



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

**Processo n°** 16561.720059/2015-97  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1302-002.126 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 17 de maio de 2017  
**Matéria** IRPJ  
**Recorrente** USINA MOEMA AÇÚCAR E ÁLCOOL LTDA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

LANÇAMENTO. INOVAÇÃO PELO ÓRGÃO JULGADOR. FATOS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

A inovação do lançamento pelo órgão julgador só ocorre quando há modificação da matéria fática e dos fundamentos jurídicos.

No caso, as conclusões do órgão julgador foram alcançadas à partir das provas que já constavam dos autos, e serviram para reforçar a presunção constante do lançamento, ou seja, de que quem efetivamente arcou com o ônus da operação foi a BRUNELLO LTD., devendo o ágio existir apenas se o investimento fosse reintegrado ao patrimônio da mesma.

Caso se entendesse pela existência de inovação no caso, ter-se-ia de entender que os julgadores estão sempre limitados a fundamentar seu voto apenas com os argumentos contidos no lançamento, o que iria contrariar o princípio do livre convencimento motivado e, sobretudo, impediria a contraposição dos argumentos da Recorrente.

**GLOSA DE DESPESA DE ÁGIO. REQUISITOS DE REGISTRO E AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO**

O art. 20 do Decreto-Lei no 1.598, de 1997, 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. Atendidas as disposições contidas nos arts. 385 e 386 do RIR/99; além dos requisitos de ordem formal, como o arquivamento da demonstração de rentabilidade futura do investimento e efetivo pagamento na aquisição, verifica-se a possibilidade de registro e amortização do ágio.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. PROPÓSITO NEGOCIAL. EMPRESA VEÍCULO.

Os dispositivos legais concernentes ao registro e amortização do ágio fiscal não vedam que as operações societárias sejam realizadas, única e exclusivamente, com fins ao aproveitamento do ágio. Bem como, nota-se que tal regra não está presente em nenhum outro dispositivo legal de nosso sistema jurídico, seja nacional ou federal. Neste tom, registra-se, nenhuma norma pátria veda que a realização de negócios tenha por finalidade a redução da carga tributária - de forma lícita. É o que se observa no §3º, art. 2º da Lei das SA, o qual dispõe que a companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades (empresa veículo).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade, em rejeitar as preliminares de nulidade suscitadas e, no mérito, por maioria, em dar provimento aos recursos voluntários do sujeito passivo principal e responsável solidário, nos termos do voto do relator, vencida a Conselheira Ester Marques Lins de Souza. O Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado votou pelas conclusões do relator.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alberto Pinto Souza Júnior, Marcos Antonio Nepomuceno (Relator), Rogério Aparecido Gil, Ester Marques Lins de Sousa e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

## Relatório

Por bem sintetizar a autuação, adoto trecho do relatório da DRJ-RJ à seguir reproduzido:

Trata-se de auto de infração que reduziu o saldo de prejuízo fiscal e base negativa de CSLL nos anos calendários de 2011 a 2013.

Relativamente ao prejuízo fiscal foram consideradas indevidas as seguintes parcelas:

<b>Fato Gerador</b>	<b>Valor Apurado (R\$)</b>	<b>Multa (%)</b>
31/12/2011	28.451.978,22	150,00
31/12/2012	42.677.967,34	150,00
31/12/2013	42.677.967,34	150,00

A descrição dos fatos remete para o Termo de Verificação Fiscal (TVF) anexo.

O enquadramento Legal indicado no feito foram os artigos art. 3º da Lei nº 9.249/95; Arts. 249, inciso I, 251, 299, 324 §§ 2º e 4º, e 325 do RIR/99, arts. 111, 116 e 124 do CTN, arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 c/c art. 44 da Lei nº 9.430/96.

Quanto ao saldo negativo de CSLL foram consideradas indevidas parcelas no mesmo valor daquelas constantes do auto de infração de IRPJ.

O enquadramento legal indicado no auto de infração é composto pelos artigos Art. 2º da Lei nº 7.689/88 com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034/90; Art. 57 da Lei nº 8.981/95, com as alterações do art. 1º da Lei nº 9.065/95; Art. 2º da Lei nº 9.249/95; Art. 1º da Lei nº 9.316/96; art. 28 da Lei nº 9.430/96 e Art. 3º da Lei nº 7.689/88, com redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727/08.

No auto de infração consta a imposição de multa qualificada no percentual de 150%.

No TVF consta em síntese, que :

1) A USINA MOEMA AÇÚCAR E ÁLCOOL LTDA, (doravante denominada simplesmente USINA MOEMA) é pessoa jurídica produtora de açúcar e álcool localizada na região de Orindiúva, interior de São Paulo, que atualmente faz parte do grupo Bunge. Foi adquirida juntamente com outras usinas regionais também sucroalcooleiras, em 2010, pelo grupo.

2) Na reorganização societária estão envolvidas as seguinte empresas :

2a) Usina Moema Açúcar e Álcool Ltda. (USINA MOEMA), CNPJ: 49.972.326/0001-70, empresa operacional ora fiscalizada, que incorporou em abril/2011 parcela do acervo da NOVA PONTE.

2b) Usina Moema Holding S/A (MOEMA HOLDING), CNPJ: 66.592.056/0001-90, empresa controladora da MOEMA PAR em 2009 e atualmente denominada Usiagropar Agroenergia S/A (USIAGROPAR AGROENERGIA).

2c) Usina Moema Participações S/A (MOEMA PAR), CNPJ: 07.918.575/0001-37, controladora da USINA MOEMA incorporada pela NOVA PONTE em fev/2010.

2d) Agroindustrial Nova Ponte Ltda. (NOVA PONTE), CNPJ: 07.984.464/0001-29, estabelecida em Minas Gerais e extinta em abril/2011 por cisão total.

2e) Bunge Açúcar & Bioenergia Ltda (BUNGE A&B), CNPJ: 08.948.365/0001-54, controladora da NOVA PONTE e controlada pelas sociedades Bunge Cooperatief U.A. e Bunge Brasil Holding B.V., domiciliadas na Holanda.

2f) Brunello Ltd. (BRUNELLO LTD.), empresa do grupo BUNGE localizada nas Bermudas.

3) Conforme a documentação disponível, pudemos remontar uma reconstituição dos fatos, em ordem cronológica, nos moldes a seguir:

3a ) MOEMA HOLDING possuía em 2009 participação na MOEMA PAR, correspondente a 90% do PL da investida, comprovado pelas DIPJs da MOEMA HOLDING AC 2009 e da MOEMA PAR AC 2009 (DIPJs anexadas à fl. 297).

3b) De acordo com as atas publicadas em 24/12/2009 no DOESP, os acionistas das sociedades MOEMA HOLDING e MOEMA PAR aprovaram, em AGE, o protocolo (firmado em 23/11/2009) de cisão parcial da MOEMA HOLDING com a incorporação da parcela cindida pela MOEMA PAR (fichas cadastrais à fl. 296 – pasta “Fichas cadastrais”). Em substituição às ações extintas da MOEMA HOLDING em razão da redução do seu capital social, os acionistas da MOEMA HOLDING receberam ações de emissão da MOEMA PAR. Assim ocorreu a transferência da participação que a MOEMA HOLDING detinha na MOEMA PAR para os acionistas, pessoas físicas daquela sociedade.

3c) Em 05/02/2010, ocorre a aquisição da MOEMA PAR pela NOVA PONTE, juntamente com a incorporação da primeira pela última, conforme AGE realizada nesta data (ver doc. à fl. 296 – Pasta “atos cadastrados”). A operação consistiu numa permuta de ações na qual os acionistas da MOEMA PAR transferiram à NOVA PONTE a integralidade das ações da companhia, e receberam em troca 7.308.353 (sete milhões, trezentos e oito mil, trezentos e cinquenta e três) ações ordinárias da Bunge Limited.

4) O ágio pago na operação de aquisição das usinas sucroalcooleiras pelo grupo Bunge foi igual a R\$ 1.354.994.009,12 (um bilhão, trezentos e cinquenta e quatro milhões, novecentos e noventa e quatro mil, nove reais e doze centavos), sendo que o patrimônio líquido das mesmas valiam R\$ 39.977.463,96 (valor total da transação, portanto, igual a R\$ 1.394.971.473,09).

5) Quem efetivamente suportou o ágio pago na aquisição das empresas sucroalcooleiras foi a empresa “BRUNELLO LTD.”, localizada nas Bermudas e que também fazia parte do grupo BUNGE, conforme o organograma acima fornecido pela empresa BUNGE A&B (fls. 52 a 57).

6) A partir de fevereiro de 2010, portanto, a NOVA PONTE passa a deter diretamente a participação nas usinas sucroalcooleiras, conforme demonstra sua DIPJ do AC 2010 (anexada à fl. 297). De acordo com as DIPJ entregues pela NOVA PONTE, a conta que registra o ágio em investimentos evoluiu no período entre 2009 e 2011 conforme a tabela abaixo (DIPJs anexadas à fl. 297):

Balanco Patrimonial – Ativo – Agio em Investimento

Período	ND DIPJ	Ficha/Linha	Ágio em Investimentos (R\$)
01/01/2009 a 31/12/2009	1013862	36A/27	0,00
01/01/2010 a 31/12/2010	1401140	36E/27	1.363.315.792,44
01/01/2011 a 30/04/2011	1401149	36E/27	1.360.499.655,63

7) Em abril de 2011 (mediante ata protocolizada na Jucesp 18/07/2011, sob o nº 301.110/11-6 – anexado à fl. 296 do processo : “Jucesp” – pasta “atos cadastrados”), foi aprovado, com anuência da USINA MOEMA, o protocolo de cisão total da NOVA PONTE e versão do patrimônio para a USINA MOEMA e outras sucroalcooleiras. Foram atribuídas à BUNGE A&B, as cotas da USINA MOEMA pertencentes à extinta NOVA PONTE e as emitidas pela sociedade, em razão do aumento de capital decorrente da incorporação de parcela do acervo líquido da NOVA PONTE.

8) Os ativos da NOVA PONTE foram distribuídos conforme a tabela abaixo. Os valores constam do documento de retificação da cisão total da NOVA PONTE, protocolizado na Jucesp, em 11/11/2011, sob o nº 459.721/11-2 (doc. anexado à fl. 296: “Jucesp” – pasta “atos cadastrados”):

<b>TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL</b>						
<b>USINA MOEMA AÇÚCAR E ÁLCOOL LTDA.</b>						
<b>PARCELAS CINDIDAS E VERTIDAS PARA AS CINDENDAS</b>						
	<b>Saldos em 31/03/2011 antes da Cisão</b>	<b>Usina Moema Açúcar e Alcool Ltda.</b>	<b>Usina Ouroeste Açúcar e Alcool Ltda.</b>	<b>Usina Guaritroba Ltda.</b>	<b>Usina Frutal Açúcar e Alcool Ltda.</b>	<b>Usina Itapagipe Açúcar e Alcool Ltda.</b>
<b>ATIVO</b>						
<b>CIRCULANTE</b>						
Caixa e bancos	17.723,44	17.723,44	0,00	0,00	0,00	0,00
Aplicações financeiras	73.991,44	73.991,44	0,00	0,00	0,00	0,00
Impostos a recuperar	779.227,93	674.865,11	0,00	0,00	104.362,82	0,00
Estoques	909.642,92	0,00	0,00	0,00	909.642,92	0,00
Juros s/capital próprio a receber	3.525.682,93	3.525.682,93	0,00	0,00	0,00	0,00
Outras contas a receber	3.091.476,78	0,00	0,00	0,00	3.091.476,78	0,00
	<b>8.397.745,44</b>	<b>4.292.262,92</b>			<b>4.105.482,52</b>	
<b>NÃO CIRCULANTE</b>						
Realizável a longo prazo	5.362.361,11	599.170,94	2.386.391,86	2.376.529,03	269,28	0,00
Investimentos	171.358.046,23	41.686.273,98	1.446.921,73	32.789.361,03	52.001.998,21	43.433.491,28
Imobilizado	12.233.117,16	6.781.000,81	0,00	0,00	5.452.116,35	0,00
Intangível	1.360.499.655,63	471.261.321,47	175.889.198,63	247.286.935,38	241.376.626,85	224.685.573,30
	<b>1.549.453.180,13</b>	<b>520.327.767,20</b>	<b>179.722.512,22</b>	<b>282.452.825,44</b>	<b>298.831.010,69</b>	<b>268.119.064,58</b>
<b>TOTAL</b>	<b>1.557.850.925,57</b>	<b>524.620.030,12</b>	<b>179.722.512,22</b>	<b>282.452.825,44</b>	<b>302.936.493,21</b>	<b>268.119.064,58</b>

9) O saldo da conta Intangível registrado no balanço patrimonial constante do Protocolo de Cisão e Incorporação da NOVA PONTE foi vertido para as usinas sucroalcooleiras tal como nos mostra a tabela. Este saldo do intangível no Balanço Patrimonial da NOVA PONTE registra o ágio pago pelo grupo Bunge na aquisição das usinas sucroalcooleiras efetivada em fevereiro de 2010. Foram verificadas despesas com ágio registradas em DIPJ e Fcont, nos ACs 2011, 2012 e 2013 pela USINA MOEMA, que recebeu como ativo intangível a maior parcela do ágio pago pelo grupo Bunge quando da aquisição das usinas sucroalcooleiras.

10) No procedimento fiscal que deu origem a este processo, a empresa foi intimada a apresentar o laudo que norteou a aquisição da empresa MOEMA PAR, realizada com pagamento de ágio pelo grupo BUNGE (fls. 2 a 4). A empresa MOEMA PAR controlava cinco sucroalcooleiras, entre as quais a empresa USINA MOEMA. Transcrevemos a seguir, a resposta da empresa, no que concerne aos laudos de avaliação das empresas (fl. 26):

*“O ágio apurado na aquisição do investimento na Usina Moema Participações S/A pela Agroindustrial Nova Ponte em 31/01/2010, teve como fundamento a Rentabilidade Futura dos investimentos que a Usina Moema Participações detinha nas Usinas Operacionais. Isto porque a Moema Participações era uma Holding, que detinha tão somente investimentos em outras sociedades operacionais, motivo principal dos Laudos de Avaliação elaborados por peritos independentes avaliarem as Usinas Operacionais de forma individual.”*

*“Finalizando o processo de aquisição da Usina Moema Participações e considerando que a Nova Ponte poderia desenvolver as atividades de Holding da Moema Participações, efetuamos em 05/02/2010, conforme documentos*

*societários e laudo já enviados a esta fiscalização, a incorporação desta empresa pela Agroindustrial Nova Ponte, e assim, simplificarmos a Estrutura Societária com economia nos custos administrativos, financeiros e tributários, focando esforços no negócio / atividades desenvolvidas diretamente pelas empresas operacionais.”*

11) A empresa apresentou o laudo de apuração do PL da empresa MOEMA PAR, elaborado em 05/02/2010, avaliado em R\$ 39.153.130,85 (à fl. 34 – “Laudo de avaliação PL”). Neste valor não haviam sido consideradas as participações dos sócios minoritários (planilha com todos os sócios à fl. 295 e conciliação e comprovação dos valores na resposta de 29/06/2015 à fl. 305) e custos do projeto para a aquisição das demais usinas, cujo total era aproximadamente 800 mil reais, resultando num total de R\$ 39.977.463,96 (resposta de 01/04/2015, às fls. 134 a 139 e resposta de 15/07/2015, às fls. 308 a 310). Quanto à avaliação de rentabilidade futura das usinas, foram apresentados à Fiscalização diversos laudos de 2010, da Ernst & Young, um para cada usina controlada pela MOEMA PAR, separadamente (anexados à fl. 36), totalizando um valor aproximado de R\$ 1.550.734.000 (um bilhão, quinhentos e cinquenta milhões, setecentos e trinta e quatro mil reais). O ágio pago pelo grupo BUNGE na aquisição da MOEMA PAR foi igual a R\$ 1.354.994.009,12 (um bilhão, trezentos e cinquenta e quatro milhões, novecentos e noventa e quatro mil, nove reais e doze centavos – planilha “Composição do Valor do ágio” anexada à fl. 36):

Nome da Usina	Valor de rentabilidade futura (Ernst & Young)
Moema	646.002.000
Itapagipe	172.245.000
Frutal	168.169.000
Guariroba	251.958.000
Ouroeste	312.360.000
<b>Total</b>	<b>1.550.734.000</b>

12) A aquisição foi feita mediante aportes de capital da BRUNELLO LTD. na NOVA PONTE. O aporte inicial, em 05/02/2010 (9ª alteração do contrato social da NOVA PONTE anexada à fl. 37), proporcionou a aquisição da MOEMA PAR e de sua maior controlada, a empresa USINA MOEMA integralmente, com o pagamento aos ex-sócios da MOEMA PAR, do montante dividido entre uma pequena parte em dinheiro (torna) e o restante em forma de troca de ações da MOEMA PAR por ações da BUNGE (doc. “Termo de Fechamento” anexado à fl.140). Foram apresentados os contratos de câmbio utilizados na transferência do capital (fls. 71 a 76), mediante “Conferência internacional de ações ou Quotas”. Em 05/02/2010, o grupo adquiriu a MOEMA PAR e, na mesma data, esta última foi incorporada pela NOVA PONTE.

13) Os aportes subsequentes da BRUNELLO LTD. na NOVA PONTE tiveram como objetivo adquirir as partes das usinas sucroalcooleiras que não eram controladas pela MOEMA PAR (contratos de câmbio às fls. 84 a 105 e subsequentes alterações do contrato social da NOVA PONTE anexadas à fl. 37).

14) A contabilização dos lançamentos aos aportes na NOVA PONTE foi efetuada: no lado do ativo, nas contas “Investimentos” e “Ágio” e no lado do passivo, na conta “Capital Social”, conforme as informações obtidas por esta Fiscalização (balancete do AC 2010 e razão da conta “Ágio Moema – Investimentos e Participações” anexados à fl. 301)

15) Em 2011, conforme já relatado, ocorreu a cisão total da NOVA PONTE, com a incorporação das partes cindidas pelas sucroalcooleiras controladas (incorporação reversa). A maior parcela do patrimônio da NOVA PONTE foi absorvida pela USINA MOEMA. Com este patrimônio, foi transferido também o ágio que a NOVA PONTE carregava (dentro dos R\$ 471.261.321,47 da conta “Intangível”, conforme quadro “Parcelas cindidas e vertidas para as cindendas” apresentado anteriormente).

16) Após a incorporação da NOVA PONTE, o ágio passou a ser amortizado pela USINA MOEMA. Foram verificadas deduções nos ACs 2011, 2012 e 2013, conforme as DIPJs (anexada à fl. 297) e esclarecimentos da própria empresa (fls. 118 a 121 e 186 a 187).

#### DOS PRESSUPOSTOS PARA A AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO, NOS MOLDES DO ART.386 DO RIR/99

17) Na forma do art. 391 do RIR/99, as contrapartidas da amortização do ágio ou deságio não serão computadas na determinação do lucro real, salvo quando ocorrer a alienação ou baixa do investimento.

18) De acordo com o citado artigo 386, quando uma pessoa jurídica absorve patrimônio de outra em consequência de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, apurado segundo o artigo 385 do RIR/99, e o fundamento econômico desse ágio for a previsão dos resultados de exercícios futuros da sociedade adquirida, é possível desde já a dedução da despesa com amortização da correspondente “mais valia” na apuração do IRPJ e da CSSL.

19) Por meio dessa exceção, a legislação tributária concede um benefício fiscal por meio de uma “ficção fiscal”. A Lei nº 9.532/1997 autoriza a redução dos tributos a serem recolhidos, uma vez que considera que o investimento antes realizado pela pessoa jurídica foi extinto com a incorporação, fusão ou cisão patrimonial realizada com a sua controlada (o próprio investimento).

20) Assim, para gozar da dedutibilidade preconizada no artigo 386 do RIR/99, não basta a pessoa jurídica, por exemplo, simplesmente incorporar uma controlada na qual detenha participação societária com ágio. Entre as condições e requisitos previstos, deve essa pessoa jurídica ter efetivamente suportado o ágio por ele registrado, ou seja, o ágio deve existir, deve ter propósito negocial e substrato econômico a justificar a sua origem; deve também esse ágio ter como fundamento econômico a rentabilidade futura da controlada; o laudo que atesta esse fundamento econômico deve estar arquivado como comprovante da escrituração do ágio; por fim, a sua amortização deverá obedecer ao mínimo de 1/60 para cada mês do período de apuração.

21) O ágio ou deságio, dessa forma, deve sempre decorrer da efetiva aquisição de um investimento oriundo de um negócio comutativo, onde as partes contratantes, interdependentes entre si e ocupando posições opostas, tenham interesse em assumir direitos e deveres correspondentes e proporcionais.

22) Mostra-se, com as premissas aqui expostas, a necessidade do ágio suportado por uma empresa com a aquisição de uma participação societária ter como origem um propósito econômico real, um efetivo substrato econômico, assim como cumprir incondicionalmente todos os requisitos impostos pela legislação aplicável (arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e 385 e 386 do RIR/99) para ter reconhecida como dedutível a despesa com a sua amortização. A presença concomitante de todos esses aspectos é imprescindível ao reconhecimento da existência dessa figura econômica e contábil, assim como para a sua dedutibilidade na apuração do IRPJ e da CSLL.

#### DA AUSÊNCIA DE "CONFUSÃO PATRIMONIAL" COMO PRESSUPOSTO

23) O ágio registrado pela USINA MOEMA com a incorporação de parte cindida da NOVA PONTE não pode ser considerado dedutível para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL nos termos do artigo 386 do RIR/99, o qual repete os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997. O ágio amortizado não observa as condições e requisitos impostos pela legislação para o gozo do aludido benefício fiscal.

24) Com a incorporação de parte cindida da NOVA PONTE pela USINA MOEMA e outras usinas, não houve o encontro num mesmo patrimônio do ágio pago pelas quotas da MOEMA PAR com a própria MOEMA PAR. Quem efetivamente adquiriu a MOEMA PAR não a incorporou.

25) A fim de demonstrar a ausência de "confusão patrimonial" entre o ágio criado quando da aquisição da participação societária da MOEMA PAR e o patrimônio dessa mesma empresa quando da incorporação da NOVA PONTE, destacar-se-ão dois pontos: a um, quem de fato arcou com o pagamento do ágio da participação societária da MOEMA PAR foi a BRUNELLO LTD., empresa localizada nas Bermudas; a dois, mesmo com a transferência do referido ágio para a NOVA PONTE, essa "mais valia" nunca saiu do patrimônio de seu adquirente originário, a BRUNELLO LTD.

26) No que tange ao efetivo pagamento do ágio registrado pela MOEMA PAR com a incorporação da NOVA PONTE, quem de fato o suportou foi a BRUNELLO LTD. O ágio aqui discutido não foi pago nem pela empresa incorporada, nem pela incorporadora.

27) Reprisando os conceitos delineados anteriormente, o propósito comercial e o substrato econômico que deram origem ao ágio registrado ao final pela MOEMA PAR se encontram na operação societária realizada entre os antigos sócios da MOEMA PAR e a BRUNELLO LTD. A integralização do aumento do capital da NOVA PONTE pela BRUNELLO LTD. apenas significou a transferência desse ágio; não a sua criação, o seu surgimento.

## DA IMPOSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA DO ÁGIO

28) Quanto ao propósito negocial que deu origem ao ágio, como dito pelo contribuinte, a aquisição da participação societária da MOEMA PAR decorreu do intuito do grupo BUNGE de ampliar sua participação no mercado sucroalcooleiro.

29) Desta feita, com base nas informações prestadas pelo próprio contribuinte, tem-se que o propósito negocial do ágio decorrente da compra da participação societária da MOEMA PAR se constituiu no grande interesse do grupo BUNGE de expandir suas atividades no Brasil por meio da aquisição das usinas sucroalcooleiras controladas pela mesma. O interesse no patrimônio tangível e intangível destas usinas justificou, assim, o pagamento da “mais valia” pelo grupo BUNGE

30) Acerca do substrato econômico do ágio, esse aspecto é ainda mais inegável. A transferência de riquezas que deu origem ao ágio relacionado à participação sobre as usinas ocorreu de fato entre a BRUNELLO LTD. e os antigos sócios da MOEMA PAR.

31) Com isso, mostra-se que o ágio registrado pela USINA MOEMA com a incorporação da NOVA PONTE apresenta seus fundamentos de existência, validade e eficácia relacionados intrinsecamente à operação societária realizada pela BRUNELLO LTD. quando da aquisição da participação societária da MOEMA PAR. Foi a BRUNELLO LTD. quem teve um propósito negocial ao pagamento do ágio, e quem de fato despendeu riquezas para a sua aquisição.

32) Da criação desse ágio não participaram em nenhum momento, nenhuma das empresas envolvidas na operação societária que deu ensejo à dedução de sua amortização. Nem a USINA MOEMA, nem a NOVA PONTE, arcaram de fato com o pagamento da “mais valia” registrada, assim como sequer possuíam propósito negocial ao seu registro.

33) a única possibilidade de o ágio decorrente da aquisição da participação societária da MOEMA PAR ser dedutível ocorreria caso essa “mais valia” encontrasse a própria MOEMA PAR. E como poderia ocorrer essa possibilidade? Caso a BRUNELLO LTD. tivesse incorporado a MOEMA PAR.

34) O encontro patrimonial proporcionado pela incorporação de parte cindida da NOVA PONTE pela USINA MOEMA ocorreu apenas entre as quotas da USINA MOEMA e o “reflexo contábil” do ágio pago sobre essa participação societária pela BRUNELLO LTD. A participação societária que a NOVA PONTE possuía em face do ágio (pago originalmente pela BRUNELLO LTD.) decorrente da USINA MOEMA foi extinta com a incorporação realizada. Contudo, lá no patrimônio da BRUNELLO LTD., esse mesmo ágio permaneceu intocável, travestido na participação societária da NOVA PONTE. Ora, não havendo a extinção do investimento, não há que se falar em dedução da despesa da amortização do ágio pago na sua aquisição!!

35) Vê-se, assim, que há uma verdadeira tentativa de se transformar o ágio pago pela BRUNELLO LTD, quando da aquisição da participação societária da MOEMA PAR, em uma verdadeira “moeda de dedução”, a qual poderia ser transmitida por ela a quem ela quisesse (“autonomização” do ágio). Sem maiores delongas, é evidente que esse não foi o intuito do legislador ao editar os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

36) A intenção do legislador ao permitir a dedução da despesa com amortização do ágio oriundo da aquisição de uma participação societária foi beneficiar o real adquirente de uma participação societária, não transformar o potencial direito à dedução dessa despesa em uma “moeda” que pudesse ser transferida a quem o seu detentor quisesse.

37) Como demonstrado anteriormente, a transferência do ágio a outra empresa não cancela o pagamento dessa “mais valia” no patrimônio de quem o efetivamente pagou. Assim, tanto o “ágio real” como o seu “reflexo contábil” poderiam ser amortizados a qualquer tempo, a depender, lógico, do cumprimento dos requisitos formais estipulados pela legislação.

38) No caso concreto, como o ágio pago sobre as quotas da USINA MOEMA nunca saiu do patrimônio da BRUNELLO LTD. (ágio real), mesmo após a amortização do “reflexo contábil” desse ágio pela USINA MOEMA após a incorporação da NOVA PONTE, nada impediria que esse “ágio real” fosse posteriormente amortizado pela BRUNELLO LTD., por exemplo, com a eventual incorporação da USINA MOEMA (cumprir observar que isto seria perfeitamente possível, caso a BRUNELLO LTD. fosse uma empresa nacional).

#### DA AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL NA REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA EM SI E DA UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO

39) Se o objetivo do grupo BUNGE e da BRUNELLO LTD. era adquirir a MOEMA PAR e, por conseguinte, o controle das usinas sucroalcooleiras, por que não o fizeram pagando os valores diretamente aos antigos sócios da MOEMA PAR? Por que se utilizar da empresa NOVA PONTE para efetuar a transação?

40) A resposta é basicamente simples. Se tivessem feito diretamente a transação, não teriam como gozar da amortização do vultoso ágio, tendo em vista que este último seria alocado na contabilidade da empresa BRUNELLO LTD., empresa esta que o teria suportado, localizada no exterior.

41) Assim, o caminho para poder fazê-lo seria mediante a utilização de uma empresa “veículo”, a empresa NOVA PONTE, que, ao receber o repasse do ágio pago na transação, seria cindida com suas partes incorporadas pelas empresas controladas, de modo que estas, em tese, usufríssem do benefício. No entanto, o procedimento adotado pela USINA MOEMA e as outras sucroalcooleiras não atende as regras restritivas à amortização do ágio, nos moldes do art. 386 do RIR/99, anteriormente tratadas.

42) João Dácio Rollm e Frederico de Almeida Fonseca, em artigo publicado na Revista Dialética de Direito Tributário nº 158, trazem o seguinte conceito de empresa “veículo”:

*“Em breve síntese, o uso de empresas-veículo permite à sociedade investidora, que originalmente detinha o ágio em seu balanço, transfira o investimento para uma outra empresa do grupo, permitindo a dedução do ágio nesta outra empresa.”*

43) Não integra esse conceito, necessariamente, ser a empresa efêmera, sem capacidade operacional ou deficitária. Basta que se preste ao papel descrito.

44) No caso em epígrafe, segundo sua “Ficha Cadastral” (fls. 298 a 300) e seu “Contrato de Constituição” (anexado à fl. 37), a NOVA PONTE foi criada em 28/04/2006 na cidade de Nova Ponte, Minas Gerais, e tinha como representante da empresa, a agroindustrial Santa Juliana e o sr. Ricardo Jorge Tenório Barbosa. Estes foram substituídos pela empresa JANSPE Empreendimentos e Participações S/A e, finalmente pela Bunge Açúcar e Alcool Ltda. no final de 2008. Na data da aquisição da empresa MOEMA PAR, em 5 de fevereiro de 2010, ingressou como sócia a empresa BRUNELLO LTD., que efetuou os expressivos aportes de capital, até que em abril/2011, ocorreu sua cisão total.

45) Como se pode ver pelas declarações DIPJ (anexadas à fl. 297), segundo seu CNAE, a atividade da empresa era inicialmente “Fabricação de álcool” passando a “Cultivo de cana de açúcar”, mas em todas elas não há custos de produção, nem receitas de vendas e estoques, não há custos com empregados, nem encargos sociais (sem atividades operacionais), desde que foi fundada (DIPJs dos ACs 2006 a 2011). Os únicos valores significativos são aqueles relativos aos aportes de capital feitos pela empresa do exterior, quando da aquisição da MOEMA PAR (DIPJs dos ACs 2010 e 2011). No presente caso, a principal função da empresa NOVA PONTE foi servir de veículo para a criação do ágio e posterior dedução dos encargos de amortização.

46) Empresa “veículo” ou de passagem é aquela criada apenas para servir de passagem de um patrimônio ou de dinheiro, ou para fazer aparecer o ágio, sem que tenha efetivamente outra função.

47) Este teria sido o caso da empresa NOVA PONTE. Esta última foi constituída em 28/04/2006, com capital social de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), e dois sócios (Agroindustrial Santa Juliana S/A e Ricardo Jorge Tenório Barbosa). A sociedade tinha por objeto social a exploração agrícola em geral, a exploração industrial de cana de açúcar e seus derivados, a venda de produtos de sua exploração e fabricação, etc. Conforme visto anteriormente, não houve qualquer atividade operacional da empresa no período em que esteve ativa. No final de 2008, o grupo Bunge adquiriu a empresa em pauta, uma espécie de “empresa de prateleira”, perfeita para a finalidade que almejava. Em 2011, efetuada a transferência de ações da BRUNELLO LTD. e, tendo cumprido o seu papel predeterminado no conjunto das operações que compõem a operação maior, a empresa foi cindida e absorvida pelas suas controladas sucroalcooleiras.

48) Ademais, não poderíamos deixar de observar, no caso em tela, a ocorrência de uma operação denominada “incorporação às avessas”, juntamente com o procedimento de transferência do ágio já descrita no tópico anterior. De fato, anteriormente à incorporação, a BRUNELLO LTD. teria transferido o ágio suportado por ela à NOVA PONTE, que, em tese, teria passado a ser o sujeito jurídico titular da participação societária. Com a cisão da NOVA PONTE e incorporação das partes cindidas pelas sucroalcooleiras, teria ocorrido nova transferência do ágio, desta vez às controladas, que agora passou a integrá-las, ágio este estranhamente resultante da aquisição destas mesmas controladas. E inobstante tal fato, a BRUNELLO LTD, como visto anteriormente, ainda continuaria a ser titular deste mesmo ágio.

49) A constituição da empresa “veículo” NOVA PONTE, seu aumento de capital social mediante a incorporação de ações da BRUNELLO LTD. com enorme ágio e, ao contínuo, transferência do ágio por incorporação à empresa USINA MOEMA e outras, que geraram este mesmo ágio, caracteriza situação que demonstra o fim exclusivo de suprimir ou reduzir o lucro tributável, mediante uma conduta simulada de reorganização societária. A verificação da legitimidade do ágio gerado nas operações de reestruturação societária vai além do exame individualizado dos eventos, exige verificar se o conjunto de eventos está em consonância com os princípios do ordenamento jurídico, não se tratando de atos apenas aparentemente legais, resumindo-se a operações estruturadas em sequência sucessivas com simples produção de documentos.

50) Tendo em vista que a NOVA PONTE pertencia inicialmente ao grupo BUNGE, não há como deixarmos de ressaltar a responsabilidade solidária que o grupo exerceu no procedimento como um todo. Sem dúvida, não há como negar a participação direta das empresas BRUNELLO LTD. e NOVA PONTE nas ações que tinham um fim específico, qual seja, a de amortizar o vultoso ágio pago na aquisição das empresas sucroalcooleiras.

51) No caso examinado, nenhum motivo autônomo se apresenta nos autos que venha a justificar a realização de cada uma das etapas da operação (reavaliação da empresa MOEMA PAR, transferência das ações da BRUNELLO LTD. à NOVA PONTE, com aquisição da MOEMA PAR, incorporação da MOEMA PAR pela NOVA PONTE, cisão desta última e incorporação das partes cindidas da NOVA PONTE pela USINA MOEMA e outras sucroalcooleiras). Isto é, não existia uma finalidade diferente para cada etapa das operações que as justificasse. A finalidade era uma única e somente seria obtida ao término de todas as etapas. Tais circunstâncias nos levam, assim, a apreciar a operação como um todo, sem que se percam de vista, no entanto, as peculiaridades de cada etapa de que a operação se compõe.

52) Outro elemento importante nestas operações em etapas diz respeito ao tempo decorrido entre cada uma delas.

53) Na situação examinada, nenhum evento externo ocorreu que justificasse a sequência de operações em espaço de tempo tão exíguo. A ponto de, por exemplo, ocorrerem várias operações no período entre final de 2009 e abril de 2011.

54) A reorganização societária, para ser legítima, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal. E essa análise não há que ser feita para cada negócio isoladamente, mas com relação ao conjunto de negócios encadeados, como um todo.

55) Uma operação que tinha por fim, declaradamente, adquirir novas empresas ao grupo, mas que visava atingir determinados resultados ocultos. Um mero mecanismo pelo qual se aproveitou de uma reestruturação societária, como disfarce para se encobrir um objetivo real, objeto do qual fora a realização de um plano preconcebido, e não simplesmente a reorganização de uma empresa.

## DA INDEDUTIBILIDADE DA DESPESA

56) A legislação que trata sobre o IRPJ, em especial a Lei nº 4.506/64 — que serviu de base para o disposto no artigo 299 do RIR - e este Regulamento (Decreto nº 3.000/99) em si, é clara e inequívoca ao determinar que as despesas dedutíveis são aquelas necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora e usuais no tipo de operações da empresa. Nota-se que não existe nesses diplomas legais qualquer tipo de enumeração, listagem, exemplificação de quais despesas podem ser consideradas necessárias. Ou seja, em última análise, não há restrições predeterminadas relacionadas à especificidade das despesas na qual cada pessoa jurídica possa vir a incorrer, de onde se depreende que o conceito de despesa dedutível é qualitativo, isto é, prende-se à natureza da despesa. Se a despesa, por sua natureza (não por seu valor) for inerente à atividade da empresa, ou dela decorrente, ou com ela relacionada, ou surgir em virtude da simples existência da empresa e do papel social que ela desempenha, será necessária e dedutível.

57) Como visto anteriormente, as despesas de amortização de ágio no presente caso não são dedutíveis das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, tendo em vista que não atendem aos critérios de dedutibilidade previstos no art. 386 do RIR/99, concomitantemente com o art. 111 do CTN.

## DA MULTA QUALIFICADA

58) A intenção das operações realizadas foi claramente, o aproveitamento do “ágio de si mesmo” pela USINA MOEMA com a dedução dos encargos de amortização daquele ágio através de atos elaborados para convergir a vontade real das partes, que, embora atendendo a algumas formalidades legais, tiveram a função de distorcer o resultado final que se daria naturalmente caso as partes não engendrassem elaborado planejamento.

59) O que se verificou na prática, acima exposta, é que o contribuinte, de forma preparada com trabalho demorado, buscou uma construção artificial e complexa que teve como intuito único e exclusivo dificultar a análise por parte da fiscalização do real motivo da reorganização societária.

60) Com efeito, através dos indícios acima elencados podemos construir de forma cristalina a real vontade das partes.

61) A fundamentação legal da multa qualificada encontra-se no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que menciona intuito de fraude em sua redação original e que, na atual, limita-se a remeter aos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

62) Nesses termos, o que qualifica o agir do sujeito passivo como sonegação ou fraude é o dolo. Significa, portanto, que basta evidenciar o dolo para que se justifique a qualificação da multa de ofício.

63) Nesse sentido, o contribuinte, ao formalizar seus registros contábeis e societários de forma a dar uma aparência de correção a uma amortização em que esteja presente uma reestruturação artificial, pretende induzir a fiscalização a avalizar uma operação que, nessas circunstâncias, seria inoponível à Fazenda.

64) É oportuno consignar que o Conselho Federal de Contabilidade, por intermédio da NBC T11, aprovada pela Resolução nº 820/97, definiu o que seriam fraude e erro em sua área de atuação:

*“11.1.4 - FRAUDE E ERRO*

*11.1.4.1— Para os fins destas normas, considera-se:*

*a) fraude, o ato intencional de omissão ou manipulação de transações, adulteração de documentos, registros e demonstrações contábeis; e*

*b) erro, o ato não intencional resultante de omissão, desatenção ou má interpretação de fatos na elaboração de registros e demonstrações contábeis.”*

65) Desse modo, também do ponto de vista contábil não é possível atribuir aos atos aqui narrados um outro adjetivo diferente de fraude, pois intencionalmente foram omitidas informações sobre a verdadeira natureza da empresa NOVA PONTE e manipuladas as informações inseridas nos documentos elaborados, almejando com isso evadir-se da obrigação de pagar tributos.

66) Há empresas que, sob o pretexto de reorganização societária, simulam situações jurídicas que dissimulam, ocultam, fingem, acobertam a real situação jurídica, com finalidade de enganar o fisco. A simulação está disciplinada no art. 167 do Código Civil.

67) O planejamento tributário engendrado pela empresa, que ao menos no que tange aos seus efeitos fiscais revela o lado perverso das práticas adotadas sob esse manto, representou, em síntese, a utilização de uma reorganização societária, para poder, por meios artificiais, aproveitar-se de benefício fiscal, qual seja, a dedutibilidade de despesas de amortização de ágio, tendo sido este ágio resultante da avaliação das próprias empresas que o geraram. Como se verificou, houve transferência de ágio, incorporação reversa e duplicação do mesmo. A empresa USINA MOEMA estava perfeitamente consciente de todas as etapas do planejamento tributário abusivo na forma de “reestruturação societária”, visando maquiagem sua verdadeira intenção, justificando-se plenamente a aplicação da multa qualificada.

#### DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

68) Conforme já mencionado anteriormente, não há como afirmar que a empresa USINA MOEMA teria logrado executar todas as etapas do planejamento tributário abusivo aqui descrito e analisado, sem a participação das empresas do grupo BUNGE, quais sejam, as empresas BRUNELLO LTD., BUNGE A&B e NOVA PONTE, esta última com a caracterização de “empresa veículo”.

69) Desta forma, incluímos, outrossim, a empresa BUNGE A&B, ex-controladora da empresa NOVA PONTE, atual controladora da empresa USINA MOEMA e representante do grupo BUNGE no Brasil (vide organogramas no tópico 2.1 – Reconstituição dos fatos) como responsável solidária no presente processo, sem prejuízo de sua citação também no processo de Representação para Fins Penais, nos moldes do inciso I do art. 124 do Código Tributário Nacional.

A contribuinte foi cientificada do feito e apresentou impugnação tempestiva que foi julgada parcialmente procedente pela DRJ-RJ, afastando a aplicação da multa

qualificada, tendo em vista a ausência de apuração de tributo, e mantendo, sem reparos, os demais aspectos da autuação.

A responsável Bunge Açúcar & Bioenergia Ltda - CNPJ: 08.948.365/0001-54, também apresentou impugnação objetivando o cancelamento do Termo de Sujeição Passiva vinculado aos autos de infração debatidos, além de, no mérito, atacar a inexistência de obrigação principal e de interesse comum.

No entanto, após apreciação das impugnações, a DRJ manteve a autuação, tendo o Acórdão sido ementado da seguinte forma:

**“ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

*Ano-calendário: 2011, 2012,2013*

**PROVAS DOCUMENTAIS. MOMENTO DE SUA APRESENTAÇÃO**

*As provas que o contribuinte possuir devem ser mencionadas na impugnação e, em se tratando de documentos, sua apresentação deve ser junto àquela. Preclui o direito de o contribuinte apresentá-las em outro momento processual, salvo se o motivo se der em decorrência de força maior, refira-se a fato ou a direito superveniente, ou destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.*

**PEDIDO DE DILIGÊNCIAS. REQUISITOS**

*Considera-se não formulado o pedido de diligências em que não tenham sido expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos desejados.*

**ENQUADRAMENTO LEGAL INCOMPLETO.**

*A capitulação legal incompleta da infração ou mesmo a sua ausência não acarreta a nulidade do auto de infração quando a descrição dos fatos nele contida possibilita ao sujeito passivo tomar conhecimento e defender-se de forma detalhada das imputações que lhe foram feitas.*

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

*Ano-calendário: 2011, 2012, 2013*

**RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INTERESSE COMUM NA SITUAÇÃO QUE CONSTITUA O FATO GERADOR DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL.**

*Comprovado que os benefícios tributários gozados pela contribuinte tiveram origem no negócio jurídico que permitiu esta condição, é correto o entendimento de que há interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.*

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

*Ano-calendário: 2011, 2012,2013*

**TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO PARA EMPRESA VEÍCULO SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO POR SUA CONTROLADA. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO NA**

*CONTROLADA APÓS A INCORPORAÇÃO DA EMPRESA VEÍCULO. Para que sejam satisfeitas as determinações dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9532/97 a reorganização societária deve se dar entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Deve o investimento encontrar o ágio pago por ele. Não havendo a confusão patrimonial entre a empresa investida e sua controladora, utilizada apenas como empresa veículo para transferir ágio arcado efetivamente por empresa diversa, sua amortização é indedutível para efeito de apuração do Lucro Real.*

*MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. Multas de ofício não tem lugar se não houve apuração de tributo na autuação.*

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – CSLL**

*Ano-calendário: 2011, 2012, 2013*

*AUTO DE INFRAÇÃO CORRELATO Sendo uma mesma infração fato gerador que enseja a incidência de outro tributo, a mesma sorte terá o auto de infração correlato observadas sua base de cálculo, período de apuração e alíquota própria.*

*Impugnação Procedente em Parte*

*Sem Crédito em Litígio”*

Contextualizando a r. Decisão, o órgão julgador inicialmente fixou: “a ficção de que a amortização do ágio poderá se dar a 1/60 avos independentemente de qualquer correlação com o auferimento dos lucros pelos quais foi pago (...) bastando que estejam satisfeitas as condições estipuladas no artº 7º da Lei nº 9532/97, estamos diante de uma renúncia fiscal. Logo, deve-se interpretar literalmente todos os dispositivos legais que se relacionarem com este benefício fiscal em consonância com o artigo 111 do CTN.” (fl. 1658)

Adotando tal premissa, a DRJ passou à análise do caso concreto:

*“De acordo com a 9ª alteração do contrato social da NOVA PONTE, acostada às fls. 37, em 05/02/2010 foi aprovado um aumento de capital social de R\$ 81.626.083,00 para R\$ 1.190.466.851,73, ou seja, um aumento de R\$ 1.108.840.768,73 integralizado pela BRUNELLO, que ingressara como sócia naquele momento. A integralização de capital ocorreu mediante conferência de ações da BUNGE LIMITED (Controladora da BRUNELLO). Na mesma data é feita a incorporação da MOEMA PAR pela NOVA PONTE. Houve uma assembléia geral extraordinária de acionistas da USINA MOEMA, cuja ata encontra-se acostada no grupo de fls. 296 na pasta “Atos cadastrados”, documento 2010-101.164.10-5 INCORPORAÇÃO DA MOEMA PAR PELA NOVA PONTE. Nessa ata consta o registro de que foi deliberada e aprovada sem ressalvas a incorporação e o protocolo que estabelece as suas condições. Também foi aprovado o Laudo de Avaliação do Patrimônio Líquido da Cia para efeito de sua incorporação pela NOVA PONTE. Constata-se que o valor para fins de incorporação pela NOVA PONTE foi de R\$ 39.153.130,85. O capital da incorporadora NOVA PONTE permaneceu inalterado no valor de R\$ 1.190.466.851,73, já que detinha 100% do capital da incorporada. A 10ª Alteração do contrato social da NOVA PONTE (acostado no grupo de fls 37), na mesma data de 05/02/2010 e da mesma forma, indica a aprovação sem reservas da incorporação da MOEMA PAR no valor de R\$ 39.153.130,85, nos termos do laudo de avaliação que integra a alteração do contrato social.”*

Considerando tais fatos, a primeira instância julgadora constatou “*que tanto o protocolo, a justificação e o Laudo de avaliação da incorporada MOEMA PAR e incorporadora NOVA PONTE não mencionam ágio algum. Apenas houve contabilização do ágio e informação na DIPJ.*” Constatou, também, que “*a avaliação de rentabilidade futura das usinas teve como data abril de 2010, quase dois meses após a incorporação.*” (fl. 1661)

Adiante, expõe aquela que creio ser sua razão de decidir:

“*Na resposta à intimação de nº 1 a contribuinte informa que o fechamento da operação se deu mediante entrega de ações da empresa BUNGE LTD, de propriedade da NOVA PONTE, e um complemento de valores liquidados em espécie. Ocorre que, analisando-se o demonstrativo supra não se verifica que tenha havido a entrega pela NOVA PONTE das ações da BUNGE LTD para acionistas da MOEMA PAR. Vê-se apenas que, em 05/02/2010, data em que a BRUNELLO LTD ingressa no quadro societário da NOVA PONTE e aumenta o capital desta em R\$ 1.108.840.768,73, consta que houve justamente a entrega desse montante da primeira à segunda e não da NOVA PONTE para a MOEMA PAR. O que se percebe é que as informações obtidas não convergem no sentido de que em 05.02.2010 a NOVA PONTE tenha pago o ágio que foi registrado apenas contabilmente e informado em suas DIPJ. Posteriormente, a autuada voluntariamente entregou o documento de fls. 77 demonstrando a composição do valor R\$ 1.108.840.768,73 que teria sido pago conforme segue:*

111.643.814,44	Ações Família Junqueira - Frutal
89.510.802,02	Ações Família Arakaki - Ouroeste
907.686.152,27	Ações Moema Participações
<b>1.108.840.768,73</b>	

Então, por esta resposta, temos que parte de ações da BUNGE LTD foram entregues diretamente à família Junqueira da Frutal e família Arakaki da Ouroeste, subsidiárias da MOEMA PAR e R\$ 907.686.152,27 diretamente para MOEMA PAR. Na 10ª alteração contratual da NOVA PONTE, que celebrou a incorporação da MOEMA PAR não há previsão de ágio, como já expus e, menos ainda, que houvesse pagamentos a famílias ligadas a subsidiárias da empresa incorporada.

Estes fatos me levam a concluir que, realmente, a BRUNELLO LTD tinha por objetivo apenas adquirir a MOEMA PAR e utilizou a NOVA PONTE para registrar o ágio que só constou no seu lançamento contábil e DIPJ, já que nenhum dos documentos que são obrigatórios previamente à incorporação o menciona, como o Laudo de avaliação do Patrimônio Líquido, protocolo e justificação, conforme já explanei). O ingresso como sócia da empresa NOVA PONTE foi apenas para ter um intermediário que servisse ao fim de incorporar a MOEMA PAR para aproveitamento das amortizações do ágio. Daí o Fisco considerar a NOVA PONTE como empresa veículo. Não importa que a sucessora da NOVA PONTE tenha sido autuada por pagamentos sem causa e ganhos de capital ocorridos conforme consta no processo de nº 10972.720011/2015-61, pois ser uma empresa usada como veículo não quer dizer que tenha sempre existido para este único fim. O que caracteriza a empresa como veículo é, principalmente, sua utilização como intermediária para repasse de recursos que são imediatamente carreados para outro objetivo não operacional, estranho ao seu objeto social, e de interesse exclusivo daquela pessoa jurídica que a utiliza nessa condição. Não corroboro o entendimento da fiscalização que a NOVA PONTE chegue a ser uma

*“empresa de prateleira” porque, embora apresente poucas operações ligadas ao seu objeto social, há informações de que elas existiram. (...) Como afirmei, a NOVA PONTE realmente não chegava a ser uma “empresa de prateleira” porque houve informação de que algumas operações existiram. O que ficou demonstrado nessas DIPJ é que sempre suas receitas foram pífias diante dos custos e despesas. Daí em todos esses anos-calendário não ter havido apuração de IRPJ, tampouco CSLL devidos porque sempre seus resultados foram negativos, inclusive no ano calendário de 2010, após o aumento de capital integralizado pela BRUNELLO LTD. Estes fatos reforçam a tese defendida pela fiscalização de que não poderia haver interesse negocial da NOVA PONTE na MOEMA PAR, mas da BRUNELLO LTD na MOEMA PAR. Afinal, a empresa com potencial de rentabilidade futura excepcional a ponto de gerar um ágio de 3389,39% sobre um patrimônio líquido de R\$ 39.977.463,96 foi a MOEMA PAR. A explicação para que a BRUNELLO LTD primeiro aumentasse o capital da NOVA PONTE, que só apresentava prejuízos, em R\$ 1.108.840.768,73, para, no mesmo dia, fosse adquirida a participação na MOEMA PAR, incorporando-a, é o auferimento exclusivo do benefício tributário de amortização do ágio. É uma combinação de negócios adotada com este único fim não tem propósito negocial atrelado à atividade econômica estampada no objeto social previsto no contrato social. Há limites ao direito de se buscar alternativas para reduzir ou adiar a tributação. A existência de um propósito negocial que justifique as medidas jurídicas é elemento a ser perquirido na análise da validade dos planejamentos tributários. O propósito negocial não pode ser apenas “pagar menos tributos”, pois este nunca será objeto social de nenhuma empresa. É fato que não há lei ordinária estabelecendo procedimentos para a desconsideração de atos ou negócios jurídicos, conforme exige o parágrafo único do artigo 116 do CTN. Mas enquanto persistir esta lacuna o Fisco adotará procedimentos não previstos expressamente em lei ordinária tendentes a demonstrar que houve intenção de dissimular a ocorrência do fato gerador mediante abuso de forma, abuso de direito, etc. O artigo 149, VII, do CTN dá este respaldo: (...)”*

Apesar de discordar da afirmação do Sr. Auditor Fiscal de que a contribuinte seja uma “empresa de prateleira”, o órgão julgador de piso reconheceu a NOVA PONTE como empresa-veículo, constituída com o único propósito de pagar menos tributos, o que caracterizaria uma ação com dolo de fraude, contudo a multa de ofício foi afastada por não ter se apurado tributo a pagar.

Por fim, a DRJ manifesta sua concordância com os termos da autuação em que a BRUNELLO LTD. teria sido a real adquirente da MOEMA PAR, sendo a NOVA PONTE mera empresa veículo.

Neste ponto, o r. acórdão alude a um erro por parte da fiscalização em mencionar que o ágio se encontrava no patrimônio da BRUNELLO LTD porque em 30.04.2010 esta empresa cedeu para a BUNGE LIMITED todas as suas quotas possuídas na condição de sócia da NOVA PONTE, retirando-se da sociedade, conforme 14ª alteração contratual.

Todavia, a DRJ entendeu que tal equívoco da fiscalização não torna improcedente sua conclusão posto que o ágio não se encontrava efetivamente no ativo da NOVA PONTE. Vejamos o trecho do voto:

*“A conclusão da fiscalização é a de que quem efetivamente adquiriu a MOEMA PAR não a incorporou. Concordo com esta assertiva posto que a NOVA PONTE*

*foi utilizada apenas como empresa veículo, conforme demonstrado. Por esta mesma razão a fiscalização menciona não ter havido a extinção do investimento mediante “confusão patrimonial”. Quando a NOVA PONTE foi cindida em 30.04.2011 e parcela do ágio foi vertida para a autuada USINA MOEMA não houve o encontro entre o investimento com o ágio que o gerou porque este, de fato, esteve inicialmente no patrimônio da BRUNELLO LTD, que arcara com a maior parcela do custo do investimento. Diferentemente da fiscalização eu mencionei que esteve no patrimônio da BRUNELLO LTD porque em 30.04.2010 esta empresa cede para a BUNGE LIMITED (sua controladora conforme organograma fornecido pela empresa BUNGE A&B às fls 52/57), todas as suas quotas possuídas na condição de sócia da NOVA PONTE, retirando-se da sociedade (14ª alteração contratual). Mas o equívoco da fiscalização em mencionar que o ágio se encontrava no patrimônio da BRUNELLO LTD por ocasião da cisão não torna improcedente a sua conclusão de que ele não se encontrava efetivamente no ativo da NOVA PONTE. Como já expus, a BRUNELLO LTDA efetuou pagamentos diretamente a famílias pertencentes a quadros societários de empresas controladas pela MOEMA PAR, bem como para esta. O aumento de capital com ações da BUNGE LTD na NOVA PONTE no valor de R\$ 1.108.840.768,73 e da incorporação da MOEMA PAR ocorreram no mesmo dia 05.02.2010. Conforme visto, formalmente, a 10ª alteração contratual da NOVA PONTE não prevê o pagamento de ágio, embora tenha sido registrado na contabilidade e DIPJ e tenha havido liquidação da operação com pagamentos diretos da BRUNELLO LTD aos antigos acionistas da MOEMA PAR em valor significativamente superior ao do patrimônio líquido desta. Ao ceder as quotas da NOVA PONTE para a BUNGE LTD em 30.04.2010 a BRUNELLO LTD transferiu sua participação societária e esta mais valia também. Mas esteja o investimento no patrimônio da BRUNELLO LTD ou BUNGE LTD, certo é que não houve o encontro do ágio com o investimento que lhe deu causa conforme exposto no Termo de Verificação Fiscal.*

*A razão para que a NOVA PONTE tenha sido utilizada deve-se ao fato de a BRUNELLO LTD ser uma empresa estrangeira. Não teria como a amortização do ágio pago ser dedutível nela, razão pela qual se valeu da NOVA PONTE integralizando capital com ações da BUNGE LTD somente para possibilitar o desdobramento do valor da participação societária em investimento e ágio. A questão central não é a amortização de um ágio de si próprio quando houve regular incorporação. Sempre o ágio será de si próprio. O que não é permitido é a amortização de ágio de si próprio quando a incorporação não se consumou entre a pessoa jurídica que efetivamente arcou com a participação societária adquirida com ágio e a empresa que corresponde a esta mesma participação.” (grifos originais)*

Ressalta-se que a DRJ julgou improcedente a impugnação da responsável BUNGE AÇÚCAR & BIOENERGIA LTDA. (BAB), mantendo a responsável no polo passivo por entender que “o interesse da responsabilizada não era apenas no resultado econômico da NOVA PONTE e sua sucessora, mas teve participação ativa e direta no negócio jurídico que promoveu a “poupança” contra futuras tributações. A autuada não poderia se aproveitar do ágio não fosse a atuação da BUNGE AÇÚCAR & BIONERGIA LTDA.” (fl. 1670)

Inconformada com a decisão acima, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário alegando, em síntese, o que segue:

Primeiramente, a recorrente alega que a controvérsia no presente caso limita-se à discussão acerca do real adquirente do investimento na Moema Participações – em especial sobre a regularidade do ágio registrado pela Nova Ponte, não tendo sido questionada a

existência do ágio e seu valor – além, da alegação de que as operações foram efetuadas de forma fraudulenta, com o intuito de impedir a ocorrência do fato gerador do IRPJ e da CSLL.

Delimitado isso, a Recorrente requer a nulidade do acórdão recorrido por considerar que, apesar de este ter acabado por confirmar as premissas existentes na autuação, porém sobre argumentos distintos daqueles firmados pelo Auditor Fiscal, configurando um aperfeiçoamento do lançamento, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

As hipóteses de aperfeiçoamento do lançamento pela DRJ seriam duas: (i) a fiscalização delimitou a lide em relação à forma de aquisição do investimento, enquanto o acórdão questiona a sistemática de liquidação dos atos que originaram o ágio; (ii) diferentemente dos argumentos fiscais, o acórdão afirma que o que justifica a classificação da Nova Ponte como empresa veículo não é a inexistência de atividade operacional, mas o fato de as receitas declaradas serem “pífias” diante dos custos e despesas envolvidos.

Sobre o mérito, aduz o seguinte:

- o ágio amortizado pela Recorrente decorre de operação de aquisição de investimentos de terceiros, sendo que o valor do ágio, o efetivo sacrifício de recursos para a aquisição e a fundamentação do ágio não foram objeto de contestação pela fiscalização não podendo, inclusive, ser objeto de questionamento pela decisão de primeira instância;
- a Nova Ponte não era mera empresa veículo como alegou a fiscalização e o v. acórdão, mas sociedade real e operacional, que adquiriu o investimento em questão, bem como atuou efetivamente na estrutura empresarial do Grupo Bunge desde 2008;
- mesmo que a Nova Ponte seja considerada mero veículo para possibilitar a amortização do ágio, ainda assim não merece prevalecer a autuação em questão, eis que houve efetiva aquisição de investimento de terceiros, com pagamento de preço e apuração de ágio, tudo conforme os art. 7º e 8º da Lei n. 9532/97; e
- ao contrário do que entende a fiscalização e o v. acórdão, os art. 7º e 8º da Lei n. 9532/97 não determinam que haja confusão patrimonial entre investida e uma figura supostamente existente da “investidora que efetivamente pagou o preço”, mas, apenas, a união do ágio ao patrimônio a que ele se refere, com o objetivo de emparelhamento de custos e receitas, o que realmente ocorreu no caso em tela, estando autorizada a amortização do ágio apurado.

Adiante, a Recorrente contradita as demais acusações e alegações constantes no TVF, sustentando que: (a) a Nova Ponte não era “empresa de prateleira”; (b) existência de propósito comercial e substrato econômico; (c) possibilidade de amortização de ágio decorrente de incorporação reversa; (d) inexistência de ágio e de duplicação do ágio; (e) efetividade dos atos praticados; (f) erro de capitulação legal do fato (art. 299 do RIR/99); (g) impossibilidade de inovação do lançamento fiscal pela alegação de omissão de informações sobre o ágio em documentos societários; (h) impossibilidade de exigência de laudo prévio à operação societária que gerou o ágio; (i) inexistência de simulação.

Por fim, o contribuinte alegou o descabimento da multa qualificada, em razão da inexistência da lavratura de lançamento de ofício com cobrança de crédito tributário; argumento esse que fora acatado pela instância julgadora para afastar a cobrança da multa.

Na mesma data, a responsável BUNGE AÇÚCAR & BIOENERGIA LTDA., apresentou seu Recurso Voluntário aduzindo, em preliminar, a nulidade do Termo de Sujeição Passiva, bem como do Acórdão recorrido, respectivamente, pela (i) impropriedade e precariedade da motivação que embasa o Termo de Sujeição Passiva, por meio do qual se pretende imputar responsabilidade solidária à responsável por operações das quais não participou, em relação às quais não obteve quaisquer vantagens econômicas ou fiscais; e (ii) pela evidente tentativa do v. acórdão aperfeiçoar as arguições fiscais, inclusive com nova fundamentação, com o único propósito de manter a suposta responsabilização da responsável e “salvar” o TVF. No mérito, a responsável alegou (a) inexistência de obrigação principal da qual pudesse ser responsabilizada e (b) inexistência de interesse em comum.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa - Relator.

Cientificados da r. Decisão em 30/05/2016, contribuinte e responsável tributário apresentaram recursos voluntários, ambos, em 28/06/2016 (cf. Extrato de fl. 2035). Configurada a tempestividade dos recursos, deles tomo conhecimento.

Tendo em vista a inexistência de Recurso de Ofício nos autos, passo a julgar.

## Preliminares de Nulidade

Inicialmente, deve-se analisar os pedidos de nulidade da decisão recorrida, sob a alegação de haver divergências entre os fundamentos do lançamento e aqueles utilizados para ratificá-lo pela DRJ.

Com relação à primeira hipótese de nulidade aventada, a contribuinte aduz que a fiscalização delimitou a lide em relação à forma de aquisição do investimento, enquanto o acórdão questiona a sistemática de liquidação dos atos que originaram o ágio. Esclarecendo sua alegação, a recorrente cita trecho do acórdão, onde estaria configurada a sobredita distinção, vejamos:

*“Na resposta à intimação de nº 1 a contribuinte informa que o fechamento da operação se deu mediante entrega de ações da empresa BUNGE LTD, de propriedade da NOVA PONTE, e um complemento de valores liquidados em espécie. Ocorre que, analisando-se o demonstrativo supra não se verifica que tenha havido a entrega pela NOVA PONTE das ações da BUNGE LTD para acionistas da MOEMA PAR. Vê-se apenas que, em 05/02/2010, data em que a BRUNELLO LTD ingressa no quadro societário da NOVA PONTE e aumenta o capital desta em R\$ 1.108.840.768,73, consta que houve justamente a entrega desse montante da primeira à segunda e não da NOVA PONTE para a MOEMA PAR. O que se percebe é que as informações obtidas não convergem no sentido de que em 05.02.2010 a NOVA PONTE tenha pago o ágio que foi registrado*

*apenas contabilmente e informado em suas DIPJ. Posteriormente, a autuada voluntariamente entregou o documento de fls. 77 demonstrando a composição do valor R\$ 1.108.840.768,73 que teria sido pago conforme segue:*

111.643.814,44	Ações Família Junqueira - Frutal
89.510.802,02	Ações Família Arakaki - Ouroeste
907.686.152,27	Ações Moema Participações
<b>1.108.840.768,73</b>	

*Então, por esta resposta, temos que parte de ações da BUNGE LTD foram entregues diretamente à família Junqueira da Frutal e família Arakaki da Ouroeste, subsidiárias da MOEMA PAR e R\$ 907.686.152,27 diretamente para MOEMA PAR. Na 10ª alteração contratual da NOVA PONTE, que celebrou a incorporação da MOEMA PAR não há previsão de ágio, como já expus e, menos ainda, que houvesse pagamentos a famílias ligadas a subsidiárias da empresa incorporada.*

*Estes fatos me levam a concluir que, realmente, a BRUNELLO LTD tinha por objetivo apenas adquirir a MOEMA PAR e utilizou a NOVA PONTE para registrar o ágio que só constou no seu lançamento contábil e DIPJ, já que nenhum dos documentos que são obrigatórios previamente à incorporação o menciona, como o Laudo de avaliação do Patrimônio Líquido, protocolo e justificação, conforme já explanei). O ingresso como sócia da empresa NOVA PONTE foi apenas para ter um intermediário que servisse ao fim de incorporar a MOEMA PAR para aproveitamento das amortizações do ágio. Daí o Fisco considerar a NOVA PONTE como empresa veículo. Não importa que a sucessora da NOVA PONTE tenha sido autuada por pagamentos sem causa e ganhos de capital ocorridos conforme consta no processo de nº 10972.720011/2015-61, pois ser uma empresa usada como veículo não quer dizer que tenha sempre existido para este único fim. O que caracteriza a empresa como veículo é, principalmente, sua utilização como intermediária para repasse de recursos que são imediatamente carreados para outro objetivo não operacional, estranho ao seu objeto social, e de interesse exclusivo daquela pessoa jurídica que a utiliza nessa condição. (...)” (fls. 1662/1663)*

Neste ponto, a primeira instância julgadora viu no fato da entrega de algumas das ações da BUNGE LTD., diretamente a algumas famílias que detinham ações da MOEMA PAR – então incorporada pela NOVA PONTE – mais um indício de que a BRUNELLO LTD tinha por objetivo apenas adquirir a MOEMA PAR, utilizando a NOVA PONTE unicamente para registrar o ágio decorrente da aquisição.

Não vislumbro, nessa hipótese, uma inovação ou aperfeiçoamento do lançamento. No caso, as conclusões do órgão julgador foram alcançadas à partir das provas que já constavam dos autos, e serviram para reforçar a presunção constante do lançamento, ou seja, de que quem efetivamente arcou com o ônus da operação foi a BRUNELLO LTD., devendo o ágio existir apenas se o investimento fosse reintegrado ao patrimônio da mesma.

Caso se entendesse pela existência de inovação no caso, ter-se-ia de entender que os julgadores estão sempre limitados a fundamentar seu voto apenas com os argumentos contidos no lançamento, o que iria contrariar o princípio do livre convencimento motivado e, sobretudo, impediria a contraposição dos argumentos da Recorrente.

Com efeito, a DRJ ateve-se aos mesmos fundamentos fáticos expostos pela fiscalização, e aprofundou-se sobre os mesmos fundamentos jurídicos, também expostos na autuação. A respeito disso, a jurisprudência deste Conselho entende o seguinte:

*LANÇAMENTO. INOVAÇÃO PELO ÓRGÃO JULGADOR. FATOS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS. A inovação do lançamento pelo órgão julgador só ocorre quando há modificação da matéria fática e dos fundamentos jurídicos. (Acórdão nº 1301-002.171 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária)*

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça – STJ dessa forma se pronuncia:

*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELA TERCEIRA VEZ NA AÇÃO RESCISÓRIA. COFINS. LEGITIMIDADE DA REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO PELA LEI 9.430/96. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO QUANTO A ARGUMENTOS CONCERNENTES AO NÃO CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA. VÍCIO NÃO EVIDENCIADO. ACLARATÓRIOS PROTETATÓRIOS. MULTA PROCESSUAL MANTIDA. 1. Terceiros aclaratórios pelos quais a contribuinte insiste em asseverar que o acórdão impugnado continua omissivo no que tange à alegação de que não caberia o ajuizamento da presente ação rescisória, porquanto, na data da sua propositura, ainda estava em vigor a Súmula 276/STJ e o STF não havia reconhecido a constitucionalidade do art. 56 da Lei 9.430/96. 2. É cediço que o julgador, desde que fundamente suficientemente sua decisão, não está obrigado a responder todas as alegações das partes, a ater-se aos fundamentos por elas apresentados nem a rebater um a um todos os argumentos levantados, de tal sorte que a insatisfação quanto ao deslinde da causa não oportuniza a oposição de embargos de declaração. No caso concreto, importa repetir que o acórdão embargado, respaldado na jurisprudência do STJ, afastou o enunciado 343/STF e admitiu a ação rescisória por entender que o acórdão rescindendo apreciou equivocadamente matéria de índole constitucional. 3. Os argumentos ventilados pela embargante não dizem respeito a vício de integração do julgado, mas a esforço meramente infringente tendente a respaldar tese que não foi acolhida, o que não é admitido na via dos aclaratórios. Ainda assim, caso a embargante entenda que não foi prestada a jurisdição, caberá a ela intentar a anulação do julgado mediante a interposição de recurso próprio. 4. A presente ação rescisória foi julgada em 14/4/2010 e até o momento a entrega da efetiva prestação jurisdicional vem sendo retardada pela parte sucumbente em razão de repetidos embargos de declaração pelos quais ela busca, tão somente, a modificação do resultado que lhe foi desfavorável. A constatação do caráter protetatório dos aclaratórios justifica a manutenção da multa processual de 1% sobre o valor da causa (art. 538, parágrafo único, do CPC). 5. Embargos de declaração rejeitados (EDcl nos EDcl nos EDcl na AÇÃO*

*RESCISÓRIA Nº 3.788 - PE (2007/0144084-2) RELATOR:  
MINISTRO BENEDITO GONÇALVES.)*

Como visto, não se pode acatar a preliminar de nulidade da decisão *a quo*, quando resta constatado que a mesma em nada inovou – fática ou juridicamente – na autuação debatida, motivo porque, esta primeira hipótese de nulidade aventada resta afastada.

Não obstante, a recorrente entendeu ser nula a decisão recorrida, também, por ter inovado nos argumentos fiscais, quando afirma que o que justifica a classificação da Nova Ponte como empresa veículo não é a inexistência de atividade operacional, mas o fato de as receitas declaradas serem “pífias” diante dos custos e despesas envolvidos.

Para sintetizar este argumento do contribuinte, passo a transcrever trecho do Acórdão recorrido:

*“(…) Como afirmei, a NOVA PONTE realmente não chegava a ser uma “empresa de prateleira” porque houve informação de que algumas operações existiram. O que ficou demonstrado nessas DIPJ é que sempre suas receitas foram pífias diante dos custos e despesas. Daí em todos esses anos-calendário não ter havido apuração de IRPJ, tampouco CSLL devidos porque sempre seus resultados foram negativos, inclusive no ano calendário de 2010, após o aumento de capital integralizado pela BRUNELLO LTD. Estes fatos reforçam a tese defendida pela fiscalização de que não poderia haver interesse negocial da NOVA PONTE na MOEMA PAR, mas da BRUNELLO LTD na MOEMA PAR. Afinal, a empresa com potencial de rentabilidade futura excepcional a ponto de gerar um ágio de 3389,39% sobre um patrimônio líquido de R\$ 39.977.463,96 foi a MOEMA PAR. A explicação para que a BRUNELLO LTD primeiro aumentasse o capital da NOVA PONTE, que só apresentava prejuízos, em R\$ 1.108.840.768,73, para, no mesmo dia, fosse adquirida a participação na MOEMA PAR, incorporando-a, é o auferimento exclusivo do benefício tributário de amortização do ágio. E uma combinação de negócios adotada com este único fim não tem propósito negocial atrelado à atividade econômica estampada no objeto social previsto no contrato social. Há limites ao direito de se buscar alternativas para reduzir ou adiar a tributação. A existência de um propósito negocial que justifique as medidas jurídicas é elemento a ser perquirido na análise da validade dos planejamentos tributários. O propósito negocial não pode ser apenas “pagar menos tributos”, pois este nunca será objeto social de nenhuma empresa. (...)” (fl. 1663)*

Como visto, a DRJ não considera a fundamentação de que a NOVA PONTE seja uma “empresa de prateleira” pelo fato de não haver atividade na mesma; constatando, ao contrário disso, que havia notícia de algumas operações existirem. Entende, que a NOVA PONTE era, isto sim, uma “empresa-veículo”, pois obtinha receitas pífias em face dos custos e despesas, o que seria **um elemento a mais** para caracterizar que não havia qualquer propósito negocial seu em adquirir a MOEMA PAR, e sim da BRUNELLO LTD na MOEMA PAR.

Em que pese a discussão sobre a existência (ou não) de propósito negocial apto a caracterizar uma empresa como “empresa-veículo”, ser uma discussão difícil de se destacar do mérito do caso, aqui vislumbro a possibilidade de aplicação do que foi decidido relativamente à outra hipótese de nulidade.

Isto porque, de forma semelhante, a autoridade julgadora apenas traz um elemento a mais para reforçar as premissas adotadas pela autoridade fiscal. Desta vez, traz o fato das receitas da empresa NOVA PONTE serem ínfimas em relação aos custos e despesas

resultantes da operação que gerou o ágio, o que a caracterizaria como empresa veículo, uma vez que não possuía interesse no negócio realizado.

Como visto, aqui também há apenas um reforço da conclusão a que chegou a autoridade fiscal, à partir do mesmo acervo fático, e decorrente de seu livre convencimento motivado, não havendo qualquer inovação.

Desta forma, REJEITO as preliminares de nulidade aventadas.

### **Mérito**

O ponto de partida para as discussões sobre reconhecimento do ágio, deve ser a análise dos dispositivos legais aplicáveis. De outra forma não poderia ser, haja vista estarmos frente ao Direito Tributário Brasileiro que, por sua estrita vinculação à lei, fez supor que mais do que atinência ao princípio da legalidade, o Direito Tributário deve observância ao princípio da tipicidade cerrada.

Pois bem, em relação ao ágio pago na aquisição de participação societária, há que se observar o disposto nos artigos 385, 386 e 391 do RIR/99, *in verbis*:

*“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):*

*I - valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;*

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

*III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.*

*§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º).*

*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 nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):*

*I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do § 2º do artigo anterior, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;*

*II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso III do § 2º do artigo anterior, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;*

*III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata 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;*

*(...)*

*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 nº 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei nº 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).”*

Primeiramente, é importante traçar um paralelo entre o conceito jurídico-tributário de ágio e o conceito contabilmente aceito para definição do ágio. Isto porque, de fato, existia diferença entre o conceito de ágio construído pelo art. 385 do RIR/99 (que reproduz a disposição do art. 20 do Decreto-Lei 1.958/1977), e aquele pretendido pela contabilidade, cuja a decisão da DRJ-SP1 pretende adotar. Vejamos:

Segundo Eliseu Martins e Sérgio Iudícibus, a Teoria Contábil sempre conceituou o ágio como a diferença entre o preço dos ativos da empresa, isoladamente considerados, e o valor de mercado da companhia, como entidade única em operação.

Porém, André Mendes Moreira (RDDT nº 228) explica que o conceito jurídico de ágio, no Brasil, distanciou-se desta tradição. O art. 248 da Lei nº 6.404/1976

havia determinado que a avaliação dos investimentos relevantes em sociedades coligadas, sobre cuja administração a investidora tivesse influência, ou de que participasse com 20% ou mais do capital social, ou em sociedades controladas, seria realizada pelo valor de patrimônio líquido (diferença contábil entre o valor dos ativos e dos passivos empresariais).

Sendo assim, cuidou o Decreto-Lei n.º 1.598/1977 de determinar, em seu art. 20 (redação reproduzida no art. 385 do RIR/99) que, em sendo o caso de avaliação do investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor do patrimônio líquido, deveria o adquirente da participação societária desdobrar o custo desta aquisição em duas classificações:

- 1) valor do patrimônio líquido na época da aquisição; e
- 2) ágio ou deságio, que é a diferença entre o custo da aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido, apurado pelo método da equivalência patrimonial.

Tendo definido o valor de referência sobre o qual seria calculado o ágio, o legislador decidiu também delimitar os fundamentos econômicos possíveis para o lançamento do ágio, os quais, na conformidade do art. 385, § 2º do RIR/99 são eles: (i) o valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; (ii) valor da rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; e (iii) os fundos de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Assim, possuindo ao menos um desses fundamentos econômicos, o ágio já estaria apto a ser lançado na contabilidade da empresa. A lógica formalista adotada pelo legislador determinou que o preenchimento de requisitos formais bastaria para a existência do ágio, muito embora nem sempre tais requisitos representassem corretamente, na perspectiva da Teoria Contábil, sua substância econômica.

Feitas essas considerações preliminares, volta-se ao caso concreto para destacar trecho do TVF que bem retrata as operações societárias que resultaram na formação do ágio:

No procedimento fiscal que deu origem a este processo, a empresa foi intimada a apresentar o laudo que norteou a aquisição da empresa MOEMA PAR, realizada com pagamento de ágio pelo grupo BUNGE (fls. 2 a 4). A empresa MOEMA PAR controlava cinco sucroalcooleiras, entre as quais a empresa USINA MOEMA. Transcrevemos a seguir, a resposta da empresa, no que concerne aos laudos de avaliação das empresas (fl. 26):

*“O ágio apurado na aquisição do investimento na Usina Moema Participações S/A pela Agroindustrial Nova Ponte em 31/01/2010, teve como fundamento a Rentabilidade Futura dos investimentos que a Usina Moema Participações detinha nas Usinas Operacionais. Isto porque a Moema Participações era uma Holding, que detinha tão somente investimentos em outras sociedades operacionais, motivo principal dos Laudos de Avaliação elaborados por peritos independentes avaliarem as Usinas Operacionais de forma individual.”*

*“Finalizando o processo de aquisição da Usina Moema Participações e considerando que a Nova Ponte poderia desenvolver as atividades de Holding da Moema Participações, efetuamos em 05/02/2010, conforme documentos societários e laudo já enviados a esta fiscalização, a incorporação desta empresa pela Agroindustrial Nova Ponte, e assim, simplificarmos a Estrutura Societária com economia nos custos administrativos, financeiros e tributários, focando esforços no negócio / atividades desenvolvidas diretamente pelas empresas operacionais.”*

A empresa apresentou o laudo de apuração do PL da empresa MOEMA PAR, elaborado pela em 05/02/2010, avaliada em R\$ 39.153.130,85 (à fl. 34 – “Laudo de avaliação PL”). Neste valor não haviam sido consideradas as participações dos sócios minoritários (planilha com todos os sócios à fl. 295 e conciliação e comprovação dos valores na resposta de 29/06/2015 à fl. 305) e custos do projeto para a aquisição das demais usinas, cujo total era aproximadamente 800 mil reais, resultando num total de R\$ 39.977.463,96 (resposta de 01/04/2015, às fls. 134 a 139 e resposta de 15/07/2015, às fls. 308 a 310). Quanto à avaliação de rentabilidade futura das usinas, foram apresentados à Fiscalização diversos laudos de 2010, da Ernst & Young, um para cada usina controlada pela MOEMA PAR, separadamente (anexados à fl. 36), totalizando um valor aproximado de R\$ 1.550.734.000 (um bilhão, quinhentos e cinquenta milhões, setecentos e trinta e quatro mil reais). O ágio pago pelo grupo BUNGE na aquisição da MOEMA PAR foi igual a R\$ 1.354.994.009,12 (um bilhão, trezentos e cinquenta e quatro milhões, novecentos e noventa e quatro mil, nove reais e doze centavos – planilha “Composição do Valor do ágio” anexada à fl. 36):

<b>Nome da Usina</b>	<b>Valor de rentabilidade futura (Ernst &amp; Young)</b>
Moema	646.002.000
Itapagipe	172.245.000
Frutal	168.169.000
Guariroba	251.958.000
Ouroeste	312.360.000
<b>Total</b>	<b>1.550.734.000</b>

A aquisição foi feita mediante aportes de capital da BRUNELLO LTD. na NOVA PONTE. O aporte inicial, em 05/02/2010 (9ª alteração do contrato social da NOVA PONTE anexada à fl. 37), proporcionou a aquisição da MOEMA PAR e de sua maior controlada, a empresa USINA MOEMA integralmente, com o pagamento aos ex-sócios da MOEMA PAR, do montante dividido entre uma pequena parte em dinheiro (torna) e o restante em forma de troca de ações da MOEMA PAR por ações da BUNGE (doc. "Termo de Fechamento" anexado à fl.140). Foram apresentados os contratos de câmbio utilizados na transferência do capital (fls. 71 a 76), mediante "Conferência internacional de ações ou Quotas". Em 05/02/2010, o grupo adquiriu a MOEMA PAR e, na mesma data, esta última foi incorporada pela NOVA PONTE.

Os aportes subsequentes da BRUNELLO LTD. na NOVA PONTE tiveram como objetivo adquirir as partes das usinas sucroalcooleiras que não eram controladas pela MOEMA PAR (contratos de câmbio às fls. 84 a 105 e subsequentes alterações do contrato social da NOVA PONTE anexadas à fl. 37).

A contabilização dos lançamentos aos aportes na NOVA PONTE foi efetuada: no lado do ativo, nas contas "Investimentos" e "Ágio" e no lado do passivo, na conta "Capital Social", conforme as informações obtidas por esta Fiscalização (balancete do AC 2010 e razão da conta "Ágio Moema – Investimentos e Participações" anexados à fl. 301)

Em 2011, conforme já relatado, ocorreu a cisão total da NOVA PONTE, com a incorporação das partes cindidas pelas sucroalcooleiras controladas (incorporação reversa). A maior parcela do patrimônio da NOVA PONTE foi absorvida pela USINA MOEMA. Com este patrimônio, foi transferido também o ágio que a NOVA PONTE carregava (dentro dos R\$ 471.261.321,47 da conta "Intangível", conforme quadro "Parcelas cindidas e vertidas para as cindendas" apresentado anteriormente).

Após a incorporação da NOVA PONTE, o ágio passou a ser amortizado pela USINA MOEMA. Foram verificadas deduções nos ACs 2011, 2012 e 2013, conforme as DIPJs (anexada à fl. 297) e esclarecimentos da própria empresa (fls. 118 a 121 e 186 a 187).

Adiante, a Autoridade Fiscal fixa os pressupostos para a amortização do ágio, consignando que o art. 386 do RIR/99, ao determinar a possibilidade de a pessoa jurídica, de pronto, deduzir a despesa de ágio com amortização da correspondente mais valia na apuração do IRPJ e da CSLL, concede verdadeiro benefício fiscal. Sendo assim, para gozar da dedutibilidade mencionada, o artigo 386 do RIR/99 deve ser interpretado literalmente, o que, no seu entender, implica que para existir, o ágio deve ter sido efetivamente suportado por aquele que o registra; deve ter propósito negocial; substrato econômico; deve ter como fundamento econômico a rentabilidade futura da controlada; o laudo que atesta esse fundamento econômico deve estar arquivado como comprovante da escrituração do ágio; por fim, a sua amortização deverá obedecer ao mínimo de 1/60 para cada mês do período de apuração.

Assevera mais, que o ágio deve sempre decorrer da efetiva aquisição de um investimento que, por sua vez, *"deve sempre importar o dispêndio de um gasto (econômico ou patrimonial) pelo adquirente e o respectivo ganho (também econômico ou patrimonial) auferido pelo alienante. Sem essa troca de riquezas e da titularidade do*

*investimento, não há que se falar em aquisição, e, como consequência, no surgimento de ágio ou deságio.” (fl. 377)*

Ainda sobre a formação do ágio, o Sr. Auditor Fiscal argumenta que “*não houve o encontro num mesmo patrimônio do ágio pago pelas quotas da MOEMA PAR com a própria MOEMA PAR*”, pois no que tange ao efetivo pagamento do ágio registrado pela MOEMA PAR com a incorporação da NOVA PONTE, “*quem o de fato suportou foi a BRUNELLO LTD,*” sendo que a única possibilidade de haver ágio, era se a BRUNELLO LTD tivesse incorporado a MOEMA PAR.

O AFRFB alega que não houve propósito negocial nas operações de reestruturação societária, tendo a empresa NOVA PONTE sido utilizada, unicamente, como canal de passagem de um patrimônio ou de dinheiro.

Argumenta que nenhum motivo autônomo se apresenta nos autos que venha a justificar a realização de cada uma das etapas das operações societárias, que não amortizar o vultoso ágio pago na aquisição das empresas sucroalcooleiras, à evidência do curto espaço de tempo em que cada uma dessas ocorreu.

Esclarecidos os pontos levantados pela Autoridade Fiscal, passo à análise.

Com relação ao registro e reconhecimento do ágio, passando ao largo da discussão sobre a natureza jurídica do instituto previsto no art. 386 do RIR/99, – se benefício fiscal ou permissivo legal a que a amortização fiscal faça frente à rentabilidade futura – não vejo razoabilidade em tomar-se como interpretação literal da norma, a consideração econômica do fato jurídico e a análise de existência de propósito negocial, como sugere o Sr. Auditor Fiscal.

Isto porque, a interpretação literal – se possível – parece ater-se unicamente ao arranjo sintático do texto legislado, ou seja, à forma como as palavras estão organizadas nos dispositivos de lei. Assim, creio que nesse sentido, mesmo considerando a norma como uma benesse decorrente de uma renúncia fiscal, o intérprete da lei deveria adotar a lógica formalista do Decreto-Lei n.º 1.598/1977, em seu art. 20 (redação reproduzida no art. 385 do RIR/99), e considerar existente o ágio sempre que haja uma diferença positiva entre o valor patrimonial da incorporada/cindida e o preço pago pela participação societária, como exige o art. 20 do Decreto-Lei 1.598/77, não cabendo ao intérprete distinguir onde a lei não distingue.

Nada obstante, a autoridade fiscal deixou claro que para que o ágio registrado seja dedutível nos termos do artigo 386 do RIR/99, deve a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento incorporar esse investimento, em outros termos, ágio deve ser de fato pago por alguma das pessoas jurídicas que participam da incorporação, fusão ou cisão societária. Logo, como quem de fato arcou com o pagamento do ágio da participação da MOEMA PAR foi a BRUNELLO LTD, o ágio só poderia ser amortizado se houvesse incorporação do investimento ao seu patrimônio, o que não ocorreu.

Aqui, registro minha discordância com a conclusão alcançada pelo Sr. Auditor Fiscal, pois como se extrai do próprio TVF, a aquisição que deu origem ao ágio foi feita mediante aportes de capital da BRUNELLO LTD. na NOVA PONTE que, por sua vez, adquiriu a MOEMA PAR e sua maior controlada a USINA MOEMA, sendo que o montante pago foi dividido em permuta de ações da MOEMA PAR por ações da BUNGE e uma parte – correspondente a 9,06 % - em dinheiro, pagos com recursos próprios da NOVA PONTE.

Fundamento minha discordância no fato de que uma vez feito o aporte de capital da BRUNELLO LTD na NOVA PONTE, mediante integralização de ações,

registrada em documentação hábil, estas são de propriedade da NOVA PONTE. Logo, se esta dispõe dessas ações em operação de permuta com ações da MOEMA PAR, no meu entender, fica claro que a NOVA PONTE participou das duas operações, não havendo motivos para se cogitar – formalmente – de aquisição por parte da BRUNELLO LTD.

Outrossim, não vejo razão na constatação da DRJ quando afirma que *as informações obtidas não convergem no sentido de que em 05.02.2010 a NOVA PONTE tenha pago o ágio que foi registrado apenas contabilmente e informado em suas DIPJ* (fl. 1662), pois, conforme verificado anteriormente, a operação de aquisição da MOEMA PAR pela NOVA PONTE se deu pela permuta de ações que os sócios da MOEMA PAR detinham na então incorporada, por ações da BUNGE, acrescido de uma quantia paga em dinheiro (torna).

Desta forma, a planilha anexada pelo contribuinte em resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 1, incorporado ao corpo do voto, conjugado com o Contrato de Investimento entre os Acionistas da Usina Moema Participações S.A. (acionistas da MOEMA PAR) e a Agroindustrial NOVA PONTE LTDA. (fls. 689/751), já servia para constatar-se que houve pagamento em ações e dinheiro em nome de NOVA PONTE aos acionistas da MOEMA PAR.

Subsidiando tal entendimento, o contribuinte anexou, juntamente com sua peça de Recurso Voluntário, documentos que demonstram o dispêndio de recursos da NOVA PONTE em negócios direcionados à aquisição da MOEMA PAR, a exemplo do contrato de câmbio e venda feito com o BANCO BRADESCO S.A. (fls. 1809/1826), e Demonstrativo de pagamento em ações e espécie (fl. 1808), ambos em nome da NOVA PONTE.

Porém, mesmo na hipótese de ter sido a BRUNELLO LTD. quem efetivamente tivesse arcado com o ônus econômico da operação, e se tivesse, por conseguinte, a aquisição feita pela NOVA PONTE por uma simulação, ainda encontrar-se-ia óbice para sustentar a autuação, quando se tem em conta a “torna”, isto é, a parte da liquidação da operação que se efetuou em dinheiro, com recursos próprios, e preexistentes, da NOVA PONTE.

Ora, se acolhermos a lógica do Sr. Auditor, ou seja, de que o ágio deve sempre importar o dispêndio de um gasto (econômico ou patrimonial) pelo adquirente e o respectivo ganho (também econômico ou patrimonial) auferido pelo alienante, há de se admitir que a glosa não poderia ser da integralidade do ágio amortizado, pois a parte da aquisição que foi paga com os recursos próprios da NOVA PONTE (“torna”), deveria ser reconhecida como legítimo ágio. Aqui, acredito haver contradição na autuação, não superada, ou sequer enfrentada, pela decisão da DRJ.

Ademais, é importante ressaltar, que houve erro por parte da fiscalização, o qual foi prontamente identificado pela DRJ, ainda que este órgão colegiado tenha concordado com a conclusão da fiscalização de que teria sido a BRUNELLO LTD., e não a NOVA PONTE, quem efetivamente adquiriu a MOEMA PAR. Vejamos o referido trecho:

*“A conclusão da fiscalização é a de que quem efetivamente adquiriu a MOEMA PAR não a incorporou. Concordo com esta assertiva posto que a NOVA PONTE foi utilizada apenas como empresa veículo, conforme demonstrado. Por esta mesma razão a fiscalização menciona não ter havido a extinção do investimento mediante “confusão patrimonial”. Quando a NOVA PONTE foi cindida em 30.04.2011 e parcela do ágio foi vertida para a autuada USINA MOEMA não houve o encontro entre*

*o investimento com o ágio que o gerou porque este, de fato, esteve inicialmente no patrimônio da BRUNELLO LTD, que arcara com a maior parcela do custo do investimento. Diferentemente da fiscalização eu mencionei que esteve no patrimônio da BRUNELLO LTD porque em 30.04.2010 esta empresa cede para a BUNGE LIMITED (sua controladora conforme organograma fornecido pela empresa BUNGE A&B às fls 52/57), todas as suas quotas possuídas na condição de sócia da NOVA PONTE, retirando-se da sociedade (14ª alteração contratual). Mas o equívoco da fiscalização em mencionar que o ágio se encontrava no patrimônio da BRUNELLO LTD por ocasião da cisão não torna improcedente a sua conclusão de que ele **não se encontrava efetivamente no ativo da NOVA PONTE**. Como já expus, a BRUNELLO LTDA efetuou pagamentos diretamente a famílias pertencentes a quadros societários de empresas controladas pela MOEMA PAR, bem como para esta. O aumento de capital com ações da BUNGE LTD na NOVA PONTE no valor de R\$ 1.108.840.768,73 e da incorporação da MOEMA PAR ocorreram no mesmo dia 05.02.2010. Conforme visto, formalmente, a 10ª alteração contratual da NOVA PONTE não prevê o pagamento de ágio, embora tenha sido registrado na contabilidade e DIPJ e tenha havido liquidação da operação com pagamentos diretos da BRUNELLO LTD aos antigos acionistas da MOEMA PAR em valor significativamente superior ao do patrimônio líquido desta. Ao ceder as quotas da NOVA PONTE para a BUNGE LTD em 30.04.2010 a BRUNELLO LTD transferiu sua participação societária e esta mais valia também. Mas esteja o investimento no patrimônio da BRUNELLO LTD ou BUNGE LTD, certo é que não houve o encontro do ágio com o investimento que lhe deu causa conforme exposto no Termo de Verificação Fiscal.” (fls. 1664/1665)*

Como visto, mesmo verificando o equívoco da autoridade fiscal ao afirmar que, na época da cisão da NOVA PONTE, quando parcela do ágio foi vertida para a autuada USINA MOEMA, não houve encontro entre o investimento com o ágio que o gerou porque este estava no patrimônio da BRUNELLO LTD., esta que, à época desses fatos já havia cedido todas as suas quotas possuídas na condição de sócia da NOVA PONTE para BUNGE LIMITED.

Portanto, mesmo identificando o equívoco do Sr. Auditor Fiscal, a DRJ mantém a autuação ratificando a conclusão da fiscalização, balizada na premissa de que quem efetivamente adquiriu e assumiu o ônus econômico da operação fora a BRUNELLO LTD. Contudo, ao longo deste voto, crer-se ter demonstrado que não é dado ao intérprete chegar a tal conclusão quando há provas que os pagamentos, tanto em ações quanto em dinheiro, foram feitas pela NOVA PONTE, sendo legítimo o ágio registrado em sua contabilidade, e posteriormente transferido à autuada.

Com relação à caracterização dessa como “empresa veículo”, em que pese, considerar desnecessária tal discussão – por levar em conta a consideração econômica do fato jurídico tributário, trazendo para o âmbito de aplicação da norma a existência de propósito negocial, o que não é admitido no Direito Tributário Brasileiro, no qual se observa hierarquia entre o princípio da (estrita) legalidade tributária sobre o princípio da igualdade.

A DRJ entende por “empresa-veículo” aquela utilizada como intermediária para repasse de recursos que são imediatamente carreados para outro

*objetivo não operacional, estranho ao seu objeto social, e de interesse exclusivo daquela pessoa jurídica que a utiliza nessa condição.* A primeira instância julgadora considera como “pífias” as receitas da empresa NOVA PONTE, em face dos custos e despesas assumidos nas operações de reestruturação societária que deram azo ao ágio; tendo, por isso, reconhecido a falta de propósito negocial em tais operações.

Pois bem, a despeito da clara insegurança jurídica que a análise da motivação dos contribuintes em situações como a descrita acima, ou seja, apesar do contrassenso que seria permitir aos julgadores deste Conselho que averiguassem o intuito daqueles que agiram em conformidade com a lei tributária, o assunto merece uma análise mais detida.

Em sua marcante tese de doutoramento (“Teoria da Imposição Tributária”, Ed. Saraiva, 1983) Ives Gandra da Silva Martins, apresentou pela primeira vez, à luz do direito tributário moderno, que o tributo correspondia a uma norma de rejeição social.

Na obra, argumentou que a norma tributária não goza da mesma aceitação que normas como a do direito à vida. Neste sentido, chegou à conclusão de que, quanto à norma tributária, tratava-se de norma de restrição de direitos em favor da sobrevivência do Estado, retirando da sociedade parcela daquilo que produz, objetivando o preenchimento das finalidades públicas.

A norma de rejeição social implica sempre restrição de direitos. No mesmo sentido, a norma tributária implica restrição do direito à propriedade, aos rendimentos e ganhos do trabalho e capital e proventos de qualquer natureza, razão pela qual os princípios pertinentes à norma de rejeição social são igualmente aplicáveis à norma tributária.

Na vanguarda de tais princípios, estão aqueles que compõem o primado da legalidade, estes: o princípio da estrita legalidade (apenas o que estiver plenamente desenhado na lei obriga), da tipicidade fechada (impõe que o legislador preveja, na maior medida do possível, os aspectos necessários à constituição do fato gerador) e o princípio da reserva da lei (vincula a imposição tributária à reserva de lei formal, entendida como aquela elaborada com participação precípua da representação popular).

Para o debate em tela, me reservo à análise do princípio da estrita legalidade que, em outras palavras, decorre do caráter de restrição imputados tanto à Administração quanto ao Administrado. Sobre o referido princípio Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 41.) expressa:

*“A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.*

*A eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da Lei n. 9.784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.”*

Como exposto, o princípio da estrita legalidade aplicado à Administração (Legalidade da administração), compreende a ideia de subordinação da Administração Pública às leis; sendo que esta somente poderá fazer aquilo determinado em lei, e não aquilo que a lei expressamente proibir.

Estando, o ato administrativo, estritamente aprisionado aos quadrantes da lei, não cabe à Administração adentrar na motivação do particular em proceder conforme os ditames legais. A alegação de “inexistência de propósito negocial” advém de construção jurisprudencial estrangeira que não encontra validade no nosso Ordenamento Jurídico, justamente por conflitar com uma gama de princípios, como o da Legalidade tributária, descrito acima, além de outros princípios como a liberdade de iniciativa e iniciativa privada, estes últimos provenientes da Ordem Econômica.

Neste sentido, colaciono as seguintes ementas provindas de Acórdãos deste Conselho:

*PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. PROPÓSITO NEGOCIAL. EMPRESA VEÍCULO.*

*Os dispositivos legais concernentes ao registro e amortização do ágio fiscal não vedam que as operações societárias sejam realizadas, única e exclusivamente, com fins ao aproveitamento do ágio. Bem como, nota-se que tal regra não está presente em nenhum outro dispositivo legal de nosso sistema jurídico, seja nacional ou federal. Neste tom, registra-se, nenhuma norma pátria veda que a realização de negócios tenha por finalidade a redução da carga tributária - de forma lícita. É o que se observa no §3º, art. 2º da Lei das SA, o qual dispõe que a companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades (empresa veículo), também, como forma de beneficiar-se de incentivos fiscais.*

*Some-se a tal assertiva o fato de que a contribuinte possuía motivação negocial, clara, posto que encontrava-se impedida, por regras da ANEEL, de realizar a incorporação diretamente. Motivo pelo qual se valeu de uma empresa veículo. (Acórdão nº 1302-001.978; Relatora: Talita Pimenta Felix; Data da Sessão: 14/09/2016)*

*REQUISITOS PARA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO. EXISTÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.*

*Ausente conduta tida como simulada, fraudulenta ou dolosa, a busca de eficiência fiscal em si não configura hipótese de perda do direito de dedução do ágio, ainda que tenha sido a única razão aparente da operação.*

*A existência de outras razões de negócio que vão além do benefício fiscal, apenas ratifica a validade e eficácia da operação.*

*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. (Acórdão nº 1201-001.507; Relator: Luis Fabiano Alves Penteado; Data da Sessão: 14/09/2016).*

As ementas acima são contundentes ao afirmarem que a existência de propósito negocial seria apenas um “plus” para demonstrar a validade e lisura das operações

societárias; não havendo fundamento para a referida exigência no âmbito da legalidade, nem cabendo à Administração realizar exigências diversas das previstas em lei.

Neste ponto, é importante pontuar que a lei tributária assume seu atributo de imperatividade quando constatada a ocorrência do fato jurídico tributário, não tolerando outra conduta do sujeito passivo que não o adimplemento da obrigação tributária, sob pena de sanção punitiva.

Contudo, a imperatividade da lei tributária reside, justamente, no conseqüente de sua norma, ou seja, na obrigação do sujeito passivo em recolher um valor exprimível em moeda ao sujeito ativo da prestação. Esta obrigação decorre da verificação de um fato ocorrido em determinada local e tempo, e constituída por meio do lançamento tributário. Assim, se o atributo imperativo da lei tributária está em seu conseqüente, conclui-se que somente haverá fraude à referida lei, se seu comando (recolher tributo) for frustrado por quem incorra no fato jurídico tributário.

Não existe, contudo, qualquer comando imperativo no antecedente da norma tributária obrigando o particular a incorrer no fato jurídico tributário, sendo ele livre para organizar-se da forma que, licitamente, lhe oferte menor oneração.

Por outro lado, é importante ressaltar que mesmo os atos procedidos pelo contribuinte em plena atenção às disposições legais podem ser desconsiderados uma vez constatada a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo, ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, isto é, quando se comprove que o sujeito passivo agiu com dolo, fraude ou simulação.

No entanto, desperto atenção para os seguintes fatos constatados pela própria DRJ no r. Acórdão: **(i)** que a empresa NOVA PONTE já existia havia cerca de 2 (dois) anos antes do aporte de capital pela BRUNELLO LTD, possuindo atividade, funcionários e receitas, ainda que considerada pífias; e **(ii)** que a NOVA PONTE pagou – com recursos próprios, e alheios ao aporte de capital feito pela BRUNELLO LTD – a quantia de R\$ 126.396.091,23 (cento e vinte e seis milhões, trezentos e noventa e seis mil e noventa e um reais e vinte e três centavos), correspondentes a 9,06 % do total pago na aquisição da MOEMA PAR, o que, em qualquer contexto, deve ser considerada uma vultosa quantia, apta a caracterizar o interesse/propósito negocial.

Assim, mesmo que fosse dado ao intérprete da norma analisar o propósito negocial com que as operações societárias foram procedidas, ou com que os aportes de capital se deram, creio que no caso a empresa NOVA PONTE que tinha pequena quantidade de receita, e que dispendeu recursos próprios – alheios àqueles aportados pela BRUNELLO LTD. – no caso em espeque, não entendo possível a configuração da utilização de “empresa-veículo”.

Por fim, com relação à ausência de contemporaneidade do laudo ao momento da aquisição, entendo que *a demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração*, deve se prestar a explicar o motivo do sobrepreço pago na aquisição, sendo necessário, para tanto, que a referida demonstração se reporte aos fatos contemporâneos à aquisição, e não que seja ele (laudo/demonstração) contemporâneo à aquisição. É o que se compreende do seguinte precedente deste Conselho:

*ÁGIO. FUNDAMENTO. DEMONSTRAÇÃO  
CONTEMPORÂNEA AOS FATOS. NECESSIDADE.*

*A lei exige que o lançamento do ágio com base no valor de mercado ou na expectativa de rentabilidade futura seja*

*baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.*

*Não há a exigência de que a comprovação se dê por laudo, mas por qualquer forma de demonstração, contemporânea aos fatos, que indique por que se decidiu por pagar um sobrepreço.*

*Caso em que se demonstrou que o ágio foi pago com base na expectativa de resultados futuros, tanto por documentos contemporâneos ao investimento, quanto por laudo elaborado posteriormente com base em informações da época.*

Destarte, tendo em conta que o contribuinte apresentou demonstrativo apto a demonstrar a rentabilidade que se espera obter com a aquisição da MOEMA PAR, entendo presente o fundamento econômico alegado.

Em conclusão, estamos diante de conjunto fático no qual houve registro de ágio decorrente da diferença entre o valor do patrimônio líquido da empresa incorporada e o valor efetivamente pago à título de rentabilidade futura pela incorporadora; não havendo relação de dependência entre as partes; com arquivamento da demonstração de rentabilidade futura do investimento; e as reorganizações societárias operaram-se com substância econômica.

Por todo o exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário do contribuinte.

Destarte, por conta da relação direta de causa e efeito, fica exonerada da obrigação tributária a responsável BUNGE AÇÚCAR E BIOENERGIA LTDA., CNPJ 08.948.365/0001-54.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa