



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10980.723408/2011-81
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-006.713 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de setembro de 2023
Recorrente EMBRALOG EMPRESA BRASILEIRA DE LOGISTICA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2008, 2009

NULIDADE. LANÇAMENTO COMPLEMENTAR. MODIFICAÇÃO DO CRITÉRIO DO LANÇAMENTO. CTN, ART. 146. ERRO DE DIREITO.

O lançamento complementar que modifica o critério jurídico do lançamento anterior para qualificar a multa de ofício e imputar responsabilidade tributária é nulo por ofensa ao artigo 146, do Código Tributário Nacional. A complementação do auto para qualificação da multa de ofício e atribuição de responsabilidade solidária não se enquadra em mera *incorreção, omissão ou inexatidão*, mas sim alteração do critério jurídico do lançamento, razão pela qual não se aplica o disposto do art. 18, §3º, do Decreto nº 70.235/72.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO.

Até a edição da Lei n. 12.973/14 inexistia proibição para a constituição de ágio em operações de aquisição de participação societária de partes dependentes, sendo que durante a vigência do artigo 36 da Lei n. 10.637/02, havia até previsão expressa de diferimento de ganho de capital de operação de subscrição de participação societária pelo valor de mercado com geração de ágio. Inexistindo comprovação de que as operações que geraram o ágio entre partes dependentes foram fraudulentas, há que ser mantida a dedutibilidade da então despesa com a amortização do ágio.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, acolher a preliminar de nulidade do auto de infração complementar relativo à qualificação da multa de ofício e à responsabilização solidária dos sócios Miguel Gellert Krisgner e Artur Noemio Grynbaum. Vencidos os Conselheiros Itamar Artur Magalhães Alves Ruga e Luiz Augusto de Souza Gonçalves que negavam provimento ao recurso no ponto; no mérito da autuação, por aplicação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, com a redação dada pela Lei nº 13.988/2020, considerando o empate na votação, dar provimento aos recursos voluntários da contribuinte e dos responsáveis solidários, cancelando integralmente a exigência fiscal. Vencidos os Conselheiros Claudio de Andrade Camerano, Itamar Artur Magalhães Alves Ruga e Luiz Augusto de Souza Gonçalves, que negavam provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

André Severo Chaves - Relator

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

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra acórdão da DRJ, que julgou improcedente a impugnação apresentada, mantendo o crédito tributário exigido, e a responsabilidade tributária de Miguel Gellert Krisgner e Artur Noemio Grynbaum.

No presente processo a autoridade fiscal realizou procedimento de fiscalização da empresa RECORRENTE, do período de janeiro/2008 a dezembro/2009, tendo constado irregularidades referentes à exclusões na apuração do IRPJ e da CSLL, conforme infrações a seguir discriminadas:

Auto de infração de IRPJ

2. O auto de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ (fls. 757-768) exige o recolhimento de R\$ 316.392,53 de imposto, R\$ 237.294,40 a título de multa de lançamento de ofício de 75%, prevista no art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, e R\$ 47.620,25 de juros de mora, além de R\$ 174.354,69 de multa de ofício exigida isoladamente.

3. O lançamento fiscal, com base no lucro real anual, nos termos dos arts. 904 e 926 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (Decreto nº 3000, de 26 de março de 1999), decorre das infrações a seguir elencadas, conforme descrito no Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal (fls. 784-813):

3.1. despesa com amortização de ágio interno excluído indevidamente na apuração do lucro real, com infração ao disposto no art. 3º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e arts. 247 e 250 do RIR de 1999:

. 31/12/2008.....	R\$ 206.298,50
. 31/12/2009.....	R\$ 1.237.790,98

3.2. multa de ofício isolada exigida em decorrência da falta ou insuficiência de pagamento do IRPJ devido por estimativa, com infração ao disposto nos arts. 222 e 843 do RIR de 1999 e art. 44, II, “b”, da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488, de 2007:

. 30/11/2008.....	R\$ 12.893,65
. 31/12/2008.....	R\$ 6.737,19
. 31/01/2009.....	R\$ 12.893,65
. 28/02/2009.....	R\$ 12.893,65
. 30/04/2009.....	R\$ 20.393,11
. 31/05/2009.....	R\$ 18.287,86
. 30/06/2009.....	R\$ 12.893,65
. 31/07/2009.....	R\$ 12.893,65

. 30/09/2009.....	R\$ 12.893,65
. 31/10/2009.....	R\$ 12.893,65
. 30/11/2009.....	R\$ 12.893,65
. 31/12/2009.....	R\$ 12.893,65

Auto de infração de CSLL

4. O auto de infração de CSLL de fls. 769-776 exige o recolhimento de R\$ 129.968,06 de contribuição e R\$ 97.476,04 a título de multa de lançamento de ofício de 75%, além de R\$ 20.094,92 de juros de mora.

5. O lançamento decorre da exclusão indevida na apuração da base de cálculo da contribuição da amortização de ágio interno, com infração ao disposto nos arts. 2º e §§, e 3º da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988 (com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034, de 12 de abril de 1990, e art. 17 da Lei nº 11.727, de 2008), art. 57 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995 (com as alterações introduzidas pelo art. 1º da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995), art. 2º da Lei nº 9.249, de 1995, art. 1º da Lei nº 9.316, de 22 de novembro de 1996, art. 28 da Lei nº 9.430, de 1996, e art. 37 da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002.

6. O auto de infração de CSLL de fls. 778-782 exige o recolhimento de R\$ 63.384,85 de multa exigida isoladamente sobre as estimativas de CSLL não recolhidas dos meses de novembro/2008 a fevereiro/2009 e de abril a dezembro/2009.

Após o início do procedimento fiscal, a autoridade fiscal intimou (Termo de Intimação nº 2) a contribuinte a apresentar as seguintes informações e documentos:

- Esclarecer os lançamentos contábeis constantes do anexo “Lançamentos Contábeis a Esclarecer”, apresentando os documentos e suportes fáticos necessários e hábeis para as justificativas dos lançamentos, bem como a origem e aplicação dos recursos envolvidos;
- Apresentar o “Protocolo e Justificação de Incorporação de Ações para Conversão de Embralog – Empresa Brasileira de Logística S.A. em Subsidiária Integral da G&K Holding S.A.”, documento este integrante da Ata de Assembleia Geral Extraordinária de 18/12/2006, na forma do Anexo IV;
- Apresentar o “Laudo de Avaliação” da Embralog, que compõe o Anexo V da Ata de Assembleia Geral Extraordinária de 18/12/2006, elaborado pela empresa KPMG.

Em atendimento ao referido Termo, a contribuinte forneceu os documentos, e esclareceu que:

“Os lançamentos decorrem da cisão parcial da empresa G&K Holding S.A. (“G&K Holding”), seguida de incorporação da parcela de seu patrimônio cindido pela Embralog – Empresa Brasileira de Logística Ltda (“Embralog”). Assim, parte dos lançamentos abaixo detalhados diz respeito a tal movimentação societária, sendo que os demais resultam de atendimento à legislação.

Lançamentos em 03/11/2008

Todos os lançamentos desta data referem-se ao ágio existente no investimento da G&K Holding na Embralog, cujo fundamento econômico era o valor de rentabilidade futura desta última, e decorrem do processo de incorporação de parcela cindida do patrimônio da G&K Holding – na qual o referido investimento estava integrado – pela Embralog. Estes lançamentos refletem as exatas mutações patrimoniais ocorridas no referido processo de cisão seguida de incorporação, tendo sido a provisão para preservação de dividendos futuros efetuada em atendimento às melhores práticas contábeis vigentes à época (Instrução CVM nº 319/99, art. 6º, § 1º, alterada pela Instrução CVM nº 349/01). Estes lançamentos estão ainda apontados no Protocolo e Justificação de Cisão Parcial seguida de Versão do Patrimônio Cindido a Sociedades já Existentes e também no laudo Pericial-Contábil realizado por auditoria externa independente, documentos que

integram a Ata de Assembléia Geral Extraordinária de 3/11/2008 da Embralog, protocolizados neste Sefis em 15/09/2010.

Lançamentos em 30/11/2008

Todos os lançamentos desta data referem-se à amortização do ágio acima mencionado, conforme o Decreto 3.000/99, artigo nº 386, inciso III, com a correspondente reversão da provisão para preservação de dividendos futuros.

Lançamentos em 31/12/2008

Os lançamentos ocorridos nesta data referem-se a: (i) número 3000000253, no valor de R\$ 96.422,05: amortização do ágio acima mencionado, com a correspondente reversão da provisão para preservação de dividendos futuros, conforme o Decreto 3.000/99, art. 386, inciso III; (ii) número 3000000268, nos valores de R\$ 5.785.322,85 e R\$ 96.422,05: transferência do grupo de contas do ativo diferido para o grupo de contas do ativo intangível, em cumprimento ao determinado pela Medida Provisória nº 449/2008, art. 36; e (iii) números 9000000115 e 9000000117, ambos no valor de R\$192.844,10: transferência para a conta lucros/prejuízos acumulados, referente ao encerramento das contas de resultado realizado ao final de cada exercício, conforme melhores práticas contábeis.

Lançamentos em 30/01/2009, 26/02/2009 e 31/03/2009

Os lançamentos 3000000006, 3000000023, 3000000056, 6200000010, 6200000011 e 6200000012, ocorridos nestas datas referem-se a: amortização do ágio acima mencionado, conforme o Decreto 3.000/99, artigo nº 386, inciso III, com a correspondente reversão da provisão para preservação de dividendos futuros, todos estornados após constatação de amortização indevida.”

Após diversas intimações expedidas para a recorrente apresentar documentos e esclarecimentos, a autoridade fiscal emitiu para a G & K Holding S.A. uma intimação para apresentar as seguintes informações:

16.1. Apresentar Contrato/Estatuto Social e suas alterações, inclusive todos os anexos aos mesmos, tais como laudos e protocolos de intenções;

16.2. Apresentar os arquivos digitais de registros contábeis validados pelo aplicativo “Sinco – Arquivos Contábeis” referentes aos anos-calendário de 2006 e 2007, elaborados conforme estabelece o Ato Declaratório Executivo – ADE COFIS nº 15, de 23/10/2001 (DOU de 26/10/2001), contendo as informações do subitem 4.1 e acompanhados da Tabela de Plano de Contas (4.9.2) e da Tabela de Centro de Custo/Despesa (4.9.3);

16.3. Deixar disponível para consulta os Livros Diário e Razão referentes aos anos-calendário de 2006 e 2007;

16.4. Esclarecer se houve algum pagamento ou recebimento (transferência de recursos financeiros) na operação de “Incorporação de Ações para Conversão de Embralog – Empresa Brasileira de Logística S.A. em Subsidiária Integral da G&K Holding S.A.”, conforme consta na Ata da Assembléia Geral Extraordinária de 18/12/2006 da empresa EMBRALOG – EMPRESA BRASILEIRA DE LOGÍSTICA S.A.

16.5. Esclarecer se houve algum pagamento ou recebimento (transferência de recursos financeiros) na operação de incorporação, pela EMBRALOG – EMPRESA BRASILEIRA DE LOGÍSTICA S.A. de parcela cindida do patrimônio da G&K HOLDING S.A., conforme Ata da Assembléia Geral Extraordinária de 03/11/2008 da EMBRALOG.

16.6. Cientificar que, considerando estar o contribuinte obrigado a apresentar a Escrituração Contábil Digital – ECD por meio do Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), a escrituração referente ao ano de 2008 será obtida conforme dispõe o art. 7º da IN RFB nº 787, de 19 de novembro de 2007.

Em atendimento à intimação, a G & K forneceu os documentos, e esclareceu que:

17.1. Quanto aos atos societários, a empresa informou que “devido ao grande volume que representam, sua apresentação completa foi feita na resposta ao Termo de Intimação Fiscal n.º 01 relativo ao MPF-Diligência n.º 0910100-2010-02181”, que tem por diligenciada a companhia Botica Comercial Farmacêutica Ltda.

17.2. Os Livros Diário e Razão referentes aos anos-calendário 2006 e 2007 encontram-se disponíveis para consulta no endereço da G&K Holding S.A. 1

17.3. Com relação ao esclarecimento solicitado no item 5 (transcrito em 16.4), disse que “no ano de 2006, as ações representativas do capital social da empresa Embralog – Empresa Brasileira de Logística S.A., foram incorporadas pela G&K Holding S.A., com base no que dispõe o artigo 252 da Lei n.º 6.404/76. Com esta operação a Embralog tornou-se subsidiária integral da G&K.”

17.4. Afirmou ainda que “não é compatível com o instituto da incorporação de ações qualquer transferência de recursos financeiros entre as sociedades envolvidas, visto que, nos termos do § 1º do referido artigo 252, o aumento de capital da companhia incorporadora (no caso a G&K) é realizado com as ações a serem incorporadas, de acordo com o valor que lhes atribuir os peritos avaliadores, e não mediante aporte de recursos financeiros. Para fins de incorporação, pela G&K, a avaliação das ações da Embralog foi feita com base em seu valor econômico-financeiro, apurado pela metodologia de fluxos de caixa descontados, conforme Laudo de Avaliação emitido por peritos avaliadores independentes, que apuraram como referido valor das ações o montante de R\$ 7.693.000,00.”

17.5. No que diz respeito ao item 6 (transcrito em 16.5) da intimação, alegou que “não é compatível com o instituto da incorporação de acervo líquido patrimonial qualquer transferência de recursos financeiros (pagamento ou recebimento) entre as sociedades envolvidas na operação, a menos que tais recursos financeiros façam parte do acervo líquido da sociedade incorporada a ser vertido para a sociedade incorporadora, que sucede a primeira em relação aos direitos e obrigações inerentes a tal acervo.”

17.6. Por fim, consideraram-se cientificados de que obteríamos a ECD de 2008 da empresa no SPED.

Na continuidade, foi emitido o Termo de Intimação Fiscal n.º 02, onde foi solicitado, dentre outras demandas, o esclarecimento dos lançamentos contábeis do anexo “Lançamentos Contábeis a Esclarecer”, tendo a G & K apresentado as seguintes informações:

19.1. “Lançamentos com histórico ‘Amortização ágio’ e ‘Ágio s/ investimentos’

Os lançamentos nas contas 180020 e 371006 referem-se à amortização exclusivamente contábil de ágios sobre investimentos em controladas, conforme as melhores práticas contábeis, portanto sem quaisquer efeitos fiscais. Os referidos ágios foram apurados na G&K Holding em 18/12/2006, em decorrência dos processos de incorporação das ações das empresas Botica Comercial Farmacêutica S.A. (‘Botica’), O Boticário Franchising S.A. (‘Franchising’), Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza S.A. (‘Cálamo’) e Embralog – Empresa Brasileira de Logística S.A. (‘Embralog’), com fundamento econômico na perspectiva de rentabilidade futura das referidas empresas, conforme laudo de avaliação emitido por empresa especializada em 15/12/2006.

Os lançamentos na conta 364003 referem-se à reversão de provisão para preservação de dividendos futuros no mesmo montante da referida amortização exclusivamente contábil dos ágios, sem que os lançamentos tenham gerado quaisquer efeitos fiscais.

Lançamentos com histórico ‘Reclas TM e conta’

Todos os lançamentos referem-se aos ágios existentes no grupo ‘investimentos’ da G&K Holding, cujo fundamento econômico era o valor de rentabilidade futura das investidas, e decorrem do processo de cisão parcial do patrimônio da G&K Holding, seguida de incorporação das parcelas cindidas pelas empresas Botica, Franchising, Cálamo e Embralog, refletindo as exatas mutações patrimoniais ocorridas no referido processo de cisão seguida de incorporação.

Lançamentos com os históricos 'Ágio OBF cfe laudo avaliação', 'Ágio Botica cfe laudo avaliação', 'Ágio Cálamo cfe laudo avaliação' e 'Ágio Embralog cfe laudo avaliação'

Todos os lançamentos referem-se à apuração de ágios devido à diferença entre o valor de aquisição das ações das empresas Botica, Franchising, Cálamo e Embralog e o valor contábil do patrimônio líquido das referidas empresas. Conforme mencionado acima, a aquisição das ações se deu nos processos de incorporação das ações destas empresas e os respectivos ágios foram devidamente fundamentados com base na perspectiva de rentabilidade futura das empresas, conforme laudo de avaliação emitido por empresa especializada em 15/12/2006.

Lançamentos na conta 262005 'Reserva Especial de Ágio'

Os lançamentos nos montantes de R\$ 585.600.000,00, R\$ 195.442.568,00, R\$ 1.050.602.918,40 e R\$ 7.683.000,00 referem-se à constituição de reserva de capital com base na diferença entre o valor de aquisição das ações representativas do capital das empresas Botica, Franchising, Cálamo e Embralog, conforme descrito no item anterior, e o valor do capital social das referidas empresas.

Os lançamentos nos montantes de R\$ 45.386.033,69 e R\$ 348,31 referem-se a aporte de recursos realizado pelo novo acionista IGP Fundo de Investimento em Participações na G&K Holding em 18/12/2006, com destinação a reserva de capital, no contexto da operação de incorporação de ações já mencionada.

O lançamento no montante de R\$ 5.258.236,11 refere-se ao reconhecimento da reserva de reavaliação reflexa da investida Botica.

A seguir alguns trechos do Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal (e-Fls. 784 e ss), onde constam apurações e conclusões da autoridade administrativa:

DAS REESTRUTURAÇÕES SOCIETÁRIAS DA EMBRALOG

20. Fazendo um breve histórico, a Embralog, foi constituída como sociedade por quotas de responsabilidade limitada em 24/05/2004, e seu capital, no montante de R\$ 10.000,00, estava assim distribuído:

Contrato Social de Constituição de 24/05/2004			
Sócio	CPF/CNPJ	Quotas	Valor (R\$)
O Boticário Franchising S/A	76.801.166/0001-79	9.998	9.998,00
Miguel Gellert Krigsner	051.622.118-34	1	1,00
Artur Noemio Grynbaum	722.349.549-91	1	1,00
Total		10.000	10.000,00

21. Verificamos que foram aprovadas diversas alterações contratuais, dentre as quais destacamos as mais relevantes para o caso aqui tratado. Na primeira Alteração do Contrato Social, em 21/08/2006, foi aprovada a transformação da sociedade empresária limitada "EMBRALOG - EMPRESA BRASILEIRA DE LOGÍSTICA LTDA" em sociedade anônima, com a denominação de "EMBRALOG - EMPRESA BRASILEIRA DE LOGÍSTICA S.A.", e alterada sua composição societária, sendo seu capital distribuído conforme a seguir:

Acionista	CPF	Ações	Valor (R\$)
Miguel Gellert Krigsner	051.622.118-34	8.000	8.000,00
Artur Noemio Grynbaum	722.349.549-91	2.000	2.000,00
Total		10.000	10.000,00

22. Na Assembleia Geral Extraordinária de 18/12/2006, foram aprovados o "Protocolo e Justificação de Incorporação de Ações para Conversão de Embralog - Empresa Brasileira de Logística S.A. em Subsidiária Integral da G&K Holding S.A.", o "Laudo de Avaliação da Companhia" - o qual concluiu que o valor de mercado da Companhia em 31/08/2006 era de R\$ 7.693.000,00 (R\$ 769,30 por ação), baseado no critério de valor econômico-financeiro, uma vez adotada a metodologia de rentabilidade futura a fluxo de caixa descontado - e, também, a nova redação do Estatuto Social da

Companhia, onde consta o novo quadro societário, com a saída dos acionistas Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grynbaum e o ingresso da G&K:

Acionista	CPF/CNPJ	Ações	Valor (R\$)
Miguel Gellert Krigsner	051.622.118-34	-	-
Artur Noemio Grynbaum	722.349.549-91	-	-
G&K Holding SA	08.336.303/0001-91	10.000	10.000,00
Total		10.000	10.000,00

23. Na Assembleia Geral Extraordinária de 28/11/2007, foi deliberado um aumento de R\$ 3.417.000,0 do capital social e do número de ações ordinárias nominativas da Companhia, que permaneceram com o valor unitário de R\$1,00, conforme segue:

Acionista	CNPJ	Ações	Valor (R\$)
G&K Holding SA	08.336.303/0001-91	3.427.000	3.427.000,00
Total		3.427.000	3.427.000,00

24. A Assembleia Geral Extraordinária de 03/11/2008 deliberou sobre a proposta de incorporação, pela Embralog, de uma parcela cindida do patrimônio líquido da companhia G&K, sendo aprovados os termos constantes no "Protocolo e Justificação de Cisão Parcial Seguida de Versão do Patrimônio Cindido a Sociedades já Existentes", o "Laudo Pericial-Contábil para Efeito de Cisão Parcial Seguida de Versão do Patrimônio Cindido a Sociedades já Existentes", elaborado pela empresa América Auditores Independentes S/S, e, ainda, a consequente reversão e redistribuição das ações da Companhia, em função da incorporação da parcela cindida do patrimônio da G&K. A seguir é apresentado o novo quadro societário, onde retornam à sociedade os acionistas Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grynbaum, permanecendo o acionista G&K Holding S.A., agora com 1% das ações da empresa:

Acionista	CPF/CNPJ	Ações	Valor (R\$)
G&K Holding SA	08.336.303/0001-91	34.270	34.270,00
Miguel Gellert Krigsner	051.622.118-34	2.714.184	2.714.184,00
Artur Noemio Grynbaum	722.349.549-91	678.546	678.546,00
Total		3.427.000	3.427.000,00

25. Mais recentemente, na Assembleia Geral Extraordinária de Transformação Societária, realizada em 10/11/2010, foi aprovada a transformação da empresa de sociedade anônima para sociedade empresarial limitada, passando a sua denominação para EMBRALOG - EMPRESA BRASILEIRA DE LOGÍSTICA LTDA, com a manutenção de obrigações e direitos e a consequente conversão das atuais ações em quotas, ficando as mesmas assim distribuídas:

Sócio	CPF/CNPJ	Quotas	Valor (R\$)	%
G&K Holding SA	08.336.303/0001-91	34.270	34.270,00	1,00
Miguel Gellert Krigsner	051.622.118-34	2.714.184	2.714.184,00	79,20
Artur Noemio Grynbaum	722.349.549-91	678.546	678.546,00	19,80
Total		3.427.000	3.427.000,00	100,00

26. Observe-se que, conforme descrito nos itens anteriores, em todas as reestruturações os entes envolvidos foram somente os mesmos sócios, além de empresas do próprio Grupo.

DAS REESTRUTURAÇÕES SOCIETÁRIAS DA G&K

27. A G&K foi constituída em 18/09/2006 pelo Grupo O Boticário, como sociedade por ações de capital fechado, através de Ata de Assembleia Geral de Acionistas, onde foi aprovado o Estatuto Social apresentando o seguinte quadro societário:

Contrato Social de Constituição da G&K de 18/09/2006			
Acionista	CPF	Ações	Valor (R\$)
Miguel Gellert Krigsner	051.622.118-34	800	800,00
Artur Noemio Grynbaum	722.349.549-91	200	200,00
Total		1.000	1.000,00

28. Logo depois, em 18/12/2006, ocorreu a reestruturação citada no item 22, na qual a G&K incorporou 100% das ações das companhias Botica Comercial Farmacêutica S.A. (doravante denominada simplesmente Botica), O Boticário Franchising S.A. (doravante simplesmente OBF), Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza S.A. (doravante simplesmente Cálamo) e Embralog, tornando-as, assim, suas subsidiárias integrais. A Assembleia Geral Extraordinária, realizada na mesma data, aprovou os laudos de avaliação das quatro companhias, todos eles elaborados pela empresa KPMG Corporate Finance Ltda, cujos valores foram utilizados pela G&K para registrar tais investimentos em seu Ativo. A propósito, o registro de cada investimento foi segregado em 2 contas distintas - uma com o valor do Patrimônio Líquido de cada investida e a outra com a diferença entre o valor da avaliação e o do respectivo PL, diferença esta que chamou de "ágio" – assunto a ser oportunamente abordado.

29. De acordo com a ata da Assembleia supracitada, foi aprovado também o aumento do capital social da G&K mediante a subscrição de 4.613.618 novas ações ordinárias nominativas, todas com valor nominal de R\$ 1,00 cada, integralizadas em moeda corrente nacional pelo acionista IGP Fundo de Investimento em Participações, com sede em São Paulo-SP, cujo preço total de emissão foi fixado em R\$ 50.000.000,00, dos quais R\$ 4.613.618,00 sendo destinados ao capital da Companhia e R\$ 45.386.382,00 à constituição de reserva de capital (reserva especial de ágio), conforme o Boletim de Subscrição que consta no Anexo X da referida ata. Desta forma, as ações da G&K ficaram assim distribuídas:

Acionista	CPF/CNPJ	Ações	Valor (R\$)
Miguel Gellert Krigsner	051.622.118-34	149.577.184	149.577.184,00
Artur Noemio Grynbaum	722.349.549-91	37.394.296	37.394.296,00
IGP Fundo de Investimento em Participações	07.479.779/0001-19	4.613.618	4.613.618,00
Total		191.585.098	191.585.098,00

30. Na

Assembleia Geral Extraordinária de 03/11/2008, cuja ata e seus Anexos I e II foram juntados ao presente processo, os acionistas da G&K aprovaram, dentre outros:

30.1. o aumento de R\$ 304.049.679,00 no Capital Social (passou de R\$ 191.585.098,00 para R\$ 495.634.777,00), mediante a conversão de parte das reservas de capital, de parte das reservas de reavaliação e de parte das reservas de lucro, com a emissão de 304.049.679 ações ordinárias nominativas subscritas pelos acionistas da seguinte forma:

Acionista	CPF/CNPJ	Ações	Valor (R\$)
Miguel Gellert Krigsner	051.622.118-34	237.382.215	237.382.215,00
Artur Noemio Grynbaum	722.349.549-91	59.345.554	59.345.554,00
Votorantim G&K Fundo de Investimento em Participações	07.479.779/0001-19	7.321.910	7.321.910,00
José Roberto de Mattos Curan	046.258.838-65	Renunciou o direito à subscrição	
João Vinicius Prianti	248.481.818-10	Renunciou o direito à subscrição	
João Paschoal Rossetti	016.391.880-53	Renunciou o direito à subscrição	
Total		304.049.679	304.049.679,00

30.2. a proposta de cisão parcial seletiva da Companhia e os termos constantes no "Protocolo e Justificação de Cisão Parcial Seguida de Versão do Patrimônio Cindido a Sociedades já Existentes", o qual dispõe que a referida cisão parcial do patrimônio da G&K será efetivada em quatro parcelas distintas a serem incorporadas pelas empresas Botica, Cálamo, OBF e Embralog;

30.3. o "Laudo Pericial-Contábil para Efeito de Cisão Parcial Seguida de Versão do Patrimônio Cindido a Sociedades já Existentes", elaborado pela empresa América Auditores Independentes S/S, com sede em Curitiba-PR;

30.4. a redução do Capital Social da Companhia no montante de R\$ 443.551.815,00 (passou de R\$ R\$ 495.634.777,00 para R\$ 52.082.962,00), em consequência da cisão parcial da G&K seguida de versão do patrimônio cindido (igual ao valor da redução do capital) às companhias Botica, Cálamo, OBF e Embralog.

31. O Patrimônio Líquido cindido da G&K, incorporado pelas companhias mencionadas no parágrafo anterior, era representado pelos seguintes bens e direitos:

BENS E DIREITOS	VALOR (R\$)
<i>Aplicações financeiras</i>	59.148.912,51
<i>Impostos a recuperar</i>	3.315.087,49
<i>Investimentos – Botica</i>	175.536.160,00
<i>Ágio investimento Botica</i>	193.298.809,52
<i>(-) Provisão Instrução CVM nº 319/349 – ágio investimento Botica</i>	(193.298.809,52)
<i>Investimentos – OBF</i>	91.893.855,00
<i>Ágio investimento OBF</i>	541.813.468,64
<i>(-) Provisão Instrução CVM nº 319/349 – ágio investimento OBF</i>	(541.813.468,64)
<i>Investimentos – Cálamo</i>	108.930.728,00
<i>Ágio investimento Cálamo</i>	972.017.437,44
<i>(-) Provisão Instrução CVM nº 319/349 – ágio investimento Cálamo</i>	(972.017.437,44)
<i>Investimentos – Embralog</i>	4.727.072,00
<i>Ágio investimento Embralog</i>	5.785.322,85
<i>(-) Provisão Instrução CVM nº 319/349 – ágio investimento Embralog</i>	(5.785.322,85)
TOTAL DOS BENS E DIREITOS	443.551.815,00

32. Após tais alterações o quadro societário ficou assim delineado:

Acionista	CPF/CNPJ	Ações	Valor (R\$)
Miguel Gellert Krigsner	051.622.118-34	41.666.367	41.666.367,00
Artur Noemio Grynbaum	722.349.549-91	10.416.592	10.416.592,00
Votorantim G&K Fundo de Investimento em Participações	07.479.779/0001-19	0	0,00
José Roberto de Mattos Curan	046.258.838-65	1	1,00
João Vinicius Prianti	248.481.818-10	1	1,00
João Paschoal Rossetti	016.391.880-53	1	1,00
Total		52.082.962	52.082.962,00

33. Como resultado das retrocitadas incorporações, houve a reversão e a redistribuição das ações (das quatro companhias) contidas na parcela cindida do patrimônio da G&K, aos acionistas Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grynbaum, e, no caso da Cálamo e da OBF, também para a acionista Votorantim.

DO ÁGIO GERADO NAS REESTRUTURAÇÕES SOCIETÁRIAS

34. De acordo com o exposto no item 28, na Assembleia Geral Extraordinária de 18/12/2006 foi aprovado o laudo de avaliação elaborado pela KPMG Corporate Finance Ltda, juntado no Anexo V da Ata que registra o evento, sob a denominação de “Relatório de Avaliação Econômico-Financeira da Embralog”, quando a Embralog tornou-se subsidiária integral da G&K. No item 11 deste laudo, a seguir reproduzido, é mostrado o valor de mercado atribuído à Embralog:

“11 - Conclusão

A seguir apresentamos o sumário do cálculo do Valor da Embralog (em R\$ mil):

Valor da Embralog	R\$ mil
<i>Fluxo de período projetivo</i>	4.142
<i>Perpetuidade</i>	2.865
Valor do Negócio (Enterprise value)	7.006
<i>(+) Ativos não-operacionais</i>	791
<i>(+) Passivos não-operacionais</i>	(104)
Total dos ajustes	687
Valor da Embralog (Equity value)	7.693

Com base na aplicação da metodologia do fluxo de caixa descontado, concluímos que o valor de mercado da Embralog, em 31 de agosto de 2006, é de R\$ 7.693 mil.

Esse valor, dividido por 10.000 ações, resulta no valor arredondado de R\$ 769,30 (setecentos e sessenta e nove reais e trinta centavos) por ação.”

35. Conforme esclarecido no item 15.4, a partir da supracitada avaliação e uma vez detentora de 100% da Embralog, a G&K registrou em seu Ativo Permanente, em dezembro de 2006, o investimento na referida controlada no valor de R\$ 1.445.607,50, equivalente ao Patrimônio Líquido da mesma, além de um ágio no montante de R\$ 6.247.392,50, igual à diferença entre o valor de mercado e o PL da investida, sem ter dispendido nenhum recurso por este “acréscimo”.

36. Importante observar que os R\$ 6.247.392,50 correspondem à menor parcela lançada pela G&K a título de ágio, haja vista que, se considerarmos também as outras três controladas, este valor alcançou a fabulosa monta de R\$ 1.776.161.561,96, como consta na Linha 27 da Ficha 36A – Ativo, da DIPJ 2007, ou seja, esta cifra representa nada mais, nada menos que 87,17% do ativo da G&K em 31/12/2006.

37. Pouco menos de 2 anos após, em novembro de 2008, como relatado no item 24, eis que os acionistas da G&K decidiram na Assembleia Geral Extraordinária realizada em 03/11, promover a cisão da mesma, aprovando o "Protocolo e Justificação de Cisão Parcial Seguida de Versão do Patrimônio Cindido a Sociedades já Existentes" (que consta no anexo I da ata da assembleia em pauta). No item 4.2.4 do referido protocolo, transcrito em seguida, encontramos detalhes acerca dos ativos da G&K vertidos para a Embralog:

“4.2.4 Da incorporação na EMBRALOG

A incorporação efetivar-se-á pela transferência de parte do Patrimônio Líquido da companhia G&K, no valor de R\$ 4.727.072,00 (quatro milhões, setecentos e vinte e sete mil e setenta e dois reais), acervo líquido este que será absorvido através de incorporação pela companhia EMBRALOG, na forma pactuada neste protocolo e observados os valores encontrados na avaliação procedida pela empresa ora indicada, como segue:

BENS E DIREITOS	VALOR (R\$)
<i>Investimentos – Embralog – Representado por 3.392.730 (três milhões, trezentos e noventa e duas mil, setecentos e trinta) ações ordinárias nominativas, com valor nominal de R\$ 1,00 (um real) cada</i>	4.727.072,00
<i>Ágio investimento Embralog</i>	5.785.322,85
<i>(-) Provisão Instrução CVM nº 319/349 – ágio investimento Embralog</i>	(5.785.322,85)
TOTAL DOS BENS E DIREITOS	4.727.072,00

Considerando-se que o acervo líquido acima, de R\$ 4.727.072,00 (quatro milhões, setecentos e vinte e sete mil e setenta e dois reais), corresponde ao valor do investimento que a G&K detém na EMBRALOG e que deverá ser eliminado no patrimônio desta última com a incorporação, nesta operação não haverá aumento do capital social da EMBRALOG. Parte das ações que a G&K detém no capital da EMBRALOG, e que será objeto da Cisão, totalizando 3.392.730 (três milhões, trezentas e noventa e duas mil, setecentas e trinta) ações ordinárias nominativas, serão revertidas e redistribuídas seletivamente aos acionistas da G&K, da seguinte forma:

Acionista	CPF	Ações	Valor (R\$)
Miguel Gellert Krigsner	051.622.118-34	2.714.184	2.714.184,00
Artur Noemio Grynbaum	722.349.549-91	678.546	678.546,00
Total		3.392.730	3.392.730,00

Ainda em decorrência do presente evento de cisão parcial seguida de incorporação, o ágio apontado no acervo líquido acima discriminado, no montante de R\$ 5.785.322,85 (cinco milhões, setecentos e oitenta e cinco mil, trezentos e vinte e dois reais e oitenta e cinco centavos), apurado sobre o investimento detido pela G&K na EMBRALOG, por estar fundamentado na expectativa de resultados futuros da EMBRALOG, será registrado nas demonstrações contábeis da EMBRALOG em conta de ativo, estando sujeito a amortização nos termos da legislação fiscal aplicável à matéria. O registro do ágio será feito em contrapartida da conta de reserva especial de ágio na incorporação,

constante do patrimônio líquido da EMBRALOG, pelo seu valor líquido (ágio menos provisão), nos termos do art. 6º, § 1º, “b” da Instrução CVM nº 319/99.” (grifos nossos)

38. Para deixar bem claro, na cisão da G&K foi vertido para a Embralog o acervo líquido de R\$ 4.727.072,00 (equivalente ao PL da Embralog), e foram redistribuídas aos sócios citados 3.392.730 ações ordinárias nominativas, no montante de R\$ 3.392.730,00, que correspondem a 99% do capital social da ex-controlada, cujo valor total era de R\$ 3.427.000,00.

39. No que diz respeito ao ágio de R\$ 5.785.322,85, transferido da G&K para a Embralog, verifica-se que ele é R\$ 462.069,65 menor que o valor inicialmente lançado (de R\$ 6.247.392,50) na controladora. Segundo a fiscalizada, esta diferença consiste no somatório:

- a) das amortizações efetuadas pela G&K em dezembro de 2007, relativamente aos 12 meses do respectivo AC - R\$ 216.473,05;
- b) das amortizações efetuadas pela G&K de janeiro a outubro de 2008 (10 meses), ou seja, até o mês anterior à cisão parcial, ocorrida em 03/11/2008 - R\$ 187.159,00;
- c) do ágio mantido na G&K pela participação de 1% que manteve na Embralog - R\$ 58.437,60.

40. A propósito do exposto nas alíneas “a” e “b” do parágrafo antecedente, as amortizações pela G&K realizadas em 2007 e 2008 foram por ela corretamente consideradas indedutíveis e devidamente adicionadas nos respectivos LALUR, de forma agregada em relação aos seus investimentos na Embralog, Botica, Cálamo e OBF, como dito anteriormente, empresas do mesmo grupo.

41. Além do ágio de R\$ 5.785.322,85 retrocitado, constatamos nos LALUR que a Embralog registrou também, em novembro e dezembro de 2008 e de janeiro a dezembro de 2009, uma exclusão mensal de R\$ 6.727,20, tendo por histórico “Ágio Incorporação G&K”. Não encontramos tal valor na sua contabilidade em nenhum desses períodos; de acordo com informação do sujeito passivo (ver item 15.4), o mesmo é o resultado do ágio relativo ao investimento na Embralog, amortizado e não deduzido pela G&K no período de janeiro de 2007 a outubro de 2008 (alíneas “a” e “b” do item 39), no montante de R\$ 403.632,05, dividido em 60 parcelas.

42. Assim sendo, o total do ágio que a Embralog começou a amortizar em novembro de 2008 e o valor das parcelas mensais são:

VALOR TOTAL DO ÁGIO	VALOR DAS 60 PARCELAS
5.785.322,85	96.422,05
403.632,05	6.727,20
6.188.954,90	103.149,25

DA CONTABILIZAÇÃO DO ÁGIO NA EMBRALOG

43. Relativamente ao ágio originado na versão de parcela cindida do PL da G&K para a Embralog, encontramos no laudo pericial-contábil mencionado no item 24, elaborado pela América Auditores Independentes, a seguinte orientação:

“Abrir uma conta denominada de incorporação junto ao ativo circulante, procedendo aos lançamentos abaixo na data de 3/11/2008, utilizando-se do seguinte histórico: ‘cisão Parcial da companhia G&K na EMBRALOG, em 3/11/2008’.

D/C LANÇAMENTOS CONTÁBEIS NA CINDENDA – EMBRALOG	R\$
D Ágio investimento Embralog	5.785.322,85
C Incorporação	5.785.322,85
D Incorporação	5.785.322,85
C (-) Provisão Instrução CVM nº 319/349 – ágio i investimento Embralog	5.785.322,85”

44. Verificamos na ECD que a Embralog agiu aproximadamente da forma sugerida pela auditoria, usando as seguintes contas (Razões em anexo):

<p>1) Ativo Não Circulante -</p> <ul style="list-style-type: none">- subgrupo Investimentos:<ul style="list-style-type: none">- 180020 – Ágio sobre Investimentos- 180098 – (-) Provisão para Preservação de Dividendos Futuros- subgrupo Intangível :<ul style="list-style-type: none">- 190040 – Ágio sobre Investimentos- 190041 – (-) Provisão p/ Realização de Ágio- subgrupo Diferido :<ul style="list-style-type: none">- 192080 – Ágio sobre Investimentos- 192081 – (-) Provisão p/ Realização de Ágio <p>2) De Resultado :</p> <ul style="list-style-type: none">- 364003 – Reversão Provisão Ágio sobre Incorporação (receita)- 371006 – Ágio sobre Investimentos (despesa)
--

45. Inicialmente, em 03/11/2008, lançou o montante de R\$ 5.785.322,85 na conta 180020 e na sua redutora 180098 para, na mesma data, transferir o referido valor para as contas correspondentes do Ativo Diferido (192080 e 192081). Daí passou a amortizar mensalmente 1/60 do ágio, em parcelas no valor de R\$ 96.422,05, apropriando como outras despesas operacionais (conta 371006 - Ágio sobre Investimentos) em contrapartida à conta 192080 – Ágio sobre Investimentos (Diferido). Em dezembro, transferiu o saldo desta para a conta de ágio do Ativo Intangível (190040 – Ágio sobre Investimentos). Cumpre observar que a fiscalizada procedeu assim somente em novembro e dezembro de 2008, haja vista que de janeiro a março de 2009, os lançamentos não mais transitaram pelo Ativo Diferido, sendo usada como contrapartida diretamente a citada conta do Ativo Intangível.

46. Analogamente, as provisões de R\$ 96.422,05 registradas na conta 192081 (Diferido) em novembro e dezembro de 2008, foram revertidas tendo por contrapartida a conta 364003 – Reversão Provisão Ágio sobre Incorporação (receita). Em 31/12/2008 a Embralog transferiu da conta de provisão do Diferido (192081) para a do Intangível (190041), tanto o valor de R\$ 5.785.322,85, quanto as parcelas provisionadas em novembro e dezembro. De janeiro a março de 2009, a empresa igualmente não mais usou o Ativo Diferido para o registro das provisões, e repetiu a correspondente reversão da provisão com o intuito da preservação de dividendos futuros, segundo informou na resposta ao Termo de Intimação nº 02 reproduzida no item 5, onde acrescentou que os lançamentos dos 3 primeiros meses de 2009 foram estornados após a constatação da amortização ser indevida.

47. Indagado quanto à mudança de tratamento adotada após março de 2009, o sujeito passivo afirmou (item 13.7 da resposta ao Termo de Intimação nº 06) que “a apropriação do ágio referente ao período de abril a dezembro de 2009 não foi contabilizada em observância ao CPC nº 04, emitido em decorrência da Lei nº 11.638, de 2007”.

48. No Pronunciamento 04, o Comitê assim se manifesta em relação a ágios como o do caso ora apreciado:

“47. O ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente não deve ser reconhecido como ativo.

(...)

49. As diferenças entre o valor de mercado da entidade e o valor contábil de seu patrimônio líquido, a qualquer momento, podem incluir uma série de fatores que afetam o valor da entidade. No entanto, essas diferenças não representam o custo dos ativos intangíveis controlados pela entidade.” (grifos nossos)

49. Sendo assim, diferentemente da interpretação dada pela fiscalizada, o CPC 04 reforça o entendimento de que, se o mesmo tiver por base a expectativa de rentabilidade futura e for gerado internamente, não deve ser reconhecido sequer como ativo.

50. Cabe ressaltar que ao longo do período de novembro de 2008 a dezembro de 2009, a fiscalizada promoveu a exclusão do valor das parcelas mensais de R\$ 96.422,05 de amortização do ágio sobre a incorporação, nos respectivos LALUR, registrando-as como “Provisão p/ Realização de Ágio – Incorp G&K”. Com isto, tornou sem efeito fiscal a receita proveniente da reversão mencionada no item 46. Entretanto, ao não adicionar no LALUR os mesmos R\$ 96.422,05 apropriados como despesa, acabou reduzindo o lucro líquido e, indevidamente, o lucro real e a base de cálculo da CSLL.

51. No que tange ao ágio de R\$ 403.632,05, como explicitado no item 41, sua amortização em parcelas mensais de R\$ 6.727,20, de novembro de 2008 a dezembro de 2009, embora não tenha sido lançada como despesa e, portanto, não tenha influenciado o lucro líquido (resultado) dos exercícios, por ter sido usada como exclusão diretamente no LALUR, igualmente reduziu de forma indevida o lucro real e a base de cálculo da CSLL. A propósito, tais exclusões foram registradas como “Ágio Incorporação G&K”.

DA IRREGULARIDADE APURADA

52. Analisando os lançamentos efetuados na conta 180020 – Ágio s/ Investimentos (ver quadro a seguir), percebe-se claramente que a Embralog seguiu o preconizado pela América Auditores Independentes (item 43), que pautou sua orientação em uma interpretação equivocada das Instruções CVM n.º 319, de 1999, e 349, de 2001:

Data	Cód. Conta	Conta	D/C	Débitos	Créditos	Saldo	D/C	Histórico
03/11/2008	0000180020	Ágio s/investimentos	D	5.785.322,85		5.785.322,85	D	Cisão Parcial G&K Holding
03/11/2008	0000232001	Incorporação	C		5.785.322,85	5.785.322,85	D	Cisão Parcial G&K Holding
03/11/2008	0000180098	(-) Provisão p/ preservação de dividendos futuros	D	5.785.322,85		0,00		Cisão Parcial G&K Holding
03/11/2008	0000180020	Ágio s/investimentos	C		5.785.322,85	0,00		Cisão Parcial G&K Holding

53. O tratamento contábil determinado pela CVM nos casos de ágio interno é de que ele seja totalmente baixado do ativo da incorporadora em respeito à doutrina contábil, a qual rejeita o reconhecimento de um ágio formado internamente. As Instruções CVM n.º 319/1999 e 349/2001 foram editadas antes da alteração das regras contábeis internacionais, e tinham como objetivo justamente impedir que o lucro líquido fosse diminuído por uma “despesa” que não existia (não tinha sido paga) como é o caso do ágio interno, prejudicando, desta maneira, os acionistas minoritários.

54. Vem de encontro a este entendimento o parecer dos professores Eliseu Martins e Jorge Vieira da Costa Junior (“A Incorporação Reversa com ágio gerado internamente: Conseqüências da Elisão Fiscal sobre a Contabilidade”), conforme se depreende da transcrição a seguir:

“2. Contabilização do Ágio: Como fazê-la à luz da Teoria Contábil?”

(...)

Em síntese, o ágio (ou, por vezes, o deságio) surge do confronto entre o valor justo (fair value) de uma dada entidade (valor de saída), precificado por intermédio de uma transação envolvendo terceiros independentes, e o valor contábil (valor de entrada) do patrimônio líquido dessa mesma entidade (considerando, é claro, a participação acionária adquirida).

(...)

Logo, em termos de Teoria da Contabilidade, a rigor, em uma transação admite-se tão-só a figura do ágio, que vem a ser um resultado econômico obtido em um processo de compra e venda de ativos líquidos (net assets), quando estiverem envolvidas partes independentes não relacionadas. Enfim, quando o ágio for resultado de um processo de barganha comercial não viciado, que concorra para a formação de um preço justo dos ativos líquidos em apreço.

(...)

Resta justificado, dessa forma, pelo exposto, que definitivamente, à luz da Teoria da Contabilidade, é inadmissível o surgimento de ágio em uma operação realizada dentro

de um mesmo grupo econômico. Não é permitido contabilmente o reconhecimento de ágio gerado internamente, tampouco o lucro resultante.

(...)” (grifos nossos)

55. Para melhor analisar a situação da Embralog, temos que retroagir a 2006 quando, em 18/09, o Grupo O Boticário iniciou uma reestruturação societária, criando uma empresa-mãe - a G&K Holding, já mencionada neste Termo -, com um capital simbólico de R\$ 1.000,00, na modalidade de sociedade por ações, 80% das quais pertencentes ao acionista Miguel Gellert Kringsner e as demais 20% de propriedade de Artur Noemio Grynbaum. Esta mudança fez parte de um planejamento mais amplo, de forma que, 3 meses depois (18/12/2006), passaram a ser integralmente controladas pela G&K, além da Embralog, também a Botica, a Cálamo e a OBF, todas do mesmo grupo e tendo como principais sócios Miguel e Artur.

56. Antes, porém, de se concretizar a referida reestruturação, foi contratada a empresa de auditoria KPMG Corporate Finance Ltda, que elaborou o laudo de avaliação das companhias que teriam suas ações incorporadas pela holding, chegando aos valores (em reais) a seguir mostrados, extraídos dos referidos Laudos, contidos nos Anexos II, V, VII e IX da Ata de Assembleia Geral Extraordinária de 18/12/2006 da G&K, a este juntados:

COMPANHIA	VALOR DO PL	VALOR DA AVALIAÇÃO	VARIAÇÃO (%)	DIFERENÇA
Botica Comercial Farmacêutica Ltda	138.017.636,44	344.499.000,00	249,61	206.481.363,56
Cálamo Produtos de Beleza S.A.	56.726.062,67	1.068.417.000,00	1.883,47	1.011.690.937,33
Embralog – Empresa Brasileira de Logística Ltda	1.445.607,50	7.693.000,00	532,16	6.247.392,50
O Boticário Franchising S.A.	53.795.131,43	605.537.000,00	1.125,64	551.741.868,57
Total	249.984.438,04	2.026.146.000,00	810,51	1.776.161.561,96

57. A diferença entre os valores do Patrimônio Líquido e da avaliação das companhias, apontadas no quadro acima, foram registradas pela G&K em seu Ativo, na conta 192080 – Ágio sobre Investimentos (Razão em anexo), sem que para isto tivesse feito qualquer pagamento.

58. Convém lembrar que o ágio se origina de uma contraposição de receita para quem vende e de um desembolso (custo) para quem compra. Os pressupostos do ágio são a aquisição de participação societária e o fundamento econômico. No presente caso não estão presentes os pressupostos da figura do ágio, pois em nenhum momento houve custo.

59. Há de se salientar que, se por um lado, a G&K lançou contabilmente em 18/12/2006 a diferença supracitada como ágio (separando por controlada) e passou a amortizá-lo mensalmente, também é verdade que considerou tal amortização corretamente indedutível e efetuou a devida adição no LALUR de 2007 e de 2008, nos montantes respectivos de R\$ 20.094.111,31 (referente ao período de janeiro a dezembro) e R\$ 25.850.240,10 (referente ao período de janeiro a outubro), conforme declarados na linha 11 da Ficha 09A – Demonstração do Lucro Real das DIPJ 2007 e 2008 (Cisão).

60. No que diz respeito à Embralog, de janeiro de 2007 a outubro de 2008 a G&K amortizou R\$ 403.632,05 sem deduzir tal despesa das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, segundo confirmou a fiscalizada (item 15.4), restando um saldo de R\$ 5.785.322,85 dos R\$ 6.247.392,50 lançados inicialmente como “ágio”. Quando da cisão parcial da G&K, em 03/11/2008, este saldo foi simplesmente incorporado à própria Embralog (o mesmo ocorreu com as outras controladas), passando a ser por esta amortizado como despesa, em parcelas mensais de R\$ 96.422,05, que correspondem a 1/60 (um sessenta avos) de R\$ 5.785.322,85.

61. De acordo com o explicado no item 46, nos meses de novembro de 2008 a março de 2009 o sujeito passivo fez a reversão da provisão de R\$ 96.422,05, mas simultaneamente excluiu os respectivos valores no LALUR, alcançando, com isto, uma

redução no lucro real (base do IRPJ) e na base de cálculo da CSLL, nos seguintes montantes:

a) em 2008 – R\$ 192.844,10;

b) em 2009 – R\$ 1.157.064,57.

62. Não bastasse isso, a partir de novembro de 2008, a Embralog começou a excluir diretamente no LALUR, em 60 parcelas de R\$ 6.727,20, também o montante de R\$ 403.632,05 não usado pela G&K para fins fiscais, reduzindo, deste modo, as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL nos totais de:

a) em 2008 – R\$ 13.454,40;

b) em 2009 – R\$ 80.726,41.

63. O ponto relevante a ser destacado é que a G&K funcionou como uma sociedade veículo e que cada uma das quatro investidas acima citadas recebeu de volta da investidora seu próprio patrimônio (na verdade, 99% dele, uma vez que 1% de seus respectivos PL permaneceu na G&K), devidamente acrescido do “ágio” produzido na operação anterior de incorporação de ações.

64. Nenhuma alteração ocorreu, portanto, com relação à efetiva titularidade patrimonial das ações.

ÁGIO - DOCTRINA x LEGISLAÇÃO VIGENTE

65. Ante o exposto, restou caracterizado que o resultado das citadas reestruturações foi inócuo sob qualquer ponto de vista, exceto o tributário, ou seja, o único intuito foi a economia fiscal. O que houve na Embralog foi a contabilização do “ágio de si mesma”.

66. Marco Aurélio Greco, na obra “Planejamento Tributário” (Editora Dialética), cujo “Capítulo XVI – Operações Preocupantes” enumera algumas modalidades de planejamentos tributários com escassas chances de oposição contra o Fisco, dentre as quais a figura do ágio sobre si mesmo. Eis a síntese dos pontos mais relevantes:

“XVI.10. Ágio de si mesmo

Por vezes, quando uma pessoa adquire determinada participação societária o faz com ágio, pois o valor da aquisição é superior ao respectivo valor do patrimônio líquido.

Ocorre que, num momento posterior à aquisição, por vezes sucede de ser feita uma incorporação às avessas que gera uma situação curiosa em relação ao ágio na aquisição da participação societária. Com efeito, o ágio tem por objeto uma participação societária de titularidade da controladora, que representa fração do capital da pessoa jurídica controlada à qual ele se reporta. Na medida em que a controlada incorpora a controladora, desaparece o sujeito jurídico titular da participação societária. Assim, caso preservado, o montante do ágio passaria a estar dentro da incorporadora (antiga controlada), possuindo como origem um elemento que agora integra a própria incorporadora. Seria um ‘ágio de si mesmo’, o que sugere uma preocupação quando se analisa caso concreto que apresente este feito.” (grifo nosso)

67. Devido à grande pertinência que guarda com a situação encontrada por esta fiscalização, vale ressaltar o contido no Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, de 14/02/2007, da Comissão de Valores Mobiliários, verbis:

“20.1.7. “Ágio” gerado em operações internas

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

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

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

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

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

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

68. Importante salientar, ainda, o teor da introdução do aludido Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, verbis:

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

Como podemos verificar, ao emitir tal juízo de valor, a Comissão de Valores Mobiliários contou com o respaldo de todas as entidades representativas da classe contábil.

69. Acrescentamos que a circunstância de o Ofício-Circular ter sido emitido somente no ano de 2007 não significa que os fatos ocorridos antes de sua edição sejam legais ou que possuam substância econômica. O procedimento não passou a ser mais escândalo e/ou antiético do que era antes da edição do Ofício-Circular. A única alteração foi que a CVM, respaldada pelas entidades encarregadas de “pensar” as normas contábeis, proferiu uma condenação pública acerca do abuso que antes já era digno de reprovação.

70. O ágio admitido pela Contabilidade é aquele resultante de uma transação de compra e venda entre partes independentes e não relacionadas. Quando a operação societária da qual resulta o ágio é realizada intragrupo, a Contabilidade não admite o seu reconhecimento; nunca admitiu, nem mesmo após as profundas alterações introduzidas pela Lei nº 11.638/2007, que visou a harmonização das normas contábeis brasileiras com as normas internacionais.

71. Se contabilmente o ágio interno não é aceito, não deve ser aceito também para efeitos tributários, pois se o intangível gerado internamente não é Ativo para a Contabilidade, o lucro líquido, do qual se parte para se chegar ao lucro real, não pode estar reduzido por um encargo que nada mais é do que a alocação, *pro rata temporis*, de um “ativo” inexistente. O lucro real, portanto, não poderia estar reduzido de uma despesa inexistente.

72. Considerando que os sócios/acionistas que assinaram o "Protocolo e Justificação de Cisão Parcial Seguida de Versão do Patrimônio Cindido a Sociedades já Existentes" tanto pela G&K quanto pelas quatro controladas, dentre elas a Embralog, são os mesmos, estabeleceu-se, neste caso, confusão jurídica, ao menos que parcial, prevista nos artigos 381 e 382 do Código Civil (Lei nº 10.406, de 2002), pois que na qualidade de credores e devedores desta relação jurídica, reuniram-se as mesmas pessoas e, o encontro dessa dupla qualidade na mesma pessoa, extingue qualquer obrigação, por confusão. E também por conta dessa confusão, o ágio, que não foi pago em 2006, da mesma forma não foi em 2008, quando da incorporação da parcela cindida da G&K.

73. Despesas, pela legislação tributária, são dispêndios necessários às atividades e à manutenção da empresa. São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa. Estas despesas devem ser usuais ou normais nos tipos de transações operações ou atividades da empresa. Aliás, são exatamente estes os termos que encontramos no art. 299 do RIR/99:

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

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

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

(...)”

74. A despesa com o “ágio” que a Embralog contabilizou de novembro de 2008 a março de 2009, não era necessária e, portanto, não dedutível, sendo indevida e inadmissível a exclusão desses valores na apuração do lucro real (LALUR) realizada pela empresa. O montante que o contribuinte denominou de “ágio” não poderia ter reduzido o valor do IRPJ e CSLL a pagar, já que não houve despesas pagas nem incorridas. Ressalte-se que a expressão “despesas pagas” refere-se a regime de caixa (desembolso imediato) enquanto que a expressão “despesas incorridas” refere-se a regime de competência (desembolso futuro).

75. Com o intuito de corrigirmos a irregularidade tributária encontrada, procedemos às glosas dos valores excluídos do LALUR a título de ágio, abordados nos itens 61 e 62, no montante de R\$ 206.298,50, relativamente a 2008, e R\$ 1.237.790,98, em relação a 2009, uma vez que, tal como amplamente mostrado, a transação de onde adveio o referido “ágio” carece de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, para serem excluídos da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

76. Temos que reconhecer que a legislação permite a amortização do ágio. Contudo, evidentemente, a legislação se refere a ágio constituído com substância econômica, em decorrência de transações efetivas entre partes negociantes autônomas e não relacionadas, o que não foi o caso da Embralog, pois o que houve foi uma reestruturação intragrupo.

77. Nenhuma dúvida, portanto, de que se tratou de estratégia de planejamento tributário, com a agravante de que, na abordagem de Marco Aurélio Greco, existe de fato o ágio, pago por alguém que adquiriu de outrem determinada participação societária, o que não aconteceu na situação da Embralog, onde o ágio foi simplesmente estipulado pelos proprietários do empreendimento, com base em laudo pericial-contábil, não gerando custo ou despesa atinente à atividade operacional da empresa.

MULTA ISOLADA SOBRE A INSUFICIÊNCIA DAS ESTIMATIVAS

78. Em vista das glosas retrocitadas, as bases de cálculo das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL sofreram um acréscimo, de modo que os valores calculados e recolhidos pelo sujeito passivo à época tornaram-se inferiores aos devidos. Como

consequência disto, está sendo cobrada sobre as diferenças a multa isolada prevista no art. 44, inciso I, da Lei n.º 9.430, de 1996, com a redação dada pela Lei n.º 11.488, de 15 de julho de 2007:

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:
(Redação

dada pela Lei n.º 11.488, de 15 de junho de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição

nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração

inexata; (Redação dada pela Lei n.º 11.488, de 15 de junho de 2007)

(...)”

CONCLUSÃO

79. A ação fiscal, ora encerrada, resultou na lavratura de autos de infração do IRPJ, da CSLL e da Multa Isolada para os meses em que ocorreu insuficiência no recolhimento das respectivas estimativas mensais, de acordo com os demonstrativos “Multa Isolada sobre a Insuficiência de Estimativas AC 2008 e 2009”, a este anexados.

80. Da referida ação fiscal foi apurado o Crédito Tributário a seguir descrito.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO APURADO

Imposto de Renda Pessoa Jurídica	R\$	601.307,18
CSLL - Contribuição Social s/Lucro Líquido	R\$	247.539,02
Multa Exigida Isoladamente - IRPJ	R\$	174.354,69
Multa Exigida Isoladamente - CSLL	R\$	63.384,85
Total	R\$	1.086.585,74

81. Os valores correspondentes aos juros de mora sobre os referidos tributos encontram-se atualizados apenas até 31/05/2011.

82. O Auto de Infração foi protocolizado no Processo Administrativo Fiscal n.º 10980.723408/2011-81.

83. Devolvemos nesta data, os livros e documentos apresentados e utilizados na presente fiscalização relativamente aos anos-calendário de 2008 e 2009, no estado em que foram recebidos.

84. E, para constar e surtir seus efeitos legais, lavramos o presente Termo, em 02 (duas) vias de igual teor e forma, assinado pelos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil e pelo representante legal da fiscalizada, que neste ato declara ter recebido uma das vias originais, bem como todos os anexos que o integram.

Cientificada dos Autos de Infração lavrados, a contribuinte apresentou Impugnação (e-Fls. 831 a 892), de forma tempestiva, tendo o processo sido encaminhado para a Delegacia Regional de Julgamento de Curitiba (DRJ/CTA).

Ao receber os autos, o Presidente da 1ª Turma da DRJ/CTA, por meio de um Despacho de Diligência, procedeu com o seguinte encaminhamento:

Trata o presente processo de lançamentos fiscais de IRPJ e CSLL decorrentes da exclusão indevida de despesa com amortização de ágio interno na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL dos anos-calendário de 2008 a 2009.

Verifica-se nos autos que ocorreu uma operação de incorporação às avessas, na qual a atuada, na condição de controlada, absorveu parcela cindida do patrimônio de sua

controladora (G&K Holding S/A), em 03/11/2008, e passou a amortizar o saldo de R\$ 5.785.322,85 do ágio, com fundamento no valor de rentabilidade futura, constituído sobre o seu próprio patrimônio líquido. Esse ágio havia sido constituído pela G&K Holding S/A por ocasião da incorporação das ações da interessada, em 18/12/2006, que passou a ser sua subsidiária integral.

Como essas duas sociedades são controladas pelos acionistas Miguel Geller Krigsner e Artur Noemio Grynbaum, constata-se que as operações que resultaram no reconhecimento de acréscimo de riqueza, em decorrência de transação dos acionistas com eles próprios, não se deram num processo imparcial de valoração, num ambiente de livre mercado e de independência entre as duas companhias. O ágio foi gerado internamente, em operações de combinação de negócios, em transações que não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes.

Logo, considerando que foram criadas condições para possibilitar a amortização indevida de ágio artificial pela interessada, e tendo em vista que o lançamento refere-se a períodos ainda não atingidos pela decadência, cabe o retorno dos autos à DRF/Curitiba, com fundamento no artigo 18, § 3º, do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, para lavratura de autos de infração complementares para qualificação da multa de ofício e atribuição de responsabilidade tributária solidária aos sócios da interessada, com reabertura de prazo para impugnação no concernente à matéria modificada.

O processo retornou então para a unidade de fiscalização, que abriu novo mandado de procedimento fiscal, e lavrou Auto de Infração Complementar (e-Fls. 1.306 e ss) com a exação da multa de ofício qualificada, bem como expediu os termos de sujeição passiva solidária do Sr. Miguel Gellert Krigsner (e-Fls. 1.668 e ss) e do Sr. Artur Noemio Grynbaum (e-Fls. 1671 e ss). Foi expedida também Representação Fiscal para Fins Penais.

Para motivar a qualificação da multa a autoridade fiscal constou no Termo de Verificação Fiscal (e-Fls. 1.314 e ss) que os fatos ocorridos na presente autuação *“expõe o lado oculto do planejamento abusivo minuciosamente arquitetado para dar uma aparência legal a todos os atos praticados, desviando da incidência tributária um grande volume de recursos, os quais, em sua quase totalidade, sequer permaneceram na empresa mas foram, sim, diretamente para o patrimônio pessoal dos administradores/acionistas supracitados”*. E complementa, que *“A situação com que ora nos deparamos se enquadra perfeitamente no conceito legal de fraude”*.

A responsabilidade tributária dos sócios Sr. Miguel Gellert Krigsner e Sr. Artur Noemio Grynbaum foi atribuída com base nos arts. 124, I, e 135, III, do CTN.

Após a complementação do procedimento fiscal, foram apresentadas impugnações pela contribuinte EMBRALOG (e-Fls. 1.678 e ss), Sr. Artur Noemio Grynbaum (e-Fls. 2.022 e ss), e pelo Sr. Miguel Gellert Krigsner (e-Fls. 2.367 e ss).

Contudo, como mencionado no início do relatório, a DRJ julgou totalmente improcedente as Impugnações, nos seguintes termos:

Conclusão

150. Isto posto, voto no sentido de:

- a) não acatar a preliminar de nulidade;
- b) julgar procedente o lançamento de Imposto de Renda Pessoa Jurídica IRPJ, mantendo a exigência correspondente;
- c) julgar procedente o lançamento de Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido CSLL, mantendo a exigência correspondente;
- d) manter a responsabilidade tributária solidária de Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grynbaum.

A seguir a ementa da decisão de 1ª instância:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2008, 2009

NULIDADE.

Além de não se enquadrar nas causas enumeradas no artigo 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, e não se tratar de caso de inobservância dos pressupostos legais para lavratura do auto de infração, é incabível falar em nulidade do lançamento quando não houve transgressão alguma ao devido processo legal.

NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO COMPLEMENTAR.

Legítima a lavratura de auto de infração complementar quando, em exames posteriores, no curso do processo, forem verificadas incorreções, omissões ou inexatidões de que resultem agravamento da exigência inicial, devolvendo-se, ao sujeito passivo, prazo para impugnação no concernente à matéria modificada, nos termos dos art. 18, § 3º, e 60 do Decreto nº 70.235, de 1972.

NULIDADE. ERRO DE DIREITO. FENÔMENO DISTINTO DA MUDANÇA DE CRITÉRIO JURÍDICO. POSSIBILIDADE DE REVISÃO DE LANÇAMENTO.

O critério jurídico na feitura do lançamento engloba tanto a valorização jurídica dos fatos, mediante a apreciação das provas, como a aplicação da norma jurídica abstrata aos fatos jurídicos, mas a regra do art. 146 pouco tem a ver com erro de fato ou erro de direito, mas com a proteção do ato jurídico perfeito, tanto é que apenas veda o exercício do lançamento em relação a fatos geradores ocorridos anteriormente à modificação do critério jurídico; assim, é possível a revisão do lançamento em face de erro de direito, porquanto se trata de fenômeno distinto da mudança de critério jurídico: o erro de direito ocorre quando não seja aplicada a lei ou quando a má aplicação desta seja notória e indiscutível, enquanto a mudança de critério jurídico ocorre, basicamente, com a substituição, pelo órgão de aplicação do direito, de uma interpretação por outra, sem que se possa dizer que qualquer delas seja incorreta.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO. FUNDAMENTO ECONÔMICO EM EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. TRANSAÇÃO DOS SÓCIOS COM ELES MESMOS. AUSÊNCIA DE SUBSTÂNCIA ECONÔMICA.

É descabida a amortização de ágio interno, com fundamento econômico em expectativa de rentabilidade futura da empresa investida, pois não é possível reconhecer uma mais-valia de um investimento quando originado de transação dos sócios com eles mesmos, haja vista a ausência de substância econômica na operação e de não resultar de um processo imparcial de valoração, num ambiente de livre mercado e de independência entre as duas companhias.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. RECUPERAÇÃO DO VALOR PAGO ANTECIPADAMENTE POR CONTA DA EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA.

É condição indispensável para apuração do ágio que haja sempre um preço ou custo de aquisição, ou seja, um dispêndio para se obter algo de terceiros; o ágio pago por expectativa de rentabilidade futura deve ser amortizado dentro do período pelo qual se pagou por tais lucros futuros, observado o prazo mínimo de 60 meses, pois as receitas equivalentes aos lucros da investida não representam um lucro efetivo, já que a investidora por eles pagou antecipadamente, devendo baixar o ágio contra esses valores.

ADIÇÃO AO LALUR. DESPESA COM CONSTITUIÇÃO DE PROVISÃO NÃO EXPRESSAMENTE AUTORIZADA. EXCLUSÃO POR OCASIÃO DA REVERSÃO NO PERÍODO EM QUE A DESPESA PROVISIONADA FOR EFETIVAMENTE PAGA OU INCORRIDA. DESPESA NECESSÁRIA, USUAL E NORMAL.

A despesa com constituição de provisão não expressamente autorizada deve ser adicionada ao LALUR para ser excluída por ocasião da reversão da provisão no período em que a despesa provisionada for efetivamente paga e/ou incorrida, porquanto tal despesa seria nesse momento dedutível, desde que atendido o requisito da necessidade para realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa, além de ser usual e normal no tipo de transação, operação ou atividades desenvolvidas pela empresa.

TRIBUTAÇÃO DA REVERSÃO DA PROVISÃO INSTRUÇÃO CVM 319-349. INOCORRÊNCIA DE TRIBUTAÇÃO EM DUPLICIDADE.

A tributação do valor correspondente à reversão de Provisão Instrução CVM 319349 provisão não expressamente autorizada que foi constituída e adicionada ao LALUR pela ex-controladora e acabou sendo transferida para a interessada em operação de incorporação reversa não acarreta tributação em duplicidade, porquanto relativo à reversão de despesa inexistente decorrente da amortização indevida de ágio interno constituído sem qualquer substância econômica, efetivo pagamento e indispensável independência entre as partes envolvidas.

PROVISÃO INSTRUÇÃO CVM 319-349.

Nos termos da Instrução CVM nº 319, de 1999, com as alterações da Instrução CVM nº 349, de 2001, nas incorporações reversas o ágio com fundamento em perspectiva de rentabilidade futura deve ser reconhecido nas demonstrações contábeis da incorporadora pelo montante do benefício fiscal esperado (parcela com substância econômica); esse reconhecimento se opera mediante constituição da Provisão Instrução CVM 319-349, no valor do ágio não recuperável (diferença entre o valor do ágio apurado e o benefício fiscal decorrente da sua amortização), que deve ser apresentada como redutora da conta na qual o ágio foi escriturado; como o valor do ágio constituído pela ex-controladora (empresa veículo) foi integralmente anulado pela Provisão Instrução CVM 319-349, verifica-se que parcela alguma do ágio tinha substância econômica e, em consequência, valor algum poderia ser recuperado.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM COM A SITUAÇÃO QUE CONSTITUI O FATO GERADOR.

Os sócios controladores devem compor o rol dos responsáveis solidários pelo crédito tributário em face de terem participado diretamente de todas as operações que possibilitaram à interessada amortizar o ágio gerado artificialmente sobre o seu próprio patrimônio líquido, além de terem sido diretamente beneficiados, mediante distribuição de lucros e dividendos, com os ganhos indevidos de natureza tributária decorrentes da amortização desse ágio interno.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2008, 2009

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.

Aplicável a multa qualificada de 150% quando caracterizado o intuito de fraude para possibilitar à contribuinte a amortização de ágio gerado artificialmente sobre o seu próprio patrimônio líquido, pois ela estava perfeitamente consciente da falta de propósito negocial do ágio gerado em operações realizadas intragupo, em transações que não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes.

MULTA DE OFÍCIO ISOLADA. FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO MENSAL DEVIDO POR ESTIMATIVA.

A falta ou insuficiência de recolhimento do imposto mensal devido por estimativa, por pessoa jurídica que optou pela tributação com base no lucro real anual, enseja a aplicação da multa de ofício isolada de 50%.

MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO INCIDENTE SOBRE O TRIBUTO APURADO COM BASE NO LUCRO REAL ANUAL. COMPATIBILIDADE.

Tratando-se de infrações distintas, é perfeitamente possível a exigência concomitante da multa de ofício isolada sobre estimativa obrigatória não recolhida ou recolhida a menor com a multa de ofício incidente sobre o tributo apurado, ao final do ano-calendário, com base no lucro real anual.

DECORRÊNCIA. CSLL.

Tratando-se de tributação reflexa de irregularidade descrita e analisada no lançamento de IRPJ, constante do mesmo processo, e dada à relação de causa e efeito, aplica-se o mesmo entendimento à CSLL.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificados do acórdão da DRJ, o contribuinte e os responsáveis solidários apresentaram recursos voluntários (e-Fls. 2.791/2.907; e-Fls. 2.908/3.018; e e-Fls. 3.019/3.129), cujos argumentos serão enfrentados a seguir no voto.

Após a apresentação dos recursos, a contribuinte requereu nos autos a juntada de um Parecer Técnico Contábil (e-Fls. 3.132 e ss) emitido pelo Prof. Eliseu Martins.

É o relatório.

Voto

Conselheiro André Severo Chaves, Relator.

Ao compulsar os autos, verifico que os presentes recursos são tempestivos, e atende, aos requisitos de admissibilidade do Processo Administrativo Fiscal, previstos no Decreto nº 70.235/72. Razão, pela qual, dele conheço.

PRELIMINARES DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO COMPLEMENTAR

Inicia-se o exame dos recursos pelo tópico que se verifica tanto no recurso voluntário da contribuinte, como dos responsáveis solidários, que é a preliminar de nulidade do auto de infração complementar.

Aduzem os recorrentes que o procedimento fiscal complementar, que exigiu a qualificação de ofício da multa, bem como atribuiu a responsabilidade solidária aos sócios, é nulo, ao argumento de:

a) inobservância do devido processo legal por violação ao art. 18, § 3º, do Decreto nº 70.235, de 1972, Portaria SRF nº 454, de 2004, e Portaria MF nº 341, de 2011, pois o processo não foi distribuído a um julgador/relator e, mediante resolução, baixado em diligência;

b) que a não observância da forma implicou em outro vício do ato administrativo, o de competência, pois a realização de diligência e exames posteriores só podem ser requeridas pelo julgador/relator da DRJ e não pelo presidente da turma;

c) ausência de motivação em face da falta de comprovação dos motivos pelos quais se justificaria a qualificação da multa e a sujeição passiva solidária dos acionistas, com demonstração da presença das patologias que supostamente autorizariam o agravamento da exigência;

d) violação ao art. 146 do CTN, por modificação dos critérios jurídicos do lançamento em relação aos fatos geradores ocorridos no mesmo período, pois não houve qualquer fato novo apurado em exames ou diligências realizadas no curso do processo que justificasse qualquer alteração em relação aos fatos já conhecidos quando da lavratura dos autos de infração anteriores.

Inicialmente, quanto ao argumento da recorrente de que houve vício no processo administrativo, vez que não foi distribuído a um relator da DRJ, e que o Presidente da Turma não poderia de ofício determinar a complementação do Auto de Infração, penso que não assiste razão.

Isso porque, como se vê nos autos, o próprio Presidente da Turma, é o relator do processo, possuindo poderes para determinar de ofício a remessa dos autos à autoridade administrativa, nos termos do *caput* do art. 18.

Além disso, entendo que o termo “*exames posteriores*” do art. 18, §3º, do Decreto n.º 70.235/72, estaria englobado na competência da autoridade julgadora de primeira instância para determinar a complementação do lançamento por Despacho, prescindindo de resolução em decisão colegiada.

Superada a questão procedimental, entendo, por outro lado, entendo que a presente situação de lançamento complementar não se enquadra nas hipóteses de “*incorrecções, omissões ou inexatidões de que resultem agravamento da exigência inicial*”, previstas no art. 18, §3º, do Decreto n.º 70.235/72.

Isso porque, a complementação do auto para qualificação da multa de ofício e atribuição de responsabilidade solidária não se enquadra em mera *incorrecção, omissão ou inexatidão*, mas sim alteração do critério jurídico do lançamento.

Penso que ao deixar de qualificar a multa não significa que a autoridade fiscal foi omissa, ou que cometeu algum erro, mas sim que não vislumbrou para aquela situação circunstância qualificadora.

Até mesmo porque, tanto a qualificação da multa de ofício como a atribuição de responsabilidade solidária são situações que, em que pese a legislação prever as circunstâncias, depende da ótica subjetiva de quem analisa. Tanto é que existem inúmeras discussões e divergências no âmbito desse conselho quanto à manutenção ou não da multa qualificada e da responsabilidade solidária.

O que se dá a entender do Despacho proferido pelo julgador de 1ª instância é que o mesmo “ordena” a autoridade fiscal a vislumbrar a situação sob a sua ótica (que como mencionado é subjetiva), de que houve uma operação artificial passível de qualificação da multa de ofício e de responsabilização solidária.

Ao meu sentir, tal situação não se enquadra em qualquer correção do lançamento inicial, mas sim de modificação do critério jurídico do lançamento, haja vista que imputa uma nova interpretação dos fatos jurídicos já analisados.

No momento em que o Fisco determina qual o critério jurídico a ser utilizado no lançamento, e o contribuinte impugna a exigência, instaura-se o processo administrativo fiscal e,

a partir daí, o critério jurídico não pode ser modificado em relação aos mesmos fatos geradores, conforme determina o art. 146, CTN, *in verbis*:

Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

Extrai-se do referido dispositivo que este visa preservar o direito dos contribuinte, impedindo que a autoridade administrativa aplique novos critérios jurídicos aos lançamentos já efetuados.

Portanto, entendo no presente caso que a atribuição da multa qualificada e da responsabilidade solidária aos sócios decorreu de uma modificação do critério jurídico do lançamento inicial, razão pela qual acarretaria a nulidade do Auto de Infração Complementar (e-Fls. 1.306 e ss) e dos termos de sujeição passiva solidária do Sr. Miguel Gellert Krisgner (e-Fls. 1.668 e ss) e do Sr. Artur Noemio Grynbaum (e-Fls. 1671 e ss).

Desse modo, entendo por reconhecer a nulidade do auto de infração complementar, por absoluto vício material na sua constituição, razão pela qual acolho o afastamento da multa qualificada e da responsabilidade solidária aos sócios.

DA ANÁLISE DO MÉRITO

• **Dedutibilidade do Ágio**

Ao analisar o Recurso Voluntário interposto pela contribuinte, verifica-se que a recorrente traz uma extensa peça recursal com inúmeros tópicos de mérito que visam, no todo, defender a improcedência das glosas das amortizações de ágio.

A seguir, o sumários dos tópicos apresentados pela recorrente que se referem a essa matéria:

1 – DAS RAZÕES EMPRESARIAIS QUE ENSEJARAM A APURAÇÃO DO ÁGIO E SUA AMORTIZAÇÃO PELA RECORRENTE: Neste tópico a Recorrente comprova que a apuração e amortização do ágio foi motivada por uma ampla reestruturação societária do grupo Boticário com propósitos comerciais legítimos e verdadeiros, com suficiente motivação extratributária. (pág. 7).

2 – DAS ALEGAÇÕES DAS AUTORIDADES FISCAIS PARA GLOSAREM OS ENCARGOS DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO APURADO NA OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES EM 2006, NAS BASES DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSL: Síntese das razões contidas no Termo de Verificação Fiscal (pág.20)

(...)

7 – DA IMPOSSIBILIDADE DE TRIBUTAÇÃO DA RECEITA DA REVERSÃO DA PROVISÃO CONSTITUÍDA COM BASE NAS INSTRUÇÕES 319 E 349 DA CVM: Neste tópico a Recorrente demonstrará que a autoridade fiscal acabou tributando não a amortização do ágio em si, mas a reversão da provisão constituída com base nas Instruções da CVM, o que não pode ser admitido já que tal provisão já havia sido oferecida à tributação quando de sua constituição (pág 47).

8 – DA QUESTÃO PREJUDICIAL AO MÉRITO OBJETO DO ACÓRDÃO RECORRIDO, QUE APRESENTOU MERA REPRODUÇÃO DAS RAZÕES CONTIDAS NO TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL: Neste tópico a Recorrente

demonstra que a figura do “ágio interno” é incompatível com a essência empresarial e econômica da reorganização societária ocorrida e que a operação de incorporação de ações não pode ser considerada isoladamente, mas sim como uma das etapas de um legítimo movimento de reestruturação muito mais abrangente, envolvendo terceiros independentes em uma única transação (pág. 60)

9 – DO DIREITO QUE AMPARA A AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO PELA RECORRENTE, INDEPENDENTEMENTE DA CARACTERIZAÇÃO QUE POSSA LHE SER ATRIBUÍDA PELA CIÊNCIA CONTÁBIL: “ÁGIO INTERNO”. Neste tópico a Recorrente demonstra a total distinção entre os objetivos e campos de atuação da Ciência Contábil e do Direito Tributário para o tratamento do ágio, independentemente de sua caracterização, evidenciando que as normas tributárias amparam a conduta da Recorrente. (pág. 65)

10 - DAS EQUIVOCADAS CONSIDERAÇÕES FEITAS PELO ACÓRDÃO RECORRIDO QUANTO ÀS DIVERSAS FORMAS DE AQUISIÇÃO DE BENS REGULADAS PELO DIREITO: Neste tópico a Recorrente demonstra que na incorporação de ações ocorre a efetiva aquisição das ações incorporadas pela incorporadora, sem que seja necessário um “pagamento” no sentido de desembolso de recursos, devendo o custo de aquisição ser desdobrado em ágio ou deságio (pág. 77)

11 – ISONOMIA COM TRATAMENTO FISCAL DO DESÁGIO: E SE FOSSE APURADO UM DESÁGIO NA OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES, ESTE SERIA ISENTADO DE TRIBUTAÇÃO POR SER CONSIDERADO UM “DESÁGIO INTERNO”? Neste tópico é demonstrado que a própria Receita Federal do Brasil entende ser tributável o “deságio interno”, não podendo deixar de admitir a dedução do “ágio interno” (pág. 88).

12 – DO LANÇAMENTO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À LEI: VIOLAÇÃO AO ARTS. 142 DO CTN E 8º, “B” DA LEI Nº 9.532/97: Neste tópico a Recorrente demonstra que a suposta figura do “ágio de si mesmo” é amparada pelo Direito Tributário (art. 8º, “b” da Lei nº 9.532/97) (pág. 90)

13 – DA INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA A ADIÇÃO, NA BASE DE CÁLCULO DA CSL, DA AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO CONSIDERADA INDEDUTÍVEL PELA FISCALIZAÇÃO. Não há previsão legal determinando a adição da despesa correspondente à amortização do ágio na base de cálculo da CSL (pág. 93).

(...)

Pois bem.

As discussões acerca da dedutibilidade dos ágios amortizados pela recorrente não é nova neste Conselho. Isso porque, diversos casos que tratam da mesma operação já foram julgados no que se refere aos outros braços, cada um com suas peculiaridades, e com encaminhamentos distintos. Veja-se:

Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza S/A - P.A. 10980.725496/2011-56

➤ **Câmara Baixa – Acórdão nº 1301-001.744:**

- Dedutibilidade do Ágio (G&k): por voto de qualidade, negar provimento
- Multa Qualificada: por voto de qualidade, negar provimento
- Responsabilidade Solidária: por voto de qualidade, negar provimento

➤ **Câmara Baixa – Acórdão nº 1301-001.905 (Embargos de Declaração):**

- Adição da Amortização do Ágio na BC da CSLL: por maioria, negar provimento
- Concomitância Multa Isolada: por maioria, negar provimento

➤ **Câmara Superior – Acórdão n.º 9101-003.446:**

- Nulidade do Auto de Infração Complementar: por unanimidade de votos, acolher a nulidade por alteração do critério jurídico.
- Dedutibilidade do Ágio (G&k): por maioria, negar provimento.
- Tributação das receitas de provisão (2007, 2008 e 2009): por voto de qualidade, negar provimento.
- Concomitância Multa Isolada: por maioria, negar provimento

Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza S/A - P.A. 10903.720018/2015-04

➤ **Câmara Baixa – Acórdão n.º 1301-002.918:**

- Dedutibilidade do Ágio (G&k): por maioria, negar provimento
- Multa Qualificada: por maioria, dar provimento
- Responsabilidade Solidária: por maioria, dar provimento
- Concomitância Multa Isolada: por maioria, dar provimento

Botica Comercial Farmacêutica Ltda - P.A. 10980.713835/2014-11

➤ **Câmara Baixa – Acórdão n.º 1302-002.631:**

- Dedutibilidade do Ágio (G&k): por maioria, negar provimento
- Multa Qualificada: por maioria, negar provimento
- Responsabilidade Solidária: por maioria, negar provimento

➤ **Câmara Superior – Acórdão n.º 9101-005.973:**

- Multa Qualificada: por aplicação do art. 19-E, dar provimento
- Responsabilidade Solidária: por voto de qualidade, negar provimento

Botica Comercial Farmacêutica Ltda - P.A. 10903.720017/2015-15

➤ **Câmara Baixa – Acórdão n.º 1302-002.632:**

- Dedutibilidade do Ágio (G&k): por maioria, negar provimento
- Multa Qualificada: por maioria, negar provimento
- Responsabilidade Solidária: por maioria, negar provimento
- Concomitância Multa Isolada: por maioria, negar provimento

➤ **Câmara Superior – Acórdão n.º 9101-006.341:**

- Multa Qualificada: por aplicação do art. 19-E, dar provimento
- Concomitância Multa Isolada: 19-E, dar provimento
- Responsabilidade Solidária: por voto de qualidade, negar provimento

Boticário Franchising S/A - P.A. 10980.726765/2011-00➤ **Câmara Baixa – Acórdão nº 1302-002.630:**

- Dedutibilidade do Ágio:

“(…) por unanimidade, em acolher a prejudicial de mérito relativa à glosa das exclusões realizadas pelo contribuinte a título reversão de provisões, nos termos do relatório e voto do relator; nos termos do relatório e voto do relator; e, ainda, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário quanto as parcelas de despesas com amortização do ágio não aproveitado pela G&K, glosadas como "exclusão indevida do lucro real" (...)

Boticário Franchising S/A - P.A. 10980.726765/2011-00➤ **Câmara Baixa – Acórdão nº 1301-004.168:**

- Dedutibilidade do Ágio (G&k): por maioria, negar provimento
- Multa Qualificada: por maioria, dar provimento
- Responsabilidade Solidária: por maioria, dar provimento
- Concomitância Multa Isolada: por maioria, negar provimento

Feito este panorama geral, passa-se ao exame do caso em análise.

Antes, porém, destaca-se que a Recorrente, além do argumentos principais de mérito, contesta em sede recursal a impossibilidade de tributação da receita de provisão com base nas melhores práticas incentivadas pelas Instruções nºs 319 e 349 da CVM, uma vez que já teria sido adicionada quando de sua constituição na G&K em 18/12/06 e, portanto, não poderia ser mais tributada na Recorrente. Contudo, por acolher os argumentos centrais de mérito, tenho por superar estas alegações, para passar à análise do objeto central da autuação.

Como visto até agora, trata-se o presente caso de questão relacionada com a glosa de amortização de ágio em operação realizada intragrupo. Este é um dos temas mais controversos no âmbito da doutrina e da jurisprudência deste Conselho.

No caso, a autoridade administrativa designada para cumprimento do procedimento fiscal, de posse da escrituração contábil e fiscal, bem como das informações e documentos apresentados pelo contribuinte, analisaram os fatos e concluíram que:

“A despesa com o “ágio” que a Embralog contabilizou de novembro de 2008 a março de 2009, não era necessária e, portanto, não dedutível, sendo indevida e inadmissível a exclusão desses valores na apuração do lucro real (LALUR) realizada pela empresa. O montante que o contribuinte denominou de “ágio” não poderia ter reduzido o valor do IRPJ e CSLL a pagar, já que não houve despesas pagas nem incorridas.”

Os fundamentos utilizados pela autoridade fiscal para a glosa foram: (i) o ágio, sob a ótica da legislação tributária, somente será dedutível na apuração do lucro real se originado de uma contraposição de receitas para quem vende e de um desembolso (custo) para quem compra; (ii) os pressupostos do ágio são a aquisição de participação societária e o fundamento econômico; (iii) a G&K, embora ainda ativa, funcionou como uma espécie de empresa veículo, e a Embralog recebeu de volta da investidora seu próprio patrimônio devidamente acrescido do “ágio” - ágio em si mesma; (iv) o resultado das reestruturações foi inócuo sob qualquer ponto de vista, exceto o tributário; (v) a Contabilidade nunca admitiu, nem mesmo antes da Lei nº

11.638/2007, o reconhecimento do ágio gerado intragrupo; (vi) se contabilmente o ágio interno não é aceito, também não deve ser aceito para fins tributário.

Como visto do relatório, a autoridade fiscal, em síntese, apoia o auto de infração em duas premissas, quais sejam: (i) a de que o ágio gerado dentro de um mesmo grupo não pode ser registrado contabilmente e, por consequência é indedutível para fins tributários, e (ii) a de que se trata de planejamento tributário inoponível ao fisco, por se constituir em reestruturação societária sem outro propósito que não seja a redução da carga tributária, com apoio na doutrina de Marco Aurélio Greco.

Pois bem.

Na análise das situações do chamando “ágio interno” penso que as alegações de ausência de pagamento em dinheiro e de inadmissão, pela ciência contábil, do reconhecimento de ágio gerado em operação envolvendo empresas de um mesmo grupo econômico não são suficientes para embasar a recusa das respectivas amortizações.

Isso porque, o ágio é conceituado na lei como a diferença entre o custo de aquisição e o valor do investimento segundo a equivalência patrimonial. Assim, aquisição é meio legal de transmissão de propriedade, e a lei não define a que título se faça, nem qual a modalidade de contraprestação.

A tese de que, à luz da ciência contábil, é vedado o registro de ágio gerado em operações envolvendo empresas do mesmo grupo, utilizada pela fiscalização a partir da publicação de artigo produzido pelos professores Eliseu Martins e Jorge Viera da Costa, também não tem sustentação, como esclarecido pelo próprio Professor Eliseu em parecer complementar no qual afirma que: i) somente a partir do CPC 18 – 2010 é que surgiu a vedação do registro de ágio decorrente de operações envolvendo um mesmo grupo econômico; ii) tal vedação, porém, teve curta duração, pois em 2012 o CPC voltou atrás e passou a permitir o reconhecimento; iii) também voltaram atrás a CVM e o CFC, que aprovaram a mudança; iv) passou-se a permitir o reconhecimento do resultado em todas as transações entre partes relacionadas, com a exceção de quando a controladora é que transfere os ativos para qualquer controlada.

Destaca-se, de antemão, que nem todo ágio interno deverá ser dedutível para fins de apuração de IRPJ e CSLL, assim como tampouco é possível afirmar que qualquer ágio interno possui caráter fraudulento ou simulatório, de modo que se torna fundamental a análise do contexto fático de geração do ágio para que se possa determinar quais serão as respectivas consequências tributárias.

No caso em exame, como aduzido pela recorrente, o grupo Boticário era composto das empresas Botica Comercial e Farmacêutica (Botica), O Boticário Franchising (OBF), Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza (Cálamo) e Empresa Brasileira de Logística (Embralog). Todas essas empresas sempre foram controladas, direta ou indiretamente, pelas pessoas físicas Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grynbaun. Paralelamente, as pessoas físicas detentoras do capital dessas empresas possuíam, em 2005, investimentos nas atividades de shopping center e centro de convenções, que se mostraram deficitárias, motivando sua extinção em 2006 (o que foi feito mediante incorporação pela Cálamo).

Em 2006, segundo relatou a Recorrente, decidiu-se buscar novo investidor que proporcionasse ingresso de recursos financeiros, estabelecendo-se negociações entre o grupo e bancos de investimento e entidades semelhantes, para que prospectassem e identificassem investidores institucionais interessados em participar do grupo. Para isso foi promovida uma reorganização societária buscando, entre outros objetivos relatados pela Recorrente (estabelecer

parâmetros de governança corporativa adequada ao funcionamento de um conselho de administração profissional, adaptar-se à possibilidade de, no futuro, optar pela abertura do capital), implementar uma estrutura mais apta a receber novo acionista, com ingresso de recursos financeiros.

A viabilização do ingresso de novo acionista no grupo como um todo seria materializada pela criação de uma holding pura de participações societárias, que concentraria em seu patrimônio as participações nas empresas operacionais do grupo, e que seria receptora do investimento do provável novo acionista estratégico. Para tanto, em agosto de 2006 se iniciaram os movimentos societários para atingir o fim visado. Retirou-se, inicialmente, da O Boticário Franchising as participações societárias nas demais empresas operacionais, transferindo-as às pessoas físicas dos acionistas, mediante redução de capital da OBF.

Com isso, a conformação societária do grupo ficou representada por quatro empresas exclusivamente operacionais, cujo capital pertencia às pessoas físicas, na proporção de 80% e 20% para cada uma.

Em setembro de 2006 foi criada uma holding pura, denominada G&K Holding S/A. (destinada a receber as participações societárias das empresas operacionais).

O investidor identificado pelo banco de investimento e aceito pelos acionistas do grupo foi a GP Administração de Recursos S.A. que, para subscrever as ações da G&K, constituiu o IGP – Fundo de Investimento em Participações (IGP).

Em dezembro de 2006 completou-se a reorganização societária em duas etapas ocorridas na mesma data: (i) incorporação das ações das quatro empresas operacionais à G&K, de modo a torna-las subsidiárias integrais, e (ii) aumento de capital subscrito pelo novo investidor.

Na primeira etapa acima mencionada, as ações incorporadas foram avaliadas pela empresa especializada KPMG Corporate Finance Ltda. segundo a expectativa de resultados futuros (fluxo de caixa descontado), e seu registro na G&K ficou desdobrado em valor patrimonial e ágio (ágio esse em que se funda parte da exigência).

Na segunda etapa (no mesmo dia), ocorreu a emissão de 4.613.618 novas ações ordinárias nominativas, com valor nominal de R\$1,00 cada, integralizadas em moeda corrente pelo acionista IGP Fundo de Investimento em Participações, com preço de emissão fixado em R\$ 50.000.000,00, dos quais R\$ 4.613.618,00 destinados ao capital social e R\$ 45.386.382,00 à constituição de reserva de ágio.

Em outubro de 2008 as quotas do fundo IGP foram transferidas para a Votorantim Asset Management DTVM Ltda., passando o fundo a ser denominado Votorantim G&K Fundo de Investimento em Participações.

Decorridos quase dois anos da incorporação das ações das empresas operacionais à G&K, em novembro de 2008 os acionistas da Holding decidiram promover a cisão seletiva da mesma, com versão do patrimônio cindido às sociedades operacionais existentes. Com isso, o ágio com base na expectativa de resultados futuros registrado na G&K foi registrado nas operacionais que receberam o acervo líquido cindido em conta de ativo, sujeito a amortizações.

O ágio registrado na G&K pela incorporação de ações da Embralog, ocorrido em dezembro de 2006, foi de R\$ 6.247.392,50, constituído sobre o patrimônio líquido da Embralog, correspondente à diferença entre o valor de mercado (R\$ 7.693.000,00 = 10.000 ações x R\$ 769,30) e o PL da Embralog (R\$ 1.445.607,50), e foi amortizado contabilmente pela G&K pelos

períodos de janeiro de 2007 a outubro de 2008. Essas amortizações não tiveram efeitos tributários, tendo a G&K promovido a correspondente adição no LALUR.

Em novembro de 2008 a G&K promoveu cisão parcial seletiva, transferindo para a Embralog parte do seu Patrimônio Líquido, representado por 99% do seu investimento.

Do ágio de R\$ 6.247.392,50 constituído sobre o patrimônio da Embralog em 18/12/2006 pela G&K Holding S/A foi cindida a parcela de R\$ 5.785.322,85, sendo, segundo informou a interessada, a diferença de R\$ 462.069,65 relativa a:

. amortiz. efetuadas pela G&K em 2007 e 2008 ... R\$	403.632,05
. ágio mantido na G&K pela partic.de 1% R\$	58.437,60
Total R\$	462.069,65

A partir de novembro de 2008 a Embralog reduziu a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, mediante exclusão no LALUR, parcelas mensais correspondentes a 1/60 do ágio R\$ 96.422,05 transferido da G&K na cisão, e a 1/60 do montante de R\$ 6.727,20, amortizado na G&K e por ela não deduzido.

Do exame do caso, entende-se que os procedimentos adotados estão rigorosamente de acordo com o previsto em lei. Assim, a recusa dos efeitos fiscais do ágio só é possível se identificada a situação de artificialismo, simulação relativa, que os invalide.

O propósito da reestruturação consistente em criar uma holding pura, para nela concentrar as ações das empresas operacionais, é plenamente justificado pela procura de um novo acionista, interessado em investir no grupo como um todo, e que trouxesse recursos financeiros para o grupo.

A credibilidade do propósito é confirmada pelo que realmente aconteceu: ingresso de acionista sem nenhuma relação com o grupo, que aportou recursos financeiros equivalentes a 42,85% do total das disponibilidades financeiras de todo o grupo, no montante de R\$ 50.000.000,00.

Quanto à questão da valoração das ações para fins de incorporação, ainda que se desconsiderasse a idoneidade da empresa que elaborou o laudo de avaliação, a suspeita quanto ao valor, baseada no fato de não haver independência entre as partes envolvidas, fica fragilizada com o ingresso, na mesma data, de acionista totalmente independente, e que aceitou o valor das avaliações.

De fato, o novo investidor (IGP), que nenhuma relação tinha com o grupo, recebeu um percentual de participação societária na G&K estabelecida pela proporção entre o valor aportado (R\$ 50.000.000,00) e o valor econômico-financeiro das empresas operacionais apurado nos laudos de avaliação, conforme demonstrado a seguir:

Empresa	OBF	Embralog	Botica	Cálamo	Total
(a) Valor econômico-financeiro conforme laudo de avaliação, expresso em 1000 R\$	605.537	7.694	344.499	1.068.417	2.026.147
(b) Valor do aporte de capital por IGP					50.000
(a) + (b) = (c)					2.076.147
Percentual de participação do IGP (b) x 100 / (c) = 5.000.000/ 2.076.147					2,41%

Assim, é insuficiente invocar a ausência de independência entre as partes para sustentar a afirmativa de falta de substância econômica do ágio, pois não há nenhuma explicação lógica para um acionista totalmente independente adquirir participação no grupo pagando por ela importância correspondente à referida avaliação (que produziu o ágio).

A acusação de planejamento inoponível, por não ter outro escopo senão a redução de tributos, evidentemente foi influenciada pelo fato de a incorporação das ações ter se desfeito, mediante cisão seletiva, com devolução do acervo às empresas operacionais. Estaria na base da acusação uma suspeita de simulação relativa (a verdadeira intenção não seria incorporar as ações das empresas operacionais à G&K, e a operação, que teria funcionado apenas para fazer aparecer o ágio, seria desfeita mais tarde, pela cisão seletiva).

Essa hipótese, não de todo impossível, fica fragilizada, primeiro, pela distância temporal entre a incorporação e a cisão (dois anos), período em que o ato jurídico (incorporação de ações) produziu os efeitos que lhe são próprios. Depois, o fato de a cisão ter ocorrido imediatamente após a alteração em relação ao acionista minoritário, com a consequente alteração do Conselho de Administração (saída do Conselheiro Nelson Rosenthal e ingresso do Conselheiro José Roberto Curan), corrobora a explicação do contribuinte, de que a cisão foi motivada por divergência na condução da gestão estratégica das operações do grupo entre os acionistas controladores e o acionista minoritário estratégico (Votorantim). A Ata da 15ª Reunião do Conselho de Administração de 15/10/2008 (e-Fls. 1.229 e ss) documenta essa divergência.

Nas deliberações da reunião aprovou-se: (i) por maioria, resguardada a posição contrária do Conselheiro José Roberto de Mattos Curan, autorizar a Companhia a promover as ações necessárias à execução do projeto de crescimento por aquisições e/ou de forma orgânica em outros segmentos de consumidores e canais diversificados; (ii) por unanimidade, delegar ao conselheiro Artur N. Grynbaun a elaboração de estudo de revisão societária e patrimonial que preserve a participação do acionista Votorantim G&K Fundo de Investimento e Participações de qualquer impacto resultante do processo de aquisições de negócios ou de forma orgânica em segmentos distintos de consumidores e/ou em canais diversificados aos da franquia, visando sempre que possível o menor impacto operacional, societário e financeiro, devendo o mesmo ser apresentado em reunião extraordinária do Conselho a ser realizada em 23 de outubro de 2008.

O motivo apontado como causador da divergência que teria dado causa à cisão (crescimento via aquisições ou de forma orgânica, em segmentos distintos de consumidores e/ou em canais diversificados ao de franquia) é confirmado pelo quadro que a sucedeu.

Naturalmente, pode-se arguir a hipótese de todas essas operações terem sido preparadas desde o início, com a participação do futuro investidor (a GP Administração de Recursos), para a criação artificial de um ágio exclusivamente para gerar despesas dedutíveis.

Para essa qualificação dos fatos, na linha do que entendeu o fisco, milita o fato de o ingresso do novo investidor ter se dado na mesma data em que ocorreu a transformação das empresas em subsidiárias integrais da holding para isso criada. No curto espaço de quatro meses (entre agosto de dezembro de 2006), foi promovida uma reorganização societária e ingresso de novo acionista, que aportou R\$ 50.000.000,00.

Obviamente, as negociações para o ingresso do novo acionista envolveram a reorganização societária, pois dificilmente alguma entidade investiria tal soma sem ter analisado as perspectivas de retorno.

Diante desses fatos, tenho que as razões apresentadas pela fiscalização para caracterizar as operações como planejamento inoponível não são mais densas que as apresentadas pelo contribuinte para demonstrar as razões empresariais para as reorganizações societárias levadas a efeito.

Quanto aos fundamentos legais, importante destacar que o ágio foi gerado e amortizado antes das alterações promovidas pela Lei nº 12.973/14 no Decreto-Lei nº 1.598/77.

Vale notar que a redação original do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77 previa a necessidade do desdobramento do custo de aquisição dos investimentos avaliados pelo método de equivalência patrimonial em: (i) valor de patrimônio líquido na época da aquisição e (ii) ágio ou deságio na aquisição.

Conforme o §2º do referido artigo, o ágio deveria ser classificado de acordo com as seguintes fundamentações econômicas:

- a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;
- b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;
- c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Conforme se observa inexistia proibição para que o investimento tivesse sido adquirido com ágio numa operação entre partes independentes. Tampouco nos parece adequado também limitar o termo “aquisição” a uma relação entre partes independentes.

Ainda, o art. 8º da Lei 9.532/97 afirma que a dedutibilidade fiscal do ágio aplica-se, inclusive, nos casos em que: (i) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido e (ii) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária. Destaque-se que o último item autoriza em lei a realização de incorporação às avessas (incorporação da investidora pela investida).

Ao se observar o caso concreto, verifica-se que houve operação de incorporação entre investida e investidora (a chamada “confusão patrimonial”), sendo que o investimento da investidora na investida havia sido feito com ágio nos termos do artigo 20 do Decreto-lei n. 1.598/77 e houve a amortização do ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura no prazo previsto em lei.

Dessa forma, todos os atos societários relacionados à operação foram devidamente formalizados e registrados perante os órgãos competentes, de forma que todas as operações foram feitas “às claras”.

A realização de operações societárias que impliquem na geração de ágio ocorre tanto entre sociedades independentes quanto entre sociedades ligadas. No que tange às operações entre sociedades ligadas, há que se analisar se tais operações são efetuadas nos padrões do mercado.

Assim, não há proibição nas normas tributárias para a ocorrência de operações societárias entre empresas vinculadas com a geração de ágio, no entanto, tal ágio deve ter substância econômica, sendo devidamente fundamentado economicamente.

Nesse sentido, Edmar Oliveira Andrade Filho (Estudos e Pareceres sobre Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas. São Paulo : MP Editora, 2007) menciona que:

“o ágio não é inventado a partir do nada; ele é parte integrante do preço de aquisição de participações societárias e, portanto, para que ele surja são sacrificados ativos ou assumidas obrigações por parte do adquirente”.

“a menos que o ágio não seja fruto de uma operação legítima (sincera e devidamente documentada), não cabe às autoridades fiscais contestar a sua existência e os respectivos efeitos, salvo em caso de fraude, sonegação ou conluio”.

Dessa forma, desde que o ágio tenha se originado de uma operação legítima na qual houve o efetivo pagamento com o sacrifício de um ativo ou com a assunção de

obrigações, e esteja devidamente fundamentado, não há óbice de que tal ágio tenha se originado de uma operação com pessoa ligada.

Portanto, diante da ausência de vedação legal, seria possível a aquisição de investimento com ágio em operações com partes dependentes até a edição da Lei n. 12.973/14, sendo a amortização de tal ágio possível após o cumprimento dos requisitos do artigo 7º da Lei n. 9.532/97.

Nesse mesmo sentido, prevaleceu recentemente o entendimento na Câmara Superior de Recursos Fiscais, por determinação do Art. 19-E, da Lei n.º 10.522/02, no Acórdão de n.º 9101-006.358, de Relatoria do Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, conforme parte da ementa a seguir:

(...)

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO.

Até a edição da Lei n. 12.973/14 inexistia proibição para a constituição de ágio em operações de aquisição de participação societária de partes dependentes, sendo que durante a vigência do artigo 36 da Lei n. 10.637/02, havia até previsão expressa de diferimento de ganho de capital de operação de subscrição de participação societária pelo valor de mercado com geração de ágio. Inexistindo comprovação de que as operações que geraram o ágio entre partes dependentes foram fraudulentas, há que ser mantida a dedutibilidade da então despesa com a amortização do ágio.

(...)

Por fim, importante mencionar que em recente julgamento de 05 de setembro de 2023, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, julgou de forma favorável ao contribuinte, o Recurso Especial n.º 2.026.473/SC, no qual se discutia, sob a legislação anterior à Lei n.º 12.973/14, o aproveitamento fiscal de ágio em operações entre partes relacionadas (ágio interno).

Portanto, concluo o voto no sentido de dar provimento aos recursos voluntários da contribuinte e dos responsáveis solidários, para cancelar integralmente a exigência fiscal, restando-se prejudicadas as demais alegações subsidiárias.

Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de acolher a preliminar de nulidade do auto de infração complementar relativo à qualificação da multa de ofício e à responsabilidade solidária dos sócios Miguel Gellert Krisgner e Artur Noemio Grynbaum e, no mérito, dar provimento ao recurso voluntário para cancelar integralmente a exigência fiscal.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

André Severo Chaves

