



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13971.723958/2015-21
Recurso De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1401-006.291 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de novembro de 2022
Recorrentes FAZENDA NACIONAL E BUNGE ALIMENTOS S/A

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

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

A responsabilidade tributária dos administradores prevista no art. 135, do CTN depende da confirmação dos seus poderes de gestão e da individualização dos atos praticados com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto.

DECADÊNCIA. ÁGIO

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.

ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO.

Verificada a artificialidade e ausência de propósito negocial da empresa veículo, deve ser glosado o ágio amortizado.

ÁGIO INTERNO.

Por absoluta ausência de restrição legal, a proibição de dedução de ágio interno só passou a existir a partir do início do advento da Lei nº 12.973/14, devendo ser afastadas as glosas relativas a fatos geradores anteriores à entrada em vigor da referida lei.

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

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício (Súmula CARF n.º 108).

CONCOMITÂNCIA DE MULTA ISOLADA COM MULTA DE OFÍCIO. DUPLA PENALIZAÇÃO.

A *ratio decidendi* da Súmula CARF n.º 105 permanece aplicável mesmo após as alterações promovidas pela MP n.º 351/2007 (convertida na Lei n.º 11.488/2007). A exigência concomitante de multa isolada e multa de ofício representa a dupla penalização do contribuinte, tendo em vista que ambas as penalidades estão relacionadas ao descumprimento da obrigação principal.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, (i) conhecer do recurso de ofício e, no mérito, negar-lhe provimento; (ii) conhecer do recurso voluntário do responsável Pedro Parente e, no mérito, dar-lhe provimento para afastar integralmente a responsabilidade tributária que lhe foi atribuída; (iii) conhecer do recurso voluntário da Contribuinte para rejeitar as preliminares de nulidade e decadência e, no mérito, (a) por maioria de votos, dar-lhe parcial provimento para (i) exonerar o crédito tributário relativo à infração de excesso de juros; vencidos os Conselheiros Carlos André Soares Nogueira, Itamar Artur Magalhães Alves Ruga e Luiz Augusto de Souza Gonçalves, que mantinham o lançamento da respectiva infração e (ii) manter a exigência relativa à glosa de ágio; vencidos os Conselheiros Daniel Ribeiro Silva, André Severo Chaves e Lucas Issa Halah que davam provimento ao recurso no ponto; votaram pelas conclusões os Conselheiros Claudio de Andrade Camerano, Carlos André Soares Nogueira, Itamar Artur Magalhães Alves Ruga e Luiz Augusto de Souza Gonçalves; manifestou intenção de apresentar declaração de voto o Conselheiro Claudio de Andrade Camerano; (b) por empate na votação e de acordo com o disposto no artigo 19-E da Lei 10.522/2002, incluído pela Lei 13.988/2020, afastar a multa isolada; vencidos os Conselheiros Claudio de Andrade Camerano, Carlos André Soares Nogueira, Itamar Artur Magalhães Alves Ruga e Luiz Augusto de Souza Gonçalves; (c) por unanimidade de votos, afastar a multa qualificada sobre as infrações relativas à subcapitalização; (d) por unanimidade de votos, manter os juros de mora sobre as multas de ofício.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

André Luis Ulrich Pinto - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Claudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Carlos Andre Soares Nogueira, Andre Severo Chaves, Itamar Artur Magalhaes Alves Ruga, Andre Luis Ulrich Pinto, Lucas Issa Halah, Luiz Augusto de Souza Goncalves (Presidente).

Relatório

Por retratar bem os fatos que permeiam o presente processo, reproduzo o relatório elaborado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte ao proferir o acórdão de n.º 02-69.584 – 2ª Turma da DRJ/BHE a quo para, a seguir, complementá-lo com a descrição dos atos processuais.

Em 01/12/2015, autos de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ (fls. 16475/16497) no valor total de R\$ 258.547.277,83 e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL no valor total de R\$ 93.077.020,02 (fls. 16498/16518), foram lavrados contra o sujeito passivo, Bunge Alimentos S/A, em função da amortização indedutível do lucro líquido em virtude de apropriação de despesas de amortização de ágio e adições não computadas na apuração do Lucro Real - Subcapitalização conforme descrição no Relatório Fiscal (fls. 16519/16710). Houve exigência da Multa de Ofício no percentual de 150%.

Foram responsabilizados o Diretor-Presidente, Sr. Pedro Pullen Parente, e o Diretor da Área Contábil/Fiscal, Sr. Vitor José Fabiano.

IRPJ

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO em R\$		
IMPOSTO	Cod. Receita Darf 2917	Valor 258.547.277,83
JUROS DE MORA (Calculados até 12/2015)		Valor 92.288.259,67
MULTA PROPORCIONAL (Passível de Redução)		Valor 387.820.916,75
MULTA EXIGIDA ISOLADAMENTE (Passível de Redução)	Cod. Receita Darf 1632	Valor 95.140.188,18
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO		Valor 833.796.642,43
Valor por Extensão OITOCENTOS E TRINTA E TRÊS MILHÕES, SETECENTOS E NOVENTA E SEIS MIL, SEISCENTOS E QUARENTA E DOIS REAIS E QUARENTA E TRÊS CENTAVOS		

CSLL

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO em R\$		
CONTRIBUIÇÃO	Cod. Receita Darf 2973	Valor 93.077.020,02
JUROS DE MORA (Calculados até 12/2015)		Valor 33.223.773,49
MULTA PROPORCIONAL (Passível de Redução)		Valor 139.615.530,04
MULTA EXIGIDA ISOLADAMENTE (Passível de Redução)	Cod. Receita Darf 1649	Valor 23.902.782,95
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO		Valor 289.819.106,50
Valor por Extensão DUZENTOS E OITENTA E NOVE MILHÕES, OITOCENTOS E DEZENOVE MIL, CENTO E SEIS REAIS E CINQUENTA CENTAVOS		

Para facilitar a compreensão, o relatório será dividido em itens Responsabilidade tributária; Ágio gerado na BPAR (Bunge Participações Ltda); Ágio – Bunge II de Participações

S/A e Excesso de juros – subcapitalização, cada item dividido em Relatório Fiscal e Impugnação.

Ao final, brevíssima citação sobre as demais questões: ágio gerado na BIL (Bunge Investimentos Ltda); qualificação da multa; multas isoladas por falta de pagamento de estimativa; apresentação posterior de provas; pedido de intimação para os advogados e pedido para não incidir juros de mora sobre as multas.

As empresas participantes das operações fiscalizadas estão a seguir relacionadas:

Bunge Alimentos S/A (Bunge): empresa aqui fiscalizada, que amortizou os ágios originados nas operações;

Bunge Ltd - empresa de capital aberto, constituída em Bahamas, com ações negociadas na New York Stock Exchange – NYSE. Era controladora do Grupo Bunge a nível mundial;

Bunge Cooperatief U.A.: subsidiária da Bunge Ltd, doravante denominada simplesmente Bcoop, é companhia existente de acordo com as leis da Holanda, tendo como procuradora no Brasil Hildegard Gutz Horta;

Bunge Brasil Holdings BV: doravante denominada simplesmente BBrasilBV, sediada na Holanda, era controladora da Bunge Brasil S/A, a qual controlava as empresas pertencentes ao Grupo Bunge no Brasil;

Bunge Brasil S/A (antiga Serrana S/A) – CNPJ 61.074.092/0001-49: doravante denominada simplesmente BBrasil, era empresa sediada na Capital do Estado de São Paulo, a Av. Maria Coelho Aguiar, 215, Bloco D, 5o andar, e teve seu patrimônio avaliado a valores de mercado por sua rentabilidade futura;

Bunge Fertilizantes S/A - CNPJ 61.082.822/0001-53: doravante denominada simplesmente Fertilizante ou Fertil, era empresa sediada no Município de São Paulo;

Bunge Bic Holdings BV: doravante denominada simplesmente BicBV, é companhia existente de acordo com as leis da Holanda, tendo como procuradora no Brasil Hildegard Gutz Horta;

Bunge Investimentos e Consultoria Ltda - CNPJ 67.866.863/0001-17: foi incorporada pela BBrasil em 31/10/2005. Doravante denominada simplesmente Bic, era empresa sediada na Capital do Estado de São Paulo, a Av. Maria Coelho Aguiar, 215, Bloco D, 5o andar, mesmo endereço da BBrasil, e tinha Hildegard Gutz Horta como Diretora;

Bunge Participações LTDA - CNPJ 06.282.557/0001-49: doravante denominada simplesmente Bpar, era empresa sediada na Capital do Estado de São Paulo, a Av. Maria Coelho Aguiar, 215, Bloco D, 5o andar, e tinha Hildegard Gutz Horta como Diretora. Criada em 14/05/2004, com capital social de R\$ 10.000,00, foi a ofertante das ações da BBrasil, no processo de Oferta Pública de Aquisição de Ações (OPA), em setembro de 2004, pagando mais de 800 milhões de reais pelas ações dos minoritários. Em 31/10/2005 foi incorporada pela BBrasil;

Bunge Alimentos e Participações LTDA - CNPJ 07.712.535/0001-34: doravante denominada simplesmente Balimpar ou Bap, era empresa sediada na Capital do Estado de São Paulo, a Av. Maria Coelho Aguiar, 215, Bloco D, 5o andar, mesmo endereço da BBrasil. Foi criada formalmente em 21/11/2005, conforme informações constantes de sua DIPJ, bem como

do Sistema CNPJ da RFB, tendo recebido patrimônio bilionário da Fertilizante em 31/10/2005 (R\$ 1.981.393.104,10), em processo de cisão parcial desta empresa. Era controlada direta da BBrasilBV;

Bunge Investimentos Ltda - CNPJ 07.052.334/0001-58: criada em 30/09/2004 e incorporada em 31/10/2005 pela Bic. Doravante denominada simplesmente Bil, era empresa sediada na Capital do Estado de São Paulo, no mesmo endereço da BBrasil, e tinha Hildegard Gutz Horta como Diretora;

Serrana S/A - CNPJ 61.074.092/0001-49: doravante denominada simplesmente Serrana, sediada em São Paulo, passou a denominar-se Bunge Brasil S/A (ou BBrasil) em dezembro de 2001;

Bunge II de Participações S/A - CNPJ 05.148.494/0001-70: doravante denominada simplesmente Bunge II, sediada em Gaspar/SC, foi criada em 19/06/2002, com capital social de R\$10.000,00. Possuía o mesmo endereço, telefone e fax da Bunge. Era subsidiária integral da Serrana (BBrasil).

Bunge International Commerce: antiga Ceval International LTD (denominação mantida até 01/03/2010), é empresa sediada nas Ilhas Cayman. Em 30/11/2012, incorporou a Santista Export LTD, também sediada nas Ilhas Cayman, passando a Bunge, a partir desta data, a ser sua controladora direta. Antes, porém, a Bunge era sua controladora indireta através da Santista Export LTD. Doravante, neste Relatório, será referida como BIC67;

Bunge Ibérica Finance SL: sediada em Madri, Espanha, é empresa pertencente ao Grupo Bunge, e será referida neste Relatório como BIF;

Bunge Finance Limited: sediada nas Ilhas Bermudas, é empresa pertencente ao Grupo BUNGE, e será referida neste Relatório como BFL;

Bunge Finance BV: sediada na Holanda, é empresa pertencente ao Grupo Bunge, e será referida neste Relatório como BFBV;

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 do lançamento e do termo de responsabilidade.

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 noticia 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 12973, 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 negocial 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

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. 5a, § 3o da IN RFB 1.154/2011.

A segunda pela simulação no uso da Bif.

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 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; Documento assinado digitalmente conforme MP n.º 2.200-2 de 24/08/2001 - 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.

fiscaliza:

• **A simulação no uso da BIF**

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

(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 írrita 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 licitação 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 Europeia, 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.

Demais questões

Além do já relatado, houve autuação relativa Voto relativo ao item 3.1.2. do Relatório Fiscal, fl. 16561 – Ágio gerado na BIL (Bunge Investimentos Ltda). Nesse caso a autuada impugnou alegando ter parcelado os valores, desistindo de discutir a legalidade da amortização do ágio.

Também houve qualificação da multa e o lançamento de multas isoladas por falta de pagamento de estimativa.

Para esses temas, a acusação fiscal e as alegações da defesa serão descritas no corpo do voto.

Também no voto serão tratados os pedidos de apresentação posterior de provas, o pedido de intimação para os advogados e o pedido para não incidir juros de mora sobre as multas.

Decisão DRJ

Na sessão de 23/08/2016, a 2ª Turma da DRJ/Belo Horizonte manteve, em parte, a exigência fiscal, conforme Acórdão (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.

Considerase

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 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.

De modo a comparar o voto proferido pela – 2ª Turma da DRJ/BHE e, posteriormente, pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, peço vênha para reproduzir o voto da C. Turma Julgadora que culminou, por maioria de votos, converter o julgamento em diligência.

(...)

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 decisum:

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

b) o responsável solidário PEDRO PULLEN PARENTE em 07/10/2016, por via postal AR (fls. 17850/17851 e 17874) e apresentou Recurso Voluntário em 21/10/2016 (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 (fls. 17989/18055) e tradução pública juramentada (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 (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 atuada 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).

(...)

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 (efls. 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:

Em ocasião anterior, este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais proferiu a resolução nº 1301-000.660, por meio da qual o julgamento foi convertido em diligência, nos seguintes termos:

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. 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.

Em atenção à resolução descrita acima, a Autoridade Fiscal, em relatório de diligência fiscal, concluiu em síntese que:

Tendo por base as constatações relatadas no item 2 acima, podemos concluir o que se segue:

a) Os *swifts* apresentados em resposta ao TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL N.º 01, e que comprovariam as remessas de **juros** da BAL para BIF, efetivamente dão conta de que houve as remessas para a BIF. No entanto, cabem as seguintes ressalvas:

- Os *swifts* relativos ao BRADESCO não foram disponibilizados;
- A DILIGENCIADA disponibilizou planilhas com a relação de todas as remessas efetuadas de 2010 a 2012, de forma a contemplar as remessas realizadas pelo BRADESCO;
- As contabilidades da BIC e da BIF, apresentadas em telas de sistemas e planilhas eletrônicas, não se revestem das formalidades exigidas pelas normas legais brasileiras, não podendo ser utilizadas como provas das transações financeiras ocorridas entre estas empresas;
- Não obstante a disponibilização dos *swifts* com as remessas de algumas parcelas dos juros atinentes ao PPE, estas remessas não foram o principal fundamento da autuação, uma vez que, como já salientado anteriormente, estes pagamentos se faziam necessários, independentemente da situação fática da BIF;

b) As Demonstrações Financeiras da BIF, relativas a 2010, 2011 e 2012, ratificam a falta de substância da BIF, considerando as seguintes constatações:

- A BIF não dispunha de pessoal para o desempenho de suas funções, não havendo dispêndios com salários nos 3 anos analisados;
- A BIF não dispunha de estrutura física para o desempenho de suas funções, não havendo registro de um imóvel sequer nas referidas demonstrações;
- Os resultados irrisórios auferidos pela BIF não afetaram de forma significativa o valor do IR pago na Espanha, dentro da sistemática do regime consolidado;
- As cópias das atas de reuniões apresentadas são datadas de 2013 em diante, não tendo sido apresentadas cópias das reuniões eventualmente ocorridas de 2010 a 2012;

c) As argumentações da RECORRENTE na tentativa de demonstrar a existência efetiva da BIF não procedem:

- Os contratos firmados com as empresas ucranianas consistiam em contratos de abertura de créditos, sendo que a BIF não dispunha de sobras de caixa para os volumes colocados à disposição das empresas;
- As empresas ucranianas eram subsidiárias da Bunge Limited, holding do Grupo BUNGE, e certamente esta empresa, ou outra do grupo, com sobras de caixa, é quem efetivamente disponibilizaria os recursos prometidos às subsidiárias ucranianas, e a BIF seria mais uma vez, como no caso dos PPE, uma mera intermediária financeira;

Intimados quanto ao teor do relatório de diligência fiscal, a Recorrente Bunge e a Fazenda Nacional apresentaram manifestações.

A Recorrente, em manifestação, afirmou que:

- (i) Está comprovado e expressamente reconhecida a efetividade da remessa dos juros e do ingresso dos recursos no patrimônio da BIF; e
- (ii) São descabidas as ilações quanto à falta de substância da BIF.

Por sua vez, a Fazenda Nacional se manifestou alegando:

- (i) Preclusão da matéria relacionada ao uso simulado da BIF;
- (ii) Não há qualquer comprovação de que o uso da BIF não se deu de forma simulada;

Ao retornarem os autos para este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, o presente processo administrativo foi distribuído para o ex-Conselheiro Nelso Kichel, então integrante desta 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento, relator do processo e vencido na sessão que converteu o julgamento em diligência.

A referida distribuição foi questionada pela Recorrente, que defendeu que a norma do art. 49, §5º, do RICARF exigia a distribuição do processo administrativo para o Conselheiro Roberto Silva Junior, redator do voto vencedor da resolução 1301-000.660.

O requerimento da Recorrente foi indeferido pela então Presidente desta 1ª Seção de Julgamento, que entendeu não haver qualquer reparo a ser adotado.

É o relatório.

Voto

Conselheiro André Luis Ulrich Pinto, Relator.

Conforme descrito acima, trata-se de recurso de ofício e recursos voluntários interpostos pela contribuinte Bunge e pelo responsável Sr. Pedro Parente, contra o acórdão nº 02-69.584 – 2ª Turma da DRJ/BHE.

Para compreensão da matéria em discussão, faz-se necessário repetir que o presente processo administrativo tem origem em auto de infração lavrado para constituição do crédito tributário de IRPJ e CSLL diante de: (i) amortização de ágio gerado relativo a duas operações; e (ii) excesso de juros (subcapitalização).

Dessa forma, além da exigência de IRPJ e CSLL, foram aplicadas multas isoladas e multas de ofício, com atribuição de responsabilidade tributária aos Srs. Pedro Pullen Parente e Vitor José Fabiano.

Na ocasião do julgamento das impugnações, foi proferida o acórdão n.º 02-69-584-2ª Turma da DRJ/BHE referido acima, no qual a c. Turma Julgadora *a quo* entendeu por bem:

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.

Dessa forma, deve-se examinar, em sede de recurso de ofício (i) a responsabilidade tributária afastada pelo v. acórdão *a quo*; (ii) a qualificação da multa de ofício aplicada em relação às infrações de ágio; (iii) a exigibilidade da multa isolada de IRPJ e CSLL relativa ao ano-calendário de 2010; e (iv) a aplicação da norma de subcapitalização no tempo, diante da exoneração do crédito tributário de IRPJ pertinente a todo o ano-calendário de 2010 e de CSLL pertinente aos meses de janeiro e fevereiro de 2010.

Relativamente ao recurso voluntário interposto pela contribuinte Bunge, deve-se analisar as alegações quanto:

- (i) inexigibilidade de IRPJ e CSLL relativo às infrações de ágio
 - a. decadência do direito de constituição do crédito tributário relativo à infração de ágio;
 - b. relativamente ao ágio gerado na BPAR
 - i. alega que o entendimento sobre a precariedade do laudo de avaliação foi superado pela DRJ, devendo ser mantido o entendimento veiculado pelo acórdão *a quo*, uma vez que a lei

- não impede que o ágio esteja apenas fundamentado em rentabilidade futura
- ii. alega inexistir a alegada irregularidade da utilização de empresa veículo na operação
- c. relativamente ao ágio gerado na BIL
- i. matéria não controvertida.
 - a) alega a recorrente ter desistido da sua discussão, incluindo os débitos de IRPJ e CSLL em programa de parcelamento.
 - b) limita-se a requerer o reconhecimento de que os valores quitados no âmbito do parcelamento sejam abatidos da presente ação fiscal
- d. relativamente ao ágio BUNGE II
- i. alega inexistir a irregularidade de ágio interno
 - ii. alega inexistir a irregularidade da utilização de empresa veículo na operação
 - iii. alega serem dedutíveis as operações de ágio da base de cálculo da CSLL, diante da ausência de norma específica que trate da indedutibilidade
- (ii) inexigibilidade de IRPJ e CSLL relativo à infração subcapitalização;
- a. relativamente ao início da vigência da norma de subcapitalização
 - i. alega que deve ser mantida a decisão *a quo*, aplicando-se o princípio da anterioridade de exercício para o IRPJ e a anterioridade especial para a CSLL
 - b. relativamente à apuração pela média mensal ponderada
 - i. alega que as normas previstas nos parágrafos 4º dos arts. 24 e 25 da Lei nº 12.249 careciam de eficácia técnica até a edição da IN RFB nº 1.154/11
 - ii. alega que a fiscalização se equivocou ao aplicar a média ponderada mensal para o cálculo do valor do patrimônio líquido, contrariando o que estabelecem os parágrafos 1º e 2º do art. 7º da IN RFB nº 1154/2011
 - c. relativamente à aplicação do limite previsto no art. 25 da Lei nº 12.249/2010
 - i. o entendimento de que a BIC atuou como interveniente deve ser afastado na forma do art. 7º, §1º, da IN nº 1.154/11;
 - ii. inexistência de simulação no uso da BIF
- (iii) qualificação da multa de ofício;

- (iv) concomitância da multa de ofício e multa isolada; incidência de juros de mora sobre multa de ofício;
- (v) compensação dos prejuízos fiscais e base negativa da CSLL.

Relativamente ao recurso voluntário interposto pelo responsável solidário Pedro Pullen Parente caberá a análise do seu vínculo de responsabilidade relativo à infração de subcapitalização.

Dessa forma, verifica-se que a lide delimita-se aos seguintes aspectos: (i) infrações relativas à ágio; (ii) infrações relativas à subcapitalização; (iii) multa qualificada; (iv) concomitância entre multa de ofício e multa isolada; (v) juros de mora sobre multa de ofício; e (vi) responsabilidade tributária.

Como são múltiplos os temas em discussão, passa-se a analisar, isoladamente, cada uma das matérias que compõem a lide.

(i) Decadência - Ágio

Alega a Recorrente que está extinto o direito da Fazenda Nacional constituir crédito tributário decorrente das operações de ágio aqui examinadas, uma vez que essas tiveram origem em operações ocorridas nos anos de 2001 e 2002, tendo sido levadas a conhecimento do Fisco há muito mais do que o prazo decadencial, uma vez que as amortizações tiveram início muitos anos antes dos anos-calendários fiscalizados no presente processo administrativo.

O entendimento do Recorrente encontra obstáculo na Súmula CARF nº 116, que assim dispõe:

Súmula CARF nº 116

Aprovada pela 1ª Turma da CSRF em 03/09/2018

Para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança. (**Vinculante**, conforme [Portaria ME nº 129](#), de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Evidentemente, o registro contábil do ágio não é fato gerador de tributos. O fato relevante para a constituição do crédito tributário é o aproveitamento do ágio. Dessa forma, não há que se falar em decadência, uma vez que: (i) os fatos geradores aqui examinados referem-se aos anos-calendários de 2010, 2011 e 2012; e (ii) a Recorrente tomou ciência das autuações em 03/12/2015.

(ii) Bunge II Participações

Analisando o termo de verificação fiscal, nota-se que a Autoridade Fiscal fundamentou a glosa nas seguintes razões: 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.

Neste ponto é importante destacar que apesar de terem sido cinco os fundamentos que motivaram a glosa e mesmo tendo a ora Recorrente impugnado-os de forma expressa, a C. Turma Julgadora *a quo* entendeu ser suficiente analisar apenas os dois primeiros.

Assim o fez por considerar que os fundamentos relacionados no Termo de Verificação Fiscal eram independentes e autônomos. Dessa forma, entendeu que a rejeição das razões de defesa da Recorrente no que diz respeito aos dois primeiros fundamentos (caracterização como ágio interno e uso da Bunge II como empresa veículo) seriam suficientes para a manutenção do lançamento em relação à glosa das amortizações do Ágio – Bunge II.

Dessa forma, a Recorrente, em sede recursal limitou-se a expor as razões pelas quais entendia que os referidos fundamentos (ágio interno e empresa veículo) deveriam ser afastados.

Entendo que, nesta fase processual, deve ser analisado se os referidos fundamentos (caracterização como ágio interno e uso da Bunge II como empresa veículo) são suficientes para a manutenção da glosa. Caso essa turma entenda pela suficiência de fundamentação, o lançamento deverá ser mantido.

Por outro lado, caso entenda-se que as fundamentações de caracterização de ágio interno e uso da Bunge II como empresa veículo não são suficientes para a manutenção da glosa, o crédito tributário não poderá ser exonerado, uma vez que restam três fundamentos autônomos e independentes para a sua manutenção, cujas razões de defesa não foram examinadas em primeira instância.

Tais razões não poderiam ser conhecidas por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais por dois motivos: (i) não constam do recurso voluntário; e (ii) a análise pelo CARF caracterizaria supressão de instância.

Ademais disso, deve-se ter em mente que mesmo que a fundamentação seja mantida por esta Turma Julgadora, existe a possibilidade da decisão ser revertida em sede de recurso especial, remanescendo o mesmo problema relacionado à análise dos demais fundamentos alegadamente independentes e autônomos.

Portanto, diante da omissão referida acima, entendo que o presente processo administrativo deve ser devolvido para a DRJ/BHE para que sejam analisados os argumentos da Recorrente no que diz respeito aos demais fundamentos citados no TVF para a glosa do Ágio Bunge II: (i) não enquadramento no art. 386 do RIR/99; (ii) precariedade do laudo de avaliação econômica e (iii) uso da reserva especial de ágio.

Ágio interno

Conforme ao que se verifica do acórdão *a quo*, prevaleceu o entendimento segundo o qual existência de partes independentes e o efetivo pagamento são pressupostos para a existência do ágio.

Primeiramente, deve-se dizer que as operações que originaram o ágio, bem como a amortização glosada ocorreram antes do advento da Lei nº 12.973/14, quando ainda não havia no ordenamento jurídico uma norma que vedasse a formação de ágio entre partes relacionadas.

Em que pese o fato da norma proibitiva de dedução de ágio interno só ter passado a existir a partir do advento da Lei nº 12.973/14, é possível que se apresentem argumentos

contábeis para a sua vedação, reconhecendo-se o ágio quando estiverem presentes partes independentes e não relacionadas.

Contudo, entendo que o julgador administrativo, no exercício da atividade de revisão do lançamento tributário, não pode aplicar a teoria contábil em detrimento das normas jurídicas tributárias, que - repita-se - não veda a operação de ágio interno.

Nesse sentido, cabe destacar alguns precedentes proferidos por câmaras baixas, tais como o acórdão 1302-002.060, assim ementado:

Ementa: Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA O registro contábil do ágio não afeta o resultado tributável antes de sua amortização fiscal, e assim não integra a atividade de apuração do crédito tributário. Logo, somente se cogitará de revisão da atividade de lançamento a partir do momento em que esta for praticada, ou seja, a partir do momento em que a amortização do ágio afetar a determinação do crédito tributário. Não resta configurada a hipótese de decadência no presente caso. **ÁGIO. REQUISITOS DO ÁGIO.** O art. 20 do Decreto-Lei no 1.598, de 1997, retratado no art. 385 do RIR/1999, estabelece a definição de ágio e os requisitos do ágio, para fins fiscais. O ágio é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor patrimonial das ações adquiridas. Os requisitos são a aquisição de participação societária e o fundamento econômico do valor de aquisição. Fundamento econômico do ágio é a razão de ser da mais valia sobre o valor patrimonial. A legislação fiscal prevê as formas como este fundamento econômico pode ser expresso (valor de mercado, rentabilidade futura, e outras razões) e como deve ser determinado e documentado. **ÁGIO INTERNO. A circunstância da operação ser praticada por empresas do mesmo grupo econômico não descaracteriza o ágio, cujos efeitos fiscais decorrem da legislação fiscal. A distinção entre ágio surgido em operação entre empresas do grupo (denominado de ágio interno) e aquele surgido em operações entre empresas sem vínculo, não é relevante para fins fiscais.** **ÁGIO INTERNO. INCORPORAÇÃO REVERSA. AMORTIZAÇÃO.** Para fins fiscais, o ágio decorrente de operações com empresas do mesmo grupo (dito ágio interno), não difere em nada do ágio que surge em operações entre empresas sem vínculo. Ocorrendo a incorporação reversa, o ágio poderá ser amortizado nos termos previstos nos arts. 7º e 8º da Lei n.º 9.532, de 1997. **UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO.** A utilização de empresa veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude.

É fato incontroverso que não fato que não houve desembolso de caixa, eis que o ágio, no fechamento de capital da BUNGE 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.

Entendo que assiste razão à Recorrente na parte em que alega que essa circunstância de não ter ocorrido desembolso de caixa é irrelevante, uma vez que entrega de ações representa efetivo sacrifício de recursos. A expressão “aquisição” prevista na legislação tributária não se limita às operações de compra e venda com pagamento em dinheiro, contemplando, no meu entender, outros negócios jurídicos tais como aquele que se apresenta no caso em questão.

Dessa forma, entendo que a caracterização da operação como ágio interno não é suficiente para a manutenção da glosa.

Utilização de empresa veículo

Outro argumento autônomo apontado no TVF e adotado como razão de decidir do acórdão recorrido é o de que a empresa Bunge Participações foi utilizada como empresa veículo.

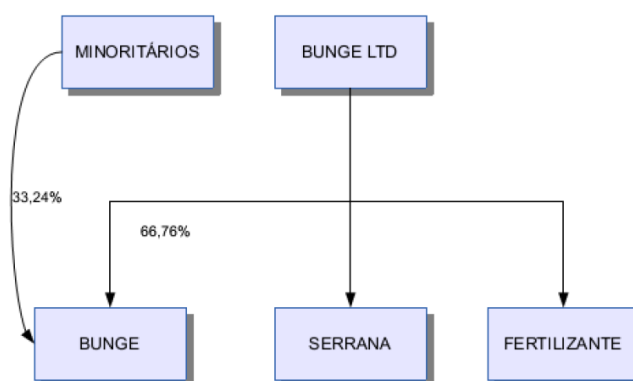
Ab initio, registro que meu entendimento é o que de a simples acusação de utilização de empresa veículo não é suficiente para legitimar a glosa do ágio, quando ausentes outros elementos que atestem a inexistência de propósito negocial.

Porém, não é isso o que se verifica no caso em questão.

Analisando o Termo de Verificação Fiscal, é possível identificar artificialidade na seguinte sequência de atos:

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

Figura 18: Estrutura Societária Original

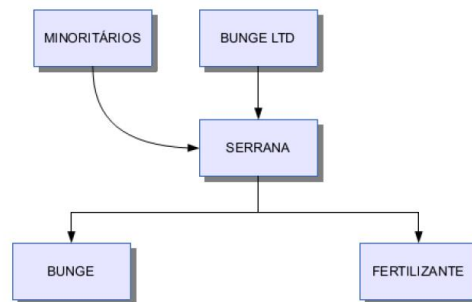


A sequência das operações é iniciada com a Assembleia Geral Extraordinária (AGE) da BUNGE, datada de 19/12/2001 (PAF 2013 - Atos Societários BUNGE39), cuja ata contempla 04 anexos, donde podemos extrair as seguintes conclusões:

- 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 (PAF 2013 - Diário DEZ/2001 SERRANA), constata-se o registro, em 19/12/2001, dos lançamentos afetos a esta incorporação de ações (...)

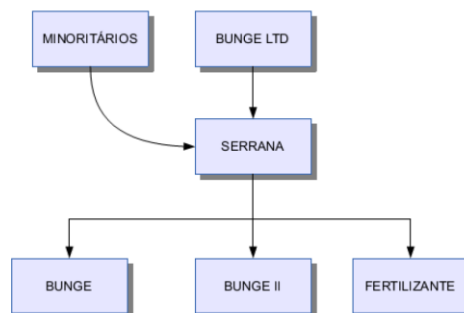
Dos lançamentos acima, de se concluir:

- 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;

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:

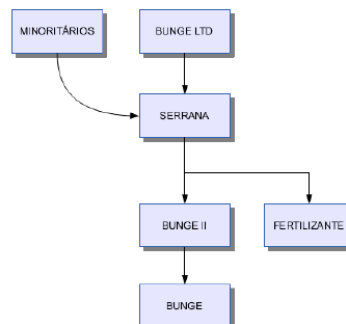
Figura 21: Estrutura Societária Após a Criação da BUNGE II



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 II (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

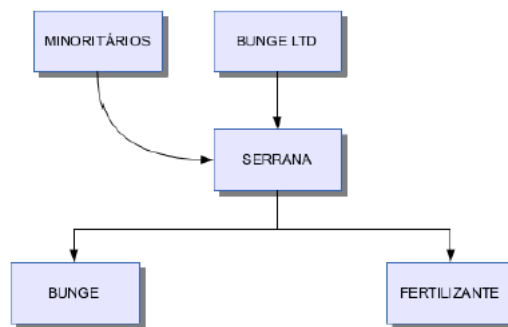


A escrituração da BUNGE II (PAF 2013 - Livros Contábeis BUNGE II) registrou os seguintes lançamentos em 15/08/2002, data da subscrição de capital pela SERRANA (destaques nossos):

O que se conclui dos lançamentos acima 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,

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.

Diante das constatações descritas acima, duas situações saltam aos olhos.

A primeira diz respeito ao curto período de tempo entre a criação da dita empresa veículo “BUNGE II” em 19/06/2002 e a sua posterior incorporação com capital social de R\$ 10.000,00. Em agosto de 2002 a referida empresa recebeu a transferência do ágio apurado pela SERRANA na incorporação de ações da BUNGE. Por fim, no mesmo mês de agosto, a empresa BUNGE II foi incorporada pela Recorrente em 29/08/2002.

Portanto, entre a constituição da dita empresa veículo e a sua incorporação passaram-se pouco mais de dois meses, o que caracteriza a artificialidade da operação, uma vez que a referida empresa foi constituída para receber o ágio e ser incorporada, permitindo, assim, a amortização do ágio.

Outro ponto bem destacado no TVF é o fato de que a estrutura societária retratada na Figura 24 (situação após as operações societárias), idêntica à da Figura 19 (situação após a incorporação de ações da Bunge pela SERRANA). Ou seja, o grupo fez tudo isso para retornar à mesma situação societária já existente alguns meses antes.

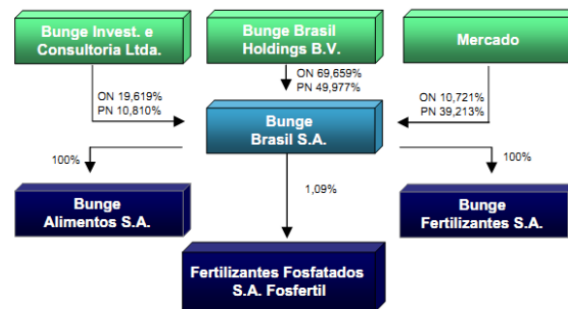
Dessa forma, diante da ausência de propósito negocial da empresa veículo BUNGE II, entendo que deve ser mantida a glosa.

(iii) Ágio BALIMPAR gerado na BPAR

Por não existirem questionamentos sobre as operações societárias que geraram o ágio denominado BPAR, passo a transcrever o bem elaborado trabalho fiscal na parte em que as descreve.

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 (PAF 2013 - Laudos ECO BBRASIL):

Figura 2: Estrutura Societária Original



Conforme informações contidas no próprio laudo, o “controle acionário” da BBRASIL era detido, **indiretamente**, pela BUNGE LTD, apesar deste fato não estar demonstrado explicitamente na figura acima. 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.

Dentro deste contexto, a administração da BBRASIL contratou a PWC para assessorá-la na avaliação econômico-financeira da totalidade do capital da empresa, na data-base de **31 de março de 2004**, resultando no laudo de avaliação econômica onde consta o diagrama acima.

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. Em função do prazo decorrido entre a data base da primeira avaliação e a data da transação, a BBRASIL solicitou a atualização do laudo anteriormente elaborado. Novo laudo foi emitido em 22/12/2004, pela própria PWC, com valores da data-base de 30/09/2004, de forma a fundamentar o ágio gerado na transação da OPA.

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. Conforme Edital da OPA (item 5.7), a composição acionária do capital da BBRASIL em 31/07/2004 era como abaixo:

Também conforme este mesmo Edital, a ofertante era a BPAR, controlada pela BICBV, que detinha a totalidade de suas quotas, menos uma, representativa se seu capital. 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.

Mas de onde vieram os recursos para a BPAR realizar esta aquisição? Em resposta ao TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL Nº 10 (PAF 2013 - TIF 10), 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 DIPIJ. Estas remessas ocorreram em 15/07/2004, a título de **empréstimos**, e totalizaram US\$ 280.000.000,00. Intimada a comprovar a quitação deste empréstimo, conforme TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL Nº 20 (PAF 2013 – TIF 20), a FISCALIZADA alegou **não ter encontrado em seus arquivos esta documentação!** Vejam, um empréstimo da ordem de 800 milhões de reais, e a empresa simplesmente não encontra a comprovação de quitação. 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. Esta dívida foi paga? Quando? A empresa não respondeu!

De se registrar, entretanto, que em sua peça impugnatória relativa ao PAF 2013, a FISCALIZADA remeteu a prova de quitação deste empréstimo ao processo 16561.720026/2011-13, relativo à autuação sofrida pela BUNGE FERTILIZANTES S/A, onde a parcela do ágio aqui debatido, que permaneceu com a FETILIZANTE na cisão parcial, foi glosada pela Fiscalização da RFB.

O TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL (TVF) daquele processo, onde a BUNGE FERTILIZANTES foi autuada, assim discorreu sobre este empréstimo:

Os valores totais financiados foram de **US\$ 280.000.000,00** equivalentes a **R\$ 849.617.000,00**, como demonstrado abaixo (o capital social da Bunge Participações era de R\$ 10.000,00):

Remetente: Bunge Trade Ltd.
Beneficiário: Bunge Participações Ltda.

ROF/TA	Valores transacionados em US\$	Valores transacionados em R\$	Princípio	Juros	Princípio Remanescente
345030	100.000.000,00	304.082.000,00	33.000.000,00	13.241.566,67	67.000.000,00
345030	30.000.000,00	91.179.000,00	10.200.000,00	3.983.750,00	19.800.000,00
345030	100.000.000,00	302.724.000,00	33.000.000,00	13.212.500,00	67.000.000,00
345030	30.000.000,00	91.092.000,00	10.200.000,00	3.983.750,00	19.800.000,00
345030	20.000.000,00	60.540.000,00	6.600.000,00	2.642.500,00	13.400.000,00
Total	280.000.000,00	849.617.000,00	93.000.000,00	37.024.166,67	167.000.000,00

Obs.: A Bunge Trade Ltd. era subsidiária integral da Bunge Participações Ltda.

Até a data da incorporação da Bunge Participações pela Bunge Brasil S.A., em 31/10/2005, haviam sido liquidados US\$ 93.000.000,00 do valor principal com pagamento de juros de US\$ 37.024.166,67 (todas as liquidações e pagamentos de juros ocorreram no mês das incorporações – outubro de 2005).

Após as incorporações/cisão o montante do saldo ainda não quitado foi segregado para as empresas Bunge Fertilizantes S.A. e Bunge Alimentos Participações Ltda. como demonstrado abaixo:

Saldo remanescente a pagar:
Bunge Alimentos Participações Ltda. : US\$ 106.600.000,00
Bunge Fertilizantes SA : US\$ 80.400.000,00

Obs.: A Bunge Alimentos Participações Ltda. foi incorporada pouco tempo após pela Bunge Alimentos S.A., em fevereiro de 2006.

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:

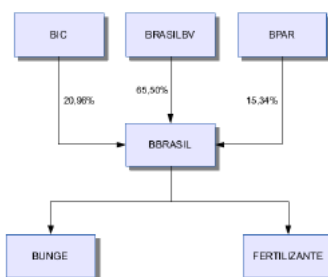
A liquidação dos US\$ 93.000.000,00 foi feita através de exportações de soja e seus derivados. Todos os conhecimentos de embarque tiveram como remete das mercadorias a Bunge Alimentos S.A. Nos demonstrativos de quitação, onde estão relacionados datas de embarque, nº de contratos, RE e despacho, assinam 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



A diferença entre este diagrama e o anterior, que destacou a estrutura originária do Grupo, é que a BPAR entrou no lugar do MERCADO.

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.

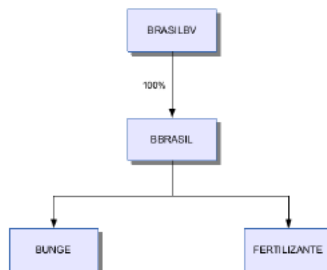
Veja que do acima exposto, a única justificativa apresentada foi a “melhor estrutura societária e financeira” detida pela BPAR. Com a devida vênia, mas esta afirmação não coaduna com a realidade! A BPAR foi criada apenas em 14/05/2004, com capital social de R\$ 10.000,00! Ela passou a ter essa boa “estrutura 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, e sua apuração consta do DEMONSTRATIVO DE ÁGIOS (PAF 2013 - TIF 06), disponibilizado pela própria FISCALIZADA no curso do procedimento fiscal ocorrido em 2010:

Composição do ágio reconhecido na empresa Bunge Brasil S/A.	
RE	
389.373.463,92	Ágio incorporado da empresa Bunge Participações Ltda, decorrente da operação de compra de ações da empresa Bunge Brasil S/A
800.763.694,56	Pagamento da 124.345.274 ações da Bunge Brasil S/A
20.079.508,00	Total de gastos ligados a operação
820.843.202,56	Total aquisição
806.757.375,52	Valor Participação conforme Laudo (124.345.274 ações x R\$ 6,48 preço) - Voto Página 8 do Laudo de Avaliação Econômica elaborado pelo PwC
15.116.897,07	Valor não sustentado pelo Laudo (inevitavelmente lançado a resultado e adicionado ao Lucro Real da empresa Bunge Participações S/A no ano de 2004)
806.757.375,52	Valor Base para Apuração do Ágio
416.383.911,60	Valor do Investimento Bunge Brasil S/A em Agosto de 2004 (conforme Laudo de Avaliação do patrimônio líquido contábil)
389.373.463,92	Ágio Apurado (Valor Base - Valor de Investimento)

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, 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.

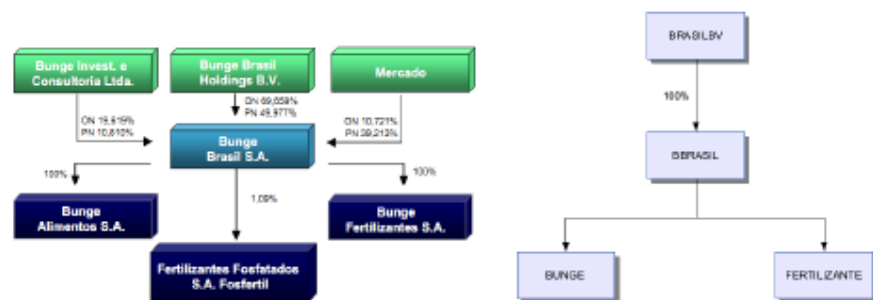
Na incorporação da BBRASIL pela FERTILIZANTE, o controle da BUNGE, até então detido pela BBRASIL, passou para a FERTILIZANTE. Na cisão parcial desta, este controle da BUNGE foi vertido para a BALIMPAR. Finalmente, em novo processo de incorporação reversa, a BUNGE absorveu todo o patrimônio de sua controladora,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

Abaixo, reproduzimos as figuras que mostram a situação originária do Grupo, e a final, após a incorporação da BIC pela BBRASIL. Podemos constatar que a estrutura final é praticamente a mesma que a original, a exceção do MERCADO, cujas ações foram “resgatadas” pelo controlador, e da BIC, que também foi incorporada pela BBRASIL. Além disso, como já ressaltado, a FOSFÉRTIL não teve participação relevante na operação. Olhando-se para a primeira estrutura, e depois para a última, 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.

Figura 5: Evolução da Estrutura Societária



Assim como ressaltado na análise do ágio denominado Bunge II acima, entendo que a utilização de empresas veículos, por si só, não é suficiente para fundamentar a glosa do ágio.

No entanto, entendo que a referida empresa foi criada apenas para amoldar o negócio jurídico realizado pela Recorrente aos termos do art. 386, do RIR/99, sem qualquer propósito negocial.

Dos fatos descritos acima, cabe destacar:

- (i) A empresa BPAR foi criada em **14/05/2004**, 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;

- (ii) Os recursos para aquisição das ações da BBRASIL foram recebidos pela BPAR a título de empréstimos, mais precisamente financiamentos de pré-pagamentos de exportação (PPE);
- (iii) A BPAR não exerceu qualquer atividade operacional e não realizou tais exportações, de forma que as dívidas foram transferidas para as empresas BUNGE e Fertilizante (exportadoras do grupo)

A sequência da estruturação dos negócios descritos acima possibilitou a contabilização do ágio pela BPAR e, ato contínuo, a sua incorporação, possibilitando, assim, a amortização do ágio, nos termos do art. 386, do RIR/99.

Note-se que não se discute aqui o direito de se realizar a reorganização societária adotada pelo Grupo Bunge, mas os efeitos tributários da artificialidade da utilização da BPAR para aquisição das ações pulverizadas no mercado.

Isso porque, como bem pontuado pela Fazenda Nacional em suas contrarrazões, se para obter se para obter o benefício da amortização do ágio os grupos econômicos estivessem legitimados a fazer todo tipo de malabarismo societário para incidir numa união de patrimônios meramente formal, bastaria então que a previsão legal fosse no sentido de que “quem adquirir participação societária com ágio está autorizado a deduzir o valor do ágio para fins fiscais na sociedade de sua escolha”, prevendo os procedimentos contábeis aptos a refletir essa realidade.

Tal não é o caso. A legislação tributária exige a absorção do patrimônio por incorporação, fusão ou cisão, o que não haveria sem a utilização da empresa BPAR.

Nesse sentido, é importante destacar que essa operação que gerou o ágio na BPAR 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 Acórdão 1402-001.460, de 08/10/2013).

Na ocasião do referido julgamento, por maioria de votos, prevaleceu o entendimento no sentido da artificialidade da operação, mantendo-se a glosa. Dessa forma, por ser totalmente aplicável ao caso em análise, peço vênha para transcrever trecho do voto do ilustre Conselheiro Fernando Brasil, redator do voto vencedor.

Não se pode confundir o direito a contabilização do ágio com as condições para amortização em termos fiscais.

(...)

Constata-se, assim, que, em regra geral, o ágio deverá ser ativado e utilizado como custo somente no momento da alienação do investimento, obviamente se essa vier a ocorrer, o que, frise-se, não há qualquer notícia de que tais alienações tenham ocorrido no caso concreto.

Nesse sentido, compulsando os autos, percebe-se claramente que os investimentos realizados, e adquiridos com ágio, comporiam o ativo da Recorrente, provavelmente, por tempo indeterminado, haja vista a continuidade das operações antes realizadas pelas investidas em novas empresas, segregadas de acordo com o ramo de atividade a que se dedicavam e, ao que tudo indica, ainda se dedicam, com exceção da hipótese de fechamento de capital.

A artificialidade da operação foi justamente buscar o contorno de tais normas imperativas, que impunham a ativação do ágio, buscando posicionar a Recorrente diante

de normas de contorno, quais sejam, o art. 386, III, e seu § 6º, II, do RIR/99, transcritas a seguir, mediante operações societárias meramente com fins fiscais:

(...).

Isso porque o fato de a formação do ágio ter cumprido os requisitos legais estabelecidos, em especial aqueles em que essa turma firmou entendimento necessários (o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; a realização das operações originais entre partes não ligadas; seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura), não possui o condão de permitir que a regra geral seja desrespeitada, qual seja, o ágio deverá compor o custo do investimento para fins de apuração de ganho de capital em eventual alienação (inteligência do art. 391 c/c art. 426, II, ambos do RIR/99).

Nessa senda, para que o ágio com fundamento em rentabilidade futura possa compor o resultado do período, o regulamento do imposto de renda impõe ou a alienação do investimento – nesse caso, na forma de custo de aquisição –, ou mediante amortização, desde que haja incorporação, fusão ou cisão entre investidora e investida (art. 386, caput e inciso III), ainda que de forma reversa (art. 386, § 6º, II).

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

Com efeito, mostra-se falacioso o argumento de que o ágio seria amortizado de qualquer modo, pois, conforme já repisado, os investimentos mantiveram-se inertes na real adquirente (Recorrente), e, as operações a que diziam respeito os investimentos, permaneceram segregadas nas empresas operacionais, o que inviabilizaria por completo qualquer forma de transferência do ágio para o resultado fiscal (com a ressalva feita quanto à operação de fechamento de capital).

Não há dúvida que a pessoa jurídica que, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, absorver patrimônio de outra pessoa jurídica que dela detenha participação societária adquirida com ágio, cujo fundamento seja a rentabilidade futura, poderá amortizá-lo nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração, pois assim possibilita o art. 386 do RIR/99.

De igual forma, não se pode olvidar que o contribuinte tem o direito de estruturar o seu negócio de maneira que melhor lhe convém, com vistas à redução de custos e despesas, inclusive à redução dos tributos, sem que isso implique, necessariamente, qualquer ilegalidade.

Entretanto, o que não se admite atualmente é que os atos e negócios praticados se baseiem numa aparente legalidade, sem qualquer finalidade empresarial ou comercial, para disfarçar o real objetivo da operação, quando unicamente almeje reduzir o pagamento de tributos.

(...)

No caso concreto, ressalta aos olhos o posicionamento artificial da Recorrente em face das leis de regência de cunhos societário e fiscal.

A estrutura comercial montada pela Recorrente caracteriza o que a doutrina denomina de “operação estruturada em sequência”.

(...)

Salienta-se que sem a utilização das denominadas “empresas veículo” não haveria amortização do ágio, pois tais valores deveriam compor o custo do investimento, conforme já abordado. Nesse contexto, é de pouco relevo se as “empresas veículos” efetivamente operavam, ou se suas existências foram efêmeras. O importante para a

caracterização como *conduit company* foi a efemeridade de suas participações no negócio, em si.

Em curto lapso, simplesmente por sua interposição em negócio jurídico, foi capaz de causar efeitos tributários, não em si mesma, mas na pessoa jurídica que efetivamente ocupava um dos polos da operação negocial perpetrada.

Conforme se observa, os pontos destacados por Greco ressaltam aos olhos no caso concreto, pois as operações perpetradas pela Recorrente foram estruturadas em sequência, sem qualquer propósito negocial que não seja a mera economia tributária. Ou seja, utilizou-se de sociedades de passagem a fim de que a mais valia na aquisição de ações – contabilizada como ágio e que deveria compor o custo do investimento para fins de apuração de ganho de capital -, após imediata incorporação reversa entre investida e investidora (empresa veículo), se transformasse em despesa dedutível na Recorrente mediante transferência do ágio a ser amortizado.

Por esses motivos, nego provimento ao recurso quanto a amortização dos ágios mediante utilização de empresas veículo.

Especificamente em relação ao denominado “ágio BPART”, em que se visou ao fechamento do capital da Recorrente, convém tecer comentários complementares.

De acordo com o caput do art. 30 da LSA, a regra geral é que “A companhia não poderá negociar com as próprias ações”. Caberia a análise quanto à exceção contida na alínea “b”, do parágrafo 1º, do artigo 30 da LSA10 a fim de verificar se o valor envolvido na operação superaria o montante de lucros e reservas da Recorrente, o que viabilizaria a aquisição das próprias ações, sem contudo, alterar seus efeitos contábeis, conforme se demonstrará a seguir.

Na operação analisada, entendo que se tornou evidente que ao final, de fato, a Recorrente adquiriu suas próprias ações. Para tanto, utilizou-se de BPART como empresa veículo na aquisição de tais ações. A consequência contábil de tal interposição foi possibilitar que a “mais valia” na aquisição das ações fosse contabilizada por BPART como ágio. Ato contínuo, BPART foi incorporada pela Recorrente. A consequência fiscal da última operação foi possibilitar à Recorrente a amortização de tal ágio, reduzindo as bases de cálculo de IRPJ e CSLL.

É importante ressaltar que não está se afirmando que o Grupo Bunge não poderia adquirir as ações de uma das empresas do conglomerado, mas sim que o modo como a operação foi estruturada acabou por configurar a aquisição das próprias ações, com repercussão também no âmbito fiscal.

Analisam-se ainda os efeitos de tal operação nos resultados da Recorrente. Ao adquirir suas próprias ações as pessoas jurídicas devem adotar tratamento contábil específico e determinado. Caso as operações fossem corretamente contabilizadas a aquisição das próprias ações deveria ser registrada em conta retificadora do patrimônio líquido – ações em tesouraria, e não como ágio. O processo de aquisição das próprias ações não está sujeito ao mesmo regramento do ágio quando há o pagamento de mais valia em tal operação. O Manual de Contabilidade Societária da FIECAFI explicita:

- a) a aquisição de ações de emissão própria é uma transação de capital da companhia com seus sócios, não devendo afetar o resultado;
- b) a operação de compra de ações pela própria companhia é como se fosse uma devolução de patrimônio líquido, motivo pelo qual a conta que as registra (devedora, com título de “Ações em Tesouraria”) deve ser apresentada como conta redutora do patrimônio (conforme artigo 182, parágrafo 5º, da Lei 6.404 de 1976); e
- c) as ações adquiridas devem ser contabilizadas na conta de ações em tesouraria por seu custo de aquisição, ou seja, pelo preço pago ao detentor das referidas ações.” (grifos do original)

Por conseguinte, sob o aspecto tributário, caso a aquisição das ações da Recorrente não tivesse sido tratada como aquisição de investimento, mas sim como aquisição das próprias ações, não haveria efeitos sobre seus resultados, uma vez que o tratamento

contábil dado às aquisições das próprias ações influenciaria tão somente contas patrimoniais. Logo, além da vedação a negociação com as próprias ações (art. 30 da LSA), pode-se concluir que também o aspecto tributário levou a Recorrente a estruturar a operação de aquisição de suas próprias ações de modo artificial, burlando não só a legislação societária, mas ferindo de morte também princípios norteadores de nosso arcabouço jurídico, em especial, o princípio da capacidade contributiva.

Em resumo: analisando-se o cenário, constata-se que a Recorrente desejava adquirir ações de sua própria emissão em poder de terceiros.

Contudo, o art. 30 da LSA veda, em regra, que a companhia negocie com as próprias ações. Por meio de operações sucessivas, mediante utilização de empresa veículo (BPART), a Recorrente, ao final de todas as etapas, passou a deter suas próprias ações. Cumpre ressaltar que a detecção de desrespeito à legislação societária, pura e simplesmente, não é objeto do trabalho da RFB. Contudo, quando tal conduta passa a gerar reflexos tributários, não se pode olvidar que a autoridade fiscal não só pode, mas deve, a teor do disposto no art. 142 do Estatuto Tributário, apurar o crédito tributário eventualmente recolhido a menor. Frise-se: não houve aquisição de investimentos, mas sim aquisição das próprias ações.

Como consequência, a mais valia na aquisição sequer poderia afetar o resultado da Recorrente.

Observa-se que, no caso em exame, sem a utilização de empresa veículo, não haveria a criação do ágio, pois os efeitos contábeis da operação seriam retratados diretamente no patrimônio líquido da Recorrente, conforme já abordado. De igual forma, tornar-se-ia evidente a infringência à legislação societária relativa à aquisição das próprias ações. É de pouco relevo se BPART efetivamente operava, ou se sua existência foi efêmera. O importante para a caracterização como *conduit company* foi a efemeridade de sua participação no negócio, em si. Em curto lapso, simplesmente por sua interposição em negócio jurídico, foi capaz de causar efeitos tributários, não em si mesma, mas na pessoa jurídica que efetivamente ocupava um dos polos da operação negocial perpetrada, qual seja, a Recorrente. E, frise-se, o papel da *conduit company* serviu, no caso concreto, a uma só vez, para fraudar a legislação societária e diminuir a carga tributária da Recorrente, verdadeira adquirente de suas próprias ações. Além de tais causas, não houve comprovação de outro papel por parte de BPART.

Por fim, é imperioso esclarecer que a autuação baseia-se exclusivamente nos passos intermediários da reorganização societária e dos seus efeitos tributários. Não se contestam, pois, os demais aspectos da reorganização, bem como suas consequências em outras searas.

Dessa forma, por ausência de propósito negocial, entendo que deve ser mantida a glosa do ágio.

No que diz respeito ao segundo fundamento da glosa, qual seja, precariedade do laudo de avaliação, entendo que a questão foi, de fato, superada pela DRJ, por ausência de comprovação da alegada precariedade do laudo.

Verifica-se que a Fiscalização, pretendendo desqualificar o laudo de avaliação apresentado pela Recorrente, alegou que ele deveria ter atribuído, ao menos em parte, a mais valia dos ativos da Bunge Brasil.

Ocorre que legislação tributária vigente à época dos fatos não impedia que o ágio estivesse apenas fundamentado em rentabilidade futura. Foi apenas em 2013, com a edição da MP 327/2013, convertida na Lei nº 12.973/2004, que passou a ser obrigatória a apuração do ágio após a alocação do valor justo dos ativos.

Dessa forma, adoto como minhas as razões de decidir constantes do voto condutor do acórdão recorrido:

No caso, a impugnante não admite que a “*demonstração*” nos termos trazidos pela fiscalização poderia ser o verdadeiro espírito da lei.

Sobre a questão, já me manifestei diversas vezes no sentido de que a inclusão expressa de um comando normativo pode buscar simplesmente a diminuição dos litígios ante à cultura positivista brasileira. Não se pode à *priori* determinar que essa inclusão é novidade.

Entretanto, no caso em discussão, não me parece ser essa a questão relevante.

A tese da fiscalização decorre de uma interpretação claramente ampliativa dos contornos da “*demonstração*” exigida pelo legislador, criando-se ordem de prioridade inexistente na lei. Na mesma linha argumentativa defendida no item anterior, lá contrária à argumentação do contribuinte, aqui contrária à argumentação da autoridade fiscal, essa interpretação ampliativa é frágil e inadequada para fundamentar infrações relativas a benefício fiscal.

Por essa razão, não acolho a tese da fiscalização em relação à precariedade do laudo, respondendo não à pergunta “*É imprestável o laudo que não especifica as parcelas do ágio referentes ao valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, e o fundo de comércio, os intangíveis e as outras razões econômicas?*”.

De qualquer forma, mesmo após se afastar o fundamento da precariedade do laudo de avaliação, a glosa deve ser mantida, com base no fundamento da utilização da empresa veículo.

(iv) *Ágio BALIMPAR gerado na BIL*

Alega a Recorrente que desistiu da discussão relativa ao ágio denominado BIL. Tendo incluído os débitos de IRPJ e CSLL em programa de parcelamento.

Dessa forma, limita-se a requerer o reconhecimento de que os valores quitados no âmbito do parcelamento sejam abatidos da presente ação fiscal.

Ocorre que não compete a este Conselho avaliar os argumentos relativos à extinção do crédito tributário por pagamentos no âmbito do parcelamento, sem prejuízo deste controle pela Unidade de Origem.

(v) *Excesso de juros – Subcapitalização*

Conforme ao que se depreende dos autos do presente processo, são três os pontos controvertidos sobre a infração de subcapitalização: (i) início da produção dos efeitos da Lei nº 12.249/2010; (ii) a apuração do excesso de juros pela média mensal ponderada; e (iii) a aplicação do limite previsto no art. 25 da Lei nº 12.249/2010.

Para melhor compreensão dessas discussões, passa-se a examiná-las isoladamente.

Início da produção dos efeitos da Lei nº 12.249/2010

Entende a Autoridade Fiscal que as normas previstas na MP 472/2009 convertida na Lei nº 12.249/2010 entraram em vigor no dia 16 de dezembro de 2009, na forma do art. 139, I “d”, da Lei nº 12.249/2010.

A Fiscalização entendeu que o princípio da anterioridade não seria aplicável ao caso concreto por não se tratar de instituição ou majoração de tributo, mas tão somente definição de nova hipótese de incidência.

Nota-se que este entendimento foi afastado pela DRJ, que entendeu não serem aplicáveis as normas de subcapitalização não seriam aplicáveis no ano de 2010 para apuração do IRPJ e nos meses de janeiro e fevereiro de 2010 para apuração da CSLL.

Isso porque, 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.

O referido entendimento encontra amparo no art. 62, §2º, da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

(...)

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

Neste sentido, considerando que a medida provisória MP 472/2009 foi convertida na Lei nº 12.249/2010 apenas em 11 de junho de 2010, é certo que as suas disposições não poderiam ser aplicadas ainda no exercício de 2010.

Evidentemente, o comando do art. 62, §2º, da Constituição Federal é direcionado apenas aos impostos. Dessa forma, prevalece o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que para contribuições sociais é aplicável o princípio da anterioridade especial previsto no art. 195, §6º, sendo que o prazo de 90 dias deverá ser contado da data de publicação da Medida Provisória.

Nessa toada, diz-se que, no caso de medida provisória, posteriormente convertida em lei, não havendo na conversão uma alteração significativa do texto, o termo inicial do prazo de noventa dias, previsto no art. 195, § 6º, da CF, deve ser contado da data da publicação da medida provisória inaugural, e não da lei de conversão.

Importante destacar que o presente entendimento não encontra obstáculo na súmula CARF nº 2 ou no art. 26-A do Decreto nº 70.235, uma vez que não se trata aqui de afastar a aplicação de uma norma sob o fundamento de inconstitucionalidade.

Ao contrário disso a discussão encontrada nos autos do presente processo administrativo refere-se à vigência da norma jurídica tributária e a sua aplicação no tempo, em razão dos limites objetivos estabelecidos nas normas referidas acima.

Portanto, entendo que deve ser mantida a decisão *a quo*.

Apuração do excesso de juros pela média mensal ponderada

A fiscalização acusa a atuada de não ter utilizado o método da média ponderada mensal para determinar o excesso de juros na subcapitalização. Aduz que os valores do endividamento e do patrimônio líquido foram obtidos diretamente dos saldos finais de cada mês nos balancetes, ao revés da norma que determinava o cálculo pelo método da média ponderada mensal (Lei 12.249/2010, art. 25, §4º).

Por sua vez, a atuada se defende alegando 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.

Além da alegada falta de eficácia técnica da norma que exige a utilização do método da média ponderada mensal para fins de cálculo do endividamento, a Recorrente alega que autoridade se equivocou ao utilizar esse mesmo método para cálculo do patrimônio líquido, uma vez que o art. 7º, § 1º, da Instrução Normativa 1.154/2011 determina a utilização do patrimônio líquido constante no último balanço.

Portanto, a controvérsia sobre o cálculo reside na discussão sobre a apuração dos valores de endividamento e do patrimônio líquido.

Relativamente ao valor de endividamento, alega a Recorrente que as normas previstas nos arts. 24 e 25 da Lei nº 12.249/2010 só poderiam ser aplicadas após a entrada em vigor da Instrução Normativa nº 1.154/2011 e que até então careciam de eficácia técnica.

Alega a existência de dúvidas interpretativas sobre a forma de se apurar o valor de endividamento antes do advento da referida Instrução Normativa nº 1.154/2011.

A pretensão da Recorrente foi afastada pela DRJ, que desatou que em casos de dúvidas a Recorrente deveria ter formulado consulta sobre os dispositivos da legislação tributária aplicáveis.

Concordo com o acórdão recorrido nesta parte.

É inegável que a exigência da apuração do endividamento pela média ponderada mensal já estava presente no sistema do direito positivo brasileiro antes da edição da Instrução Normativa nº 1.154/2011, mais precisamente nos arts. 24 e 25 da Lei nº 12.249/2010.

Em que pesem as dúvidas alegadas pela Recorrente, consta do TVF que “no demonstrativo apresentado, verifica-se que os valores do ENVIDAMENTO e do PATRIMÔNIO LÍQUIDO foram obtidos diretamente dos saldos finais de cada mês nos balancetes”. Ou seja, está clato que a Recorrente não utilizou o método exigido em lei.

Por outro lado, relativamente ao erro na apuração do patrimônio líquido, entendo que a Recorrente tem razão, uma vez que ao tratar do patrimônio líquido, os parágrafos 1º e 2º do art. 7º da Instrução Normativa RFB n. 1.154 preveem expressamente que o valor do patrimônio líquido a ser considerado será aquele apurado no último balanço, facultando à pessoa jurídica a possibilidade de considerar os resultados obtidos até o mês anterior ao da apropriação dos juros, desde que transcritos no Livro Diário. Confirma-se o enunciado normativo:

Art. 7º. Os valores do endividamento, a que se referem os arts. 2º e 5º, serão apurados pela média ponderada mensal, que será calculada pelo somatório do endividamento diário, dividido pelo número de dias do mês correspondente.

§ 1º. Para fins de aplicação dos limites a que se referem os arts. 2º e 5º, deverá ser considerado o valor do patrimônio líquido constante no último balanço.

§ 2º. Opcionalmente, poderá ser utilizado o valor do patrimônio líquido considerando-se os resultados obtidos até o mês anterior ao da apropriação dos juros.

§ 3º. Na hipótese do § 2º, o balanço patrimonial e a apuração dos resultados deverão estar transcritos no Livro Diário

Conforme ao que se depreende dos enunciados prescritivos transcritos acima, ao mesmo tempo que o *caput* do art. 7º da IN 1.154/2011 determina expressamente que o cálculo do valor do endividamento deve levar em consideração a média ponderada mensal, os §§ 1º e 2º, do mesmo art. 7º determinam que não se deve adotar o mesmo critério para a apuração do valor do patrimônio líquido.

No entanto, esse mero erro na metodologia dos cálculos, embora mereça ser retificado, não implica a nulidade do lançamento como pretende a Recorrente, posto que se trata de mero erro material.

De fato, a situação aqui abordada não se enquadra nas hipóteses previstas nos arts. 10 e 59, ambos do Decreto n.º 70.235/1972. Ademais disso, o lançamento foi efetuado de acordo com o disposto no art. 142, do Código Tributário Nacional, não havendo qualquer nulidade a ser reconhecida no caso em tela.

Dessa forma, entendo ser correto o método utilizado para a apuração do endividamento, devendo ser retificada a determinação do patrimônio líquido, aplicando-se as regras do art. 7º, § 2º, da IN 1.154/2011.

Aplicação do limite previsto no art. 25 da Lei n.º 12.249/2010.

Por fim, um último debate sobre a subcapitalização diz respeito à aplicação do art. 25 da Lei n.º 12.249/2010.

A origem da controvérsia está no fato de que a Recorrente, após o advento da Lei n.º 12.249/2010, reestruturou a operação de Pré-Pagamento de Exportação (“PPE”), tendo transferido saldo de dívida de PPE com a empresa Bunge International Commerce (“BIC”), sediada nas ilhas Cayman, para a empresa Bunge Iberica Finance (“BIF”), sediada em Madri, na Espanha.

Com a transferência, a Recorrente 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.

Discordando com o entendimento da ora Recorrente, a Autoridade Fiscal entendeu que o correto seria a utilização do limite previsto no art. 25, da mesma Lei n.º 12.249/2010, aplicado na hipótese de a pessoa jurídica domiciliada no Brasil contrair empréstimos com pessoa jurídica domiciliada em país ou dependência com tributação favorecida, ou que goze de regime fiscal privilegiado.

Fe-lo com base nos seguintes fundamentos: (i) caracterização da BIC como interveniente; e (ii) simulação no uso da BIF.

Deve-se destacar que o primeiro fundamento foi afastado pela DRJ, que acolheu a argumentação exposta pelo ora Recorrente em sede de impugnação. Isso porque, 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 § 1º do art. 9º, da IN 12.249/2010:

Art. 9º As disposições contidas nos arts. 2º e 5º serão calculadas de modo independente.

§ 1º **Nas operações de endividamento em que o credor seja pessoa física ou jurídica vinculada, residente ou domiciliada no exterior e o avalista, o fiador, o procurador ou qualquer interveniente na operação seja entidade situada em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, aplicam-se os limites de endividamento previstos no art. 2º.**

Dessa forma, entendo que deve ser mantido o entendimento da DRJ no sentido de que eventual atuação da BIC como interveniente não atrairia a norma prevista nos arts. 25, da Lei n.º 12.249/2010 e 5º, da IN 1454/2011.

Relativamente à simulação do uso da BIF, o v. acórdão *a quo* entendeu que a atuação deveria ser mantida, tendo em vista que a Recorrente não havia logrado produzir prova do trânsito dos valores de PPE pela BIF.

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 atuada 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 atuada 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 atuada, 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 atuada. 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 atuada 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 atuada 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.

Visando afastar os questionamentos quanto ao trânsito dos valores do PPE pela BIF, conforme exigido pela DRJ/BHE, a Recorrente colacionou em seu recurso as demonstrações financeiras da BIF, relativas aos anos-calendário de 2010, 2011 e 2012, bem

como declaração assinada pelos diretores da BIF, documentos que atestam de forma incontestável que esses valores foram registrados pela BIF.

Em 19/03/2019, este CARF converteu o julgamento em diligência (Resolução n. 1301-000.660), para que a Recorrente fosse intimada *"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."* Além disso, a decisão determinou que *"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."*

Nessa ocasião, houveram debates sobre o direito da Recorrente apresentar novos documentos, ficando vencido o relator Nelso Kichel, que defendia a preclusão do direito da Recorrente apresentar novos documentos.

Em atenção à Resolução n.º 1301-000.660, a Autoridade Fiscal concluiu que:

Tendo por base as constatações relatadas no item 2 acima, podemos concluir o que se segue:

a) Os *swifts* apresentados em resposta ao TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL N.º 01, e que comprovariam as remessas de **juros** da BAL para BIF, efetivamente dão conta de que houve as remessas para a BIF. No entanto, cabem as seguintes ressalvas:

- Os *swifts* relativos ao BRADESCO não foram disponibilizados;
- A DILIGENCIADA disponibilizou planilhas com a relação de todas as remessas efetuadas de 2010 a 2012, de forma a contemplar as remessas realizadas pelo BRADESCO;
- As contabilidades da BIC e da BIF, apresentadas em telas de sistemas e planilhas eletrônicas, não se revestem das formalidades exigidas pelas normas legais brasileiras, não podendo ser utilizadas como provas das transações financeiras ocorridas entre estas empresas;
- Não obstante a disponibilização dos *swifts* com as remessas de algumas parcelas dos juros atinentes ao PPE, estas remessas não foram o principal fundamento da autuação, uma vez que, como já salientado anteriormente, estes pagamentos se faziam necessários, independentemente da situação fática da BIF;

b) As Demonstrações Financeiras da BIF, relativas a 2010, 2011 e 2012, ratificam a falta de substância da BIF, considerando as seguintes constatações:

- A BIF não dispunha de pessoal para o desempenho de suas funções, não havendo dispêndios com salários nos 3 anos analisados;
- A BIF não dispunha de estrutura física para o desempenho de suas funções, não havendo registro de um imóvel sequer nas referidas demonstrações;
- Os resultados irrisórios auferidos pela BIF não afetaram de forma significativa o valor do IR pago na Espanha, dentro da sistemática do regime consolidado;
- As cópias das atas de reuniões apresentadas são datadas de 2013 em diante, não tendo sido apresentadas cópias das reuniões eventualmente ocorridas de 2010 a 2012;

c) As argumentações da RECORRENTE na tentativa de demonstrar a existência efetiva da BIF não procedem:

- Os contratos firmados com as empresas ucranianas consistiam em contratos de abertura de créditos, sendo que a BIF não dispunha de sobras de caixa para os volumes colocados à disposição das empresas;
- As empresas ucranianas eram subsidiárias da Bunge Limited, holding do Grupo BUNGE, e certamente esta empresa, ou outra do grupo, com sobras de caixa, é quem efetivamente disponibilizaria os recursos prometidos às subsidiárias ucranianas, e a BIF seria mais uma vez, como no caso dos PPE, uma mera intermediária financeira;

Intimados quanto ao teor do relatório de diligência fiscal, a Recorrente Bunge e a Fazenda Nacional apresentaram manifestações.

A Recorrente, em manifestação, afirmou que:

- Está comprovado e expressamente reconhecida a efetividade da remessa dos juros e do ingresso dos recursos no patrimônio da BIF; e
- São descabidas as ilações quanto à falta de substância da BIF.

Por sua vez, a Fazenda Nacional se manifestou alegando:

- Preclusão da matéria relacionada ao uso simulado da BIF;
- Não há qualquer comprovação de que o uso da BIF não se deu de forma simulada;

Entendo que a discussão sobre a preclusão do direito da Recorrente apresentar novos documentos foi superada pela Resolução n.º 1301-000.660. O não conhecimento da prova produzida a partir de diligência fiscal realizada por determinação do próprio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais atentaria contra o princípios da eficiência e da verdade material.

Ademais disso, conforme constou do voto vencedor, a Recorrente apresentou tais provas para contrapor o fundamento da decisão recorrida, sendo admissível nos termos do art. 16, §4º, “c”, do Decreto n.º 70.235/1972.

Quanto às conclusões trazidas no relatório de diligência fiscal, cabe destacar a constatação de que efetivamente ocorreu a remessa dos recursos da Recorrente para a BIF.

Entendo que este é o ponto fulcral para o deslinde do feito.

O fato de ter ocorrido uma reestruturação na operação de PPE após a publicação da MP 472 e da sua conversão na Lei n.º 12.249/2010 perde relevância com a comprovação dos pagamentos realizados para a BIF. Essa circunstância é prova suficiente de que os juros não foram pagos para empresa domiciliada em país com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado.

Ademais disso, as normas que discriminam tais pagamentos em razão de estar o destinatário domiciliado em paraíso fiscal revestem-se de extrafiscalidade, apresentando-se como normas tributárias indutoras de condutas.

O que se pretende é evitar a erosão da base de cálculo, reduzindo o resultado tributável no Brasil e, ao mesmo tempo, a geração de lucros não tributados de maneira representativa pelos países com tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado. É o que se depreende da exposição de motivos da MP 472.

30. O art. 25 segue o mesmo princípio do art. 24, entretanto, é aplicado na hipótese de a pessoa jurídica domiciliada no Brasil contrair empréstimos com pessoa jurídica domiciliada em país ou dependência com tributação favorecida, ou que goze de regime fiscal privilegiado. **Da mesma forma, esses empréstimos geram juros que reduzem, artificialmente, o resultado tributável no Brasil e, ao mesmo tempo, geram lucros que não serão tributados de maneira representativa no exterior.** A medida restringe a dedutibilidade das despesas de juros de pessoas jurídicas residentes no Brasil quando pagos a entidades "off-shore", independentemente de vínculo societário.

Dessa forma, a Recorrente agiu de acordo com o espírito da Lei e adotou a conduta que o legislador pretendia que fosse tomada pelo contribuinte, qual seja, não pagar ou creditar juros para pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada em paraíso fiscal.

Por esse motivo, considero secundárias as demais ilações feitas pela Autoridade Fiscal no Relatório de Diligência Fiscal. Isso porque, além de extrapolarem o que foi solicitado por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, não são suficientes, no meu entender, para afastar a norma prevista no art. 24, da Lei nº 12.249/2010.

(vi) Multa qualificada sobre ágio

Diante das polêmicas e dúvidas interpretativas que recaem sobre a amortização do ágio, a DRJ afastou a qualificação da multa de ofício aplicada sobre os tributos apurados a partir da glosa dos ágios.

Entendo que este entendimento deve prevalecer, por força do art. 112, do Código Tributário Nacional, que prevê que a lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto a capitulação legal do fato.

Dessa forma, no caso das discussões sobre o ágio, diante das inúmeras discussões ainda não pacificadas sobre a possibilidade de amortização de ágio interno ou com utilização de empresa veículo, não há como manter a qualificação da multa de ofício.

Este, inclusive, é o entendimento da 1ª Turma da CSRF, que tem afastado a multa qualificada em casos de ágio. Neste sentido, destaco recente precedente consubstanciado no acórdão nº 9101-006.250, assim ementado:

Ementa: ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)
Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

(...)

MULTA QUALIFICADA. ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. DOLO NÃO CONFIGURADO. A qualificação da multa de ofício depende da caracterização do dolo do sujeito passivo, não podendo ser mantida em caso de mera divergência quanto à interpretação da legislação tributária aplicável. A conclusão de que as operações praticadas são atípicas, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica, é fundamento suficiente para a glosa das despesas, mas não para a qualificação da multa de ofício.

Numero da decisão: 9101-006.250

Portanto, entendo que deve ser afastada a multa qualificada no que se refere à infração relativa ao ágio.

(vii) Multa qualificada sobre subcapitalização

Da mesma forma, entendo que a multa qualificada sobre as infrações relativas à subcapitalização não merece prosperar. Isso porque a Recorrente não agiu com o dolo, elemento subjetivo dos tipos previstos nos arts. 71 a 73 da Lei n.º 4.502/1964.

Isso porque ficou demonstrado no curso do presente processo administrativo que a Recorrente não tentou esconder ou ludibriar a Fiscalização com a reestruturação do PPE, tendo em vista a comprovação de que os valores do PPE transitaram pela BIF.

Dessa forma, pelas razões já expostas na análise da infração relativa à subcapitalização, entendo que a multa qualificada deve ser afastada.

(viii) Concomitância entre multa de ofício e multa isolada

Alega a Recorrente que a multa isolada não poderia ser exigida concomitantemente à multa de ofício.

Sobre o tema, é conhecida a Súmula CARF n.º 105, que assim dispõe:

Súmula CARF n.º 105

Aprovada pela 1ª Turma da CSRF em 08/12/2014

A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei n.º 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Por outro lado, não é menos conhecida a discussão sobre a aplicação da referida súmula após a edição da MP n.º 351/2007, convertida na Lei n.º 11.488/2007, que alterou a redação do art. 44, da Lei n.º 9.430/1996.

Para melhor compreensão da discussão, faz-se necessário transcrever a redação original do art. 44, da Lei n.º 9.430/1996 e as alterações promovidas pela Lei n.º 11.488/2007.

Originalmente, estabelecia o art. 44, I, §1º, IV da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, *in verbis*:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

(...)

§ 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:

I - juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;

(...)

IV - isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente;

Posteriormente, foi editada a Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, com a redação abaixo:

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

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

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

(...)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. Compulsando as alterações legislativas acima elucidadas, não se verifica, exceto em relação ao percentual a ser aplicado nos casos de multa isolada, qualquer alteração.

Ao analisar as alterações legislativas promovidas pela Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, verifica-se que não há qualquer alteração substancial no que diz respeito à hipótese de incidência ou base de cálculo da multa isolada. Em verdade, as alterações legislativas limitam-se a: (i) numeração dos enunciados prescritivos; e (ii) alíquota aplicada nos casos de multa isolada.

Sobre a alteração legislativa, observa-se que a exposição de motivos da MP 351/2007 evidencia o simples propósito de se reduzir o percentual da multa isolada.

8. A alteração do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, efetuada pelo art. 14 do Projeto, tem o objetivo de reduzir o percentual da multa de ofício, lançada isoladamente, nas hipóteses de falta de pagamento mensal devido pela pessoa física a título de carnê-leão ou pela pessoa jurídica a título de estimativa, bem como retira a hipótese de incidência da multa de ofício no caso de pagamento do tributo após o vencimento do prazo, sem o acréscimo da multa de mora.

Dessa forma, não havendo alteração na hipótese de incidência ou base de cálculo da multa isolada, o racional da Súmula CARF nº 105 continua aplicável após as alterações legislativas aqui expostas.

Neste sentido, este colegiado com a composição atual já decidiu por afastar a multa isolada, conforme ao que se verifica do Acórdão 1401-006.014, de relatoria do Conselheiro Daniel Ribeiro Silva, que recebeu a seguinte ementa:

CONCOMITÂNCIA DE MULTA ISOLADA COM MULTA DE OFÍCIO. DUPLA PENALIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. RATIO DECIDENDI INALTERADA. MATÉRIA TRATADA NOS PRECEDENTES DA SÚMULA CARF Nº 105.

Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço. A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. A primeira conduta é meio de execução da segunda. A aplicação concomitante de multa de ofício e de multa isolada na estimativa implica em penalizar duas vezes o mesmo

contribuinte, já que ambas as penalidades estão relacionadas ao descumprimento de obrigação principal.

É certo que a *ratio decidendi* dos Acórdãos que erigiram a Súmula CARF n.º 105 foi precisamente o reconhecimento da ilegitimidade da dinâmica da saturação punitiva percebida pela coexistência de duas penalidades sobre a mesma exação tributária.

O instituto da consunção (ou da absorção) deve ser observado, não podendo, assim, ser aplicada penalidade pela violação do dever de antecipar o valor de um determinado tributo concomitantemente com outra pena, imposta pela falta ou insuficiência de recolhimento desse mesmo tributo, verificada após a sua apuração definitiva e vencimento.

Dessa forma, deve ser aplicado o princípio da consunção para afastar a multa isolada.

(ix) Juros de mora sobre multa de ofício

A mesma sorte, porém, não assiste o Recorrente na parte em que se insurge contra a aplicação de juros de mora sobre multa de ofício. Assim se diz, porque sobre o tema há entendimento sumulado por este CARF, com efeitos vinculantes.

Dessa forma, a pretensão da Recorrente esbarra na Súmula CARF n.º 108, cujo enunciado assim dispõe:

Súmula CARF n.º 108

Aprovada pelo Pleno em 03/09/2018

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. (**Vinculante**, conforme [Portaria ME n.º 129](#) de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Portanto, mais não é preciso dizer para se demonstrar a possibilidade da cobrança de juros de mora sobre multa de ofício.

(x) Responsabilidade tributária

A respeito da responsabilidade tributária, constou do TVF que:

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:

i) Diretor-Presidente da BUNGE quando da ocorrência dos Fatos Geradores do IRPJ e da CSLL em 2010, 2011 e 2012, responsável pelas seguintes atribuições, além das atribuídas pelo estatuto da empresa, conforme informações disponibilizadas na resposta ao TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL n.º 26, com grifos nossos:

- Garantir a definição de diretrizes e políticas básicas para a Bunge, através da proposição, análise e consolidação junto ao C.E.O. da missão, estratégias e objetivos gerais, tanto operacionais como institucionais das mesmas;

- Assegurar a manutenção/incremento do posicionamento estratégico dos produtos e/ou negócios da empresa, através de adequado e oportuno planejamento, orientação e acompanhamento dos planos, bem como controle quanto a consecução dos objetivos quantitativos e qualitativos definidos e o desenvolvimento de novos projetos;
- Garantir a manutenção e incremento da imagem institucional, bem como a preservação dos interesses da empresa em seu ambiente externo, através de adequado relacionamento e/ou coordenação deste, junto ao meio empresarial, órgãos governamentais, clientes, fornecedores, acionistas, associações de classe, entre outros, no mais alto nível;
- Assegurar a elaboração e cumprimento do programa orçamentário de custeio e de investimentos da empresa, através de adequada orientação, direção e controle dos dispêndios globais havidos, das ações corretivas definidas e dos resultados alcançados com sua implementação.

ii) Signatário e/ou Participante dos seguintes atos (como Diretor-Presidente da BUNGE):

- Contrato de Cessão e Aceitação, que formalizou a transferência dos créditos do PPE (infração do item 3.3);
- Nota Promissória em favor da BIC (infração do item 3.3).

b) VITOR JOSÉ FABIANO - CPF 071.000.528-82:

i) Diretor da BUNGE quando da ocorrência dos Fatos Geradores do IRPJ e da CSLL em 2010, 2011 e 2012, responsável pelas seguintes atribuições relacionadas com a área contábil/fiscal da empresa, conforme informações disponibilizadas na resposta ao TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL nº 26, com grifos nossos:

- Definir e monitorar políticas de gestão de risco, abrangendo análise de commodities, taxas de câmbio e outros elementos financeiros que impactam fortemente nos resultados;
- Assegurar a assertividade das operações financeiras da empresa, provendo serviços para todos os negócios;
- Zelar pela saúde financeira da empresa, definindo políticas de aplicação, crédito, cobrança e outros; de acordo com política global da Bunge;
- Assegurar a assertividade e confiabilidade das operações de controladoria envolvendo: contabilidade, fiscal, controles internos e CSC em mais de 150 filiais;
- Elaborar e monitorar o planejamento financeiro dos negócios para 3 e 5 anos; abrangendo as diversas iniciativas: aquisição, investimentos e etc.;

Nota-se que a Autoridade Fiscal para atribuir responsabilidade tributária aos Srs. Victor José Fabiano limitou-se a relacionar as suas funções.

Ocorre que a atribuição de responsabilidade tributária prevista no art. 135, do CTN, não se justifica apenas pela verificação da infração e dos poderes de gestão que eram conferidos aos administradores ou Diretores.

Nesse sentido, veja-se o que afirma Carlos Augusto Daniel Neto:

Existem bem poucos precedentes recentes que sufraguem a “teoria dos atos de gestão” para fins de aplicação do art. 135 do CTN, qual seja, a dispensa da comprovação do ato

específico com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatuto, assim como pressuposto da existência de dolo do sujeito passivo a partir da função que ostenta na empresa.¹

Dessa forma, a norma do art. 135, do Código Tributário Nacional depende da comprovação dos seguintes elementos: (i) função e poderes atribuídos ao responsável; (ii) condutas individualizadas do responsável com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto.

No caso em tela e conforme ao que se verifica do TVF transcrito acima, a Autoridade Fiscal não indicou a conduta de forma individualizada, não havendo comprovação de o Sr. Vitor José Fabiano foi responsável pelas infrações constatadas no relatório fiscal.

Ademais disso, conforme reconhecido pelo v. acórdão *a quo*, as operações de formação de ágio ocorreram entre 2001 e 2002, enquanto a reestruturação dos PPE ocorreu em 29/11/2010, ou seja, quando o Sr. Vitor José Fabiano ainda não tinha poderes de gestão.

Portanto, estando ausentes os elementos ensejadores da responsabilidade tributária, nos termos do art. 135, III, do Código Tributário Nacional, entendo que deve ser afastada a responsabilidade tributária do Sr. Vitor José Fabiano.

Relativamente ao Sr. Pedro Pullen Parente, a DRJ afastou a sua responsabilidade sobre os valores relativos ao ágio pelo mesmo fato de não apresentar poderes de gestão à época da formação do ágio.

Acrescento que a falta de indicação da conduta individualizada impossibilita a atribuição de responsabilidade tributária.

No que se refere às infrações relativas à subcapitalização, no entanto, o v. acórdão *a quo*, entendeu por bem manter o vínculo de responsabilidade solidária. Fê-lo, nos seguintes termos.

Especificamente, no caso do Sr. Pedro Pullen Parente, a fiscalização, além de suas atribuições, apontou como conduta qualificadora o fato de ele ter sido signatário dos seguintes atos: Contrato de Cessão e Aceitação, que formalizou a transferência dos créditos do PPE (infração do item 3.3); Nota Promissória em favor da BIC (infração do item 3.3).

Conforme se verá no item relativo à subcapitalização, entendo que ficou caracterizada infração à lei na medida em que não restou comprovada nos autos a efetiva transferência dos recursos e do pagamento dos juros à 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.

Na simulação ocorre uma falsa declaração de vontade, uma vez que os efeitos declarados não são, no todo ou em parte, os verdadeiramente desejados. Mencionada falsa declaração, porém, diferindo da reserva mental ou do erro, é consciente e exige o conluio, ou seja, que todas as partes do negócio estejam cientes da simulação.

¹ DANIEL NETO, Carlos Augusto. Responsabilidade tributária de sócios e diretores na primeira seção do CARF. In: PINTO, Alexandre Evaristo; DANIEL NETO, Carlos Augusto; Ribeiro, Diego Diniz; PINTO, Fernando Brasil de Oliveira (org.) Direto do CARF: Escritos analíticos sobre a jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. São Paulo: Amanuense, 2020. p. 54

Em sua defesa, o Sr. Pedro Pullen Parente afirmou que assinou na condição de representante da companhia que era mera "Anuente" e que a nota promissória em favor da BIC visou garantir os contratos de PPE, e que o contrato em nenhum momento foi questionado pelo Fisco.

Não tem razão o impugnante. O contrato faz parte de uma operação que não foi considerada lícita pela fiscalização, pois foi caracterizada como simulação e não é razoável supor que o Diretor-Presidente da companhia desconhecesse as implicações do negócio engendrado.

Portanto, os mencionados atos configuram infração à lei e impõem a confirmação do vínculo de responsabilidade atribuído ao Sr. Pedro Parente em relação à infração subcapitalização.

Entendo que são dois os motivos pelos quais o entendimento da DRJ merece ser revisto em relação à atribuição de responsabilidade tributária ao Sr. Pedro Parente.

Em primeiro lugar, com a comprovação das remessas à BIF, deve ser afastado qualquer entendimento sobre simulação ou infração à lei, contrato social ou estatuto. Neste sentido, reporto-me às conclusões expostas no item acima no qual tratei da infração de excesso de juros – subcapitalização.

Outro motivo que deve ser levado em consideração é que a tentativa de individualização da conduta do Sr. Pedro Parente não é suficiente ante ao fato de que a Bunge é uma empresa multinacional e os documentos acostados aos autos não indicam que o negócio de reestruturação do PPE foi engendrado pela Bunge Alimentos ou pelo Sr. Pedro Parente.

Assim, entendo que devem ser integralmente afastados os vínculos de responsabilidade tributária atribuídos aos Srs. Pedro Parente e Vitor José Fabiano.

Conclusão

Diante do exposto, voto por:

- a) conhecer do recurso de ofício e, no mérito, negar-lhe provimento;
- b) conhecer do recurso voluntário do responsável Pedro Parente e, no mérito, dar-lhe provimento para afastar integralmente a responsabilidade tributária que lhe foi atribuída; e
- c) conhecer do recurso voluntário da Bunge Alimentos para rejeitar as preliminares de nulidade e decadência e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para:
 - a. exonerar o crédito tributário relativo à infração de excesso de juros;
 - b. afastar a multa isolada; e
 - c. afastar a multa qualificada sobre a infração de subcapitalização

Conclusão

(documento assinado digitalmente)

André Luis Ulrich Pinto

Declaração de Voto

Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano

A presente declaração de voto faz-se necessária em face de que metade dos Conselheiros desta Turma votaram pelas **conclusões** quanto ao voto do Relator proferido em relação às situações envolvendo o Ágio BUNGE II DE PARTICIPAÇÕES S/A e Ágio BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA (BALIMPAR ou BAP), naquilo que se refere à amortização de ágio (glosa).

As considerações feitas a seguir apenas tem o condão de destacar pontos que entendi poderiam ser mais ressaltados no voto apresentado e/ou acrescentar outros que enfatizassem algumas posições assumidas e defendidas pela autoridade fiscal.

DA BUGE PARTICIPAÇÕES S/A

Um breve resumo da situação se faz necessário.

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

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

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

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

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

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

[...]

A esta *incorporação* de ações, denominação não muito apropriada, pois a sociedade cujas ações serão incorporadas não deixa de existir, se seguirá um aumento de capital na incorporadora, então subscrito pelos acionistas da sociedade a que primitivamente pertenciam. Para este fim, as ações a serem incorporadas devem sofrer

algum tipo de avaliação, pois tal operação deve ser efetivada, a exemplo do que acontece em incorporação de sociedade, com observância dos disposto nos arts.224 e 225 da Lei das S/A (protocolo, justificação, deliberação das cias. envolvidas, **critério de avaliação do patrimônio líquido**, etc).

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

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

Feita a avaliação, conforme relatoriado, surgiu, então, a figura do contestado ágio e seu fundamento econômico. Nas palavras da Contribuinte, em atendimento à intimação fiscal (considerada em processo anterior já mencionado, do qual a Contribuinte foi informada de eventuais documentos/intimações daquele outro processo seriam citados na presente ação fiscal):

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

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

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

Estas reproduções textuais se fazem necessárias para que fique bem claro o que aconteceu: a Bunge Alimentos S/A procedeu à avaliação de seu patrimônio líquido, onde acreditou-se, em laudos de avaliação (que aqui tornam-se elementos secundários em face da utilização das operações somente entre empresas ligadas, não havendo necessidade de adentrar em afirmações feitas pela autoridade fiscal e impugnação pertinente, acerca de eventual imprecisão apontada no laudo), que o patrimônio da Bunge Alimentos S/A deveria ser maior que o contabilizado, em face da perspectiva de rentabilidade futura desta companhia.

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

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

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

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

De acordo com o citado autor, o ágio ou o deságio pode “*ocorrer por origens e circunstâncias diversas, podendo o tratamento contábil dos mesmos, particularmente quanto a sua futura amortização, variar em função de seu fundamento e natureza*” (p.182). Prosseguindo o autor, “*a CVM determina que o ágio ou o deságio apurado na aquisição ou subscrição de investimentos seja contabilizado com indicação do **fundamento econômico** (Instrução nº 247/96, art. 14)*”. (destaquei)

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

Na legislação tributária, o ágio gerado em investimentos avaliados pelo patrimônio líquido é tratado pelos artigos 385, 386 e 391 do RIR/1999, **com redação à época dos fatos geradores** (2008 e 2009).

Desdobramento do Custo de Aquisição

Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

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

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

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):

(...)

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

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

Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio

ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei n.º 9.532, de 1997, art. 7.º, e Lei n.º 9.718, de 1998, art. 10):

(...)

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

(...)

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

(...)

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

Amortização do Ágio ou Deságio

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

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

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

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

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

Em síntese, o contribuinte que avaliar **investimento em sociedade coligada ou controlada** pelo valor de patrimônio líquido deverá, **por ocasião da aquisição**, desdobrar o

custo de aquisição em valor do patrimônio líquido e ágio ou deságio na aquisição do investimento. **O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar o fundamento econômico.**

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

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

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

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

A existência de legislação **posterior** vedando combinação de negócios entre empresas **interdependentes**, e que oportunizarem o surgimento de eventuais ágios (mais valia), não significa, conforme entende a Impugnante, de que se houve vedação agora, é que antes era perfeitamente possível a aparição de tal, digamos, excrescência contábil. Ora, não é possível ao legislador criar normas e positivar todas as situações que ocorrem no mundo dos negócios!

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

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

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

A possibilidade de amortização do ágio também foi reconhecido pela CVM como um verdadeiro “benefício fiscal”, ao regulamentar a aplicação das normas sobre reorganizações societárias aplicáveis às companhias abertas, nos casos de incorporações reversas, através da edição da Instrução CVM n.º 319, de 03/12/1999, com as alterações trazidas pela Instrução CVM n.º 349, de 6 de março de 2001, mencionada pela autoridade fiscal em seu Termo.

Nesse sentido importa trazer à vista o seguinte trecho da Nota Explicativa à Instrução CVM n.º 349/2001:

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

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

Diz o Ofício n.º 01/2007 a certa altura:

20.1.7 "Ágio"gerado em operações internas

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

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

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

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

Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não

se questiona aqui esse aspecto), do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação, condições essas denominadas na literatura internacional como "arm's length".

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

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

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

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

Referido Ofício traduz uma exteriorização da CVM, respaldada por outras entidades representativas no âmbito das regras contábeis, acerca das normas que já eram vigentes e cuja utilização vinha sendo adotada de forma equivocada em algumas operações entre empresas, tanto assim que suscitou a necessidade de emissão do Ofício, inclusive para rebatê-las publicamente.

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

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

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

No contexto aqui presente, não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento unilateral de acréscimo de riqueza (ágio) em decorrência de uma transação dos sócios com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável, do ponto de vista econômico, tais transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes para merecer registro, mensuração e evidênciação pela contabilidade e, conseqüentemente, o ágio delas decorrentes não

se enquadra na hipótese de dedutibilidade prevista nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, como quer crer a Impugnante em sua extenuante impugnação, válida, de certo, para subsidiar estudos acadêmicos, mas não para os fins que ora se pretendeu, sob pena de considerar letra morta toda a legislação tributária que trata da matéria em questão, ora transcrita e comentada.

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

BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA.

Conforme relatoriado, a empresa Bunge Participações Ltda. (BPAR) adquiriu as ações da BBRASIL que estavam dispersas no mercado, onde se apurou ágio nesta aquisição.

Que a BPAR foi criada em 14/05/2004, com capital social de R\$ 10.000,00 e que esta empresa foi indicada para, conforme relatório fiscal, 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."

Este dispêndio, portanto, decorreu da aquisição da participação societária que se encontrava com os acionistas minoritários e, segundo a Impugnante, tratava-se de uma operação com terceiros e, assim, submetida ao disposto na Lei 9.532/97 (arts 7º e 8º consolidados nos arts.385 e 386 do RIR/99).

Apesar de reconhecer que a aquisição das ações envolveu a participação de terceiros, outras situações foram elencadas pela autoridade autuante que, também me fazem concluir, que as sucessivas reorganizações societárias feitas entre a Fiscalizada e suas empresas ligadas tiveram somente o intuito de trazer para a Fiscalizada um **ágio** para ser amortizado, como se os fatos estivessem contemplados no benefício fiscal do art.386 do RIR/99.

A BPAR, segundo a Fiscalizada, tinha "à época a melhor estrutura societária e financeira", para conduzir a aquisição da referida participação societária.

Trata-se de uma empresa que foi criada com capital social de R\$ 10.000,00 e que recebeu aportes de controlador do Grupo, no exterior, então utilizado para fins desta aquisição e que importaram em US\$ 280.000.000,00, sendo, portanto, a empresa BPAR uma mera repassadora dos recursos enviados pela controladora BUNGE TRADE LTD, esta, sim, a verdadeira adquirente.

Porque a própria BBRASIL não adquiriu as ações dos minoritários? Porque trata-se de uma empresa HOLDING e, no caso, iria adquirir ações de sua própria emissão, em poder dos minoritários e somente poderia aproveitar o ágio pago em face de **alienação** da participação societária e isto não se cogita.

Assim, no imaginário da Fiscalizada, para que pudesse se enquadrar nas disposições do art.386 do RIR/99, imperioso que houvesse uma empresa que adquirisse esta participação societária (ações da BBRASIL), que no caso foi a BPAR, - e com recursos emprestados do controlador no exterior, como já registrado - devendo o ágio pago (R\$ 389 milhões) nesta aquisição ser dirigido/veiculado, por meio de reorganizações societárias, à empresas operativas/lucrativas.

Esta foi a função da BPAR, empresa veículo, sim.

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

Primeira operação societária: Incorporação

- a BPAR foi incorporada, em 31 de outubro de 2005, pela BBRASIL, trazendo, então, o ágio de R\$ 389 milhões.

A BBRASIL, que é a holding, ao absorver patrimônio da BPAR (entenda incorporar), de se acreditar que estaria apta ao aproveitamento (fiscal) do ágio pago, mas tal não foi o caminho seguido, de certo porque não atendia os interesses maiores do conglomerado, que era o de aproveitar o ágio em empresas operativas e lucrativas, no caso a Fiscalizada.

Oportuno destacar a posição clara da autoridade atuante, que bem ilustra esta fase:

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.

Segunda operação societária: Incorporação

- a BBRASIL foi incorporada, também em 31 de outubro de 2005, pela Bunge Fertilizantes, trazendo para esta o ágio de R\$ 389 milhões.

Terceira operação societária: cisão

- a Bunge Fertilizantes sofre uma cisão, também em 31 de outubro de 2005, ocasião em que uma parte (44%) do ágio foi vertido para uma nova empresa, a BALIMPAR.

Quarta operação societária: incorporação

- a BALIMPAR foi incorporada, em 28 de fevereiro de 2006, pela Bunge Alimentos (a Fiscalizada) e, assim, *finalmente*, o ágio passou a ser amortizado “em parcelas mensais de R\$ 1.427.702,70 (= R\$ 171.324.324,12/120), pelo período de 10 anos.”

Afinal, que participação societária a Bunge Alimentos S/A adquiriu, em momento anterior à incorporação, da empresa Bunge Alimentos Participações Ltda. (BALIMPAR)?
Nenhuma.

Questões outras trazidas no Relatório Fiscal, como eventuais inconsistências em laudo de avaliação, em falta de comprovação de quitação dos empréstimos do exterior, etc, tratam-se de questões menores a frente do que já se mostrou e que não serviriam/contribuiriam para sustentar a glosa da amortização do ágio debatido, razão pela qual declino de comentários.

No quadro que se mostrou, a alternativa viável e legal para aproveitamento do referido ágio seria a **alienação** da participação societária adquirida (ações dos minoritários), uma vez que, conforme mostramos, as operações engendradas pela Fiscalizada não se subsumem ao disposto nos arts. 385 e 386 do RIR/99, o que me permite partilhar da mesma conclusão alcançada no trabalho fiscal, aliás, digno de encômios.

Eram estas as considerações.

(assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano