



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

**Processo n°** 16561.720104/2014-22  
**Recurso n°** De Ofício e Voluntário  
**Resolução n°** **1402-000.661 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**  
**Data** 12 de junho de 2018  
**Assunto** GANHO DE CAPITAL - INCORPORAÇÃO DE AÇÕES  
**Recorrentes** FB PARTICIPACOES S.A.  
FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência para que a PGFN tome ciência e se manifeste sobre os documentos, memoriais e parecer juntados pela recorrente após o processo ser indicado para pauta.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Rogério Borges, Caio Cesar Nader Quintella, Sergio Abelson (Suplente convocado), Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Eduardo Morgado Rodrigues (Suplente Convocado) e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

## Relatório

Trata-se de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário interpostos contra o acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo (SP), que manteve parcialmente o crédito tributário, cujo lançamento foi realizado por meio do Auto de Infração lavrado em face de FB PARTICIPAÇÕES S.A. O caso foi relatado pela Instância *a quo* nos seguintes termos:

### "DA AUTUAÇÃO

Conforme Termo de Verificação Fiscal de fls. 516/549, em fiscalização empreendida junto à contribuinte acima identificada, constatou-se o seguinte:

### DA INTRODUÇÃO

1. A presente auditoria objetiva verificar o recolhimento do IRPJ e da CSLL incidentes sobre o ganho auferido pela FB Participações ("FB", fiscalizada) quando da unificação dos grupos JBS e Bertin no final de 2009. A FB foi criada para exercer o papel de holding no contexto da união das operacionais JBS S.A. ("JBS") e Bertin S.A. ("Bertin") dos dois conglomerados.

2. A primeira comunicação pública oficial a respeito da associação entre os dois grupos foi feita em 16/09/2009 pela JBS. O Fato Relevante arquivado na CVM (doc. 29) informava como se daria a unificação:

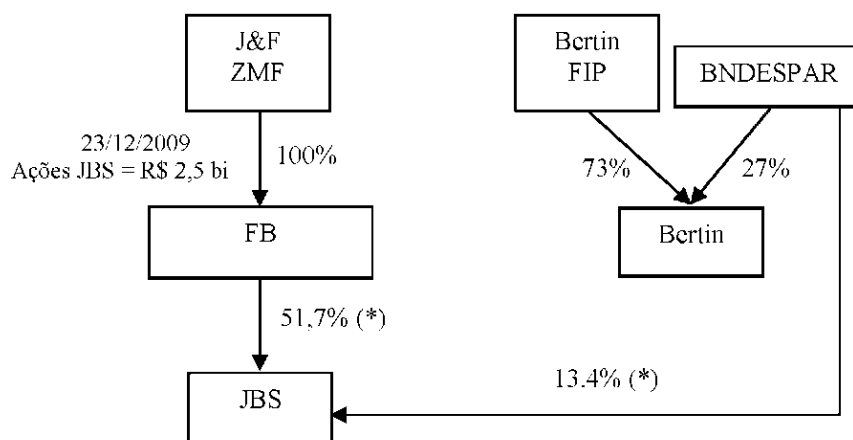
*“Conforme o Acordo de Associação, os acionistas controladores da JBS, J&F Participações S.A. ("J&F") e ZMF Fundo de Investimento em Participações ("ZMF") concordaram em contribuir para uma sociedade holding ("Nova Holding") a totalidade das ações que ambos detêm na JBS. Os acionistas controladores da Bertin, por sua vez, concordaram em contribuir para a Nova Holding ações representativas de 73,1% do capital da Bertin. A Nova Holding, portanto, passará a ser a acionista controladora tanto da Bertin como da JBS”.*

3. Como informado nas Notas Explicativas da JBS do ano de 2010 (doc. 31), a "Nova Holding" foi criada em 23/12/2009, mediante a integralização, realizada por cerca de R\$ 2,5 bilhões, das ações JBS detidas pelos então controladores da JBS. Com isso, a holding passou a controlar diretamente 51,7% do capital da JBS. O acionista controlador da Bertin a que se refere a nota explicativa é o Bertin Fundo de Investimento em Participações ("Bertin FIP" ou "FIP" ou "fundo").

4. Nota-se, desde o primeiro comunicado, que a intenção das partes era exercer o controle das empresas operacionais dos dois grupos por meio de uma holding. A holding em questão passou a chamar-se FB Participações. Um novo Fato Relevante foi então divulgado em 14/12/2009 (doc. 30), trazendo mais detalhes de como se implementaria a associação. O "Passo 1" descrito nesse Fato Relevante, que inclusive corrobora a intenção de que os controladores da Bertin não seriam sócios da JBS, mas da holding, é o seguinte:

“Passo 1. Os acionistas da Bertin deverão aprovar, em assembleia geral, a Incorporação de Ações, mediante a emissão de novas ações ordinárias da JBS. Em seguida, os acionistas controladores da Bertin subscreverão novas ações de emissão da Nova Holding, a serem integralizadas mediante a entrega, à Nova Holding, da parcela das novas ações da JBS a serem atribuídas aos acionistas controladores da Bertin (“Novas Ações JBS”), nos termos do “Passo 2” abaixo:”.

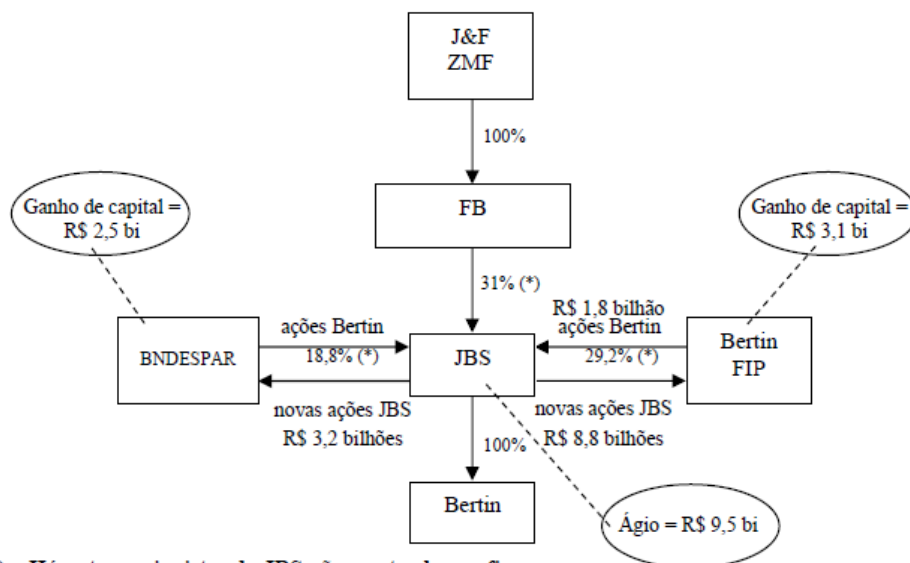
5. Algumas figuras mostradas no Fato Relevante de 14/12/2009 foram adaptadas e complementadas com outras informações para tornar o entendimento da operação mais claro. Antes da incorporação de ações da Bertin pela JBS, assim se estruturavam os dois conglomerados (percentuais do capital votante):



(\*) – Há outros acionistas da JBS não mostrados na figura

Figura 1 – Situação da JBS e da Bertin imediatamente antes da incorporação de ações

6. A JBS então incorpora as ações da Bertin (29/12/2009), o que significa que a "incorporadora" (JBS) emitiu novas ações aos ex-sócios da Bertin que foram integralizadas com a totalidade das ações da "incorporada" (Bertin). Dessa forma, os dois grupos passaram formalmente a apresentar o seguinte desenho:



(\*) – Há outros acionistas da JBS não mostrados na figura

Figura 2 – Incorporação de ações da Bertin pela JBS (29/12/2009)

7. A situação mostrada na Figura 2 será detalhada adiante, mas cabe adiantar que, nesse momento da incorporação das ações da Bertin, a JBS registrou um ágio de cerca de R\$ 9,5 bilhões. Como regra, a contrapartida ao reconhecimento do ágio é o reconhecimento de um ganho de mesmo valor. Pelos números apresentados na Figura 2, seria esperado, em tese, que um ganho de R\$ 7 bilhões (R\$ 8,8 bilhões [ações JBS] - R\$ 1,8 bilhão [ações Bertin]) fosse reconhecido pelo Bertin FIP, mas, como se apurou, o ganho registrado por ele foi de apenas R\$ 3,1 bilhões. Os outros R\$ 2,5 bilhões (em complemento aos R\$ 7 bilhões) foram ganho da BNDESPAR, que não é objeto da presente auditoria. Pela Figura 2, vê-se, portanto, que ainda falta localizar um ganho de R\$ 3,9 bilhões.

8. Por exigência contratual (doc. 14), no exato momento em que recebe as ações da JBS, o Bertin FIP integraliza suas ações JBS no capital da FB pelo valor de R\$ 4,9 bilhões, o que levou à seguinte configuração societária

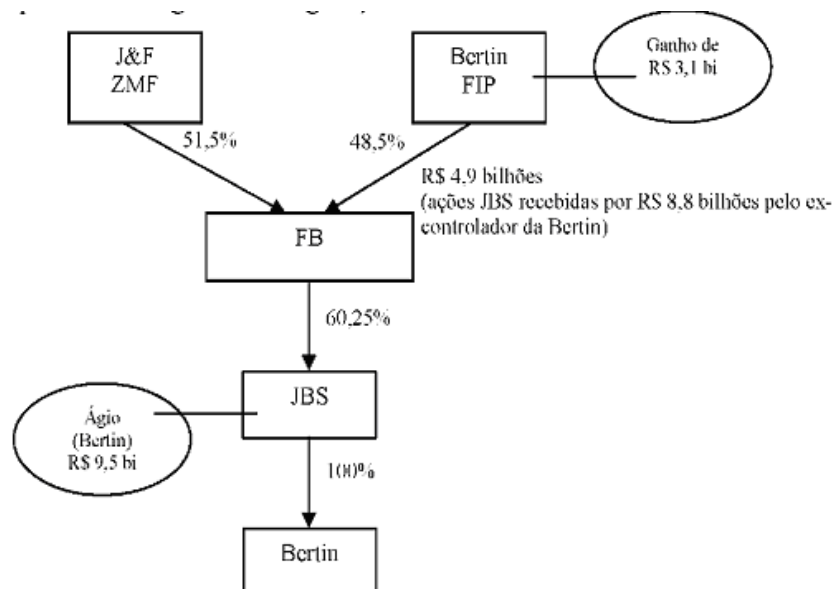


Figura 3 – Desenho societário após incorporação das ações da Bertin pela JBS (29/12/2009)

9. Em 31/12/2009, portanto apenas dois dias após a incorporação das ações da Bertin, a JBS incorpora a Bertin.

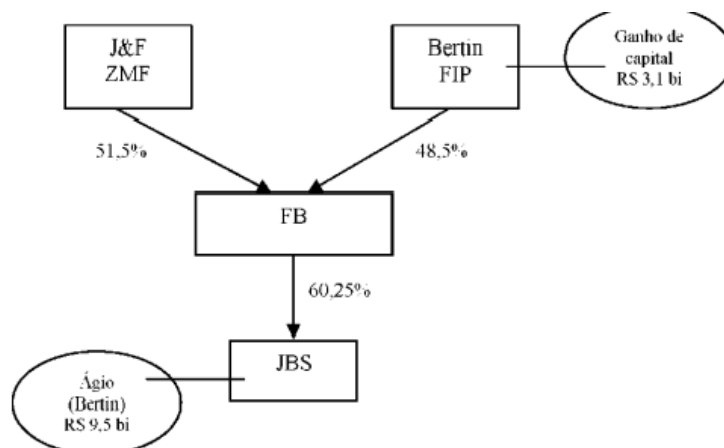


Figura 4 – Estrutura final da unificação entre JBS e Bertin (31/12/2009)

10. Como mostra a Figura 2, o FIP recebeu as ações JBS por R\$ 8,8 bilhões em troca de ações Bertin que estavam nele contabilizadas por cerca de R\$ 1,8 bilhão. Em princípio, o fundo teria obtido, nesse momento, um ganho de R\$ 7 bilhões. No entanto, a integralização feita pelo FIP, no mesmo instante e por exigência contratual, no capital da FB por apenas R\$ 4,9 bilhões acabou resultando no reconhecimento contábil de um ganho de tão somente R\$ 3,1 bilhões pelo fundo. Os livros do Bertin FIP nem sequer registram a entrada das ações JBS: a operação foi contabilizada pela diferença entre o investimento que o fundo detinha na Bertin (R\$ 1,8 bilhão) e o valor pelo qual ele passou a participar do capital da FB (R\$ 4,9 bilhões).

11. No parágrafo 7, menciona-se que um ganho de R\$ 3,9 bilhões ainda precisava ser localizado. A comparação entre a Figura 2 e a Figura 3 revela uma situação peculiar: a JBS emite ações para o Bertin FIP por R\$ 8,8 bilhões e, no mesmo instante, o fundo as integraliza no capital da FB (controladora da JBS) por R\$ 4,9 bilhões. Numa análise superficial e intuitiva, o que se observa nessa integralização com o mesmo ativo, no mesmo instante, é que o FIP teria perdido R\$ 3,9 bilhões, pois as suas ações recém-recebidas da JBS (controlada da FB) pelo valor de R\$ 8,8 bilhões foram integralizadas no capital da FB (controladora da JBS) por apenas R\$ 4,9 bilhões. Ainda intuitivamente, a perda sofrida pelo fundo seria um ganho auferido pela FB, pois a holding teria recebido por R\$ 4,9 bilhões um ativo de R\$ 8,8 bilhões. Não foi exatamente isso que aconteceu, mas a noção intuitiva de que uma contraparte ganhou em detrimento de outra pode servir, por ora, para entender, ainda que preliminar e, repita-se, intuitivamente, que o ganho que faltava localizar na Figura 2 está realmente na FB.

12. O que é absolutamente não-intuitivo é admitir que possa acontecer, no mundo real, algo como o que foi formalizado. Como imaginar que, no mesmo instante, em operações "casadas" (uma condicionada à outra), o FIP receba ações emitidas pela JBS (controlada da FB) a R\$ 8,8 bilhões e ato contínuo, por determinação contratual, essas mesmas ações são integralizadas no capital da FB (controladora da JBS) por apenas R\$ 4,9 bilhões? O que aconteceu foi outra coisa.

13. O modo como as operações foram formalmente realizadas está representado na Figura 2 e na Figura 3. Vê-se que as ações emitidas pela JBS na incorporação de ações da Bertin entraram e saíram instantaneamente no Bertin FIP e por fim "pararam" na FB. É evidente que todo esse "trajeto" foi planejado desde a primeira hora. Tão evidente quanto isso é o fato de que, em operações societárias de tamanha monta, já estava previsto e acordado que a integralização do FIP na FB seria feita por R\$ 4,9 bilhões. Todavia, como já estava também previamente acordado (entre FIP, FB e JBS) que o fundo jamais seria acionista da JBS e que, ademais, não é crível que o FIP perdesse R\$ 3,9 bilhões num ativo recebido (da JBS) e alienado (para a FB) no mesmo instante, o que circulou, em essência, não foram as ações da JBS, mas as da Bertin. A formalização adotada carece de lógica econômica.

14. Para que se dê o contorno do que se pretende discutir, a lógica aqui defendida e que será à frente detalhada baseia-se no fato de que a participação do ex-controlador da Bertin na FB já estava prevista e quantificada quando o anúncio da unificação foi divulgado ao público. "Os acionistas controladores da Bertin, por sua vez, concordaram em contribuir para a Nova Holding ações representativas de 73,1% do capital da Bertin", como consta do primeiro fato relevante (parágrafo 2), é a essência do que deveria ter sido formalizado, mas não foi. O valor contribuído (R\$ 4,9 bilhões) pelo Bertin na associação ao grupo JBS se deu materialmente pela subscrição na FB com o investimento que o FIP detinha na Bertin, registrado na sua contabilidade por R\$ 1,8 bilhão (ganho de R\$ 3,1 bilhões, como registrado na contabilidade do fundo).

15. Da forma como as operações foram implementadas, a cláusula (presente em vários documentos) que exigia que as ações JBS fossem imediata e irrevogavelmente entregues pelo FIP à FB conduz à conclusão de que a JBS, na verdade, em decorrência da incorporação de

ações da Bertin, emitiu novas ações por R\$ 8,8 bilhões para a sua controladora, a FB, que, em troca, cederia as ações da Bertin recém-integralizadas pelo FIP por R\$ 4,9 bilhões no capital da holding no momento anterior. Ao integralizar no capital da JBS por R\$ 8,8 bilhões as ações Bertin recebidas por R\$ 4,9 bilhões, a FB teria que registrar um ganho de R\$ 3,9 bilhões, mas não o fez.

16. Esse é o ganho tributável que deveria ter sido oferecido à tributação pela FB e que ainda faltava ser localizado. A bem da verdade, contudo, a FB registrou, sim, um ganho. No entanto, de acordo com o que foi formalizado, o ganho foi registrado não apenas em valor significativamente menor, mas sob uma rubrica contábil - ganho por variação percentual no capital de controlada (no caso, a JBS) - cujo tratamento tributário permite que ele não seja computado na apuração do lucro real nem da CSLL. O ganho auferido pela FB, entretanto, não teve natureza de ganho por variação percentual. A natureza dele foi de ganho tributável decorrente de uma integralização (com as ações Bertin) que foi vantajosa à FB.

17. O desvirtuamento da natureza do ganho se deu porque a formalização dos atos societários não correspondeu à realidade dos fatos, nem tampouco fez qualquer sentido econômico. Em função dos atos formalizados, a FB registrou contabilmente, ao contrário de um ganho tributável, um ganho não tributável originado de variação percentual da participação da FB no capital da JBS. No presente caso, o ganho por variação teria se originado, conforme explicado pela FB, da entrada do Bertin FIP no capital da JBS. A "entrada", porém, não ocorreu de fato, como aliás atestam expressamente os documentos referentes à própria incorporação de ações, que jamais admitiram que os ex-controladores da Bertin fizessem parte do capital da JBS. Desde sempre, o que se convencionou foi que os ex-controladores da Bertin materializariam a sua associação ao grupo JBS por meio da sua entrada na FB.

18. A incorporação de ações da Bertin - pela qual o Bertin FIP se tornaria um acionista da JBS jamais cogitado de sê-lo - e a integralização realizada pelo FIP no capital da FB com as ações JBS que acabara de receber por R\$ 8,8 bilhões, mas por um valor menor em R\$ 3,9 bilhões, revelam a mais absoluta falta de lógica comercial ou econômica. Por conta disso, como se comprovará, a FB deveria ter registrado um ganho tributável da ordem de R\$ 3,9 bilhões. A FB, contudo, não ofereceu qualquer ganho à tributação, razão pela qual a fiscalização procedeu à lavratura do Auto de Infração correspondente ao IRPJ e à CSLL que deixaram de ser recolhidos sobre o ganho auferido pela FB em dezembro de 2009, bem como ao PIS e à COFINS incidentes sobre a receita não tributada, como explicado no tópico próprio.

## **DO DETALHAMENTO DA OPERAÇÃO**

19. O Acordo de Associação entre os grupos JBS e Bertin foi formalizado em 16/09/2009 (doc. 14), dia em que a unificação foi comunicada ao mercado. No item 2 do Acordo, determinam-se as participações de cada grupo na nova holding criada para controlar a JBS e a Bertin. Estabeleceu-se que "(i) os Acionistas Controladores JBS deterão uma participação societária de 51,5% da Nova Holding, representada em sua totalidade por ações ordinárias, e (ii) que os Acionistas Controladores Bertin, por sua vez, deterão uma participação societária de 48,5% da Nova Holding, representada em sua totalidade por ações preferenciais".

20. Observa-se, de imediato, que o Acordo de Associação deixava claro que o controle da "Nova Holding" seria exercido pelos ex-controladores da JBS, pois aos ex-sócios da Bertin caberiam tão somente ações preferenciais da holding, que, como expresso no item 4 do Acordo, "serão não-votantes, e terão prioridade no reembolso, sem prêmio, e serão detidas pelos Acionistas Controladores Bertin". Apurou-se, no entanto, que os documentos que suportam as operações indicam que as ações da "Nova Holding" emitidas para os ex-controladores da Bertin foram do tipo ordinárias, diferentemente do que previa o Acordo de Associação. De qualquer

forma, o controle da holding deveria continuar a ser exercido, em qualquer circunstância, pelos ex-controladores da JBS (parágrafo 23, abaixo).

21. O Acordo menciona em dois itens a expressão "estrutura tributária mais benéfica para as Partes". No item 8, dispõe-se que "As partes deverão envidar seus melhores esforços para que todos os contratos definitivos sejam negociados em boa-fé, levando em consideração a estrutura tributária mais benéfica para as Partes...". No item 13, está determinado que "Não obstante o disposto neste Acordo, as Partes poderão, em comum acordo, avaliar e eventualmente implementar outra estrutura alternativa para a combinação de seus respectivos negócios, levando em consideração a estrutura tributária mais benéfica para as Partes".

22. A estrutura societária alternativa escolhida para formalizar a integração das operações da JBS e da Bertin foi a representada pelas Figura 2, Figura 3 e Figura 4. O Fato Relevante publicado em 14/12/2009 (parágrafo 4) divulga os passos e procedimentos que os dois grupos deveriam adotar para a unificação das operações. O Passo 1, onde se mostra a incorporação de ações da Bertin pela JBS, está reproduzido no parágrafo 4.

23. O Passo 2 está abaixo transcrito:

*“Passo 2. Os acionistas da JBS deverão aprovar a Incorporação de Ações em assembléia geral extraordinária convocada para ocorrer em 29.12.2009, conforme indicado abaixo. As Novas Ações JBS serão entregues diretamente pela JBS à Nova Holding, para fins de integralização das ações subscritas pelos acionistas controladores da Bertin no "Passo 1" acima.*

*Como resultado de tal operação: (i) os atuais acionistas controladores da JBS e da Bertin deterão participação acionária indireta na JBS, por meio da Nova Holding, sendo certo que o controle da Nova Holding será exercido em qualquer circunstância pelos atuais acionistas controladores da JBS; e (ii) a Bertin tornar-se-á subsidiária integral da JBS (...).”*

24. O mesmo Fato Relevante relata como se daria o aumento de capital da JBS em decorrência da incorporação de ações da Bertin. Aprovada a incorporação de ações pelos acionistas da JBS e da Bertin, o capital social da JBS aumentaria (como, de fato, aumentou) em R\$ 11.987.963.196,14, mediante emissão de 929.392.550 novas ações ordinárias, cuja totalidade deveria ser (como foi):

*“(i) subscrita pelos acionistas de Bertin, nos termos do artigo 252, § 2º, da Lei das S.A.; (ii) integralizada com as ações de emissão da Bertin, a serem incorporadas ao patrimônio da JBS; e (iii) imediatamente após ser atribuída aos acionistas da Bertin, na proporção de suas respectivas participações no capital da Bertin e de acordo com a relação de substituição proposta acima, as ações recebidas pelos atuais acionistas controladores da Bertin serão entregues diretamente à Nova Holding, denominada "FB Participações S.A.", como integralização de capital subscrito de emissão da FB Participações S.A. Dessa forma, o capital social da JBS, no valor de R\$ 16.483.544.165,08, passará a ser representado por 2.323.481.376 ações ordinárias, nominativas, escriturais e sem valor nominal”.*

25. O excerto acima menciona que as novas ações emitidas pela JBS deveriam ser integralizadas com todas as ações da Bertin. Também cita que os acionistas controladores da Bertin

deveriam, imediatamente após receber as ações da JBS, integralizá-las no capital da FB Participações, denominação adotada pela "Nova Holding".

26. A Figura 2 precisa ser explicada e complementada para retratar mais adequadamente os fatos. Para tanto, além das informações que até aqui foram apresentadas, releva saber qual a participação detida na Bertin pelos seus acionistas no momento em que as suas ações foram incorporadas pela JBS. Como descrito no parágrafo 24, em decorrência da incorporação das ações da Bertin, a JBS aumentou seu capital social em R\$ 11.987.963.196,14, mediante emissão de 929.392.550 novas ações ordinárias. Desse total de ações, couberam ao Bertin FIP 679.182.067 ações (ver ata da AGE de 29/12/2009 da JBS, doc. 33). O restante das ações coube à BNDESPAR (conforme Protocolo e Justificação da incorporação das ações da Bertin pela JBS, doc. 32). Isso significa que o Bertin FIP detinha cerca de 73% do capital votante da Bertin, e a BNDESPAR, cerca de 27%.

27. A ata da AGE de 29/12/2009 (doc. 33) da JBS informa que as novas ações foram emitidas ao preço unitário de R\$ 12,89870808. Como o Bertin FIP recebeu 679.182.067 ações, o valor atribuído a essas ações foi de R\$ 8.760.571.215,40 (informação também confirmada pela fiscalizada no doc. 7). Por diferença, portanto, a BNDESPAR recebeu 250.210.483 ações da JBS por R\$ 3.227.391.980,74.

28. Para que a Figura 2 represente, enfim, o retrato completo do que ocorreu, falta ainda saber o valor pelo qual o Bertin FIP cedeu suas ações na Bertin na operação de incorporação de ações, realizada em 29/12/2009. Segundo as demonstrações financeiras em 31/03/2010 do Bertin FIP (doc. 35), as ações da Bertin, que estavam registradas na contabilidade do fundo por R\$ 1.775.231.000, foram trocadas pelas 679.182.067 ações ON (ordinárias) da JBS em decorrência da referida incorporação de ações.

29. Por último, para saber o valor do ágio (e, conseqüentemente, do ganho idêntico que nasce em contrapartida), é necessário conhecer o valor do PL da Bertin no momento em que suas ações foram incorporadas, pois o ágio é obtido pela diferença entre o valor pago e o patrimônio líquido da investida adquirida (artigo 385 do RIR/99).

30. O laudo produzido para fins de registro fiscal do ágio (doc. 34, obtido em diligência na JBS) informa que o PL da Bertin no momento da aquisição do investimento era de R\$ 2,527 bilhões, o que resultou no registro do ágio de R\$ 9,46 bilhões (=R\$ 11.987.963 - R\$ 2.557.354), cujo fundamento foi a rentabilidade futura da Bertin. Agora, sim, pode-se redesenhar a Figura 2:

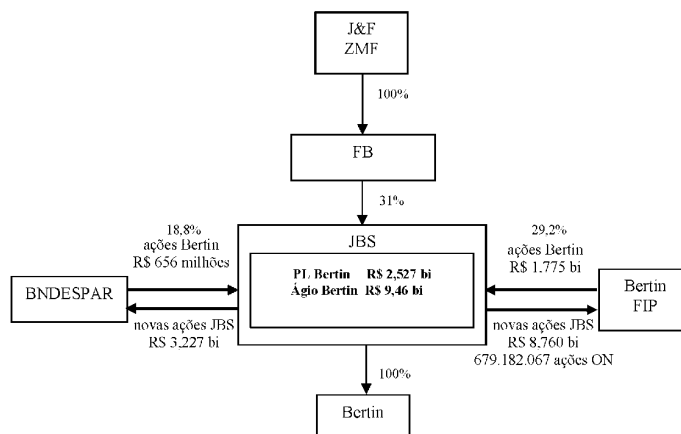


Figura 5 – Estrutura societária imediatamente após incorporação de ações da Bertin pela JBS (29/12/2009)

31. As participações da FB, Bertin FIP e BNDESPAR no capital da JBS (31%, 29,2% e 18,8%, respectivamente) foram transcritas de resposta da FB (doc. 7).

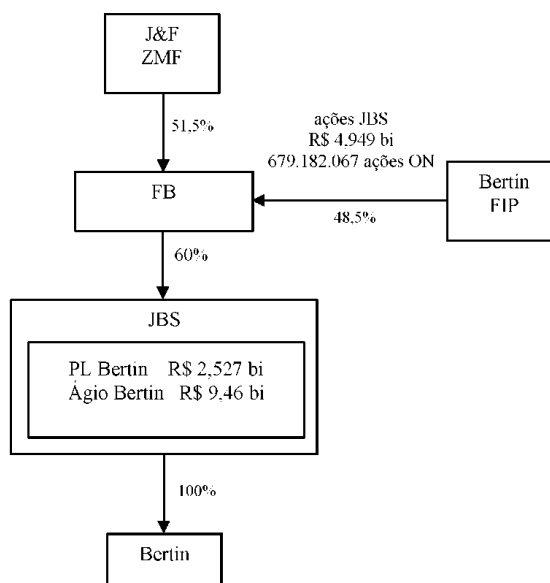
32. O valor contábil das ações Bertin entregues à JBS pela BNDESPAR (R\$ 656 milhões), indicado na figura acima, foi obtido com base no valor contabilizado pelo Bertin FIP. Se o FIP, que contabilizava suas ações Bertin por R\$ 1,775 bilhão, detinha 73% do capital da Bertin, a BNDESPAR, cuja participação na Bertin era de 27%, contabilizava suas ações Bertin por cerca de R\$ 656 milhões.

33. Verifica-se também na Figura 5 que o valor pago pela JBS pelas ações da Bertin já está desdobrado entre PL da Bertin e ágio, como dispõe a legislação tributária.

34. Conforme mencionado, as novas ações recebidas pelo Bertin FIP deveriam ser imediatamente integralizadas no capital da FB. Essa integralização está descrita na ata da AGE da JBS realizada em 29/12/2009 (doc. 33), que registrou a aprovação, entre outros pontos, do aumento de capital da companhia em virtude da incorporação de ações da Bertin:

*“Também em virtude da incorporação de ações ora aprovada, a Bertin torna-se subsidiária integral da Companhia. Nesse contexto, a mesa recebeu e arquivou, e também encaminhou ao Banco Bradesco S.A. na qualidade de agente escriturador das ações de emissão da Companhia para as devidas providências, uma cópia do boletim de subscrição de ações da FB Participações S.A. (acionista controladora da Companhia), datado de 28.12.2009, pelo qual o Bertin Fundo de Investimento em Participações (acionista controlador da Bertin antes da incorporação de ações da Bertin pela Companhia) outorgou mandato irrevogável e irreatável com instruções para que o agente escriturador das ações da Companhia registrasse diretamente em nome da FB Participações S.A. a titularidade de todas as ações de emissão da Companhia neste ato atribuídas ao Bertin Fundo de Investimento em Participações em decorrência da incorporação de ações ora aprovada, ou seja, 679.182.067 (seiscentos e setenta e nove milhões, cento e oitenta e dois mil, sessenta e sete) ações ordinárias, nominativas, escriturais, sem valor nominal, de emissão da Companhia, tendo em vista que o Bertin Fundo de Investimento em Participações subscreveu aumento de capital na FB Participações S.A. em assembléia geral extraordinária da FB Participações S.A. realizada em 28.12.2009 com o compromisso de integralização imediata do capital subscrito mediante conferência da totalidade das 679.182.067 (seiscentos e setenta e nove milhões, cento e oitenta e dois mil, sessenta e sete) ações de emissão da Companhia atribuídas ao Bertin Fundo de Investimento em Participações tão logo fosse aprovada a incorporação de ações da Bertin pela Companhia. (grifos da fiscalização)”.*

35. O Boletim de Subscrição anexo à ata da AGE da FB realizada em 28/12/2009 (doc. 4) confirma que as ações da JBS recebidas pelo Bertin FIP deveriam ser devidamente subscritas pelo fundo. O subscritor, Bertin Fundo de Participações, subscreveu 2.334.370.428 ações ordinárias da FB por R\$ 4.949.046.230,13, mediante conferência das 679.182.067 ações da JBS recebidas em virtude da operação de incorporação de ações da Bertin. A Figura 5 é agora atualizada para retratar essa subscrição do Bertin FIP no capital da FB:



**Figura 6 – Integralização no capital da FB pelo FIP com as ações JBS recebidas pela incorporação de ações da Bertin**

36. No dia 31/12/2009, a JBS incorpora a Bertin, cujas ações haviam sido incorporadas pela JBS há apenas 2 dias. Evidenciado o ágio, cabe agora revelar os ganhos indicados na Figura 2 e na Figura 3: primeiramente, o auferido pelo Bertin FIP e, na sequência, o auferido pela FB.

## **DOS EFEITOS NO BERTIN FIP DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES DA BERTIN E DA INTEGRALIZAÇÃO NA FB**

37. Para se compreender o ganho da FB, é preciso analisar o que aconteceu com o Bertin FIP. Como comentado, o ganho de capital do Bertin FIP, no momento da incorporação de ações da Bertin, deveria ter sido, em tese, de cerca de R\$ 7 bilhões, obtido pela diferença entre o valor contabilizado das ações Bertin entregues à JBS (R\$ 1,775 bilhão) em contrapartida às ações recebidas (R\$ 8,760 bilhões) da JBS (Figura 5).

38. No entanto, as demonstrações financeiras do FIP relativas ao período de 11/12/2009 a 31/03/2010 (doc. 35) indicam que o ganho foi de apenas R\$ 3,173 bilhões. A nota 4 das demonstrações financeiras informa que:

*“O Fundo tem como principal ativo a participação na FB Participações S.A. detendo 48,52% das ações ON do seu capital. O objeto social da FB Participações S.A. consiste na participação social em outras sociedades, como sócio ou acionista (holding) e administração de bens próprios. A FB Participações S.A. foi constituída para a criação de uma associação entre as companhias JBS S.A. e Bertin S.A.*

*Em 11 de dezembro de 2009, foi integralizada no Bertin Fundo de Investimento em Participações (Fundo) a quantidade de 20.296.764 ações da Bertin S.A., com valor de R\$ 1.775.231, correspondente a 1.775.231 cotas. O valor das ações integralizados foi estipulado com base em laudo de avaliação contábil de empresa especializada.*

*Em 23 de dezembro de 2009, foi aprovada em Ata de Assembléia Geral Extraordinária a incorporação das ações da Bertin S.A. pela JBS S.A., onde*

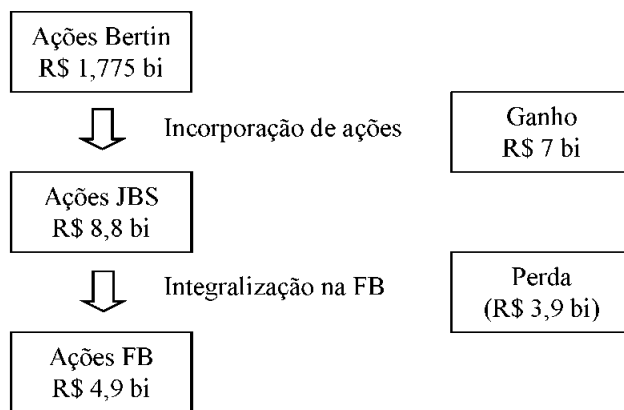
*o Fundo recebeu 32,45518835 ações ordinárias da JBS S.A. para cada ação da Bertin S.A. sob sua titularidade, totalizando um recebimento de 679.182.067,18 ações ordinárias da JBS S.A. ”.*

39. As demonstrações financeiras do FIP não registram o valor pelo qual o fundo recebeu as ações JBS na incorporação de ações. Tampouco os livros contábeis (doc. 36) do Bertin FIP, apresentados em cumprimento a intimação feita para a fiscalização se certificar acerca da contabilização das operações em comento, fazem qualquer referência ao valor de R\$ 8,8 bilhões pelo qual as ações foram emitidas pela JBS em nome do FIP.

40. Os livros do fundo registram tão somente a constituição do FIP com as ações da Bertin por R\$ 1.775.231.541,38, em 11/12/2009, e a baixa desse investimento com a correspondente entrada no ativo das ações da FB, por R\$ 4.949.046.230,13, em 29/12/2009, correspondente à integralização do FIP no capital da holding, retratada na Figura 6.

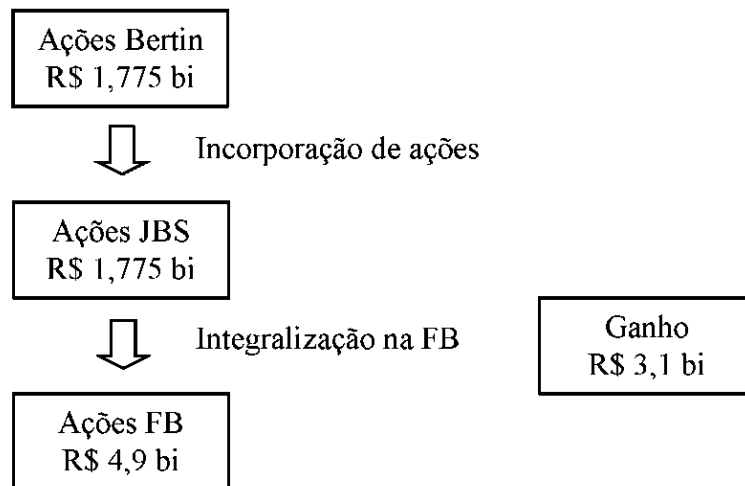
41. Dessa forma, toda a contabilidade do FIP, aí incluídas as notas explicativas, só permite antever que: (i) o fundo foi constituído com ações da Bertin (R\$ 1,775 bilhão); (ii) essas ações foram "trocadas" por ações da JBS na incorporação das ações da Bertin pela JBS (sem qualquer referência ao valor de R\$ 8,8 bilhões nas demonstrações financeiras do fundo nem nos seus livros contábeis), e (iii) a totalidade das ações JBS recebidas pelo FIP foram integralizadas na FB por R\$ 4,9 bilhões.

42. Independentemente do que tenha ou não registrado a contabilidade do fundo, não se pode perder de vista que a JBS, em pagamento pelas ações Bertin (R\$ 1,775 bilhão), emitiu novas ações para o FIP pelo valor de R\$ 8,8 bilhões, integralizadas no mesmo instante no capital da FB por R\$ 4,9 bilhões. Do ponto de vista econômico, o esquema abaixo representa o resultado obtido com essas operações:



**Figura 7 – Ganho líquido (econômico) obtido pelo Bertin FIP após a integralização na FB**

43. Como se verá adiante, o FIP interpretou que o recebimento das ações JBS em troca das ações Bertin foi um fato meramente permutativo, ou seja, as ações emitidas pela JBS por R\$ 8,8 bilhões foram contabilizadas pelo fundo pelo mesmo valor pelo qual estavam registradas as ações Bertin dadas em troca (R\$ 1,775 bilhão). Assim, a forma como o fundo "viu" as operações é esquematizada como se segue:



**Figura 8 – Ganho (contábil) registrado pelo Bertin FIP após integralização na FB**

44. As duas figuras acima demonstram que o ganho contábil registrado pelo fundo é idêntico ao ganho econômico obtido por ele. Do ponto de vista informativo, contudo, a contabilidade do fundo não retrata fielmente a realidade dos fatos, pois se tem a falsa impressão de que o FIP teria tido apenas um ganho de R\$ 3,1 bilhões, quando, na verdade, o fundo teria tido um ganho de R\$ 7 bilhões seguido de uma perda, sofrida pelo mesmo ativo e no mesmo instante, de R\$ 3,9 bilhões.

45. De acordo com a formalização adotada pelas partes - pela qual o FIP teria recebido ações da JBS em decorrência da incorporação de ações -, a contabilização feita pelo fundo evidentemente não está correta. Afinal, a ata da AGE de 29/12/2009 da JBS (parágrafo 27), assinada pelo administrador do fundo à época, expressa que as ações JBS foram emitidas por R\$ 8.760.571.215,40 para o Bertin FIP no ato da incorporação das ações da Bertin pela JBS. A contabilização feita pelo então administrador do fundo (Citibank DTVM) simplesmente ignorou um ativo de R\$ 8,8 bilhões que teria entrado em seu patrimônio. Os registros contábeis nem sequer fazem referência às ações JBS.

46. Ao ser questionada a respeito da ausência desse registro contábil, a Citibank DTVM assim respondeu (doc. 42):

*“Inicialmente é necessário esclarecer o procedimento contábil adotado pelo Fundo Bertin. A Instrução CVM 409 de 18 de agosto de 2004, em seu artigo 10, determina que:*

Art. 10 - As cotas do fundo correspondem a frações ideais de seu patrimônio, e serão escriturais e nominativas.

§1º O valor da cota do dia é resultante da divisão do valor do patrimônio líquido pelo número de cotas do fundo, apurados, *ambos, no encerramento do dia*, assim entendido, para os efeitos desta Instrução, o horário de fechamento dos mercados em que o fundo atua.

§2º As cotas do fundo conferirão iguais direitos e obrigações aos cotistas. §3º Quando se tratar dos fundos de investimentos referidos nos arts. 93, 94 e 95, o valor da cota do dia poderá ser calculado a partir do *patrimônio líquido do dia anterior*, devidamente atualizado por um dia.

*Assim, o valor da cota decorre da divisão do valor do patrimônio líquido do fundo pelo número de cotas ao fim de cada dia, sendo assim, o cálculo da cota, bem como o fechamento do patrimônio do fundo, é efetuado ao fim de cada dia. Assim, o que realmente importa para a contabilidade do fundo e para a valoração da cota é o patrimônio líquido do fundo no encerramento do dia. Este é o caso do Fundo Bertin, onde as aprovações societárias, por meio de AGEs, a respeito da incorporação de ações da Bertin S/A pela JBS S/A ocorreram no mesmo dia, 28/12/2009.*

*Desta forma, de fato, o patrimônio líquido do fundo foi afetado por tais operações societárias no dia 29/12/2009, conforme dispõe o parágrafo 3º do art. 10 da Instrução CVM 409.*

*Conforme demonstrado no razão contábil, no dia 29 de dezembro de 2009, foi contabilizado um lucro no valor R\$ 3.173.531.625,94, gerado pela diferença entre R\$ 4.949.046.230,13 (valor das ações da FB Participações) e R\$ 1.775.231.541,38 (valor do aporte inicial no Fundo). Tais valores representam o resultado das citadas operações societárias ocorridas no encerramento do dia 28/12/2009.*

*Assim, a contabilidade do Fundo Bertin está em conformidade com as normas da CVM, e sob o ângulo fiscal não houve qualquer prejuízo ao Erário Público, visto que quando da ocorrência do fato gerador (resgate das quotas) a base econômica foi devidamente demonstrada no encerramento do mês e exercício de 2009.*

*Ressalte-se que a contabilidade do fundo, conforme dispõe a CVM, foi revisada por auditoria independente comprovada pelo parecer da Pricewaterhousecoopers - PWC já disponibilizado nos autos”.*

47. Será que "o que realmente importa para a contabilidade do fundo e para a valoração da cota é o patrimônio líquido do fundo no encerramento do dia"? Será que os cotistas não desejariam saber que teriam perdido, num único momento e na negociação de um ativo que acabara de receber, a absurda quantia de R\$ 3,9 bilhões? A resposta é óbvia. O fato de a Instrução CVM dispor que o cálculo do valor da cota é obtido pela divisão do valor do PL pelo número de cotas do fundo, apurados, ambos, no final do dia, não significa que o cotista não tenha que saber como aquele PL chegou ao valor do final do dia.

48. Com efeito, o lucro registrado pelo fundo seria o mesmo se as ações JBS tivessem sido registradas pelos R\$ 8,8 bilhões ou se o registro fosse de acordo com a resposta do administrador do FIP (Figura 7 e Figura 8). Dizer, contudo, que o que importa é apenas o lucro no encerramento do dia é uma afronta a qualquer investidor, em qualquer lugar do mundo. Como se sentiria um investidor se soubesse que o fundo no qual aplica suas economias tivesse um ativo que foi adquirido por R\$ 8,8 bilhões num instante, mas, no mesmo instante, o fundo o alienasse por R\$ 4,9 bilhões? Ficaria satisfeito em saber que teve, no encerramento do dia, um lucro de R\$ 3,1 bilhões em vez de um lucro de R\$ 7 bilhões?

49. O fato de o fundo interpretar a incorporação de ações como uma permuta não significa que os seus registros contábeis deveriam omitir a entrada de um ativo de R\$ 8,8 bilhões e a sua saída, no mesmo instante, com desvalorização de R\$ 3,9 bilhões. A contabilidade do FIP poderia, por exemplo, ter registrado a entrada das ações da JBS como ilustrado na Figura 7: haveria um ganho, num primeiro momento, de R\$ 7 bilhões resultante da diferença entre o valor de entrada das ações JBS (R\$ 8,8 bilhões) e a saída das ações Bertin (R\$ 1,8 bilhão). Reconhecido esse ganho, o fundo poderia ter registrado, no instante imediatamente seguinte, a perda de R\$ 3,9 bilhões ao integralizar as ações JBS no capital da FB por R\$ 4,9 bilhões. Resultado: o mesmo ganho líquido de R\$ 3,1 bilhões ( $[\text{R\$ } 8,8 - 1,8] - \text{R\$ } 3,9$ ), mas dando a devida informação ao público.

50. O FIP poderia também ter contabilizado o recebimento das ações JBS de acordo com o CPC 15 (combinação de negócios), cuja adoção inicial foi a partir de 2010, o que o desobrigaria à adoção do novo normativo contábil, uma vez que a incorporação de ações ocorreu em 2009. No entanto, de acordo com a Deliberação CVM 580, de 31/07/2009, que aprovou o CPC 15 (tornando-o obrigatório também para o Bertin FIP), às demonstrações financeiras de 2009 que deveriam ser divulgadas em conjunto com as demonstrações de 2010, para fins de comparação, deveria ser aplicado o CPC 15, fato ignorado pelo fundo. Se assim tivesse procedido, no ano de 2009 divulgado em conjunto com o de 2010, registraria um ganho em 2009 por compra vantajosa de R\$ 7 bilhões, que, diminuído da perda de R\$ 3,9 bilhões pela integralização das ações JBS pelo valor menor, resultaria no ganho líquido de R\$ 3,1 bilhões. Mesmo resultado que o divulgado pelo fundo, mas com a informação completa.

51. A contabilidade do fundo, contudo, não registrou o ganho de R\$ 7 bilhões nem a perda de R\$ 3,9 bilhões, fosse pela regra contábil anterior ao CPC 15, fosse pela nova (que deveria ser seguida a partir de 2010, inclusive para as demonstrações do ano de 2009 divulgadas em 2010 para fins de comparação). Simplesmente se limitou a informar o resultado líquido ao final do dia em que tais eventos ocorreram.

52. É claro que, no mundo real, a hipótese de deixar de informar um ganho dessa magnitude é inadmissível a qualquer stakeholder. Da mesma forma, é igualmente inaceitável que uma perda tão expressiva, ocorrida no mesmo instante em que aquele ganho é auferido, deixe de ser evidenciada. Como imaginar que o mesmo ativo, no mesmo momento, é recebido por R\$ 8,8 bilhões e alienado por R\$ 4,9 bilhões? A fiscalização perguntou, uma vez mais, em diligência fiscal, ao administrador do fundo à época, o porquê de tamanha perda. A resposta foi esta (doc. 37):

*“O valor mencionado de R\$ 8.760.571.215,00 corresponde ao valor de mercado dado às ações da Bertin S/A que o Fundo Bertin detinha para fins de incorporação de ações efetuada na JBS S/A.*

*Para contextualizar, vale ressaltar que a Bertin S/A e a JBS S/A eram concorrentes e não tinham ligação societária, bem como a JBS S/A era e continua a ser empresa listada em bolsa. Assim, para se concretizar a referida incorporação de ações foi necessário trazer as ações da Bertin S/A a valor de mercado, para se evitar qualquer questionamento por parte de acionistas minoritários na distribuição das ações da JBS S/A após a incorporação de ações. Esse método de avaliação é usual e comum no mercado de capitais, para se trazer a uma perspectiva de avaliação a preço justo para então atender-se os interesses dos sócios, inclusive dos minoritários, e necessária transparência para fins regulatórios. Por esse motivo, o valor de mercado da Bertin S/A, com base em laudo de avaliação, foi de R\$ 11.987.963.196,14, como o fundo detinha 73,08% da companhia, o valor de mercado das referidas ações, para fins de incorporação de ações, foi de R\$ 8.760.571.215,00.*

*Por sua vez, o valor de R\$ 4.949.046.230,12 é o valor patrimonial das ações da JBS S/A que o Fundo Bertin detinha e que foram objeto de aumento de capital na FB Participações, conforme laudo de avaliação patrimonial emitido por empresa especializada, o qual foi entregue à este Administrador tendo sido considerado para fins de contabilização, em conformidade com o Estatuto do fundo e regras emitidas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM).*

*Assim, sob a perspectiva deste Administrador, não teria havido uma perda propriamente dita (diferença entre o valor de R\$ 8.760.571.215,00 e o montante de R\$ 4.949.046.230,12), uma vez que se entendeu que o ativo em questão é o mesmo, o qual não foi negociado, alienado ou vendido, mas*

teria havido uma avaliação sob óticas distintas, uma considerando-se o valor econômico para fins de uma operação de incorporação entre particulares seguindo o rito e em observância às práticas do mercado de capitais, e de outro modo seguindo-se a metodologia de avaliação com base no valor patrimonial, conforme laudo entregue à este Administrador que serviu de referência para os registros na contabilidade do fundo". (grifos da fiscalização).

53. A resposta é surpreendente, para dizer o mínimo. Como assim, o ativo não foi negociado, alienado ou vendido? Como será que o administrador do fundo considera a integralização feita com as ações da JBS no capital da FB? Será que é "comum no mercado de capitais" entender que essa operação pode ser vista sob várias óticas, inclusive a ótica de não considerá-la como uma negociação, alienação ou venda?

54. Em decorrência da resposta inconsistente dada pelo administrador do FIP, deu-se nova oportunidade ao único cotista do fundo à época (Tinto Holding) para informar a razão pela qual as ações da JBS foram recebidas por R\$ 8,8 bilhões pelo fundo e, no mesmo instante, tais ações foram integralizadas na FB por um valor inferior em cerca de R\$ 3,9 bilhões. A resposta foi igualmente inconsistente, porém com um "argumento" adicional, como abaixo se transcreve (doc. 38):

*"O termo de intimação fiscal em referência afirma que o valor de emissão das ações da JBS S.A. ("JBS") em favor do Bertin Fundo de Investimento em Participações ("Bertin FIP") decorrente da incorporação das ações de emissão da Bertin S.A. ("Bertin") totalizaria R\$ 8.760.571.215,00. Ainda segundo o termo de intimação fiscal n.º 04, as ações de emissão da JBS recebidas pelo Bertin FIP teriam sido contribuídas ao capital FB Participações S.A. ("FB Participações") pelo valor de R\$ 4.949.046.230,13. A partir dessas informações, o termo de informação (sic) fiscal conclui que o Bertin FIP teria realizado uma efetiva perda de aproximadamente R\$ 3.800.000.000,00 na contribuição das ações de emissão da JBS ao capital da FB Participações.*

*Nesse sentido, cumpre esclarecer, novamente, que a operação de incorporação de ações da Bertin pela JBS foi implementada por critério de avaliação distinto da operação de contribuição das ações de emissão da JBS ao capital da FB Participações pelo Bertin FIP. Além dos critérios utilizados terem suporte na legislação societária e fiscal, note-se que eles foram utilizados uniformemente pelas partes envolvidas em cada uma das operações. Com efeito, na incorporação de ações foi utilizado o mesmo critério (valor econômico) tanto por JBS como pelo Bertin FIP. Na contribuição das ações de emissão da JBS ao capital da FB Participações, por sua vez, o mesmo critério foi utilizado por esta última e o Bertin FIP (valor contábil). Consequentemente, não houve qualquer perda (que não meramente escritural) de valor que representasse redução efetiva no patrimônio do FIP. É de se notar, ainda, que os investimentos que compõem a carteira de um FIP, a exemplo do investimento que o Bertin FIP detém na FB Participações, devem ser avaliados segundo critérios próprios aplicáveis ao FIP, os quais tem previsão em legislação e normas regulamentares específicas. O fato de um FIP ter recebido investimento (ações) a um determinado valor (baseado, por exemplo, no critério contábil) não necessariamente significa que tal investimento manterá esse valor durante toda sua permanência na carteira do FIP" (grifos da fiscalização).*

55. Não deixa de ser curiosa a alegação de uniformidade de critérios. A que uniformidade se refere a Tinto Holding quando diz que recebeu ações pelo valor econômico e as

integralizou pelo valor contábil? É justamente o contrário: trata-se da mais cristalina forma de ausência de uniformidade na aquisição e na alienação do mesmo ativo, no mesmo momento.

56. Interessante também analisar o trecho grifado da resposta acima, em que a Tinto Holding admite uma perda - que, nas suas palavras, teria sido "meramente escritural" e que, por isso, não representaria "redução efetiva no patrimônio do FIP". A afirmação de que a perda teria sido "meramente escritural" é absurda. Uma perda meramente escritural ocorreria, por exemplo, no caso de uma aplicação de renda fixa prefixada feita num cenário em que as taxas de juros estivessem em determinado patamar e que, em momento posterior, elas subissem. Nessa hipótese, para manter imutável o valor a resgatar no futuro, o ativo teria que sofrer uma imediata desvalorização. Se o investidor mantivesse a aplicação até a data de resgate contratada, o valor final do ativo seria o valor inicial aplicado acrescido da valorização contratada, ou seja, aquela perda seria apenas escritural, no sentido de que a perda não teria sido efetivamente realizada. Se, contudo, o investidor resgatasse a aplicação antes da data contratada, sofreria uma perda efetiva, ou seja, a perda deixaria de ser apenas escritural para tornar-se real, efetiva. Nesse sentido, a integralização feita pelo fundo pelo valor menor teria realizado a perda, que nada teria de escritural.

57. Sábias são as palavras no último parágrafo transcrito da resposta da Tinto Holding: "O fato de um FIP ter recebido investimento (ações) a um determinado valor (baseado, por exemplo, no critério contábil) não necessariamente significa que tal investimento manterá esse valor durante toda sua permanência na carteira do FIP". O incrível, no caso, é que o investimento teria deixado de manter o valor instantaneamente, não teria sido necessário nem esperar por toda a sua permanência na carteira do FIP. E não teria sido uma perda de alguns centavos, mas, acredite quem quiser, seria uma perda de quase 4 bilhões de reais.

58. O que tudo isso evidencia é que uma perda dessa magnitude, nas condições em que ocorreu, não é crível. Ninguém perde tanto numa negociação ocorrida primeiro entre FIP e JBS e, no mesmo instante, numa segunda negociação ("casada" com a primeira) entre FIP e controladora da JBS. Ainda menos sentido faz essa perda quando se verificam os motivos pelos quais a Tinto Holding constituiu o Bertin FIP (doc. 39):

*“A constituição do FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES por parte da TINTO HOLDING Ltda. constituiu na formalização da transferência de controle acionário com o objetivo intrínseco ainda de terceirizar a administração desta carteira de investimentos e ações, como modo de redução de custos internos de administração. [...] Em suma, o principal motivo para a criação do FUNDO DE INVESTIMENTOS [...] foi a formalização do controle acionário e administrativo do acervo da BERTIN S.A. e a racionalização dos custos de administração e gestão dos investimentos”.*

59. Redução de custos internos? Racionalização dos custos de administração e gestão de investimentos? Será que houve redução de custos e alguma racionalização na operação em que o FIP recebe ações da JBS por R\$ 8,8 bilhões e no mesmo instante as integraliza por R\$ 4,9 bilhões? Será que é possível imaginar que, com a constituição do fundo, houve economia maior do que a perda de R\$ 3,9 bilhões que a integralização na FB acabou por infligir ao fundo?

60. Em outra resposta (doc. 40), a Tinto Holding tece as seguintes observações:

*“A administração da Tinto Holding optou por utilizar o Bertin FIP entendendo que o mesmo seria mais adequado como instrumento para seu investimento na FB Participações S.A., tendo em vista os elevados níveis de governança e controle sobre o investimento, já que a manutenção de um FIP envolve necessariamente controle dela (sic) CVM, bem como a atuação de terceiros com expertise em*

*investimentos desta natureza e.g. administrador/gestor e auditores, nos termos das normas regulamentares da Comissão de Valores Mobiliários que dispõem sobre a constituição, administração e funcionamento dos fundos de investimento em geral, abertos ou fechados”.*

61. Elevados níveis de governança? Alguém deu alguma informação sobre o que supostamente teria acontecido entre o aporte inicial no fundo e a integralização na FB? Houve alguma satisfação sobre por que as ações recebidas da JBS por R\$ 8,8 bilhões teriam sido integralizadas na controladora da JBS por um valor R\$ 3,9 bilhões menor? Houve alguma indicação de que esses valores estavam em jogo? Expertise do administrador/gestor? Será que algum investidor reconheceria alguma expertise num administrador que perdesse quase 4 bilhões de reais na negociação de um ativo cujo recebimento pelo fundo acabara de acontecer?

62. Em outro trecho da mesma resposta, a Tinto Holding tenta explicar sobre a "suposta" perda:

*“O item 03 do Termo de Intimação Fiscal requer informações sobre a suposta perda registrada pelo Bertin FIP, em função do fato de que o valor atribuído à Bertin para fins da incorporação das ações foi superior ao valor da posterior contribuição das ações da JBS contribuídas ao capital da FB Participações. De fato, a operação de incorporação de ações não gerou qualquer alteração no patrimônio do Bertin FIP, já que se trata de operação de caráter permutativo, onde as ações na Bertin foram substituídas por ações da JBS. O valor atribuído teve por principal objetivo a correta determinação das participações dos sócios no capital da JBS.*

*Em momento subsequente, o Bertin FIP contribuiu as ações da JBS ao capital da FB Participações. Independentemente das operações societárias realizadas, o Bertin FIP sempre registrou seus investimentos exclusivamente nos termos das normas que o regem e de seu Regulamento”.*

63. Quer dizer que a incorporação de ações foi uma "operação de caráter permutativo", mas a integralização com as ações da JBS no capital da FB não o foi? Na integralização não teriam sido trocadas ações da JBS por ações da FB? Só a troca de ações da Bertin por ações da JBS tem caráter permutativo? Por que na integralização o fundo reconheceu um ganho de R\$ 3,1 bilhões, mas nenhum ganho foi reconhecido quando na operação feita no segundo imediatamente anterior? Não poderia o fundo ter reconhecido um ganho de capital seguido de uma perda ou uma compra vantajosa seguida de perda, como discutido nos parágrafos 49 e 50, ainda que o resultado ao final fosse o mesmo? O FIP sempre registrou seus investimentos de acordo com as normas e o seu regulamento, "independentemente das operações societárias realizadas"? Ora, é justamente em função das operações formalizadas - sem qualquer racionalidade econômica - que se pode afirmar que o fundo não pode ter obedecido a qualquer regra ou regulamento, a não ser que houvesse regra ou regulamento que estipulasse que o fundo foi constituído para perder somas consideráveis na negociação de ativos recebidos e alienados no mesmo instante.

64. Perguntou-se à Tinto Holding, por fim, se ela havia ingressado em juízo para reaver tamanha perda ou se o administrador do FIP teria pago indenização pelo prejuízo causado. A resposta (doc. 38) foi de total apoio ao administrador do fundo. Será que, se uma perda imensa como essa tivesse mesmo existido, alguém não seria responsabilizado?

65. Pelas respostas dadas pelo administrador do FIP e pela Tinto Holding, ficou claro que seria contraproducente obter qualquer esclarecimento minimamente consistente a respeito da natureza e da contabilização das operações formalizadas. E não poderia ser diferente. Afinal, a formalização das operações revela uma total incoerência econômica. Tudo porque o que se

formalizou difere da substância do que de fato aconteceu. A Tinto Holding e o administrador do Bertin FIP à época dos fatos não têm uma explicação minimamente plausível para justificar a aquisição e a alienação, ocorridas num mesmo momento, de um ativo adquirido por R\$ 8,8 bilhões e alienado por R\$ 4,9 bilhões. E assim é porque a formalização não fez qualquer sentido.

66. A ausência de contabilização do ganho de R\$ 7 bilhões e da perda de R\$ 3,9 bilhões, como ilustrado na Figura 8, não muda o fato de que, pela formalização adotada, teria ocorrido, do ponto de vista econômico (Figura 7), um ganho de R\$ 7 bilhões e uma perda de R\$ 3,9 bilhões. Como a perda é inaceitável e a integralização foi feita por R\$ 4,9 bilhões, só se pode concluir que um ganho de R\$ 7 bilhões não pode ter existido no FIP.

67. A distorção da realidade se deu porque os grupos procuraram fazer crer que em algum momento os ex-controladores da Bertin (Bertin FIP) fizeram parte do capital da JBS. Nunca sequer se cogitou isso. O primeiro Fato Relevante publicado a respeito da associação entre os grupos JBS e Bertin (parágrafo 2) explicitou a essência de toda a operação: "...os acionistas controladores da Bertin, por sua vez, concordaram em contribuir para a Nova Holding ações representativas de 73,1% do capital da Bertin". Basta lembrar também que está explícito, em vários e vários documentos, como por exemplo a AGE de 29/12/2009 da JBS (parágrafo 34) e o boletim de subscrição anexo à AGE da FB realizada em 28/12/2009 (parágrafo 35), o compromisso firmado pelo Bertin FIP de integralizar imediatamente, de forma irrevogável e irretroatável, as ações JBS por ele recebidas em decorrência da incorporação das ações da Bertin.

68. Aliás, é relevante voltar a alguns detalhes da AGE de 29/12/2009 da JBS. O trecho extraído dela e que consta do parágrafo 34 informa que "o Bertin FIP [...] outorgou mandato irrevogável e irretroatável com instruções para que o agente escriturador das ações da Companhia [JBS] registrasse diretamente em nome da FB Participações S.A. a titularidade de todas as ações de emissão da Companhia [JBS] neste ato atribuídas ao Bertin fundo de Investimento em Participações em decorrência da incorporação de ações ora aprovada". O agente escriturador, portanto, nem sequer efetuou o registro das ações emitidas pela JBS em nome do FIP. Elas foram diretamente registradas em nome da FB. O registro do recebimento, pelo Bertin FIP, da significativa quantidade de ações da JBS, pelo valor não menos relevante de R\$ 8,8 bilhões, foi solenemente deixado de fora, efetivando-se o registro em nome da FB. Tudo isso equivale dizer que as 679.182.067 ações ordinárias da JBS tiveram como destinatário a FB; nunca, nem nos registros feitos pelo agente escriturador, o Bertin FIP.

69. Fica patente o descasamento entre a incorporação de ações e a informação prestada acerca do registro das ações JBS emitidas ao FIP. A incorporação de ações da Bertin pela JBS, com o consequente recebimento de ações JBS pelo FIP por R\$ 8,8 bilhões, seguida da integralização pelo Bertin FIP no capital da FB com as mesmas ações JBS por apenas R\$ 4,9 bilhões, como mostrado na Figura 5 e na Figura 6, demonstram, quando vistas em conjunto, a mais absoluta falta de lógica negocial. Em vez de formalizarem conforme o que haviam divulgado ao público pela primeira vez, ou seja, com o fundo integralizando as suas ações Bertin no capital da FB, os grupos optaram por uma estruturação societária que deu a aparência de que o fundo teria recebido ações da JBS por R\$ 1,8 bilhão e, no mesmo instante, o FIP teria incorrido num ganho de R\$ 3,1 bilhões ao integralizá-las no capital da controladora da JBS por R\$ 4,9 bilhões.

70. Não foi apenas ao público em geral que se estava desinformando, mas também ao Fisco. Já é bastante significativo que o Acordo de Associação vedasse a entrada dos ex-controladores da Bertin no capital da JBS, mas ainda assim eles tenham procedido, ainda que só formalmente, a despeito de nunca terem sido registrados como tal. Como se isso não bastasse, os próprios ex-controladores do fundo determinaram que o Bertin FIP deveria, num primeiro momento (de 26/11/2009 a 23/12/2009), participar da administração da Bertin e apenas e tão

somente investir em títulos de emissão da Bertin (doc. 41). Realizada a incorporação de ações, contudo, o Regulamento do fundo foi modificado (23/12/2009, doc. 41), de maneira que o conceito de "portfólio alvo" foi alterado para determinar que o fundo só poderia investir em papéis da FB Participações. Em nenhuma linha ou sequer nas entrelinhas, falava-se em participar, ainda que remota ou instantaneamente, do capital da JBS. O artigo 2º do Regulamento, modificado em 23/12/2009 e até hoje intacto, define o portfólio alvo do Bertin FIP:

*“Portfólio Alvo - É o conjunto dos títulos e valores mobiliários de emissão da FB Participações S.A sediada na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Avenida Brigadeiro Faria Lima, 2391, segundo andar, conjunto 22, sala 21, bairro Jardim Paulistano, sob o número de CNPJ/MF 11.309.502/0001-15 (“Companhia”), representado por ações, debêntures conversíveis em ações ou bônus de subscrição ou outros títulos e valores mobiliários conversíveis ou permutáveis em ações de emissão da Companhia, nos termos previstos no parágrafo primeiro do artigo 3º” (grifos da fiscalização).*

71. O caput do artigo 3º do Regulamento diz que "o FUNDO tem por finalidade a obtenção de ganhos de capital mediante a valorização dos ativos que compõem a sua carteira e, em menor proporção, pelo recebimento de rendimentos de suas aplicações". O parágrafo primeiro do artigo 3º dispõe que "O FUNDO investirá no Portfólio Alvo, participando do processo decisório da Companhia..." (grifos da fiscalização). A companhia, como se viu, é a FB Participações.

72. Observa-se que o Bertin FIP nasceu com o intuito de investir no que chamou de "portfólio alvo", que, a não ser pelo breve período de 26/11 a 23/12/2009, quando ainda possuía as ações da Bertin, deveria se compor de "títulos e valores mobiliários de emissão da FB Participações". Mais: o fundo "investirá no Portfólio Alvo". Por que o fundo, um mês depois da sua criação, formalizou a sua entrada na JBS, por meio da incorporação de ações da Bertin, quando teria recebido ações JBS por R\$ 8,8 bilhões, integralizadas na FB por R\$ 4,9 bilhões no mesmo instante? Se o fundo "tem por finalidade a obtenção de ganhos de capital mediante a valorização dos ativos que compõem a sua carteira", como explicitado pelo caput do artigo 3º do Regulamento, como explicar que o fundo premeditadamente perdeu a fabulosa quantia de R\$ 3,9 bilhões?

73. Apenas para não deixar qualquer dúvida de que o Regulamento foi completamente ignorado, o seu artigo 33 dispõe como se deveria compor a carteira do fundo:

*“Artigo 33 - O FUNDO investirá seus recursos de acordo com a política de investimento delineada no capítulo III, observando ainda as seguintes limitações:*

*I - No mínimo 67% da carteira do FUNDO deverá ser investida em valores mobiliários correspondentes ao seu Portfólio Alvo;*

*(...)*”.

74. A incorporação de ações por meio da qual o fundo teria recebido ações da JBS não seguiu política de investimento nenhuma, nem se obedeceu ao dispositivo de investir em títulos do portfólio alvo. A incorporação de ações afrontou não apenas o bom senso e a lógica econômica, mas também infringiu o Regulamento do FIP e o Acordo de Acionistas, que deixam claríssimo que os ex-controladores da Bertin só poderiam investir na FB. Jamais poderiam ter participado de uma operação que fosse contrária a todos os documentos que dão publicidade aos atos negociais dos dois grupos, em especial quando, contra toda e qualquer razoabilidade, mas em linha com a formalização, o fundo sofresse uma perda tão expressiva quanto inexplicável.

75. Os grupos deixaram de informar a essência das operações e optaram por uma formalização tortuosa e sem sentido econômico. A sequência da formalização (“emissão de ações JBS a R\$ 8,8 bi para o FIP” → “integralização do FIP no capital da FB com as ações JBS por R\$ 4,9 bi”) revela que o FIP teria auferido um ganho de R\$ 7 bilhões e uma perda imediata de R\$ 3,9 bilhões, ambos (ganho e perda) inexplicáveis e sem razão plausível. A ausência de racionalidade das operações, sem qualquer fundamento econômico minimamente defensável, deixa às claras que a sequência de operações acima tentou retratar algo que não aconteceu de fato. A essência da unificação está inserta no Acordo de Acionistas, no Fato Relevante publicado em 16/09/2009, na ausência de registro do fundo como participante do capital da JBS e no Regulamento do FIP. A formalização foi contrária a tudo isso, tornando os atos desprovidos de racionalidade.

76. Como visto à exaustão, nos moldes em que se deram as operações, é inaceitável que o ganho gigantesco fosse parcial e instantaneamente "corroído" pela perda também descomunal, no mesmo instante, com o mesmo ativo e numa negociação casada entre o fundo, a JBS e a controladora da JBS. Pode-se afirmar com total segurança que operações que envolvem tantos bilhões não foram pactuadas de um dia para outro. A integralização do FIP no capital da FB já estava prevista de ser realizada por R\$ 4,9 bilhões, como demonstra, inclusive, o Regulamento do fundo e a omissão do registro do fundo no órgão de registro. O fundo foi concebido para participar da FB e só da FB, desde sempre (com exceção dos dias em que se aguardava a entrada do FIP na FB). Ninguém minimamente bem-intencionado pode imaginar que a controladora da JBS (FB) não sabia que as ações emitidas num instante pela sua controlada (JBS) por R\$ 8,8 bilhões seriam integralizadas no seu capital (da controladora), no mesmo instante, por R\$ 4,9 bilhões. O FIP estava obrigado contratualmente a entregar suas ações JBS para a FB, sem sequer figurar em qualquer registro como sendo, ainda que instantaneamente, acionista da JBS. É impossível acreditar que o valor não estivesse devidamente estipulado, a saber, o valor de R\$ 4,9 bilhões.

77. Desde o princípio, como aliás revelado já no Acordo de Associação, os ex-controladores da Bertin tinham ajustado que seriam sócios da FB, jamais participariam diretamente do capital da JBS. É inequívoco também o fato de que a integralização do fundo no capital da FB foi realizada por R\$ 4,9 bilhões e que isso, natural e evidentemente, já estava previsto e acertado entre todas as partes. Como corolário de tudo o que até aqui se expôs, é forçoso concluir que as ações da JBS nunca integraram o ativo do fundo, como reforçado pela contabilidade e o Regulamento do próprio FIP. A formalização adotada resultaria, economicamente, no ganho de R\$ 7 bilhões e na perda de R\$ 3,9 bilhões. Essa linha absurda, contudo, só existiria se admitíssemos uma formalização deformada e desprovida de qualquer lógica, como a adotada pelas partes.

78. A aparente (e essencialmente inexistente) participação dos ex-controladores da Bertin no capital da JBS, conduzida por meio de uma incorporação de ações artificiosa, trouxe como consequência o mascaramento de um ganho tributável que deveria ter se materializado na FB. Como se verá na sequência, o que foi reconhecido na FB, em virtude da formalização tortuosa implementada, foi outro tipo de ganho que seria, se legítimo fosse, isento de imposto de renda.

## **DOS EFEITOS, NA FB, DA EMISSÃO DE AÇÕES DA JBS E DA INTEGRALIZAÇÃO NA FB FEITA PELO FIP COM ESSAS MESMAS AÇÕES**

79. A pseudo-entrada dos ex-controladores da Bertin no capital da JBS em decorrência da incorporação das ações da Bertin causou reflexos contábeis e tributários na FB. Como se viu, a FB foi criada (23/12/2009) com o aporte dos então controladores da JBS

com as suas ações da JBS. Neste momento, a FB passou a controlar 51,7% do capital da JBS (parágrafo 5). Em valores absolutos, a FB passou a deter um investimento de R\$ 2.514.005.679 na JBS, cujo PL era de R\$ 4.863.078.133 (doc. 25).

80. Em 29/12/2009, a JBS realiza a AGE que aprova a incorporação de ações da Bertin. Em virtude disso, a JBS emite 929.392.550 novas ações, subscritas pela FB (679.182.067 ações a R\$ 8.760.571.216) e pela BNDESPAR (250.210.483 ações a R\$ 3.227.391.980) pelo valor de total de R\$ 11.987.963.196.

81. Após a emissão das novas ações, a participação da FB na JBS passou a ser de 31% do "novo" PL da JBS (R\$ 16.851.041.329), ou seja, o investimento da FB na JBS aumentou de R\$ 2.514.005.679 para R\$ 5.226.765.327 em decorrência da aplicação do método da equivalência patrimonial. A diferença entre a participação antes e depois da incorporação de ações (R\$ 5.226.765.327 - R\$ 2.514.005.679) foi o ganho por variação percentual reconhecido pela FB (R\$ 2.712.759.648). Ainda foi feito um ajuste por conta de uma diferença entre os PLs utilizados para fins de cálculo de variação percentual que elevou o ganho registrado pela FB para R\$ 2.726.469.042 (doc. 25).

82. Como se vê, a participação da FB (e dos demais acionistas) no capital da JBS foi diluída pela entrada do Bertin FIP e da BNDESPAR no capital da sociedade, que passaram a participar com 29,2% e 18,8%, respectivamente, da JBS. No mesmo instante, porém, o Bertin FIP integraliza essas ações (recebidas por R\$ 8.760.571.216 e que nem foram registradas como sendo do fundo) por R\$ 4.949.046.230 no capital da FB, numa operação desprovida de qualquer lógica negocial, por tudo o que até aqui se expôs. A diluição da FB, pois, foi apenas instantânea, pois a integralização do FIP no capital da holding restituiu à FB o controle da JBS, ou melhor, aumentou ainda mais o seu percentual de controle, já que antes da incorporação de ações a FB detinha 51,7% do capital da JBS e passou a deter, após a incorporação, 60,25%.

83. Do ponto de vista tributário, o ganho por variação percentual não compõe o lucro real, como disposto pelo artigo 428 do RIR/99.

84. É apropriado ressaltar a natureza do ganho registrado pela FB. Quando a JBS incorporou as ações da Bertin, a JBS passou formalmente a ser a única acionista da "incorporada". Por seu turno, nos termos do §1º do artigo 252 da Lei das S.A., uma vez aprovada a incorporação de ações, a assembléia geral da companhia incorporadora deverá autorizar o aumento de capital, a ser realizado com as ações incorporadas. Assim, o aumento de capital da JBS decorreu da incorporação das ações da Bertin. Esse aumento se deu mediante a emissão de novas ações que foram subscritas pela diretoria da companhia incorporada e deveriam ser entregues aos acionistas da companhia cujas ações foram incorporadas (Bertin FIP e BNDESPAR). Vale dizer que a JBS, no momento da incorporação de ações, passaria a ter novos acionistas (Bertin FIP e BNDESPAR), que integralizaram com as ações da Bertin as novas ações JBS a eles emitidas. Tal subscrição, como se viu, se deu por cerca de R\$ 12 bilhões.

85. O ganho por variação percentual contabilizado na FB teria se originado, conseqüentemente, da entrada de novos acionistas no capital da JBS. A FB detinha, antes da incorporação de ações da Bertin, uma participação de 51,7% na JBS, cujo PL era de R\$ 4,9 bilhões. Imediatamente depois, a participação da FB no capital da JBS caiu para 31%, mas sobre um PL agora de R\$ 16,9 bilhões (doc. 7). No entanto, o que efetivamente se viu foi que jamais houve a intenção de que os ex-controladores da Bertin fizessem parte do capital da JBS. Dito de outra forma, o ganho por variação percentual registrado pela FB é inadmissível, visto que ele nada mais foi do que um reflexo de uma "entrada" de sócios que nunca foram nem sequer cogitados de sê-lo. O ganho por variação percentual registrado pela FB, portanto, decorreu de uma formalização dissociada da realidade dos fatos.

86. A natureza da relação entre FB, Bertin FIP e JBS S.A. foi outra, diferente da formalizada pelos dois grupos. Em momento algum, os conglomerados se organizaram de maneira a respeitar o instituto da incorporação de ações realizada, pois não se cogitou, desde a primeira hora, que os ex-controladores da Bertin fizessem parte do capital da JBS (como, aliás, corrobora a ausência de registro, pelo escriturador, de que o fundo seria, ainda que momentaneamente, acionista da JBS). E foi exatamente por isso que aqui se apontam o dissonante ganho por variação percentual registrado pela FB e a absoluta falta de lógica na operação em que o FIP entregou ações que valem R\$ 8,8 bilhões por R\$ 4,9 bilhões. A falta de lógica de tudo o que foi feito só evidencia que as operações analisadas, nos moldes em que foram formalizadas, não podem ter, de fato, ocorrido. A formalização teve o intuito de transformar um ganho tributável em ganho isento de tributação.

### **DA ESSÊNCIA DA OPERAÇÃO**

87. A completa falta de razoabilidade na operação em que o Bertin FIP integraliza por R\$ 4,9 bilhões um ativo "adquirido" no mesmo segundo por R\$ 8,8 bilhões revela que a realidade dos fatos é outra. O ganho por variação percentual originado da "entrada" de um novo acionista que nunca entrou, também.

88. A incorporação de ações retratada pela Figura 5 indica que os grupos econômicos, pelo menos no aspecto formal, desejavam que a Bertin se tornasse subsidiária integral da JBS S.A. Assim, a decorrência da incorporação de ações da Bertin é que ela passaria a ter como único acionista a JBS, sociedade incorporadora das ações.

89. A incorporação de ações é regida pelo art. 252 da Lei das S.A.

90. Pela incorporação de ações, é estabelecida uma relação entre duas sociedades, a incorporadora e aquela que teve as ações incorporadas. É condição sine qua non que haja a convergência de vontades entre as duas companhias, como disposto nos §§1º e 2º do artigo 252 da Lei das S.A.

91. Mas que convergência houve se apenas dois dias depois da incorporação de ações a Bertin S.A. foi efetivamente incorporada pela JBS S.A.? A intenção dos ex-controladores das duas companhias era que a Bertin desaparecesse, não que ficasse como subsidiária integral da JBS.

92. A única vontade que se pode constatar é a dos controladores das duas empresas, afinal o lapso entre a incorporação de ações (vontade das sociedades) e a incorporação (vontade dos controladores de ambas) propriamente dita foi de apenas dois dias. O fato de ambas terem participado formalmente da incorporação de ações não significa que havia, de fato, uma vontade de que a Bertin se tornasse subsidiária integral da JBS. Os acionistas controladores de ambas já tinham evidentemente deliberado que a Bertin seria incorporada pela JBS, ou seja, ficou valendo a vontade dos controladores das duas sociedades. Além disso, os controladores de ambas já haviam concordado que o Bertin FIP jamais participaria do capital da JBS.

93. A vontade do FIP (controladora da Bertin) e da FB (controladora da JBS), materializada na exigência contratual de que o fundo deveria irrevogável e imediatamente integralizar as suas ações JBS no capital da FB, sem que o fundo figurasse em quaisquer registros como acionista da JBS, além do disposto no Regulamento do fundo, era de que o FIP deveria participar da holding. A integração societária estava prevista desde sempre de ocorrer na "Nova Holding". Não havia sentido em a JBS emitir ações para o FIP já sabendo que tais ações iriam ser imediatamente integralizadas na controladora da JBS, por conta de uma vedação contratual e regulamentar. Mesmo que a JBS tivesse incorporado diretamente a Bertin, ainda assim tal operação

seria desprovida de essência, pois o FIP, igualmente à hipótese da incorporação de ações, receberia novas ações emitidas pela JBS. E, se os ex-controladores da JBS não admitiam que os ex-controladores da Bertin participassem diretamente do capital da JBS, por que a JBS emitiria novas ações ao FIP, que, além disso, tinha um regulamento que dispunha que o portfólio em que investiria deveria compor-se tão somente de ações da FB? Fosse feita a incorporação de ações ou a incorporação da Bertin propriamente dita, o FIP Bertin nunca esteve sujeito a um conjunto de direitos e obrigações que lhe outorgasse o status de acionista da JBS S.A. Nem nunca se previu que estaria. Muito pelo contrário.

94. O problema não foi ter-se formalizado a incorporação de ações em lugar da incorporação da Bertin, que foi o que essencialmente existiu. O problema é que o FIP foi formalizado como destinatário das novas ações emitidas pela JBS quando não o poderia ser, como deixou evidente a AGE de 29/12/2009 da JBS, que determinava que o escriturador das ações emitidas pela companhia registrasse em nome da FB, sem deixar qualquer margem de dúvida de que essas ações jamais deveriam figurar como propriedade do Bertin FIP (parágrafo 68).

95. A relação verdadeira entre acionista e sociedade foi estabelecida entre o FIP e a FB. As ações da JBS recebidas pelo fundo nem mesmo foram contabilizadas por ele. Em hipótese alguma foi conferida ao fundo a condição de acionista da JBS, até porque, contratualmente, essa hipótese foi explicitamente afastada. O fundo nunca foi proprietário das ações, pois nem sequer poderia aliená-las a outro que não a FB. Não há propriedade de algo de que não se pode livremente dispor ou que jamais esteve sob sua propriedade ou mesmo posse. Aliás, é bom que se diga que, se o FIP tivesse alguma chance de alienar as ações JBS, não o teria feito à FB. Já que elas valiam R\$ 8,8 bilhões, por que aliená-las para alguém que se dispôs a pagar apenas R\$ 4,9 bilhões?

96. É oportuno mostrar a posição acionária (formal) na JBS imediatamente antes e imediatamente depois da incorporação de ações da Bertin pela JBS (doc. 25):

Acionista	Antes da IA		Depois da IA	
	Ações ON		Ações ON	
FB Participações	720.684.951	51,7%	720.684.951	31,02%
BNDESPAR	186.891.800	13,41%	437.102.283	18,81%
PROT – Fundo de Investimento	205.365.101	14,73%	205.365.101	8,84%
Outros	281.146.974	20,17%	281.146.974	12,10%
BERTIN FIP	0	0,00%	679.182.067	29,23%
<b>Total</b>	<b>1.394.088.826</b>	<b>100%</b>	<b>2.323.481.376</b>	<b>100%</b>

**Tabela 1 – Participação societária na JBS (resposta termo de intimação 2) imediatamente antes e depois da incorporação de ações da Bertin pela JBS**

97. A tabela acima lista os formais detentores de ações ordinárias da JBS nos instantes anterior e posterior da incorporação de ações da Bertin. Vê-se que a FB detinha cerca de 51,7% da JBS antes da incorporação de ações da Bertin, passando a deter cerca de 31% imediatamente após a incorporação de ações.

98. No mesmo momento, a participação detida pelo Bertin FIP é integralizada no capital da FB, de forma que a FB passou a deter cerca de 60,25% do capital da JBS. O aumento de participação ocorreu porque o FIP incondicionalmente repassou suas ações na JBS para a FB. Em essência, a JBS emitiu novas ações para a sua controladora, a FB. A contrapartida dada pela FB será vista adiante.

99. Num único instante, a FB deteve 51,7% da JBS, passou a deter 31% e finalmente ficou com 60,25% de participação. Tudo isso no mesmo momento e formalizado como se a JBS tivesse emitido ações a R\$ 8,8 bilhões para o FIP, que as integralizou na FB por R\$ 4,9 bilhões. Em resumo, a participação de 60,25% detida pela FB na JBS pode ser decomposta, de acordo com a formalização, em três parcelas: (i) constituição da holding mediante a integralização, em 23/12/2009, das participações detidas por J&F e ZMF na JBS, por cerca de R\$ 2,5 bilhões; (ii) novas ações da JBS são integralizadas no capital da holding por R\$ 4,9 bilhões; por fim, (iii) ganho por variação percentual de cerca de R\$ 2,7 bilhões em função da "entrada" do "novo sócio" (Bertin FIP). A soma dessas três parcelas (R\$ 10,1 bilhões) representa 60,25% do PL da JBS em 31/12/2009, que era de R\$ 16,85 bilhões (doc. 25).

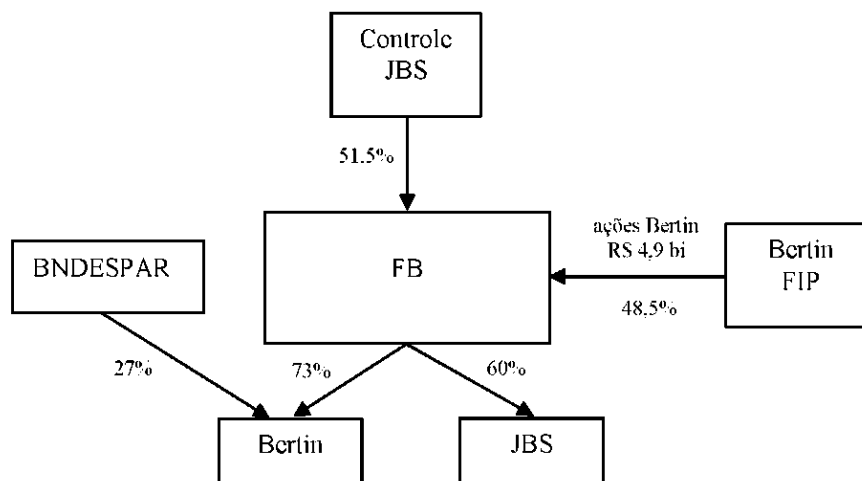
100. A entrada formal e fictícia dos ex-controladores da Bertin no capital da JBS torna inválido, por conseguinte, o ganho por variação percentual da FB. A isso se alia a estrondosa perda de quase R\$ 4 bilhões pelo fundo, algo inaceitável fora dos moldes illogicamente formalizados.

101. A união entre os grupos só faz sentido se olhada por outro ângulo. Os pressupostos em que a unificação entre JBS e Bertin repousou são os seguintes: (i) os ex-controladores da Bertin deveriam ser sócios da FB, jamais da JBS; (ii) a entrada dos ex-controladores da Bertin no capital da FB seria realizada por R\$ 4,9 bilhões, e (iii) as ações da Bertin seriam incorporadas pela JBS por cerca de R\$ 12 bilhões (ou, tanto faz, a Bertin seria incorporada pela JBS, que emitiria ações por cerca de R\$ 12 bilhões aos acionistas da incorporada).

102. O que não pode fazer parte dos pressupostos é o fato de os ex-controladores da Bertin incorrerem em um ganho de R\$ 7 bilhões, nem em uma perda instantânea de quase R\$ 4 bilhões, nem o fato de a FB registrar um ganho por variação percentual decorrente de uma entrada de sócios que nunca foram cogitados de entrar no capital da JBS.

103. A formalização tortuosamente realizada dos três pressupostos tornou a visão global das operações desprovida de lógica econômica. Por isso, para que façam sentido, esses pressupostos devem obedecer a uma ordem que torne aceitável, do ponto de vista econômico e tributário, o resultado pretendido pelos grupos. O primeiro Fato Relevante publicado pela JBS (parágrafo 2) divulgava, nos termos do Acordo de Associação firmado, que "os acionistas controladores da Bertin...concordaram em contribuir para a Nova Holding ações representativas de 73,1% do capital da Bertin. A Nova Holding, portanto, passará a ser acionista controladora tanto da Bertin como da JBS".

104. O Bertin FIP contabilizou a sua entrada na FB exatamente como divulgado pelo fato relevante, ou seja, integralizou por R\$ 4,9 bilhões as ações Bertin registradas na sua contabilidade por R\$ 1,8 bilhão. Relembre-se que, antes da unificação, o FIP detinha 73% da Bertin, enquanto a FB participava com 51,7% do capital da JBS. Esquemáticamente, pois, assim ficou a verdadeira configuração dos dois grupos depois da integralização que essencialmente o FIP fez na FB:



**Figura 9 – Entrada do FIP no capital da FB (essência)**

105. A essência da unificação entre os dois grupos se deu na FB. Primeiramente, os ex-acionistas da JBS integralizam na holding suas participações na JBS. Pouco depois, como dispõe o Regulamento do FIP - que prevê que o fundo só deve investir seus recursos em títulos emitidos pela FB -, os ex-controladores da Bertin integralizam na FB a sua participação na Bertin por R\$ 4,9 bilhões. Não faz qualquer sentido imaginar que os ex-controladores da Bertin teriam recebido R\$ 8,8 bilhões em ações da JBS, que no mesmo instante seriam integralizadas por R\$ 4,9 bilhões na controladora da JBS. O que faz sentido é que os ex-controladores da Bertin receberam R\$ 4,9 bilhões em ações da FB pela parte na Bertin que eles contabilizavam por R\$ 1,8 bilhão. Daí o ganho registrado pelo FIP, de R\$ 3,1 bilhões.

106. Uma vez efetivada a unificação dos grupos na FB, o passo seguinte, pela lógica da essência da operação, é a incorporação das ações (ou incorporação) da Bertin pela JBS, que emite novas ações pelo valor total de R\$ 11,987 bilhões aos acionistas da Bertin. Como ilustrado na Figura 9, nessa configuração, diferentemente da formalização adotada, os acionistas da Bertin são a BNDESPAR e a FB. Na proporção da sua participação na Bertin, a FB recebe R\$ 8,8 bilhões em ações da JBS. Ou seja, a participação na Bertin contabilizada pela FB por R\$ 4,9 bilhões, é integralizada no capital da JBS por R\$ 8,8 bilhões, em virtude da incorporação das ações (ou incorporação) da Bertin pela JBS.

107. É evidente que as novas ações formalmente emitidas pela JBS para o Bertin FIP tinham como destino final a FB, desde o instante da emissão - que coincide com o momento da integralização delas no capital da FB -, como contratualmente disposto e sacramentado no Regulamento do fundo. A "entrada" do FIP no capital da JBS, de fato, nunca ocorreu. O que houve foi a emissão das 679.182.067 ações por R\$ 8.760.571.216 para a FB, integralizadas com as ações da Bertin por R\$ 4.949.046.230.

108. Só com essa lógica é possível aceitar a emissão das ações da JBS por quase R\$ 12 bilhões ou, dito alternativamente, só assim é possível conceber que a JBS pagou pela Bertin quase R\$ 12 bilhões, como registra a ata da AGE de 29/12/2009 da JBS (parágrafos 26 e 27). O que é inconcebível é imaginar que a JBS teria pago R\$ 8,8 bilhões em ações ao controlador da Bertin, mas este, numa hipótese absurda, teria auferido um ganho estrondoso de R\$ 7 bilhões e alienado essas mesmas ações com uma perda instantânea e também estrondosa de R\$ 3,9 bilhões.

109. A entrega imediata e irrevogável à FB das ações JBS recebidas pelo Bertin FIP na incorporação de ações - a ponto de o fundo "outorgar mandato irrevogável e irretroatável com instruções para que o agente escriturador das ações da Companhia [JBS] registrasse em nome da



capital da JBS e o valor pelo qual elas estavam contabilizadas na FB é precisamente o ganho obtido pela holding, que, no caso, foi de R\$ 3,9 bilhões (R\$ 8,8 bilhões - R\$ 4,9 bilhões).

114. Cumpre esclarecer outra característica do ganho obtido pela FB. Trata-se de ganho na alienação das ações da Bertin integrantes do ativo circulante da holding. É evidente que a intenção da FB nunca foi de manter permanentemente as ações da Bertin. Elas foram recebidas e imediatamente passadas para a JBS. Elas jamais figuraram no ativo não circulante (antes chamado ativo permanente) da FB. Em outras palavras, jamais a Bertin foi, pela ótica da FB, um investimento permanente em controlada ou coligada. Esse ponto é relevante para justificar a incidência do PIS e da COFINS sobre a receita de alienação dessas ações Bertin, como se verá adiante.

115. Não se pretende aqui subtrair ao particular o seu direito de auto-organização. Mas a forma adotada pelos dois grupos prescinde da mais básica lógica econômica e negocial, tornando inaceitáveis as consequências tributárias produzidas por esses atos. A conduta empregada por eles demonstrou-se contaminada por meios artificiosos destinados a contornar a incidência da norma tributária.

116. Cumpre observar que, nas suas respostas, o fundo jamais admitiu a ocorrência de um ganho de R\$ 7 bilhões nem uma perda de R\$ 3,9 bilhões. Pela formalização dos atos, no entanto, seria indiscutível que houve esse ganho e essa perda. A formalização, no entanto, demonstrou-se inteiramente desprovida de lógica ou substância econômica e, ainda, contrária ao que dispunha o Acordo de Acionistas e o Regulamento do fundo. O que conduz à conclusão de que, nos moldes em que aqui se admite a ocorrência dos atos, a inexistência daquele ganho e da perda só faz sentido se a subscrição do FIP no capital da FB tenha se dado mediante a entrega das ações Bertin por R\$ 4,9 bilhões, não das ações JBS, como mostrado na Figura 10.

117. Pela essência da negociação, o Bertin FIP não fez parte do capital da JBS, nem houve um ganho de R\$ 7 bilhões auferido pelo FIP, nem houve perda na integralização feita pelo fundo na FB, nem existiu na holding o ganho por variação percentual. É fato inequívoco que o ativo que desde sempre foi detido pelo Bertin FIP era uma participação na FB de R\$ 4,9 bilhões. E, evidentemente, isso já estava previsto quando os atos foram formalizados (como demonstram as disposições do Regulamento do fundo). O ganho auferido pela FB foi, na verdade, um ganho tributável de R\$ 3,9 bilhões - decorrente de alienação das ações Bertin integrantes do seu ativo circulante - que deixou de ser oferecido à tributação por conta de operações que intencionalmente visaram tão somente à economia tributária.

## **DOS DISPOSITIVOS LEGAIS TRIBUTÁRIOS INFRINGIDOS E BASES DE CÁLCULO**

### **Do IRPJ e da CSLL**

118. Viu-se que o ganho por variação percentual registrado pela FB está em desacordo com a verdadeira natureza do ganho auferido pela holding. A Figura 10 ilustra que o ganho que deveria ter sido reconhecido pela FB foi consequência da incorporação de ações da Bertin pela JBS, cuja sistemática resultou na integralização das ações da Bertin, contabilizadas pela FB por R\$ 4,9 bilhões, no capital da incorporadora (JBS) por um valor majorado em R\$ 3,9 bilhões.

119. A incorporação de ações é uma operação regida societariamente pelo artigo 252 da Lei das S.A. (parágrafo 89). Ainda que parte da doutrina diferencie a incorporação de ações da subscrição de capital com bens, é inegável que, na incorporação de ações, haverá a subscrição de ações da sociedade incorporadora (JBS) com a totalidade das ações do capital social da

companhia cujas ações serão incorporadas (Bertin). No caso de se considerar que o que foi feito foi a incorporação propriamente dita, o mesmo se aplica.

120. A subscrição de ações com bens gerará ganho quando eles forem integralizados por valor maior que o valor pelo qual estão contabilizados nos acionistas da sociedade "incorporada" (ou efetivamente incorporada). No caso, de acordo com a essência das operações, as ações Bertin deveriam estar contabilizadas por R\$ 4.949.046.230 no ativo circulante da FB e foram integralizadas, em decorrência da incorporação de ações, por R\$ 8.760.571.215 no capital da JBS em 29/12/2009, como disposto na AGE da JBS que deliberou pela aceitação da referida operação (parágrafos 26 e segs.).

121. Relativamente ao IRPJ, o ganho acima referido comporá o lucro operacional, como definido pelo artigo 277 do RIR/99, haja vista que as ações que deram causa ao ganho integrariam o ativo circulante da FB. Cumpre destacar que a FB tem como objeto social a "participação em outras sociedades, como sócia ou acionista (holdings) e administração de bens próprios" (doc. 48), como informado no estatuto social da holding.

122. A modalidade de lucro tributável apurado pela FB é o lucro real, cujo cômputo inclui o tal ganho operacional obtido com as ações Bertin, como disposto no artigo 247 do RIR.

123. Idêntica conclusão quanto à inclusão desse ganho na determinação da base de cálculo da CSLL se infere do artigo 2º da Lei nº 7.689/88 (com redação dada pela Lei nº 8.034/90), bem assim do artigo 57 da Lei nº 8.981/95 (com redação dada pela Lei nº 9.065/95).

124. Não há dúvida, portanto, de que o ganho calculado pela diferença entre o valor integralizado (R\$ 8,8 bilhões) pela FB na JBS com a participação na Bertin e o valor pelo qual essa participação deveria estar registrada na FB deve ser computado na apuração do IRPJ e da CSLL.

125. À época dos fatos sob análise (2009), portanto, o ganho auferido pela FB deveria ser imediatamente oferecido à tributação. Isso é corroborado pelo fato de uma lei anterior (Lei nº 10.637/2002), revogada no final de 2005, expressamente permitir o diferimento sobre o ganho decorrente de integralização de participação societária realizada por valor superior ao valor contábil da participação registrada na escrituração do subscritor. Se o ganho de capital da FB tivesse sido auferido na vigência do artigo 36 da referida lei (revogado pela Lei nº 11.196/2005), ele poderia ser diferido na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

126. Com a revogação do artigo 36 da Lei nº 10.637/2002, em 2005, o ganho descrito no caput daquele artigo passou a ser imediatamente tributado no momento em que auferido (tal como já estabelecia o ordenamento antes da Lei nº 10.637/2002). O legislador revogou do nosso ordenamento jurídico a hipótese de diferimento da tributação do ganho auferido pela FB em 2009. Revogada a norma de diferimento, voltou a incidir a norma aplicável ao ganho em tela, até hoje vigente.

127. Apenas para efeito de argumentação, ainda que remotamente se assumisse que a participação detida pela FB na Bertin estivesse contabilizada no ativo permanente (o que aqui restou cabalmente afastado, como já antes se discorreu - notadamente no parágrafo 114), ainda assim tal ganho seria tributado pelo IRPJ e pela CSLL, haja vista o disposto no artigo 418 do RIR/99, bem como por força do artigo 2º da Lei nº 7.689/88, respectivamente. Note-se que nesta hipótese o argumento antes aduzido com a utilização da Lei nº 10.637/2002 restaria igualmente aplicável, uma vez que o referido artigo 36 não exigia que a participação societária estivesse contabilizada no ativo circulante ou no permanente.

128. O valor exato do ganho na alienação das ações Bertin, auferido pela FB do ano-calendário de 2009, a ser tributado de ofício é a diferença entre o valor das ações recebidas quando da integralização do Bertin FIP no capital da FB (R\$ 4.949.046.230) e o valor dessas ações integralizadas pela FB no capital da JBS (R\$ 8.760.571.215), como ilustrado pela Figura 10. O ganho operacional a ser tributado, portanto, é de R\$ 3.811.524.985.

### **Do PIS e da COFINS**

129. No período em que foi auferido o ganho operacional, a fiscalizada, que apurava o lucro real, estava sujeita ao regime não cumulativo do PIS e da COFINS. Nessa modalidade, a base de cálculo das duas contribuições é o valor do faturamento, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil (artigo 1º, §§ 1º e 2º da Lei nº 10.637/2002, e artigo 1º, §§ 1º e 2º da Lei nº 10.833/2003).

130. Dessa forma, a base de cálculo do PIS e da COFINS a ser tributada é a receita de alienação das ações Bertin, já discutida ao longo deste Termo, e que tem o valor de R\$ 8.760.571.215.

### **DA MULTA QUALIFICADA**

131. A multa aplicável ao presente caso está prevista no artigo 44, inciso I e §1º, da Lei nº 9.430/96 (com redação dada pela Lei nº 11.488/2007).

132. A majoração da multa em razão da qualificação já foi devidamente justificada ao longo deste Termo, mas ainda cabem alguns comentários. A comparação entre a formalização e a essência das operações traz à tona a insuspeita intenção por trás do planejamento tributário engendrado. É inaceitável imaginar que o FIP adquira um ativo por R\$ 8,8 bilhões e o aliene, no mesmo instante, por R\$ 4,9 bilhões. Seria admitir que alguém teve a intenção de perder, instantaneamente, a descomunal quantia de R\$ 3,9 bilhões, em operações "casadas" entre o FIP e a JBS e entre o FIP e a FB, ou seja, em operações ocorridas no mesmo momento entre o fundo e a controladora da JBS (FB) e entre o fundo e a controlada da FB (JBS).

133. Por outro lado, é perfeitamente cabível a situação em que o FIP alienasse as ações da Bertin por R\$ 4,9 bilhões à FB e esta, numa segunda alienação, obtivesse um lucro de R\$ 3,9 bilhões. Afinal, é esperável que conglomerados como Bertin e JBS visem ao lucro. Nesse contexto, a seguinte questão poderia ser suscitada: por que, então, sendo possível obter o preço de R\$ 8,8 bilhões pelas ações da Bertin numa alienação à JBS, o Bertin FIP as teria alienado por apenas R\$ 4,9 à FB?

134. A resposta a essa pergunta só pode ser dada se o cenário em que a unificação da Bertin à JBS for revisitado. A Bertin estava passando por grandes dificuldades financeiras, devastada por prejuízos e dívidas vultosas. Segundo notícia do Valor Econômico de 20/07/2012, reproduzida pela AviSite, portal de notícias ligado ao agronegócio, o BNDES havia aportado uma quantia considerável na Bertin em 2008, mas o reforço de capital dado pelo banco estatal não evitou o colapso do frigorífico. A saída vislumbrada pelo BNDES teria vindo, segundo o site de notícias, por meio de "estímulos" para que a JBS incorporasse a Bertin.

135. Diante desse cenário, restavam poucas opções aos Bertin. O preço pago pelos donos da JBS aos ex-donos da Bertin pelos 73% que eles detinham no frigorífico foi de R\$ 4,9 bilhões. Esse foi o valor que ao final foi fechado desde que o "salvamento" da Bertin estava em curso, como demonstra a contabilidade do FIP. Não havia nem há a menor lógica em os Bertin aceitarem R\$ 8,8 bilhões em ações da JBS e, na sequência, integralizá-las no capital da

controladora da JBS por R\$ 4,9 bilhões. Como inclusive já comentado, o FIP nunca teve de fato a propriedade das ações JBS, do contrário não as teria alienado à FB, que se propôs a pagar apenas R\$ 4,9 bilhões por elas.

136. O que ficou acordado também foi que o valor unitário da ação emitida pela JBS para incorporar as ações da Bertin foi de R\$ 12,89870808 (parágrafo 27). Relembre-se que couberam à BNDESPAR 250.210483 ações ON da JBS, enquanto ao Bertin FIP foram emitidas 679.182.067 ações JBS. Quando se multiplica o número de ações recebidas pelo FIP pelo valor unitário das ações chega-se ao valor de R\$ 8.760.571.215 a que o fundo fez jus. Se dividirmos o valor pelo qual essas ações foram integralizadas no capital da FB (R\$ 4.949.046.230) pelo número de ações recebidas pelo FIP, chegamos ao valor de R\$ 7,286774004 por ação. É aceitável entregar uma ação recebida num momento a R\$ 12,89870808 pelo valor de R\$ 7,286774004 no mesmo momento para a controladora da companhia que acabou de emití-las? Trata-se, evidentemente, de uma pergunta retórica.

137. Só faz sentido o que aqui se afirma ser a essência da operação, ilustrada na Figura 10. As novas ações emitidas pela JBS ao preço unitário de R\$ 12,89870808 foram subscritas pela BNDESPAR e pela FB, e não pelo Bertin FIP. Admitir a formalização adotada pelos grupos é admitir o total absurdo. Mesmo numa situação frágil como a que se encontrava a Bertin, a lógica imposta pela formalização é desprovida de sentido.

138. Importante esclarecer que não pretende-se impor a forma pela qual uma estruturação societária devesse ser implementada. No entanto, a autonomia patrimonial não pode ultrapassar os limites impostos pela boa-fé intrínseca a qualquer negócio jurídico válido, como determina o Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

139. A forma estruturada para a unificação dos grupos Bertin e JBS foi abusivamente concebida. A comparação entre a forma e a essência mostra que houve um ajuste doloso entre a JBS, o Bertin FIP e a FB que visou ocultar um ganho de R\$ 3,9 bilhões que deveria ter sido reconhecido pela FB. Sem a colaboração ativa de cada uma dessas partes, não seria possível obter um resultado como o obtido ao final. Todos os partícipes estavam cientes de que a integralização do fundo na holding seria feita pelo valor de R\$ 4,9 bilhões. A JBS não poderia, portanto, emitir ações a R\$ 8,8 bilhões para uma parte sabendo que tais ações seriam integralizadas no capital da sua controladora por um valor R\$ 3,9 bilhões menor. A FB não poderia concordar em participar de um esquema em que já sabia que o subscritor das ações recém-emitidas pela sua controlada iria integralizá-las em seu capital por valor quase R\$ 4 bilhões menor. E o FIP não poderia integralizar ações recebidas a R\$ 8,8 bilhões por R\$ 4,9 bilhões no mesmo instante se não fosse pela participação ativa da JBS e da FB.

140. Os mesmos resultados econômicos seriam obtidos se as operações seguissem o curso natural dos acontecimentos, mas os atos e negócios jurídicos implementados tiveram a única finalidade de obter vantagem tributária.

141. Houve clara e evidente discrepância entre o que se fez e a vontade declarada pelas partes no negócio jurídico celebrado. Os atos formalizados não corresponderam à verdadeira intenção dos contratantes, pois presente estava o intuito de iludir e ludibriar o Fisco. Houve intenção e ciência de todas as partes, pois incabível imaginar que a JBS e a sua controladora (FB) não soubessem que o Bertin FIP integralizaria no capital da FB, por apenas R\$ 4,9 bilhões, as ações emitidas naquele instante pela JBS por R\$ 8,8 bilhões.

142. A causa da ocultação estava voltada para a obtenção de um tratamento tributário benéfico à FB, que acabou passando a ter como acionistas os ex-controladores da JBS e

os ex-controladores da Bertin (Bertin FIP). A economia fiscal não poderia ser obtida pelas vias normais, o que demonstra tratar-se de atos antecipadamente deliberados pelas partes envolvidas.

143. O ajuste doloso entre FB, Bertin FIP e JBS para obter a vantagem tributária indevida está exaustivamente demonstrado. Resta averiguar o papel do administrador do Bertin FIP à época em que se deu toda a operação. Como informado, o então administrador do fundo era a Citibank Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A.

144. Foi dito ao longo deste termo que a essência das operações de unificação entre JBS e Bertin foi indevidamente formalizada. O administrador do fundo sempre justificou que não houve o ganho de R\$ 7 bilhões nem a perda de R\$ 3,9 bilhões. No entanto, de acordo com a formalização, que, do ponto de vista lógico e econômico, é absurda, houve tal ganho e tal perda.

145. Pela formalização, o Bertin FIP teria em mãos um ativo de R\$ 8,8 bilhões e decidira abrir mão de parte considerável desse valor numa integralização feita com esse mesmo ativo e no mesmo momento em que o recebera. Nenhum administrador de fundo aceitaria passivamente uma operação como essa. Tampouco nenhum cotista aceitaria trocar um ganho de R\$ 7 bilhões por outro de R\$ 3,1 bilhões num ativo recebido por R\$ 8,8 bilhões e imediatamente depois alienado por R\$ 4,9 bilhões. Ou melhor, um administrador e um cotista só aceitariam algo assim esdrúxulo se isso fosse apenas formal, não real.

146. A Citi DTVM era, de acordo com o artigo 6º do Regulamento do Bertin FIP, "responsável pela administração do FUNDO e gestão de sua carteira". Também extraído do regulamento do Bertin FIP, o artigo 7º dispõe sobre a administração do fundo:

*“Artigo 7º - A Administradora deverá empregar, no exercício de suas funções, o cuidado que toda entidade profissional ativa e proba costuma empregar na administração de seus próprios negócios, devendo, ainda, servir com lealdade ao FUNDO. Respeitados os limites estabelecidos na regulamentação em vigor e neste Regulamento, o Administrador terá poderes para tomar todos os atos que se façam necessários à administração e operacionalização do Fundo, bem como, mas não se limitando, relacionados à aquisição e alienação dos Valores Mobiliários e dos Outros Ativos integrantes da carteira, bem como relacionados ao exercício de todos os direitos inerentes aos valores mobiliários e outros ativos integrantes da carteira, inclusive o de representar o Fundo em juízo ou fora dele, de eleger membros para cargos de administração da Companhia [FB], comparecer e votar em Assembléias gerais de acionistas da Companhia [FB] e eventuais alterações, assim como firmar contratos de compra e venda dos valores mobiliários, acordos de acionistas da Companhia [FB], acordos de investimento e/ou instrumentos de garantia, conforme o caso, observadas as limitações deste Regulamento e da regulamentação em vigor”* (grifos da fiscalização).

147. O excerto do regulamento do Bertin FIP revela (como não poderia deixar de ser) que a Citibank DTVM exercia, na qualidade de administrador e gestor, todos os atos de administração e operacionalização do fundo, inclusive os relacionados à aquisição e à alienação de títulos integrantes da sua carteira. Não há como a Citibank DTVM se eximir do que acontecia.

148. A resposta da DTVM reproduzida no parágrafo 52 tenta explicar que a integralização com as ações Bertin no capital da FB teria se dado pelo seu valor patrimonial e esse seria o valor considerado na contabilização do fundo. Tenta dar sustentação à forma pela qual contabilizou dizendo que o registro contábil foi feito de acordo com laudo emitido por empresa especializada e entregue à DTVM. Deu a já comentada "justificativa" de que "teria havido uma avaliação por óticas distintas", uma aplicável à incorporação de ações (valor econômico), outra utilizada para fins de integralização no capital da FB e respectiva contabilização dessa última

operação. Repete que o valor patrimonial em que se baseou a integralização e o registro contábil feito pelo FIP foi baseado em laudo entregue a ela, Citibank DTVM.

149. Fica-se com a impressão de que a DTVM, uma vez que lhe foi entregue um laudo do valor patrimonial das ações JBS, poderia integralizá-las por esse valor. Como se um simples laudo a eximisse da responsabilidade de realizar uma operação que, se verdadeira fosse, causaria ao fundo uma perda descomunal. Cabe questionar que tipo de cuidado, probidade e lealdade a administradora e gestora teve com o fundo que supostamente administra e gere.

150. É impossível crer que a DTVM não tivesse perfeita noção de que estava sendo partícipe de um esquema que procurou acobertar um ganho de quase R\$ 4 bilhões. Sem a aquiescência do administrador e gestor do fundo, não seria possível implementar os atos formalizados. A Citibank DTVM só não foi à bancarrota em decorrência de um processo judicial impetrado pelo cotista porque este estava ao lado da DTVM e da JBS para promover algo cujo propósito foi ludibriar o Fisco.

151. Enfim, FB, JBS, Tinto Holding e Citibank DTVM, dolosa e conjuntamente, contribuíram para travestir um ganho tributável em ganho por variação percentual, que não é tributado, razão pela qual há que se fazer o presente lançamento de ofício com a qualificação da multa prevista pelo artigo 44, inciso I e §1º, da Lei nº 9.430/96 (com redação dada pela Lei nº 11.488/2007) e a respectiva Representação Fiscal para Fins Penais (processo nº 16561.720105/2014-77) de todos os envolvidos.

## DOS LANÇAMENTOS

Em face do acima exposto, foram efetuados os seguintes lançamentos, relativos ao ano-calendário 2009 (valores em reais):

	IRPJ	CSLL	PIS	COFINS	TOTAL
Tributo	952.877.246,25	343.037.248,65	144.549.425,05	665.803.412,34	2.106.267.332,29
Multa	1.429.315.869,38	514.555.872,98	216.824.137,58	998.705.118,51	3.159.400.998,45
Juros	415.263.903,92	149.495.632,96	62.994.639,44	290.157.127,10	917.911.303,42
<b>TOTAL</b>	<b>2.797.457.019,55</b>	<b>1.007.088.754,59</b>	<b>424.368.202,07</b>	<b>1.954.665.657,95</b>	<b>6.183.579.634,16</b>

Obs:

- Multa de 150%;
- Juros de mora calculados até 09/2014;
- Fundamento legal constante dos respectivos Autos de Infração.

## DA IMPUGNAÇÃO

Cientificada dos lançamentos em 01/10/2014 (AR de fl. 584), a contribuinte, por meio de seu representante e de seu advogado, regularmente constituído, apresentou, em 30/10/2014 (fl. 604), a impugnação de fls. 606/693, retificada (basicamente corrigindo numeração dos parágrafos) em 31/10/2014 (fl. 888) pela impugnação de fls. 889/976, alegando, em síntese, o seguinte:

"DAS PRELIMINARES

### **"Da nulidade do Auto de Infração - A desconsideração da estrutura pela fiscalização implica erro de sujeito passivo"**

Como será detalhado na presente impugnação, neste Auto de Infração a fiscalização pretende exigir valores de IRPJ e CSLL incidentes sobre um suposto ganho de capital auferido pela impugnante em operação ocorrida em dezembro de 2009, na qual o Grupo JBS adquiriu a participação detida pelo Grupo Bertin na Bertin S.A. ("Bertin").

Para chegar a essa infundada conclusão, a fiscalização desconsiderou uma série de atos e operações legitimamente e legalmente praticadas no caso em exame. Mais especificamente, a fiscalização considerou que a incorporação das ações da Bertin pela JBS S.A. ("JBS"), realizada a valor econômico, teria ocorrido em momento no qual a maioria do capital da Bertin seria supostamente detida pela impugnante, e não pelo Bertin Fundo de Investimento em Participações ("Bertin FIP").

Assim, por assumir apenas de forma "intuitiva" que a participação detida pela impugnante no capital da Bertin teria sido recebida pelo valor de aproximadamente R\$ 4,9 bilhões, mediante integralização realizada pelo Bertin FIP em aumento de seu capital, e que a incorporação de ações da Bertin pela JBS teria gerado emissão de novas ações da JBS em favor da impugnante por um valor de aproximadamente R\$ 8,8 bilhões, a fiscalização simplesmente imputou à impugnante um ganho de capital tributável equivalente a aproximadamente R\$ 3,9 bilhões (R\$ 8,8 bilhões. (-) R\$ 4,9 bilhões).

Não bastasse o absurdo acima, a fiscalização ainda considerou que a receita supostamente auferida pela impugnante teria a natureza de receita decorrente de alienação de ações integrantes do seu ativo circulante, exigindo também valores de PIS e COFINS sobre a suposta "receita" de alienação dessas ações em favor da JBS.

Conforme ficará claro ao longo da presente impugnação, os fatos levados em consideração pela fiscalização não correspondem à realidade praticada pela impugnante e nem aos negócios jurídicos firmados na transação em análise neste processo administrativo.

Na realidade, houve sim a incorporação das ações da Bertin pela JBS. No entanto, essa incorporação de ações ocorreu em momento no qual a maioria do capital da Bertin (empresa cujas ações foram incorporadas) era detida pelo Bertin FIP, de forma que a JBS (incorporadora das ações da Bertin) emitiu novas ações em favor do Bertin FIP, e não em favor da

impugnante. Destaque-se que a impugnante nunca chegou a deter participação na Bertin.

Na essência, o que a fiscalização pretende com o presente Auto de Infração é imputar um ganho de capital tributável à impugnante sob o pressuposto de que referido ganho de capital deveria ter sido reconhecido pelo Bertin FIP e não o foi. O parágrafo 7 do Termo de Verificação Fiscal, que acompanha o presente Auto de Infração, deixa muito claro essa pretensão da fiscalização:

Na visão equivocada da fiscalização, o referido ganho de capital tributável, suposta "contrapartida ao reconhecimento do ágio" reconhecido pela JBS na transação, teria sido auferido pela própria impugnante, pois, ao contribuir as ações da JBS em aumento de capital da impugnante, o Bertin FIP teria reconhecido uma perda decorrente da contribuição de um ativo que valia R\$ 8,8 bilhões pelo valor de R\$ 4,9 bilhões. Confira-se o parágrafo 11 do Termo de Verificação Fiscal.

Ao que tudo indica, pelo simples fato de que a operação em análise gerou o reconhecimento de um ágio para a JBS, incorporadora (e adquirente) das ações da Bertin, a fiscalização pretende "alocar" um ganho de capital e uma receita tributável na operação para a impugnante, ganho de capital e receita tributável esta que, ainda que se pudesse ser admitida, só poderia obviamente ser auferida pelo vendedor das ações da Bertin (ou seja, o Bertin FIP).

Não obstante essa pretensão, a fiscalização exige os tributos (IRPJ, CSLL, PIS e COFINS) de pessoa jurídica que não realizou os respectivos fatos geradores vislumbrados neste Auto de Infração. A impugnante nunca deteve ações da Bertin que poderiam ter sido alienadas, transferidas ou contribuídas para o Grupo JBS. A impugnante nada mais era do que a pessoa jurídica que passaria a centralizar o investimento do Grupo JBS e do Grupo Bertin na maioria do capital social da JBS.

A verdade é que se a fiscalização estava tão inconformada com a perda sofrida pelo Bertin FIP quando da contribuição das ações da JBS em aumento do capital da impugnante, ela deveria ter simplesmente desconsiderado essa perda experimentada pelo fundo, de forma que o ganho de capital efetivo experimentado pelo Bertin FIP não fosse de apenas R\$ 3,1 bilhões, mas sim de R\$ 7 bilhões (R\$ 3,1 bilhões ( + ) R\$ 3,9 bilhões).

Ou seja, embora durante todo o Termo de Verificação Fiscal a fiscalização tenha demonstrado o seu inconformismo contra a perda de R\$ 3,9 bilhões experimentada pelo Bertin FIP, ao invés de ela simplesmente desconsiderar referida perda e atribuir ao Bertin FIP - verdadeiro vendedor da participação societária adquirida pela JBS - o ganho de R\$ 3,9 bilhões, ela simplesmente entendeu melhor imputar referido ganho de capital à impugnante. Nada mais absurdo.

Portanto, neste caso, ainda que se pudesse cogitar da existência de um ganho de capital tributável nas transações, e de uma receita decorrente da alienação de ações integrantes de ativo circulante, conforme pretende a fiscalização, é claro que referido ganho de capital e receita tributável só poderia ser exigida do Bertin FIP, veículo de investimento que detinha a

participação societária (ações da Bertin) adquirida pela JBS via operação de incorporação de ações realizada a valor econômico.

Assim, este Auto de Infração seria nulo por ter sido lavrado contra sujeito passivo equivocado (impugnante), já que deveria ter sido lavrado contra o Grupo que alienou as ações à JBS na operação ocorrida em dezembro de 2009, qual seja, o Grupo Bertin.

No presente caso, a fiscalização pretendia, na verdade, exigir os tributos do Grupo Bertin por conta da alienação das ações da Bertin, conforme se depreende do parágrafo 37 do Termo de Verificação Fiscal.

Destaque-se que o artigo 142 do CTN dispõe, sobre o lançamento tributário, que "*Compete privativamente à autoridade administrativa ... identificar o sujeito passivo*" (grifo da impugnante), sendo, portanto, nulo o lançamento na hipótese de ser indicado sujeito passivo diferente daquele que deve integrar a obrigação tributária.

A posição exposta acima é também corroborada pela jurisprudência administrativa que reconhece a nulidade de lançamento de ofício lavrado contra sujeito passivo errado, conforme ementas às fls. 894/895.

Portanto, no caso em análise, se o equivocado entendimento da fiscalização pudesse prevalecer, o que se admite apenas para argumentar, certo é que o lançamento de ofício lavrado conteria vício formal insanável, qual seja, erro na identificação do sujeito passivo e da matéria tributável. Nesse caso, o Auto de Infração deve ser declarado nulo e, como consequência, deve ser cancelado integralmente, inclusive com relação às suas penalidades.

### **Da nulidade do Auto de Infração – Do erro na descrição dos fatos**

O artigo 10, do Decreto nº 70.235/72 estabelece que o Auto de Infração deverá conter, obrigatoriamente, a descrição dos fatos relacionados à infração tributária (inciso III).

Ocorre que, como será demonstrado na presente impugnação, a fiscalização simplesmente se equivocou na análise dos fatos objeto do presente processo administrativo, tendo, inclusive, descrito os fatos de maneira errônea e confusa.

Com base em mera "intuição", a fiscalização simplesmente inverteu os fatos objeto do presente processo administrativo. Isso porque, conforme atestam todos os documentos que suportam os negócios jurídicos aqui analisados, a estrutura da transação implementada para que a JBS adquirisse as ações da Bertin foi basicamente a seguinte:

No 1º Passo, a maioria das ações da JBS foi contribuída em aumento de capital da impugnante. Portanto, o Grupo controlador da JBS passou a deter sua participação nessa sociedade de forma indireta, por meio da impugnante.

No 2º Passo, que corresponde à aquisição das ações da Bertin pela JBS, as ações da Bertin foram incorporadas a valor econômico pela JBS. Como efeito dessa incorporação de ações, a Bertin se torna subsidiária integral da JBS e os antigos acionistas da Bertin (empresa cujas ações foram

incorporadas) recebem em troca de sua antiga participação novas ações representantes do capital social da JBS.

No 3º Passo, as ações da JBS recebidas pelos antigos acionistas da Bertin, por conta do 2º Passo descrito acima, foram contribuídas em aumento de capital da impugnante. Como efeito, a impugnante passa a deter participação adicional na JBS e os antigos acionistas da Bertin, acionistas estes que "alienaram" sua participação na Bertin à JBS, passam a exercer sua participação na JBS também mediante a impugnante.

Os passos acima estão de acordo com os negócios jurídicos efetivamente realizados pelas partes e estão suportados pelos devidos documentos jurídicos. A estrutura acima estava embasada em razões empresariais legítimas e, além disso, foi claramente divulgada ao mercado por meio de Fatos Relevantes, conforme será esclarecido ao longo desta impugnação.

Não obstante, ao lavrar o Auto de Infração ora impugnado, a fiscalização, por "intuição", simplesmente inverteu os passos descritos acima a fim de imputar um ganho de capital e uma receita tributável para a impugnante que simplesmente não existiu. No entendimento equivocado da fiscalização, os passos da transação em análise teriam sido basicamente os seguintes:

No 1º Passo, a maioria das ações da JBS foi contribuída em aumento de capital da impugnante. Portanto, o Grupo controlador da JBS passou a deter sua participação nessa sociedade de forma indireta, por meio da impugnante.

No 2º Passo, as ações que o Bertin FIP detinha na Bertin teriam sido contribuídas em aumento de capital da impugnante, pelo valor de aproximadamente R\$ 4,9 bilhões. Interessante notar que, ainda que a fiscalização tenha invertido a estrutura da operação, ela continua a atribuir o valor de R\$ 4,9 bilhões à participação que o Bertin FIP detinha na Bertin, o que não faz nenhum sentido, na medida em que esses R\$ 4,9 bilhões correspondem ao valor de patrimônio líquido das ações da JBS que o Bertin FIP recebeu após a incorporação das ações da Bertin pela JBS. Ou seja, a fiscalização atribuiu o valor patrimonial das ações JBS às ações Bertin (o que já não faz qualquer sentido), sendo que essas ações JBS só seriam recebidas pelo Bertin FIP após a incorporação de ações da Bertin pela JBS, operação que, na "intuição" da fiscalização, só teria ocorrido após este 2º Passo.

No 3º Passo, as ações da Bertin, já sob o suposto controle da impugnante, teriam sido incorporadas pela JBS a valor econômico. Como efeito dessa suposta incorporação de ações, a JBS teria emitido ações em favor da impugnante, o que teria gerado o ganho de capital e a receita tributável para a impugnante, tendo em vista que: (i) a impugnante teria auferido um ganho de capital equivalente ao valor aproximado de R\$ 3,9 bilhões, decorrente do valor de custo de R\$ 4,9 bilhões e o valor de "preço de aquisição" de R\$ 8,8 bilhões pago pela JBS; e (ii) o "valor de alienação" de aproximadamente R\$ 8,8 bilhões, por conta da integralização das ações Bertin em aumento de capital da JBS, configuraria uma receita decorrente de alienação de ações integrantes do ativo circulante da impugnante.

Diante do exposto acima, é notório que a fiscalização descreveu os fatos de maneira completamente errônea, desconsiderando as operações tal como

elas efetivamente ocorreram. Ainda pior, de forma confusa e sem sentido, a fiscalização pretende levar em consideração operações que nem poderiam ter ocorrido na realidade, principalmente quando atribuiu às ações da Bertin o mesmo valor patrimonial que só poderia ser atribuído às ações da JBS após a incorporação de ações.

Além disso, ressalte-se novamente, a fiscalização presume, por mera intuição, que a impugnante teria ações da Bertin no momento da incorporação de ações ocorrida entre JBS e Bertin. Ora, isso não faz qualquer sentido, na medida em que a impugnante nunca foi acionista da Bertin.

Ainda sob outro aspecto, ao lavrar o Auto de Infração contra a impugnante, a fiscalização o faz de maneira incorreta, pois tributou variação patrimonial, e não suposta receita, que inexistente no presente caso.

Conforme “Descrição dos Fatos” constante dos Autos de Infração, foram tributadas “OUTRAS RECEITAS - omissão de ganho tributável” (IRPJ e CSLL) e “omissão de receita” (PIS e COFINS).

Contudo, no Termo de Verificação Fiscal (parágrafo 118), ficou consignado que se tributou ganho por variação percentual registrado pela impugnante, que estaria em desacordo com o ganho auferido pela holding (a impugnante), decorrente da incorporação de ações da Bertin pela JBS.

Assim, há um verdadeiro erro no lançamento fiscal, pois variação patrimonial não guarda identidade com outras receitas operacionais (em decorrência do objeto social da autuada) para fins de incidência tributária. Não houve na impugnante lucros decorrentes da sua atividade para considerá-los tributáveis.

Destaque-se que o artigo 428 do RIR/99 (que tem como base legal o artigo 33 do Decreto-lei nº 1.598/77) estabelece a não inclusão na determinação do lucro real do acréscimo do valor do patrimônio líquido do investimento, decorrente de ganho ou perda de capital por variação na percentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada.

Inclusive, esse foi o entendimento do **Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF)**, em recente decisão sobre a matéria (processo nº 13855.002820/2010-15, Acórdão nº 1201.001.070, julgado em 26/08/2014, conforme excerto às fls. 901/902).

Da mesma forma, não se pode falar em tributação de ganho na impugnante, pois, se houve alguma variação patrimonial, a mesmo ocorreu no Bertin FIP, e não na impugnante.

Em face do exposto, tem-se que a descrição incorreta dos fatos objeto do Auto de Infração ora combatido deve ensejar a decretação de sua nulidade e cancelamento integral em razão do vício material apontado ou, no mínimo, vício formal, o que desde já requer a impugnante.

**Da impossibilidade de lançamento com base em meras presunções e intuições.**

Ainda como fruto da errônea desconsideração e inversão de toda a estrutura implementada para a realização da transação sob análise neste processo administrativo, tal como visto no item acima, o que mais chama atenção no presente caso é o fato de a fiscalização ter realizado o lançamento que consubstancia a exigência ora impugnada apenas com base na simples presunção de que as operações societárias não teriam sido realizadas da forma como divulgada ao mercado e retratada nos documentos jurídicos relevantes.

Ocorre que é incontestável que as infrações de natureza tributária não podem ser baseadas simplesmente em presunções ou indícios, como pretende a fiscalização no presente caso, devendo os fatos e o nexo de causalidade entre a infração imputada e a conduta do sujeito passivo ser cabalmente demonstrados e comprovados pela autoridade fiscal, assegurando ao sujeito passivo o direito ao contraditório e à ampla defesa.

No presente caso, a fiscalização simplesmente presumiu que a impugnante teria recebido a participação detida pelo Bertin FIP na Bertin que essa mesma participação teria sido posteriormente contribuída, a valor econômico, em aumento de capital da JBS (nesse sentido, observe-se o parágrafo 11 do Termo de Verificação Fiscal). Entretanto, conforme comprovado documentalmente e divulgado ao mercado, não foi nada disso que ocorreu. Cumpre descrever o item 11 do Termo de Verificação Fiscal:

A presunção criada pela fiscalização afronta diretamente os princípios da legalidade, do contraditório e da ampla defesa assegurados pela Constituição Federal, bem como pelo artigo 59 do Decreto nº 70.235/72 e pelo artigo 2º da Lei nº 9.784/99, que rege de forma subsidiária o procedimento administrativo em âmbito federal.

Ademais, em caso de dúvida quanto a fatos e à prática de infrações, a interpretação da legislação tributária deve ser feita favoravelmente ao contribuinte, nos termos do artigo 112 do CTN.

A impugnante destaca que, mesmo em casos de omissão de receitas, a jurisprudência mais recente do CARF (vide ementas às fls. 904/905) é no sentido de que não é suficiente a existência de meras presunções das autoridades fiscais, devendo haver também outros elementos de prova da ocorrência do fato gerador tributário:

A prova utilizada para embasar o Auto de Infração precisa ser suficiente e conclusiva, não podendo ser utilizados somente indícios para caracterizar infração, como feito pela fiscalização no presente caso.

Nesse sentido, observa-se decisões da Câmara Superior de Recursos Fiscais (fl. 905), do TRF da 1ª Região (fl. 905) e da própria Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo (fl. 906).

Portanto, o presente lançamento padece de vícios que implicam a necessidade de cancelamento integral da exigência nele consubstanciada, uma vez que foi realizado com base em uma mera presunção da fiscalização.

## **DO AUTO DE INFRAÇÃO**

O presente Auto de Infração pretende exigir da impugnante valores supostamente devidos a título de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, acrescidos de multa agravada de 150% e juros de mora.

Sob a premissa equivocada de que as operações levadas a efeito pelas partes envolvidas estariam desprovidas de qualquer lógica econômica, a fiscalização simplesmente desconsiderou a estrutura implementada e inverteu os passos da transação. Também "criou" uma operação que não existiu na realidade e nem poderia existir: a contribuição das ações da Bertin detidas pelo Bertin FIP em aumento de capital da impugnante.

No entendimento da fiscalização, baseado em mera "intuição", a lógica da essência da operação levaria a acreditar que a incorporação das ações da Bertin pela JBS teria ocorrido em momento no qual os acionistas da Bertin seriam a impugnante (o que é um absurdo) e a BNDESPAR. Dessa forma, a participação detida pela impugnante na Bertin, que estava imaginariamente registrada na impugnante por R\$ 4,9 bilhões, teria sido integralizada em aumento de capital da JBS por um valor de R\$ 8,8 bilhões, o que teria gerado um ganho de capital tributável pelo IRPJ e pela CSLL na impugnante no valor de R\$ 3,9 bilhões. Confira-se o trecho conclusivo contido no parágrafo 113 do Termo de Verificação Fiscal.

Como se não bastasse o absurdo acima, a fiscalização ainda pretende exigir da impugnante valores de PIS e COFINS sobre o valor de R\$ 8,8 bilhões, que corresponde ao valor econômico das ações da JBS emitidas de forma imaginária em favor da impugnante como fruto da incorporação das ações da Bertin pela JBS.

A exigência das contribuições sociais está baseada na premissa, também equivocada, de que as ações da Bertin que estavam imaginariamente registradas pela impugnante, antes da incorporação de ações, integravam o ativo circulante da sociedade, de forma que a sua "alienação" em favor da JBS teria configurado uma receita passível de tributação pelo PIS e pela COFINS. Confira-se o parágrafo 114 do Termo de Verificação Fiscal.

Por fim, com base no artigo 44, inciso I e §1º, da Lei nº 9.430/96 (com redação dada pela Lei nº 11.488/2007), houve também aplicação de multa qualificada de 150%. No entendimento da fiscalização, a estrutura utilizada para a unificação dos Grupos JBS e Bertin teria sido abusivamente concebida, de forma que configuraria um ajuste doloso que visou apenas à obtenção de um tratamento tributário mais benéfico à impugnante.

Como restará demonstrado na presente impugnação, a fiscalização equivocou-se claramente em sua análise dos fatos discutidos no presente Auto de Infração e todas as suas alegações constantes do Termo de Verificação Fiscal são improcedentes, de forma que essa exigência fiscal deve ser integralmente cancelada, juntamente com as indevidas e excessivas penalidades impostas à impugnante.

**DOS FATOS****DO HISTÓRICO DA TRANSAÇÃO**

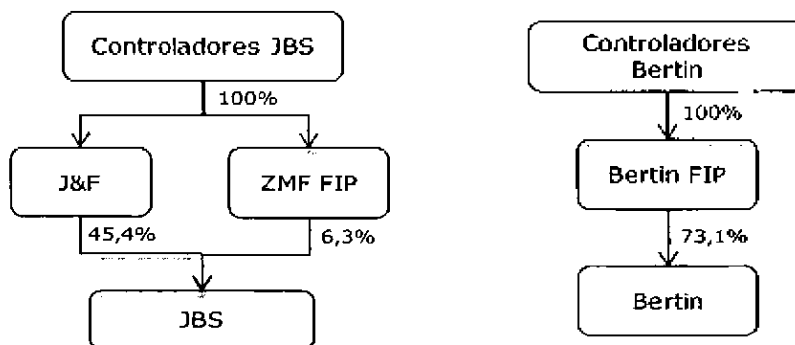
A associação entre a JBS e a Bertin tornou-se pública em 16/09/2009, conforme "Fato Relevante" anunciado pela JBS nesse dia (doc. nº 05), mesma data em que o Acordo de Associação foi assinado entre os dois Grupos (doc. nº 06).

O controle das empresas envolvidas (JBS e Bertin), em momento anterior à operação analisada no presente processo administrativo, era o seguinte:

A JBS já era uma companhia aberta, exclusivamente com ações ordinárias em negociação no Novo Mercado da BM&FBovespa. O ZMF Fundo de Investimento em Participações ("ZMF") e a J&F Participações S.A ("J&F") eram titulares, em conjunto, de 51,7% das ações de emissão da JBS e efetivamente exerciam controle da companhia. As quotas do ZMF e as ações da J&F, a seu turno, eram detidas pela Família Batista ("Controladores JBS" ou "Família Batista").

A Bertin era controlada pelo Bertin FIP, titular de 73,1% das ações de emissão da companhia. As cotas do Bertin FIP pertenciam à Bracol Holding Ltda. e à Heber Participações S.A., sociedades controladas pela Família Bertin ("Controladores Bertin" ou "Família Bertin").

A representação gráfica abaixo demonstra a estrutura societária relevante da JBS e da Bertin antes da associação:



As duas empresas (JBS e Bertin) eram fortes concorrentes entre si, tendo em vista que a JBS era considerada a maior empresa de carne bovina do Brasil, enquanto que a Bertin era considerada a segunda maior no setor.

A Bertin, no entanto, que se encontrava com dívidas vultosas. Tanto foi assim que, em 2008, o BNDES fez aporte de quantia considerável na empresa, o qual, no entanto, não era suficiente para evitar uma possível falência da Bertin.

A alternativa encontrada foi justamente a associação da Bertin com a JBS, formalizada por meio do Acordo de Associação no qual as partes trataram das premissas e diretrizes para a união dos negócios das duas empresas.

Ao final, a associação fez simplesmente com que a JBS se tornasse uma das maiores empresas de processamento de carnes do mundo.

A operação de unificação entre a JBS e a Bertin, na sua essência, foi uma aquisição da Bertin pela JBS, conforme noticiam várias matérias divulgadas na imprensa (doc. nº 08). O que houve é que em contrapartida à entrega da participação detida na Bertin, os antigos acionistas da empresa incorporada (a Família Bertin e o BNDESPAR) receberiam ações de emissão da JBS, tal como usualmente ocorre em operações complexas que envolvem empresas de grande porte.

Conforme negociado entre as partes, ficou estabelecido que a estrutura adotada para a associação dos grupos precisaria necessariamente resultar:

na unificação das atividades operacionais das duas sociedades, que atuavam em ramos de atividade economicamente semelhantes - ramo frigorífico;

na concentração das participações em uma única sociedade holding (a própria impugnante), que concentraria as participações dos Controladores JBS e Controladores Bertin na entidade que passaria a combinar as atividades da JBS e da Bertin;

na continuidade do exercício de controle da holding (a própria impugnante) pelos "Controladores de JBS" (Família Batista), de forma que a Família Bertin fosse apenas acionista minoritário da impugnante; e

na definição da participação societária a ser detida por cada acionista controlador na sociedade holding (i.e. impugnante) com base na relação de substituição das ações das sociedades operacionais, apurada de forma justa com suporte nos estudos apresentados pelos Comitês Independentes contratados por cada uma das sociedades operacionais, evitando dessa forma uma discussão negocial entre os acionistas controladores e mitigando o risco de eventual questionamento por parte de acionistas minoritários. A esse respeito, é importante ter em mente que a JBS era companhia aberta, com ações negociadas na Bolsa de Valores e, portanto, deveria realizar a operação com a Bertin de forma a atender às melhores práticas de governança corporativa.

Em Fato Relevante de 22/10/2009, a JBS declarou ao mercado que "*diante da expressividade deste negócio e de forma a atender os mais elevados padrões de governança, entendem apropriado e recomendam que a determinação final da relação de substituição para fins de uma incorporação da Bertin na JBS, ou de uma incorporação de ações envolvendo a Bertin e a JBS, conforme estrutura que venha a ser adotada, deve seguir os procedimentos sugeridos no Parecer de Orientação CVM nº 35/08*".

Nos itens a seguir da presente impugnação, a impugnante passará a detalhar como a associação do Grupo JBS e Grupo Bertin efetivamente ocorreu.

## DA ASSOCIAÇÃO ENTRE O GRUPO JBS E O GRUPO BERTIN

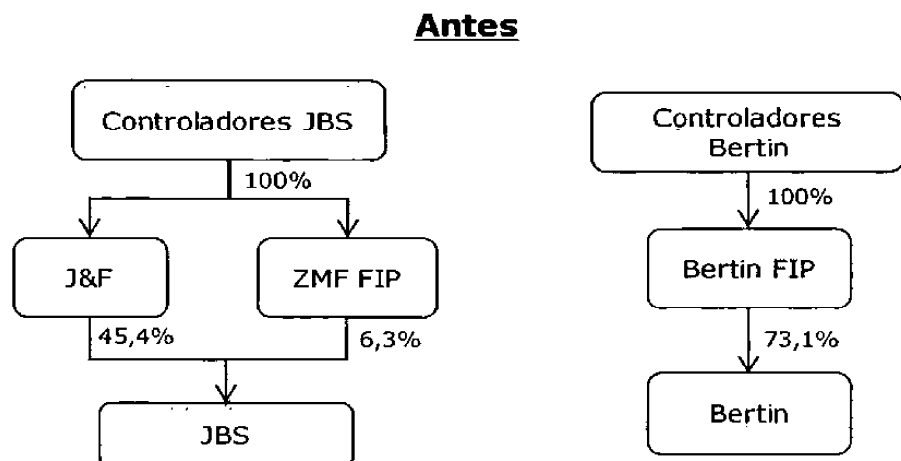
### Da contribuição do controle da JBS para a FB Participações

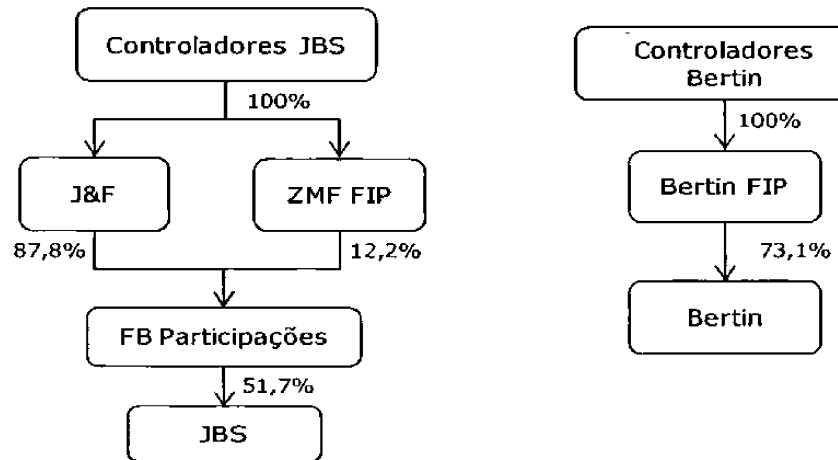
A impugnante foi constituída em 23/09/2009 pelo próprio Grupo JBS e tem como objeto social a participação em outras sociedades, como sócia ou acionista e administração de bens próprios.

Em 23/12/2009, os Controladores da JBS contribuem em aumento de capital da impugnante todas as ações que detinham no capital da JBS, participação esta que foi avaliada, para fins da contribuição, pelo seu valor de patrimônio líquido contábil (aproximadamente R\$ 2,47 bilhões). Esse aumento de capital foi aprovado em Assembléia Geral Extraordinária da impugnante (doc. nº 09).

Após a contribuição do controle da JBS em aumento de capital da impugnante, a sociedade passou a deter 51,7% do capital social da JBS.

Nesse momento, a estrutura societária relevante para fins do presente processo poderia ser gráficamente representada da seguinte forma:



**Depois****Da incorporação das ações da Bertin pela JBS**

Em seguida, deu-se início à operação de associação em si entre o Grupo JBS e o Grupo Bertin. O primeiro passo propriamente dito foi a incorporação de ações da Bertin pela JBS, que foi aprovada conforme constou de Ata de Assembléia Geral Extraordinária da Bertin, realizada em 28/12/2009 (doc. nº 10), a qual atendeu aos termos estabelecidos pelo artigo 252 da Lei das S.A. A incorporação de ações foi aprovada em Assembléia Geral Extraordinária da JBS, realizada em 29/12/2009 (doc. nº 11).

Em decorrência - e conforme previsto no artigo 252 da Lei das S.A. -, foi aprovado que: (i) os acionistas da Bertin subscreveriam aumento de capital da JBS; (ii) os acionistas da Bertin (e não a impugnante) receberiam, como substituição de sua participação na Bertin, ações da JBS; e (iü) a Bertin tomar-se-ia subsidiária integral da JBS.

Importante notar que, conforme esclarecido pelo próprio Protocolo de Incorporação de Ações firmado entre as administrações da Bertin e da JBS, as ações da Bertin não eram detidas pela impugnante, conforme pretende fazer crer a fiscalização, e sim pelo Bertin FIP e pelo BNDESPAR.

Tanto JBS quanto Bertin constituíram seus respectivos Comitês Especiais Independentes, nos termos do Parecer de Orientação CVM nº 35/08, com a finalidade única e exclusiva de analisar as condições da incorporação de ações e submeter suas recomendações à administração da JBS e da Bertin.

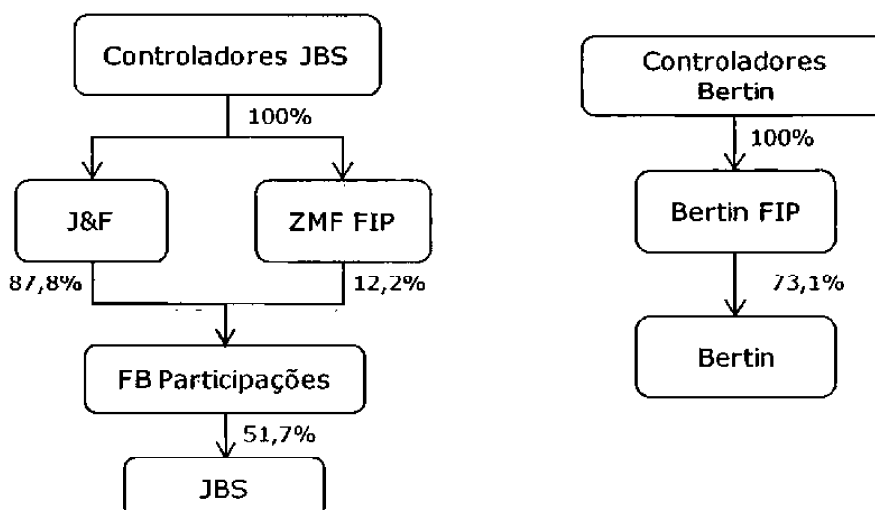
Atendendo às premissas da negociação, se o negócio Bertin tinha um valor econômico de aproximadamente R\$ 12 bilhões e os acionistas estavam ingressando em um negócio que, somado à JBS - R\$ 18 bilhões, apresentaria um valor total de aproximadamente R\$ 30 bilhões, o mais correto do ponto de vista econômico e societário era que os ex-acionistas da Bertin passassem a deter participação de 40% do negócio "conjugado" (40% de R\$ 30 bilhões).

Dessa forma, aprovada a incorporação das ações, a JBS emitiu novas ações aos antigos acionistas da Bertin (Bertin FIP e BNDESPAR) representando, no total, 40% do capital social da JBS após a incorporação de ações.

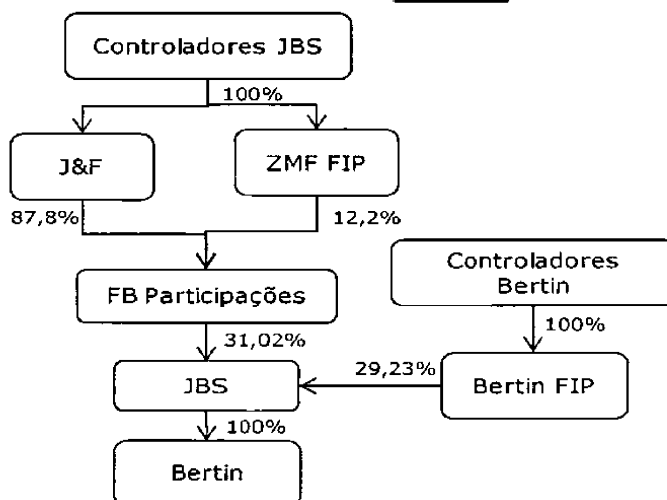
Com a incorporação de ações, a impugnante passou a deter 31,01% do capital da JBS, de forma que o valor de patrimônio líquido do seu investimento na sociedade passou a equivaler a R\$ 5.226.765.327. Como consequência da incorporação das ações da Bertin pela JBS, a impugnante experimentou um ganho de equivalência patrimonial de R\$ 2.712.759.648, mas deixou de deter o controle societário da JBS.

Após a incorporação das ações da Bertin pela JBS, a estrutura societária relevante para fins do presente processo administrativo poderia ser graficamente representada da seguinte forma:

### **Antes**



### **Depois**



Sob a perspectiva do Bertin FIP, que interessa ao presente caso, dos 40% do capital social da "nova" JBS, decorrente da emissão de novas ações para os ex-acionistas da Bertin, este acionista subscreveu 29,23% das "novas" ações da JBS. Esse percentual de 29,23% se justifica porque o Bertin FIP detinha a parcela de 73,1% da Bertin, ao lado do BNDESPAR, que era detentor do restante das ações (26,9%).

Nota-se, assim, que o valor econômico das ações emitidas pela JBS em favor do Bertin FIP, como decorrência da incorporação das ações da Bertin, atingiu o montante aproximado de R\$ 8,760 bilhões. Em outras palavras, o Bertin FIP substituiu 20.926.764 ações da Bertin (do total de 28.636.178, pois demais ações eram de titularidade do BNDESPAR), que representavam um valor econômico de R\$ 8,760 bilhões, por 679.182.067 ações da JBS que também representavam um valor econômico de R\$ 8,760 bilhões.

A relação de substituição da incorporação de ações, baseada nas recomendações dos Comitês Independentes das duas companhias, já havia sido divulgada ao mercado por meio de Fato Relevante de 07/12/2009 (doc. nº 13).

A impugnante esclarece que a incorporação das ações da Bertin pela JBS foi realizada como 1º passo em direção à associação entre o Grupo JBS e o Grupo Bertin por razões puramente econômicas. Isso porque, caso contrário, a relação de substituição de troca das ações ficaria vulnerável, no tempo, a intempéries relacionadas ao valor econômico das ações ou mesmo à vontade das partes envolvidas.

Mais adiante, a impugnante detalhará essas razões econômicas, as quais escaparam da análise feita pela fiscalização quando da lavratura do Auto de Infração aqui impugnado.

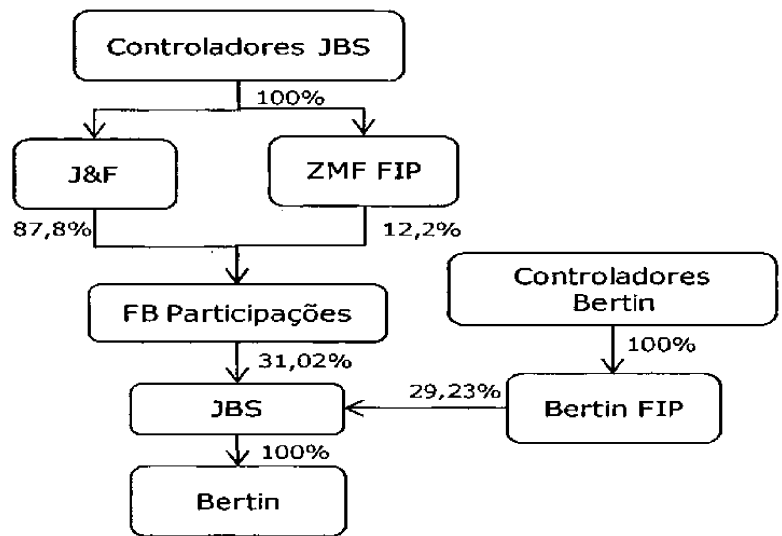
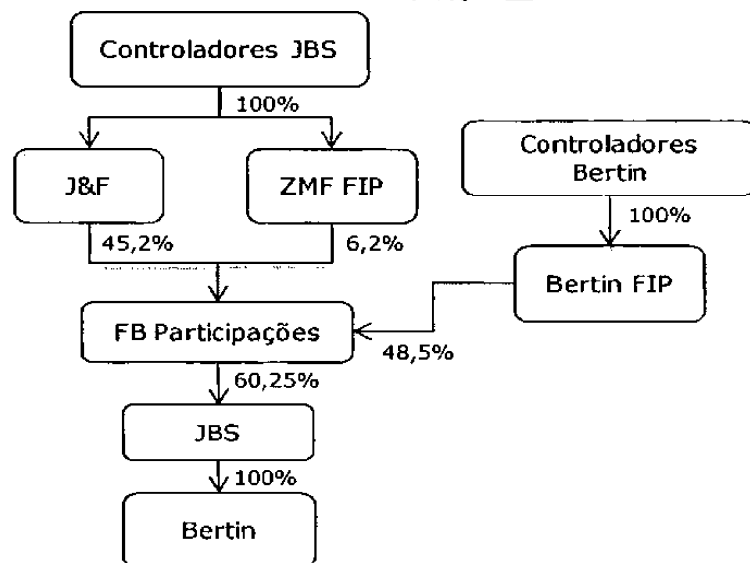
#### **Da contribuição pelo Bertin FIP da participação detida na JBS em aumento de capital da FB Participações**

O próprio Protocolo de Incorporação de ações assinado entre as administrações da JBS e da Bertin estipulava que, imediatamente após serem atribuídas aos acionistas da Bertin, na proporção de suas respectivas participações no capital da Bertin e de acordo com a relação de substituição proposta, as ações da JBS recebidas pelo Bertin FIP seriam entregues diretamente à impugnante, mediante integralização de seu capital social.

Foi assim que, em 30/12/2009, conforme Ata de Assembléia Geral Extraordinária da impugnante, o Bertin FIP integralizou aumento do capital social da impugnante, pelo preço de emissão de R\$ 2,12007778 para cada ação, emitidas pela sociedade (a impugnante) conforme deliberação tomada na Assembléia Geral Extraordinária realizada em 28/12/2009 (doc. nº 14).

A impugnante destaca que referida ata de aumento de capital estabelece de forma clara e cristalina que o Bertin FIP efetuou aumento de capital da impugnante mediante aporte de ações da JBS, e não da Bertin.

Como consequência, o Bertin FIP passou a deter participação não mais na JBS, mas na impugnante, conforme representação gráfica da estrutura relevante trazida abaixo:

**Antes****Depois**

É muito importante destacar que o percentual de participação subscrito e integralizado pelo Bertin FIP em aumento do capital social da impugnante levou em consideração a mesma relação de substituição acordada entre as partes.

Neste ponto também é importante fazer um esclarecimento relevante, que não foi considerado pela fiscalização quando alegou que a estrutura da associação entre o Grupo JBS e o Grupo Bertin não estava baseada em razões econômicas. As duas famílias optaram por definir a relação de substituição final obtida no quadro societário da empresa holding (i.e. impugnante) após a definição da relação de substituição entre as empresas operacionais (JBS e Bertin). Esse procedimento evitou uma negociação entre as famílias e mitigou o risco de eventual questionamento por parte de acionistas minoritários que pudessem se sentir prejudicados por uma

relação de substituição mais benéfica pelo acionista controlador no nível da sociedade holding (a impugnante).

De fato, caso a operação em análise tivesse sido realizada como pretende insinuar a fiscalização, os acionistas controladores teriam definido antecipadamente um percentual de participação societária na empresa holding (i.e. impugnante) que poderia ser diferente da relação de substituição definida somente ao final da operação de incorporação de ações havida entre JBS e Bertin.

Muito embora a integralização do capital da impugnante tenha sido feita por valor de patrimônio líquido das ações da JBS recebidas pelo Bertin FIP, o percentual de ações subscrito e integralizado pelo Bertin FIP em aumento de capital da impugnante foi definido considerando os mesmos valores econômicos de R\$ 17,98 bilhões para a JBS e R\$ 11,99 bilhões para a Bertin, proporcionalmente aos percentuais de participação dos Controladores JBS e Controladores Bertin. Esse ponto será explorado adiante em maiores detalhes.

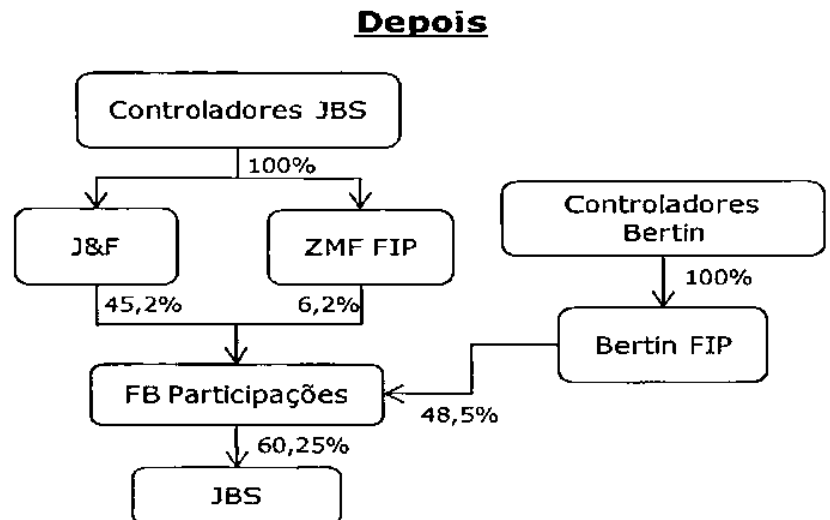
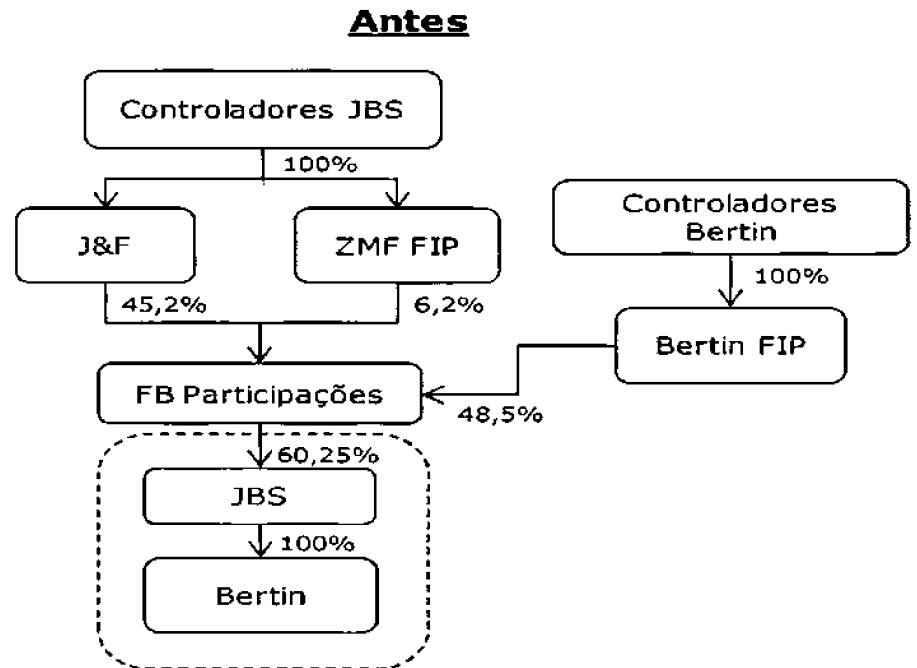
Com o aumento de capital, a impugnante passou a deter participação de 60,25% no capital da JBS, de forma que, nesse momento, o controle da JBS pela impugnante, perdido quando da incorporação de ações ocorrida entre JBS e Bertin, foi novamente consolidado pela sociedade holding (impugnante).

#### **Da unificação efetiva das atividades JBS e Bertin - Incorporação da Bertin pela JBS**

Como passo final da associação entre a JBS e a Bertin, em 31/12/2009, foi aprovada a incorporação da Bertin ao patrimônio da JBS, a valores de patrimônio líquido. Com a incorporação, a Bertin foi extinta, de forma que a JBS absorveu todos os seus direitos e obrigações (doc. nº 15).

Considerando que, ao tempo da incorporação, a Bertin já era subsidiária integral da JBS, a incorporação foi realizada sem aumento de capital da JBS e sem emissão de novas ações pela sociedade incorporadora. Na contabilidade da JBS, houve mera substituição dos ativos da JBS representados por sua conta de investimento referente à participação no capital social da Bertin pelos elementos ativos e passivos integrantes do balanço patrimonial da incorporada.

Nesse momento, a estrutura societária relevante para fins desse processo poderia ser graficamente representada da seguinte forma:



Assim, no final, tal como pretendido pelas partes, as premissas estabelecidas pelas partes para a associação foram atingidas, quais sejam:

a JBS unificou as atividades operacionais das duas sociedades, que atuavam em ramos de atividade economicamente semelhantes - ramo frigorífico;

as participações foram concentradas em uma única sociedade holding (a própria impugnante), que passou a concentrar as participações dos Controladores JBS e Controladores Bertin na entidade que passaria a combinar as atividades da JBS e da Bertin;

a Família Batista continuou no exercício de controle da holding e, em consequência, da JBS; e

a definição da participação societária detida por cada acionista controlador na sociedade holding (i.e. impugnante) foi determinada com base na relação de substituição das ações das sociedades operacionais (JBS e Bertin), apurada de forma justa com suporte nos estudos apresentados pelos Comitês Independentes contratados por cada uma das sociedades operacionais, evitando dessa forma uma discussão negocial entre os acionistas controladores e mitigando o risco de eventual questionamento por parte de acionistas minoritários. Portanto, como companhia aberta que era, a JBS atendeu às exigências da CVM e adotou as melhores práticas de governança corporativa.

Em relação à 4ª premissa acima, a impugnante destaca novamente que, tendo em vista a estrutura adotada para a associação (primeiro a incorporação de ações da Bertin pela JBS e então a contribuição pelo Bertin FIP das ações da JBS em aumento de capital da impugnante), a relação de substituição definida na sociedade holding (i.e. impugnante) entre os acionistas Família Batista e Família Bertin foi efetivamente definida com base no valor econômico definido pelos respectivos Comitês Independentes da cada sociedade operacional (Bertin e JBS).

Caso a operação tivesse sido realizada como pretendia a fiscalização, primeiro as partes teriam definido a relação de substituição entre elas e somente depois é que o percentual seria efetivamente definido em condições de mercado pelos referidos Comitês Independentes.

Em conclusão, há um aspecto de ordem econômica e societária da estrutura que escapou da análise da fiscalização: a ordem da operação visou também evitar discussões desnecessárias entre as partes sobre a relação de substituição mais adequada, buscando refletir no nível da sociedade holding (a impugnante) a mesma relação de substituição praticada entre as sociedades operacionais, nos termos exigidos pela legislação de mercado de capitais.

Tal como comentado nas linhas introdutórias da presente impugnação, a operação configurou uma alienação da participação societária que a Família Bertin detinha na Bertin em favor da JBS. O preço foi pago pela JBS em favor da Família Bertin mediante entrega de participação na própria JBS. Após esse passo, o controle da nova JBS foi concedido à impugnante, mediante aporte de capital.

A incorporação da Bertin pela JBS foi divulgada em Fato Relevante da JBS de 31/12/2009 (doc. nº 16).

Além disso, toda a estrutura implementada pelas partes para a associação do Grupo JBS com o Grupo Bertin foi indicada nas "Notas explicativas às demonstrações contábeis dos exercícios findos em 31 de dezembro de 2010 e 2009" da impugnante.

## **DAS RAZÕES ECONÔMICAS QUE EMBASARAM A ESTRUTURA DE ASSOCIAÇÃO ENTRE O GRUPO JBS E O GRUPO BERTIN**

Em primeiro lugar, de pronto deve ser afastada a equivocada premissa adotada pela fiscalização no sentido de que as operações levadas a efeito pelas partes não teriam qualquer propósito comercial e, por contrário, estavam embasadas em meras vantagens fiscais.

Tal como visto na descrição dos fatos acima, a associação firmada entre o Grupo JBS e Grupo Bertin tinha como objetivo expandir e fortalecer as duas maiores empresas do setor de carne bovina do País.

Vale ressaltar que a operação sob análise neste processo administrativo foi, inclusive, analisada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE"), tendo o órgão regulador aprovado a operação no âmbito do processo nº 08012.008074/2009-11.

Não há dúvidas de que a estrutura implementada fez com que a JBS atendesse às melhores práticas de governança corporativa e evitou discussões desnecessárias entre as partes, já que refletiu no nível da sociedade holding (a impugnante) a mesma relação de substituição praticada entre as sociedades operacionais.

Não bastasse o exposto acima, também escapa aos olhos da fiscalização que toda a transação efetuada foi realizada entre partes independentes, envolvendo grupos econômicos que não tinham qualquer relação entre si. Muito pelo contrário, tratava-se de empresas concorrentes entre si.

Assim, de imediato, já é notório que a causa de toda operação não estava embasada em qualquer vantagem fiscal ou economia tributária. O objetivo de toda a operação era a associação em si de dois grupos que decidiram unificar suas atividades a fim de expandir e se fortalecer.

Pretender alegar que a transação não estava revestida de propósitos comerciais e que tinha como pretensão apenas a economia tributária da operação é como fechar os olhos para o filme todo que foi a associação entre o Grupo JBS e o Grupo Bertin. Isso não pode prevalecer. Tal como defendido pela doutrina de Marco Aurélio Greco, deve-se analisar o filme como um todo, e não apenas a foto.

A impugnante aproveita para fazer uma distinção importante: o valor utilizado pelas partes para calcular o número de ações a serem emitidas pela impugnante em benefício do Bertin FIP (isto é, R\$ 8,76 bilhões) não guarda qualquer relação com o valor segundo o qual as ações da JBS foram, pelo Bertin FIP, contribuídas em aumento de capital da impugnante.

Trata-se de situação idêntica a uma Incorporação de sociedades onde o acervo líquido da sociedade incorporada é avaliado pelo valor contábil, ao passo que a relação de substituição é estabelecida pelo critério de mercado ou qualquer outro estabelecido pelas partes.

Aliás, destaque-se que as ações da JBS, quando do aumento de capital da impugnante Integralizado pelo Bertin FIP, poderiam ter sido contribuídas

pelo valor de R\$ 8,76 bilhões, tal como exaustivamente desejado pela fiscalização, sem que houvesse qualquer mudança no resultado final da operação em análise, nem tampouco na composição societária do Grupo.

Caso a contribuição das ações da JBS tivesse sido feita a valores de mercado, o efeito, sob a perspectiva contábil, seria apenas o registro de um ágio de aproximadamente R\$ 3,86 bilhões (R\$ 8,76 - 4,9 bilhões) pela impugnante em relação às novas ações da JBS recebidas em aumento do seu capital. No entanto, esse ágio nada mais representaria do que parcela do mesmo ágio que foi registrado pela JBS quando da incorporação das ações da Bertin.

Na verdade, nota-se, assim, que o que não teria qualquer racional econômico é justamente a exigência da fiscalização no sentido de que a contribuição das ações da JBS em aumento de capital da impugnante deveria ter sido feita pelo valor econômico dessas ações. Esta operação é que não teria qualquer sentido lógico, nem tampouco jurídico.

O que foi deixado de lado na análise da fiscalização é que todos os passos da operação de associação, no que diz respeito às ações emitidas para cada uma das partes, levaram em consideração os valores econômicos de R\$ 17,98 bilhões para a JBS e R\$ 11,99 bilhões para a Bertin.

Na incorporação de ações da Bertin pela JBS, estes valores econômicos foram utilizados para definir o percentual de ações emitidas pela JBS para os antigos acionistas da Bertin. No caso, as novas ações emitidas representavam 40% do capital total da JBS após a incorporação de ações, o que é compatível com o valor econômico da Bertin comparado com o valor econômico da JBS (i.e. os 40% equivalem a R\$ 11,99 bilhões dividido pelo valor econômico total de R\$ 29,97 bilhões).

Quer dizer, o valor econômico das ações da Bertin incorporadas pela JBS, de R\$ 11,99 bilhões, é idêntico ao valor econômico das novas ações emitidas pela JBS em decorrência da incorporação de ações. Esta correspondência de valores é um pressuposto do instituto da incorporação de ações, o qual representa uma sub-rogação real das ações incorporadas (i.e. uma efetiva "substituição" de um bem - ações incorporadas - por outro bem no mesmo valor - novas ações emitidas).

Em uma operação entre partes independentes, a própria relação de substituição tem como pressuposto tal equivalência de valores. Qualquer discrepância entre o valor das ações entregues pelos acionistas da companhia incorporada e o valor das novas ações emitidas pela incorporadora representaria, necessariamente, um benefício indevido aos acionistas de uma companhia e um prejuízo indevido aos acionistas da outra.

A mesma lógica foi aplicada para a participação detida pelo Bertin FIP. O percentual subscrito pelo Bertin FIP na JBS, de 29,2%, considera o valor econômico das ações incorporadas, proporcionalmente ao percentual de participação do Bertin FIP na Bertin ( $R\$ 11,99 \text{ bilhões} \times 73,1\% = R\$ 8,76 \text{ bilhões}$ ). Este valor econômico proporcional foi comparado com o valor econômico total da JBS após a incorporação de ações (i.e. os 29,2% equivalem a R\$ 8,76 bilhões dividido pelo valor econômico total de R\$ 29,97 bilhões).

Posteriormente, no aumento de capital da impugnante integralizado pelo Bertin FIP com as novas ações da JBS, os mesmos valores econômicos foram utilizados para determinar o percentual de participação do Bertin FIP na impugnante. Em outras palavras, as partes mantiveram a mesma relação de substituição adotada no passo anterior. Assim, o valor econômico da participação do Bertin FIP na impugnante correspondia aos mesmos R\$ 8,76 bilhões.

O Bertin FIP iniciou e terminou a transação com participações societárias cujo valor econômico era de R\$ 8,76 bilhões. Consequentemente, ao contrário do que alega a fiscalização, não há que se falar na apuração de perda para o Bertin FIP na operação. Nem poderia ser diferente, em se tratando de uma operação entre partes independentes. A existência dessa perda para o Bertin FIP seria desprovida de qualquer sentido lógico ou econômico.

O que houve, na verdade, foi o reconhecimento de um ganho de capital pelo Bertin FIP quando do recebimento das ações JBS, como resultado da incorporação das ações Bertin pela própria JBS. Este é o único ganho de capital gerado em toda a operação e que poderia eventualmente ter sido exigido do Bertin FIP, mas nunca da impugnante.

A verdade, que escapa da fiscalização, é que o fato de o aumento de capital da impugnante ter sido realizado pelo valor de patrimônio líquido contábil proporcional das ações da JBS contribuídas, de R\$ 4,9 bilhões, não modifica as conclusões acima. Não se pode confundir valor de aumento de capital com percentual de ações emitidas: o primeiro considera meramente o valor de um bem isoladamente (no caso, ações da JBS pelo valor de patrimônio líquido contábil, após a incorporação das ações da Bertin), ao passo que o último considera a relação de substituição - i.e. necessariamente o valor econômico de um bem comparado (ou relativo) ao valor econômico de outro bem.

A esse respeito, a impugnante ressalta que a questão da perda de controle das companhias durante o processo de associação era fator de extrema importância para os envolvidos. Esse fator explica, inclusive, o porquê da subscrição de ações (mas não a integralização, até porque o Bertin FIP ainda nem detinha a titularidade das ações de emissão da JBS a serem contribuídas) da impugnante pelo Bertin FIP ter sido realizada um dia antes da incorporação de ações da Bertin pela JBS (doc. nº 17).

A subscrição antecipada era, do ponto de vista societário, indispensável para a manutenção do controle societário sobre a JBS por parte dos Controladores JBS. Isso porque, tal como explicado acima, após a incorporação das ações da Bertin pela JBS, a participação da impugnante na JBS foi reduzida para 31,02%.

Caso não houvesse um compromisso de integralização de ações da impugnante por parte do Bertin FIP, haveria o risco de a impugnante perder o controle societário da JBS. Isto poderia ocorrer, por exemplo, caso o Bertin FIP celebrasse um acordo de acionistas com o BNDESPAR (ou outros acionistas) e não contribuísse suas ações da JBS para a impugnante. A perda do controle da JBS pela Família Batista iria contra as premissas da transação.

Importante destacar ainda que, embora a fiscalização tenha alegado que toda a transação tenha sido artificial, simulada e fraudulenta, toda a descrição da operação foi detalhadamente divulgada a todo o mercado pela JBS por meio de Fato Relevante de 14/12/2009, conforme transcrição abaixo (doc. nº 18):

A estrutura da associação do Grupo JBS com o Grupo Bertin foi também esclarecida no âmbito da CVM, conforme demonstra a Resposta ao OFÍCIO/CVM/SEP/GEA-4/Nº 294/09 (doc. nº 19). Nessa resposta, a JBS explicou de forma clara qual seria a estrutura da transação.

O que se conclui é que, infelizmente, toda esta autuação decorre unicamente de um grave equívoco cometido pela fiscalização, que merece ser integralmente remediado, por meio do integral cancelamento deste Auto de Infração.

### **DA NECESSÁRIA DESCONSIDERAÇÃO DAS ALEGAÇÕES CONTIDAS NO AUTO DE INFRAÇÃO E QUE SE REFEREM AO GRUPO BERTIN/BERTIN FIP**

Antes de adentrar nas razões de direito que reforçam a improcedência do Auto de Infração ora impugnado, a impugnante entende importante esclarecer que, ao longo do Termo de Verificação Fiscal, a fiscalização questiona uma série de atos que foram cometidos pelo Bertin FIP (e o próprio Grupo Bertin) ao longo da operação objeto de análise.

Por exemplo, (i) a fiscalização questiona a forma como a contabilização da operação foi feita pelo Bertin FIP e seu administrador; (ii) a fiscalização questiona o fato de que, de acordo com o regulamento do Bertin FIP, ele só poderia investir em ações da impugnante; e (iii) a fiscalização questiona o fato de que as ações da Bertin foram contribuídas no Bertin FIP apenas alguns dias antes da alienação das ações Bertin para a JBS.

Ora, aparentemente, a fiscalização se equivocou ao utilizar essa série de supostas infrações cometidas pelo Grupo Bertin e Bertin FIP para embasar um questionamento fiscal direcionado contra a impugnante. Ao contrário do que pretende a fiscalização, a impugnante não pode ser responsabilizada pelas supostas infrações cometidas pelo Grupo Bertin e, mais especificamente, pelo Bertin FIP.

Desta forma, os únicos atos praticados pelo Bertin FIP que envolveram a impugnante, e que devem ser levados em conta para fins da análise do presente processo administrativo são (a) subscrição de ações de emissão da impugnante pelo Bertin FIP; (b) outorga do instrumento de mandato com instruções para que o agente escriturador das ações da JBS transferisse essas ações para a impugnante, por conta e ordem do Bertin FIP; e (c) o recebimento das ações da JBS como integralização, pelo Bertin FIP, das ações da impugnante, inscritas sob condição suspensiva.

Por conta disso, para a devida análise do presente processo administrativo, que tem a impugnante como sujeito passivo, solicita-se que todas as supostas infrações cometidas pelo Grupo Bertin e Bertin FIP sejam desconsideradas pelas Autoridades Julgadoras.

**DO DIREITO****DA QUESTÃO PRINCIPAL: A INEXISTÊNCIA DE GANHO DE CAPITAL E RECEITA TRIBUTÁVEL PARA A REQUERENTE**

Tal como já exposto pela impugnante nas linhas acima, as operações realizadas em direção à associação entre o Grupo JBS e o Grupo Bertin foram legítimas e estavam de acordo com a legislação fiscal e societária em vigor ao tempo dos fatos. Não bastasse isso, as operações estavam também revestidas de propósitos negociais e visavam atender às premissas que norteavam toda a transação.

Sendo assim, devem ser respeitados os efeitos fiscais atribuídos pela legislação tributária às operações efetivamente realizadas pelas partes, até porque, caso a operação tivesse que ocorrer na forma como imaginada pela fiscalização, as partes não teriam entrado em um acordo para realizar a transação. A impugnante passa, então, a expor os devidos efeitos fiscais da transação.

**Da contribuição pelos controladores JBS das ações da JBS em aumento de capital da impugnante**

No primeiro passo da estrutura, as ações detidas pelos Controladores JBS são contribuídas em aumento de capital da impugnante. Essa operação foi realizada pelo valor de patrimônio líquido das ações JBS e, como contrapartida, os Controladores JBS receberam ações emitidas pela impugnante.

Essa operação é fiscalmente neutra do ponto de vista da sociedade recipiente do capital subscrito e integralizado.

**Da incorporação das ações da Bertin pela JBS**

A fim de unificar as empresas JBS e Bertin, e atender às premissas negociais estabelecidas pelas partes no âmbito da associação, o 2º passo da transação compreendeu a incorporação das ações da Bertin pela JBS, realizada a valores de mercado. Nesse caso, por se tratar basicamente de operação envolvendo partes não relacionadas, as ações da Bertin a serem incorporadas pela JBS foram avaliadas pelos seus respectivos valores econômicos.

Assim, como consequência da incorporação das ações da Bertin, os acionistas que tiveram as suas ações Bertin incorporadas receberam novas ações emitidas pela JBS, ações estas que correspondiam ao valor econômico das ações Bertin incorporadas. A Bertin se tornou subsidiária integral da JBS e o capital social da JBS foi aumentado por conta da incorporação.

A incorporação de ações é procedimento previsto no artigo 252 da Lei das S.A..

A operação de incorporação de ações não possui tratamento específico previsto na legislação tributária. Embora a legislação comercial determine que a incorporação de ações deva seguir os procedimentos aplicáveis às operações de incorporação de sociedades, é fato que estas operações, em

substância, aproximam-se a uma operação de contribuição de ações em aumento de capital da sociedade que está recebendo tais ações, ou mesmo a uma simples subscrição de ações de uma sociedade em processo de constituição.

Para as pessoas que tem suas ações incorporadas, o tratamento tributário da relação de substituição das ações depende, exclusivamente, da forma como a avaliação das ações a serem incorporadas é feita. A avaliação dessas ações pode ser feita com base no seu valor patrimonial ou no seu valor econômico.

Caso a contribuição seja feita a valor econômico, a diferença positiva entre o valor de custo das ações e o valor pelo qual as ações tiverem sido contribuídas constituirá ganho de capital potencialmente tributável para a pessoa jurídica subscritora, desde que determinados requisitos sejam preenchidos.

No caso em análise, no entanto, como a avaliação foi realizada a valor econômico, a princípio os acionistas da Bertin (e não a impugnante) teriam apurado um ganho de capital potencialmente sujeito à tributação.

Do ponto de vista da JBS, sociedade incorporadora das ações da Bertin, a impugnante destaca que o artigo 248 da Lei das S.A. estabelece que os investimentos permanentes em sociedades coligadas ou controladas devem ser avaliados pelo método da equivalência patrimonial. No caso em exame, com a transferência das ações da Bertin para a JBS, por meio de operação de incorporação de ações, a JBS passou a deter investimento relevante na Bertin, de modo que a aplicação do método de equivalência patrimonial tornou-se obrigatória.

Interessante notar que esse 2º passo, que compreendeu a incorporação das ações da Bertin pela JBS, não causou nenhum efeito fiscal relevante para a impugnante, sujeito passivo neste processo administrativo.

Basicamente, apenas por conta do aumento do patrimônio líquido da JBS e da emissão de novas ações dessa sociedade em favor dos ex-acionistas da Bertin, a impugnante teve mero ganho de equivalência patrimonial. Isso porque, após a incorporação de ações da Bertin pela JBS, a impugnante passou a deter 31% do capital da JBS, companhia que teve seu patrimônio líquido aumentado para R\$ 16.851.041.329, justamente por conta da incorporação das ações da Bertin.

Em outros termos, em decorrência da incorporação das ações da Bertin pela JBS e o respectivo aumento de capital da JBS, a impugnante teve sua participação na JBS diluída e registrou um ganho por variação na porcentagem de participação na JBS. Esse ganho (também conhecido como "ganho de diluição") é não tributável, conforme previsão expressa do artigo 428 do RIR/99. Tal ganho corresponde simplesmente à diferença positiva entre (a) valor patrimonial do investimento calculado com base no patrimônio líquido da investida após o aporte de capital efetuado por terceiro, multiplicado pelo percentual de participação da investidora após sua diluição e (b) valor patrimonial anterior do investimento, considerando o patrimônio líquido e percentual de participação da investidora anteriores ao aporte do terceiro na investida.

O ganho de variação de percentual de participação registrado pela impugnante correspondeu a R\$ 2,7 bilhões (não sujeito à tributação pelo IRPJ/CSLL, nos termos do artigo 33, § 2º do Decreto-lei nº 1.598/77), conforme demonstrativo trazido abaixo (em R\$ bi):

Valor patrimonial JBS (antes do aumento de capital)	4,9
(x) Participação FB na JBS (antes do aumento de capital)	51,7%
(=) Valor patrimonial JBS detido pela FB (antes do aumento de capital)	2,56
Valor patrimonial JBS (após aumento de capital)	16,9
(x) Participação FB na JBS (após aumento de capital)	31,02%
(=) Valor patrimonial JBS detido pela FB (após aumento de capital)	5,25
Valor patrimonial JBS detido pela FB (após aumento de capital)	5,25
(-) Valor patrimonial JBS detido pela FB (antes do aumento de capital)	2,56
(=) Ganho de MEP por diluição	2,7

A impugnante destaca que esse resultado positivo da equivalência patrimonial também não estava sujeito ao PIS/COFINS, também por expressa previsão legal (artigo 1º, § 3º, inciso V, alínea "b", da Lei nº 10.637/2002 e Lei 10.833/2003) que excluía esses valores da incidência das contribuições sociais.

Tem-se, portanto, que a operação de incorporação de ações da Bertin pela JBS não ocasionou qualquer ganho de capital (IRPJ/CSL) ou receita tributável (PIS/COFINS) para a impugnante, que consta como sujeito passivo no presente processo administrativo. Caso fosse admitido algum efeito fiscal adverso, esse só poderia ser atribuído aos ex-acionistas da Bertin (Bertin FIP e BNDESPAR), os quais tiveram as suas ações incorporadas pela JBS a valor econômico.

#### Da contribuição pelo Bertin FIP das ações da JBS em aumento de capital da impugnante

Posteriormente à incorporação das ações da Bertin pela JBS, o Bertin FIP, um dos ex-acionistas da Bertin que recebeu as novas ações emitidas pela JBS na operação, contribuiu essas novas ações JBS em aumento de capital da impugnante. Essa contribuição ocorreu pelo valor patrimonial das ações da JBS recebidas pelo Bertin FIP, muito embora a relação de substituição tenha levado em consideração os valores econômicos da JBS e da Bertin.

Como consequência da contribuição feita pelo Bertin FIP, a impugnante passou a deter participação adicional no capital da JBS, enquanto que o Bertin FIP passou a deter participação na JBS de forma indireta, por meio da impugnante.

Tal como facultado pela legislação tributária e societária, a contribuição das ações da JBS pelo Bertin FIP foi feita pelo valor patrimonial dessas ações, de forma a evitar a geração de um "novo ágio" na impugnante, correspondente à diferença entre o valor patrimonial das ações e o valor econômico relativo à emissão das ações da impugnante.

É importante destacar que, ao contrário do que alega a fiscalização, essa operação estava embasada em todo o racional econômico que norteava a associação entre a JBS e a Bertin, na medida em que, muito embora a contribuição das ações da JBS pelo Bertin FIP tenha sido feita por valor

patrimonial, a emissão das ações da impugnante em favor do Bertin FIP levou em consideração os valores econômicos das empresas envolvidas.

Exatamente por isso que o valor econômico que o Bertin FIP passou a deter na impugnante tinha o mesmo valor econômico das ações da JBS e, inclusive, das ações Bertin que foram incorporadas pela JBS no passo anterior da transação.

De qualquer forma, ressalte-se novamente que, caso a contribuição das ações da JBS fosse feita a valores de mercado, o potencial efeito tributário daí decorrente só poderia ser atribuído ao Grupo Bertin, mais especificamente ao Bertin FIP, que foi a entidade que efetivamente transferiu as ações em favor da impugnante.

Para a impugnante, a contribuição das ações da JBS em aumento do seu capital não gerou qualquer impacto fiscal relevante, tendo em vista que a sociedade foi mera beneficiária do aporte de capital efetuado pelo Bertin FIP e não houve qualquer auferimento de renda ou receita.

No caso, a impugnante apenas recebeu as ações da JBS como decorrência do aumento de seu capital integralizado pelo Bertin FIP. A impugnante não alienou, transferiu ou contribuiu qualquer investimento para outra pessoa. Como já explicado anteriormente, qualquer aumento de capital, seja por valor de custo, seja por valor econômico, é sempre neutro do ponto de vista fiscal da sociedade anônima beneficiária da contribuição. Daí o absurdo de a impugnante figurar como sujeito passivo nesse processo administrativo, tal como já salientado nas linhas anteriores dessa impugnação.

Quanto à contribuição das ações da JBS, pelo Bertin FIP, em aumento de capital da impugnante, é importante esclarecer que a subscrição desse aumento de capital, deliberada em 28/12/2009, foi realizada de forma condicional, tendo em vista que a integralização das ações da impugnante só seria juridicamente aperfeiçoada em caso de realização da incorporação das ações da Bertin pela JBS. Conforme a própria ata de subscrição de ações da impugnante estabeleceu, caso a incorporação das ações da Bertin pela JBS não fosse efetuada, o aumento de capital da impugnante pelo Bertin FIP seria automaticamente cancelado.

A esse respeito, é importante destacar que, nos termos do artigo 117, inciso I, do CTN, os negócios jurídicos condicionais reputam-se perfeitos e acabados apenas quando, sendo suspensiva a condição, desde o momento do seu implemento.

Com a realização da incorporação das ações da Bertin pela JBS, o Bertin FIP se tornou legítimo proprietário das ações emitidas pela JBS após a incorporação de ações. Tanto foi assim que o Bertin FIP outorgou mandato para que o agente escriturador das ações da JBS entregasse tais ações em aumento de capital da impugnante. Não há dúvidas de que, ao proceder assim, o agente escriturador estava apenas agindo em nome e de acordo com o mandato outorgado pelo legítimo proprietário das ações da JBS, qual seja, o Bertin FIP.

Em outras palavras, ao contrário do que alega a fiscalização, é inegável que a incorporação das ações da Bertin pela JBS foi deliberada pelo Bertin FIP,

acionista que, à época, detinha mais de 73% do capital da Bertin (empresa cujas ações foram incorporadas pela JBS).

Ao contrário do que alega a fiscalização, é inegável que a JBS (empresa incorporadora das ações da Bertin) só poderia ter emitido ações para o Bertin FIP (acionista da Bertin, cujas ações foram incorporadas pela JBS), também como consequência da incorporação das ações da Bertin pela JBS.

Não obstante as indevidas alegações da fiscalização, é também inegável que a impugnante não recebeu novas ações da JBS por conta da incorporação das ações da Bertin pela JBS (empresa incorporadora das ações da Bertin), pelo simples fato de que a impugnante não era acionista da Bertin (empresa cujas ações foram incorporadas pela JBS).

Ao longo do Termo de Verificação Fiscal, em inúmeras vezes a fiscalização questiona a efetividade da transferência das ações de JBS pelo Bertin FIP para a impugnante, na medida em que, por conta do mandato irrevogável e irretroatável outorgado pelo Bertin FIP ao agente escriturador, as ações de JBS foram transferidas para a impugnante.

Ora, não há nada de errado em utilizar o instrumento de mandato para instruir alguém que cumpra uma obrigação por sua conta e ordem, como ocorreu no presente caso.

Claro que, quem tinha direito a receber as ações da JBS em virtude da incorporação de ações não era, nem nunca foi, a impugnante: era e sempre foi o Bertin FIP.

Agora, a forma como o Bertin FIP contabilizou ou deixou de contabilizar as ações da JBS pouco importa para a impugnante. Como muito bem destacado preliminarmente, a impugnante não tem, nem nunca teve, qualquer responsabilidade ou ingerência sobre a contabilidade, sobre as cotas, sobre a administração, ou sobre qualquer outro tema do Bertin FIP. Lembrando, o Bertin FIP foi acionista e tinha acesso às informações da impugnante, não o contrário.

Repisando: a entrega e registro das ações da JBS, às quais tinha direito o Bertin FIP em decorrência da incorporação de ações da Bertin pela JBS, foi realizada para a impugnante mediante outorga, por parte do Bertin FIP, de mandato irrevogável e irretroatável ao agente escriturador.

A integralização das ações da JBS recebidas pelo Bertin FIP, após a incorporação de ações da Bertin, no capital da impugnante deveria ser realizada imediatamente após a aprovação da operação de incorporação de ações. Para garantir referida integralização, conforme acima já pontuado, o Bertin FIP outorgou mandato para o agente escriturador para que transferisse as ações para a impugnante, como constou da Ata da Assembleia Extraordinária da JBS, realizada em 29/12/2009.

A simples existência da cláusula mandato demonstra de forma inequívoca que o titular das ações da JBS que seriam emitidas por força da incorporação das ações da Bertin era o Bertin FIP. Com efeito, se fosse admitida a tese sustentada pela fiscalização, as ações da JBS já teriam sido emitidas em nome da impugnante, e nem haveria que se falar em mandato

outorgado pelo Bertin FIP (legítimo proprietário das ações da JBS recebidas por força da incorporação das ações da Bertin) para o agente escriturador.

Portanto, a impugnante recebeu ações da JBS apenas como decorrência do aumento de seu capital integralizado pelo Bertin FIP, legítimo proprietário das ações da JBS após a incorporação das ações da Bertin pela JBS. É exatamente isso que reflete todos os documentos jurídicos e atas societárias da operação.

#### DA CONCLUSÃO: O EQUIVOCADO ENTENDIMENTO DA FISCALIZAÇÃO

Em primeiro lugar, restou demonstrado que a transação em análise se encontrava revestida de efetivos propósitos negociais e não estava embasada em meras vantagens fiscais. A associação realizada entre Grupo JBS e Grupo Bertin unificou duas empresas independentes e concorrentes, dando origem à maior empresa de processamento de carne bovina do mundo.

Durante toda a transação, quando da emissão de ações às partes envolvidas, sempre foi levado em consideração os valores econômicos das empresas JBS e Bertin, de forma que a transação estava em sua integralidade norteada por racional econômico usualmente utilizado no mercado. E nem poderia ser diferente, na medida em que a operação envolvia partes não relacionadas.

Com a estrutura implementada para viabilizar a transação, todas as premissas estabelecidas negocialmente pelas partes na associação foram atingidas.

Embora o aumento de capital da impugnante pelo Bertin FIP tenha sido realizado pelo valor de patrimônio líquido contábil proporcional das ações da JBS, o percentual de ações emitidas pela impugnante fez com que o Bertin FIP passasse a deter participação equivalente exatamente ao valor econômico das ações JBS contribuídas.

Com a estrutura implementada pelas partes, houve não só a consecução de todos os objetivos pretendidos pelas partes, mas houve também a manutenção do controle da JBS pelos Controladores da JBS durante todo o processo de associação, sem falar que a incorporação de ações não ficou sujeita a oscilações do valor econômico das ações ou mesmo à vontade das partes envolvidas.

Do ponto de vista exclusivamente fiscal, tal como detalhado nas linhas acima, o único ganho experimentado pela impugnante na transação tem natureza de ganho decorrente de equivalência patrimonial, o qual não está sujeito à tributação pelo IRPJ/CSLL e pelo PIS/COFINS, conforme expressa previsão legal.

A fiscalização pretende exigir tributos que só poderiam incidir sobre o Grupo vendedor das ações que foram adquiridas pelo Grupo JBS, qual seja, o Grupo Bertin. É esse ganho que a fiscalização pretende atribuir à impugnante no presente caso, sem qualquer base legal para isso.

A incidência de tributos sobre um ganho de capital ou uma receita tributável só poderia ser exigida da impugnante caso ela fosse a detentora das ações

da Bertin e caso ela tivesse praticado qualquer ato de alienação dessas mesmas ações. Ocorre que, no presente caso, a impugnante nunca chegou a ter a titularidade das ações da Bertin e, exatamente por isso, nunca praticou qualquer ato de alienação dessas mesmas ações.

A impugnante, no presente caso, era e é titular apenas das ações da JBS, ações estas que são detidas por ela até os dias atuais. Ou seja, mesmo em relação às ações da JBS, ações estas que a impugnante deteve e detém a titularidade até hoje, não houve qualquer ato de alienação que pudesse ensejar incidência tributária.

Portanto, é evidente que o Auto de Infração ora impugnado não merece prosperar e deve ser imediatamente cancelado pelas Autoridades Julgadoras de 1ª Instância.

#### DA INFUNDADA ALEGAÇÃO DE FALTA DE RAZÕES ECONÔMICAS PARA A ASSOCIAÇÃO DA JBS E BERTIN

Conforme explicado pela impugnante nas linhas acima, a estrutura de associação do Grupo JBS com o Grupo Bertin estava plenamente revestida de propósitos empresariais. Nessa seara, é importante esclarecer que não cabe à fiscalização fazer juízo sobre a administração da sociedade, muito menos quando as decisões tomadas pela administração provocam efeitos fiscais expressamente previstos na legislação tributária.

Não obstante, ainda que não se admitissem os pontos trazidos pela impugnante, a fiscalização não poderia desconstituir completamente uma operação realizada em absoluta conformidade com a legislação em vigor, unicamente por conta de suas motivações econômicas.

Sobre essa questão, cabe lembrar que a aplicação da chamada "teoria da substância econômica" passou a ser adotada pelas autoridades fiscais a partir da edição da Lei Complementar nº 104/2001, que alterou o artigo 116, parágrafo único, do CTN.

No entanto, além desse dispositivo não ter sido expressamente citado pela fiscalização na lavratura do presente Auto de Infração, a parte final do referido dispositivo deixa expresso que ele não é auto-aplicável, mas depende de regulamentação por lei ordinária, a qual não ocorreu até o presente momento.

Portanto, ainda que não se entenda que houve efetivo propósito comercial e verdadeira substância econômica na operação ora discutida, não é dado à fiscalização desconsiderar negócios jurídicos existentes, válidos e eficazes, como de fato foi a operação de associação entre o Grupo JBS e o Grupo Bertin, apenas com base em uma suposta interpretação da "substância econômica" envolvendo a operação.

Além disso, ainda que fosse possível aplicar a teoria do propósito comercial ao caso aqui analisado, tem-se que este Auto de Infração também nunca poderia ter sido lavrado contra a impugnante. De fato, quem alienou as ações da Bertin para a JBS foi o Bertin FIP, e quem aportou ações da JBS em aumento da capital da impugnante também foi o Bertin FIP.

Assim, do ponto de vista econômico, tem-se uma parte sempre vendedora (i.e., Bertin FIP) e dois adquirentes, quais sejam, JBS adquiriu ações da Bertin por meio da incorporação de ações, e a impugnante, adquiriu ações da JBS detidas pelo Bertin FIP através do aporte de capital concluído após a incorporação de ações da Bertin pela JBS.

Portanto, caso fosse aplicada a teoria da interpretação econômica, o suposto ganho de capital objeto de tributação nesse Auto de Infração também só poderia mesmo ter sido auferido pelo Bertin FIP, o que deixa claro o erro de sujeito passivo cometido pela fiscalização.

#### AD ARGUMENTANDUM, DA INEXISTÊNCIA DE GANHO DE CAPITAL E RECEITA TRIBUTÁVEL PARA A IMPUGNANTE NO CENÁRIO CRIADO PELA FISCALIZAÇÃO

Apenas por amor à argumentação, a impugnante esclarece que, mesmo que a estrutura "criada" pela fiscalização ao analisar a transação sob análise pudesse existir, tem-se que ainda assim não havia qualquer valor de IRPJ/CSLL/PIS/COFINS a serem exigidos da impugnante.

A fiscalização afirma que a incorporação das ações da Bertin pela JBS teria ocorrido em momento no qual a Bertin era detida pela impugnante. Como essa participação imaginária da impugnante na Bertin teria sido supostamente transferida pelo Bertin FIP pelo valor patrimonial (que, frise-se, corresponde ao valor patrimonial das ações da JBS, o que também não faz qualquer sentido), a incorporação de ações da Bertin a valores de mercado teria acarretado um ganho de capital e uma receita tributável para a impugnante para fins de IRPJ/CSLL/PIS/COFINS.

O raciocínio feito pela fiscalização é tão confuso e absurdo que, para rebater os efeitos fiscais desse raciocínio equivocado a impugnante deve assumir uma série de premissas que não correspondem à realidade dos fatos e que são até contraditórias:

O Bertin FIP contribuiu as ações da Bertin em aumento de capital da impugnante.

O valor patrimonial das ações da Bertin era exatamente igual ao valor patrimonial das ações da JBS após a incorporação das ações da própria Bertin, o que seria uma premissa praticamente impossível.

As ações da Bertin eram detidas pela impugnante no momento da incorporação das ações da Bertin pela JBS e que, portanto, a JBS teria emitido ações do seu capital em favor da impugnante. A esse respeito, destaque-se novamente que a impugnante nunca foi acionista da Bertin.

Para fins da análise do PIS/COFINS, deve ser assumida a premissa de que as ações da Bertin estavam registradas no ativo da impugnante, mesmo que fossem no seu ativo circulante. A esse respeito, destaque-se novamente que a impugnante nunca foi acionista da Bertin.

De qualquer forma, embora não faça qualquer sentido, a impugnante esclarece que essa imaginária incorporação de ações da Bertin pela JBS em momento no qual a Bertin era detida pela impugnante não seria apta a

gerar qualquer ganho de capital ou receita tributável para a impugnante. É isso que a impugnante passa a explorar.

#### Da inexistência de acréscimo patrimonial na operação de incorporação de ações

A operação de incorporação de ações da Bertin pela JBS, tal como imaginada pela fiscalização, só poderia acarretar a incidência do IRPJ/CSLL para a impugnante caso a houvesse a geração de um acréscimo patrimonial para a impugnante.

Nesse sentido, a primeira premissa que deve ser afastada é a de que qualquer espécie de alienação, seja qual for o ato o negócio jurídico, acarretaria um acréscimo patrimonial para o alienante. Isso não é verdade, de forma que há operações que, embora configurem uma alienação, não geram qualquer acréscimo patrimonial.

No caso de subscritora pessoa jurídica, ainda que a contribuição e integralização dos bens em aumento de capital de outra pessoa jurídica seja feita por valor superior ao seu custo de aquisição, há a possibilidade de diferir o ganho de capital, mediante a constituição de uma reserva de reavaliação, nos termos do artigo 36 do Decreto-lei nº 1.598/77.

No caso em análise, o problema é que, como não foi a impugnante que recebeu as ações da JBS por conta da incorporação das ações da Bertin, é óbvio que não houve a constituição da reserva de reavaliação pela sociedade. Isso seria impossível, até porque a impugnante nem era acionista da Bertin.

De qualquer forma, deve ser levado em consideração que, ainda que pudesse ser admitida a estrutura imaginada pela fiscalização, fato é que a impugnante não era obrigada a reconhecer um ganho de capital tributável de forma imediata, já que o suposto ganho de capital por ela imaginariamente experimentado poderia ter sido registrado em conta de reserva de reavaliação que só seria submetida à tributação quando efetivamente realizada.

#### Da não incidência do PIS/COFINS na incorporação de ações da Bertin pela JBS

Ainda no cenário em que a estrutura imaginária trazida pela fiscalização pudesse ser levada em consideração, tem-se que os valores de PIS/COFINS exigidos da impugnante também seriam indevidos.

Isso porque, ainda que se admitisse que as ações estavam registradas no ativo circulante da impugnante, o que é um absurdo mas se admite apenas para fins de argumentação, tem-se que a "receita" decorrente da contribuição dessas ações em aumento de capital da JBS teria a natureza de receita financeira, justamente por se tratar receita decorrente de alienação de ações.

Nesse cenário, não haveria que se falar em exigência de PIS/COFINS, na medida em que as receitas financeiras estão sujeitas à alíquota zero, conforme dispõe o artigo 1º do Decreto nº 5.442/2005.

Subsidiariamente, mesmo se houvesse tributação por PIS/COFINS, a base de cálculo corresponderia apenas à diferença entre o valor contábil do ativo (supostamente R\$ 4,9 bi) e o valor da contribuição (supostamente R\$ 8,8 bi), já que este seria o único suposto efeito no resultado da impugnante. Em outras palavras, o dito montante seria a única "receita" da impugnante na estrutura hipotética aventada pela fiscalização. O custo de aquisição de R\$ 4,9 bi representaria uma mera "mudança de linhas de ativo" ("investimento na Bertin" substituído por "investimento na JBS", sem efeito no resultado).

#### Do valor das operações

Por fim, ainda que os atos societários fossem realizados na "ordem" desejada pela fiscalização (i.e. primeiro, aumento de capital na impugnante e, segundo, incorporação de ações da Bertin pela JBS), é evidente que os atos não seriam realizados nos "valores" desejados pela fiscalização (i.e. primeiro R\$ 4,9 bi e segundo R\$ 8,8 bi).

Isto porque os R\$ 4,9 bi correspondem ao patrimônio líquido da JBS após a incorporação de ações multiplicado pelo percentual de participação do Bertin FIP na JBS após a incorporação de ações. Antes da incorporação de ações, tal valor não corresponde nem ao patrimônio líquido contábil das ações da Bertin detidas pelo Bertin FIP, nem tampouco ao valor econômico destas ações.

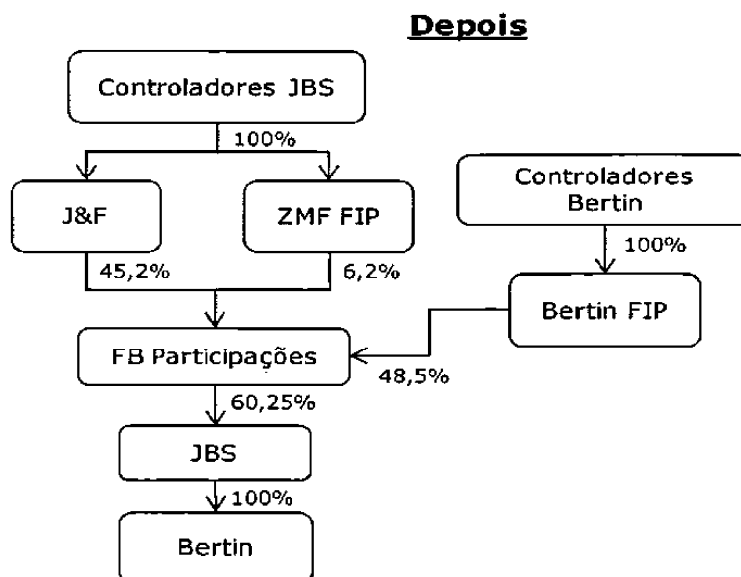
Faz todo sentido que, em uma operação entre partes independentes, ações sejam transferidas pelo seu valor econômico. A operação entre partes independentes - incorporação de ações da Bertin pela JBS - foi efetivamente praticada por valor econômico. Assim, se a operação entre partes independentes consistisse em aumento de capital da impugnante pelo Bertin FIP, esta operação seria realizada a valor econômico de R\$ 8,8 bi. Assim, se, na sequência, as mesmas ações da Bertin então detidas pela impugnante - na hipótese da fiscalização - fossem incorporadas ao capital da JBS pelo mesmo valor de R\$ 8,8 bi, a impugnante não verificaria qualquer ganho/perda de capital.

Em outras palavras, mesmo que os atos societários fossem realizados na ordem sugerida pela fiscalização, qualquer que fosse o valor do primeiro ato societário (contribuição ao capital da impugnante), este valor seria equivalente ao valor do segundo ato (incorporação de ações da Bertin pela JBS). Isto porque a impugnante seria, nesta situação hipotética, proprietária de 73% das ações da Bertin e controladora da JBS, podendo dispor sobre o valor do aumento de capital da JBS (sujeito à aprovação em assembleia geral de acionistas com voto favorável dos minoritários). Não faria qualquer sentido a impugnante, nesta hipótese titular das ações da Bertin, contribuir estas ações por valor diverso do seu custo de aquisição.

Rememorando, para fins do aumento de capital, as ações da JBS foram avaliadas pelo seu valor de patrimônio líquido proporcional, em R\$ 4,9 bilhões (R\$ 16,9 bilhões x 29,23%). O valor de R\$ 4,9 bilhões equivale ao patrimônio líquido da JBS após a incorporação de ações, de R\$ 16,9 bilhões; multiplicado pelo percentual de participação do FIP Bertin na JBS após a incorporação de ações, de 29,23%, conforme exposto anteriormente.

Já o percentual de participação subscrito pelo FIP Bertin na impugnante levou em consideração a mesma relação de substituição acordada entre as

partes. Quer dizer, o percentual de ações subscrito pelo FIP Bertin na impugnante foi definido considerando os mesmos valores econômicos de R\$ 17,98 bilhões para a JBS e R\$ 11,99 bilhões para a Bertin, proporcionalmente aos percentuais de participação dos Controladores JBS e Controladores Bertin. A estrutura societária final é:



Dessa forma, por mais esse motivo, não merece guarida a acusação fiscal, uma vez que a hipótese sustentada pela fiscalização não se sustenta.

#### DO DESCABIMENTO DA MULTA QUALIFICADA

Ainda que, *ad argumentandum*, fosse admitida a exigência do principal nesta autuação, não poderia ser aplicada a multa qualificada de 150%, pois conforme restou acima demonstrado, não ocorreu nenhuma conduta simulada, dolosa ou fraudulenta por parte da impugnante neste caso.

#### Da inocorrência de fraude, simulação ou dolo

Nos termos do artigo 44, inciso I e §1º, da Lei nº 9.430/96 (com redação dada pela Lei nº 11.488/2007) a aplicação de multa qualificada no valor de 150% da exigência principal somente pode ocorrer nas hipóteses descritas pelos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, isto é, nos casos de, sonegação, fraude ou conluio, respectivamente. Além disso, as autoridades fiscais devem trazer provas inequívocas da ocorrência desses vícios no caso concreto para que, somente assim, possam aplicar a penalidade sob a forma qualificada de 150%.

No presente caso, a fiscalização argumenta, com base em alegações genéricas e em sua intuição, que as operações praticadas no caso concreto teriam sido fraudulentas e simuladas, tendo como objetivo único a obtenção de economia tributária. Todavia, não há, conforme exposto anteriormente, qualquer ocultação de fato imponível tributário.

O conceito de fraude se baseia essencialmente na prática de ato lesivo a interesses de terceiros. O sujeito que atua de forma fraudulenta é aquele que tem a clara intenção de frustrar regras e deveres legais.

A caracterização da fraude ainda depende da comprovação da intenção dolosa de mascarar ou disfarçar a ocorrência do fato gerador. Desse modo, a fraude à lei se constata nos casos em que o contribuinte se vale de meios muitas vezes ilícitos para evitar a tributação ou reduzir o montante devido, como ocorre nos casos de falsificação de documentos, declarações falsas, contabilização de notas fiscais em duplicidade etc.

No caso analisado, não se verifica a ocorrência de fraude à lei tributária, tampouco em abuso de direito ou simulação. Em momento algum a impugnante pretendeu realizar atos societários para "driblar" as normas tributárias em questão buscando a redução dos tributos devidos.

Muito pelo contrário, todos os atos praticados estão embasados na documentação aplicável e, inclusive, tal como exposto pela própria fiscalização, a estrutura implementada para fins da associação entre o Grupo JBS e Grupo Bertin foi ampla e detalhadamente divulgada ao público por meio de Fatos Relevantes.

A jurisprudência administrativa é pacífica ao determinar que a fiscalização tem o ônus de comprovar, de forma inequívoca, o dolo na conduta do contribuinte para que seja aplicada a multa agravada (vide ementas da Câmara Superior de Recursos Fiscais à fl. 962).

No presente caso, fica claro que não existe qualquer espaço para a aplicação de multa qualificada. As operações praticadas no âmbito da associação do Grupo JBS com o Grupo Bertin foram reais, efetuadas entre terceiros independentes, além de serem também devidamente registradas nos órgãos públicos competentes e contabilizadas nos livros fiscais e contábeis das sociedades envolvidas. Mais que tudo, tais operações tiveram razões empresariais e não tributárias legítimas para ocorrer.

O antigo Primeiro Conselho de Contribuintes chegou a editar Súmula nº 14, no sentido de que a multa qualificada de 150% somente pode ser aplicada em caso de "evidente intuito de fraude".

O CARF já decidiu (fl. 963) que, mesmo na ocorrência de simulação (o que não é o caso), não cabe a aplicação da multa qualificada se não ficou evidenciado o intuito de fraude.

Destaque-se que a contribuinte, além de registrar todos os seus atos nos estritos termos da legislação em vigor, portou-se de forma exemplar durante a fase de fiscalização e disponibilizou todas as informações e documentos solicitados pela fiscalização, sem jamais omitir ou ocultar qualquer coisa da fiscalização.

Vale ressaltar o que ficou decidido no Caso Santander, no sentido de que se o contribuinte é transparente em seus atos e contribui com a fiscalização, apresentando também todos os lançamentos contábeis pertinentes, não se pode aplicar a multa de 150%.

Na realidade, no pior cenário, o presente caso deveria ser tratado como um mero conflito entre interpretações dadas pela fiscalização e pela impugnante a um mesmo conjunto fático, de forma que a multa qualificada aplicada pela fiscalização deve ser integralmente cancelada, ou, no mínimo, reduzida para 75%, dadas as disposições contidas do artigo 112, incisos I e II, do CTN

(que dispõe expressamente que a norma tributária que comine penalidades deverá ser interpretada e aplicada da maneira mais favorável ao contribuinte em casos de dúvida a respeito da capitulação legal do fato e da natureza ou das circunstâncias materiais do fato).

#### Do erro de proibição e dúvida relevante

No caso em análise, não se pode argüir simulação, fraude ou dolo; quando muito se poderia falar em "erro de proibição", pois, se é que havia qualquer ilicitude nas operações examinadas, o que se admite para argumentar, não havia ao menos conhecimento por parte da impugnante acerca dessa suposta ilicitude do negócio.

Dessa forma, se considerado o tratamento que se dá à figura do erro de proibição no Direito Tributário, resta demonstrada a insubsistência da multa qualificada imposta pela fiscalização.

É nesse sentido que tem decidido a jurisprudência administrativa, conforme ementas às fls. 966/967.

#### Do princípio da proporcionalidade e o artigo 142 do CTN

Por fim, importa notar que a aplicação de sanções deve sempre seguir o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, conforme dispõe o artigo 2º, § único, inciso VI, da Lei nº 9.784/99, que rege supletivamente o processo administrativo fiscal.

No mesmo sentido, o artigo 142 do CTN dispõe que no ato do lançamento a Autoridade Administrativa, sendo o caso, poderá "propor" a aplicação da penalidade cabível. Ou seja deve ponderar as situações objetivas e subjetivas da conduta praticada pelo contribuinte, de modo que possa ser feito um verdadeiro juízo de pertinência e de adequação da aplicação da penalidade, se for o caso.

Em recente julgamento, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, confirmou a redução do percentual de multa originalmente fixada em 60% do valor principal em discussão para 30%, corroborando a aplicação da teoria da proporcionalidade ao caso concreto, conforme ementa à fl. 968.

#### Da conclusão quanto à multa qualificada

Por todas as razões acima expostas, resta demonstrado o total descabimento da aplicação da multa qualificada de 150% à impugnante no presente caso, razão pela qual se pleiteia seu imediato cancelamento.

#### DA IMPROCEDÊNCIA DOS JUROS DE MORA

Como se sabe, após a lavratura dos Autos de Infração, as multas de ofício passam a ser mensalmente atualizadas com base na taxa de juros SELIC.

Essa atualização não é realizada com amparo na lei, mas com base no Parecer MF nº 28/98, emitido pela Coordenação Geral do Sistema de Tributação (COSIT), tomando por base o artigo 61 da Lei nº 9.430/96.

Contudo, tal dispositivo legal trata tão somente da incidência de juros sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições, não havendo qualquer menção às multas de ofício aplicadas pela RFB.

Ainda quanto aos juros de mora, tendo em vista a real possibilidade de a taxa SELIC vir a ser considerada inconstitucional para fins tributários pelo Poder Judiciário, a impugnante contesta sua aplicação e requer sua desconsideração no cômputo do crédito tributário principal, de modo os juros de mora sejam calculados com base no artigo 161, § 1º, do CTN.

#### DAS CONCLUSÕES E DO PEDIDO

Conforme restou demonstrado ao longo da presente impugnação, a premissa adotada pela fiscalização foi equivocada, na medida em que a operação em análise no presente processo administrativo estava baseado em efetivos propósitos negociais/societários e racional econômico, além de estar de acordo com a legislação societária e tributária em vigor à época dos fatos.

À luz das razões de fato e de direito trazidas nesta impugnação, pode-se concluir que:

Preliminarmente, o presente Auto de Infração deve ser imediatamente cancelado, tendo em vista que: (a) ainda que o equivocando entendimento da fiscalização pudesse prevalecer, fato é que o lançamento contém vício material insanável ou, ainda, formal, qual seja, erro na identificação do sujeito passivo e da matéria tributável, pois deveria ter sido lavrado contra o Grupo vendedor das ações Bertin (Bertin FIP); (b) houve descrição incorreta dos fatos objeto do Auto de Infração ora combatido, o que viola o direito de defesa da impugnante e o artigo 10, inciso III, do Decreto nº 70.235/72; e (c) a presente autuação foi lavrada com base em mera presunção da fiscalização, pois presumiu que a impugnante teria recebido a participação detida pelo Bertin FIP na Bertin e que essa mesma participação teria sido posteriormente contribuída, a valor econômico, em aumento de capital da JBS;

A transação aqui analisada se encontrava revestida de efetivos propósitos negociais, de forma que a associação realizada entre Grupo JBS e Grupo Bertin unificou duas empresas independentes e concorrentes, dando origem à maior empresa de processamento de carne bovina do mundo. Não obstante as alegações da fiscalização, todas as operações envolvendo a transação levaram em consideração os valores econômicos das empresas JBS e Bertin, de forma que a transação estava em sua integralidade norteadas por racional econômico usualmente utilizado no mercado;

Além disso, no final da implementação da estrutura, as premissas estabelecidas pelas partes para a associação foram todas atingidas, quais sejam:

a JBS unificou as atividades operacionais das duas sociedades, que atuavam em ramos de atividade economicamente semelhantes - ramo frigorífico;

as participações foram concentradas em uma única sociedade holding (a própria impugnante), que passou a concentrar as participações dos

Controladores JBS e Controladores Bertin na entidade que passaria a combinar as atividades da JBS e da Bertin;

a Família Batista continuou no exercício de controle da holding e, em consequência, da JBS; e

a definição da participação societária detida por cada acionista controlador na sociedade holding (i.e. impugnante) foi determinada com base na relação de substituição das ações das sociedades operacionais (JBS e Bertin), apurada de forma justa com suporte nos estudos apresentados pelos Comitês Independentes contratados por cada uma das sociedades operacionais, evitando dessa forma uma discussão negocial entre os acionistas controladores e mitigando o risco de eventual questionamento por parte de acionistas minoritários. Portanto, como companhia aberta que era, a JBS atendeu às exigências da CVM e adotou as melhores práticas de governança corporativa.

Caso a operação tivesse sido realizada como pretendia a fiscalização, primeiro as partes teriam definido a relação de substituição entre elas e somente depois é que o percentual seria efetivamente definido em condições de mercado pelos referidos Comitês Independentes. Em outras palavras, na estrutura da fiscalização, a 4ª premissa estabelecida para nortear a associação entre as partes não teria sido atendida, já que a ordem dos passos efetuados pelas partes na associação teve o objetivo claro de preservar a premissa negocial estabelecida para evitar uma discussão entre as duas famílias sobre a relação de substituição mais adequada, bem como de mitigar eventual questionamento por parte dos minoritários;

Do ponto de vista exclusivamente fiscal, o único ganho experimentado pela impugnante na transação tem natureza de ganho decorrente de equivalência patrimonial, o qual não está sujeito à tributação pelo IRPJ, pela CSLL, pelo PIS ou pela COFINS, conforme expressa previsão legal encontrada no artigo 33, § 2º do Decreto-lei nº 1.598/77 e artigo 1º, § 3º, inciso V, alínea "b" das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003;

A verdade é que, no presente caso, a fiscalização pretende exigir tributos sobre a alienação das ações da Bertin, ou seja, operação que só poderia ter sido praticada pelo próprio Grupo Bertin. A incidência dos tributos não poderia ser exigida da impugnante, já que ela nunca chegou a ter a titularidade das ações da Bertin e nunca praticou qualquer ato de alienação dessas mesmas ações;

O presente processo trata de caso claro de não ocorrência da hipótese de incidência tributária. Utilizando as palavras trazidas no artigo 114 do CTN, tem-se que a impugnante não praticou a situação definida em lei como necessária e suficiente à ocorrência do fato gerador;

Mesmo que não se entenda que houve efetivo propósito negocial e verdadeira substância econômica na associação do Grupo JBS com o Grupo Bertin, foi demonstrado que o ordenamento jurídico brasileiro não permite à fiscalização desconsiderar negócios jurídicos existentes, válidos e eficazes (como de fato foi a operação em análise) apenas com base em uma suposta interpretação da "substância econômica" envolvendo a operação;

De qualquer forma, ainda que o cenário absurdo desenhado pela fiscalização para lavrar o presente Auto de Infração pudesse ser levado em consideração, restou demonstrado que não haveria valores de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS a serem exigidos da impugnante;

A severa multa de 150% aplicada pela fiscalização também deve ser prontamente afastada, pois essa penalidade somente poderia ser imposta a casos de evidente intuito de fraude, sonegação ou conluio, quando restar provada pelo Fisco a inequívoca intenção do contribuinte de enganar, esconder ou iludir. Porém, é claro que este não é um caso de fraude, sonegação ou conluio. Ainda que se entenda que as operações praticadas pela impugnante não lhe davam o direito de proceder como procedeu, não se pode falar em qualquer tipo de fraude. A impugnante jamais falsificou documentos ou "maquiou" livros contábeis ou fiscais, ao contrário, sempre registrou, às claras, todas as operações em sua contabilidade. A impugnante registrou todos os seus atos nas Juntas Comerciais e demais órgãos públicos cabíveis (CVM e CADE), inclusive publicou toda a operação ao mercado por meio de Fatos Relevantes, e sempre recebeu a fiscalização com total transparência e atendeu a todas as suas solicitações com clareza e prontidão. Na pior das hipóteses, a fiscalização pode alegar que discorda dos efeitos jurídicos e legais das operações praticadas pela impugnante, mas isso jamais poderia servir de base para se pressupor a falta de boa fé da impugnante e acusá-la de ter incorrido em fraude;

A taxa SELIC não pode ser aplicada aos créditos tributários e, se admitida a sua aplicação, só poderá incidir sobre o crédito tributário principal, não podendo recair sobre o valor da multa de ofício, que é penalidade e não tem natureza tributária.

Assim sendo, a impugnante pleiteia o imediato cancelamento integral do Auto de Infração em tela (principal, multas e juros), com o consequente arquivamento do processo administrativo.

A impugnante protesta ainda pela juntada posterior de documentos que possam se fazer necessários, nos termos do artigo 16, § 4º, alínea "a", do Decreto 70.235/72, bem como do princípio da verdade material que orienta o processo administrativo fiscal.

Outrossim, requer que, durante todo o curso do presente feito, todas as publicações e intimações sejam realizadas em nome de seu advogado, inclusive para se fazer presente no julgamento e realizar sustentação oral. "

## DA DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA

A Impugnação foi Julgada Procedente em Parte no Acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo (SP), que apresenta a seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 2009

GANHO DE CAPITAL.

COMPROVAÇÃO.

Comprovado, por simples operação matemática, o ganho de capital da contribuinte na troca de suas ações pelas ações da JBS que o Bertin FIP possuía (3ª operação, na qual o Bertin FIP subscreve / integraliza ações da contribuinte com a totalidade das ações que detinha na JBS), mantém-se a tributação correspondente.

SUJEITO PASSIVO.

O sujeito passivo é a contribuinte fiscalizada, pois o Bertin FIP, por obrigação contratual, "repassou-lhe" parte do o ganho obtido junto à JBS em operação anterior (2ª operação).

GANHO POR VARIAÇÃO NO PERCENTUAL DE PARTICIPAÇÃO.

O ganho de capital objeto da presente autuação foi o obtido na 3ª operação, que nada tem a ver com o ganho por variação no percentual de participação da contribuinte na JBS, ocorrido na 2ª operação.

CSLL. DECORRÊNCIA.

O decidido quanto ao IRPJ aplica-se à tributação da CSLL, decorrente dos mesmos fatos e elementos de prova.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2009

OMISSÃO DE RECEITA.

DESCONSIDERAÇÃO INDEVIDA DE ATOS JURÍDICOS.

Demonstradas as razões econômicas / empresariais da reorganização societária, não há razão para a desconsideração, pela fiscalização, dos atos jurídicos realizados (que a levaram a concluir pela existência de omissão de receita).

### INEXISTÊNCIA DE ALIENAÇÃO DE AÇÕES.

Sendo indevida a desconsideração, pela fiscalização, dos atos jurídicos realizados, não se sustentam seus argumentos de que (1) o Bertin FIP teria subscrito ações da contribuinte (e não da JBS), integralizando-as com as ações que detinha na Bertin; e (2) a contribuinte teria, então, alienado essas ações da Bertin para a JBS (omitindo a tributação da receita correspondente). Exonera-se, dessa forma, a tributação correspondente.

### COFINS. DECORRÊNCIA.

O decidido quanto ao PIS aplica-se à tributação da COFINS, decorrente dos mesmos fatos e elementos de prova.

### MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO INDEVIDA.

Não se justificando a desconsideração, por parte da fiscalização, dos atos jurídicos realizados, visando a reorganização societária - na medida em que todas as etapas / operações tiveram suas razões econômicas / empresariais - , e não restando comprovada a utilização de mecanismos fraudulentos e a deliberada intenção de não tributar um ganho sabidamente tributável, há que se reduzir a multa de ofício para 75%, sendo improcedente a sua qualificação (duplicação).

### JUROS DE MORA.

### TAXA SELIC.

O cálculo dos juros de mora com base na taxa SELIC tem previsão legal, não competindo à esfera administrativa a análise da ilegalidade ou inconstitucionalidade de normas jurídicas.

### INCIDÊNCIA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO.

Tratando-se de aspecto que não faz parte da presente lide, esta autoridade julgadora não se manifesta a respeito de juros sobre multa de ofício."

Em resumo, a decisão da Instância a quo: manteve a matéria tributável relativa ao ganho de capital (base de cálculo do IRPJ e da CSLL) ), no montante de R\$ 3.811.524.985,27 (reduzindo-se a multa de ofício para 75%); excluiu a matéria tributável relativa à omissão de receita (base de cálculo do PIS e da COFINS), no montante de R\$ 8.760.571.215,40.

Em consequência da exoneração de parcela do crédito tributário, recorreu-se de ofício, ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), de acordo com o artigo 34 do Decreto nº 70.235/1972 e alterações introduzidas pelas Leis nºs 8.748/1993 e 9.532/97, e pela Portaria MF nº 03/2008.

## DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Inconformada com a decisão de 1ª Instância, a Recorrente interpôs recurso voluntário, em que apresenta, em síntese, as seguintes razões para a reforma da decisão *a quo*:

- (a) Preliminarmente, o presente Auto de Infração deve ser imediatamente cancelado, tendo em vista que (a) ainda que o equivocando entendimento da D. Fiscalização pudesse prevalecer, o que se admite apenas para argumentar, fato é que o lançamento contém vício material insanável ou, ainda, formal, qual seja, erro na identificação do sujeito passivo e da matéria tributável, pois deveria ter sido lavrado contra o Grupo vendedor das ações Bertin (Bertin FIP); (b) a presente autuação foi lavrada com base em meras presunções da D. Fiscalização, pois presumiu a realização de fatos inexistentes (que a Recorrente teria recebido a participação detida pelo Bertin FIP na Bertin e que essa mesma participação teria sido posteriormente contribuída, a valor econômico, em aumento de capital da JBS);
- (b) A transação aqui analisada se encontrava revestida de efetivos propósitos negociais, de forma que a associação realizada entre Grupo JBS e Grupo Bertin unificou duas empresas independentes e concorrentes, dando origem à maior empresa de processamento de carne bovina do mundo. Não obstante as alegações da D. Fiscalização, todas as operações envolvendo a transação levaram em consideração os valores econômicos das empresas JBS e Bertin, de forma que a transação estava em sua integralidade norteada por racional econômico usualmente utilizado no mercado;
- (c) A ordem dos passos adotados na reorganização societária (que foi ratificada pela r. decisão recorrida) constitui faculdade dos Grupos JBS e Bertin, especialmente quando a estrutura não envolveu a interposição de entidades sem substância econômica e a realização de operações societárias com o objetivo exclusivo de economia fiscal. Na pior das hipóteses, se a inversão da ordem dos passos tivesse trazido qualquer benefício fiscal, trata-se de mera opção fiscal das pessoas jurídicas envolvidas, que não estão obrigadas a implementar determinada reorganização societária em ordem que lhe seja mais gravosa;
- (d) Ainda que se admita que a transação foi realizada com o propósito de economia fiscal, não existe qualquer fundamentação legal para a desconsideração de operações legitimamente praticadas, em razão da ausência de regulamentação da norma geral antielisão (LC 104/01);
- (e) Não obstante seja absolutamente desnecessário tecer considerações acerca das razões econômicas que levaram as partes envolvidas a estruturar os passos na ordem efetivamente realizada (primeiramente a incorporação de ações, seguido da contribuição das ações da JBS em aumento de capital da Recorrente), a Recorrente demonstrou que a estrutura estava revestida de três razões econômicas principais;

- (f) A primeira razão econômica é que a operação foi estruturada com enorme cautela para evitar: (a) a perda Imediata de controle na Bertin, com insegurança para o BNDES e o Bertin FIP; e (b) o risco de perda de controle na JBS, com riscos para os Controladores JBS. A forma mais racional e segura para implementar a operação envolveu, portanto, a realização da primeira transação no nível da companhia aberta - com a obtenção das aprovações dos minoritários - para aí sim perseguir a integralização das ações da Recorrente com as ações da JBS.
- (g) A segunda razão econômica é que, caso a operação tivesse sido realizada como pretendia a D. Fiscalização, primeiro as partes teriam definido a relação de substituição entre elas e somente depois é que o percentual seria efetivamente definido em condições de mercado pelos referidos Comitês Independentes. Em outras palavras, na estrutura da D. Fiscalização, uma das principais premissa estabelecida para nortear a associação entre as partes não teria sido atendida, já que a ordem dos passos efetuados pelas partes na associação teve o objetivo claro de preservar a premissa negocial estabelecida para evitar uma discussão entre as duas famílias sobre a relação de substituição mais adequada, bem como de mitigar eventual questionamento por parte dos minoritários (inclusive o BNDES);
- (h) A terceira razão econômica é que existe a contribuição das ações da JBS pelo seu valor contábil em aumento de capital da Recorrente não representou qualquer perda patrimonial para o Bertin FIP, que permaneceu com investimento na Recorrente com valor de mercado de R\$ 8,8 bilhões;
- (i) Após análise detalhada dos efeitos fiscais da operação, foi verificado que, do ponto de vista exclusivamente fiscal, o único ganho experimentado pela Recorrente na transação tem natureza de ganho decorrente de equivalência patrimonial, o qual não está sujeito à tributação pelo IRPJ/CSL e pelo PIS/COFINS, conforme expressa previsão legal encontrada no artigo 33, parágrafo 2º do Decreto-lei 1.598/77 e artigo 1º, parágrafo 3º, inciso V, alínea "b" das Leis 10.637/02 e Lei 10.833/03;
- (j) Muito embora a r. decisão recorrida tenha reconhecido que os passos foram legítimos e que a sua ordem não deve ser invertida, a D. Autoridade Julgadora equivocou-se ao entender que a Recorrente reconheceu um ganho de capital tributável no aumento de capital realizado pelo Bertin FIP com as ações da JBS;
- (k) Este equívoco da r. decisão recorrida é comprovado por quatro argumentos específicos: (i) a legislação fiscal autoriza expressamente que a operação de aumento de capital seja realizada pelo seu valor contábil ou pelo valor de mercado, com reflexos única e exclusivamente para o acionista que efetua o aumento de capital (nunca para a empresa que tem o seu capital social aumentado); (ii) não existe na legislação fiscal qualquer obrigatoriedade de registrar a aquisição de ativos pelo seu

valor de mercado. No momento da aquisição, a entidade reconhece os ativos adquiridos pelo seu custo (preço efetivamente pago, em dinheiro ou em instrumentos patrimoniais); (iii) não há qualquer vedação à realização da operação de aumento de capital pelo seu valor contábil, com relação de troca a valor de mercado. Na perspectiva da sociedade investida (Recorrente), o ativo é adquirido tendo como contrapartida a conta de capital social. Não há o registro de qualquer ganho de capital tributável para a entidade nesse momento da capitalização; e (iv) a própria legislação fiscal estabelece que, ainda que exista subscrição da participação societária com ágio (ou seja, caso o ativo seja contribuído por um valor superior ao das ações emitidas, o que não ocorreu), esta diferença terá como contrapartida a conta de reservas de capital, sem que esteja sujeita a qualquer tributação;

- (l) No presente caso, a D. Fiscalização pretende exigir tributos sobre a alienação das ações da Bertin, ou seja, operação que só poderia ter sido praticada pelo próprio Grupo Bertin. A incidência dos tributos não poderia ser exigida da Recorrente, já que ela nunca chegou a ter a titularidade das ações da Bertin e nunca praticou qualquer ato de alienação dessas mesmas ações;
- (m) De qualquer forma, ainda que o cenário absurdo desenhado pela D. Fiscalização para lavrar o presente Auto de Infração pudesse ser levado em consideração, o que se admite apenas para argumentar, restou demonstrado que não haveria valores de IRPJ/CSL/PIS/COFINS a serem exigidos da Recorrente;
- (n) Em linha com o decidido na r. decisão de primeira instância, a severa multa de 150% aplicada pela D. Fiscalização também deve ser prontamente afastada, pois, como se sabe, essa penalidade somente poderia ser imposta a casos de evidente intuito de fraude, sonegação ou conluio, quando restar provada pelo Fisco a inequívoca intenção do contribuinte de enganar, esconder ou iludir. A Recorrente jamais falsificou documentos ou "maquiou" livros contábeis ou fiscais, ao contrário, sempre registrou, às claras, todas as operações em sua contabilidade. A Recorrente registrou todos os seus atos nas Juntas Comerciais e demais órgãos públicos cabíveis (CVM e CADE), inclusive publicou toda a operação ao mercado por meio de Fatos Relevantes, e sempre recebeu a D. Fiscalização com total transparência e atendeu a todas as suas solicitações com clareza e prontidão. Na pior das hipóteses, portanto, a D. Fiscalização pode alegar que discorda dos efeitos jurídicos e legais das operações praticadas pela Recorrente, mas isso jamais poderia servir de base para se pressupor a falta de boa fé da Recorrente e acusá-la de ter incorrido em fraude;
- (o) A taxa SELIC não pode ser aplicada aos créditos tributários e, se admitida a sua aplicação, só poderá incidir sobre o crédito tributário principal, não podendo recair sobre o valor da multa de ofício, que é penalidade e não tem natureza tributária;

Processo nº 16561.720104/2014-22  
Resolução nº 1402-000.661

S1-C4T2  
Fl. 2.206

---

### **DAS CONTRARRAZÕES AO RECURSO VOLUNTÁRIO**

Em 24/08/2016, a Fazenda Nacional apresentou Contrarrazões ao Recurso Voluntário, requerendo que seja negado provimento ao recurso interposto pela contribuinte.

### **DAS RAZÕES ADITIVAS A RECURSO VOLUNTÁRIO**

Em 06/06/2018, a Recorrente apresentou Razões Aditivas a Recurso Voluntário, juntamente com o Parecer de Orientação CVM nº 35, de 1º/9/2008.

Em 11/06/2018, em caráter complementar às Razões Aditivas a Recurso Voluntário, a Recorrente juntou Parecer Técnico de Natureza Contábil e Fiscal com o detalhamento dos lançamentos contábeis e respectivos efeitos tributários relativos aos atos praticados por esta contribuinte e as alternativas aventadas pela Autoridade Fiscal para o presente processo.

**Voto**

Conselheiro Evandro Correa Dias, Relator.

Os recursos de ofício e voluntário atendem aos pressupostos de admissibilidade, pelo que deles se toma conhecimento.

Ressalta-se que, após a indicação do presente processo para a pauta, a recorrente FB Participações apresentou **Razões Aditivas a Recurso Voluntário**, juntamente com o **Parecer de Orientação CVM nº 35**, de 1º/9/2008, e **Parecer Técnico de Natureza Contábil e Fiscal** com o detalhamento dos lançamentos contábeis e respectivos efeitos tributários.

Nota-se que é indubitoso que as Razões Aditivas a Recurso Voluntário, juntamente com o Parecer de Orientação CVM nº 35, e o Parecer Técnico de Natureza Contábil e Fiscal acostados pela defesa às vésperas deste processo ser julgado e já com definição de pauta, à luz do princípio da “busca da verdade material”, norteadora do processo administrativo-fiscal, precisam ser submetidos ao conhecimento da Procuradoria da Fazenda Nacional, parte nestes autos e que já havia acostado suas “contrarrazões” antes da juntada dos mencionados documentos.

Dizendo de outro modo, no momento em que integrado ao presente processo os referidos documentos, inexistem dúvidas de que a parte contrária, no caso, a Fazenda Nacional, por sua Procuradoria, restou prejudicada, já que a juntada deu-se após as contrarrazões interpostas contra o recurso voluntário.

Deste modo, em respeito ao princípio de igualdade de tratamento entre os litigantes, basilar no ordenamento jurídico pátrio, a PGFN deve ter acesso e vista às Razões Aditivas a Recurso Voluntário, juntamente com o Parecer de Orientação CVM nº 35, de 1º/9/2008, e o Parecer Técnico de Natureza Contábil e Fiscal juntados, para sobre eles se manifestar, se entender pertinente.

Assim, voto no sentido de CONVERTER o julgamento do recurso em diligência e encaminhar o processo à PGFN, a fim de que esse Órgão seja cientificado e se manifeste, no prazo de 30 (trinta) dias e exclusivamente, sobre o teor das Razões Aditivas a Recurso Voluntário, juntamente com o Parecer de Orientação CVM nº 35, de 1º/9/2008, e o Parecer Técnico de Natureza Contábil e Fiscal juntados após o processo ter sido incluído em pauta.

Transcorrido o prazo citado, com ou sem manifestação da Fazenda Pública, o presente processo deverá retornar a esta 2ª Turma da 4ª Câmara da 1ª Seção para prosseguimento de seu julgamento.

(assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias