos **duas razões** para afastar este entendimento da FISCALIZADA, e ressaltamos desde já que estas razões são **independentes** entre si, **bastando uma** delas para imputar à FISCALIZADA a necessidade de apuração do excesso de juros pelas regras do art. 25.*

A BUNGE entendeu que, com a transferência dos créditos da BIC (Ilhas Cayman) para a BIF (Espanha), poderia efetuar os cálculos do excesso de juros com o limite do art. 24 (2 x PL) e não do art. 25 (0,30 x PL).

*A seguir, veremos **duas razões** para afastar este entendimento da FISCALIZADA, e ressaltamos desde já que estas razões são **independentes** entre si, **bastando uma** delas para imputar à FISCALIZADA a necessidade de apuração do excesso de juros pelas regras do art. 25.*

b) Da Caracterização da BIC como Interveniente

(...)

c) Da Simulação no Uso da BIF

(...)

*Inicialmente, cumpre registrar que a FISCALIZADA foi formalmente intimada a disponibilizar os Balanços Patrimoniais e as Demonstrações de Resultado do Exercício dos anos 2010, 2011 e 2012 relativos à BIF, conforme TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL nº 24. **Em sua resposta, a BUNGE deixou de apresentar estes documentos, alegando que, apesar desta empresa pertencer a conglomerado Bunge a nível mundial, ela não mantém com a mesma relação de controle ou mesmo participação acionária, não tendo acesso aos seus balanços e demonstrações.***

Não obstante esta recusa, esta Fiscalização obteve, diretamente em sites da internet, documentos relativos à BIF, sobre os quais passamos a discorrer.

*O primeiro documento consiste no “Depósito de Cuentas” do REGISTRO MERCANTIL DE MADRI, que demonstra que a **BUNGE***

IBERICA FINANCE SL (BIF) começou suas operações em 03/11/2010, ou seja, **poucos dias antes** da celebração do CONTRATO, que ocorreu em 29/11/2010. Tinha como único sócio a BUNGE IBERICA S/A, e foi constituída com um capital de **10.000 euros**. É o que se atesta da Figura abaixo, extraída do citado documento, devidamente acostado a este Processo Administrativo, (...).

A primeira conclusão que podemos extrair deste fato é que a BIF foi criada **especificamente** para exercer o papel de novo agente financiador das exportações da BAL.

Para isso, como já visto, adquiriu créditos bilionários dos PPE da BUNGE, assumindo em troca uma dívida, também bilionária, com a BFBV, isso tudo com um capital inicial de 10.000 euros.

As demonstrações financeiras apresentadas às autoridades espanholas⁶⁹ atestam que o início das atividades da BIF ocorreu efetivamente em 03/11/2010, (...).

A análise das demonstrações financeiras da BIF relativas ao ano de 2010 permite concluir que ela apresentou receitas financeiras (certamente advindas da BAL), e despesas financeiras (certamente devidas à BFBV), **da mesma ordem de grandeza**.

(...)

As informações acima, tanto relativas a 2010 quanto as de 2012, atestam que a BIF mantinha direitos a receber e obrigações a pagar da mesma ordem de grandeza, o que resultam e juros a receber e juros a pagar também da mesma ordem de grandeza, levando a resultados irrisórios frente às cifras bilionárias destes direitos e obrigações.

(...)

Ou seja, a BIF tinha a única missão de receber os recursos advindos da BIC para quitar as importações realizadas junto à BUNGE, e repassar estes recursos à BFBV, para que esta quitasse sua dívida junto à BFL, sediada nas Ilhas Bermudas, localidade também enquadrada como paraíso fiscal, conforme IN RFB nº 1.037/2010.

Poder-se-ia pensar que nesta nova composição, a BIF estaria sujeita ao pagamento do Imposto sobre a Renda na Espanha, país não enquadrado como paraíso fiscal.

Mas como visto acima, a BIF apresenta receitas financeiras da mesma ordem de grandeza das despesas financeiras, o que enseja **resultados irrisórios** relativamente a estas operações, gerando imposto de renda a pagar diminutos frente às cifras que seriam devidas no Brasil. O planejamento tributário se fecha aqui, pois ilusoriamente, parece haver tributação da mesma ordem de grandeza a Espanha, mas de fato, não há.

O que estamos a demonstrar é que a BIF serviu, unicamente, de veículo financeiro, transferindo os recursos vindos da BIC para a BFBV, que por sua vez, os transferiu para a BFL, empresa do Grupo BUNGE que originalmente financiou a BIC na antecipação das exportações da BAL (BUNGE). A reestruturação serviu apenas de fachada, para evitar o

enquadramento no art. 25 da Lei 12.249/2010, e foi feita de forma a dissimular o fluxo financeiro da dívida do PPE. O enquadramento no limite do art. 25 ensejaria valores elevados de IRPJ e CSLL, bem mais significativos que os apurados pela BIF na Espanha, (...).

(...)

d) Dos Tributos Devidos

Relativamente a este enquadramento da infração, efetuamos o recálculo do excesso de juros, mas utilizando o limite de 30% do PL para o endividamento, conforme art. 25 da Lei 12.249/2010. Além disso, este recálculo foi efetuado pela sistemática da média ponderada mensal, conforme determina a legislação.

(...)

3.4. MULTA ISOLADA SOBRE AS ESTIMATIVAS DO IRPJ e CSLL

(...)

4. DA MULTA DE OFÍCIO

Neste item, abordaremos os aspectos relacionados à aplicação da multa de ofício em relação às infrações descritas neste Relatório. Em suma, demonstraremos que nos lançamentos de ofício objetos deste Relatório, em relação às infrações relatadas nos itens 3.1, 3.2 e 3.3, de se aplicar a multa em seu percentual duplicado, 150% (multa qualificada), por restarem caracterizadas as condutas previstas nos artigos 71 a 73 da Lei 4.502/64.

(...)

i. Infração item 3.1 - Ágio BUNGE BRASIL S/A

*Neste Caso, a razão da qualificação da multa de ofício reside basicamente clara intenção do contribuinte em reduzir o valor de tributo, através da simulação na aquisição das participações societárias. Na operação em discussão, a BUNGE, objetivando elidir o pagamento de IRPJ e da CSLL, decidiu, de forma **voluntária e consciente**, utilizar na aquisição de participação societária, empresa que sabidamente não foi a real adquirente da participação, como é o caso da BPAR e da BIL.*

(...)

No caso em tela, claramente há uma maquiagem na participação da BPAR e da BIL nos processos de aquisição das participações societárias.

(...)

Não se está aqui excluindo o direito lícito do contribuinte de optar pela forma menos onerosa em relação aos pagamentos dos tributos, mas isto, de forma alguma, justifica a prática de conduta que impeça, retarde o conhecimento do Fisco, ou altere as características do fato gerador.

(...)

(...), a BPAR e a BIL não possuíam características de empresas adquirentes de participação societária do porte da BBRASIL, que controlava a BUNGE. Receber recursos milionários advindos do sócio controlador na forma de empréstimos, ou fazer negociação com notas promissórias, para as quais não havia a mínima capacidade de quitação, não fazem delas reais partes ativas nos processos de aquisição.

ii. Infração Item 3.2 - Ágio BUNGE II

Este caso é bastante similar ao exposto acima, onde também houve a intenção do contribuinte em reduzir o valor de tributo, através de processos simulatório. Na operação em discussão, a BUNGE, objetivando elidir o pagamento de IRPJ e da CSLL, decidiu, de forma voluntária e consciente, utilizar na aquisição de participação societária, empresa que sabidamente não foi a real adquirente da participação, como é o caso da BUNGE II.

Da mesma forma, como no ágio da BUNGE BRASIL S/A, certifica-se que todas estas condutas foram praticadas de forma consciente pelos agentes envolvidos. (...).

iii. Infração Item 3.3 - Excesso de Juros na Subcapitalização

Aqui também há um processo simulatório, mas na transferência de créditos do PPE de uma empresa sediada em paraíso fiscal para outra, na Espanha. Na operação em discussão, a BUNGE, objetivando elidir o pagamento de IRPJ e da CSLL, anuiu expressamente no contrato que formalizou a transferência dos créditos da BIC para a BFBV, e posteriormente para a BIF. Ou seja, decidiu, de forma voluntária e consciente, participar desta transferência simulada dos créditos.

(...)

Passamos então à qualificação de cada um dos administradores sobre os quais deve recair a responsabilidade solidária, com a descrição dos respectivos cargos ocupados e das suas participações nas operações e/ou na indevida dedução de despesas:

a) PEDRO PULLEN PARENTE - CPF 059.326.371-53:

(...)

b) VITOR JOSÉ FABIANO - CPF 071.000.528-82:

(...)

- que o crédito tributário lançado de ofício, na data de lavratura dos Autos de Infração do IRPJ e da CSLL, anos-calendário 2010, 2011 e 2012, perfaz o montantes de R\$, assim especificado por exação fiscal:

Auto de Infração	Principal (R\$)	Juros de Mora (calculados até 12/2015) (R\$)	Multa de Ofício 150%	Multa Isolada	Total
IRPJ	258.547.277,83	92.288.259,67	387.820.916,75	95.140.188,18	833.796.642,43
CSLL	93.077.020,02	33.223.773,49	139.615.530,04	23.902.782,95	289.819.106,50
Total					1.123.615.748,93

Cientes do lançamento fiscal, apresentaram, em separado, Impugnações tempestivas contra a exigência fiscal:

- **Bunge Alimentos S/A** foi intimado sobre referido lançamento, em 03/12/2015 (e-fls. 16814/16821), apresentando sua Impugnação, em 29/12/2015 (e-fls. 16837/16960, e documentos (e-fls. 1961/17169);

- **Pedro Pullen Parente** foi intimado sobre mencionado lançamento, em 05/12/2015 (e-fl. 16.835), e apresentou a respectiva Impugnação, em 28/12/2015 (fls. 17176/17187); e,

- **Vitor José Fabiano** foi intimado sobre o lançamento supracitado, em 08/12/2015 (fl. 16.823), sendo o protocolo de sua defesa datado em 06/01/2016 (fls. 17196/17241).

Quanto às razões deduzidas, contra a imputação efetuada pelo fisco, pela empresa autuada e pelos responsáveis solidários, transcrevo, nessa parte, o relatório da decisão *a quo* que resumiu adequadamente, *in verbis*:

(...)

Relatório Fiscal - Responsabilidade tributária

Foi imputada responsabilidade solidária com fundamento no art. 135, inciso III, do CTN. A eleição dos responsáveis solidários foi baseada nas atribuições exercidas na autuada quando da ocorrência dos fatos geradores do IRPJ e da CSLL lançados. Os eleitos foram o Diretor-Presidente, Sr. Pedro Pullen Parente, e o Diretor da Área Contábil/Fiscal, Sr. Vitor José Fabiano.

A fiscalização defende que deve incluir no lançamento de ofício todos os responsáveis de que tiver condições de comprovar o vínculo, com fundamento no art. 135 do CTN. Afirma que tal entendimento é corroborado pelo Parecer PGFN CRJ/CAT nº 55/2009, que reproduz a orientação adotada e utilizada nos tribunais pela PGFN.

Sustenta que nos termos do parecer, a jurisprudência maciça do STJ caminha no sentido de que o elemento subjetivo da responsabilidade é o dolo gênero, e não dolo espécie. Logo, envolve dolo ou culpa. Acrescenta que os precedentes que ensejaram a Súmula 435 do STJ afirmam que compete ao sócio-gerente demonstrar que não agiu com

dolo, culpa, fraude ou excesso de poderes. Em razão desses argumentos, a Fiscalização conclui que pode enquadrar os sujeitos passivos nas hipóteses tratadas pelo artigo ainda que não consiga demonstrar o dolo.

Quanto ao fato gerador, afirma que pode ser anterior à infração à lei e que a Súmula STJ 435 corrobora este entendimento. Observa-se assim que, se há multa qualificada, há responsabilidade pelo art. 135 do CTN, trazendo à responsabilidade os sócios do tempo do fato gerador.

Em seguida, reproduz trechos do parecer e enumera atribuições dos administradores extraídas do estatuto da autuada.

Impugnação ao termo de responsabilidade – Pedro Parente.

Defende que a responsabilidade do art. 135 do CTN é pessoal e, como tal, depende da prática do ato ilícito em benefício próprio.

A imputação de responsabilidade aos dirigentes da pessoa jurídica deve ser adequadamente motivada, aplicando-se a “teoria dos motivos determinantes”. Desse modo, a invocação de motivos de fato falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato.

Contudo, a fiscalização não apresentou qualquer elemento probatório, nem mesmo fez qualquer alegação que permitisse sequer cogitar que o impugnante tenha contrariado a Lei das S/A, ou ao estatuto da pessoa jurídica autuada. E muito menos que tenha procedido dolosamente, para obter algo em benefício próprio.

Aduz que a falta de razões concretas a justificar a aplicação ao caso do art. 135, III, do CTN implica a nulidade (...).

*O impugnante informa que exerceu a função de Diretor-Presidente da companhia no período de **30/04/2010 a 30/04/2014** (fls. 10049, 10067, 10071 e 10203) e que as operações que redundaram na amortização dos ágios ocorreram em 2002 e 2004, concluindo que isso bastaria para inviabilizar a acusação fiscal, ainda que na modalidade culposa defendida pelo Fisco e rechaçada pela jurisprudência. Acrescenta que a amortização do ágio já vinha ocorrendo antes mesmo da admissão do impugnante, conforme informação da própria fiscalização que noticiava autos de infração decorrentes dos mesmos fatos relativos a períodos pretéritos. Da mesma forma, no tocante aos juros, a fiscalização questiona método de cálculo da **subcapitalização** que vinha sendo aplicado desde janeiro/2010, também antes do ingresso do impugnante na diretoria da autuada.*

Quanto à assinatura no Contrato de Cessão e Aceitação, por meio do qual foram transferidos créditos de Pré-Pagamento de Exportação (PPE), da BIC para a BIF, informa que assinou na condição de representante da companhia, conforme previsto no art. 14º do Estatuto Social, que no referido contrato são "Partes" unicamente as empresas estrangeiras do Grupo Bunge, que a autuada figura como mera "Anuente", demonstrando que o negócio não foi engendrado pela Bunge Alimentos, muito menos pelo impugnante. Finalmente, assegura que a nota promissória em favor da BIC visou garantir os contratos de PPE, sendo ato de mera execução do negócio entabulado

anteriormente entre BIC e Bunge Alimentos, o qual em nenhum momento foi questionado pelo Fisco.

Apresenta declaração da autuada na qual é atestada a lisura de sua atuação, bem como a ausência de participação dele nas decisões sobre as operações e o tratamento tributário em discussão no processo.

Impugnação ao termo de responsabilidade – Vitor José Fabiano.

Defende que o lançamento fiscal é nulo por não ser possível identificar de forma clara e precisa a infração supostamente cometida pelo Requerente. Ao analisar o Termo de Sujeição Passiva, nota-se que a D. Fiscalização não explicou ou detalhou o motivo pelo qual o Requerente deveria constar como responsável solidário no presente processo administrativo.

Defende a nulidade do auto por incompetência da Fiscalização para lavrar o Termo de Sujeição Passiva, por ser de competência exclusiva da Procuradoria da Fazenda Nacional a inclusão de responsável em processo de execução fiscal.

No mérito, defende que não detinha poderes de gestão época dos fatos geradores, pois não integrava os quadros da empresa (de modo que não exercia qualquer influência ou atos de gestão) à época dos fatos que ocasionaram a presente exigência e responsabilização solidária; as decisões de natureza financeira que envolviam estruturas de capital de subsidiárias eram realizadas exclusivamente pela empresa Matriz do Grupo Bunge; e inexistiram atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos, o que afasta a aplicabilidade do artigo 135, III, do CTN.

Reforça que o Requerente nem mesmo integrava os quadros da Companhia à época da prática dos fatos que ensejaram a aplicação da multa qualificada de 150%, o que impossibilita a aplicação do art. 135, III, do CTN, ao Requerente.

Informa que foi eleito para ocupar o cargo de Diretor da Bunge em Reunião do Conselho de Administração realizada no dia 14/12/2010 (doc. 4).

Alega que os fatos que são objeto de questionamento pelas Autoridades Fiscais e que ensejaram a aplicação da multa qualificada de 150 % correspondem às operações que deram origem aos ágios, portanto anteriores à sua entrada na companhia.

Em relação à segunda parte da autuação correspondente à glosa de despesas incorridas pela Companhia na contratação de juros com empresas ligadas no exterior, em função da aplicação das regras de subcapitalização, alega que a aplicação da multa qualificada de 150% corresponde ao questionamento da estrutura implementada pelo Grupo Bunge no ano-calendário de 2010, a qual resultou na cessão de créditos relacionados a contratos de PPE.

Também nesse caso, os fatos foram anteriores à sua gestão na companhia.

Acrescenta que, além de já ter sido demonstrado que o Requerente não integrava os quadros da Bunge quando da realização dos atos e operações que ensejaram a aplicação da multa qualificada de 150%, o que já seria suficiente para afastar a sua responsabilidade solidária em relação ao presente Auto de Infração, também deve-se destacar que o Requerente, na função de Diretor eleito da Companhia, não tinha qualquer poder de decisão no que diz respeito à implementação de estruturas de capital da Bunge no contexto do grupo econômico, muito menos para interromper o reflexo tributário de decisões tomadas pela Matriz.

Afirma que, no presente caso, a D. Fiscalização não indicou nenhum dispositivo legal que estabelecesse expressamente a responsabilidade solidária do Requerente, justificando a suposta responsabilização do Requerente com base no artigo 135, inciso III, do CTN, e que esse dispositivo, em verdade, retrata modalidade de responsabilização direta e exclusiva, estabelecendo a responsabilidade pessoal dos sócios ou dos diretores, representantes legais e gerentes de determinada pessoa jurídica que tenham agido com excesso de poderes ou infração de lei.

Relatório Fiscal - Item 3.1.1., fl. 16533 – Ágio gerado na BPAR (Bunge Participações Ltda)

De acordo com o Relatório Fiscal, o uso da BPAR como empresa-veículo e a precariedade do laudo de avaliação econômica foram os dois motivos para a glosa desse ágio:

a) o uso da BPAR como empresa-veículo.

No entendimento da fiscalização, a utilização de empresa-veículo equivale a “dizer que o ágio, baseado na rentabilidade futura, sempre será dedutível, anulando a exigência expressa na legislação de uma reorganização societária”, pois “Somente um desavisado deixaria de amortizar o ágio pago por rentabilidade futura, pois a reorganização societária, exigida pela norma, se “arranjaria” facilmente com uma empresa veículo”.

A BPAR, criada em 14/05/2004, com capital social de R\$ 10.000,00, adquiriu as cotas do minoritário, pagando por isso mais de 800 milhões de reais. Os recursos para essa aquisição tiveram origem em 5 remessas da empresa Bunge Trade Ltd, sediada nas ilhas Cayman, e controlada pela própria BPAR. As remessas a título de empréstimos totalizaram 280 milhões de dolares e a fiscalizada alegou não ter encontrado em seus arquivos a documentação referente à comprovação do empréstimo (Relatório Fiscal, fl. 16536).

A fiscalização reproduz parte do acórdão do Carf (processo 16561.720026/2011-13, Acórdão 1402-001.460, de 08/10/2013) que confirmou a glosa do ágio gerado na operação discutida aqui, relativamente à parte que permaneceu com a Bunge Fertilizantes S/A.

b) Precariedade do laudo de avaliação econômica.

A fiscalização defende que o ágio pode ser desmembrado em partes distintas, conforme o respectivo fundamento econômico pertinente, e a

identificação da parcela que deverá ser alocada a cada um dos fundamentos econômicos não fica entregue à livre escolha do contribuinte.

Nesse caso, o laudo deveria ter avaliado a valor de mercado os bens do ativo no momento da aquisição da participação.

Acrescenta que, se a coligada ou controlada possuir intangíveis identificados e fundo de comércio, cumpre ao contribuinte apurar o montante do ágio que lhes corresponda, de modo a sempre retratar adequadamente a realidade existente, guiado pela necessidade de saber o que é e quanto vale aquele determinado conjunto de bens incorpóreos.

Finaliza, afirmando que se, depois de determinados os valores atuais dos bens corpóreos, dos intangíveis identificados e do fundo de comércio, ainda subsistir alguma parcela do ágio, então essa parcela remanescente corresponderá a um item distinto, autônomo e residual, fundamentado na expectativa de rentabilidade futura.

Conclui que, somente no caso de se apresentar como entidade autônoma é que o montante que lhe corresponder poderá ser amortizado fiscalmente.

Impugnação - Regime jurídico no qual aparecem os ágios e deságios –Introdução

Em seguida, faz um breve relato sobre o regime jurídico no qual aparecem os ágios, e também os deságios para fixar, em resumo, os seguintes pontos de defesa:

a) quando o investimento for sujeito obrigatoriamente ao MEP, no momento da sua aquisição é obrigatório o desdobramento do respectivo custo, face à mandatária redação do art. 20, do Decreto-lei n. 1598/77, ou seja, que não se trata de uma opção dada ao contribuinte, mas de uma determinação para que ele proceda à separação entre o custo avaliado por equivalência e o ágio ou deságio.

b) o citado artigo não traz qualquer limitação do seu alcance em função do modo de aquisição da propriedade da participação societária sujeita à avaliação pelo MEP, daí se extraindo ser irrelevante a contraprestação da aquisição corresponder a um pagamento em dinheiro ou a outra qualquer obrigação da adquirente.

c) ocorrendo a reunião das pessoas jurídicas investidora e investida, por meio de fusão, incorporação ou cisão realizada entre elas, o ágio ou deságio decorrente do desdobramento determinado recebe o tratamento fiscal previsto na Lei n. 9532/97.

Impugnação ao Item 3.1.1. do Relatório Fiscal – Ágio gerado na BPAR (Bunge Participações Ltda), fls. 16844 e seguintes:

No mérito, quanto ao ágio gerado na BPAR (Bunge Participações Ltda), alega, em resumo, o que se segue:

Descreve a operação e conclui que houve a aquisição de participação societária junto a terceiros, com pagamento em dinheiro e a reunião do

ágio apurado com o patrimônio que o gerou, o que autoriza a amortização fiscal do ágio, por estar em sintonia com a letra e com a teleologia do art. 7º da Lei n. 9532.

Sobre as acusações da fiscalização relativas à utilização de empresa-veículo e precariedade do laudo informa o que se segue.

Uso da BPAR como empresa veículo

Não era e nunca foi proibida a adoção da estrutura utilizada pelo grupo, tanto que ela foi acolhida pelo mercado, que aceitou vender as ações para a BPAR, e foi devidamente chancelada pelas autoridades regulatórias, no caso, a CVM.

Primeiro, porque a própria legislação societária autoriza que o fechamento do capital se opere mediante OPA realizada pela sociedade controladora, direta ou indireta, conforme se verifica no art. 4º, parágrafo 4º, da Lei n. 6404, reproduzido anteriormente.

A conclusão lógica das observações acima é que a BPAR era verdadeira sociedade de propósito específico, constituída justamente com o intuito de adquirir as ações da BBRASIL pulverizadas no mercado.

Como é cediço, a compreensão do real alcance das normas não decorre de uma mera leitura fria do texto das leis. O texto legal (interpretação literal) deve ser o ponto de partida do processo de compreensão do alcance da norma jurídica, cabendo ao intérprete, em seguida: (i) relacionar o dispositivo legal interpretado com outros em vigor no ordenamento ou na própria lei interpretada (interpretação sistemática); (ii) proceder à sua análise de modo que o comando normativo contenha um sentido lógico e não leve a conclusão absurda, no contexto em que está inserido (interpretação lógica); (iii) verificar a evolução histórica da legislação, antes e depois da edição da norma interpretada (interpretação histórica); e, finalmente, (iv) o intérprete deve ter em mente que a norma jurídica, como instrumento que regula as relações sociais, tem sempre uma finalidade, um objetivo, devendo a interpretação estar em linha com essa finalidade (interpretação finalística ou teleológica).

Sendo assim, os referidos art. 7º e 8º da Lei n. 9532/97 devem ser lidos e compreendidos dentro de todo o arcabouço normativo relacionado, bem como respeitando uma ordem lógica das situações fáticas que ele visa regular e os objetivos que intenta alcançar.

Nesse contexto, é necessário compreender o alcance da norma que impõe, como condição à amortização fiscal do ágio, que haja a absorção, por uma empresa do "patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão".

Nas palavras de Mariz, "O espírito dessa norma é evidente, pois na hipótese de ágio ou deságio cujo fundamento econômico seja a expectativa de resultados futuros da pessoa jurídica cuja participação tenha sido adquirida, é inteiramente justificável que o ágio ou deságio seja considerado através de amortizações na proporção da realização desses resultados, sendo que a amortização corre em consonância com

a expectativa dos mesmos, estabelecida na demonstração desse fundamento, embora devendo ser observado o limite máximo ou mínimo anual previsto na lei."

Esse é o espírito da regra, a razão lógica e teleológica que justifica a sua existência: requer-se a união, em um mesmo patrimônio, do ágio com as receitas que justificaram a sua apuração, para que sejam emparelhadas a rentabilidade e as respectivas quotas de amortização.

A conclusão acima se presta para afastar qualquer possível acusação de que a estrutura adotada pela impugnante é abusiva ou inválida. Isto porque, conforme admitiram os acórdãos citados, havendo direito à amortização do ágio por meio de incorporação direta, não se pode negar o mesmo direito na hipótese em que ocorre de forma indireta.

A importância deste ponto autoriza a sua repetição: a utilização da chamada empresa veículo no presente caso não pode ser invalidada porque sem ela a aquisição do investimento também poderia ocorrer de outras formas, permitindo-se a amortização do ágio apurado.

Precariedade do laudo de avaliação econômica

Defende que o art. 4º, parágrafo 4º, da Lei n. 6404 determinou a fixação de "preço justo, ao menos igual ao valor de 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".

Essa avaliação deve estar amparada por laudo que ateste os parâmetros adotados e os resultados apurados. De acordo com a regulamentação baixada pela CVM, mais precisamente pela Instrução CVM 361, de 2002, o laudo deve apontar o critério de avaliação "que for considerado pelo avaliador como o mais adequado na definição do preço justo" (item XIII, "c").

Conclui que não é correta a afirmação contida no relatório fiscal no sentido de que parte do ágio tinha por fundamento o valor de mercado dos ativos da BBRASIL, pois, conforme também já esclarecido durante a fiscalização, 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.

A lei não faz isto também porque reconhece que o motivo é de ordem subjetiva e inerente à liberdade das pessoas na condução dos seus negócios. Por isso, a lei reconhece que lhe cabe apenas dar tratamento tributário ao fato real.

E a maior prova de que não existe na lei uma ordem de preferência entre os fundamentos econômicos para o ágio é que, em 2013, com a edição da Medida Provisória 627, de 2013, convertida na Lei 12.973, de 2014, existe disposição expressa no art. 2º (nova redação ao art. 20

do Decreto-lei 1598/77) no sentido de que o ágio, agora denominado pela lei como goodwill, deve ser apurado após a alocação do valor justo de ativos, de forma residual. No entanto, é lógico que esta norma não se aplica a atos pretéritos, de forma que o novo regramento contido na legislação é irrelevante para o deslinde da presente situação.

Quitação dos empréstimos utilizados como meio para captação dos recursos para a OPA

Alega que é totalmente irrelevante para o deslinde de presente controvérsia a afirmação da fiscalização de que parte da dívida relativa aos recursos utilizados para a aquisição das ações tenha ido parar na Bunge Alimentos e na Bunge Fertilizantes, pois o que importa para a amortização do ágio é o efetivo sacrifício de recursos para a aquisição da participação societária, aspecto incontroverso no caso.

A decisão proferida no processo administrativo n. 16561.720026/2011-13

Alega a existência de falta de coerência do trabalho fiscal, que utiliza o acórdão n. 1402-001.460 apenas no que lhe interessa. Afirma que essa conduta demonstra certa falta de lealdade por parte da fiscalização, evidenciando novamente o excesso cometido pelo trabalho fiscal, repleto de ilações, suposições e presunções, todas sem o necessário respaldo legal.

Relatório Fiscal - Item 3.2., fl. 16590 – Ágio – Bunge II de Participações S/A

A infração a ser detalhada neste tópico consiste na glosa de despesas desnecessárias relacionadas com a amortização de ágio gerado na aquisição de participação societária. Esta infração também foi objeto do Processo Administrativo Fiscal – PAF 13971.005344/2010-50, amortizações de ágio nos anos de 2005 a 2007, e do PAF 13971.724030/2013- 01, amortizações de ágio nos anos de 2008 e 2009. O presente processo trata das amortizações de ágio nos anos de 2010 a 2012.

A seqüência de operações que resultou no ágio em discussão neste processo pode ser resumida como se segue:

*a) A Serrana (BBrasil), alterou sua denominação social para Bunge Brasil S/A e **incorporou a totalidade das ações da Bunge e da Fertilizante**, passando estas a serem subsidiárias integrais daquela, continuando suas atividades como até então vinham exercendo;*

b) As ações da Bunge e da Fertilizante foram, então, retiradas do mercado;

*c) Sendo uma **incorporação de ações**, a aquisição foi operacionalizada pela substituição das ações da Bunge e da Fertilizante pelas da Serrana;*

d) De acordo com o “Laudo de Avaliação do Patrimônio Líquido Contábil da Bunge Alimentos S/A em 30/09/2001”, o valor contábil da Bunge (valor do PL) na referida data era de R\$ 591.629.000,00; Em

19/12/2001, passou para R\$ 850.004.390,68, em função da saída de uma situação de Prejuízo Acumulado de R\$ 190.510.000,00 para um Lucro Acumulado de R\$ 109.593.873,06 (fls. 16592/3 e 16595);

e) O Laudo de Avaliação Econômico-Financeira da Bunge, elaborado pela Arthur Andersen, aponta para um valor de mercado da Bunge, em 30/09/2001, de R\$ 1.793.459.000,00, sendo a mais valia em relação ao valor contábil motivada pela rentabilidade futura da empresa, fl. 16593;

f) A operação de incorporação de ações da Bunge apurou um ágio de R\$ 943.454.609,32, registrado na contabilidade da Serrana, fl. 16594);

g) O ágio foi gerado apenas contabilmente, sem nenhum tipo de desembolso por parte da adquirente, a Serrana, configurando o chamado ágio interno. Com a incorporação das ações pela Serrana, uma S/A de capital aberto, os Minoritários, que antes participavam diretamente da Bunge, passaram a ter ações da Serrana, **não tendo havido nesta alteração qualquer desembolso financeiro por parte da incorporadora, apenas uma troca de papéis, fl. 16595;**

h) Até esta fase da operação, o ágio foi apenas criado na Serrana, mas ainda não havia as condições que o tornavam dedutível na apuração do IRPJ e da CSLL. A norma exigia uma operação de reorganização societária, ou seja, uma fusão, cisão ou incorporação. Em 19/06/2002 (data do registro da escritura na Junta Comercial), foi criada a Bunge II, com capital de R\$ 10.000,00, **como uma subsidiária integral da Serrana (BBrasil).** A empresa recém-criada possuía o mesmo endereço, telefone e fax da Bunge. **Estava assim criada a empresa veículo, que serviria unicamente para receber o ágio da Serrana e transferi-lo para uma empresa lucrativa do Grupo, a Bunge, de forma a reduzir seu IRPJ e CSLL a pagar, fls. 16596/16597;**

i) Em 15/08/2002, 2 meses depois, o capital da Bunge II foi aumentado em R\$ 1.591.205.271,26, com a conferência da participação que a Serrana (BBrasil) detinha na Bunge. Em 29/08/2002, poucos dias depois do aumento de capital na Bunge II com os papéis da Bunge, **esta incorporou sua controladora, a Bunge II.** No entendimento da fiscalizada, essa incorporação transformou o ágio interno gerado na incorporação de ações da Bunge pela Serrana e transferido para a Bunge II em ágio amortizável, fls. 16597, 16598 e 16600;

A fiscalização afirma que a operação descrita configura o chamado ágio interno, gerado intragrupo, entre partes não independentes, sem nenhum tipo de desembolso financeiro. Acrescenta que houve o uso indevido da Bunge II como empresa veículo, servindo unicamente para transferir o ágio para a empresa lucrativa, a Fiscalizada.

Com base nisso, sustenta que o ágio é indedutível na apuração do IRPJ e da CSLL. Ressalta que estas razões que tornam o ágio indedutível, são independentes, bastando uma delas apenas para inviabilizar esta dedução.

Descreve separadamente os fundamentos da glosa: a) caracterização como ágio interno; b) uso da Bunge II como empresa veículo; c) não

enquadramento no art. 386 do RIR/99; d) precariedade do laudo de avaliação econômica e e) uso da reserva especial de ágio.

Impugnação - Regime jurídico no qual aparecem os ágios e deságios –Introdução

Em seguida, faz um breve relato sobre o regime jurídico no qual aparecem os ágios, e também os deságios para fixar, em resumo, os seguintes pontos de defesa:

a) quando o investimento for sujeito obrigatoriamente ao MEP, no momento da sua aquisição é obrigatório o desdobramento do respectivo custo, face à mandatária redação do art. 20, do Decreto-lei n. 1598/77, ou seja, que não se trata de uma opção dada ao contribuinte, mas de uma determinação para que ele proceda à separação entre o custo avaliado por equivalência e o ágio ou deságio.

b) o citado artigo não traz qualquer limitação do seu alcance em função do modo de aquisição da propriedade da participação societária sujeita à avaliação pelo MEP, daí se extraindo ser irrelevante a contraprestação da aquisição corresponder a um pagamento em dinheiro ou a outra qualquer obrigação da adquirente.

c) ocorrendo a reunião das pessoas jurídicas investidora e investida, por meio de fusão, incorporação ou cisão realizada entre elas, o ágio ou deságio decorrente do desdobramento determinado recebe o tratamento fiscal previsto na Lei n. 9532/97.

Impugnação ao Item 3.2. do Relatório Fiscal – Ágio gerado na Bunge II de Participações S/A, fls. 16878 e seguintes

Inicialmente, a impugnante alega a decadência do direito de lançar da Administração Tributária em virtude de o ágio questionado ter nascido na aquisição das ações da Bunge Alimentos ocorrida no dia 29/12/2001, e os autos de infração terem sido formalizados em 28/11/2013, decorridos quatorze anos desde o ato sobre o qual a fiscalização deita suas acusações. Acrescenta que também a subsequente incorporação da Bunge II de Participações, em 19/06/2002, que implicou o início das amortizações fiscais, ocorreu há mais de dez anos, fl. 16881.

Informa que as amortizações fiscais foram levadas ao conhecimento do fisco desde 2003 por meio da DIPJ referente àquele período e, a despeito disso, em 2015, doze anos depois, a fiscalização questiona a formação e o direito de amortização do ágio, fl. 16881.

Em relação ao mérito, alega em resumo o que se segue:

a) não houve "fabricação" de um ágio inexistente, com a finalidade de obter uma incabível vantagem fiscal, pois no grupo havia duas companhias abertas, com mais de um terço do seu capital dispersado no mercado acionário, e o objetivo primário foi fechar o capital das duas e concentrar a condição de companhia aberta em uma única sociedade anônima controladora integral daquelas.

b) a "mens legis" da norma contida nos art. 7º e 8º da Lei n. 9532/97 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.

c) a dedução da amortização do ágio poderia ser conseguida por múltiplos caminhos que exemplifica, desfazendo assim a idéia de que a impugnante teria se valido indevidamente da Bunge II apenas como forma de transferir o ágio para a impugnante.

d) a acusação fiscal de se tratar de ágio interno não é correta, pois o ágio em questão nasceu entre partes independentes, uma vez 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 atribuído aos demais acionistas.

*e) defende que não houve desembolso de caixa, eis que o ágio, no fechamento de capital da Bunge Alimentos e da Bunge Fertilizantes, decorreu de operação de incorporação de ações, a qual não envolve remessa de numerário, mas sim uma espécie de permuta (substituição) entre a empresa incorporadora e os acionistas das empresas cujas ações foram incorporadas, tudo nos termos do art. 252 da Lei n. 6404/64, **mas que isso é irrelevante, 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 contraprestação que represente esse custo, cuja contraprestação, portanto, pode ser qualquer uma. Cita acórdãos Carf que aceitaram ágio formado em subscrição da participação societária. Aduz que tentou-se vedar a possibilidade de amortização de ágio apurado em operação de substituição de ações por meio da Medida Provisória 627, mas essa vedação não prevaleceu no texto da Lei 12.973, o que demonstra ter havido reconhecimento, por parte do legislador, de que o ágio neste tipo de operação é válido, não havendo atualmente, tampouco na sistemática em vigor à época dos fatos, qualquer norma desautorizando o procedimento adotado pela impugnante.*

f) defende que não houve simulação em sua operação.

g) defende o uso da empresa Bunge II e o motivo comercial para a sua criação, qual seja, fundamentalmente não contrariar (pelo desfazimento) os efeitos do ato de aquisição da totalidade das ações da Bunge Alimentos e da Bunge Fertilizantes, efeitos estes no âmbito societário de centralizar o controle direto das duas companhias operativas em uma "holding" no Brasil, permitindo que os acionistas das duas participassem dos resultados de ambas, e não mais apenas do seu investimento original, sem desfazer as vantagens de gestão das empresas operativas não mais dependentes de assembleias de acionistas de cada sociedade tornada subsidiária integral. E, no âmbito fiscal, o objetivo foi emparelhar diretamente a amortização do ágio com a geração dos lucros a que se ele se refere, que corresponde à "mens legis".

h) defende que a variação do PL da Bunge Alimentos não afeta o cálculo do ágio, pois o valor do ágio é sempre o mesmo, não havendo qualquer fundamento nas acusações fiscais contidas no RF. Afirma que

a equivalência de valores ocorre justamente porque a transferência de participação se deu a valor contábil, o que é válido, perante o ordenamento.

i) afirma que não é correta a afirmação contida no relatório fiscal no sentido de que parte do ágio tinha por fundamento o valor de mercado dos ativos da Bunge Alimentos, pois 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.

j) informa que deu à reserva especial de ágio, constituída nos termos da Instrução CVM 319, a destinação que a Lei 6404/76 lhe permite dar, sem qualquer prejuízo das amortizações fiscais, que decorrem da união do ágio com o patrimônio que o gerou, nos termos dos art. 7º e 8º da Lei n. 9532/97.

k) aduz que, assim como ocorreu com relação ao ágio Bunge Alimentos Participações, a fiscalização fez remissão ao acórdão 1402-001.460, de 08/10/2013, proferido em processo do qual é interessada a Bunge Fertilizantes, e no qual foi analisada a mesma operação aqui discutida (tendo em vista que a Serrana incorporou as ações da Bunge Alimentos, ora impugnante, e da Bunge Fertilizantes) com o intuito de fortalecer as suas conclusões relativas à indedutibilidade do ágio, mas ignorou o fato de o referido acórdão ter reconhecido inexistir conduta dolosa hábil à imputação da multa qualificada na presente situação e, também, ignorou que o referido acórdão reconheceu que o ágio apurado era hígido, decorrente de transações efetivas entre terceiros.

Relatório Fiscal - Item 3.3. do Relatório Fiscal, fl. 16637 – Excesso de juros - subcapitalização

A Subcapitalização foi instituída no ordenamento jurídico pátrio pela Lei 12.249/2010.

3.3.1. Vigência Inicial da Norma da Subcapitalização

A primeira irregularidade relacionada à subcapitalização diz respeito à vigência inicial do dispositivo legal que instituiu esta nova hipótese de incidência.

De acordo com a lei, os efeitos dos artigos 24 e 25 teriam início a partir de 16/12/2009, data da publicação da MP nº 472.

A fiscalização defende que não se aplica ao caso a anterioridade, inclusive a nonagesimal, por não se tratar de instituição ou majoração de impostos, mas tão somente definição de nova hipótese de incidência.

3.3.2. Apuração pela Média Mensal Ponderada

De acordo com a fiscalização, a autuada não efetuou o cálculo com a adoção da sistemática da média mensal ponderada prevista na lei.

3.3.3. Da Aplicação do Limite Previsto no Art. 25

De acordo com a fiscalização, o limite para os cálculos do excesso de juros seria o do art. 25 da Lei 12.249/2010, e não o do art. 24 utilizado pela autuada.

Para tanto, aponta duas razões independentes.

*A primeira por ter atuado a Bic como **interveniente**, o que atrairia a previsão do art. 5º, § 3º da IN RFB 1.154/2011.*

*A segunda pela **simulação no uso da Bic**.*

Impugnação ao Item 3.3. do Relatório Fiscal, fl. 16637 – Excesso de juros - subcapitalização

3.3.1. Vigência Inicial da Norma da Subcapitalização

A autuada defende que a vigência da lei tributária consiste na sua validade técnico-formal, que decorre da sua elaboração por órgão competente e da observância dos procedimentos legais para a sua edição. Assim, a vigência da lei apenas confere à regra jurídica o potencial para incidir sobre o suporte fático descrito na hipótese normativa, sem permitir a produção concreta de efeitos em violação ao princípio da anterioridade, que consagra a segurança jurídica, a confiabilidade e a previsibilidade do ordenamento jurídico.

Acrescenta que não basta examinar apenas a cláusula de vigência, pois os princípios da anterioridade do exercício e da anterioridade nonagesimal, na verdade, postergam a própria produção de efeitos por parte das regras jurídicas que instituem ou aumentam tributos, restringindo a sua eficácia técnica.

Argumenta que o termo "aumentou" do art. 150, inciso III, alínea "b", da Constituição Federal, compreende as diferentes formas de majoração da carga tributária, como o aumento de alíquota, o alargamento da base de cálculo, a supressão de isenção, a definição de novas hipóteses de incidência, entre outras.

Acrescenta que tanto o conceito de renda (IRPJ), quanto o conceito de lucro (CSLL), pressupõem a tributação somente do acréscimo patrimonial experimentado pelo contribuinte, de modo que a restrição ao direito de deduzir certas despesas na apuração do resultado tributável implica a majoração do IRPJ e da CSL devidos pelo contribuinte.

*Em relação à produção de efeitos relativos ao IRPJ, defende a aplicação do art. 62, §2º, combinado com o art. 150, III, b, da Constituição Federal. **Como base nesses normativos, as regras de subcapitalização apenas produziram efeitos para fins de determinação do lucro real a partir de 01/01/2011.***

*Em relação à produção de efeitos relativos a CSLL, defende a aplicação do art. 150, III, b, combinado com o art. 195, §6º, da Constituição Federal. **Como base nesses normativos, as regras de subcapitalização apenas produziram efeitos para fins de determinação da base de cálculo da CSLL a partir de 16/03/2010.***

3.3.2. Apuração pela Média Mensal Ponderada

Inicialmente, a impugnante alerta que houve erro no valor dos juros relativos ao mês de dezembro de 2010, que corresponde a R\$ 57.097.909,97, e não R\$ 59.559.531,19.

Afirma que houve flagrante vício material, em desrespeito ao art. 142 do CTN, que impõe, no exercício da atividade administrativa vinculada de constituição do crédito tributário, a necessidade de adequada quantificação da matéria tributável. Também, considera que houve erro de cálculo cometido pela fiscalização em relação à aplicação da média ponderada mensal para o patrimônio líquido, o que contraria frontalmente as disposições da Instrução Normativa RFB 1.154, de 2011.

Pede a nulidade do auto de infração, por violação ao art. 142 do CTN e art. 10, inciso VI, do Decreto 70.235, de 1972, ou caso não reconhecida a nulidade, a correção dos cálculos.

Defende que a lei não estabeleceu a forma de apuração da média ponderada mensal exigida pelos art. 24 e 25 da Lei 12.249, o que trouxe um problema de falta de condições de aplicabilidade da norma jurídica. A seguir, alguns dos argumentos utilizados na impugnação:

A maior prova da ausência de eficácia técnica ou de condições de aplicabilidade da lei pode ser encontrada nas inúmeras fórmulas possíveis para o cálculo da média ponderada mensal que surgiram após a edição da Lei n. 12.249, mas antes da edição da Instrução Normativa RFB n. 1.154, de 12.5.2011, que concretizou o critério legal e introduziu regras específicas para o cálculo do endividamento, para a apuração do patrimônio líquido, bem como para a determinação do excesso das despesas de juros.

Apenas para exemplificar as dificuldades que surgiram na apuração da média ponderada mensal, antes da sua regulamentação pela Instrução Normativa RFB n. 1.154, é possível mencionar as seguintes variáveis que podem influenciar no cálculo:

- a lei não determina em que momento os resultados do período-base em curso podem ser computados no patrimônio líquido;*
- a lei não dispõe a respeito da influência da opção pelo lucro real trimestral ou pelo lucro real anual no encerramento dos resultados anteriores;*
- a lei não prevê como as mutações no patrimônio líquido ocorridas no curso do período-base devem ser consideradas no cálculo da média ponderada mensal;*
- a lei não explica se a média ponderada mensal deve ser calculada com base nas mutações do patrimônio líquido e do endividamento até a data do pagamento ou crédito dos juros, ou se, ao contrário, o contribuinte deve efetuar o cálculo da média ponderada mensal com base nos valores constantes no encerramento de cada mês (i.e. no dia 30 ou 31 de cada mês);*
- a lei não disciplina se os valores registrados diretamente no patrimônio líquido, no período-base em curso, podem ser considerados*

no cálculo da média ponderada mensal, ou, ao contrário, se apenas os valores constantes do último balanço patrimonial apurado pelo contribuinte podem ser considerados;

- a lei não trata da transferência dos saldos da demonstração de resultados para o patrimônio líquido, mediante o levantamento de balanço patrimonial intermediário, com a transferência de valores para a reserva de lucros;

- a lei não dispõe a respeito do impacto da conta transitória de lucros e prejuízos acumulados para fins de apuração da média ponderada mensal;

- a lei não determina como deverão ser tratados os resultados apurados durante o curso do ano-calendário por pessoas jurídicas incorporadas, fusionadas ou cindidas, que encerram o período-base em curso na data do respectivo evento (i.e. na data do ato societário);

- a lei não estabelece a composição e forma de cálculo do endividamento; - a lei não esclarece se os juros vencidos e não pagos até o último dia do mês devem ser incluídos no cálculo do endividamento, mesmo que o contrato de mútuo ou de financiamento impeça a capitalização dos juros (anatocismo);

- a lei não estabelece se os valores mensais de endividamento devem ser somados em cada período de apuração (trimestral ou anual) e divididos pelo correspondente número de meses, ou se, diversamente, o endividamento deve ser controlado a cada mês, mediante a soma dos saldos devedores diários pelo número de dias do respectivo mês.

Como se pode notar, há diversas questões que não foram esclarecidas pela Lei n. 12.249 antes da edição da Instrução Normativa RFB n. 1.154, o que traz um problema de ausência de condições técnicas para a aplicação da lei pelo contribuinte.

Entretanto, é evidente que a d. fiscalização não pode questionar a forma de cálculo utilizada pela impugnante antes de 12.5.2011, data de publicação da Instrução Normativa RFB n. 1.154, ante a ausência de condições técnicas para a aplicação da lei.

A impugnante efetuou o controle de subcapitalização com base na sua interpretação da Lei n. 12.249, antes da edição da Instrução Normativa RFB n. 1.154, de modo que não pode a autoridade fiscal exigir que o contribuinte realize o cálculo do endividamento, do patrimônio líquido e da média ponderada mensal com base em critérios que apenas foram estabelecidos posteriormente, após a regulamentação da lei pelo fisco.

Embora as instruções normativas sejam atos interpretativos, que não podem inovar na ordem jurídica, é certo que o critério de cálculo estabelecido na Instrução Normativa RFB n. 1.154 apenas pode ser aplicado após a sua entrada em vigor, como, aliás, determina expressamente o seu art. 14, ao estabelecer que: "Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação". A d. fiscalização não pode, portanto, pretender aplicar retroativamente a forma de cálculo prevista na Instrução Normativa RFB n. 1.154.

A maior prova da afirmação acima é que, a partir de setembro de 2011, poucos meses após a introdução da Instrução Normativa RFB n. 1.154, a impugnante efetuou o controle de subcapitalização na forma exigida pelo Fisco, de tal sorte que a d. fiscalização não realizou qualquer ajuste por divergência de cálculo após essa data. Neste sentido, confira-se a tabela 14 do relatório fiscal, preparada pela própria d. fiscalização:

3.3.3. Da Aplicação do Limite Previsto no Art. 25 A reestruturação da dívida de PPE

A terceira irregularidade apontada pela d. fiscalização envolve a reestruturação de operação de Pré-Pagamento de Exportação ("PPE"), por meio da qual a impugnante recebe antecipadamente os recursos financeiros relativos a suas exportações. Neste item, a d. fiscalização alega que, no dia 29/11/2010, a impugnante efetuou a transferência do saldo de dívida de PPE com a sua controlada BUNGE International Commerce ("BIC"), sediada nas Ilhas Cayman, para a empresa BUNGE Iberica Finance S.L. ("BIF"), sediada em Madri, na Espanha, apenas com o objetivo de afastar a aplicação do art. 25 da Lei n. 12.249, que contém um coeficiente de endividamento mais restrito.

Assim, na visão da d. fiscalização, a transferência do saldo do PPE para a BIF teria ocorrido apenas para contornar a aplicação do art. 25 da Lei 12.249, segundo o qual o valor total do endividamento com entidades situadas em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado não poderá ser superior a 30% (trinta por cento) do valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil.

A primeira objeção à acusação fiscal repousa na caracterização do PPE como uma operação de endividamento sujeita ao controle de subcapitalização, quando a sua natureza jurídica corresponde, na verdade, ao recebimento antecipado de preço.

A impugnante alega que além de impedir a erosão do lucro real e da base de cálculo da CSLL mediante o endividamento excessivo da pessoa jurídica, a Lei 12.249 ainda possui um inegável efeito indutor, que consiste no estímulo ao aporte de recursos financeiros na sociedade no Brasil por meio de aumento de capital.

Com base nestas considerações, constata-se que o PPE não se insere no âmbito objetivo de aplicação da Lei 12.249, pois não envolve uma estrutura de financiamento corporativa adotada pela impugnante e os seus sócios no campo da opção entre o capital próprio ("equity") e o capital de terceiros ("debt").

O caráter indutor das regras de subcapitalização

• A caracterização da BIC como interveniente

A autuada alega que a fiscalização ignorou as regras que tratam da relação entre os limites previstos nos art. 24 e 25 da Lei 12.249, nos casos de concomitância entre as duas hipóteses normativas de controle da subcapitalização, mais especificamente o disposto no art. 9º da

Instrução Normativa RFB 1.154 que, ao tratar da concomitância entre as hipóteses, estabeleceu que devem prevalecer as regras de subcapitalização relativas ao domicílio do credor, em detrimento das regras relativas ao domicílio do avalista, fiador, procurador, ou qualquer interveniente na operação.

Acrescenta que a BIC não pode ser qualificada como interveniente na operação relativa ao PPE, pois a sua condição é de adquirente das mercadorias exportadas pela impugnante, como reconhecido pela própria fiscalização em seu relatório fiscal. Defende que o interveniente é a pessoa física ou jurídica estranha ao negócio jurídico, mas que nele intervém por interesse e que no âmbito das regras de subcapitalização, o interveniente é o terceiro que intervém no negócio jurídico relativo à operação de endividamento para efetuar o seu pagamento.

• ***A simulação no uso da BIF***

Nesse ponto, a autuada enumera e rebate os argumentos utilizados pela fiscaliza:

(i) a BIF foi constituída na Espanha em 3.11.2010, poucos dias antes da celebração do contrato de reestruturação da dívida do PPE, em 29.11.2010;

A autuada afirma que a proximidade temporal entre a constituição da BIF e a reestruturação da dívida decorre do fato de essa sociedade ter sido criada para funcionar como entidade de financiamento ("financing company"), para concentrar as operações financeiras do Grupo BUNGE e que a escolha da Espanha pode ser justificada pela existência de diversas sociedades do grupo naquela jurisdição, bem como pela possibilidade de aproveitamento de um regime de tributação consolidada.

Apresenta os seguintes documentos para confirmar que a BIF tem existência real nos negócios do grupo:

- documento do Ministério de Emprego e Seguridade Social que comprovaria que o Grupo BUNGE possui, estrutura operacional efetiva na Espanha, com mais de 260 funcionários no período de 2012 a 2015.*
- documentos societários relativos às reuniões dos seus administradores (doc. 08).*
- contratos de mútuo celebrados com outras pessoas jurídicas, conforme relação a seguir: LLC EUROPEAN TRANSPORT STEVEDORING COMPANY (doc. 09);*
- SUNTRADE S.E. (doc. 10); - LLC UNITRANS (doc. 11).*

*Alega que esses documentos comprovam que a BIF efetivamente **desempenha a atividade econômica** para a qual foi constituída, não sendo um mero veículo utilizado para contornar a aplicação das regras brasileiras de subcapitalização.*

(ii) a BIF foi constituída especificamente para exercer o papel de novo agente financiador das exportações da impugnante;

Considera que o segundo fundamento invocado pela fiscalização, no sentido de que a BIF foi constituída especificamente para exercer o papel de novo agente financiador das exportações da impugnante, apenas corrobora as considerações relativas ao primeiro argumento.

Confirma que a BIF foi constituída para concentrar as operações de financiamento do grupo, o que traz diversas vantagens econômicas e operacionais, tais como: especialização nas operações de financiamento; centralização das sobras de caixa do grupo econômico em uma única jurisdição; redução das taxas de juros na captação de recursos no mercado; organização dos fluxos econômicos entre as sociedades do grupo; facilidade na organização do volume e dos prazos das operações de financiamento corporativo; melhora da notação de risco de crédito perante as agências de rating; agilidade no acesso aos mercados financeiros e de capitais.

(iii) a BIF se tornou titular de um direito de crédito no valor de R\$ 3,93 bilhões, relativo ao PPE da impugnante, assumindo em contrapartida uma dívida bilionária com a BFBV, embora o seu capital social inicial fosse de apenas 10.000 Euros;

*Defende que a análise do capital social da BIF é irrita para a comprovação de eventual simulação, pois a pessoa jurídica não é obrigada a manter capital social mínimo, salvo nas hipóteses em que há normas jurídicas específicas, como as que existem no Brasil para as instituições financeiras, as sociedades seguradoras e as pessoas jurídicas que participam de licitações e que, além disso, **a BIF está submetida ao sistema jurídico espanhol**, cujas regras, além de não serem, necessariamente, iguais às brasileiras, **ainda não exigem a constituição de capital mínimo para as empresas que atuam neste segmento específico.***

(iv) a BIF apurava receitas financeiras e despesas financeiras na mesma ordem de grandeza, o que ensejava a apuração de resultados irrisórios em comparação às cifras bilionárias movimentadas entre direitos e obrigações. Assim, embora a Espanha não seja enquadrada como um paraíso fiscal, o valor de imposto de renda pago naquela jurisdição é muito inferior às cifras que seriam devidas no Brasil em razão do art. 25 Lei 12.249.

A seguir, cópia dos argumentos da autuada:

Esse argumento não acrescenta qualquer elemento para a caracterização da simulação, pois é natural que uma sociedade constituída para concentrar as operações de financiamento ("financing company") não apresente uma margem de lucro elevada.

Como se não bastasse isso, a maior prova da ilegitimidade do argumento da d. fiscalização reside no fato de que a BIF está inserida em uma regime de tributação consolidada na Espanha desde 2010, que envolve as seguintes empresas: BUNGE IBÉRICA S.A.; ESTACION DE DESCARGA Y CARGA S.A.; MOYRESA GIRASOL S.L.; BUNGE INVESTMENT IBERICA S.L.; e BUNGE IBERICA FINANCE S.L.

Para fins de comprovação, a impugnante anexa à presente defesa as declarações consolidadas de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014 (doc. 12), que comprovam não apenas que a BIF está inserida no regime de tributação consolidada, mas também que a BIF não teve existência efêmera, apenas para fins de realização de planejamento tributário.

A inclusão da BIF em um regime de tributação consolidada afasta, a um só tempo, dois argumentos utilizados pela d. fiscalização.

Em primeiro lugar, isso mostra que o fato de a BIF ter sido constituída na Espanha em 3.11.2010, poucos dias antes da celebração do contrato de reestruturação da dívida do PPE, é irrelevante, pois não teve relação com a obtenção de economia fiscal.

O GRUPO BUNGE poderia ter utilizado outras sociedades existentes na Espanha para a realização da operação, pois, dentro de um regime de consolidação, a constituição de uma nova pessoa jurídica seria irrelevante para fins de tributação. Assim, é fácil perceber que o GRUPO BUNGE optou pela constituição de uma sociedade de financiamento para manter as entidades integrantes do grupo corporativo em seus respectivos segmentos de atuação, privilegiando, assim, a especialização.

No regime de tributação consolidada da Espanha, as sociedades integrantes do grupo econômico podem ser inseridas em um regime unificado de tributação, com a consequente concentração dos resultados no âmbito da sociedade principal (i.e. a BUNGE IBERICA S.A). Assim, não há qualquer razão tributária para a constituição da BIF, uma vez que os seus resultados, ainda que auferidos por outra pessoa jurídica existente na Espanha, também seriam submetidos ao regime de tributação consolidada.

Em segundo lugar, essa constatação afasta o argumento relativo ao suposto recolhimento de imposto de renda ínfimo por parte da BIF na Espanha. Na verdade, isso mostra a falta de credibilidade do trabalho fiscal, que, mediante simples análise das demonstrações financeiras, concluiu que a BIF não recolhia imposto de renda significativo na Espanha, sem analisar a sua inserção no regime de tributação consolidada. Diante disso, percebe-se que, por desconhecer as regras aplicáveis em outra jurisdição, a d. fiscalização extraiu conclusões indevidas, que não se sustentam na realidade.

Assim, ao contrário do que alega a d. fiscalização, o imposto de renda pago na Espanha reflete o resultado econômico total das pessoas jurídicas que atuam naquela jurisdição, sem qualquer relação com a suposta intenção de obter economia fiscal.

• A impossibilidade de caracterização da simulação

Nesse ponto, a autuada rebate a caracterização da simulação, com base no conceito legal do termo.

Ao final, enumera diversas justificativas operacionais e econômicas para a reestruturação da dívida, sem qualquer relação com as regras brasileiras de subcapitalização:

- a constituição da BIF pode ser justificada por uma série de vantagens econômicas e operacionais, tais como: especialização nas operações de financiamento; centralização das sobras de caixa do grupo econômico em uma única jurisdição; redução das taxas de juros na captação de recursos no mercado; facilidade na organização do volume e dos prazos das operações de financiamento corporativo; melhora da notação de risco de crédito; agilidade no acesso aos mercados financeiros e de capitais;

- a escolha da Espanha se justifica em razão da possibilidade de utilização do regime de tributação consolidada, conforme explicado linhas acima;

- a utilização da BVBF na Holanda pode ser justificada em razão da sua extensa rede de acordos de bitributação, que alcança inclusive as Ilhas Bermudas, o que reduz os impactos fiscais nas remessas de juros entre as empresas integrantes do GRUPO BUNGE, bem como em virtude da possibilidade de aproveitamento da Diretiva de Juros e Royalties ("Interest and Royalty Directive"), no âmbito da União Européia, nas remessas entre as pessoas jurídicas na Espanha e na Holanda.

Defende que, à luz das considerações acima, o caminho mais longo percorrido pelo pagamento não tem qualquer relevância para a caracterização, ou não, da simulação na constituição da BIF, assim como não possui qualquer relação com a aplicação das regras brasileiras de subcapitalização, como sugerido pelo fisco.

Depois, defendeu o caráter indutor das regras de subcapitalização, ou seja, que com a adoção de coeficientes distintos, o legislador pretendeu justamente estimular os contribuintes a realizarem as suas operações de financiamento por meio de jurisdições convencionais, sem qualquer incentivo fiscal danoso o que justificaria a transferência de sua operação de financiamento de um país com tributação favorecida para uma jurisdição convencional como a Espanha.

Ao final conclui e pede:

- a infração fiscal no valor de R\$ 227.650.504,27, relativa à falta de adição de despesas de juros excessivas para fins de determinação do lucro real no ano-calendário de 2010, deve ser cancelada por violação ao princípio da anterioridade;

- a infração fiscal no valor de R\$ 69.323.663,90, que envolve a falta de adição de despesas de juros excessivas para fins de determinação das bases de cálculo da CSL nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2010, deve ser cancelada por violação ao princípio da anterioridade nonagesimal;

- as despesas excessivas de juros apuradas pela média ponderada mensal no ano-calendário de 2010, no valor total de R\$ 314.835.272,94, devem ser canceladas porque, antes da edição da Instrução Normativa RFB n. 1.154, a impugnante não dispunha de elementos para a utilização da mesma metodologia de cálculo exigida pela fiscalização. A d. fiscalização poderia, quando muito, adicionar as eventuais diferenças de excesso de juros apuradas nos meses de junho,

julho e agosto de 2011, mas essa exigência fiscal não se sustenta porque o PPE sequer pode ser considerado uma operação de endividamento;

- a d. fiscalização incorreu em erro material ao recalcular o controle de subcapitalização relativo ao ano-calendário de 2010, pois considerou que valor dos juros relativos ao mês de dezembro de 2010 corresponde a R\$ 59.559.531,19, quando na verdade o valor total monta em R\$ 57.097.909,97. Assim, deve-se reconhecer a nulidade do auto de infração por vício material, na forma do art. 142 do CTN e da jurisprudência administrativa;

- o PPE não constitui operação sujeita ao controle de subcapitalização, o que implica a sua exclusão completa no cálculo do limite do endividamento. Ademais, o PPE não se insere no âmbito objetivo de aplicação da Lei 12.249, pois o objetivo das regras de subcapitalização é controlar o endividamento abusivo efetuado exclusivamente para fins fiscais, no campo da opção entre o capital próprio e o capital de terceiros;

- a BIC não pode ser qualificada como interveniente na operação relativa ao PPE, pois a sua condição é de adquirente das mercadorias exportadas pela Impugnante;

- a BIF não é uma pessoa jurídica artificial, sem existência na realidade fática, pois foi constituída em um contexto de reorganização das atividades do GRUPO BUNGE, ficando responsável pela concentração de suas operações de financiamento corporativo; e

- o caminho mais longo percorrido pelo pagamento não tem qualquer relevância para a caracterização, ou não, da simulação na constituição da BIF, assim como não possui qualquer relação com a aplicação das regras brasileiras de subcapitalização.

Por último, cabe destacar que as diferentes glosas realizadas pela fiscalização se sobrepõem, sendo que a infração fiscal relativa à aplicação do art. 25 da Lei 12.249 engloba os demais questionamentos fiscais (vigência IRPJ, vigência CSLL e cálculo pela média).

Caso seja afastada a aplicação do art. 25 da Lei 12.249 e o coeficiente de endividamento de 30% do patrimônio líquido, porque constatado que o PPE não constitui operação sujeita ao controle de subcapitalização, restará integralmente cancelada a exigência fiscal. Por outro lado, se mantida a exigência fiscal relativa ao art. 25 da Lei 12.249, o que se admite por amor ao debate, os demais valores estarão absorvidos, como reconhecido pela própria fiscalização no item 3.3.4 do Relatório Fiscal.

(...)

Na sessão de **23/08/2016**, a 2ª Turma da DRJ/Belo Horizonte manteve, em parte, a exigência fiscal, conforme Acórdão (e-fls. 17564/17646), cuja ementa e parte dispositiva transcrevo, *in verbis*:

(...)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

ÁGIO. PARTES RELACIONADAS. MINORITÁRIOS.

Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

*A presença de sócios minoritários diversos não altera a natureza **intragrupo** do negócio entre controladora e controlada.*

ÁGIO. AQUISIÇÃO NÃO ONEROSA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO. INDEDUTIBILIDADE.

Não há possibilidade jurídica da formação de ágio em uma aquisição não onerosa. O pagamento é da essência do ágio.

ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO - SPE.

Não se confundem Sociedade de Propósito Específico - SPE e empresa-veículo.

*A SPE é pessoa jurídica cujo objetivo é realizar uma atividade econômica materializada em um único empreendimento ou negócio específico. **A Empresa-veículo não tem por finalidade o exercício de uma atividade econômica**, mas viabilizar o planejamento tributário.*

ÁGIO. INCORPORAÇÃO FICTA. INDEDUTIBILIDADE.

A incorporação sem substância econômica que une em uma única sociedade uma pessoa jurídica existente no mundo dos negócios e outra sem existência econômica não é bastante para configurar o requisito legal que autoriza a amortização fiscal do ágio sob pena de fazer letra morta do requisito legal que prevê a necessidade da ocorrência de reorganização societária sob uma de suas formas: incorporação, cisão ou fusão para a amortização fiscal do ágio.

SUBCAPITALIZAÇÃO. MAJORAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. ANTERIORIDADE.

A Lei 12.249, de 2010, ao implementar critérios objetivos para o nível de endividamento das pessoas jurídicas residentes no Brasil, para definir quando as despesas com juros pagos ou creditados à pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior poderão ser consideradas operacionais – no sentido empregado pelo art. 47 da Lei 4.506, de 1964 (art. 299 do RIR/99), majorou a base de cálculo do IRPJ para os contribuintes que se enquadravam nos novos critérios estabelecidos.

As regras de subcapitalização passaram a produzir efeitos para fins de determinação do lucro real a partir do primeiro dia de janeiro de 2011, em obediência ao Princípio da Anterioridade.

SUBCAPITALIZAÇÃO. CÁLCULO PELA MÉDIA. APLICABILIDADE. CONSULTA.

A aplicabilidade do cálculo do endividamento e do patrimônio líquido pela média mensal ponderada estabelecido na Lei 12.249, de 2010, prescinde de regulamentação posterior.

No caso de dúvidas, cabe ao contribuinte saná-las por meio de consulta sobre dispositivos da legislação tributária aplicáveis a fato determinado, nos termos do Decreto 70.235, de 1976, e da Lei 9.430, de 1996.

SUBCAPITALIZAÇÃO. ALTERAÇÃO DO DOMICÍLIO DO CREDOR.

*A transferência de créditos de países com tributação favorecida para países sem tributação favorecida não é vedada. Entretanto, essa **transferência precisa ser real** para ter efeitos tributários.*

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

SUBCAPITALIZAÇÃO. MAJORAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. ANTERIORIDADE.

As regras de subcapitalização passaram a produzir efeitos para fins de determinação da base de cálculo da CSLL a partir a partir de 16/03/2010, em obediência ao Princípio da Anterioridade Nonagesimal.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

A decisão relativa ao auto de infração matriz deve ser igualmente aplicada no julgamento do auto de infração conexo, decorrente ou reflexo, no que couber, uma vez que ambos os lançamentos, matriz e reflexo, estão apoiados nos mesmos elementos de convicção.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

DECADÊNCIA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. FATO GERADOR.

O fato gerador do IRPJ é constituído por uma série de eventos jurídicos, ocorridos ao longo do ano-base. Em 31 de dezembro, encerra-se a apuração do imposto. Nessa data, ocorre o fato gerador e surge a obrigação tributária.

DECADÊNCIA. FATOS PRETÉRITOS. NATUREZA PROBATÓRIA. POSSIBILIDADE.

A análise da formação do ágio tem natureza de prova e independentemente da data do fato a que se reporte, está sujeita à livre

apreciação pelo fisco que pode efetuar o lançamento com base nela desde que o fato gerador esteja dentro do prazo decadencial.

LANÇAMENTO. ESPONTANEIDADE. PARCELAMENTO EFETUADO ANTES DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO.

*A espontaneidade do sujeito **passivo** é **excluída com o início do procedimento fiscal**, que ocorre com o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificando o sujeito passivo da obrigação tributária.*

Pagamento ou parcelamento efetuado antes da lavratura do auto de infração por sujeito passivo que perdera a espontaneidade não tem o condão de interromper o curso normal da ação fiscal.

No caso de lançamento, o pagamento ou o parcelamento efetuado pode ser utilizado para amortizar o crédito tributário apurado, cobrando-se eventual saldo remanescente.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

A multa de ofício prevista é de 75%, sendo elevada a 150% caso se constate a subsunção às hipóteses agravantes indicadas.

O "evidente intuito de fraude" encontra-se presente nas definições de sonegação, fraude e conluio.

Não há evidente intuito de fraudar quando a controvérsia diz respeito fundamentalmente a questões jurídicas, de direito, de lei, de interpretação e ou aplicação dos preceitos normativos

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

RESPONSABILIDADE PESSOAL. SOLIDARIEDADE. CTN. ARTIGO 135.

A responsabilidade do art. 135, III, do CTN é solidária.

O administrador não responde pelas obrigações tributárias surgidas em período em que não detinha os poderes de gerência.

O administrador só é responsável por atos seus que denotem infração à lei ou excesso de poderes, como, por exemplo, a sonegação fiscal e a fraude.

A prova da prática de ato ilícito por parte do administrador compete à Fazenda Pública.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

(...)

Acordam os membros da 2ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar procedente em parte a impugnação, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado, para:

REJEITAR as arguições de nulidade do procedimento fiscal;

AFASTAR a exigência do **IRPJ** pertinente a todo ano-calendário de 2010, relativa à infração de Subcapitalização do item "3.3.1. Vigência Inicial da Norma da Subcapitalização";

AFASTAR a exigência da **CSLL** pertinente aos meses janeiro e fevereiro de 2010, relativa à infração de Subcapitalização do item "3.3.1. Vigência Inicial da Norma da Subcapitalização";

REDUZIR a multa de ofício de 150% para 75% em relação às infrações de Ágio;

EXONERAR as multas isoladas de **IRPJ** e **CSLL** relativas ao ano calendário 2010 em decorrência dos novos cálculos;

AFASTAR o vínculo de responsabilidade do Sr. Fabiano Vitor José Fabiano;

AFASTAR o vínculo de responsabilidade do Sr. Pedro Pullen Parente em relação às infrações de Ágio;

CONFIRMAR o vínculo de responsabilidade do Sr. Pedro Pullen Parente em relação à infração Subcapitalização do item "3.3.3. Da Aplicação do Limite Previsto no Art. 25";

MANTER integralmente todas as demais exigências do **IRPJ** e da **CSLL** acrescidas de multa de ofício e dos juros de mora cabíveis.

(...)

Dê-se ciência deste acórdão, do qual cabe recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais no prazo de trinta dias, conforme facultado pelo art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972.

Quanto ao crédito tributário exonerado e aos vínculos de solidariedade afastados, submetam-se à apreciação do Carf, de acordo com o art. 34 do Decreto n.º 70.235, de 1972, e alterações introduzidas pela Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e Portaria MF n.º 3, de 3 de janeiro de 2008, por força de recurso necessário. A exoneração do crédito e o afastamento da solidariedade procedidos por este acórdão só serão definitivos após o julgamento em segunda instância.

(...)

Tomou ciência desse decisor:

a) o sujeito passivo Bunge Alimentos S/A em **03/10/2016** no domicílio eletrônico (e-fls. **17847/17849**) - segunda-feira, e apresentou Recurso Voluntário em 21/10/**2016** (e-fls. 17875/17876 e 17877/17970);

b) o responsável solidário PEDRO PULLEN PARENTE em **07/10/2016**, por via postal - AR (e-fls. **17850/17851 e 17874**) e apresentou Recurso Voluntário em **21/10/2016** (e-fls. 17852/17869).

Em síntese, são essas as razões do Recurso Voluntário do responsável solidário PEDRO PULLEN PARENTE :

a) exclusão da responsabilidade. Ausência de prova do dolo exigida pela DRJ. Impossibilidade de inovação no lançamento pelo órgão julgador;

b) equivocada interpretação quanto ao tipo de irregularidade e à extensão da responsabilidade prevista no art. 135, III, do CTN;

c) inexistência de infração à lei, contrato social ou estatutos da companhia;

Por fim, o recorrente pediu seja provido seu recurso e definitivamente afastada a imputação da sujeição passiva solidária.

Já a pessoa jurídica autuada Bunge Alimentos S/A, nas razões do recurso:

a) em relação às matérias que restou vencida na instância *a quo*, repisou, reiterou as mesmas razões já deduzidas na Impugnação;

b) juntou documentos - elementos de prova - em idioma estrangeiro - espanhol (e-fls. 17989/18055) e tradução pública juramentada (e-fls. 18265/18322), nesta instância recursal ordinária, no intuito de afastar o fundamento autônomo - uso simulado da BIF - imputado pela Fiscalização e mantido pela decisão *a quo* - que implicou, por consequência, rejeição da reestruturação da dívida PPE entabulada pela autuada e cálculo do excesso de juros - subcapitalização - art. 25 da Lei 12.249, de 2010, justamente, pela falta de provas da efetiva transferência dos créditos da BIC (Ilhas Cayman) para a BIF (Madri, Espanha). Transcrevo, nessa parte, as razões do recurso da recorrente (e-fls. 17908/17958):

(...)

3.4. A reestruturação da dívida de PPE

(...)

Neste item, a d. fiscalização alega que, no dia 29.11.2010, a Recorrente efetuou a transferência do saldo de dívida de PPE com a sua controlada Bunge International Commerce ("BIC"), sediada nas Ilhas Cayman, para a empresa Bunge Iberica Finance S.L. ("BIF"), sediada em Madri, na Espanha, apenas com o objetivo de afastar a aplicação do art. 25 da Lei n. 12.249, que contém um coeficiente de endividamento mais restrito.

(...)

Em sua essência, essa acusação fiscal envolve a análise de três aspectos distintos, quais sejam: (i) caracterização da BIC como interveniente; (ii) falta de substância econômica da BIF; e (iii) falta de efetividade na transferência do PPE.

(...)

Com a devida vênia, a acusação fiscal não merece prosperar (...).

*Porém, antes de qualquer consideração adicional, é importante frisar que a decisão de primeira instância da DRJ/BHE superou diversas questões apresentadas pela fiscalização, as quais, por óbvio, não poderiam prosperar. Assim, a primeira questão superada pela decisão da DRJ/BHE diz respeito à qualificação da BIC como interveniente, na seguinte passagem: “Tem razão o contribuinte. **No caso de concomitância**, quando a sede da credora indicar a aplicação de um artigo e a sede da interveniente indicar outro, no silêncio da lei, **aplica-se o limite de endividamento previsto para a sede da credora** (...)”.*

*Além disso, a decisão de primeira instância da DRJ/BHE também superou a questão da substância da BIF, ao considerar que “os documentos apresentados, ainda que aceitos, buscavam provar apenas a existência da BIF, **quando deveriam buscar comprovar que os valores do PPE transitaram pela BIF**”.*

(...)

3.4.3. A simulação no uso da BIF

(...)

Assim, na visão da DRJ/BHE, a Recorrente deveria ter comprovado que os valores do PPE efetivamente transitaram pela BIF na Espanha.

Por isso, no presente recurso voluntário, a Recorrente irá focar suas considerações na comprovação de que os valores do PPE transitaram pela BIF, o que será abordado no item 2.4.3.1 abaixo. (...)

3.4.3.1. A comprovação de que os valores do PPE transitaram pela BIF, como exigido na decisão de primeira instância da DRJ/BHE

Para a manutenção da acusação fiscal de simulação, a DRJ/BHE alega que a Recorrente deixou de apresentar as demonstrações financeiras da BIF, o que seria essencial para comprovar a efetividade da transferência. Confira-se trecho da decisão:

“A autoridade fiscal intimou a fiscalizada a disponibilizar os Balanços Patrimoniais e as Demonstrações de Resultado do Exercício dos anos 2010, 2011 e 2012 relativos à BIF, conforme TIF nº 24, fls. 10038/10042. Em sua resposta, a fiscalizada deixou de apresentar estes documentos, alegando que apesar desta empresa pertencer ao conglomerado BUNGE em nível mundial, ela não mantém com a mesma relação de controle ou mesmo participação acionária, não tendo acesso aos seus balanços e demonstrações.

(...)

Se a autuada teve acesso a atas de reunião do Conselho de Administração, contratos de empréstimo, poderia ter perfeitamente acostado aos autos documentos contábeis que comprovassem inequivocamente que a cessão do PPE não foi mera maquiagem ou simulação, apresentando o resultado do fluxo dos recursos do PPE pelas contas da BIF”.

(...)

No presente recurso voluntário, com o objetivo de atender integralmente à solicitação da DRJ/BHE e comprovar cabalmente a efetividade da cessão do crédito de PPE, a Recorrente apresenta cópia das demonstrações financeiras da BIF relativas aos anos-calendário de 2010, 2011 e 2012 (docs. 01 a 03).

(...)

Obs:

(i) Os documentos - quando da apresentação do recurso - foram juntados aos autos em 21/10/2016, porém estão em idioma estrangeiro - espanhol (e-fls. 17876 e 17989/18055);

(ii) A tradução pública juramentada desses documentos foi juntada aos autos apenas em **03/10/2018** (e-fls. 18265/18322).

Por fim, a recorrente pediu:

(...)

8. Pedido.

A única conclusão possível, que se obtém após a análise dos fundamentos do presente recurso e da documentação colacionada aos autos pela recorrente é no sentido de que falta o necessário amparo legal aos autos de infração ora combatidos.

Diante disto, a recorrente postula pelo conhecimento e integral provimento do presente recurso, de modo que, afinal, seja determinado o cancelamento integral da exigência fiscal, nos termos expostos nas presentes razões.

Em caráter subsidiário, na hipótese de manutenção do lançamento, requer seja afastada a multa qualificada aplicada, diante da total ausência de fundamento legal para tal penalidade.

Ainda subsidiariamente, na remota hipótese de se entender pela manutenção do lançamento, a recorrente requer seja cancelada a multa isolada aplicada em concomitância com a multa de ofício. Além disso, também requer seja afastada a incidência dos juros de mora sobre os valores da multa de ofício, pois a lei somente prescreve a aplicação do referido encargo sobre as multas isoladas.

(...)

Contrarrazões apresentadas pela PFN ao recurso voluntário (e-fls. 18073/18152), pugnando:

- pela rejeição da decadência;

- pela manutenção da glosa da despesa desnecessária - amortização ágio gerado na BPAR;

- pela manutenção da glosa da despesa desnecessária - amortização ágio gerado na BIL;

- pela manutenção da glosa despesa desnecessária - amortização ágio gerado na BUNGE II de Participações S/A;

- pela indedutibilidade das despesas - amortização de ágios na apuração da base de cálculo da CSLL;

- glosa do excesso de juros – aplicação das regras de subcapitalização - adição na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL (Lei 12.249/2010, art. 25);

- restabelecer a tributação relativa à glosa de despesas de juros pela decisão *a quo* (não poderia este CARF ou a DRJ afastar as disposições explícitas dos arts. 60 da MP 472 e 139 da Lei 12.249 sob o argumento de que ofendem o art. 104 do CTN);

- cumulação da multas;

- juros de mora sobre a multa;

- quanto à juntada de provas na instância recursal assim se manifestou a PFN nas citadas contrarrazões ao recurso voluntário:

(...)

*O primeiro ponto que merece destaque é o fato de que a recorrente, apesar de intimada durante a fiscalização a apresentar documentos tendentes a comprovar a materialidade da própria BIF e da efetiva transferência dos PPE (balanços e DRE da BIF), tais documentos não vieram aos autos **nem ao tempo da fiscalização nem por ocasião da impugnação.***

*Agora, **apenas em sede de recurso voluntário**, a recorrente apresenta cópias das demonstrações financeiras da BIF, quando não mais há chance de que as autoridades fiscais possam diligenciar sobre os números e os fatos ali demonstrados.*

O art. 16, §4º, do Decreto n. 70.235/72 proíbe expressamente a juntada extemporânea de provas, (...).

Assim, se o formalismo e o princípio da preclusão não podem ser levados a extremos, também não se pode conceber que uma suposta adoção do princípio da verdade material possa aniquilar todos os demais princípios, como os princípios da economia processual, da razoabilidade e da proporcionalidade, e a observância das formalidades estabelecidas na lei e que visam justamente assegurar a transparência e segurança de todos e não apenas da Administração Tributária.

Compulsando os autos, verifica-se que a contribuinte, desde a fiscalização até a impugnação, teve várias oportunidades de se manifestar pela juntada dos documentos em questão, mas permaneceu omissa.

Nem se diga que a recorrente não tinha como ter acesso às demonstrações financeiras da BIF, por não possuir o controle sobre ela. Como bem destacou a DRJ, a recorrente “apresentou relatório da BUNGE Ibérica (GRUPO) com quantitativo de trabalhadores ativos, atas de reunião do Conselho Gestor de Administração da BIF, contratos de empréstimo entre a BIF e empresas ucranianas, documento com a relação das empresas do grupo participantes do regime de tributação consolidada na Espanha, em vários idiomas (inglês, espanhol e ucraniano), fls. 17062 a 17118. (...) Se a autuada teve acesso a atas de reunião do Conselho de Administração, contratos de empréstimos, poderia perfeitamente ter acostado aos autos documentos contábeis que comprovassem inequivocamente que a cessão do PPE não foi mera maquiagem ou simulação, apresentando o resultado do fluxo dos recursos do PPE pelas contas da BIF”.

Assim, as provas juntadas a destempo, sem qualquer justificativa, não podem ser admitidas por essa e. Corte, pois tal proceder comprometeria as já mencionadas economia e celeridade processuais, afrontaria a própria finalidade processual, eis que obstaria a própria solução do litígio, e ainda, importaria supressão de instância, pois a autoridade julgadora de piso não pôde apreciar as provas.

Na pior das hipóteses, em se admitindo apreciar referida documentação, deveriam os autos ser baixados em diligência para que a autoridade fiscal, querendo, sobre ela se manifeste. Mormente porque foi apontado que BIF, ao tempo em que adquiriu créditos bilionários dos PPE da BUNGE, assumiu em troca uma dívida, também bilionária, com a BFBV – o que praticamente zerava seus resultados na jurisdição espanhola (p. 147 e ss do TVF). BFBV por sua vez assumiu dívida junto à BFL, que por sua vez financiou a BIC. Ou seja, a BIF tinha a única missão de receber os recursos advindos da BIC para quitar as importações realizadas junto à BUNGE, e repassar estes recursos à BFBV, para que esta quitasse sua dívida junto à BFL, sediada nas Ilhas Bermudas, localidade também enquadrada como paraíso fiscal, conforme IN RFB nº 1.037/2010.

Neste contexto, os balanços referidos no recurso voluntário mostram que valores foram recebidos pela BIF, mas não deixam inequívoca a origem dos ingressos financeiros e o destino dos gastos financeiros que anulavam grande parte das receitas – isto é, não se pode afirmar que refletem o integral atendimento (efetivo e real) da nova estrutura supostamente emergente da reestruturação da dívida do PPE (figura 29 p. 142 do TVF).

De toda forma, permanece hígida a acusação fiscal, de que a reestruturação da dívida foi idealizada como instrumento para fazer com que os recursos do PPE destinados a paraísos fiscais (Bermudas e/ou Cayman) transitassem, mediante caminho tortuoso, por jurisdição de tributação dita “normal”, porém com efeitos fiscais diminutos, pois nessa jurisdição quase toda receita advinda do PPE era anulada por despesas equivalentes (e decorrentes em grande parte da mesma operação de reestruturação do PPE – dívida da BIF para

com a BVBF), contornando, assim, a hipótese do artigo 25 da Lei 12.249/2010.

Diante do exposto, é de se manter as conclusões da DRJ e negar provimento ao RV também neste item. Subsidiariamente, pede-se que sejam os autos baixados em diligência, para que a fiscalização possa se manifestar sobre os documentos trazidos apenas em sede de recurso voluntário e sua eficácia em comprovar a suposta efetividade da interposição da BIF no fluxo dos recursos do PPE.

(...)

- pela exigência da multa isolada em cumulação com a multa de ofício;
- pela exigência pela cobrança dos juros de mora sobre a multa de ofício.

Por fim, pediu que seja dado provimento ao recurso de ofício – notadamente no que tange ao prazo inicial de vigência das regras de subcapitalização – bem como seja negado provimento ao Recurso Voluntário.

Ainda consta dos autos razões ao recurso de ofício por parte de Vitor José Fabiano, sujeição passiva solidária imputada pelo Fisco e afastada pela decisão *a quo* (e-fls. 18167/18193).

É o relatório

Voto Vencido

Conselheiro Nelso Kichel, Relator.

Conheço:

- do **Recurso de Ofício**, pois a decisão recorrida, ao julgar Impugnação procedente em parte:

(i) exonerou crédito tributário além do limite de alçada:

- ao afastar, em parte, a infração Adições não computadas no Lucro Real e na Base de Cálculo da CSLL: Excesso de Juros - Subcapitalização; e, - ao afastar a qualificação da multa de ofício em relação às infrações glosas despesas desnecessárias (Amortização dos Ágios);

- ao afastar as multas isoladas do IRPJ e da CSLL do ano-calendário 2010, em decorrência dos novos cálculos.

(ii) afastou integralmente a sujeição passiva solidária do Sr. Vitor José Fabiano (responsabilidade pelo crédito tributário) ;

(iii) afastou a responsabilidade solidária do Pedro Pullen Parente apenas em relação às infrações imputadas glosas de despesas desnecessárias (amortização dos Ágios);

- dos **Recursos Voluntários** do sujeito BUNGE ALIMENTOS S/A - BAL e do responsável solidário Sr. PEDRO PULLEN PARENTE, uma vez que foram apresentados tempestivamente e preenchem os demais pressupostos de admissibilidade.

Conforme relatado, são objeto dos recursos:

a) infração: Adições não computadas na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL atinentes ao Excesso de Juros - Subcapitalização, anos-calendário 2010, 2011 e 2012;

b) infração: Glosas de despesas desnecessárias (amortização de ágios), anos-calendário 2010, 2011 e 2012:

- Ágio gerado na empresa BPAR ou BPART e transferido à Bunge Alimentos - BAL, quando da incorporação da Bunge Alimentos PARTICIPAÇÕES - BAP ou BALIMPAR;

- Ágio gerado na empresa Bunge Investimentos Ltda - BIL, transferido à BAL quando da incorporação da Bunge Alimentos PARTICIPAÇÕES - BAP ou BALIMPAR - Ágio gerado na empresa SERRANA (BBRASIL) - troca de papéis junto aos acionistas

Minoritários-, e transferido à BAL, quando da incorporação da BIIPART - Bunge II de Participações.

c) Infração: **Multas Isoladas** pela falta de antecipação de pagamento do IRPJ e da CSLL devidos por estimativa mensal, anos-calendário 2010, 2011 e 2012;

d) **sujeição passiva solidária** imputada aos Srs. Vitor José Fabiano e Pedro Pullen Parente;

e) multa qualificada;

f) juros sobre a multa de ofício.

Pois bem.

Identificadas as matérias recorridas, passo, primeiramente, a analisar a juntada de provas documentais aos autos pela recorrente BUNGE ALIMENTOS S/A - BAL.

Conforme relatado, o sujeito passivo BUNGE ALIMENTOS S/A - BAL, quando da apresentação do recurso voluntário, juntou documentos - elementos de prova aos autos, **em língua estrangeira**, no prazo recursal, em **21/10/2016** (e-fls. 17876 e 17989/18055), no intuito de afastar fundamento autônomo da rejeição, pela Fiscalização e pela decisão recorrida, da reestruturação da dívida PPE entabulada pela contribuinte, qual seja: **a simulação no uso da BIF** (falta de comprovação da efetiva transferência dos créditos da BIC para a BIF), que implicou a imputação da infração Excesso de Juros - Subcapitalização (Adições não computadas no lucro real e na base de cálculo da CSLL), cálculo do excesso de juros pela Lei 12.249/2010, art. 25;

Obs: O outro fundamento autônomo da rejeição da reestruturação da dívida PPE foi a caracterização da BIC como interveniente.

Veja, mas não é só isso quanto à juntada de provas apenas na instância recursal.

A tradução pública juramentada desses documentos foi juntada aos autos apenas em **03/10/2018** (e-fls. 18265/18322), ou seja, fora do prazo recursal.

As vicissitudes do caso.

Em face da reestruturação da dívida com PPE (Pré-Pagamentos de Exportação), a contribuinte foi intimada pelo Fisco a comprovar a transferência efetiva dos créditos da BIC (Ilhas Cayman) para a BIF (Madri-Espanha).

Nesse sentido consta do **Relatório Fiscal**, parte integrante do lançamento fiscal objeto dos autos) (e-fls. 16337/16678), a narrativa dos fatos pela Fiscalização, *in verbis*:

(...)

3.3. EXCESSO DE JUROS - SUBCAPITALIZAÇÃO

A BUNGE tem por prática obter recursos do exterior, principalmente na modalidade de Pré-Pagamentos de Exportação - PPE, como forma

de financiar suas exportações. Nesta sistemática, o **FINANCIADOR**, localizado no exterior, antecipa à BUNGE recursos que devem ser aplicados no financiamento de suas exportações. A quitação desta dívida deve ser realizada com as próprias exportações, cabendo ao **IMPORTADOR** do exterior realizar o pagamento das mercadorias diretamente ao agente financiador.

Nos anos objetos deste Procedimento Fiscal, 2010, 2011 e 2012, a BUNGE também adotou esta prática, e manteve dívidas na modalidade PPE com empresas ligadas.

(...)

A Subcapitalização foi instituída no ordenamento jurídico pátrio pela Lei 12.249/2010, conforme artigos 24 e 25, (...).

(...)

Basicamente temos que o art. 24 trata do limite máximo de endividamento com pessoas jurídicas residentes no exterior, mas **não** constituídas em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, estipulando como limite máximo para esse endividamento o **dobro do PL** da pessoa localizada no Brasil, no caso a FISCALIZADA.

Já o art. 25 trata deste mesmo limite, mas para o caso de a pessoa jurídica credora estar localizada em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, fixando-o em **30% do valor do PL** da pessoa residente no Brasil.

Vemos, pois, que o limite estabelecido para endividamento com FINANCIADORES localizados em paraísos fiscais é bem mais rigoroso, restringindo muito a possibilidade da empresa brasileira de se endividar com empresas ali localizadas, sob pena de incorrer no dever de efetuar ADIÇÃO dos juros excedentes.

Até 29/11/2010, a BUNGE manteve dívida bilionária com a BIC, na modalidade de PPE. Com a promulgação da Lei 12.249/2010, a CONTRIBUINTE reviu a formatação destes empréstimos, tendo vista que poderia incorrer no instituto da subcapitalização, objeto da citada lei. (A MP foi publicada no D.O.U. de 16/12/2009, e convertida na Lei nº 12.249, de 11/06/2010).

(...)

3.3.3. Da Aplicação do Limite Previsto no Art. 25 (APLICAÇÃO ART. 25)

Como já relatado anteriormente, no final de 2010, a BUNGE, ao verificar que incorreria na nova hipótese de incidência da norma da subcapitalização, decidiu alterar a formatação da dívida bilionária mantida até então com a BIC, na modalidade de PPE, numa tentativa de afastar a aplicação do limite máximo de endividamento de 30% do PL, conforme art. 25 da Lei 12.249/2010.

(...)

a) Da Reestruturação da Dívida com PPE

*Da análise da ECD relativa ao AC 2010, constatamos que o saldo da dívida do PPE com a sua controlada BIC, sediada nas Ilhas Cayman (conta contábil 2123010001 - CEVAL INT - COM. PAPER BGE MASTER), foi **transferido**, em 29/11/2010, para a BIF (empresa criada poucos dias antes, pertencente ao Grupo Bunge, e sediada em Madri, Espanha), conforme conta contábil 2217010001 - BUNGE IBERICA FINANCE - BIF.*

Tendo por base este fato, intimamos a FISCALIZADA a apresentar alguns documentos e esclarecimentos, conforme TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL Nº 13, dentre eles:

- ☐ *Cópia do instrumento contratual que formalizou a transferência do crédito da BIC para a BIF.*
- ☐ *Informar se na transferência de dívida acima referida, houve algum tipo de pagamento/quitação por parte da BUNGE;*
- ☐ *Informar se houve algum tipo de recebimento de recursos da BIF;*
- ☐ *Apresentar cópias dos comprovantes dos 5 maiores valores de remessas de juros **de cada mês** à BIF realizadas nos anos de 2010, 2011 e 2012;*
- ☐ *Apresentar cópias dos comprovantes dos 5 maiores valores de remessas de juros **de cada mês** à BIC realizadas nos anos de 2010, 2011 e 2012;*
- ☐ *Apresentar as memórias de cálculo com a evolução **mensal** da dívida com os PPE, relativamente ao período de janeiro de 2010 a dezembro de 2012;*
- ☐ *Apresentar cópias dos **Livros Contábeis** da BIC relativos aos anos de 2010, 2011 e 2012;*
- ☐ *Apresentar cópias dos Balanços Patrimoniais e das Demonstrações de Resultado **originais** da BIC relativos aos anos de 2010, 2011 e 2012;*

Em resposta ao item 2.1 do TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL nº 13, a BUNGE apresentou cópias dos originais e das versões traduzidas dos documentos intitulados NOTA PROMISSÓRIA Nº 4 (NP), no valor de R\$ R\$ 1.181.797.230,00, e CONTRATO DE CESSÃO E ACEITAÇÃO (doravante denominado simplesmente de CONTRATO neste Relatório) celebrado entre a BIC, a BIF e a BFBV, que como já visto, é empresa do Grupo sediada na Holanda. (...)

*A NOTA PROMISSÓRIA cita expressamente outro documento, intitulado **ACORDO MESTRE DE PRÉ-PAGAMENTO DE EXPORTAÇÕES**, datado de 29/11/2010, celebrado entre a BAL (nestes documentos, a BUNGE ALIMENTOS S/A é referida como BAL) e a BIC. Por sua vez, o CONTRATO faz referência a uma **nota de empréstimo** de 27/01/2010, onde se verifica um empréstimo da BFL (Ilhas Bermudas) para a BIC, denominado no CONTRATO de **EMPRÉSTIMO PRINCIPAL CONFIADO À BIC**. Tais documentos*

foram expressamente solicitados no TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL nº 17 (itens 2.1 e 2.2), sendo que a FISCALIZADA, relativamente a estes itens, disponibilizou inicialmente apenas cópias dos contratos de câmbio celebrados com o BACEN para as transferências de numerários relativas aos contratos de PPE.

*Posteriormente, apresentou apenas a cópia do **ACORDO MESTRE DE PRÉ-PAGAMENTO DE EXPORTAÇÕES**, deixando de atender a solicitação relativa à **nota de empréstimo**.*

Não obstante a ausência deste documento, expressamente citado no CONTRATO, a sua análise permite atestar que o total devido pela BAL a título de PPE, em 29/11/2010, era de R\$ 3,93 bilhões, conforme seu Anexo I. Nesta data, a BIC, até então credora da BAL deste montante, o qual seria quitado com exportações (PPE), transferiu este crédito para a BFBV (Holanda), que, em troca, assumiu parte da dívida que a BIC tinha com a BFL, conforme EMPRÉSTIMO PRINCIPAL CONFIADO À BIC. Por sua vez, a BFBV, no mesmo CONTRATO, cedeu estes créditos do PPE para a BIF. Pelo CONTRATO, a BIF quitaria esta dívida de forma parcelada, cujos termos não foram detalhados neste documento.

(...)

Assim, verifica-se que, pela formatação acima exposta, ocorreu, forçosamente, um movimento financeiro da BIC para a BIF, para a quitação dos PPE (exportações realizadas pela BAL). Desta feita, o TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL nº 17, em seu item 2.5, expressamente solicitou à FISCALIZADA, na qualidade de controladora direta da BIC, a apresentação da relação de todos os pagamentos realizados pela BIC à BIF, como forma de quitar os PPE em questão. Em sua resposta, após vários pedidos de prorrogação, a BUNGE acostou 03 demonstrativos (planilhas eletrônicas), onde pretendeu comprovar estes pagamentos.

(...)

Por este relato da CONTRIBUINTE, vemos que não é possível identificar, nos demonstrativos apresentados, cada um dos pagamentos realizados pela BIC à BIF como forma de quitação dos PPE. (...).

(...)

☐ *A BIC financiou as exportações da BAL, a qual passou a ser devedora de cerca de R\$ 4 bilhões à BIC, a serem pagos com exportações;*

☐ *Os recursos da BIC advêm do EMPRÉSTIMO PRINCIPAL CONFIADO À BIC, concedido pela BFL, em 27/01/2010;*

(...)

☐ *A BIC, em 29/11/2010, cedeu à BFBV, os créditos do PPE, e passou a ser a credora dos recursos financeiros do PPE;*

☐ *Como contrapartida, a BFBV assumiu parte da dívida que a BIC detinha em face da BFL;*

(...)

☐ *A BFBV, no mesmo ato que assumiu a posição de credora dos PPE, cedeu os mesmos à BIF;*

☐ *A BIF honraria a dívida para com a BFVB de forma parcelada, conforme termos do CONTRATO;*

☐ *A BIF passou a ter o direito de receber da BIC os pagamentos das exportações da BAL para a BIC;*

Assim, vemos que, originalmente, a BAL (BUNGE), pagaria as dívidas do PPE à própria BIC, por meio de exportações. Com a comercialização destas mercadorias, a BIC obteria os recursos necessários para quitar sua dívida com a BFL (EMPRÉSTIMO PRINCIPAL CONFIADO À BIC).

Com a nova formatação, os recursos financeiros passaram a percorrer um caminho um pouco maior: a BIC, ao receber as mercadorias exportadas pela BAL, realiza os pagamentos à BIF, novo agente financiador do PPE. Esta, por sua vez, consegue os recursos necessários para quitar a dívida assumida com a BFBV, no processo de aquisição dos créditos do PPE. A BFBV, que assumiu parte da dívida da BIC com a BFL, recebendo os recursos da BIF, consegue honrar esta dívida com a BFL. Ou seja, ao invés dos recursos financeiros fazerem o caminho direto da BIC para a BFL, eles dão uma pequena volta por alguns países, saindo da BIC para a BIF, depois para a BFBV, e finalmente para a BFL.

(...)

*A BUNGE entendeu que, com a transferência dos créditos da BIC (Ilhas Cayman) para a BIF (Espanha), poderia efetuar os cálculos do excesso de juros com o limite do art. 24 (2 x PL) e não do art. 25 (0,30 x PL). A seguir, veremos **duas razões** para afastar este entendimento da FISCALIZADA, e ressaltamos desde já que estas razões são **independentes** entre si, **bastando uma** delas para imputar à FISCALIZADA a necessidade de apuração do excesso de juros pelas regras do art. 25.*

b) Da Caracterização da BIC como Interveniente

(...)

c) Da Simulação no Uso da BIF

(...)

*Inicialmente, cumpre registrar que a FISCALIZADA foi formalmente intimada a disponibilizar os Balanços Patrimoniais e as Demonstrações de Resultado do Exercício dos anos 2010, 2011 e 2012 relativos à BIF, conforme TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL nº 24. **Em sua resposta, a BUNGE deixou de apresentar estes documentos, alegando que, apesar desta empresa pertencer a conglomerado Bunge em nível mundial, ela não mantém com a mesma relação de controle ou mesmo participação acionária, não tendo acesso aos seus balanços e demonstrações.***

(...)

Ou seja, a BIF tinha a única missão de receber os recursos advindos da BIC para quitar as importações realizadas junto à BUNGE, e repassar estes recursos à BFBV, para que esta quitasse sua dívida junto à BFL, sediada nas Ilhas Bermudas, localidade também enquadrada como paraíso fiscal, conforme IN RFB nº 1.037/2010.

(...).

A reestruturação serviu apenas de fachada, para evitar o enquadramento no art. 25 da Lei 12.249/2010, e foi feita de forma a dissimular o fluxo financeiro da dívida do PPE.

(...).

Como demonstrado, a BUNGE ALIMENTOS S/A - BAL - deixou de apresentar à Fiscalização, quando do procedimento de fiscalização, as provas da efetiva transferência dos créditos da BIC (Ilhas Cayman) para a empresa BIF (Madri, Espanha), ou seja, deixou de disponibilizar os Balanços Patrimoniais e as Demonstrações de Resultado do Exercício dos anos 2010, 2011 e 2012 relativos à BIF, alegando **que, apesar desta empresa pertencer a conglomerado Bunge em nível mundial, ela não mantém com a mesma relação de controle ou mesmo participação acionária, não tendo acesso aos seus balanços e demonstrações.**

Na sequência na fase processual, a primeira instância de julgamento **a BUNGE também deixou de apresentar, de comprovar a efetiva transferência dos créditos da BIC para BIF, sequer juntou** Balanços Patrimoniais e as Demonstrações de Resultado do Exercício dos anos 2010, 2011 e 2012 relativos à BIF. Vale dizer, manteve-se inerte, não fez prova para afastar o fundamento autônomo da rejeição, pela Fiscalização e pela decisão *a quo*, da reestruturação da dívida de PPE - uso simulado da BIF (falta de prova da efetiva transferência dos créditos da BIC para BIF) - que implicou a imputação da infração excesso de juros - subcapitalização - adições computadas no lucro real e na base de cálculo da CSLL (Lei 12.249/2010, art. 25).

Nessa parte transcrevo a fundamentação do voto condutor da decisão *a quo* (e-fls. 17620/17624), *in verbis*:

(...)

7.4. Aplicação do limite previsto no Art. 25

Em 29/11/2010, o saldo da dívida em PPE que a BUNGE mantinha com a sua controlada BIC, sediada nas Ilhas Cayman, foi transferido, para a BIF, empresa pertencente ao Grupo BUNGE e sediada em Madri, Espanha.

Com a transferência, a autuada entendeu que o cálculo do excesso de juros passaria a ser feito com base no limite do dobro do PL, previsto no art. 24, da Lei 12.249/2010, em função da BIF ter sede na Espanha, país sem tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado.

Entretanto, a autoridade fiscal teve entendimento diverso. Para a autoridade fiscal essa reestruturação não passou de uma maquiagem,

tendente a dissimular o verdadeiro fluxo dos recursos para a quitação da dívida do PPE, e retirar formalmente a BIC, sediada em paraíso fiscal, como parte do processo. Além disso, a BIC teria permanecido como interveniente no processo. De acordo com a fiscalização, qualquer uma dessas razões seria suficiente para imputar à atuada a necessidade de apuração do excesso de juros pelas regras do art. 25.

(...)

A outra razão apontada pela fiscalização para não aceitar a alteração da sede da credora dos PPE é a simulação no uso da BIF.

De acordo com o relatório fiscal, a BIC cedeu os direitos creditórios do PPE para a BFBV, e esta, ato contínuo, para a BIF. Assim, a BIF passou ser o agente financiador das exportações da BUNGE.

A autoridade fiscal intimou a fiscalizada a disponibilizar os Balanços Patrimoniais e as Demonstrações de Resultado do Exercício dos anos 2010, 2011 e 2012 relativos à BIF, conforme TIF nº 24, fls. 10038/10042. Em sua resposta, a fiscalizada deixou de apresentar estes documentos, alegando que, apesar desta empresa pertencer ao conglomerado BUNGE em nível mundial, ela não mantém com a mesma relação de controle ou mesmo participação acionária, não tendo acesso aos seus balanços e demonstrações. (GRIFEI)

Não obstante esta recusa, a Fiscalização obteve, diretamente em sites da internet, documentos relativos à BIF que comprovariam o início das operações da BIF em 03/11/2010, poucos dias antes da celebração do contrato de cessão do crédito, que ocorreu em 29/11/2010. A fiscalização descobriu, também, que a BIF foi constituída com um capital de 10.000 euros.

Conforme relata a fiscalização, tanto as informações relativas a 2010 quanto as de 2012, atestam que a BIF mantinha direitos a receber e obrigações a pagar da mesma ordem de grandeza, resultando em juros a receber e em juros a pagar também da mesma ordem de grandeza, levando a resultados irrisórios frente às cifras bilionárias destes direitos e obrigações.

(...)

A partir desses elementos, concluiu que a BIF foi criada especificamente para exercer o papel de novo agente financiador das exportações da BUNGE. Para isso, adquiriu créditos bilionários dos PPE da BUNGE, assumindo em troca uma dívida, também bilionária, com a BFBV, isso tudo com um capital inicial de 10.000 euros.

A fiscalização põe em dúvida o pagamento do Imposto sobre a Renda na Espanha, país não enquadrado como paraíso fiscal, pois como visto acima, a BIF apresenta receitas financeiras da mesma ordem de grandeza das despesas financeiras, o que enseja resultados irrisórios relativamente a estas operações, gerando imposto de renda a pagar diminuto frente às cifras que seriam devidas no Brasil.

Em conclusão, a autoridade fiscal afirma que a BIF serviu, unicamente, de veículo financeiro, transferindo os recursos vindos da

BIC para a BFBV, que por sua vez, os transferiu para a BFL, empresa do Grupo BUNGE que originalmente financiou a BIC na antecipação das exportações da BUNGE. A reestruturação serviu apenas de fachada, para evitar o enquadramento no art. 25 da Lei 12.249/2010, e foi feita de forma a dissimular o fluxo financeiro da dívida do PPE. O enquadramento no limite do art. 25 ensejaria valores elevados de IRPJ e CSLL, bem mais significativos que os apurados pela BIF na Espanha, como demonstrado, na apuração dos tributos devidos.

De fato, com base na apuração dos juros declarados pela autuada (tabela 15 do relatório fiscal, fl. 16673), o total dos juros convertidos em euros (cotação de venda do euro no último dia do mês correspondente) foi 182 milhões de euros (tabela a seguir), valor absolutamente superior aos resultados demonstrados pela BIF, fls. 16666 e seguintes, o que corrobora as acusações da autoridade fiscal.

(...)

7.4.1 Documentos em língua estrangeira

A autoridade fiscal intimou a fiscalizada a disponibilizar os Balanços Patrimoniais e as Demonstrações de Resultado do Exercício dos anos 2010, 2011 e 2012 relativos à BIF, conforme TIF nº 24, fls. 10038/10042. Em sua resposta, a fiscalizada deixou de apresentar estes documentos, alegando que, apesar desta empresa pertencer ao conglomerado BUNGE em nível mundial, ela não mantém com a mesma relação de controle ou mesmo participação acionária, não tendo acesso aos seus balanços e demonstrações. (grifei)

Apesar disso, apresentou relatório da BUNGE Ibérica (GRUPO) com quantitativo de trabalhadores ativos, atas de reunião do Conselho Gestor de Administração da BIF, contratos de empréstimo entre a BIF e empresas ucranianas, documento com a relação das empresas do grupo participantes do regime de tributação consolidada na Espanha, em vários idiomas (inglês, espanhol e ucraniano), fls. 17062 a 17118.

Estes, por estarem em idioma estrangeiro, não podem ser aceitos como provas, tendo em vista o disposto no artigo 192 do Código de Processo Civil, do artigo 224 do Código Civil e do artigo 18 do Decreto nº 13.609, de 1943 (...).

(...)

De todo modo, os documentos apresentados, ainda que aceitos, buscavam provar apenas a existência da BIF, quando deveriam buscar comprovar que os valores dos PPE transitaram pela BIF.

Se a autuada teve acesso a atas de reunião do Conselho de Administração, contratos de empréstimos, poderia perfeitamente ter acostado aos autos documentos contábeis que comprovassem inequivocamente que a cessão do PPE não foi mera maquiagem ou simulação, apresentando o resultado do fluxo dos recursos do PPE pelas contas da BIF.

A autuada tem razão quando alega que a norma tem um caráter indutor e que a transferência dos créditos de PPE para países sem

tributação favorecida seria compreensível. Entretanto, essa transferência precisa ser real.

Não é razoável que a autuada, diante de um lançamento deste montante, na qual os indícios coletados pela Autoridade Tributária indicavam a artificialidade do negócio jurídico aparente apresentado pela BUNGE Alimentos como justificador da aplicação do limite previsto no Art. 24 (2PL - credora em país com tributação não favorecida) ao invés do limite previsto no Art. 25 (30% - credora em país com tributação favorecida), não conseguisse junto ao Grupo Bunge as provas solicitadas pela fiscalização se estas existissem.

Essa apresentação de provas resolveria inequivocamente o litígio. E está ao alcance da autuada. Não se concebe que o Grupo Bunge, possuindo os documentos necessários à comprovação, não se interesse em apresentá-los para desmontar as acusações feitas pela fiscalização.

A autoridade fiscal acusa a existência de um processo simulatório na transferência de créditos do PPE de uma empresa sediada em paraíso fiscal para outra, na Espanha e afirma que nesta transferência bilionária dos créditos, até então detidos pela BIC, não houve circulação de recursos financeiros, apenas troca de débitos e créditos, fl. 16695.

Conforme já dito, a autuada apresentou documentos em língua estrangeira como provas. Esses documentos, ainda que estivessem no vernáculo, tangenciavam o cerne da questão, que era a comprovação da efetiva transferência dos créditos para país com tributação não favorecida.

Diante da falta de comprovação pela autuada de que a Cessão dos Créditos do PPE à BIF não foi uma operação apenas aparente, mantenho a aplicação do cálculo do excesso de juros com base no limite previsto no Art. 25.

(...).

Como demonstrado, tanto na fase de Fiscalização quanto na primeira instância de julgamento, o sujeito passivo BUNGE ALIMENTOS S/A - BAL não produziu prova da **efetiva transferência** dos créditos da BIC (Ilhas Cayman, paraíso fiscal) à BIF (Madri, Espanha, país com tributação não favorecida). A recorrente não comprovou que existira circulação efetiva de recursos financeiros da BIC para a BIF.

Ou seja: a autoridade fiscal acusa a existência de um processo simulatório na transferência de créditos do PPE de uma empresa sediada em paraíso fiscal (empresa BIC) para empresa BIF, na Espanha, e afirma que nesta transferência bilionária dos créditos, até então detidos pela BIC, não houve circulação efetiva de recursos financeiros, apenas troca de débitos e créditos, fl. 16695.

E a BUNGE ALIMENTOS S/A - BAL permaneceu inerte, tanto na fase de Fiscalização quanto na primeira instância de julgamento, pois não produziu prova alguma para afastar a imputação do fundamento autônomo - **uso simulado da BIF** - que implicou a subsunção dos fatos narrados pela Fiscalização no Reatório Fiscal ao disposto no art. 25 da Lei 12.249, de 2010.

Como demonstrado, o uso simulado da BIF é fundamento autônomo da rejeição pela Fiscalização e pela decisão *a quo* da reestruturação da dívida PPE entabulada pela autuada, que implicou cálculo dos excessos dos juros -subcapitalização - pelo art. 25 da Lei nº 12.249, de 2010.

Assim, nesta instância recursal ordinária de julgamento a matéria **Simulação no Uso da BIF** está preclusa.

O sujeito passivo perdeu a faculdade processual de produzir prova acerca dessa matéria, por inércia na fase processual anterior.

Entretanto, como já dito antes, o sujeito passivo BUNGE ALIMENTOS S/A - BAL, nesta instância recursal:

a) quando da apresentação do recurso voluntário, juntou documentos - elementos de prova aos autos, **em idioma estrangeiro**, no prazo recursal, em **21/10/2016** (e-fls. 17876 e 17989/18055), no intuito de afastar o fundamento autônomo - uso simulado da BIF- utilizado pela Fiscalização e mantido pela decisão recorrida para rejeição da reestruturação da dívida PPE entabulada pela autuada e que, por consequência, determinou o cálculo do excesso de juros -subcapitalização - pelo art. 25 da Lei 12.249, de 2010, justamente pela falta de prova da **efetiva transferência** dos créditos da BIC, situada nas Ilhas Cayman para a BIF, Madri, Espanha;

b) porém, a juntada da tradução pública juramentada desses documentos ocorreu apenas em **03/10/2018** (e-fls. 18265/18322), ou seja, fora do prazo recursal.

Além da juntada de prova extemporânea nesta instância recursal, esta matéria USO SIMULADO DA BIF está preclusa.

Vale dizer: a recorrente perdeu a faculdade processual de produzir prova nesta segunda instância recursal ordinária de julgamento quanto ao fundamento autônomo da rejeição da reestruturação da dívida PPE: **simulação no uso da BIF**. A contribuinte ficou inerte durante a fase de Fiscalização e na primeira instância de julgamento, ou seja, não produziu prova da **efetiva transferência** dos créditos da BIC, situada nas Ilhas Cayman para a BIF, Madri, Espanha. Aplicação do Lei 12.249/2010, art. 25.

Quanto à apresentação das provas (produção de provas) pelo sujeito passivo, o art. 16, §4º, do Decreto nº 70.235, de 1972, estabelece que as provas documentais devem ser apresentadas quando da apresentação da Impugnação, precluindo o direito de apresentá-las em outro momento processual.

A propósito, transcrevo o disposto no art. 16, §4º, do Decreto nº 70.235/72, *in verbis*:

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito.(Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993).

(...)

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:(Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)(Produção de efeito)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;(Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)(Produção de efeito)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente;(Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)(Produção de efeito)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.(Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)(Produção de efeito)
(grifei)

Como visto, o Decreto 70.235/72 estabelece que a impugnação é o momento da apresentação de provas, precluindo o direito de o sujeito passivo fazê-lo em outro momento processual, salvo se: a) ficar demonstrada a impossibilidade de sua apresentação por motivo de força maior; b) referir-se a fato ou a direito superveniente; c) destinar-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos. Sem a comprovação da ocorrência de uma dessas condições, não há que se falar em juntada de novos documentos.

A contribuinte, ante sua inércia total já comprovada (durante a fase de Fiscalização e na primeira instância de julgamento), sequer alegou alguma razão ou justificativa processualmente plausível para a apresentação ou juntada das provas somente agora nesta instância ordinária recursal. Apenas frisou, nas razões de defesa, que está atendendo solicitação da DRJ/BHE, *in verbis*:

(...)

No presente recurso voluntário, com o objetivo de atender integralmente à solicitação da DRJ/BHE e comprovar cabalmente a efetividade da cessão do crédito de PPE, a Recorrente apresenta cópia das demonstrações financeiras da BIF relativas aos anos-calendário de 2010, 2011 e 2012 (docs. 01 a 03).

(...)

Ora, a DRJ, primeira instância de julgamento, já exauriu sua jurisdição, a partir do momento que publicou o acórdão.

Além disso, consta, de forma expressa, na fundamentação do voto condutor do acórdão recorrido, a impossibilidade de juntada de novos documentos após a impugnação, em face da preclusão da faculdade processual (e-fls. 17635), *in verbis*:

(...)

12. Apresentação posterior de provas e intimação.

O protesto pela posterior produção de prova é apenas protocolar. O Decreto 70.235/72 estabelece que a impugnação é o momento da apresentação de provas, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, salvo se: a) ficar demonstrada a impossibilidade de sua apresentação por motivo de força maior; b) referir-se a fato ou a direito superveniente; c) destinar-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos. Sem a comprovação da ocorrência de uma dessas condições, não há que se falar em juntada de novos documentos.

(...)

A recorrente não justificou a juntada, nesta instância recursal, de novas provas nos autos do processo.

Como visto, o fundamento autônomo da rejeição pela Fiscalização da reestruturação da dívida PPE (uso simulado da BIF) foi mantido pela decisão *a quo* por inércia do sujeito passivo em produzir as respectivas provas no sentido de arrostar o fundamento autônomo - utilização SIMULADA DA BIF. A **autuada não comprovou a efetiva transferência dos créditos PPE da BIC para BIF quanto aos anos-calendário 2010, 2011 e 2012.** Aplicação da Lei 12.249/2010, art. 25.

Mas não é só isso.

A real financiadora dos PPE, em suma, persiste sendo a empresa BFL, situada na Ilhas Bermudas, pois o fluxo financeiro inicia e termina na BFL (empresa ligada, situada em Ilhas Bermudas, paraíso fiscal).

Veja.

Restou apontado no TVF que BIF, ao tempo em que adquiriu créditos bilionários dos PPE da BUNGE, assumiu em troca uma dívida, também bilionária, com a BFBV – o que praticamente zerava seus resultados na jurisdição espanhola (p. 147 e ss do TVF). BFBV por sua vez assumiu dívida junto à BFL (Ilhas Bermudas - paraíso fiscal), que por sua vez financiou a BIC. Ou seja, a BIF tinha a única missão de receber os recursos advindos da BIC para quitar as importações realizadas junto à BUNGE, e repassar estes recursos à BFBV, para que esta quitasse sua dívida junto à BFL, sediada nas Ilhas Bermudas, localidade também enquadrada como paraíso fiscal, conforme IN RFB nº 1.037/2010.

No âmbito deste processo legal administrativo foram assegurados o contraditório e a ampla defesa à produção de provas, conforme arts. 15 e 16 do Decreto 70.235/72. Porém, o sujeito passivo Bunge Alimentos S/A - BAL manteve-se inerte na fase de Fiscalização (embora intimada a fazer a produção de provas, não o fez) e também manteve-se inerte na primeira instância instância de julgamento (não fez prova para elidir, afastar, arrostar, o fundamento autônomo da rejeição da indigitada reestruturação da dívida PPE - uso simulado da BIF, Madri-Espanha).

Ocorrência configurada da preclusão da faculdade processual de produzir provas documentais, nesta instância ordinária recursal, para afastar o fundamento autônomo da rejeição da reestruturação da dívida PPE, ou seja, uso simulado da BIF (Decreto 70.235/72, art. 16, § 4º).

Além disso, nesta instância recursal as provas juntadas por ocasião do recurso estão em idioma estrangeiro e a tradução juramentada foi juntada tardiamente, fora do prazo legal do recurso, como demonstrado anteriormente.

Não há que se falar em complemento de provas nesta instância recursal, pois quanto à **Simulação no Uso da BIF**, fundamento autônomo da rejeição da reestruturação da dívida PPE que implicou a imputação da infração Excesso de Juros - Subcapitalização com base no art. 25 da Lei nº 12.249, de 2010, a BUNGE ALIMENTOS S/A - BAL manteve-se inerte durante à fase de fiscalização (embora intimada pelo Fisco a fazer prova para afastar o uso simulado da BIF, porém não o fez) e na primeira instância de julgamento, novamente, a autuada não produziu prova alguma para arrostar este fundamento autônomo da rejeição da reestruturação da dívida PPE entabulada pela autuada - uso simulado da BIF (falta de prova da **efetiva transferência** dos créditos da BIC, situada nas Ilhas Cayman para a BIF, Madri, Espanha). Aplicação do Lei 12.249/2010, art. 25.

As provas documentais juntadas na instância *a quo* foram no sentido de provar a substância econômica da BIF. Mas essa matéria não é fundamento da aplicação do art. 25 da Lei nº 12.249, de 2010. A própria Fiscalização no Relatório Fiscal consignou, nos moldes em que foi entabulada a reestruturação da dívida PPE pela autuada, a existência de dois fundamentos autônomos ou independentes para aplicação do art. 25 da Lei 12.249, de 2010, ou seja:

a) A empresa BIC continua como interveniente (após a reestruturação da dívida PPE);

b) Uso simulado da empresa BIF (falta de comprovação da transferência efetiva dos créditos da BIC para a empresa BIF. Não houve circulação de recursos financeiros, apenas troca de débitos e créditos).

Na fundamentação do voto condutor do acórdão recorrido, também ficou muito claro que os documentos juntados pela autuada na primeira instância não tratam de comprovar a transferência efetiva dos créditos da BIC para a BIF. A autoridade fiscal acusa a existência de um processo simulatório na transferência de créditos do PPE de uma empresa sediada em paraíso fiscal para outra, na Espanha, e afirma que nesta transferência bilionária dos créditos, até então detidos pela BIC, não houve circulação de recursos financeiros, apenas troca de débitos e créditos, fl. 16695. Consta do voto condutor da decisão recorrida, o afastamento do primeiro fundamento para aplicação do art. 25 e manutenção do segundo fundamento, *in verbis*:

(...)

7.4. Aplicação do limite previsto no Art. 25

(...)

Segundo a autoridade fiscal, a BIC manteve a função de importadora das mercadorias que seriam exportadas pela BUNGE para quitar os

PPE. Desta forma, foi a BIC quem realizou os pagamentos para a BIF, tornando-se, assim, interveniente no processo e enquadrando-se no previsto no §2º do art. 25.

Discordando desse entendimento, a impugnante em suas alegações, alerta que há conflito entre as normas, uma vez que a credora tendo sede na Espanha atrai o disposto no art. 24 e a interveniente, nas Ilhas Cayman, atrai o disposto no art. 25, e que a solução foi dada pelo art. 9º da Instrução Normativa 1.154, de 2011, que determinou a prevalência do disposto para a sede da credora.

Tem razão o contribuinte. No caso de concomitância, quando a sede da credora indicar a aplicação de um artigo e a sede da interveniente indicar outro, no silêncio da lei, aplica-se o limite de endividamento previsto para a sede da credora, vide §§ 2º e 3º do art. 9º, da instrução normativa supra.

A outra razão apontada pela fiscalização para não aceitar a alteração da sede da credora dos PPE é a simulação no uso da BIF.

(...)

7.4.1 Documentos em língua estrangeira

*A autoridade fiscal intimou a fiscalizada a disponibilizar os Balanços Patrimoniais e as Demonstrações de Resultado do Exercício dos anos 2010, 2011 e 2012 relativos à BIF, conforme TIF nº 24, fls. 10038/10042. Em sua resposta, a fiscalizada deixou de apresentar estes documentos, alegando que, apesar desta empresa pertencer ao conglomerado BUNGE em nível mundial, **ela não mantém com a mesma relação de controle ou mesmo participação acionária, não tendo acesso aos seus balanços e demonstrações***

Apesar disso, apresentou relatório da BUNGE Ibérica (GRUPO) com quantitativo de trabalhadores ativos, atas de reunião do Conselho Gestor de Administração da BIF, contratos de empréstimo entre a BIF e empresas ucranianas, documento com a relação das empresas do grupo participantes do regime de tributação consolidada na Espanha, em vários idiomas (inglês, espanhol e ucraniano), fls. 17062 a 17118.

Estes, por estarem em idioma estrangeiro, não podem ser aceitos como provas, tendo em vista o disposto no artigo 192 do Código de Processo Civil, do artigo 224 do Código Civil e do artigo 18 do Decreto nº 13.609, de 1943, (...).

De todo modo, os documentos apresentados, ainda que aceitos, buscavam provar apenas a existência da BIF, quando deveriam buscar comprovar que os valores dos PPE transitaram pela BIF.

(...)

Portanto, quanto ao fundamento autônomo de aplicação do art. 25 da Lei 12.249, de 2010 - afastamento da reestruturação da dívida PPE por simulação do uso da BIF (falta de comprovação pela autuada da transferência efetiva dos créditos da BIC para BIF, ou seja, na transferência bilionária dos créditos, até então detidos pela BIC, não houve produção de prova da circulação de recursos financeiros para a BIF, apenas troca de débitos e créditos), a

decisão *a quo* manteve a simulação do uso da BIF, pois a autuada ficou inerte durante a fase de fiscalização e na primeira instância de julgamento. Matéria preclusa, perda da faculdade processual de produzir prova na instância recursal.

Nas contrarrazões ao recurso voluntário, a PFN suscitou a preclusão da faculdade processual de produzir prova na instância recursal ordinária quanto à matéria uso simulado da BIF (e-fl. 18073/18139), *in verbis*:

(...)

O art. 16, §4º, do Decreto n. 70.235/72 proíbe expressamente a juntada extemporânea de provas, excepcionando situações que justificariam a sua apresentação a destempo.

Tem-se, assim, que o art. 16, §4º, do Decreto n. 70.235/72 é corolário do “princípio da finalidade” do processo. Com efeito, a finalidade do processo é a solução do conflito. As regras do art. 16 do Decreto n. 70.235/72 objetivam impedir a eternização indesejada do litígio, sem vedar a possibilidade de apresentação de provas em caso de força maior;

(...)

Assim, as provas juntadas a destempo, sem qualquer justificativa, não podem ser admitidas por essa e. Corte, pois tal proceder comprometeria as já mencionadas economia e celeridade processuais, afrontaria a própria finalidade processual, eis que obstaria a própria solução do litígio, e ainda importaria supressão de instância, pois a autoridade julgadora de piso não pôde apreciar as provas.

(...)

A contribuinte, nos presentes autos, não comprovou existência de motivo de força maior, apenas informou nos autos a juntada para atendimento de solicitação da DRJ/BHE, *in verbis*:

(...)

No presente recurso voluntário, com o objetivo de atender integralmente à solicitação da DRJ/BHE e comprovar cabalmente a efetividade da cessão do crédito de PPE, a Recorrente apresenta cópia das demonstrações financeiras da BIF relativas aos anos-calendário de 2010, 2011 e 2012 (docs. 01 a 03).

(...)

Como já dito, além de tudo, os documentos juntados nesta instância recursal não passaram pela análise da Fiscalização e da instância *quo*, caso fossem aceitos implicariam inovação no processo.

Ou seja, admitir esses documentos como provas para análise seria inovação no processo, o que é vedado.

Neste sentido, precedente da CSRF, que transcrevo, que não admite juntada de provas nos autos do processo que implicam inovação, *in verbis*:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário:2003 PROVAS. RECURSO VOLUNTÁRIO. APRESENTAÇÃO. POSSIBILIDADE. SEM INOVAÇÃO E DENTRO DO PRAZO LEGAL.

Da interpretação sistêmica da legislação relativa ao contencioso administrativo tributário, art. 5º, inciso LV da Lei Maior, art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999, que regula o processo administrativo federal, e arts. 15 e 16 do PAF, evidencia-se que não há óbice para apresentação de provas em sede de recurso voluntário, desde que sejam documentos probatórios que estejam no contexto da discussão de matéria em litígio, sem trazer inovação, e dentro do prazo temporal de trinta dias a contar da data da ciência da decisão recorrida. (Acórdão nº 9101-003.926 1ª Turma, sessão 04/12/2018, Relator André Mendes de Moura).

Caracterizada, por conseguinte, a preclusão da matéria - uso simulado da BIF (falta de comprovação pela atuada da transferência efetiva dos créditos da BIC para BIF, ou seja, na transferência bilionária dos créditos, até então detidos pela BIC, não houve produção de prova da circulação de recursos financeiros para a BIF, apenas troca de débitos e créditos), perda da faculdade processual de produção de provas na instância recursal, por inércia da atuada na fase anterior do processo.

Ainda, as provas documentais, que foram juntadas aos autos nesta instância recursal estão em idioma estrangeiro (Espanhol), ou seja, em dissonância com o ordenamento jurídico pátrio, afronta ao disposto no artigo 192 do Código de Processo Civil, do artigo 224 do Código Civil e do artigo 18 do Decreto nº 13.609, de 1943.

Ademais, a tradução pública juramentada desses documentos foi juntada aos autos apenas em **03/10/2018** (e-fls. 18265/18322), ou seja, fora do prazo recursal.

Por fim, consta das contrarrazões da PFN ao recurso voluntário argumento subsidiário que caso fosse aceita a juntada de provas extemporânea aos autos, que então os autos do processo deveriam ser baixados à unidade de origem para que a Fiscalização, primeiramente, pudesse se manifestar acerca dessas provas documentais (provas documentais que o sujeito passivo juntou aos autos no sentido de afastar o fundamento autônomo da rejeição, pela Fiscalização e pela decisão recorrida, da reestruturação da dívida PPE entabulada pela atuada, qual seja: uso simulado da BIF). Aplicação da Lei 12.249/2010, art. 25, pela falta de comprovação pela atuada da transferência efetiva dos créditos da BIC para BIF, ou seja, na transferência bilionária dos créditos, até então detidos pela BIC, não houve produção de prova da circulação de recursos financeiros para a BIF, apenas troca de débitos e créditos (uso simulado da BIF).

Entendo prejudicado, no caso, o argumento subsidiário da PFN, pois:

a) restou caracterizada a preclusão da faculdade processual de juntada de provas novas nos autos, quando da apresentação do recurso voluntário;

b) as provas foram apresentadas extemporaneamente e, caso fossem aceitas, implicariam supressão de instância, pois não houve manifestação da Fiscalização e da instância *a quo*;

Processo nº 13971.723958/2015-21
Resolução nº **1301-000.660**

S1-C3T1
Fl. 18.408

c) ainda, caso fosse fossem aceitas, por serem provas novas, implicariam inovação no processo, o que é vedado.

Assim, no caso deve-se rejeitar a juntada de provas nos autos do processo nesta instância recursal e, por conseguinte, fica prejudicado o argumento subsidiário da PFN de conversão do julgamento em diligência.

Por tudo que foi exposto, no caso voto pela rejeição das provas juntadas aos autos pela BUNGE ALIMENTOS S/A -BAL, nesta instância recursal.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Nelso Kichel

Voto Vencedor

Conselheiro Roberto Silva Junior - Redator Designado.

Não obstante o laborioso voto do ilustre Conselheiro Relator, penso que, antes do julgamento, uma diligência se faz necessária, tendo em vista os elementos de prova trazidos pela recorrente no que concerne à glosa de despesas de juros por afronta às regras de subcapitalização.

De início, mister se faz lembrar que o lançamento, tal como descrito no relatório, consistiu na glosa de amortização de ágio; e na glosa de excesso de despesas com juros em face das regras de subcapitalização, introduzidas pela Lei nº 12.249/2010, conversão da Medida Provisória nº 472/2009.

Três são os questionamentos apresentados no recursos contra a glosa de excesso de juros:

1º) o início da vigência das normas de subcapitalização;

2º) a aplicação da média mensal ponderada para apurar os valores de endividamento e do patrimônio líquido; e

3º) a definição do limite aplicável ao endividamento, tendo em vista a substituição do credor das dívidas de PPE, que era originalmente uma empresa do grupo Bunge (BIC) domiciliada em paraíso fiscal, e passou a ser outra empresa do mesmo grupo (BIF), porém domiciliada na Espanha.

A Fiscalização cuidou tratar-se de ato jurídico simulado a substituição do credor do PPE. A simulação teria por propósito assegurar um limite maior de dedução de juros, conforme as novas regras de subcapitalização introduzidas pela Lei nº 12.249/2010. O entendimento da autoridade fiscal foi corroborado pela DRJ-Belo Horizonte, para quem a BIF era uma sociedade interposta com o fim de dissimular o fluxo financeiro do PPE.

Para ilidir a afirmação, constante do acórdão recorrido, de que a BIF fora utilizada com o escopo de dissimular o fluxo financeiro da dívida do PPE, a recorrente trouxe, depois do recurso voluntário, cópias das demonstrações financeiras da BIF, e protestou pela juntada dos contratos de câmbio que comprovariam a remessa dos juros àquela empresa. Aduziu a recorrente que, após a reestruturação da dívida, e como efeito dessa reestruturação, destacam-se dois vínculos jurídicos. Um deles com a BIC, na condição de importador direto das mercadorias; o outro com a BIF, na qualidade de credora, que a empresa espanhola passou a ostentar mercê da cessão do direito de crédito relativo ao financiamento das exportações (PPE).

A recorrente afirmou que existe documento oficial comprovando o pagamento dos juros da dívida à BIF, empresa estabelecida na Espanha. Confira-se:

Como se pode observar, há um documento oficial, emitido pelo Banco Central do Brasil, comprovando que a Recorrente liquidou a operação de PPE com a BIF. Esse documento demonstra que a operação não ocorreu apenas no papel, pois todos os direitos e obrigações relativos ao PPE foram transferidos para a BIF.

Considerando que a Recorrente depende de outras entidades para a obtenção de tais documentos, a Recorrente protesta pela posterior juntada dos contratos de câmbio que comprovam que os valores relativos aos juros foram efetivamente remetidos para a BIF. (g.n.) (fl. 17.947)

Ademais, na petição de fls. 18.321 e 18.322, a recorrente reiterou a impossibilidade de obter, antes do recurso, os documentos que então apresentava. Eis a referida petição:

BUNGE ALIMENTOS S.A., devidamente qualificada nos autos, vem, respeitosamente, à presença de V. Sa., com fulcro no parágrafo 4º, alíneas "a" e "c", do art. 16 do Decreto n. 70235, de 6.3.1972, requerer a juntada da tradução juramentada de documentos apresentados em seu recurso voluntário em língua espanhola e inglesa.

Vale esclarecer que a ora requerente não conseguiu, a tempo da apresentação do recurso voluntário, providenciar a tradução juramentada desses documentos, razão pela qual os apresenta no presente momento, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do parágrafo 4º do art. 16 do Decreto n. 70235.

Assim, para atender integralmente à solicitação da DRJ em Belo Horizonte e comprovar cabalmente a efetividade da cessão do crédito de PPE, os documentos traduzidos no presente momento, inicialmente, são cópias das Demonstrações Financeiras da BIF relativas aos anos-calendário:

•doc. 01 - Demonstrações Financeiras - BIF - ano-calendário 2010 [fls. 17989 a 18014 dos autos);

•doc. 02 - Demonstrações Financeiras - BIF - ano-calendário 2011 [fls. 18015 a 18026 dos autos);

•doc. 03 - Demonstrações Financeiras - BIF - ano-calendário 2012 [fls. 18052 a 18051 dos autos)

Além disso, também é juntada a tradução juramentada da Declaração assinada pelos Diretores da BIF ao CARF (fl. 18052 dos autos), confirmando que as informações apresentadas são fiéis ao que consta de sua escrituração contábil [doc. 04).

Frise-se que a apresentação desses documentos em segunda instância não pode ser considerada preclusa, porquanto a questão a que eles se reportam foi trazida pelo acórdão recorrido como um dos fundamentos da decisão. Para constatá-lo, basta verificar o trecho abaixo, extraído do voto condutor da decisão DRJ:

De todo modo, os documentos apresentados, ainda que aceitos, buscavam provar apenas a existência da BIF, quando deveriam buscar comprovar que os valores dos PPE transitaram pela BIF. (g.n.) (fl. 17.623)

Para situações como essa, o Decreto nº 70.235/1972 autoriza a juntada de provas posteriormente.

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

§4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

- a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;*
- b) refira-se a fato ou a direito superveniente;*
- c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.*

No mesmo sentido, decidiu a 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais-CSRF no Acórdão nº 9101-002.781, cuja ementa foi assim redigida:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2004

RECURSO VOLUNTÁRIO. JUNTADA DE DOCUMENTOS. POSSIBILIDADE. DECRETO 70.235/1972, ART. 16, §4º. LEI 9.784/1999, ART. 38.

E possível a juntada de documentos posteriormente à apresentação de impugnação administrativa, em observância ao princípio da formalidade moderada e ao artigo 38, da Lei nº 9.784/1999.

Por essas razões, voto por converter o julgamento em diligência, para que a autoridade fiscal intime a recorrente, **Bunge Alimentos S.A.**, a apresentar documento que ela afirma possuir e que comprovaria a remessa de moeda estrangeira para pagamento à BIF de juros relativos às dívidas de PPE.

A Fiscalização deve também examinar as demonstrações financeiras (já traduzidas para a língua portuguesa), a que se refere a petição de fls. fls. 18.321 e 18.322. Pode ainda solicitar outros documentos que, a seu juízo, sejam relevantes para o deslinde da questão controversa.

Concluída a diligência, a autoridade fiscal deverá elaborar relatório conclusivo, do qual a recorrente será intimada para ter vista e se manifestar, no prazo de trinta dias, conforme o parágrafo único do art. 35 do Decreto nº 7.574/2011.

À Procuradoria da Fazenda Nacional - PFN deverá ser dado o mesmo direito de manifestação.

Decorrido o prazo regulamentar, com ou sem a manifestação da recorrente ou da PFN, os autos devem ser encaminhados a esta Turma para prosseguir o julgamento.

(assinado digitalmente)
Roberto Silva Junior