



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

Processo nº 10980.725496/2011-56
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-001.744 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de fevereiro de 2015
Matéria IRPJ/CSLL
Recorrente Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza S/A.
Miguel Gellert Krisgner
Artur Noemio Grinbaun
Recorrida Fazenda Nacional

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

FATOS CONTABILIZADOS COM REPERCUSSÃO EM EXERCÍCIOS FUTUROS. EFEITOS TRIBUTÁRIOS. DECADÊNCIA.

Na hipótese de fato que produza efeito em períodos diversos daquele em que ocorreu, a decadência não tem por referência a data do evento registrado na contabilidade, mas sim, a data de ocorrência dos fatos geradores em que esse evento produziu o efeito de reduzir o tributo devido.

REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. SUBSTÂNCIA ECONÔMICA E PROPÓSITO NEGOCIAL. AUSÊNCIA.

Se os elementos colacionados aos autos indicam que a despesa de ágio apropriada no resultado fiscal derivou de operações que, desprovidas de substância econômica e propósito comercial, objetivaram, tão-somente, a redução das bases de incidência das exações devidas, há de se restabelecê-las, promovendo-se a glosa dos referidos dispêndios.

AUTO DE INFRAÇÃO COMPLEMENTAR. REGULARIDADE.

Nos termos do parágrafo 3º do art. 18 do Decreto nº 70.235, de 1972, se, em exames posteriores, realizados no curso do processo, forem verificadas omissões de que resultem agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, deve ser lavrado auto de infração complementar, devolvendo-se, ao sujeito passivo, prazo para impugnação no concernente à matéria modificada.

MULTA QUALIFICADA. PROCEDÊNCIA.

Se os fatos apurados pela Autoridade Fiscal permitem caracterizar o intuito deliberado da contribuinte de subtrair valores à tributação, é cabível a

aplicação, sobre os valores apurados a título de omissão de receitas, da multa de ofício qualificada de 150%, prevista no artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. CONDIÇÕES.

Presentes elementos representativos da conduta do sócio que, guardando nexo de causalidade com a subtração à tributação dos valores apurados por meio do procedimento de ofício, são capazes de demonstrar a sua efetiva participação nas infrações detectadas, cabe incluí-lo no pólo passivo da obrigação tributária constituída.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª **Câmara / 1ª Turma Ordinária** da **PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares. No mérito, pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Valmir Sandri (Relator), Edwal Casoni de Paula Fernandes Júnior e Carlos Augusto de Andrade Jenier. Designado para redigir o voto vencedor, o Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães. Fez sustentação oral o Procurador da Fazenda Nacional, Dr. Paulo Roberto Riscado Júnior.

(documento assinado digitalmente)

Valmar Fonseca de Menezes

Presidente

(documento assinado digitalmente)

Valmir Sandri

Relator.

(documento assinado digitalmente)

Wilson Fernandes Guimarães

Redator Designado.

Participaram do julgamento os Conselheiros Valmar Fonseca de Menezes (Presidente), Wilson Fernandes Guimarães, Paulo Jakson da Silva Lucas, Valmir Sandri, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

Relatório

O litígio posto a julgamento instaurou-se pela impugnação a autos de infração cientificados ao contribuinte em 20/10/2011, para exigência de Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) relativos aos anos-calendário de 2007 a 2009, sob acusação de dedução indevida de despesa com amortização de ágio interno nos anos-calendário de 2007 a 2009, com imposição da multa de 75%, bem como aplicação de multa isolada em decorrência da falta ou insuficiência de pagamento de imposto com base em estimativas mensais.

Auto de Infração

Do Termo de Verificação Fiscal que integra os autos de infração litigados colhem-se as seguintes informações:

A Cálamo foi constituída como sociedade por quotas de responsabilidade limitada em 17/03/2004, com seu capital social dividido em 10.010.000 quotas, das quais 10.009.900 pertencentes a O Boticário Franchising (OBF), 80 a Miguel Gellert Krigsner e 20 a Artur Noemio Grynbaum, e pela 7ª alteração contratual foi transformada em sociedade anônima, com a denominação Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza S.A., com o capital social dividido em 10.010.000 ações, sendo 8.008.000 pertencentes a Miguel Gellert Krigsner e 2.002.000 a Artur Noemio Grynbaum.

A infração apontada relaciona-se à amortização de dois ágios, o primeiro no valor de R\$ 1.168.982,33, apurado em novembro de 2003, e referente a investimento em Shopping Estação (antigo Espaço Estação Participações S.A.), pessoa jurídica incorporada pela Cálamo em 02/05/2007, e o segundo no valor de R\$ 1.001.872.579,36, apurado por G&K Holding S.A. em 2006, quando da aquisição das ações da Cálamo por meio de incorporação de ações, e transferido à Cálamo via contas patrimoniais (R\$ 972.017.437,44) e via Parte B do LALUR (R\$ 29.855.141,92).

O ágio referente a Shopping Estação decorreu de aumento de capital da sociedade G&K Empreendimentos e Participações S.A., integralizado mediante a conferência de ações, de propriedade dos subscritores Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grynbaum, representativas do capital social de Estação Espaço Participações S.A.

A autoridade fiscal aponta ser indedutível o ágio no valor de R\$ 1.168.982,33, referente a investimento em Shopping Estação, por se tratar de ágio interno (gerado dentro do mesmo grupo).

O ágio de R\$ 1.001.872.579,36 foi apurado em reestruturação societária do grupo Boticário. A reestruturação iniciou-se em 18/09/2006, com a criação de uma empresa-mãe, a G&K Holding, com capital simbólico de R\$ 1.000,00, na modalidade sociedade por ações, 80% das quais pertencentes a Miguel Gellert Krigsner e 20% a Artur Noemio Grynbaum. Essa mudança fez parte de uma reorganização mais ampla, de forma que em 18/12/2006 passaram a ser controladas integralmente pela G&K, além da Cálamo, as empresas Botica,

Embralog e O Boticário Franchising (OBF), todas do mesmo grupo e tendo como principais sócios Miguel e Artur.

Antes de promover a reestruturação foi contratada a empresa de auditoria KPMG Corporate Finance Ltda., que elaborou laudos de avaliação das companhias que teriam suas ações incorporadas pela holding, conforme a seguir demonstrado:

Companhia	Valor do PL	Valor da avaliação	Varição (%)	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 – Emp. Bras. Logística Ltda.	1.445.607,50	7.693.000,00	532,16	6.247.392,50
O Boticário Franchising	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

A diferença entre os valores do PL e da avaliação apontadas no quadro acima foram registradas pela G&K em seu Ativo, na conta 192080 – Ágio sobre Investimentos.

Na mesma assembleia de 18/12/2006 foi aprovado aumento de capital da G&K mediante subscrição 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. As ações da G&K ficaram assim distribuídas:

Acionista	Ações	Valor (R\$)
Miguel Gellert Kringsner	149.577.184	149.577.184,00
Artur Noemio Grynbaum	37.394.296	37.394.296,00
IGP fundo de Investimento em Participações.	4.613.618	4.613.618,00
TOTAL	191.585.098	191.585.098,00

Pela assembleia de 03/11/2008 foi aprovado: (i) aumento de capital social em R\$ 304.049.679,00 (passou de R\$ 191.585.098,00 para R\$ 495.634.777,00), mediante conversão de parte das reservas de capital, de reavaliação e de lucro, com a emissão de 304.049.679 ações subscritas pelos acionistas Miguel, Artur e Votorantim G&K Fundo de Investimento; (ii) cisão parcial com versão do patrimônio cindido para as sociedades já existentes Botica, Cálamo, OBF e Embralog; (iii) redução do capital em função no montante de R\$ 443.551.815,00 (passou de R\$ 495.634.777,00 para R\$ 52.082.962,00), em consequência da cisão.

Após as alterações, o quadro societário da G&K ficou assim delineado:

Acionista	Ações	Valor (R\$)
Miguel Gellert Kringsner	41.666.367	41.666.367,00
Artur Noemio Grynbaum	10.416.592	10.416.592,00
Votorantim G&K Fundo de Investimento em Participações	0	0,00
José Roberto de Mattos Curan	1	1,00
João Vinícius Pianti	1	1,00
João Paschoal Rossetti	1	1,00
TOTAL	52.082.962	52.082.962,00

Entre os bens e direitos integrantes do patrimônio líquido da G&K vertidos constavam os seguintes:

Investimentos – Botica - R\$ 175.536.160,00 Ágio investimento Botica - R\$ 193.298.809,52 (-) Provisão Instrução CVM 319/349 – ágio investimento Botica - (R\$ 193.298.809,52)
Investimentos – OBF - R\$ 91.893.855,00 Ágio investimento OBF - R\$ 541.813.468,64 (-) Provisão Instrução CVM 319/349 – ágio investimento OBF - (R\$ 541.813.468,64)
Investimentos – Cálamo - R\$ 108.930.728,00 Ágio investimento Cálamo - R\$ 972.017.437,44 (-) Provisão Instrução CVM 319/349 – ágio investimento Cálamo - (R\$ 972.017.437,44)
Investimentos – Embralog- R\$ 4.727.072,00 Ágio investimento Embralog - R\$ 5.785.322,00 (-) Provisão Instrução CVM 319/349 – ágio investimento Embralog - (R\$ 5.785.322,00)

Argumenta a autoridade fiscal que os pressupostos do ágio seriam a aquisição de participação societária e o fundamento econômico, e que 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. E que, no caso, do total de R\$ 1.776.161.561,96 lançado pela G&K a título de ágio, somente houve desembolso de R\$ 45.386.382,00, pagos pelo investidor externo (IGP Fundo de Investimento em Participações).

Registra o TFV que a GDK amortizou o ágio mensalmente, considerando-o indedutível, e efetuou a adição no LALUR de 2007 e 2008. No que diz respeito à Cálamo, de janeiro de 2007 a outubro de 2008, a G&K amortizou R\$ 29.855.141,92, sem deduzir tal despesa na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, restando um saldo de R\$ 972.017.437,44. Quando da cisão esse saldo foi incorporado à própria Cálamo, passando a ser amortizado como despesa em parcelas mensais de R\$ 16.200.290,62 (um sessenta avos R\$ 972.017.437,44).

De novembro de 2008 a março de 2009, o sujeito passivo constituiu mensalmente a provisão da amortização do ágio em sua contabilidade, no valor de R\$ 16.200.290,62, e promoveu a reversão da referida provisão, tornando-a sem efeito fiscal. No entanto, no mesmo período e de abril a dezembro de 2009, excluiu mensalmente o valor de R\$ 16.200.290,62 no LALUR, reduzindo as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL nos montantes de R\$ 32.400.581,24 (relativo a novembro e dezembro de 2008) e R\$ 194.403.487,49 (relativo aos 12 meses do ano de 2009). Além disso, a partir de 2008 começou a excluir, diretamente no LALUR, o montante de R\$ 29.855.141,92, não usado pela G&K para fins fiscais, em 60 parcelas mensais de R\$ 497.585,70.

Destaca a autoridade que a G&K, embora ainda ativa, funcionou como uma espécie de empresa veículo, e que a Cálamo recebeu de volta da investidora seu próprio patrimônio devidamente acrescido do “ágio” produzido na operação anterior de incorporação de ações, não tendo ocorrido nenhuma alteração substancial com relação à efetiva titularidade patrimonial das ações nessa operação.

No desenvolver de suas considerações, a autoridade fiscal faz referência: (i) à obra de Marco Aurélio Greco, “Planejamento Tributário (Editora Dialética), afirmando que seu

“Capítulo XVI – Operações Preocupantes” enumera algumas modalidades de planejamento tributário com escassas chances de oposição ao Fisco, mencionando a figura do “ágio em si mesmo”, tratado no item XVI. 10; (ii) ao Ofício Circular /CVM/SNC/SEP nº 01, de 14/02/2007, que trata de “ágio interno” e, (iii) a parecer dos professores Eliseu Martins e Jorge Vieira da Costa, que trata da contabilização de ágio gerado internamente.

A autoridade fiscal assenta ter restado caracterizado que o resultado das reestruturações foi inócuo sob qualquer ponto de vista, exceto o tributário, e que o que houve na Cálamo foi a contabilização de “ágio em si mesma”. Sobre o ofício circular da CVM a respeito do ágio gerado em operações internas, diz que a circunstância de ter sido emitido em 2007 não significa que os fatos considerados antes de sua edição sejam legais e tenham substância econômica. E argumenta que a Contabilidade nunca admitiu, nem mesmo antes da Lei nº 11.638/2007, o reconhecimento do ágio gerado intra-grupo. Conclui que se contabilmente o ágio interno não é aceito, também não o é para efeitos tributários, pois se o intangível gerado internamente não é Ativo para a Contabilidade, o lucro líquido não pode ser reduzido por um ativo inexistente.

Em razão das irregularidades tributárias que entendeu terem ocorrido, uma vez que *“as transações que deram origem aos referidos ‘ágios’ carecem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, para serem excluídos da base de cálculo do IRPJ e da CSLL”* a autoridade fiscal glosou os seguintes valores:

- R\$ 1.168.982,22, excluído em maio de 2007, quando a Cálamo incorporou a K&G Participações S.A./Espaço Estação Participações S.A./Shopping Estação Ltda., relativo ao ágio migrado da Estação Empreendimentos e Participações Ltda. em 01/09/2006, quando de sua incorporação pela Cálamo;

- R\$ 33.395.752,64, somatório das parcelas de R\$ 32.400.581,24 (Provisão p/ Realização de Ágio – Incorp. G&K) e de R\$ 995.171,40 (Ágio Incorporação G&K), excluídas no LALUR em dezembro de 2008;

- R\$ 200.374.515,87, somatório das parcelas de R\$ 194.403.487,49 (Provisão p/ Realização de Ágio – Incorp. G&K) e de R\$ 5.971.028,38 (Ágio Incorporação G&K), excluídas no LALUR ao longo de 2009.

Em razão das glosas, as bases de cálculo das estimativas mensais tiveram um acréscimo, sendo imposta a multa isolada prevista no inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

Impugnação.

O contribuinte apresentou impugnação tempestiva, instruída com os documentos de fls. 1541 a 1795, assim sintetizada na decisão recorrida:

1-Com relação ao ágio apurado na operação de incorporação de ações no ano-calendário de 2006:

a) no tópico “Da operação de incorporação de ações: uma opção empresarial legitimada pelo ingresso de um novo acionista estratégico no grupo Boticário”, aduz que no começo de 2006 o organograma do grupo Boticário era integrado pelas seguintes empresas operacionais: O Boticário Franchising (OBF, a holding mista), Botica Comercial Farmacêutica Ltda. (Botica), Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza Ltda. (Cálamo, a interessada) e

Empresa Brasileira de Logística Ltda. (Embralog) (doc. 2); que acionistas do grupo Boticário também possuíam investimentos no Estação Empreendimentos e Participações, Shopping Estação Ltda. e Estação Convention Center Ltda.; que, nada obstante a boa performance empresarial do grupo no segmento de cosméticos, as empresas do setor de shopping center e centro de convenções vinham operando de forma deficitária;

b) que, como a função de holding do grupo Boticário desviava a OBF de seu foco empresarial principal (negócio de franquia), decidiu-se pela criação de uma holding pura para as empresas operacionais do grupo, para estabelecer as políticas de governança corporativa e gestão estratégica e ser a receptora do investimento do provável novo acionista; que as participações societárias na Embralog, Botica e Cálamo foram retiradas do patrimônio da OBF e transferidas para as pessoas físicas dos acionistas; a Estação Empreendimentos e Participações Ltda. (EE) foi incorporada pela Cálamo, que passou a ser controladora do Shopping Estação (SE) e da Estação Convention Center Ltda. (ECC) (doc. 3);

c) em 18/09/2006 foi constituída uma holding pura, a G&K Holding S/A. (G&K); em 01/11/2006 a ECC foi incorporada pela Cálamo (doc. 3); em 18/12/2006 a G&K incorporou a totalidade das ações das empresas operacionais, transformando-as em subsidiárias integrais (art. 252 da Lei nº 6.404, de 1976), com aprovação do novo Estatuto Social e assinatura de Acordo de Acionistas (Doc. 6); que constou do Protocolo e Justificação de Incorporação de Ações da Cálamo que: “A operação de incorporação de ações ora proposta representa a continuidade de uma ampla reestruturação societária e patrimonial já iniciada pelo grupo Boticário, a qual tem por principais objetivos a obtenção de uma melhor conformação das estruturas de capital e patrimonial das empresas envolvidas e a segregação dos distintos segmentos de negócio do grupo”; em 28/02/2007 a Impugnante efetuou a venda dos ativos (principalmente imóveis e equipamentos) do SE e ECC a terceiros e em 02/05/2007 incorporou totalmente o acervo líquido remanescente do SE (doc. 3);

d) no tópico “Apuração do ágio: uma consequência do processo de incorporação de ações determinada em lei e plenamente aplicável ao caso concreto” assevera que o critério adotado na avaliação das ações apresenta sólida justificação empresarial e trata-se de um dos elementos inerentes ao instituto jurídico da incorporação de ações; que a avaliação do valor das ações é consequência do processo de incorporação, como um elemento necessário e indispensável a sua realização, mas não o objetivo ou finalidade do processo; que as ações foram avaliadas com base na efetiva capacidade econômica do negócio, dimensionada pela perspectiva de rentabilidade futura segundo o critério do fluxo de caixa descontado;

e) que, concomitantemente à incorporação de ações ocorrida em 18/12/2006, o IGP-Fundo de Investimento em Participações (IGP), administrado pela GP Administração de Recursos S/A., subscreveu e integralizou 4.613.618 novas ações ordinárias nominativas da G&K ao preço total de R\$ 50 Milhões (doc. 4), valor equivalente a 42,85% da disponibilidade financeira do grupo em 30/11/2006 (doc. 5); que a definição do percentual de participação de 2,41% do IGP no capital da G&K foi estabelecida com base no valor econômico-financeiro das empresas operacionais do grupo apurado no laudo de avaliação (art. 8º da Lei das S/A) elaborado pela KPMG Corporate Finance Ltda. (KPMG); que a relação de substituição das ações da Cálamo pelas da G&K foi definida com base no valor econômico-financeiro de ambas as companhias, tendo o laudo de avaliação da KPMG estabelecido para cada ação da Cálamo o valor de R\$ 60,13, perfazendo o montante de R\$ 1.068.417 mil, com ágio de R\$ 1.011.737.338,93;

f) no tópico “Das razões empresariais que motivaram a cisão parcial e seletiva da G&K em 03/11/2008: a amortização do ágio como consequência expressa da lei tributária” argumenta que o ingresso do novo sócio e a implementação da reestruturação implicou no incremento do desempenho empresarial alcançado por todas as empresas do grupo Boticário nos anos de 2007 e 2008 (doc. 3); em 09/10/2008 as quotas do Fundo IGP foram transferidas para a Votorantim Asset Management DTVM Ltda., passando o fundo a ser denominado de Votorantim G&K Fundo de Investimento em Participações (Votorantim);

g) que a cisão parcial seletiva desta holding foi motivada por divergências na condução da gestão estratégica das operações do grupo entre os acionistas controladores e o acionista minoritário estratégico; que os acionistas controladores da G&K decidiram que o grupo deveria crescer não apenas de forma “orgânica” (via operações próprias), mas também através de aquisições de outras marcas e exploração de outros canais de venda, mas o Votorantim manifestou discordância, porquanto tais aquisições iriam comprometer a rentabilidade de curto prazo do investimento; em consequência, foi idealizada a cisão parcial seletiva e desproporcional do patrimônio da G&K em quatro parcelas, seguida de respectivas incorporações pelas empresas operacionais;

h) com base em projeções de resultados futuros, foi acordado que, na relação de substituição das ações que detinha na G&K, caberia ao Votorantim a participação de 3,11% das ações representativas do capital da OBF e da Cálamo, as quais não seriam utilizadas no projeto de novas aquisições; que a G&K manteve 1% de participação no capital de cada uma das empresas operacionais; que coube às empresas operacionais (incorporadoras) o registro contábil de ativos representados pela parcela do investimento e respectivo ágio, tal como cindida do patrimônio da G&K; que as incorporações inversas ensejaram, como consequência expressamente prevista na legislação tributária, a possibilidade de amortização do ágio de forma dedutível e a reversão, contra o resultado do exercício, de correspondente montante da provisão do ágio;

i) no tópico “Da efetiva implementação do plano de expansão” argui que a cisão parcial e seletiva da G&K permitiu que o grupo iniciasse o processo de expansão mediante aquisições e entrada no canal de venda direta (venda “porta a porta”); que a cisão parcial e seletiva da G&K foi norteada por razões empresariais sólidas; que a amortização do ágio na Impugnante foi mais uma decorrência dessa etapa, que faz parte de um processo muito mais amplo de reestruturação societária e empresarial envolvendo os acionistas originais do grupo Boticário e outros acionistas totalmente independentes, não relacionados; que as operações em questão não foram casuísticas, temporárias, inconsistentes, contraditórias ou efetivadas com base em atos societários e contratuais sucessivos e cronologicamente próximos, de forma a desnaturar a efetiva vontade das partes envolvidas ou com uso abusivo de institutos jurídicos ou mediante fraude a alguma lei que proibisse as operações e seus efeitos decorrentes;

j) no tópico “Das infundadas alegações das autoridades fiscais para glosar os encargos de amortização de ágio nas bases de cálculo do IRPJ e da CSL”, relata que as autoridades fiscais embasaram seu entendimento exclusivamente sob o enfoque contábil de estudos relacionados ao ágio (com base em entendimentos emitidos pela CVM, assim como pelo Professor Eliseu Martins): que os pressupostos do ágio seriam a aquisição de participação societária e o fundamento econômico; que embora seja uma sociedade devidamente constituída e ainda ativa, a G&K teria funcionado como uma “espécie de empresa veículo” e que cada uma das quatro investidas do grupo teriam recebido de volta o ágio produzido na operação anterior de incorporação de ações; se contabilmente o “ágio interno” não é aceito, não deveria ser aceito

também para efeitos tributários; a despesa com o ágio não era necessária e, portanto, não dedutível, nos termos do art. 299 do RIR de 1999; somente quem despendem recursos para fazer frente a um ágio, terá direito a amortizá-lo e deduzi-lo da base de cálculo dos tributos;

k) no tópico “Aspectos prejudiciais a toda a linha de acusação desenvolvida pela fiscalização” aduz que a figura do ágio interno é incompatível com a essência empresarial e econômica da reorganização societária que envolveu a Impugnante; 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; que a figura do ágio interno era, até muito recentemente (até o advento dos Comitês de Pronunciamentos Contábeis CPC, decorrentes da Lei nº 11.638, de 2007) uma construção meramente teórica, exclusiva da Ciência Contábil; todavia, mesmo segundo os conceitos da construção teórica não há como se considerar que o ágio apurado nas operações realizadas no grupo Boticário tenha conotação de ágio interno;

l) que a operação de incorporação das ações da Impugnante viabilizou o ingresso do IGP como novo acionista estratégico do grupo Boticário, e o critério de avaliação (valor econômico-financeiro) dessas ações resultou de um legítimo processo de negociação entre os acionistas da G&K e o IGP; que o ágio decorre da aquisição de participações societárias, ato que pode ser realizado pelas mais variadas formas previstas em lei, sendo que a compra e venda – única forma que pressupõe pagamento – é apenas mais uma delas; no presente caso, a aquisição se deu por meio de uma incorporação de ações, cujo custo de aquisição é o valor das ações conferidas aos titulares das ações incorporadas, tendo como contrapartida contábil a constituição de um passivo na conta capital social;

m) ressalta que a norma da CVM que regula a constituição da provisão do ágio tem dois propósitos distintos: um deles é de natureza exclusivamente contábil e diz respeito ao reconhecimento do ágio na incorporadora pelo montante do efeito tributário esperado com a sua amortização (34% do valor do ágio como ativo fiscal diferido); o outro propósito é de natureza societária e diz respeito à política de preservação e incentivo de pagamento de dividendos aos acionistas minoritários; que, em atendimento ao CPC 04, regulamentado pelo CPC 02, o ágio fundamentado em rentabilidade futura passou a ser classificado no Ativo Intangível, razão pela qual no período de abril a dezembro/2009 deixou de contabilizar a apropriação desse ágio no Ativo Diferido, com estorno da apropriação feita nos meses de janeiro a março/2009;

n) afirma que foi a G&K quem efetivamente apurou o ágio na Cálamo e teve parcela do seu patrimônio incorporada por esta última; a G&K não funcionou como empresa veículo, pois não transferiu o ágio de nenhuma outra entidade para a Impugnante; que a G&K é uma sociedade holding ainda ativa, que nasceu com suficientes propósitos empresariais e não teve vida efêmera, tendo sua cisão sido embasada em sólidas razões empresariais; que é descabida a tributação da receita de reversão da provisão constituída com base nas Instruções 319 e 349 da CVM, por versar sobre a glosa de exclusões procedidas no LALUR e cujo valor havia sido anteriormente adicionado quando da constituição da provisão; que, tendo sido adicionado o valor da despesa com a constituição da provisão, o valor das receitas incorridas contabilmente com a reversão da referida provisão deve ser excluído do lucro real e da base de cálculo da CSL, sob pena de tributação em duplicidade;

o) no tópico “Do direito que ampara a amortização do ágio pela Impugnante independentemente da caracterização que possa lhe ser atribuída pela ciência contábil”, alega

que a distinção entre Ciência Contábil e Direito Contábil é da maior relevância à identificação do melhor Direito a ser aplicado ao caso, pois à época das reorganizações societárias envolvendo a Impugnante, a figura do ágio interno era uma mera construção teórica da Ciência Contábil, sem qualquer respaldo normativo no Direito Societário, bem como e principalmente, como ocorre até os dias atuais, sem qualquer respaldo normativo no Direito Tributário;

p) que a Ciência Contábil é uma ciência social que tem por objeto o estudo do registro das informações econômico financeiras de determinada entidade, com a finalidade de se apurar o seu patrimônio e respectivas variações no decorrer do tempo; que o Direito Contábil tem por objeto a materialização das construções da Ciência Contábil sob o âmbito normativo, tornando-as de observância obrigatória por parte das entidades jurídicas; que o Direito Contábil divide: (i) Direito Contábil Societário e, (ii) Direito Contábil Fiscal (Tributário); que o arcabouço das normas contábeis está previsto na legislação comercial/societária, mas as regras e práticas contábeis acabaram sofrendo grande influência da legislação tributária; que a definição de muitos tributos dependem de conceitos formados a partir da Ciência Contábil, desde que necessariamente positivados pelo Direito Contábil Fiscal (Tributário);

q) que, para a apuração do lucro real (contabilidade fiscal) parte-se do lucro líquido (regras da legislação societária/contabilidade societária) para então serem feitas as adições, exclusões ou compensações; há muitos pontos de intersecção entre a Ciência Contábil, o Direito Contábil Societário e o Direito Contábil Fiscal, especialmente no que tange às regras de apuração da base de cálculo do IRPJ, mas nem todas as regras são coincidentes; que à época da incorporação das ações da Interessada pela G&K, a figura do ágio interno era, de fato, uma construção exclusivamente teórica da Ciência Contábil; que o Ofício Circular CVM/SNC/SEP nº 01/2007, da CVM só veio a abordar o tema do “Ágio gerado em operações internas” em momento posterior, sem representar Instrução de observância obrigatória; a norma que, de fato, passou a dispor e a regular o ágio gerado internamente só veio a integrar o Direito Contábil Societário com a aprovação do CPC nº 04/10, introduzida em nosso ordenamento na esteira das normas da Lei nº 11.638, de 2007;

r) no tópico “Da distorcida interpretação da fiscalização quanto ao entendimento do professor Eliseu Martins e da Comissão de Valores Mobiliários. Da inexistência de ‘empresa veículo’ no caso concreto” argui que o cerne do Parecer de Autoria de Eliseu Martins, citado pela Fiscalização, consiste no questionamento da aplicação do art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002; que, conforme afirma o próprio Professor Eliseu Martins em seu Parecer, as sociedades veículo são criadas e extintas em curto intervalo de tempo, sem qualquer propósito negocial; que esse parecer concluiu no sentido de que a operação possuía respaldo na legislação tributária;

s) no tópico “Das diversas formas de aquisição de bens reguladas pelo Direito” assevera que a Lei das S/A não aborda expressamente a temática do ágio na aquisição de participação societária, mas a CVM já se manifestou a esse respeito, por meio da Instrução CVM nº 247/96; que, ao analisar o caso concreto, as autoridades fiscais concluíram, equivocadamente, que o ágio gerado seria inválido, pois teria sido gerado em uma operação na qual não houve “pagamento”, com exceção daquele feito pelo IGP, e ter sido realizada entre partes vinculadas;

t) no tópico “Negócio jurídico de incorporação de ações” explica que na incorporação de ações ocorre, regra geral, o aumento do capital da sociedade incorporadora,

que passa a ter a outra sociedade como sua subsidiária integral; que os acionistas da incorporada subscrevem aumento de capital da incorporadora com as ações de sua propriedade, tornando-se acionistas da incorporadora; na incorporação de ações, não há “pagamento”, que é uma contraprestação do negócio jurídico de venda e compra, e que o valor das ações incorporadas corresponde ao valor das ações da incorporadora que serão recebidas pelos titulares das ações incorporadas, desde que tal valor esteja suportado por laudo de avaliação (art. 252, §§ 1º e 3º, da Lei das S/A);

u) no tópico “Natureza jurídica do ágio para o Direito Contábil Fiscal/Tributário – Novamente as diversas formas de aquisição” ressalta que a legislação tributária brasileira (Direito Contábil Fiscal/Tributário) confere o mesmo tratamento ao ágio e ao deságio na aquisição de participação societárias que o previsto na legislação societária (Direito Contábil Societário), conforme art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977; que o custo de aquisição das ações incorporadas é o valor das ações conferidas aos titulares dessas ações, tendo como contrapartida da contabilização desse ativo a constituição de um passivo na conta capital social; em nenhum momento o art. 20, II do DL nº 1.598, de 1977, menciona a palavra “pagamento” ou “desembolso”, mas sim custo; que o direito privado traz diversas formas jurídicas possíveis de aquisição (v.g. permuta, dação em pagamento, doação, conferência de bens para integralização de capital e incorporação de ações);

v) acerca da existência de “partes relacionadas”, aduz que para fins do Direito Societário não há qualquer óbice na legislação à realização da operação de incorporação de ações entre pessoas que possuam algum tipo de vinculação; a existência de partes vinculadas pode ensejar um tratamento diferenciado para os efeitos da operação pelo Direito Tributário, como ocorre com as regras de Distribuição Disfarçada de Lucros, Preços de Transferência e subcapitalização; contudo, no presente caso, não há qualquer dispositivo previsto na legislação tributária que estabeleça algum tratamento diferenciado para a incorporação de ações entre partes vinculadas;

w) no tópico “Isonomia com tratamento fiscal do deságio” afirma que, caso a aquisição da participação societária tivesse se dado por valor inferior ao valor de patrimônio líquido, a Impugnante teria reconhecido um deságio nos termos do art. 385, II do RIR de 1999, cujo valor o Fisco entende configurar receita tributável;

x) no tópico “Do lançamento manifestamente contrário à Lei – violação aos arts. 142 do CTN e 8º, b, da Lei nº 9.532/97” alega que a expressão “ágio de si mesmo” embute em si um argumento de pura retórica, pois contraria frontalmente o que dispõe a legislação vigente; que o art. 7º, III da Lei nº 9.532, de 1997, com a redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998, disciplina o aproveitamento do ágio nos casos de incorporação, fusão ou cisão da investida com absorção da totalidade ou parte de seu patrimônio pela investidora; todavia, o art. 8º, “b” dessa lei também dispensa o mesmo tratamento no caso de operação inversa, hipótese em que sempre haverá o denominado “ágio de si mesmo”, pois sempre a incorporada, fundida ou cindida será a investidora e não a investida;

y) o que importa para fins fiscais é que o ágio apurado na aquisição de investimento e baseado em rentabilidade futura seja amortizado com o lucro produzido pela mesma entidade que recebeu o investimento, seja através da incorporação, fusão ou cisão da investida com absorção de seu patrimônio pela investidora (art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997), seja através do inverso (art. 8º); que, o art. 142 do CTN dispõe que o lançamento é atividade vinculada à lei e não às Instruções e Ofícios Circulares da CVM, mas as autoridades fiscais

adotam conduta justamente contrária, fundamentando o lançamento nas normas da CVM e, quando invocam a lei, utilizando dispositivo totalmente inaplicável, qual seja, o art. 299 do RIR de 1999, ao invés dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997;

z) no tópico “Do equívoco cometido pelas autoridades fiscais com relação às normas aplicáveis à dedutibilidade de despesas” argumenta que o disposto no artigo 299 do RIR de 1999 é uma norma geral de dedutibilidade que não pode se sobrepor à norma específica de dedutibilidade dos encargos de amortização do ágio, prevista no art. 386, III, § 2º, do RIR, de 1999; ainda que fosse aplicável o art. 299 do RIR de 1999 ao caso concreto, as autoridades fiscais não esclareceram razão pela qual a amortização do ágio não seria necessária; por outro lado, ao capitular o lançamento no art. 299 do RIR de 1999, as autoridades fiscais admitem que o ágio seria plenamente dedutível, independentemente de se tratar de ágio interno ou externo;

aa) no tópico “Da inexistência de previsão legal para a adição, na base de cálculo da CSL, da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela fiscalização” assevera que os ajustes na base de cálculo da CSL sempre foram feitos através de lei; que o regime jurídico de apuração da base de cálculo da CSL está dissociado daquele previsto para o IRPJ; que ao mesmo tempo em que o legislador, através do art. 57 da Lei nº 8.981, de 1995, determinou a aplicação das mesmas normas de apuração e pagamento do IRPJ à CSL, ele também determinou que fossem mantidas a base de cálculo e alíquotas da CSL previstas na legislação em vigor; que em nenhum momento a legislação posterior (Leis nºs 9.249, de 1995, e 9.430, de 1996) determinou que os encargos com amortização do ágio ou mesmo as despesas não dedutíveis para fins de apuração do lucro real fossem adicionados à base de cálculo da CSL;

bb) no tópico “Da impossibilidade de aplicação da multa isolada concomitante com a multa de ofício – dupla penalidade sobre a mesma suposta infração” alega que a aplicação concomitante da multa de ofício e da multa isolada prevista no artigo 44 da Lei 9.430, de 1996, configura o denominado *bis in idem*, absolutamente inadmissível em nosso ordenamento jurídico; que o art. 15 da Instrução Normativa SRF nº 93, de 1997, ao disciplinar o art. 2º da Lei nº 9.430, de 1996, impede a exigência do tributo principal não pago no vencimento, bem como outra multa que a não a de ofício;

cc) no tópico “Da ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa de ofício” argui que os juros calculados com base na taxa Selic não poderão ser exigidos sobre a multa de ofício, por absoluta ausência de previsão legal.

2- No que se refere ao ágio apurado na operação de aumento de capital no ano-calendário de 2003, acrescenta as seguintes alegações de defesa:

a) no tópico “Do evento gerador do ágio apurado em 2003 e seu respectivo tratamento fiscal em 2007” argumenta que, de acordo com a AGE de 28/11/2003 (doc. 1), os acionistas decidiram aumentar o capital social da então K&G Empreendimentos e Participações (K&G ou EE) de R\$ 801.000,00 para R\$ 42.688.998,00; que a integralização foi efetuada mediante a conferência de 41.887.998 ações representativas do capital social da Espaço Estação Participações S/A., conforme laudo de avaliação e respectivo boletim de subscrição (fls. 634637), tendo a K&G Empreendimentos e Participações apurado um ágio no valor de R\$ 1.168.982,33;

b) que em 01/11/2004 a Casamoro Empreendimentos S/A. foi parcialmente cindida, tendo a parcela do patrimônio cindido sido incorporada pelo Espaço Estação

Participações S/A., cuja denominação social foi alterada para Shopping Estação Ltda. (SE), com modificação do tipo societário; os acionistas decidiram se desfazer dos negócios no segmento imobiliário, razão pela qual em 2006 e em 2007 efetuaram a alienação de parte dos ativos (principalmente imóveis e equipamentos) do SE e EE a terceiros, após o que a Impugnante incorporou a EE e o SE em 01/09/2006 e 02/05/2007, respectivamente; como o ágio apurado em 2003 estava registrado no ativo permanente da EE (fl. 31), este, por sucessão, veio a compor o ativo da Impugnante, conforme Protocolo e Justificação de Incorporação Total (fls. 3037) ;

c) com a venda dos ativos do SE em 28/02/2007, o patrimônio remanescente desta entidade restou representado apenas por disponibilidades, créditos entre empresas e impostos diferidos, ou seja, o patrimônio a mercado desta entidade passou a corresponder ao seu patrimônio líquido contábil, conforme laudo de avaliação (fl. 139 e seguintes); que com a incorporação do SE em 02/05/2007, a Impugnante apurou uma perda de capital correspondente à diferença entre o valor contábil do seu investimento, incluindo o ágio apurado em 2003, e o valor do acervo líquido incorporado, razão pela qual o ágio foi deduzido integralmente do lucro real e base de cálculo da CSL da Impugnante;

d) todavia, as autoridades fiscais entenderam que este ágio era indedutível por se tratar de ágio interno, entendimento este equivocado, pois, como visto, referido ágio decorreu de movimentações societárias empreendidas com o objetivo de se organizar os investimentos no segmento imobiliário, com o legítimo propósito de subsequente alienação dos respectivos ativos a estes relacionados;

e) no tópico “Da decadência/preclusão do direito do fisco questionar a legalidade dos atos societários que deram origem ao ágio apurado em 2003 e sua respectiva dedução quando da incorporação do ‘Espaço Estação’ pela Impugnante, ocorrida em 2007” ressalta que as autoridades fiscais não consideraram as operações acima descritas como fraudulentas ou tendo sido praticadas com dolo ou simulação, haja ter sido lançada a multa normal de 75%, e não a majorada de 150%;

f) que as autoridades fiscais efetuaram a glosa do ágio apurado no aumento de capital da K&G em 28/11/2003, mediante conferência de ações da Espaço Estação Participações S/A., a qual foi incorporada pela Impugnante em 02/05/2007; que o direito à apuração do ágio foi exercido em 28/11/2003, razão pela qual o Fisco não poderia mais questioná-lo por meio de auto de infração lavrado em 20/10/2011, eis que transcorrido o prazo de decadência de cinco anos contados do fato “originário” do ágio;

3 Ao final, protestando desde logo provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, requereu:

- sejam acolhidas as razões de fato e de direito anteriormente aduzidas, com a decretação da improcedência integral das presentes autuações, extinguindo-se, por consequência, os supostos créditos tributários de IRPJ e de CSL exigidos e arquivando-se o respectivo processo administrativo;

.- caso não seja esse o entendimento da DRJ, requereu, de forma subsidiária:
(i) a exoneração do suposto crédito tributário da CSL, eis que não há possibilidade de se glosar os encargos com dedução/amortização de ágio da sua base de cálculo com base no art. 57 da Lei nº 8.981, de 1995; (ii) o cancelamento da multa isolada aplicada concomitantemente com a multa de ofício e a exclusão dos juros de mora incidentes sobre a multa de ofício.

O processo foi devolvido pela DRJ à DRF/Curitiba, com fundamento no art. 18, § 3º, do Decreto nº 70.235, 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, haja vista restar demonstrada nos autos a criação de condições artificiais para possibilitar a amortização indevida do ágio pela interessada.

Auto de infração Complementar

Foram lavrados autos de infração complementares (fls. 2073/2079) exigindo recolhimento de R\$ 44.051.109,53 e R\$ 15.858.399,44 de diferenças das multas de ofício qualificadas de IRPJ e CSLL previstas no art. 44, § 1º, da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488, de 2007, e Termos de Declaração de Sujeição Passiva Solidária em nome de Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grynbaum, respectivamente, com fundamento dos arts. 124, I, e 135, III, da Lei nº 5.172, de 1966, em face de restarem caracterizados interesse comum e infração de lei na situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária.

Impugnação Complementar

Em impugnação aos autos de infração complementares foi suscitada a nulidade do despacho que devolveu os autos à DRF, por inobservância do devido processo legal, violação ao art. 18, § 3º do Decreto nº 70.235/72, e às Portarias SRF nº 454/2004 e MF nº 341/2011, e por ausência de motivação, cujo efeito é invalidação de todos os atos praticados posteriormente ao ato nulo, inclusive o lançamento complementar. Foi também arguida a nulidade do lançamento complementar por violação ao art. 146 do CTN.

No mérito, o contribuinte defendeu a legalidade de sua conduta, afirmando inexistirem operações estruturadas em sequência com finalidade única e exclusiva de reduzir tributos. Contestou a inferência de que a declaração contida no Protocolo e Justificação de Incorporação de Ações de 18/12/2006 não seria verdadeira, afirmando que não foi apresentada qualquer comprovação, documento, indício ou prova de que o objetivo ali declarado não era de fato verdadeiro, e que no auto de infração anterior, nenhuma palavra foi escrita a respeito de *step transaction*, mas agora, tudo se encaixaria nesse conceito. Aduziu que os Agentes Fiscais ao mencionar muitas operações praticadas antes e depois da incorporação de ações, assim como antes e depois da cisão parcial, as quais não mantêm qualquer relação de interdependência. Ponderou que embora essas operações possam e devam ser interpretadas no mesmo contexto maior de reorganização societária, elas tinham propósitos negociais específicos e a amortização do ágio não dependia de nenhuma delas.

Apontou as seguintes “omissões” dos Agentes Fiscais: (i) não foi feita nenhuma menção à relevância dos recursos aportados pelo IGP (R\$ 50 milhões = 42,85% da disponibilidade financeira de todo o grupo); (ii) não houve nenhuma referência ao Acordo de Acionistas firmado entre o IGP e a G&K; (iii) que a cisão da G&K foi motivada por divergências na condução da gestão estratégica das operações do grupo entre os acionistas controladores e o acionista estratégico.

Alegou que a cisão de ativos da G&K (99% do saldo total dos investimentos e uma parte do saldo de disponibilidades) seguida de incorporações inversas pelas empresas operacionais atingiu aos seguintes objetivos: (i) cisão de investimentos: excluir o Votorantim

de participar na G&K Holding; (ii) cisão de disponibilidades: prover a empresa Botica de recursos a serem utilizados nas futuras aquisições de novos negócios.

Enumerou as operações praticadas após a cisão parcial e seletiva da G&K: constituição da empresa GKDS Assessoramento em Produtos de Beleza Ltda., aquisição da Frajo Internacional de Cosméticos Ltda. pela Lourabe Cosméticos e Perfumaria Ltda. (controlada pelos acionistas pessoas físicas do grupo) e aquisição de participação minoritária na empresa Scalina S/A.

Acrescentou que os Agentes Fiscais também deixaram de fazer referência ao desfazimento dos negócios relacionados às atividades de shopping center e centro de convenções e a incorporação dessas empresas pela Impugnante.

Indagou como se pode falar em *step transactions* na presença de um investidor externo – cujo comportamento não está sob seu controle – que ingressou como acionista estratégico do grupo Boticário dois anos antes e que veio a discordar da forma de expansão dos seus negócios, dando ensejo a um processo de cisão parcial seletiva na holding da qual participava;

Asseverou inexistir abuso de direito, aduzindo que o art. 187 do Código Civil considera o abuso de direito como um ato ilícito, mas apenas quando o ato praticado exceder manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, e que esse conceito não pode ser construído sem uma leitura conjugada com o art. 188, I, do mesmo diploma, segundo qual o exercício regular de um direito não constitui ato ilícito. Afirmou ser descabida a tese defendida pelos Agentes Fiscais, de que os eventos societários em questão teriam sido praticados com o objetivo exclusivo de economizar tributos, mas, mesmo que assim fosse, a economia de tributos não pode e não deve ser considerado um ato ilícito. Acrescentou não haver excesso à boa fé da pessoa, e que não é enganada a boa fé do Fisco quando o contribuinte age às claras, sem nada esconder, expondo ao crivo da fiscalização tudo o que fez, exatamente como ocorreu no caso analisado.

Afirmou que os Agentes Fiscais não comprovaram as presenças de dolo e de fraude; que não comprovaram, através de documentos hábeis ou da demonstração de patologias nos documentos hábeis que lhes foram apresentados (falsificações, adulterações, etc.), que as declarações de vontade constantes dos documentos societários não eram efetivas; que o montante do ágio e o valor dos dividendos e juros sobre capital próprio recebidos pelos acionistas não têm qualquer relação com eventual dolo na apuração dos tributos da pessoa jurídica e nada mais representa do que o exercício de um direito previsto na legislação societária e tributária;

Requeru o cancelamento do auto de infração complementar por aplicação do art. 112 do CTN, afirmando que os Agentes Fiscais socorreram-se das lições do Prof. Marco Aurélio Greco a respeito de como a realidade de um planejamento tributário pode ser visualizada, mas deixaram de levar em conta sua posição radicalmente oposta no que se refere à aplicação de multas qualificadas no lançamento relacionado a planejamentos tributários. Afirmou existir dúvida na interpretação e aplicação da legislação tributária pelos Agentes Fiscais, não havendo qualquer espaço para o cabimento da multa qualificada, e que o elevado grau de incerteza na qualificação jurídica da conduta impõe a aplicação do princípio da “benigna ampliada”, consagrado no artigo 112 do CTN.

Artur Noemio Grynbaum e Miguel Gellert Krigsner também apresentaram impugnação, nas quais reiteram as alegações de defesa apresentadas pelo contribuinte e acrescentam que: (i) o § 3º do art. 18 do Decreto nº 70.235, de 1972, não contempla a hipótese de lançamento complementar para atribuição de responsabilidade solidária; (ii) o recebimento de dividendos e JCP caracterizam-se como exercício de um direito, não podendo ser usado para justificar a aplicação do art. 187 do Código Civil, pois não há que se falar em abuso de direito na qualidade de administradores da Cálamo; (iii) que os Agentes Fiscais entenderam que o simples fato de serem acionistas da Cálamo e dela receberem dividendos e JCP seria suficiente para caracterizar o “interesse comum” a que se refere o art. 124, I, do CTN; (iv) que esse interesse comum, para fins de atribuição de responsabilidade solidária, não está relacionado com eventual “interesse econômico” (efetivação do negócio), mas sim com o interesse jurídico na constituição do fato gerador, ou seja, quando duas ou mais pessoas pratiquem conjuntamente um determinado fato gerador e sejam, todas elas, sujeitos passivos do mesmo tributo; (v) que os acionistas não podem ser automaticamente considerados coobrigados solidários de sociedades das quais participem, posto não serem sujeitos passivos do IRPJ e CSL e não terem a menor condição ou capacidade jurídica de praticar o fato gerados desses tributos; (vi) que a solidariedade não é um tipo de sujeição passiva por responsabilidade indireta, nem tampouco é uma forma de inclusão de um terceiro no pólo passivo da obrigação tributária; (vii) que os devedores solidários não são terceiros, mas sim aqueles que efetivamente realizam o fato gerador de forma conjunta e que sejam, ambos, sujeitos passivos do mesmo tributo; (viii) que os Agentes Fiscais imputaram a responsabilidade com fulcro no art. 135, III, do CTN, alegando que, na qualidade de administradores, as pessoas físicas indigitadas agiram de forma dolosa, com o objetivo de reduzir a carga tributária da Cálamo, através das denominada *s step transactions*; (ix) que não há a menor possibilidade de as operações em questão serem consideradas como *step transactions*, uma vez que (ix.1) os Agentes Fiscais omitiram muitas outras operações que estavam inseridas no contexto maior de reestruturação das empresas; (ix.2) as operações não foram encadeadas em sequência e eram independentes uma da outras; (ix.3) todas as operações ostentavam propósito comercial específico, devidamente declarado e comprovado; (ix.4) houve plena vivência dos efeitos das operações e congruência em outros ambientes; (x) que não ocorreu a prática de qualquer abuso de direito, mas, supondo que a tal lei tida por violada seja o art. 187 do Código Civil, ele não se presta a justificar a atribuição de responsabilidade com base no art. 135, III, do CTN, pois as condutas ali descritas são típicas do direito societário, ou seja, a infração à lei capaz de gerar a responsabilidade do administrador é aquela de natureza exclusivamente societária, pela prática de atos contrários ao interesse da sociedade.

A 1ª Turma de Julgamento da DRJ em Curitiba manteve na íntegra os lançamentos, tendo o acórdão recebido a seguinte ementa:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2007, 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: 2007, 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, pois as receitas

equivalentes aos lucros da coligada ou controlada não representam um lucro efetivo, já que a investidora por eles pagou antecipadamente, devendo baixar o ágio contra esses valores.

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: 2007, 2008, 2009

POSSIBILIDADE DE FISCALIZAÇÃO DE FATOS OCORRIDOS EM PERÍODOS ANTERIORES. DECADÊNCIA. EFEITOS TRIBUTÁRIOS COM REPERCUSSÃO EM EXERCÍCIOS FUTUROS.

Os contribuintes estão sujeitos à fiscalização de fatos ocorridos há mais de cinco anos, ainda que não seja mais possível efetuar exigência tributária, em face da decadência, quando houver repercussão de seus efeitos em exercícios futuros ainda não decaídos; assim, não há como se iniciar a contagem do prazo decadencial no momento da constituição do ágio interno, pois não havia ainda crédito tributário algum a ser constituído; apenas com o início da amortização do ágio interno passou a haver redução indevida do resultado tributável, quando, então, foi iniciada a contagem do prazo decadencial do direito de a Fazenda Pública efetuar o pertinente lançamento de ofício, inclusive com a correspondente multa de ofício.

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 intragrup, 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.

Ciente da decisão em 03/04/2012, a interessada ingressou com recurso em 24/04/2012, cujas razões de defesa, que reeditam as apresentadas em impugnação, encontram-se desenvolvidas ao longo de 135 páginas, assim sumariadas pela Recorrente:

PARTE A:

DO ÁGIO APURADO EM OPERAÇÕES DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES EM 2006

A.1-DAS RAZÕES EMPRESARIAIS QUE ENSEJARAM A APURAÇÃO DO ÁGIO E SUA AMORTIZAÇÃO PELA RECORRENTE: Nesse tópico a Recorrente comprova que a apuração e amortização do ágio foi motivada por ampla reestruturação societária do grupo Boticário com propósitos negociais legítimos e verdadeiros, com suficiente motivação extratributária (pág. 08).

A.2-DAS ALEGAÇÕES DAS AUTORIDADES FISCAIS PARA GLOSAREM OS ENCARGOS DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO APURADO NA OPERAÇÃO DE INCORPROAÇÃO DE AÇÕES EM 2006, NAS BASES DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL: Síntese das razões contidas no Termo de Verificação Fiscal (pág. 23)

A.3- DO DESPACHO PROFERIDO PELO PRESIDENTE DA 1ª TURMA DA DRJ EM CURITIBA E DA LAVRATURA DE AUTO DE INFRAÇÃO COMPLEMENTAR: Nesse tópico a Recorrente demonstra que, em menos de (um) dia, o Presidente da DRJ chegou a conclusão diversa da qual os Srs. Agentes |Fiscais, em mais de um ano de fiscalização, não chegaram, qual seja, de que o caso requeria a aplicação de multa qualificada e atribuição de responsabilidade solidária dos acionistas pessoas físicas da Recorrente, determinando fosse efetuada diligência para lavratura de auto de infração complementar com essa específica finalidade (pág. 25)

A.4- DO ACÓRDÃO PROFERIDO PELA 1ª TURMA DA DRJ CURITIBA: Síntese das razões de decidir do acórdão de primeira instância (pág. 27)

A.5-DAS QUESTÕES SUPERADAS TACITAMENTE PELO ACÓRDÃO RECORRIDO E QUE DEIXARAM DE INTEGRAR O LANÇAMENTO POR NÃO SE TRATAR MAIS DE MATÉRIA LITIGIOSA: Neste tópico a Recorrente demonstra que uma série de acusações contidas no Termo de Verificação dos lançamentos original e complementar foram afastadas tacitamente pelo acórdão recorrido por absoluta ausência de manifestação a respeito (pág. 28)

A.6 - DAS PRELIMINARES

A.6.1-DAS NULIDADES DO AUTO DE INFRAÇÃO COMPLEMENTAR A SEREM RECONHECIDAS DE OFÍCIOS: Em sede de preliminar. A Recorrente demonstra a nulidade do despacho do Presidente da DRJ, que determinou a diligência para lançamento complementar sem a observância do devido processo legal (pág. 33)

A.6.2- Da nulidade do lançamento complementar por violação ao art. 146 do CTN: Neste tópico a Recorrente demonstra que houve modificação do critério jurídico em relação ao mesmo fato gerador e sujeito passivo no lançamento complementar, em frontal violação ao art. 146 do CTN (pág. 42)

A.7- DA QUESTÃO PREJUDICIAL AO MÉRITO NÃO ENFRENTADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO: O acórdão recorrido não analisou questão fundamental prejudicial ao mérito, qual seja, a impossibilidade de tributação da receita de reversão da provisão constituída com base nas Instruções 319 e 349 da CVM, a qual foi adicionada ao lucro real e base de cálculo da CSL quando de sua constituição (pág. 51).

A.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 termo “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. 53)

A.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 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. 73).

A.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 ocorrer 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. 73)

A.11- ISONOMIA COM O TRATAMENTO FISCAL DO DESÁGIO; E SE FOSSE APURADO UM DESÁGIO EM 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. 84)

A.12- DO LANÇAMENTO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À LEI; VIOLAÇÃO AOS ARTS. 142 DO CTN R 8º, B DA LEI Nº 9.532/97: Neste tópico a Recorrente demonstra que a suposta figura do “ágio em si mesmo” é amparada pelo Direito Tributário (art. 8º, “b” da Lei nº 9.532/97) (pág. 87)

A.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. 90)

A.14- DA APLICAÇÃO DA MULTA QUALIFICADA NO CASO CONCRETO: Neste tópico a Recorrente demonstra que não houve dolo ou fraude no caso concreto (pág. 94)

A.15- DO CANCELAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO COMPLEMENTAR POR APLICAÇÃO DO ART. 112 DO CTN: Neste tópico a Recorrente demonstra que houve dúvida por parte dos Srs. Agentes Fiscais em relação à aplicação da multa qualificada e atribuição de responsabilidade solidária aos acionistas da Recorrente, atraindo a aplicação do art. 112 do CTN (pág. 103)

A.16- DA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MULTA ISOLADA CONCOMITANTEMENTE COM A MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA: DUPLA FINALIDADE SOBRE A MESMA SUPOSTA INFRAÇÃO: Neste tópico a Recorrente demonstra a impossibilidade de aplicação da multa isolada concomitantemente com multa de ofício (pág. 109)

A.18- DA ILEGALIDADE DA COBRANÇA DE JUROS SOBRE A MULTA DE OFÍCIO (pág. 112)

PARTE B

DO ÁGIO APURADO NA OPERAÇÃO DE AUMENTO DE
CAPITAL EM 2003

*B.1- BREVE RETROSPECTO DOS SEGMENTOS DE
NEGÓCIO DO RAMO IMOBILIÁRIO (pág. 113)*

*B.2- DA LEGITIMIDADE DO ÁGIO APURADO EM 2003 E
SEU RESPECTIVO TRATAMENTO FISCAL EM 2007; DAS
INFUNDADAS ALEGAÇÕES DO ACÓRDÃO DA DRJ: Neste
tópico a Recorrente demonstra que o ágio apurado em 2003 é
totalmente legítimo, não havendo que se falar em “ágio interno”
e tampouco de dolo ou fraude (pág. 114).*

*B.3- DA DECADÊNCIA/PRECLUSÃO DO DIREITO DO FISCO
QUESTIONAR A LEGALIDADE DOS ATOS SOCIETÁRIOS
QUE DERAM ORIGEM AO ÁGIO APURADO EM 2003 E SUA
RESPECTIVA DEDUÇÃO QUANDO DA INCORPORAÇÃO DO
“ESPAÇO ESTAÇÃO” PELA RECORRENTE, OCORRIDA EM
2007: Neste tópico a Recorrente demonstra a decadência do
direito do Fisco em questionar atos societários que deram
origem ao ágio apurado em 2003 e sua respectiva dedução pela
Recorrente em 2007. (pág. 119)*

*B.4- DA INDEVIDA APLICAÇÃO DA MULTA QUALIFICADA
AO CASO CONCRETO (pag.124)*

Concluiu requerendo o provimento integral do recurso para cancelamento das exigências, e, se necessário, o acolhimento das nulidades decorrentes da lavratura do auto de infração complementar e seu consequente cancelamento integral.

Os acionistas pessoas físicas incluídos como responsáveis solidários apresentara recurso tempestivo. Inicialmente, pontuam que o acórdão recorrido manteve a responsabilidade solidária por entender que os Recorrentes teriam participado diretamente das operações que possibilitaram à Cálamo amortizar o ágio; que teriam se beneficiado com os supostos ganhos indevidos de natureza tributária, mediante recebimento de dividendos e juros sobre o capital próprio (justificando a aplicação do art. 124 do CTN), e que teria havido violação do art. 386, III, do RIR/99 (justificando a aplicação do art. 135, III, do CTN).

Alegam que a decisão não se manifestou sobre as questões, levantadas em impugnação, da inexistência de *step transactions* e de abuso de direito. Com isso, entendem que as matérias não enfrentadas restaram tacitamente superadas em primeira instância administrativa, não mais integrando o lançamento complementar, não podendo ser aventadas pelo CARF sob pena de supressão de instância e cerceamento de defesa. Diz que, se vale para o contribuinte a regra segundo a qual os órgãos julgadores não tomarão conhecimento da matéria não impugnada, da mesma forma deve valer quando os órgãos julgadores não se manifestam sobre determinadas razões específicas e fundamentais apresentadas na impugnação, pois o silêncio da administração nunca deve ser interpretado ou usado contra o administrado, mas apenas em seu favor. Pelo princípio da eventualidade, em caso de o CARF levantar qualquer dessas questões, reporta-se às razões apresentadas nos itens 4 e 4.1 da impugnação.

Reeditam as preliminares de nulidades do auto de infração complementar a serem conhecidas de ofício (decorrentes da nulidade do despacho que determinou a lavratura do auto complementar, por incompetência do agente administrativo que o praticou e por ausência de motivação), bem como nulidade do lançamento complementar por violação ao art. 146 do CTN.

Reafirmam a inexistência de fraude ou dolo, destacando que nem as autoridades fiscais, nem o acórdão recorrido lograram demonstrar sua efetiva existência.

Reporta-se à doutrina de Marco Aurélio Greco, a mesma referida pelas autoridades fiscais, e dela transcreve excertos que atestam que não basta querer um resultado para haver dolo e se configurar a infração.

Repete a argumentação desenvolvida na impugnação, quanto à inaplicabilidade dos artigos 124, I e 135, III, do CTN, ao caso concreto, e aduz argumentos a respeito da inaplicabilidade do art. 135, III com fundamento nas razões de decidir do acórdão recorrido, que afirma ter modificado o critério jurídico do lançamento complementar para imputação da responsabilidade.

Reitera a alegação de ilegalidade da cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Valmir Sandri, Relator.

Recursos tempestivos e em conformidade com as disposições legais e regimentais pertinentes. Deles conheço.

Os lançamentos (IRPJ e CSLL), cuja legalidade é submetida ao crivo deste CARF, fundamentam-se em glosa da dedução de despesas com amortização de ágio.

Como preliminar, o Recorrente alega, em síntese, que no ano de 2011 o Fisco não mais poderia verificar a regularidade dos atos que originaram o direito ao aproveitamento do ágio, alcançados pela preclusão, haja vista o transcurso do prazo decadencial de cinco anos entre os fatos que propiciaram o surgimento desse ágio, ocorridos no ano 2003, e a lavratura dos autos de infração.

Esse tema já foi por mim apreciado em julgamentos anteriores, a exemplo do que foi objeto do Acórdão nº 1301-000.999, que também analisava amortização de ágio, e no qual expressei o seguinte entendimento:

Na análise da decadência envolvendo fatos pretéritos com repercussão futura, a primeira distinção a ser feita é quanto ao fato que está repercutindo, a fim de avaliar se o lançamento que está sendo efetuado (por repercussão do fato pretérito) implica alteração de resultado fiscal alcançado pela decadência. Sendo mais claro, não pode a fiscalização glosar compensação de prejuízo fiscal (ou base de cálculo de CSLL negativa) de período anterior, já alcançado pela decadência, porque isso implicaria em revisão de lançamento daquele período pretérito ¹.

No presente caso, o fato pretérito que está repercutindo no lançamento não é resultado fiscal de período anterior, mas reorganização societária que a fiscalização imputou artificiosa e simulada, para produzir uma despesa dedutível. E o que está sendo objeto de lançamento não são os atos societários, eis que a Secretaria da Receita Federal do Brasil, por seus agentes, não valida ou invalida atos societários, mas analisa sua repercussão frente à legislação tributária e exige os tributos porventura deles decorrentes.

(...)

Assim, a decadência não tem por referência a data do fato registrado na contabilidade, mas sim, a data de ocorrência dos fatos geradores em que esse fato produziu o efeito de reduzir o tributo devido.

Como a autoridade limitou-se a lançar os tributos relativos aos períodos não alcançados pela decadência, rejeito a preliminar suscitada”.

De se ressaltar que a administração tributária não interfere nos registros contábeis dos contribuintes, interessando-lhe, apenas, os efeitos dos fatos (qualquer que seja a forma do seu registro) na apuração do crédito tributário. Enquanto o fato registrado não repercutir na apuração do crédito, nada pode fazer o representante do fisco.

Assim, rejeito a alegação de “preclusão”.

Em segunda preliminar, relativo ao ano-calendário de 2008/2009, requer o cancelamento do lançamento, ao argumento de erro do enquadramento legal e descrição de fatos, pelo fato de que as exclusões de amortização de ágio na apuração do lucro real ter sido contabilizada em contrapartida à conta de receita, citando, inclusive, jurisprudência desse órgão neste sentido, ou seja, o ágio teria sido considerado anteriormente quando da provisão para efeito da IN da CVM.

Com a devida vênia, não me parece que o fato de a fiscalização ter apontado exclusões indevidas do Lucro Real e a irregularidade cometida foi a contabilização de despesas indedutíveis, são motivos para cancelar a exigência, eis que os fundamentos legais apontados são os mesmos, eis que a discussão gira em torno da amortização do ágio e dele está se tratando, e dele o contribuinte se defendeu o tempo todo no processo. Eventual jogo de palavras no momento do lançamento, mas apontada a infração com clareza, inclusive com o seu momento temporal, não dá asno ao seu cancelamento, razão porque, afasto a preliminar suscitada.

Passo ao mérito.

Novamente este Conselho deve enfrentar questão relacionada com a glosa de amortização de ágio. Os auditores fiscais designados para cumprimento do procedimento fiscal, de posse da escrituração contábil e fiscal do contribuinte e com os esclarecimentos por ele prestados, analisaram os fatos à luz da legislação e entenderam que *“As despesas com os ‘ágios’ que a CÁLAMO contabilizou em dezembro de 2006 e de novembro de 2008 a março de 2009 não eram necessárias e, portanto, não dedutíveis, sendo indevida e inadmissível a exclusão desses valores na apuração do lucro real (LALUR) realizada pela empresa”* (item 91 do TVF). Os fundamentos por eles declinados para a glosa das deduções e exclusão foram:

1- Quanto às parcelas com origem no ágio de R\$ 1.168.982,33 (migrado da Estação Empreendimentos e Participações Ltda.), por se tratar de ágio gerado dentro do mesmo grupo (ágio interno) (item 44 do TVF).

2- Quanto às parcelas com origem no ágio de R\$ 1.001.872.589,36, apurado quando a Cálamo se tornou subsidiária integral da G&K, mediante incorporação de suas ações, porque: (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 Cálamo 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 intra-grupo; (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.

A exigência em julgamento não se relaciona com ágio pago na aquisição de participações societárias no processo de privatização, situação em que a tarefa do julgador restaria sobremaneira facilitada. O caso se insere na categoria do que se convencionou chamar “*ágio interno*” (gerado em transações entre pessoas do mesmo grupo), que a fiscalização tem invariavelmente entendido como inexistente, e glosado a respectiva amortização.

Na análise da questão “*ágio interno*” tenho me posicionado no sentido de 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, pelo fisco, das respectivas amortizações. Reporto-me aos argumentos que apresentei no voto condutor do Acórdão 1301-001.299, no qual expressei que:

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

2-A tese de que, à luz da ciência contábil, é vedado o registro de ágio gerado em operações envolvendo empresas do mesmo grupo, amplamente utilizada pela fiscalização a partir da publicação de artigo produzido pelos professores Eliseu Martins e Jorge Viera da Costa,² também não tem sustentação, como esclarecido pelo próprio Professor Eliseu em parecer complementar³, no qual afirma que:

2.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;

2.ii- Tal vedação, porém, teve vida curta, pois em 2012 o CPC voltou atrás e passou a permitir o reconhecimento;

2.iii Também voltaram atrás a CVM e o CFC, que aprovaram a mudança;

2.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;

2.v- A vedação acabou valendo tão somente para os exercícios sociais de 2010 e 2011.

² "A incorporação reversa com ágio gerado internamente: consequências da elisão sobre a contabilidade."

³ Parecer que instruiu o processo que deu origem ao acórdão citado. Autenticado digitalmente em 06/0

4/2015 por WILSON FERNANDES GUIMARAES, Assinado digitalmente em 30/04/2015 por VALMIR SANDRI, Assina

do digitalmente em 12/05/2015 por VALMAR FONSECA DE MENEZES

Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Como já me manifestei em ocasiões anteriores em que enfrentei o tema, meu entendimento é de que não é todo “*ágio gerado dentro do mesmo grupo*” que deve ser repudiado, e reporto-me à lúcida “Declaração de Voto” do insigne Conselheiro Marcos Takata, no julgamento objeto do processo nº 10980.017128/2008-35 (Acórdão nº 1103-00.501). Nela o ilustre Conselheiro pondera que nem todos os ditos “*ágios internos*” são artificiais, sem causa, havendo ágios formados dentro do mesmo grupo que têm efetividade econômica ou significado econômico, e disso cita exemplos. Essas judiciosas considerações foram repetidas por Takata no artigo “*Ágio Interno sem Causa ou ‘Artificial’ e Ágio Interno com Causa ou Real – Distinções Necessárias*”, publicado pela Editora Dialética⁴, também ilustrado com exemplos de ágio interno sem causa ou “artificial” e de ágio interno com causa ou “real”.

Essa também tem sido a diretriz que tem orientado meus votos: considero legítima a amortização, para fins tributários, de ágios *internos* reais (vide voto condutor do Acórdão 1301-001.299), devendo ser rejeitados apenas os efeitos tributários relacionados com ágios artificialmente criados (simulação relativa), com o único objetivo de gerar uma despesa tributária. Exemplo dessa última situação é a abordada no voto condutor do Acórdão 1301-001.350, que reproduzo, substituindo o nome das empresas envolvidas:

“As reorganizações societárias praticadas para justificar as despesas contabilizadas (e glosadas) transcorreram entre os dias 23 e 29 de dezembro de 2004, e envolvem a empresa “X Holding” e duas empresas das quais, praticamente, era a única quotista, a Recorrente “Y” e a “Z Holding”.

De fato, em 23 de dezembro de “X Holding” era detentora de 99,97% do capital da Recorrente e de 99,99% do capital de “Z Holding”. Nessa mesma data a “X Holding” integralizou aumento do capital da “Z Holding” mediante a transferência das quotas do capital social de “Y”, reavaliadas com base na expectativa de resultados futuros. Em função disso, “Z Holding” registrou o ágio na aquisição de investimento em “Y”. Seis dias após (em 29 de dezembro) a “Z Holding” é extinta por incorporação pela “Y”, e o ágio nela registrado é transferido para “Y” como ativo diferido (amortizável como despesa).

Indaga-se: Que reorganização societária é essa, promovida em seis dias, e em que nada se alterou, pois a situação inicial, em que “X Holding” era praticamente a única proprietária da “Y”, empresa cujo patrimônio líquido era de aproximadamente R\$ 300.000,00 (em números arredondados), ao final da “reorganização relâmpago” continuou com a mesma configuração: “X Holding”, praticamente única proprietária da “Y”, empresa com patrimônio líquido de aproximadamente R\$ 300.000,00? A única diferença foi a “criação” da despesa amortizável em “Y”, equivalente a 100 vezes seu patrimônio líquido.

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

modalidade de contraprestação. A ausência de pagamento em dinheiro, por si só, não invalida a escrituração do ágio.

Porém, não nos olvidemos de que a acusação é de simulação relativa.

(...)

A simulação é, pois, um vício da vontade, a vontade em desconformidade com o ato praticado. O elemento central na definição jurídica de simulação é “aparentar a realidade de uma intenção que não é a verdadeira, e que se disfarça por esse fingimento.” (De Plácido e Silva).

A acusação de simulação envolve intenção de enganar. No caso concreto, enganar o fisco quanto à sinceridade na aquisição do investimento (quotas da Recorrente Y) por valor 100 vezes superior ao seu valor patrimonial, fundamentado na expectativa de resultados futuros.

Qual a justificativa para Z Holding “adquirir”, de X Holding, sua controladora total, a (praticamente) totalidade das quotas da Y a um custo de aquisição com uma extraordinária mais valia baseada na expectativa de resultados futuros, se esses possíveis “resultados futuros” já eram e continuarão a ser da única controladora total de toda a cadeia, a “alienante” X Holding?

Toda a vontade que comandou a “reorganização societária” foi a vontade da controladora total (X Holding), e a verdadeira intenção não foi, sequer, possibilitar se valer das normas permissivas criadas pelo Estado para reduzir a carga tributária (o que seria legítimo), mas exclusivamente fazer aparecer um ágio inexistente.

No caso concreto, o ágio não é verdadeiro, porque foi forjado pela X Holding mediante a “criação” e subsequente extinção da Z Holding, sem qualquer justificativa negocial.

Reafirmo que há a possibilidade de ágios reais, efetivos, com causa, formados dentro do mesmo grupo econômico. Contudo, essa qualidade não tem o ágio interno no caso em análise, carente de significado econômico.”

Portanto, no enfrentamento de cada caso concreto, é necessário delinear os contornos fáticos, analisar as particularidades que o envolvem e contrapô-las às acusações fiscais, para interpretar e aplicar o direito.

Antes de fazê-lo, porém, destaco a preciosa abordagem teórica conceitual a respeito do ágio baseado na expectativa de resultados futuros, seu reconhecimento como um ativo, as normas contábeis internacionais e a realidade brasileira, constante do Parecer do Professor Eliseu Martins, às fls. 3380/3425, cuja leitura, na íntegra, recomendo aos meus pares. Seu caráter extremamente didático, na certa, em muito ajudará a compreender as questões envolvendo o reconhecimento contábil do ágio gerado em operações entre partes relacionadas.

Transcrevo a parte conclusiva desse trabalho relacionada com os aspectos contábeis envolvidos, abstendo-me de reportar-me aos opinamentos e às conclusões do parecerista sobre seus efeitos fiscais, eis que esse é o escopo desse julgamento administrativo, de competência do Colegiado.

Resposta aos quesitos:

1-É correto o entendimento manifestado pelas autoridades fiscais dos respectivos Termos de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal –TVEAF de que o ágio só pode ser apurado quando há circulação de recursos financeiros, ou seja, pagamento em dinheiro pela aquisição do respectivo investimento?

Resposta: Não. Conforme discutido nas páginas precedentes, a circulação financeira (pagamento em dinheiro nunca foi conditio sine qua non para a apuração do ágio. O ágio pode ser apurado de forma plena, por exemplo, em uma operação de troca de ações. Não há diferença entre os processos de mensuração de compra de uma participação societária versus o de qualquer outro ativo.

2- Na Reorganização Societária das empresas do grupo Boticário há a denominada figura do “ágio interno” tal como referido pelas autoridades fiscais no TVEAF? O “ágio interno”, a rigor, não surgiria apenas quando a própria entidade jurídica reconhecesse a mais valia do seu investimento, registrando-a de forma espontânea em seus livros contábeis?

Resposta: A operação realizada pela consultante não pode ser caracterizada como ágio interno. (...). No Brasil, principalmente à época dos atos praticados, “ágio interno” se referia, de fato, exclusivamente ao reconhecimento desse ativo dentro da própria entidade jurídica, num registro que concordamos em chamar de espontâneo.

3- Ainda que se admita, por hipótese, a figura do “ágio interno” na operação de Reorganização Societária do grupo Boticário, referido ágio não deveria ter sua expressão tributária reconhecida pela contabilidade enquanto um ativo fiscal?

Resposta: Sem sombra de dúvida. (...) Nunca houve qualquer vedação ao reconhecimento desse tipo de ágio.

4- A figura do “ágio interno” teria sido normatizada pelo Conselho Federal de Contabilidade –CFC como consequência do princípio do registro pelo valor original, consoante art. 7º da Resolução CFC nº 750/1993? Esse dispositivo tem alguma pertinência em relação à Reorganização Societária do grupo Boticário?

Resposta: Não. Não é correto afirmar-se que teria havido tal normatização pelo Conselho Federal de Contabilidade por meio dessa Resolução. Essa resolução se refere, explícita e expressamente, em registro “pelo valor original”, o que mais facilmente afasta essa possibilidade. (...)

5- *Os entendimentos manifestados no Ofício Circular CVM nº 1/2007 e na Resolução CFC nº 1.110/2007 deveriam ter sido observados pelas empresas envolvidas na Reorganização Societária do grupo Boticário?*

Resposta: *Tais dispositivos não possuem impacto tributário e, além disso, o da CVM dirige-se exclusivamente a companhias abertas, o que não é o caso na situação presente. Além disso, mesmo para companhias abertas o Ofício Circular não tem poder coercitivo. O do CFC nem é pertinente ao caso em questão.*

6- *Estão corretas as conclusões a que chegaram as autoridades fiscais nos respectivos TVEAF, com base em artigo doutrinário de sua autoria intitulado “A incorporação reversa com ágio gerado internamente”?*

Resposta: *Não. Na referida peça doutrinária tratamos de recomendação acerca de práticas contábeis de reconhecimento, mensuração e evidenciação. Essa peça se referia a pleito de mudanças nas legislações societária e fiscal, exatamente porque tudo o nele referido possuía, no nosso entender, base legal.*

Deixo de transcrever os quesitos 7 e 8 por serem, essencialmente, sobre a legalidade do lançamento (se estão corretas as glosas das exclusões, no LALUR, das reversões de provisões e das deduções das amortizações do ágio), resposta que cabe aos conselheiros. Registro, porém, que a resposta em tese do quesito 7 está conforme sempre tem se manifestado este Conselho: se na constituição da provisão ela foi objeto de adição no LALUR, na sua reversão é legítima a exclusão.

Analisemos, inicialmente, a questão do ágio decorrente de operações entre partes ligadas.

Como já dito acima, sempre que uma sociedade empresária possua investimentos em coligada ou controlada (e, após a MP 449/2008, transformada na Lei 11.941/2009, em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo ou estejam sob controle comum), ela está obrigada a desdobrar o respectivo custo de aquisição do investimento em valor da equivalência patrimonial e ágio.

Portanto, independentemente de a aquisição do investimento dar-se em negociação com parte relacionada, o registro do ágio não é opção da pessoa jurídica, mas imperativo legal (art. 248 da Lei nº 6.404/76). Sempre que uma sociedade adquira participação societária em outra que lhe garanta o controle, como é o caso em estudo, não importa de quem adquiriu (pessoa ligada ou estranha), e a que título o fez, desde que o valor de aquisição seja superior ao valor patrimonial da participação adquirida, o registro do ágio é obrigatório.

Por essa razão, devem ser relativizadas as afirmativas, tantas vezes citadas por auditores fiscais para justificar autos de infração, de que “(a) *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*”; (b) “*à luz da Teoria da Contabilidade, é inadmissível o surgimento de ágio em uma operação realizada dentro de um*

mesmo grupo econômico”; (c)” não é permitido contabilmente o reconhecimento de ágio gerado internamente, tampouco o lucro resultante”. Elas têm relevância no contexto em que propostas, qual seja, no corpo de trabalho acadêmico produzido pelos Professores Jorge Vieira da Costa Junior e Eliseu Martins para apresentação em congresso de contabilidade.

Como disse no parágrafo precedente, independentemente da interpretação que os auditores atribuam à teoria contábil à luz da ciência, o fato é que há lei determina o registro do ágio sempre que o valor de aquisição for superior ao valor patrimonial, independentemente de quem sejam as partes alienante e adquirente. Os efeitos tributários serão vistos à luz do Direito Tributário, bem como da consideração de eventual situação de simulação relativa, objetivando albergar-se de efeitos tributários inaplicáveis à verdadeira situação.

Aliás, o fato de a negociação se dar entre partes relacionadas não teria, em princípio, relevância fiscal, pois os direitos do fisco estão resguardados pela previsão legal de tributação do resultado positivo obtido pelo alienante, ostensiva ou disfarçadamente⁵.

De fato, em qualquer situação (negociação entre pessoas relacionadas ou não), a legislação tributária sempre previu a tributação do ganho decorrente da alienação de bens do ativo permanente. Antes, como resultado líquido de transações eventuais⁶, e a partir do Decreto-lei nº 1.598/77, como resultado não operacional (ganho de capital). Em caso de operações entre partes relacionadas, a falta de independência fica resguardada pela aplicação da legislação de distribuição disfarçada de lucros.

A apuração de ganho ou perda de capital independe da existência de uma operação precificada. Observe-se que o Decreto-lei nº 1.598/77 conceitua ganho ou perda de capital como o resultado na alienação⁷ de bens do ativo permanente, não especificando a que título jurídico se faça, nem a contraprestação recebida. Portanto, estão abrangidas pelo conceito todas as formas de transmissão de propriedade (alienação) de bens do ativo permanente, seja por decorrência de venda e compra, seja por permuta, dação em pagamento, ou qualquer outra. O que implica dizer que o resultado não operacional pode decorrer de confronto entre “valores”, independentemente de fixação de “preço” (que ocorre no contrato de compra e venda).

Da mesma forma, também é alcançado pelo conceito de ganho ou perda de capital o resultado na baixa de bem do ativo permanente, o que independe de preço. Essa irrelevância da precificação para a apuração do resultado não operacional é evidenciada, também, no art. 34 do Decreto-lei nº 1.598/77, que trata de resultado não operacional decorrente da baixa, por extinção, de ações ou quotas de capital, nos casos de fusão, incorporação ou cisão de sociedades em que uma possua participação no capital da outra⁸.

A lei sempre tributou, também, os aumentos de valor dos bens do ativo decorrentes de reavaliação. Já o Regulamento do Imposto de Renda de 1926 (Decreto nº

⁵ Art. 72 da Lei nº 4.506/64 e arts. 60 a 62 do Decreto-lei nº 1.598/88.

⁶ Lei nº 4.506/64, art. 37, § 2º : Considera-se lucro real, para os efeitos desta lei, o lucro operacional da empresa, acrescido ou diminuído dos resultados líquidos de transações eventuais.

⁷ E também na baixa (por perecimento, extinção, desgaste ou obsolescência) ou na liquidação.

⁸ O resultado não operacional é apurado mediante comparação entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor do acervo líquido que as substituir.

17.390/26) continha previsão expressa nesse sentido⁹, que também consta do art. 43, § 1º, alínea “h” do Decreto nº 5.844/43¹⁰. O Decreto-lei nº 1.598/77 manteve a previsão, com permissão para diferimento da tributação quando da realização da reserva formada pela contrapartida do aumento.¹¹

A possibilidade de diferir a tributação do ganho de capital decorrente da alienação de participação societária integrante do ativo permanente, ou de sua reavaliação, depende de previsão expressa em lei. Essa situação ocorreu, por exemplo, no período de vigência do art. 36 da Lei nº 10.637/2002¹² que, antes de ser revogado pela Lei nº 11.196/2005, admitia o diferimento da tributação da reavaliação para o período de sua realização. Mas em qualquer hipótese (tributação imediata ou diferimento para o período de realização), o ganho de capital é tributável.

Assim, no caso em questão, em dezembro de 2006, quando ocorreu a incorporação de ações de Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza S.A. à G&K Holding S.A., se o proprietário das ações incorporadas (alienante) fosse pessoa jurídica, o efeito tributário seria, simplesmente, tributar como ganho de capital na pessoa jurídica alienante a diferença entre o valor contábil das ações e o valor pelo qual elas foram transferidas (participação subscrita na G&K Holding). Assim, para fins fiscais, não importa não ter havido pagamento em moeda, nem se tratar negócio entre pessoas relacionadas, porque os efeitos tributários, para o alienante, são os mesmos em qualquer situação: tributação do ganho de capital auferido pelo alienante.

Na G&K a participação em Cálamo seria registrada com o custo desdobrado em valor patrimonial e ágio (exatamente o valor tributado na pessoa jurídica que, hipoteticamente, transferiu as ações da Cálamo em integralização do capital de G&K), ágio esse que teria o tratamento tributário previsto em lei (amortização neutra, influência apenas na apuração de resultado não operacional).

Portanto, se esse fosse o caso (ações da Cálamo incorporadas à G&K serem de propriedade de pessoa jurídica), a partir da cisão seletiva, quando G&K transferiu para a Cálamo o seu próprio ágio, não haveria nenhum impedimento para a amortização, pela Cálamo, do ágio, cujo valor já fora oferecido à tributação como ganho auferido pela pessoa jurídica que alienou as ações à G&K. Qualquer preocupação fiscal relacionada com possível planejamento inoponível ao fisco seria totalmente despropositada, pois a tributação do ganho de capital no momento da incorporação das ações inviabiliza a economia tributária.

Observe que há manifestações doutrinárias no sentido de que, em caso de incorporação de ações, a substituição das ações não gera ganho de capital tributado. Destaco,

⁹ Art. 56, § 1º : Quando houver aumento de valor do activo immobilizado, em virtude de novas avaliações, ou quando se verificar a venda de parte do activo, as quantias respectivas que não representem retribuições de capital ficam sujeitas ao imposto.

¹⁰ Art. 43, § 1º Serão adicionados ao lucro real, para tributação em cada exercício financeiro:

h) as quantias correspondentes ao aumento do valor do ativo em virtude de novas avaliações, ou à venda de parte do mesmo, desde que não representem restituições de capital. (Incluída pela Lei nº 154, de 1947)

¹¹ Art. 35 - A contrapartida do aumento de valor de bens do ativo permanente, em virtude de nova avaliação baseada em laudo nos termos do artigo 8º da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, não será computada no lucro real enquanto mantida em conta de reserva de reavaliação. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)

¹² Embora o sistema só admitisse reavaliação de investimento (participação societária) avaliável pelo custo de aquisição, o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 admitiu essa reavaliação para fins de transferência do ativo (incorporação de ações ao patrimônio de outra pessoa jurídica).

entre essas manifestações, a de Ricardo Mariz de Oliveira¹³. Com a lucidez que lhe é peculiar, aponta o ilustre tributarista que a substituição das ações não gera ganho de capital tributado, por se tratar de simples troca de um título por outro, e que a substituição produz efeito jurídico e econômico igual ao de outro negócio jurídico típico, que é a permuta de bens. E que, em ambas as operações (substituição de ações ou permuta), não há ganho passível de tributação, mesmo que a ação ou bem recebido em troca tenha valor maior que o dado, pois se trata de ganho meramente potencial, dependente, para tributação, de haver efetiva realização.

Reconhecendo o brilhantismo da exposição de Mariz e da sua irretocável argumentação jurídica, não posso ignorar os limites de uma apreciação num julgamento administrativo, que não pode se dissociar da legislação tributária positiva. Assim, não obstante a profundidade da análise do ilustre doutrinador quanto aos efeitos da permuta sem torna (intributabilidade), não posso deixar de considerar que essa não é a posição da legislação do imposto de renda. Como regra geral, a realização da mais valia do bem recebido (no caso, ação) em relação ao custo de aquisição não constitui condição prevista na legislação para sua tributação.

De fato, a definição do fato gerador do imposto de renda (aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de acréscimo patrimonial) não se atrela à disponibilidade financeira, ou à realização do acréscimo patrimonial. A relevância da realização do acréscimo, para fins de tributação, só existirá diante de previsão expressa de lei nesse sentido. O acréscimo patrimonial ocorre pela incorporação de riqueza nova ao patrimônio existente. Importa a dimensão quantitativa, em valores monetários, do patrimônio.

Nos termos da legislação, numa permuta de bens de valores diferentes, a diferença só não se sujeita à tributação se o bem recebido ingressar no patrimônio do permutante pelo mesmo valor do bem entregue. E isso, no caso de permuta de investimento representado por participações societárias, só pode ocorrer para investimentos não enquadráveis no art. 248 da Lei nº 6.404/76 (obrigatoriamente avaliáveis pela equivalência patrimonial).

Assim, se a empresa A possui ações da empresa X cujo valor contábil é 100 unidades monetárias e as utiliza para integralizar capital subscrito de B no valor de 1000 unidades monetárias, o patrimônio de A fica acrescido de 900 unidades monetárias (credita investimento em X 100 e debita investimento em B 1000). Portanto, ocorreu o acréscimo patrimonial no valor de 900, representado por uma participação societária em B, da qual A pode dispor imediatamente. Para que a diferença (900) seja excluída do lucro líquido para apuração do lucro real é necessária previsão expressa na legislação.

Essas divagações se prestam a demonstrar a inutilidade da exagerada preocupação dos agentes do fisco em identificar situações de “*planejamento inoponível ao fisco*” sempre que se deparam com o que se convencionou chamar “*ágio interno*”. Como visto, ainda que se suspeite do artificialismo do ágio, por não ter resultado de negociações entre partes independentes, em regra ele não se prestará a instrumento de economia tributária, porque será objeto de tributação como ganho de capital no alienante (do mesmo grupo). Naturalmente, **não se pode, a priori, afirmar que o ágio gerado dentro do mesmo grupo, e sem pagamento em dinheiro, não se preste a ser utilizado exclusivamente para gerar economia**

fiscal. Mas, seguramente, isso não é o que acontece na generalidade dos casos. Porque a própria legislação tributária tem os meios de proteção.

A situação não era diferente na vigência do art. 36 da Lei nº 10.637/2002, que veio admitir expressamente a reavaliação para fins de incorporação ao patrimônio de outra pessoa jurídica, instituindo um tratamento análogo ao da reserva de reavaliação: diferimento da tributação do valor correspondente à reavaliação proporcionalmente à realização. São os seguintes os termos do dispositivo:

Art. 36. Não será computada, na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido da pessoa jurídica, a parcela correspondente à diferença entre o valor de integralização de capital, resultante da incorporação ao patrimônio de outra pessoa jurídica que efetuar a subscrição e integralização, e o valor dessa participação societária registrado na escrituração contábil desta mesma pessoa jurídica.

§ 1º O valor da diferença apurada será controlado na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur) e somente deverá ser computado na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido:

I - na alienação, liquidação ou baixa, a qualquer título, da participação subscrita, proporcionalmente ao montante realizado;

II - proporcionalmente ao valor realizado, no período de apuração em que a pessoa jurídica para a qual a participação societária tenha sido transferida realizar o valor dessa participação, por alienação, liquidação, conferência de capital em outra pessoa jurídica, ou baixa a qualquer título.

§ 2º Não será considerada realização a eventual transferência da participação societária incorporada ao patrimônio de outra pessoa jurídica, em decorrência de fusão, cisão ou incorporação, observadas as condições do § 1º.

De fato, a possibilidade de planejamento vislumbrada na aplicação desse dispositivo decorre exclusivamente da equivocada interpretação do seu § 2º.

O “planejamento” largamente utilizado consistia no seguinte esquema: (i) A empresa A reavalia a participação societária X, com base na expectativa de resultados futuros, para incorporá-la ao patrimônio de Y; (ii) A exclui do lucro líquido o valor correspondente à reavaliação e o controla no LALUR, para tributá-lo na medida em que fosse realizado; (iii) Na empresa Y, o investimento X é registrado com o valor desdobrado em equivalência patrimonial e ágio; (iv) Em seguida, X incorpora Y, passando a figurar no patrimônio de X o seu próprio ágio, que passa a ser amortizado em 60 meses.

O “planejamento” assim arquitetado baseava-se no entendimento de que a incorporação de Y por X estava acobertada pela exceção prevista no § 2º, não desencadeando a tributação do ganho de capital. Contudo, trata-se de entendimento equivocado, porque o que a lei (§ 2º do art. 36) não considera realização é a transferência da participação societária incorporada (no caso X) ao patrimônio de outra pessoa jurídica, em decorrência de fusão, cisão, incorporação.

Por exemplo, se Y fosse incorporada por Z, a transferência da participação em X do patrimônio de Y para o patrimônio de Z, não desencadearia a tributação, em A, do ganho de capital controlado no LALUR. Contudo, no caso de incorporação, fusão ou cisão envolvendo as empresas Y e X, não ocorre a transferência da participação em X para outra pessoa jurídica (hipótese prevista no § 2º), mas desaparecimento da participação societária por confusão patrimonial. Nesse caso, fatalmente, deveria se dar a tributação do ganho de capital diferido auferido por A, e em caso de não oferecimento espontâneo, caberia à fiscalização exigí-lo de ofício.

Portanto, mesmo na vigência do art. 36 da Lei 10.637/2002, a própria lei continha disposição para impedir sua utilização com fins de planejamento ilícito.

Obviamente, como a criatividade humana não tem limites, podem ocorrer planejamentos ilícitos envolvendo ágio gerado dentro do mesmo grupo (artificiais, envolvendo simulação relativa). Mas outros aspectos terão que estar envolvidos, e deverão ser investigados. O fato de se tratar de ágio gerado dentro do grupo ou de ágio gerado dentro da entidade não é suficiente para, *a priori*, retirar deles os efeitos tributários previstos em lei.

Deixemos de lado os comentários sobre o art. 36 da Lei nº 10.637/2002, que não tem relação com o caso, e sobre a situação hipotética em que o detentor das ações que geraram o ágio na incorporação seja pessoa jurídica.

No presente caso, as pessoas envolvidas nas operações que deram origem aos ágios em comento (incorporação de ações) não são pessoas jurídicas, mas pessoas físicas. Nessa circunstância, a legislação tributária, por si só, pode não ser suficiente para afastar uma situação de evasão fiscal. É que a conferência de bens, pela pessoa física, para integralização de capital por valor superior ao de sua aquisição não gera para a pessoa física, necessariamente, ganho de capital tributável. Confira-se, na Instrução Normativa nº 84/2001, alterada pela Instrução Normativa 599/2005:

Art. 16 . Na hipótese de integralização de capital mediante a entrega de bens ou direitos, considera-se custo de aquisição da participação adquirida o valor dos bens ou direitos transferidos, constante na Declaração de Ajuste Anual ou o seu valor de mercado.

§ 1º Se a transferência não se fizer pelo valor constante na Declaração de Ajuste Anual, a diferença a maior é tributável como ganho de capital.

Portanto, quando o ágio nasce em operação de incorporação de ações feita por pessoa física, ele pode se prestar, sim, a um planejamento tributário, cabendo, então, ter maior cuidado na investigação de sua licitude. Há que se perquirir se o ágio é verdadeiro ou artificial, se o caso se traduz como uma simulação relativa, mediante a criação de empresa com o único propósito de fazer aparecer um ágio para dar origem a uma despesa dedutível.

Falemos, resumidamente, do que ocorreu no grupo Boticário.

O grupo Boticário é composto das empresas Botica Comercial e Farmacêutica (Botica), O Boticário Franchising (OBB), 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).

O grupo se originou com a criação da empresa Botica Comercial e Farmacêutica (Botica), que iniciou suas atividades em 1º de julho de 1977. A segunda empresa a ser criada foi a O Boticário Franchising (OBB), que iniciou suas atividades em 1º de julho de 1983. Em 2004 foram criadas as outras duas empresa (Embralog e Cálamo).

O objeto principal de cada uma dessas quatro empresas é:

1-Botica Comercial e Farmacêutica (Botica): indústria e comércio de perfumaria, cosméticos, produtos de higiene pessoal, etc.

2-O Boticário Franchising (OBB): holding mista, que detinha as participações societárias nas demais empresas e desenvolve atividades de assessoramento técnico e mercadológico concernente à comercialização de produtos cosméticos de perfumaria sob o sistema de franquia.

3-Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza (Cálamo): comércio e distribuição por atacado de perfumaria, cosméticos, produtos de higiene pessoal, etc.

4-Empresa Brasileira de Logística (Embralog): prestação de serviços de apoio logístico em geral.

Durante 30 anos o grupo funcionou como um empreendimento de administração familiar, estruturado em torno das duas pessoas físicas que o criaram. 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 torná-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.

Essa, em síntese, a história do grupo, no que nos interessa.

Retomo o curso e passo à análise de cada um dos ágios que deram causa aos autos de infração.

Primeiro ágio (investimento em Shopping Estação):

Para questionar esse ágio, o único motivo apontado pela fiscalização é que ele foi gerado dentro do mesmo grupo (ágio interno) (item 44 do TVF). Como já explanei, a meu ver, esse fato não é suficiente para recusar os efeitos fiscais previstos pela legislação tributária a ele relacionado. Isso me basta para cancelar a exigência nele fundada. Contudo, para tomada de decisão dos meus pares, analiso os aspectos fáticos que com esse tópico têm relação.

Em novembro de 2003 os Srs. Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grinbaun subscreveram aumento de capital da companhia Agatha Participações S.A. (antigo nome de K&G Empreendimentos e Participações S.A.) no valor de R\$ 41.887.998,00, que foi integralizado mediante conferência das ações que possuíam na companhia Espaço Estação Participações S/A.

A avaliação das ações para fins de integralização foi com base no custo de aquisição, conforme registrado nas respectivas declarações de imposto de renda do ano-calendário de 2002 e nas demais movimentações financeiras ocorridas ao longo do ano-calendário de 2003 (fl. 636/637 do processo).

A participação de K&G Participações (antiga Agatha) em Espaço Participações S/A. era de 99,99% e, conforme determinação legal (art. 183, III, c.c. art. 248 da Lei nº 6.404/76, e art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77), ao registrar o investimento, K&G Participações desdobrou o custo de aquisição em valor do patrimônio líquido e ágio de R\$ 1.168.982,33.

Para conferir maior clareza e facilitar a compreensão dos fatos, passamos a designar essas empresas pelos nomes que, ao final, passaram a ter, a saber: Shopping Estação, novo nome de Espaço Estação Participações S/A., e Estação Empreendimentos, derradeiro nome de K&G Participações.

Portanto, tem-se que, em 2003, Estação Empreendimentos passou a possuir um investimento em Shopping Estação, registrado com ágio. Ressalto que o registro contábil do ágio por Estação Empreendimentos é imposição legal, não havendo como deixá-lo.

Em tese, o fisco poderia questionar a operação sob o prisma da distribuição disfarçada de lucros, por parte de Estação Empreendimentos, com base no inciso II do art. 60 do Decreto-lei nº 1.598/77 (aquisição de bem de pessoa ligada por valor notoriamente superior ao de mercado). Entretanto, tal questionamento somente poderia se reportar ao ano-calendário de 2003, e perante o sujeito passivo Estação Empreendimentos, e ainda, com prova, por parte do Fisco, da diferença notória em relação ao preço de mercado (obviamente, conforme jurisprudência, não havendo preço de mercado nem recentes negociações, com base no valor patrimonial).

Em 01/09/2006, quando a Estação Empreendimentos foi incorporada pela Cálamo, o investimento em Shopping Estação Ltda. migrou para a incorporadora com o respectivo ágio (R\$ 1.168.982,33). Também esse fato contábil não admite contestação, porque nos lançamentos contábeis representativos da incorporação transferem-se o patrimônio líquido e os elementos ativos e passivos da sociedade incorporada.

Em 31 de dezembro de 2006 a Cálamo registrou dois lançamentos, o primeiro no valor de R\$ 233.796,47 com o histórico “Amortização Ágio s/investimentos 2006 – EECC” e o segundo no valor de R\$ 487.075,97, com o histórico “Amortização Ágio s/investimentos 2004/05”. Nos meses de janeiro a abril de 2007 contabilizou amortizações mensais de R\$ 19.483,04.

Em maio de 2007 a Cálamo incorporou Shopping Estação, deu baixa contábil no saldo do ágio (R\$ 448.109,89), e excluiu integralmente, no LALUR, o valor do ágio baixado contabilmente (R\$ 1.168.982,33). Essa exclusão foi glosada pela fiscalização, sendo

que o único fundamento indicado pela fiscalização para glosar a exclusão foi o de tratar-se de ágio gerado intragrupo.

Como expus acima, entendo que devem ser rejeitados apenas os efeitos tributários relacionados com ágios artificialmente criados (simulação relativa), com o único objetivo de gerar uma despesa tributária. E não vejo como enquadrar o ágio gerado em 2003, quando Estação Empreendimentos recebeu, em integralização do capital subscrito, ações da Shopping Estação por valor superior ao seu equivalente patrimonial. Ao serem conferidas à empresa Estação Empreendimentos, as ações de Shopping Estação não sofreram reavaliação, sendo transferidas pelo mesmo valor pelo qual foram adquiridas pelas pessoas físicas subscritoras do aumento de capital. E o ágio gerado não se prestou a criar nenhuma despesa tributária.

Conforme se depreende do Termo de Verificação Fiscal, o ágio amortizado contabilmente não influenciou o resultado tributável até maio de 2007, quando foi excluído no LALUR em razão da extinção do investimento por incorporação da investida pela investidora. Não se trata, pois, de dedução de despesa com a amortização de ágio, mas sim, de apuração de perda de capital (resultado não operacional) na baixa do investimento.

O Decreto-lei nº 1.598/77 estabeleceu a neutralidade fiscal das amortizações do ágio, o qual só seria computado na apuração do resultado operacional quando da baixa do investimento.

Na Subseção I da Seção III, ao tratar de Ganhos ou Perdas de Capital, referido diploma legal estabeleceu que a baixa ou liquidação de bens do ativo permanente é classificada como ganho ou perda de capital, devendo ser determinada com base no seu valor contábil (art. 31), sendo que, em se tratando de investimento avaliado pelo valor do patrimônio líquido, o valor contábil inclui o ágio na sua aquisição, ainda que amortizado na escrituração comercial (art. 33, II).

Em caso de fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir, avaliado a preço de mercado, é dedutível como perda de capital (art. 34, I).

Portanto, a fiscalização só poderia glosar a perda de capital sofrida pela Cálamo, pela extinção das quotas de Shopping Estação, quando de sua incorporação, no que excedesse o valor do acervo líquido a preço de mercado que as substituiu, o que não foi cogitado.

Assim, tenho como improcedente a glosa da exclusão no LALUR em maio de 2007, do montante de R\$ 1.168.982,33.

Segundo ágio (apurado pela G&K na aquisição das ações da Cálamo por meio de incorporação de ações).

O segundo ágio foi registrado (surgiu) na G&K Holding S.A, pela incorporação de ações de Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza S.A., ocorrida em dezembro de 2006, para transformá-la em subsidiária integral. (Na mesma assembleia foi aprovado aumento de capital de R\$ 4.615.618,00, subscrito e integralizado por IGP Fundo de

Investimento e Participações, mediante pagamento de R\$ 50.000.000,00, dos quais o valor correspondente ao ágio - R\$ 45.386.382,00 – destinou-se a reserva.).

O ágio, no valor de R\$ 1.011.690.937,33, gerado na incorporação das ações da Cálamo, foi amortizado contabilmente pela G&K relativamente aos 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 Cálamo parte do seu Patrimônio Líquido, representado por 99% do seu investimento em Cálamo. Com essa cisão, foi transferido para a Cálamo ágio no montante de R\$ 972.017.437,44, (99 % do ágio não amortizado, sendo a diferença de 1% relativa à participação que a K&G manteve na Cálamo).

A partir de novembro de 2008 a Cálamo reduziu a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, mediante exclusão no LALUR, parcelas mensais correspondentes a 1/60 do ágio R\$ 972.017.437,44 transferido da G&K na cisão, e a 1/60 do montante de R\$ 29.855.151,02, amortizado na G&K e por ela não deduzido. Essas foram as exclusões glosadas pela fiscalização. Portanto, aqui está a se tratar, de fato, de amortizações do ágio, e não de perda de capital na extinção do investimento.

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.

Note-se que os auditores fiscais que lavraram o auto de infração não identificaram qualquer ilícito, qualquer patologia jurídica, entre elas a simulação, tanto que, para recusar os efeitos tributários das operações, reportam-se à doutrina de Marco Aurélio Greco e consideram-nas “*planejamento inoponível ao fisco*”, sem imposição da penalidade qualificada. De se lembrar que esse doutrinador exclui do campo de planejamento inoponível as *condutas repelidas pelo ordenamento jurídico*, entre elas a simulação¹⁴

Contudo, quando os autos chegaram à Delegacia de Julgamento para apreciação da impugnação apresentada, o Presidente da Turma julgadora, tão logo os recebeu, proferiu despacho determinando o retorno dos autos à DRF para lavratura de autos de infração complementares para qualificação da multa e atribuição de responsabilidade tributária solidária aos sócios. Constou do despacho:

“Como essas duas sociedades são controladas pelos acionistas Miguel Geller Krigsner e Artur Noemio Grynbaun, 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 companhias. O ágio foi gerado internamente, em operações de combinação de negócios, em transações que não se revestem substância econômica e da indispensável independência entre as partes.”

Logo, considerando que foram criadas condições artificiais para possibilitar a amortização indevida do ágio pela interessada, (...)”

Esse despacho deu lugar à lavratura de autos de infração complementares, com a qualificação da multa e a responsabilização dos sócios. Em síntese, ainda se reportando à já referida doutrina de Greco, os autuantes identificaram a ocorrência das denominadas *step transitions*, em que cada deliberação societária ou negocial é encadeada com a subsequente para obter efeito fiscal vantajoso. E que as operações examinadas indicam a existência de um único objetivo, eleito previamente à escolha dos instrumentos utilizados: a redução dos tributos é o fim definido antes dos meios (assembleias, alterações contratuais, protocolos, etc.).

Fizeram referência às AGEs posteriores ao evento da cisão seletiva (ocorrida em 2008) até abril de 2010, aprovando relatório de contas da administração, destinação do lucro líquido para pagamento de dividendos e juros sobre o capital próprio, reconduzindo os membros do Conselho de Administração, fixando remuneração da Diretoria, estabelecendo pagamento de bonificação pelo desempenho dos diretores, e concluíram:

“27. A concatenação dos fatos relatados expõe o lado oculto do planejamento abusivo minuciosamente arquitetado para dar aparência legal a todos os atos praticados, desviando da incidência tributária um enorme 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. A verde cristalina é que, mais algum tempo, e a decadência se incumbiria de sepultar qualquer possibilidade de tais tributos serem lançados. Aliás, a garantia da realização do crédito tributário ora constituído somente existe em função da responsabilidade solidária dos referidos administradores/acionistas no polo passivo (a ser discutida em outro item), já que a fiscalizada não dispõe de bens suficientes a serem arrolados, pelos motivos claramente apresentados.

28. O que dizer da intenção de quem colocou em prática todo este encadeamento de operações, em seus mínimos detalhes? Resta alguma dúvida quanto ao dolo nela existente? Qualquer semelhança com o disposto no art. 72 da Lei nº 4.506/64 (“fraude é toda....”) não será mera coincidência. A situação com que ora nos deparamos se enquadra no conceito de fraude.

29. Afinal, é flagrante a ação dolosa dos administradores para obterem para a empresa – e, em última análise, para si próprios – o maior benefício possível às custas do erário público. É inequívoco que os acionistas administradores da autuada agiram com plena consciência de que essas ações resultariam na indevida e vultosa redução do IRPJ e CSLL.”

Não entro, por ora, na apreciação da validade dos autos de infração complementares. Cinjo-me a analisar os fatos apontados pelo Presidente da Turma de Julgamento, exclusivamente para avaliar a legitimidade da recusa dos efeitos fiscais do ágio, sem entrar no mérito da multa qualificada e da responsabilização dos administradores.

Apontou o Presidente da Turma de Julgamento que as transações que deram origem ao ágio não se revestem de substância econômica porque não se deram num processo imparcial de valoração, carecendo da indispensável independência entre as partes. Essa acusação já constava do auto de infração original, porém sem atribuição de fraude, como se constata no item 94 do TVEAF (fls. 1409):

“94. 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 as partes negociantes autônomas e não relacionadas.”

Tratar-se-ia, segundo entendimento dos autuantes, de planejamento inoponível ao fisco porque, de acordo com a doutrina de Greco, embora lícito, não teve outro escopo senão a economia fiscal, como assentado no item 83 do TVRAF (fls. 1405).

83. 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.”

Ressalvando que não abraço inteiramente a doutrina de Greco sobre planejamento inoponível ao fisco, faço a análise sob esse prisma, que foi o que embasou os autos de infração.

Na obra conjunta “A Prova no Processo Tributário”, coordenada por Marcos Vinícius Neder, Eurico Marcos Diniz de Santo e Maria Rita Ferragut¹⁵, Marco Aurélio Greco participa com artigo intitulado “A Prova no Planejamento Tributário”¹⁶. Nesse trabalho, Greco destaca que os debates sobre esse tema não envolvem grandes dúvidas quanto à legislação, mas, ao revés, estendem-se pelas minúcias dos fatos e das condutas. E que certamente a operação que se imputa como planejamento pode merecer um distinto enquadramento quando se trata de saber o posicionamento do Fisco e contribuinte.

Greco identifica a existência de cinco pontos sensíveis quando se trata de prova no planejamento tributário, dos quais destaco os três últimos, que, em síntese, transmitem a seguinte ideia:

O objeto da prova no planejamento tributário transcende o texto escrito. Deve-se determinar o que ocorreu, se aquilo descrito no texto ou outro evento. E a prova direta de que teria ocorrido evento diverso daquele descrito no texto raramente existe, e por isso, em regra, a prova se dá através do conjunto de elementos que cercam o caso.

No planejamento busca-se provar certas operações ou negócios, o que envolve manifestação de vontade pelas partes, e se essa manifestação não está escrita, a prova há de ser da ocorrência de condutas das partes e na interpretação do seu significado, para poder qualificá-las como pertencentes a uma determinada categoria jurídica.

Daí pode resultar o conflito nas qualificações, pois a qualificação jurídica não está isoladamente na lei nem nos fatos, mas resulta de um processo de interpretação e aplicação

¹⁵ Publicação da Editora Dialética, São Paulo, em 2010,

¹⁶ Obra citada, fls. 191 a 205.
Documento assinado digitalmente por WILSON FERNANDES GUIMARAES, Assinado digitalmente em 06/04/2015 por WILSON FERNANDES GUIMARAES, Assinado digitalmente em 30/04/2015 por VALMIR SANDRI, Assinado digitalmente em 12/05/2015 por VALMAR FONSECA DE MENEZES
Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

do Direito que afirma estar aquele conjunto abrangido por determinado conceito ou categoria jurídica. Assim, distintas pessoas podem enquadrar os mesmos fatos em categorias distintas. Para a qualificação é necessário examinar o contexto em que a conduta ocorreu, o quadro que a antecede e o que lhe sucede (contexto temporal), e examinar os motivos e as finalidades ou objetivos do respectivo negócio jurídico. Não basta dizer que ocorreu certa conduta: cumpre situá-la tanto no contexto temporal como no negocial, pois é da conjugação deles que emanará o significado da conduta realizada. A natureza jurídica do negócio realizado pelo contribuinte não é dada apenas pelo que está dito nos instrumentos, mas também do que foi feito na realidade, sendo relevante o contexto como um todo, nas suas dimensões econômicas, política, social, empresarial, de concorrência, etc.

A valoração da prova no planejamento tributário, assim como a qualificação das condutas realizadas pelo contribuinte envolverão sempre um certo grau de subjetividade na respectiva apreciação, implicando maior complexidade da análise. A subjetividade necessita ser controlada para que a vontade do legislador não seja substituída pela vontade do intérprete. A manutenção da subjetividade sob controle objetivo se dá pela explicitação dos critérios e parâmetros que foram adotados para valorar e qualificar, de modo a permitir que a outra parte possa apresentar objeções às relevâncias atribuídas ou à importância reconhecida a este ou aquele fato ou conduta. Este é um grande desafio para o intérprete e aplicador, pois, diante da mesma realidade, podem surgir visões e conclusões distintas, às vezes diametralmente opostas.

E sobre esse desafio com que se depara o intérprete e aplicador para qualificar a conduta, orienta Greco:

“Se, em determinado caso concreto, ambas as qualificações tiverem o mesmo grau de consistência e gerarem equivalentes níveis de convicção que venham a constituir um par de alternativas em que nenhuma seja mais densa de razões, então, haverá necessidade de adotar um critério de desempate que poderá ser a ponderação de ambos – numa solução média – ou se isto não for possível, na prevalência do valor liberdade.”

Realmente, se não houve prova suficiente para afastar a qualificação jurídica dada pelo contribuinte aos fatos e condutas ou tornar inoponível perante o Fisco o negócio realizado, este permanece plenamente eficaz extraindo-se todas as consequências que lhe são próprias, inclusive aquelas que atinjam eventualmente o Fisco.”

O propósito negocial para a 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, conforme evidenciado nos saldos em 30/10/96 expressos nos balancetes de fls. 1641 a 1692:

Saldos em 31/11/2006 (em R\$)				
Empresa	Caixa	Bancos	Aplic. Financeiras	Total
G&K	631	18.962	-	19.592

Botica	13.467	51.584	54.698.131	54.763.182
Cálamo	1.152	14.011.735	27.259.928	41.272.815
OBF	9.706	2.511.448	17.183.763	19.704.830
Embralog	-	35.134	884.796	919.930
	24.959	16.628.863	100.026.528	116.680.350

O aporte do novo acionista, no montante de R\$ 50.000.000,00, corresponde a 42,85% de R\$ 116.680.350,00.

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 independente¹⁷, 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 tributos¹⁸, evidentemente foi influenciada pelo fato de a incorporação das ações ter se desfeito, mediante cisão seletiva, com devolução do acervo às empresas operacionais.

¹⁷ Veja-se notícia publicada em 07/04/2007 na Gazeta do Povo Online (<http://www.gazetadopovo.com.br/economia/conteudo.phtml?id=652014>), versão impressa anexada às fls. 1628 dos autos:

"Desde dezembro, o Boticário não conta mais com uma administração "genuinamente paranaense". A empresa passou a ter como acionista a GP Administração de recursos, subsidiária da GP Investimentos – um grupo bilionário que detém participação na ALL, Telemar e Gafisa, entre outras empresas de porte. A mudança na sociedade foi confirmada na terça-feira pelo diretor financeiro de O Boticário, Fernando Modé. A participação da administradora ocorreu com o lançamento de um fundo de investimento para a aquisição de ações da holding G&K, que controla O Boticário"

¹⁸ Item 83 do Termo de Verificação: " 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."

Estaria na base da acusação uma suspeita de simulação relativa¹⁹ (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 minoritário²⁰, 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 (fls. 1726/1729) documenta essa divergência, conforme a seguir sumariado:

A Ordem do Dia da reunião foi a análise das alternativas de crescimento e consolidação de mercado da Companhia.

O Conselheiro Artur N. Grynbaun apresentou o resultado de trabalho iniciado em julho de 2007 junto à Consultoria Bain & Company. Das conclusões do trabalho apresentado, entenderam os Conselheiros Artur Grynbaun e Miguel Krigsner haver oportunidade para o crescimento via aquisições ou de forma orgânica, em segmentos distintos de consumidores e/ou em canais diversificados ao de franquias, com o que concordou o Conselheiro José Paschoal Rossetti.

O Conselheiro José Roberto de Mattos Curan manifestou-se contrário ao processo de crescimento por aquisições, em outros segmentos ou canais diversificados, tendo em vista que: (i) conforme demonstrado pelo trabalho de consultoria realizado, várias são as iniciativas de crescimento orgânico no segmento alvo para as subsidiárias, assim como várias são as oportunidades de aumento de produtividade do canal de franquias já estabelecido, seja por melhoria de produtividade de cada ponto de venda, seja pela própria expansão do número dos postos de venda da marca; (ii) a atuação em outras marcas e outros canais num momento prévio à consolidação das iniciativas de crescimento e otimização do negócio atual implica perda de foco de atuação empresarial que poderá comprometer os resultados no curto e médio prazo; (iii) há no momento, ainda, uma situação de crise econômica mundial que lança fortes dúvidas quanto à capacidade de expansão da economia no horizonte de tempo futuro imediato, 2009.

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

¹⁹ Em ensaio intitulado , “Questões Relevantes, Atualidades e Planejamento com Imposto Sobre a Renda”, publicado no Livro do 13º Simpósio IOB de Direito Tributário, Ricardo Mariz de Oliveira leciona que a simulação se prova pela densidade de indícios e circunstâncias, e menciona como indícios, entre outros, proximidade temporal de atos e o desfazimento dos efeitos do ato simulado .

²⁰ Em outubro de 2008 as quotas do Fundo IGP foram transferidas para a Votorantim Asset Management DTVM Ltda., e a cisão deu-se em novembro de 2008.

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 ao 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.

As demais explicações dadas pela recorrente são coerentes com esse desenho dos fatos.

Explica a interessada que a cisão parcial seletiva desproporcional da G&K em quatro parcelas foi idealizada visando a preservar a participação do acionista minoritário de qualquer impacto resultante da aquisição de negócios, mantendo sua participação apenas das operações não sujeitas a tais impactos, o que necessariamente implicaria sua saída do âmbito da G&K. O sócio Votorantim passaria a participar diretamente apenas nos resultados das operações da OBF e da Cálamo, que não seriam as empresas escolhidas para levar adiante o projeto de novas aquisições. Esse projeto seria implementado pela própria G&K, pela Botica, por terceira pessoa que fosse constituída para esse fim, ou mesmo pelos acionistas pessoas físicas.

No estudo antes referido²¹, Greco aponta que no planejamento busca-se provar certas operações ou negócios, o que envolve manifestação de vontade pelas partes, investigada a partir da ocorrência de condutas e da interpretação do seu significado, para poder qualificá-las como pertencentes a uma determinada categoria jurídica. E assim se expressa:

*“Identificar a existência de um processo de qualificação – que passa pelo exame de condutas – implica reconhecer que ele envolve o exame do contexto em que elas ocorrem. Condutas são eventos que surgem no plano dos fatos, são materialmente aferíveis e, portanto, inserem-se num contexto temporal. Situam-se em determinada linha do tempo, o que permite examinar não apenas a conduta, mas o quadro que a antecede, assim como o que lhe sucede. A partir desses ângulos, abre-se espaço para determinar os efeitos que a conduta produziu, bem como o quadro situacional em que se deu”*²²

No caso, 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, conforme comprovam os documentos anexados aos autos (fls. 1731 a 1762).

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

²¹ A Prova no Planejamento Tributário, in A Prova no Processo Tributário-Coordenadores Marcos Vinicius Neder, Eurico Marcos Diniz de Santo e Maria Rita Ferragut- São Paulo: Dialética, 2010

²² Obra citada, pg. 197

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 ninguém investiria tal soma sem ter analisado as perspectivas de retorno.

No caso, o interesse da GP Investimentos seria de investir nas empresas Cálamo (comércio e distribuição por atacado de perfumaria, cosméticos, produtos de higiene pessoal) e OBF (franquias). Na precificação da participação a ser adquirida teria sido levada em conta a economia tributária a ser conseguida, com a carência de dois anos, pela criação de uma despesa artificial equivalente a 1/60 de 1.883,47 % do patrimônio líquido da Cálamo e 1.125,64% do patrimônio líquido da OBF (as duas de maior rentabilidade futura, segundo avaliação da KPMG). Ao final de dois anos se completaria a negociação, desfazendo-se a operação de incorporação de ações, cujo objetivo teria sido apenas fazer surgir o ágio, ficando o novo investidor com o que realmente objetivava: adquirir participação minoritária em Cálamo e OBF (3,11% ao final²³)

Para avaliar a densidade dessa interpretação teríamos que aceitar que, na avaliação do novo acionista, seria vantajoso investir R\$ 50.000.000,00 para adquirir uma participação correspondente a 3,11% do patrimônio líquido das duas empresas, correspondente a R\$ 3.437.209,00 (PL de Cálamo + PL de OBF = R\$ 110.521.194,00) para, ao final de dois anos, passar a usufruir de 3,11%²⁴ da economia tributária gerada por essas duas empresas, de aproximadamente R\$ 9.281.739,00 mensais, durante 60 meses²⁵ Ou seja, ao final de sete anos (dois de carência), o capital investido de R\$ 50.000.000,00 geraria, para o investidor, uma economia tributária de R\$ 18.990.438,00.

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. E, na lição de Marco Aurélio Greco, *“se não houve prova suficiente para afastar a qualificação jurídica dada pelo contribuinte aos fatos e condutas ou tornar inoponível perante o Fisco o negócio realizado, este permanece plenamente eficaz extraindo-se todas as consequências que lhe são próprias, inclusive aquelas que atinjam os interesses do Fisco”*²⁶.

Por todas as razões acima exposta, voto pelo provimento do recurso e tenho como superadas todas as demais questões levantadas no recurso, incluindo as alegações de nulidade (do lançamento complementar e da decisão recorrida).

É como voto.

Sala das Sessões, em 03 de fevereiro de 2015

(documento assinado digitalmente)

²³ Note-se que, conforme noticiário da época, juntado aos autos pela Recorrente (fls. 1631/1632), o mercado estimava que o Grupo GP teria adquirido de 3 a 5% da Boticário.

²⁴ Participação acionária nas empresas, ao final da reestruturação.

²⁵ [ágio da Cálamo + ágio da OBF dividido por 60 meses e multiplicado 34% (soma das alíquotas do IR e da CSLL)] = [(R\$ 1.068.417.000,00 + R\$ 605.537.000,00) / 60 x 34% = R\$ 9.282.739,00].

²⁶ *A Prova no Processo Tributário*, na obra coletiva acima mencionada, pg. 198.

Processo nº 10980.725496/2011-56
Acórdão n.º **1301-001.744**

S1-C3T1
Fl. 3.496

Valmir Sandri

CÓPIA

Voto Vencedor

Wilson Fernandes Guimarães, redator designado.

Em que pese os densos argumentos expendidos pelo Ilustre Conselheiro Relator em seu pronunciamento, a Turma de Julgamento, pelo voto de qualidade, entendeu de forma diversa, relativamente às seguintes matérias: amortização de ágio; lançamento tributário complementar; qualificação da penalidade; e imputação de responsabilidade tributária aos sócios.

Discorro, pois, sobre os fundamentos eleitos pela Turma Julgadora para emitir posicionamento dissonante em relação a cada uma das matérias acima mencionadas.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO

Cumpre destacar, de início, que a Turma Julgadora não divergiu do Ilustre Conselheiro Relator em relação a inúmeras considerações trazidas por meio do seu pronunciamento acerca da possibilidade de dedução de amortizações de ágio, deduções essas realizadas aos auspícios da norma introduzida pelo art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997.

Referidas considerações, que ocupou parte significativa do pronunciamento do Ilustre Conselheiro Relator, dizem respeito à questão do denominado “ágio interno”; da ausência de pagamento em dinheiro; da admissibilidade ou não do reconhecimento contábil de ágio gerado em operações envolvendo empresas de um mesmo grupo econômico, que, na visão do Colegiado, em contexto teórico, isto é, dissociadas de situações concretas, em princípio não se prestam para servir de suporte para eventuais glosas por parte do Fisco.

Embora seja objeto de controvérsia²⁷, penso que a amortização do ágio autorizada pelo inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, por significar uma antecipação no registro de uma despesa, vez que, em regra, o sobrepreço que integra o custo de aquisição de uma participação societária só deve impactar o resultado fiscal por ocasião da efetiva alienação da referida participação, representa até certo ponto um favor fiscal, motivo pelo qual deve-se emprestar interpretação restritiva à referida norma autorizadora.

Ademais, o aplicador da norma, frente a uma situação concreta que lhe é apresentada, deve envidar esforços no sentido de averiguar se efetivamente está diante de circunstância que autoriza a dedução do ágio. Diria mais, é necessário verificar se, de fato, o valor amortizado, considerada a operação ou operações que deu ou deram causa ao seu surgimento, representa o ÁGIO de que trata a norma que autoriza a sua dedução.

O art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, assim dispõe:

²⁷ Penso que a controvérsia que se instala acerca do fato de a Lei nº 9.532, de 1997, ter ou não trazido um favor fiscal ao autorizar a amortização do ágio de forma antecipada, reside no fato de que, a exemplo das situações que a legislação já previa (arts. 31 e 34 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977), mesmo na situação contemplada pelo art. 7º da referida Lei 9.532/97, é necessária a extinção da participação da societária adquirida com ágio.

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, **na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:**

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - **poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;** (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:

a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;

b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II do *caput*:

a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;

b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

O art. 8º do referido diploma legal estabelece ainda:

Art. 8º **O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:**

a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;

b) **a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.**

O art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, por sua vez, antes das alterações promovidas pela Lei nº 12.973, de 2014, que resultou da conversão da Medida Provisória nº 617, de 2013, preconizava:

Art 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e

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

§ 1º - O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

§ 2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:

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.

§ 3º - **O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras a-e-b-do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.**

Dos referidos dispositivos legais, pois, é possível extrair os seguintes elementos:

1. a pessoa jurídica abrigada pelo favor fiscal é aquela que, detendo participação societária adquirida com ágio em outra pessoa jurídica, absorve o patrimônio dessa pessoa jurídica por meio de incorporação, fusão ou cisão;

2. é admitida o que se pode denominar absorção reversa de patrimônio, isto é, a pessoa jurídica que teve suas ações ou quotas de capital adquiridas, por meio de incorporação, fusão ou cisão, absorve o patrimônio da adquirente;

3. o ágio a que se reporta a norma autorizadora corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de patrimônio líquido desse investimento, e,

tratando-se de contribuinte que avalia investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido, deve ser registrado de forma segregada;

4. o ágio passível de amortização antecipada é aquele cujo fundamento econômico está representado pelo valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

5. o registro de ágio com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros de coligada ou controlada impõe que o contribuinte mantenha, como comprovante da escrituração, demonstração da apuração do valor em questão.

Portanto, do ponto de vista estritamente tributário, para que se possa falar em ÁGIO, é necessário verificar se, efetivamente, houve AQUISIÇÃO de participação societária; se essa aquisição teve um CUSTO, isto é, teve um “preço”, um “valor”, de modo a exigir um sacrifício de ativo; e se esse CUSTO representou “preço”, “valor”, “sacrifício de ativo” de qualquer natureza, superior ao das quotas ou ações adquiridas segundo o espelhado em seu patrimônio contábil.

Diante desse contexto de substanciais condicionantes, peço licença ao Ilustre Conselheiro Relator para afirmar que a glosa de amortização de ágio com base em rentabilidade futura não deve se limitar aos casos em que se vislumbra a chamada simulação relativa, mas também deve alcançar as situações, entre outras, em que, embora tal figura não reste caracterizada, de ÁGIO não se trata.

Nessa mesma linha, tenho por certo que uma eventual exasperação da penalidade aplicada não deve ficar limitada à caracterização da simulação, eis que o elemento que impulsiona a providência é o caráter volitivo de atos que foram praticados com a intenção de reduzir a incidência tributária, sendo de pouca ou nenhuma relevância os meios aplicados na circunstância em que eles, os meios, revelam-se claramente distantes da norma autorizadora da redução empreendida.

Apreciando o caso concreto, à luz dos elementos reunidos ao processo, e, especialmente, do que foi retratado no Termo de Verificação Fiscal de fls. 1.373/1.411 e na decisão exarada em primeira instância, a Turma Julgadora direcionou seu posicionamento no sentido de não acolher os argumentos trazidos em sede de recurso, negando, assim, provimento ao recurso.

Sirvo-me da descrição dos fatos contida na decisão de primeiro grau para, primeiro, tratar do ágio mais substancial, no montante de R\$ 972.017.437,44.

17/03/2004: a Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza Ltda. é constituída com capital social de R\$ 10.000,00, tendo como sócios O Boticário Franchising – OBF (CNPJ nº 76.801.166/0001-79, com participação de 99,99% do capital social) e K&G Empreendimentos e Participações Ltda. (CNPJ 04.787.143/0001-46, com participação de 0,01%);

21/08/2006: por meio da 7ª Alteração do Contratual da Cálamo (fls. 1123), o sócio OBF cedeu e transferiu a totalidade das 10.009.900 quotas do capital social da interessada que possuía aos sócios Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grynbaum, que já haviam recebido as 100 quotas anteriormente pertencentes à K&G Empreendimentos e, em consequência, passaram a deter 80% e 20%, respectivamente, das quotas do capital social da interessada (10.010.000 quotas);

também foi aprovada a transformação da sociedade empresária limitada em sociedade anônima, com a denominação Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza S/A;

01/09/2006: a Cálamo incorpora o patrimônio da Estação Empreendimentos e Participações Ltda. (CNPJ nº 04.787.143/0001-46), com patrimônio líquido de R\$ 7.757.680,00, e aumenta seu capital social de R\$ 10.010.000,00 para R\$ 17.767.680,00, tendo o valor assim integralizado sido atribuído aos acionistas Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grynbaum proporcionalmente às participações que estes detinham no capital social da sociedade incorporada, conforme Ata da AGE da interessada (fls. 2428), Protocolo e Justificação de Incorporação Total (fls. 2937) e Laudo Pericial-Contábil Para Efeito de Incorporação Total, elaborado pela ZHC Consultores S/S Ltda. com utilização do método de avaliação patrimonial através da mensuração dos saldos contábeis;

18/09/2006: G&K Holding S/A é constituída com capital social de R\$ 1.000,00, tendo como sócios Miguel Gellert Krigsner (80% do capital) e Artur Noemio Grynbaum (20%) e como objeto social a participação em outras sociedades nacionais e estrangeiras, conforme Ata de Assembléia Geral de Acionistas Para a Constituição de G&K Holding S/A (fls. 656666 e 947957);

01/11/2006: a Cálamo incorpora o patrimônio da Estação Convention Center Ltda. (CNPJ nº 05.484.221/0001-04), com patrimônio líquido de R\$ 34.844.687,61, conforme Ata da AGE da interessada (fls. 6778), Protocolo e Justificação de Incorporação Total e Laudo Pericial-Contábil Para Efeito de Incorporação Total, elaborado pela ZHC Consultores S/S Ltda. (fls. 7999) com utilização do método de avaliação patrimonial através da mensuração dos saldos contábeis; o patrimônio líquido vertido de R\$ 34.844.687,61 foi totalmente incorporado pela Cálamo e o seu quadro societário não sofreu qualquer alteração;

18/12/2006: o IGP-Fundo de Investimento em Participações (CNPJ nº 07.479.779/0001-19) subscreveu e integralizou 4.613.618 novas ações ordinárias nominativas da G&K Holding S/A pelo preço total de R\$ 50.000.000,00, dos quais R\$ 4.613.618,00 destinados ao capital da companhia e R\$ 45.386.382,00 à constituição de reserva de capital, conforme Boletim de Subscrição de Ações (fls. 759760); em consequência, o capital social da G&K Holding S/A passou a ser composto pelos seguintes acionistas:

. Miguel Gellert Krigsner	800 ações
. Artur Noemio Grynbaum	200 ações
. IGP-Fundo de Investimento em Participações.	4.613.618 ações
Total.	4.614.618 ações

18/12/2006: a G&K Holding S/A incorpora as ações ordinárias nominativas do O Boticário Franchising S/A – OBF (CNPJ nº 76.801.166/0001-79), Embralog – Empresa Brasileira de Logística S/A (06.308.851/0001-82), Botica Comercial e Farmacêutica S/A (77.388.007/0001-57) e a Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza S/A (CNPJ nº 06.147.451/0001-32), que passam a ser subsidiárias integrais, e aumenta seu capital social em R\$ 186.970.480,00 mediante emissão de 186.970.480 novas ações ordinárias nominativas, no valor de R\$ 1,00 cada, em substituição às ações anteriormente detidas por Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grynbaum nas sociedades incorporadas, conforme Ata de AGE da G&K Holding S/A (fls. 667678 e 958969):

- as 20.000.000 ações representativas do capital do OBF, com valor nominal de R\$ 20.000.000,00, foram avaliadas em R\$ 605.600.000,00 por laudo de avaliação com base em rentabilidade futura elaborado pela KPMG Corporate Finance Ltda., com utilização da metodologia do fluxo de caixa descontado, conforme Protocolo e Justificação de Incorporação de Ações Para Conversão de O Boticário Franchising S/A em Subsidiária Integral da G&K Holding S/A (fls. 679684 e 970975) e Laudo de Avaliação (fls. 686696 e 977987);

- as 10.000 ações representativas do capital da Embralog, com valor nominal de R\$ 10.000,00, foram avaliadas em R\$ 7.693.000,00 por laudo de avaliação elaborado pela KPMG com utilização da metodologia do fluxo de caixa descontado, conforme 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 (fls. 702707 e 993998) e Laudo de Avaliação (fls. 709719 e 10001010);

- as 149.192.800 ações representativas do capital da Botica, com valor nominal de R\$ 149.192.800,00, foram avaliadas em R\$ 344.635.368,00 por laudo de avaliação elaborado pela KPMG com utilização da metodologia do fluxo de caixa descontado, conforme Protocolo e Justificação de Incorporação de Ações Para Conversão de Botica Comercial e Farmacêutica S/A em Subsidiária Integral da G&K Holding S/A (fls. 721.726 e 10121017) e Laudo de Avaliação (fls. 728738 e 10191029);

- as 17.767.680 ações representativas do capital da Cálamo, com valor nominal de R\$ 17.767.680,00, foram avaliadas em R\$ 1.068.370.598,40 por laudo de avaliação elaborado pela KPMG com utilização da metodologia do fluxo de caixa descontado, conforme Protocolo e Justificação de Incorporação de Ações Para Conversão da Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza S/A em Subsidiária Integral da G&K Holding S/A (fls. 740.745 e 10311036) e Laudo de Avaliação (fls. 747757 e 10381048);

- o capital social da G&K Holding S/A passou a ser composto por pelos seguintes acionistas:

. Miguel Gellert Krigsner	149.577.184 ações
. Artur Noemio Grynbaum	37.394.296 ações
. IGP-Fundo de Investimento em Participações. .	4.613.618 ações
Total.	191.585.098 ações

18/12/2006: o IGP-Fundo de Investimento em Participações (com 2,41% do capital social da G&K Holding S/A), Miguel Gellert Krigsner (78,07% do capital social) e Artur Noemio Grynbaum (19,52% do capital social) celebram Acordo de Acionistas (fls. 1700-1712) para estabelecer certas regras para regular o relacionamento como acionistas da G&K Holding S/A, estabelecendo diretrizes, direitos e obrigações recíprocas para viabilizar a execução das atividades compreendidas pelo objeto social da companhia;

18/12/2006: a Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza S/A realiza assembléia geral extraordinária, conforme Ata de AGE (fls. 100-115), Protocolo e Justificação de Incorporação de Ações Para Conversão de Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza S/A em Subsidiária Integral da G&K Holding S/A (fls. 334-339) e Laudo de Avaliação elaborado pela KPMG Corporate Finance Ltda. (fls. 342-352),

para aprovar a incorporação de suas 17.767.680 ações ordinárias nominativas pela G&K e conversão em subsidiária integral desta:

- a KPMG utilizou a metodologia do fluxo de caixa descontado para determinar o valor de mercado de R\$ 1.068.417.000,00, em agosto/2006, da Cálamo e suas subsidiárias integrais Shopping Estação Ltda. e Estação Convention Center Ltda., considerando um horizonte de projeção até dezembro/2015; cada uma das 17.767.680 ações representativas do capital da interessada foram avaliadas em R\$ 60,13;

- as 17.767.680 ações nominativas de emissão da Cálamo pertencentes aos acionistas Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grynbaum passaram a fazer parte do ativo da G&K Holding, que emitiu 17.767.680 novas ações nominativas de emissão da G&K, com valor nominal de R\$ 1,00 cada, atribuídas a esses acionistas na mesma proporção das participações por eles detidas na interessada;

18/12/2006: a G&K Holding S/A contabiliza ágio de R\$ 1.011.690.937,33 constituído sobre o patrimônio líquido da Cálamo, correspondente à diferença entre o valor de mercado (R\$ 1.068.370.598,40 = 17.767.680 ações x R\$ 60,13) e o PL dessa investida (R\$ 56.679.661,07);

02/05/2007: a Cálamo incorpora o patrimônio do Shopping Estação Ltda. (CNPJ 03.967.151/0001-01), com patrimônio líquido de R\$ 89.192.738,87, conforme Ata de AGE da interessada (fls. 131-133), Protocolo e Justificação de Incorporação Total (fls. 134-142) e Laudo Pericial-Contábil Para Efeito de Incorporação Total (fls. 143-156) elaborado pela ZHC Contabilidade S/S Ltda. com base na mensuração dos saldos contábeis; patrimônio líquido vertido de R\$ 89.192.738,87 foi totalmente incorporado pela Cálamo, cujo quatro societário não sofreu qualquer alteração;

09/08/2008: 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 (Votorantim);

03/11/2008: o capital social da G&K Holding S/A (constituído de 191.585.098 ações ordinárias nominativas) é aumentado em R\$ 304.049.679,00, passando de R\$ 191.585.098,00 para R\$ 495.634.777,00, mediante conversão de reservas de capital, conforme Ata da AGE (fls. 1193-1198); as 304.049.679 novas ações ordinárias nominativas foram distribuídas entre os acionistas da seguinte forma:

. Miguel Gellert Krigsner	237.382.215 ações
. Artur Noemio Grynbaum	59.345.554 ações
. Votorantim G&K Fundo Invest. em Particip.	7.321.910 ações
Total.	304.049.679 ações

03/11/2008: nessa mesma AGE foi aprovada a cisão parcial da G&K Holding S/A, cujo capital social sofreu redução de R\$ 443.551.815,00, passando de R\$ 495.634.777,00 para R\$ 52.082.962,00, correspondente a quatro parcelas distintas a serem incorporadas pela Botica, Cálamo, OBF e Embralog, conforme Ata da AGE (fls. 1193-1198), Protocolo e Justificação de Cisão Parcial Seguida de Versão do Patrimônio Cindido a Sociedades Já Existentes (fls. 1199-1211) e Laudo Pericial-Contábil Para Efeito de Cisão Parcial Seguida de Versão do Patrimônio Cindido a

Sociedades Já Existentes (fls. 1212-1222), emitido pela América Auditores Independentes S/S com base na mensuração contábil do patrimônio:

- a incorporação na Botica foi efetivada pela transferência da parcela de R\$ 238.000.160,00 do patrimônio líquido da G&K; considerando que o acervo líquido de R\$ 238.000.160,00 deduzido do investimento de R\$ 175.536.160,00 que a G&K detinha na Botica resultou no valor líquido de R\$ 62.464.000,00, esta operação ensejou o aumento do capital social da Botica de R\$ 62.464.000,00, atribuído à própria G&K, bem como, seletivamente, aos acionistas desta; o acervo líquido transferido é constituído dos seguintes bens e direitos:

. aplicações financeiras R\$ 59.148.912,51
 . impostos a recuperar R\$ 3.315.087,49
 . investimentos-Botica (147.700.872 ações) R\$ 175.536.160,00
 . ágio investimento Botica R\$ 193.298.809,52
 . provisão Instrução CVM nº 319-349..... R\$ 193.298.809,52
 Total R\$ 238.000.160,00

- a incorporação na Cálamo foi efetivada pela transferência da parcela de R\$ 108.930.728,00 do patrimônio líquido da G&K, acervo líquido este constituído dos seguintes bens e direitos:

. investimentos-Cálamo (17.590.003 ações) R\$ 108.930.728,00
 . ágio investimento Cálamo R\$ 972.017.437,44
 . provisão Instrução CVM nº 319-349..... - R\$ 972.017.437,44
 Total R\$ 108.930.728,00

- a incorporação na OBF foi efetivada pela transferência da parcela de R\$ 91.893.855,00 do patrimônio líquido da G&K, acervo líquido este constituído dos seguintes bens e direitos:

. investimentos-OBF (19.800.000 ações) R\$ 91.893.855,00
 . ágio investimento OBF R\$ 541.813.468,64
 . provisão Instrução CVM nº 319-349..... -R\$ 541.813.468,64
 Total R\$ 91.893.855,00

- a incorporação na Embralog efetivada pela transferência de parcela de R\$ 4.727.072,00 do patrimônio líquido da G&K, acervo líquido este constituído dos seguintes bens e direitos:

. investimentos-Embralog (3.392.730 ações) R\$ 4.727.072,00
 . ágio investimento OBF R\$ 5.785.322,85
 . provisão Instrução CVM nº 319-349..... -R\$ 5.785.322,85
 Total R\$ 4.727.072,00

- as 52.082.962 ações ordinárias nominativas restantes da G&K Holding S/A foram distribuídas entre os seguintes acionistas:

. Miguel Gellert Krigsner	41.666.367 ações
. Artur Noemio Grynbaum	10.416.592 ações
. José Roberto de Mattos Curan	1 ação
. João Vinicius Prianti	1 ação
. João Paschoal Posseti	1 ação
total.	52.082.962 ações

- a G&K Holding S/A manteve apenas participações societárias correspondentes a apenas 1% do capital social da Botica, Cálamo, OBF e Embralog;

03/11/2008: a Cálamo realiza assembleia geral extraordinária, conforme Ata de AGE (fls. 187205), Protocolo e Justificação Cisão Parcial Seguida de Versão do Patrimônio Líquido Cindido a Sociedades já Existentes e Laudo Pericial-Contábil Para Efeito de Cisão Parcial Seguida de Versão do Patrimônio Cindido a Sociedades já Existentes, para aprovar a incorporação da parcela cindida do patrimônio líquido da G&K Holding S/A:

- a parcela de 17.590.003 das ações ordinárias nominativas que a G&K Holding detinha (17.767.680 ações) foram revertidas e redistribuídas seletivamente a:

. Miguel Gellert Krigsner	13.629.942 ações
. Artur Noemio Grynbaum	3.407.486 ações
. Votorantim G&K Fundo Invest.em Particip.	552.574 ações
. José Roberto de Mattos Curan	1 ação
Total.....	17.590.003 ações

03/11/2008: a OBF também realiza assembleia geral extraordinária, conforme Ata de AGE, Protocolo e Justificação Cisão Parcial Seguida de Versão do Patrimônio Líquido Cindido a Sociedades já Existentes e Laudo Pericial-Contábil Para Efeito de Cisão Parcial Seguida de Versão do Patrimônio Cindido a Sociedades já Existentes, para aprovar a incorporação da parcela cindida do patrimônio líquido da G&K Holding S/A:

- a parcela de 19.800.000 das ações ordinárias nominativas que a G&K Holding detinha (20.000.000 ações) foram revertidas e redistribuídas seletivamente a:

. Miguel Gellert Krigsner	15.342.400 ações
. Artur Noemio Grynbaum	3.835.600 ações
. Votorantim G&K Fundo Invest.em Particip.	621.999 ações
. José Roberto de Mattos Curan	1 ação
Total.....	19.800.000 ações

03/11/2008: do ágio de R\$ 1.011.690.937,33 constituído sobre o patrimônio da Cálamo em 18/12/2006 pela G&K Holding S/A foi cindida a parcela de R\$ 972.017.437,44, sendo, segundo informou a interessada, a diferença de R\$ 39.673.499,89 relativa a:

- . amortizações efetuadas pela G&K em 2007 R\$ 13.467.329,92
 - . amortizações efetuadas pela G&K em 2008 R\$ 16.387.812,00
 - . ágio mantido na G&K pela partic.de1% R\$ 9.818.357,95
- Total R\$ 39.673.499,87

03/11/2008: o ágio de R\$ 972.017.437,44 foi contabilizado a débito da conta 180020-Ágio sobre Investimentos e na sua conta redutora 180098-Provisão para Preservação de Dividendos Futuros, no subgrupo Investimentos; esse ágio foi também contabilizado nas correspondentes contas do Ativo Diferido (192080-Ágio sobre Investimentos e 192081-Provisão p/Realização de Ágio);

30/11 a 31/12/2008: a Cálamo amortizou mensalmente R\$ 16.200.290,62 de ágio (parcela de 1/60 do ágio) nas contas de diferido nºs 192080 e 192081, com contrapartida nas contas de despesa nº 371006-Ágio sobre Investimentos e de receita nº 364003-Reversão Provisão Ágio Sobre Incorporação, respectivamente;

31/12/2008: a Cálamo transferiu o ágio de R\$ 972.017.437,44 e as amortizações efetuadas em novembro e dezembro/2008 das contas do Ativo Diferido para as contas do Ativo Intangível (190040-Ágio sobre Investimentos e 190041-Provisão p/Realização de Ágio), em cumprimento ao determinado pela MP 449, de 2008, art. 36;

31/12/2008: a Cálamo exclui R\$ 32.400.581,24 do Lalur (fls 389-390) a título de “Provisão p/Realização de Ágio-Incorp. G&K” para anular a receita contabilizada na conta 364003;

31/12/2008: a Cálamo também excluiu R\$ 995.171,40 do LALUR (fls. 389-390) a título de “Ágio incorporação G&K”, para amortizar o encargo no ano-calendário de 2008 (2/60) do valor amortizado e não excluído pela G&K no período de janeiro/2007 a outubro/2008, no montante de R\$ 29.855.141,92;

31/01 a 31/03/2009: a Cálamo amortizou mensalmente R\$ 16.200.290,62 de ágio (parcela de 1/60 do ágio) nas contas de intangível nºs 190040 e 192041, com contrapartida nas contas de despesa nº 371006-Ágio sobre Investimentos e de receita nº 364003-Reversão Provisão Ágio Sobre Incorporação, respectivamente;

30/04 a 31/12/2009: a apropriação do ágio relativa ao período de abril a dezembro/2009 não foi mais contabilizada em observância ao CPC nº 04, emitido em decorrência da Lei nº 11.638, de 2007 (fl. 377);

31/12/2009: a Cálamo exclui R\$ 194.403.487,49 do Lalur (fls. 428429) a título de “Provisão p/Realização de Ágio-Incorp. G&K” para anular a receita de R\$ 16.200.290,62 contabilizada na conta 364003 nos meses de janeiro a março/2009 e excluir o encargo com a amortização do período de abril a dezembro/2009;

31/12/2009: a Cálamo também excluiu R\$ 5.971.028,38 do LALUR (fls. 428-429) a título de “Ágio incorporação G&K”, para amortizar o encargo no ano-calendário de 2008 (12/60) do valor amortizado e não excluído pela G&K Holding no período de janeiro/2007 a outubro/2008, no montante de R\$ 29.855.141,92.

Diante desse contexto fático, o que importa identificar, de forma objetiva, é a operação da qual o ágio objeto de amortização e que foi glosado pela Fiscalização foi constituído.

Nessa linha, constata-se que em 18 de setembro de 2006 foi constituída a empresa G&K HOLDING S/A, com capital social de R\$ 10.000,00, tendo como sócios o Srs. MIGUEL GELLERT KRIGSNER (oitenta por cento) e NOEMIO GRYNBAUN (vinte por cento).

Três meses após a constituição da G&K HOLDING S/A, ou seja, em 18 de dezembro de 2006, por meio de uma incorporação de ações, a fiscalizada transforma-se em subsidiária integral da empresa constituída, que aumentou seu capital social, emitindo novas ações em substituição às detidas anteriormente pelo Srs. MIGUEL GELLERT KRIGSNER e NOEMIO GRYNBAUN.

A partir dessa reorganização societária, com base em laudo de avaliação elaborado pela empresa KPMG Corporate Finance, a G&K HOLDING S/A escritura ágio no montante de R\$ 1.011.690.937,33 em relação à participação societária na fiscalizada, correspondente à diferença entre o valor de avaliação (R\$ 1.068.370.598,40 = 17.767.080 ações X R\$ 60,13) e o referente ao patrimônio líquido dela (R\$ 56.679.661,07).

Desse montante de R\$ 1.011.690.937,33, a parcela de R\$ 972.017.437,44 foi transferida em virtude do evento de cisão parcial e passou a ser amortizada pela ora Recorrente.

Penso que as passagens abaixo transcritas, colhidas do voto condutor da decisão de primeiro grau, expressam com propriedade o entendimento do Colegiado acerca da absoluta improcedência da dedução pretendida pela Recorrente.

[...]

87. Considerando que o ágio surge, única e exclusivamente, quando o valor efetivamente despendido para aquisição de um investimento – o sacrifício econômico suportado pela sociedade investidora – supera o valor patrimonial desse investimento, não há como se admitir que as ações da interessada tenham sido incorporadas pela G&K Holding S/A por um preço que contém uma mais valia de si próprio, em transação dos sócios Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grynbaum com eles mesmos, por intermédio das sociedades investida e investidora.

88. Conforme disposto no art. 385, II, do RIR de 1999 e ressaltado pelo OfícioCircular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, de 14 de fevereiro de 2007, o ágio na aquisição de participação societária avaliada pelo patrimônio líquido corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o seu valor patrimonial à época da aquisição, razão pela qual **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.

89. No presente caso, a G&K Holding não suportou sacrifício econômico algum que justificasse a constituição do ágio de R\$ 1.011.690.937,33 por ocasião da incorporação das ações da interessada, em 18/12/2006, porquanto recebeu as 17.767.680 ações ordinárias nominativas de emissão da Cálamo, pertencentes aos acionistas Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grynbaum, e em contrapartida emitiu 17.767.680 novas ações ordinárias nominativas do seu capital social,

atribuídas a esses mesmos acionistas na proporção das participações por eles anteriormente detidas na interessada, conforme Ata de AGE (fls. 100-115), Protocolo e Justificação de Incorporação de Ações Para Conversão de Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza S/A em Subsidiária Integral da G&K Holding S/A (fls. 334-339) e Laudo de Avaliação elaborado pela KPMG Corporate Finance Ltda. (fls. 342352).

90. A Cálamo tinha à época valor patrimonial de R\$ 56.679.661,07, mas cada uma de suas 17.767.680 ações ordinárias nominativas foi avaliada em R\$ 60,13 por laudo de avaliação elaborado pela KPMG, com utilização da metodologia do fluxo de caixa descontado, perfazendo o total de R\$ 1.068.370.598,40. Assim, a G&K Holding contabilizou em seu ativo permanente investimentos a importância de R\$ 56.679.661,07 em conta representativa do valor do patrimônio líquido da Cálamo e R\$ 1.011.690.937,33 na conta do ágio na aquisição dessa investida, além de registrar em seu patrimônio líquido a importância de R\$ 17.767.680,00 na conta Capital Social e R\$ 1.050.602.918,40 na conta Reserva de Capital.

91. Contudo, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. A G&K Holding não teve nenhum outro dispêndio além da entrega das 17.767.680 novas ações nominativas do seu capital social, mas constituiu um ágio de R\$ 1.011.690.937,33 sobre o patrimônio líquido da interessada, cuja parcela de R\$ 972.017.437,44 acabou retornando à própria Cálamo, em 03/11/2008, na operação de cisão parcial da G&K Holding S/A – conforme Ata da AGE (fls. 1193-1198), Protocolo e Justificação de Cisão Parcial Seguida de Versão do Patrimônio Cindido a Sociedades Já Existentes (fls. 1199-1211) e Laudo Pericial-Contábil Para Efeito de Cisão Parcial Seguida de Versão do Patrimônio Cindido a Sociedades Já Existentes (fls. 1212-1222) –, fato que possibilitou a esta amortizar e excluir mensalmente do LALUR 1/60 do ágio constituído sobre o seu próprio patrimônio líquido, ou seja, um ágio de si mesmo.

92. Assim, verifica-se que a operação de incorporação das ações da Cálamo em valor superior ao seu valor patrimonial não têm substância econômica, pois foi reconhecido um acréscimo de riqueza inexistente, haja vista ganho algum ter sido realizado nessa operação. Nenhuma riqueza nova foi gerada dentro do grupo Boticário com a operação de incorporação das ações da Cálamo, cujo valor após a incorporação das ações permaneceu sendo exatamente o mesmo de antes dessa operação.

...

97. Quanto à alegação da impugnante de que a incorporação de ações em 18/12/2006 não poderia ser caracterizada como uma operação intragrupo, pois foi legitimada pelo ingresso de um novo acionista estratégico no grupo Boticário, cabe salientar que o IGP-Fundo de Investimento em Participações realmente subscreveu e integralizou 4.613.618 novas ações ordinárias nominativas da G&K Holding S/A, mas não subscreveu e nem integralizou aumento do capital algum na Cálamo.

98. É certo que a IGP pagou R\$ 50.000.000,00 pelas 4.613.618 novas ações ordinárias nominativas da G&K Holding S/A, correspondente à participação de 2,41% do capital social desta, conforme Boletim de Subscrição de Ações (fls. 759-760), mas o ágio assim apurado somente poderia ser reconhecido pela IGP sobre o patrimônio líquido da G&K Holding S/A, caso a investidora não fosse fundo de investimento.

99. Ainda que o valor de mercado da investida pudesse corresponder à avaliação efetuada pela KPMG, não é concebível econômica e contabilmente, o

reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de transação dos acionistas com eles próprios. Quando a impugnante alega que na incorporação de ações não há “pagamento”, que é uma contraprestação do negócio jurídico de venda e compra, e que o valor das ações incorporadas corresponde ao valor das ações da incorporadora que serão recebidas pelos titulares das ações incorporadas, verifica-se que tal raciocínio é válido apenas para a operação realizada intragrupo, pois tais condições certamente não seriam aceitas pelos acionistas da Cálamo caso negociassem suas ações com terceiros, um processo imparcial de valoração, num ambiente de livre mercado e de independência entre as duas companhias.

Essa é exatamente a circunstância retratada nos autos impeditiva da dedução pretendida, circunstância essa que não é capaz de indicar que o sobrepreço (ágio) tenha surgido em razão de um sacrifício de ativo de qualquer natureza.

As incessantes referências às ocorrências de ágio interno, ágio de si próprio, artificialismo, ágio entre partes relacionadas, etc., só têm relevância em termos tributários na situação em que se observa que o “ágio” objeto de amortização e dedução do resultado fiscal não se amolda ao conceito de “custo de aquisição” referenciado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977.

No caso vertente, a indagação é exatamente a seguinte: afinal, qual o custo (sacrifício econômico, no dizer do ato decisório recorrido) que justifica a constituição do ágio?

Como tive a oportunidade de registrar na apreciação de situações análogas, é certo que não cabe à Administração Tributária imiscuir-se nas decisões tomadas em âmbito privado por Grupo Econômico de qualquer natureza. Contudo, quando tais decisões resultam em significativo abalo no fluxo de recolhimento de tributos, deve a autoridade tributária envidar esforços para, no exercício da sua atividade fiscalizadora, verificar se os procedimentos com repercussão tributária porventura adotados encontram-se em conformidade com a lei de regência.

Na situação ora analisada, a constituição da empresa G&K HOLDING S/A para incorporar as ações da fiscalizada, pelo valor atualizado, transformando-a em sua subsidiária integral, trouxe significativa redução de tributos, eis que de tal processo fez emergir um ágio que nada mais representa que a própria “mais valia” da sociedade cujas ações foram objeto de incorporação.

Como dito, quando se constata que a glosa empreendida pela autoridade fiscal tem por fundamento o denominado ÁGIO INTERNO, mas, resta verificado que a autoridade fiscal descortina sob esse manto a existência de uma ação deliberada de “criar” uma despesa por meio de um conjunto de reorganizações societárias, sem qualquer desembolso, orquestradas dentro de um grupo de empresas submetidas ao mesmo comando, efetivamente não se pode admitir a sua dedutibilidade, eis que totalmente desvirtuada a norma tributária autorizadora.

Do ponto de vista tributário, o ágio não deve provocar efeito de qualquer natureza, ou seja, a neutralidade fiscal é a regra. Assim, quando se admite a sua dedução, é vital a existência de um custo que se contrapõe a um lucro, resultando disso a ausência de efeitos tributários. Obviamente, quando não se tem custo, não se pode falar em despesa com amortização.

Não resta dúvida de que, quando o art. 386 do RIR/99 fala em “*participação societária adquirida*”, fica evidente, ao se interpretar em conjunto com o art. 385 do mesmo diploma regulamentar, que se trata de participação societária em relação a qual se pode atribuir um custo de aquisição, que deverá ser desdobrado.

A amortização de ágio interno que não corresponde a custo incorrido, indubitavelmente não se inclui na hipótese descrita na norma autorizadora da dedutibilidade;

Por entender que se aplicam ao caso presente, reproduzo, abaixo, argumentos expendidos nos autos do processo administrativo nº 10880.721826/2010-81, do qual fui o relator.

... um processo de reestruturação societária, submetido a uma única vontade, eis que realizado entre empresas pertencentes ao mesmo Grupo Econômico, realizado em um espaço curto de tempo, no qual não houve desembolso e totalmente desprovido de substância econômica, não encontra guarida nas disposições dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, de modo a tornar o ágio, nascido de si próprio, dedutível.

A contrario sensu, tivesse a citada reestruturação envolvido partes independentes e revelado efetiva substância econômica, de modo que o preço do negócio (custo de aquisição) fosse formado sem interferência, poder-se-ia admitir a dedutibilidade pretendida.

O planejamento tributário engendrado pela Recorrente, que ao menos no que tange aos seus efeitos fiscais revela o lado perverso das práticas adotadas sob esse manto, representou, em síntese, a criação de uma despesa que tem por base a própria mais valia do seu patrimônio, isto é, a contribuinte, a partir de uma avaliação encomendada pelo Grupo Econômico do qual faz parte, fez refletir no ativo de uma HOLDING constituída há pouco mais de vinte dias, os resultados de uma suposta rentabilidade futura e, por meio de uma incorporação às avessas, efetivada em curto espaço de tempo e sem despendar um único centavo, transformou essa mais valia em uma despesa.

O que salta aos olhos é que a intenção da Recorrente foi, em que pese os supostos motivos declarados, fazer surgir um ágio para, a partir da conseqüente redução da incidência tributária, propiciar ganhos para os seus acionistas.

A meu ver, outra não poderia ser a conclusão a que chegou a Fiscalização, pois, no caso vertente, em que a despesa apropriada decorreu de mais valia do patrimônio daquela que almejou beneficiar-se de sua dedutibilidade, não há que se falar em ágio decorrente de aquisição investimento.

No que tange ao ágio de R\$ 1.168.982,33, sirvo-me, da mesma forma, do consignado no ato decisório de primeiro grau para descrever os fatos a ele relacionados.

28/11/2003: a Estação Empreendimentos e Participações Ltda. (CNPJ nº 04.787.143/0001-46, cuja razão social anterior era Agatha Participações S/A e K&G Empreendimentos e Participações S/A) aumentou seu capital social em R\$ 41.887.998,00, cujo valor foi integralizado por Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grynbaum mediante conferência de participações societárias por eles detidas no Shopping Estação Ltda. (CNPJ nº 03.967.151/0001-01, cuja razão social anterior era K&G Participações S/A e Espaço Estação Participações S/A), conforme Ata de AGE da Agatha Participações (fls. 638 e 1594-1595) e Laudo de Avaliação da Companhia Espaço Estação Participações S/A. Para efeito de Integralização de

Capital (fls. 634-637), elaborado pela ZHC Consultores S/C com base no custo de aquisição (valor de declaração de imposto de renda);

28/11/2003: a Estação Empreendimentos e Participações Ltda. constituiu ágio de R\$ 1.168.983,33 correspondente à diferença entre²⁸ (fls. 629-630):

01/09/2006: a Cálamo incorpora a Estação Empreendimentos e Participações Ltda., com patrimônio líquido de R\$ 7.757.680,00, e aumenta seu capital social em R\$ 7.757.680,00 (que passou de R\$ 10.010.000,00 para R\$ 17.767.680,00), atribuído aos acionistas Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grynbaum proporcionalmente às participações que estes detinham no capital social da sociedade incorporada, conforme Ata da AGE da interessada (fls. 2428), Protocolo e Justificação de Incorporação Total (fls. 2937) e Laudo Pericial-Contábil Para Efeito de Incorporação Total, elaborado pela ZHC Consultores S/S Ltda. com utilização do método de avaliação patrimonial através da mensuração dos saldos contábeis;

- no item 2 desse laudo de avaliação consta que foi utilizado o método de avaliação patrimonial através da mensuração dos saldos contábeis, com base nas peças contábeis datadas de 01/09/2006;

- no item 3 consta que no acervo líquido incorporado (R\$ 7.757.680,00) encontra-se o saldo de R\$ 1.168.982,33 da conta de ágio com expectativa de rentabilidade futura do Shopping Estação Ltda.;

31/12/2006: a interessada contabiliza despesa com amortização de ágio de R\$ 720.872,44, correspondente ao período de dezembro/2003 a dezembro/2006, cujo valor foi adicionado ao LALUR em dezembro/2006 (fl. 589);

02/05/2007: a Cálamo incorpora o Shopping Estação Ltda., com patrimônio R\$ 89.92.738,87, conforme Ata de AGE (fls. 131133), e Protocolo de Justificação e Incorporação Total (fls. 134-142) e Laudo Pericial-Contábil Para Efeito de Incorporação Total (fls. 143-156);

31/12/2007: após contabilizar despesa com amortização de R\$ 77.932,16 nos meses de janeiro a abril/2007 e de R\$ 370.177,73 em maio/2007, adicionou R\$ 448.109,89 ao LALUR em dezembro/2007 a título de ágio de investimentos em coligadas/controladas (fls. 618-619);

31/12/2007: a interessada excluiu R\$ 1.168.982,33 do LALUR em dezembro/2007 a título de ágio de investimentos em coligadas/controladas (fls. 618-619).

A situação aqui, no entendimento do Colegiado, em tudo de assemelha a que foi antes analisada, isto é, o fato do qual emergiu o ágio objeto de amortização (aumento de capital) não demonstra ter ocorrido sacrifício de ativo de qualquer natureza, restando inexistente, assim, “custo de aquisição” passível de desmembramento.

Ademais, conforme pode ser observado na reprodução abaixo, o ato decisório recorrido aponta circunstância impeditiva da dedução pretendida que sequer foi contraditada em sede de recurso.

$$\left[\begin{array}{c} \vdots \end{array} \right]$$

²⁸Diferença entre o custo de aquisição (R\$ 54.085.398,00) e o valor de patrimônio líquido correspondente à participação (R\$ 52.916.415,00). FERNANDES GUIMARAES, Assinado digitalmente em 06/0

102. Além de não ser 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, conforme já analisado no tópico anterior, cabe destacar que, na realidade, inexistente o alegado ágio amortizável de R\$ 1.168.982,33.

103. **Conforme consta do Laudo de Avaliação da Companhia Espaço Estação Participações S/A (fls. 634-637, razão social anterior do Shopping Estação), elaborado pela ZHC Consultores S/C, esta sociedade foi avaliada em R\$ 41.887.998,00 com base no custo de aquisição registrado nas declarações de imposto de renda do exercício de 2003, ano-calendário de 2002, assim como nas demais movimentações ocorridas ao longo do ano-calendário de 2003.**

104. Assim, **se as participações societárias no Shopping Estação Ltda. foram valoradas com base no seu valor patrimonial, não há que se falar em desdobramento do custo de aquisição em valor do patrimônio líquido correspondente à participação societária adquirida e em ágio ou deságio porventura observado, conforme exigido pelo art. 385 do RIR de 1999.**

105. Dessa forma, como não existe ágio algum, muito menos que fosse passível de amortização, voto por manter a exigência correspondente à exclusão indevida no LALUR do ágio de R\$ 1.168.982,33 constituído em 28/11/2003.

O Colegiado pronunciou-se, também, pela regularidade da lavratura do auto de infração complementar, afastando, assim, as nulidades suscitadas pela fiscalizada.

O fato de a proposição resultar de uma análise supostamente realizada em “um dia” e de ela ter sido veiculada por meio de despacho do Presidente da Turma Julgadora, quando, para a contribuinte, deveria ter sido objeto de uma Resolução, efetivamente não constituem circunstâncias suficientes à decretação da nulidade do lançamento complementar. No caso, o relevante é a verificação acerca da existência de lastro legal autorizador da medida, e, quanto a isso, na linha do sustentado pelo ato decisório recorrido, o parágrafo 3º do art. 18 do Decreto nº 70.235, de 1972, prevê de forma expressa que, se em exames posteriores, realizados no curso do processo, forem verificadas omissões de que resultem agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, deve ser lavrado auto de infração complementar, devolvendo-se, ao sujeito passivo, prazo para impugnação no concernente à matéria modificada.

Como pode ser facilmente constatado na transcrição do dispositivo em comento (art. 18, par. 3º, Decreto nº 70.235/72), revela-se equivocado o entendimento da Recorrente de que o lançamento complementar necessariamente deve ser precedido de uma diligência ou perícia e que a autoridade competente para determinar a sua realização é a Turma Julgadora, vez que a norma processual não define a autoridade responsável pelos denominados “exames posteriores” e tais “exames” representam uma entre as possibilidades ali mencionadas, sendo a diligência e a perícia outras dessas referidas possibilidades.

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine.

§ 3º Quando, em exames posteriores, diligências ou perícias, realizados no curso do processo, forem verificadas incorreções, omissões ou inexactidões de que resultem agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, será lavrado auto de infração ou emitida notificação de lançamento complementar, devolvendo-se, ao sujeito passivo, prazo para impugnação no concernente à matéria modificada.

Não identificando razões para decretar a nulidade do lançamento complementar efetivado, decidiu o Colegiado, com base nos elementos a seguir indicados, extraídos do Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal de fls. 2.083/2.101, pela procedência da qualificação da penalidade aplicada e pela inclusão dos Srs. Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grynbaum no pólo passivo da obrigação tributária formalizada.

1. no caso presente, embora as reorganizações empreendidas tenham sido realizadas com observância da legislação específica, as operações foram estruturadas deliberadamente em seqüência visando a obtenção de uma redução substancial da incidência tributária;

2. embora a justificativa para a concentração do controle dos diversos negócios explorados pelo Grupo Econômico em uma única empresa (*HOLDING*), promovida por meio de uma reorganização societária que fez emergir um ágio de R\$ 1,776 bilhão, tenha sido “*uma melhor conformação das estruturas de capital e patrimonial*”, ao final, esse processo de concentração simplesmente se desfez, haja vista a cisão a que se submeteu a referida HOLDING;

3. a estratégia adotada (concentração – geração de ágio – desconcentração) alcançou as quatro empresas do Grupo (a fiscalizada; OBF; BOTICA; e EMBRALOG);

4. no que diz respeito especificamente à fiscalizada, o “ágio” objeto de amortização, que refletiu uma valorização de 1.883% do seu patrimônio líquido, alcançou o montante de R\$ 1,011 bilhão, o que naturalmente geraria uma expectativa de um eventual questionamento por parte do Fisco e até certo ponto explica o fato de: a) a atuada não dispor de meios patrimoniais para garantir uma eventual execução fiscal; e b) no período de 2006 a 2009, tendo obtido um resultado positivo de R\$ 470.066.523,11, ter distribuído aos seus acionistas a título de dividendos e juros sobre o capital próprio a vultosa quantia de R\$ 452.298.843,11 (aos senhores Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grynbaum foram destinados cerca de R\$ 358 milhões);

5. os fatos acima tornam inafastável a conclusão da participação direta dos referidos sócios (Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grynbaum) no “planejamento tributário”, eis que principais beneficiários do resultado objetivado, seja no que tange à blindagem do patrimônio das empresas envolvidas, seja em razão da percepção direta dos montantes cuja tributação se pretendeu evitar;

6. as passagens a seguir transcritas, extraídas do citado Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal, demonstram a efetiva participação dos Srs. Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grynbaum nas reorganizações societárias, senão vejamos:

[...]

20., embora os fatos geradores objeto do Auto de Infração anterior tenham ocorrido a partir de 18/12/2006, é recomendável retroagir a 21/08/2006 quando, na

7ª Alteração do Contrato Social da fiscalizada, foram tomadas importantes decisões, dentre outras:

1) retirada do sócio O BOTICÁRIO FRANCHISING S.A. da sociedade, transferindo 80% de suas 10.009.900 de quotas do capital social ao sócio MIGUEL GELLERT KRIGSNER e os restantes 20% ao sócio ARTUR NOEMIO GRYNBAUM;

2) alterada a cláusula quinta, que trata do capital social, informando que ele passou a ser de R\$ 10.010.000,00, dividido em 10.010.000 quotas de R\$ 1,00 cada;

3) aprovada a transformação da Cálamo de sociedade empresária limitada em sociedade anônima com a denominação “CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A. (antes chamava-se “Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza Ltda.”), e, em decorrência disto, seu capital social de R\$10.010.000,00 passou a ser dividido em 10.010.000 ações ordinárias nominativas, com valor nominal de R\$ 1,00 cada, distribuídas à razão de 8.008.000 ações para MIGUEL GELLERT KRIGSNER e 2.002.000 ações para ARTUR NOEMIO GRYNBAUM;

4) eleita a primeira Diretoria, composta por dois diretores da seguinte forma:

(1) **Diretor-Presidente: MIGUEL GELLERT KRIGSNER** e (2) **Diretor Vice-Presidente: ARTUR NOEMIO GRYNBAUM;**

21. A fim de se ter uma maior percepção dos poderes detidos pelos administradores, cabe ressaltar os artigos do aprovado Estatuto Social, assinado pelos dois mencionados acionistas, que tratam da administração da Companhia:

“Art.15 – A administração da Companhia incumbe à Diretoria, cujos membros serão eleitos para um mandato de até dois anos, podendo ser reeleitos, prescindindo da garantia de gestão;

Parágrafo Primeiro – A investidura de cada um dos membros eleitos da Diretoria far-se-á mediante termo lavrado no Livro de Atas de reuniões do respectivo órgão, e permanecerão no pleno exercício de suas funções até a investidura dos novos eleitos.

...

*Art. 17 – Compete aos Diretores, na forma prevista neste Estatuto, a representação da Companhia, ativa e passivamente, em juízo ou fora dele, bem como a gestão dos negócios sociais em geral e a **prática de todos os atos de administração** e de disposição, necessários ou convenientes ao cumprimento do objeto social, **inclusive celebrar atos e contratos de qualquer natureza ou finalidade, mesmo para aquisição, alienação ou oneração de bens do ativo permanente**, constituição de ônus reais e prestação de garantias às obrigações de terceiros observados especialmente os preceitos e limites do parágrafo terceiro do Artigo 19 deste Estatuto.*

...

Art. 19 – Com as exceções previstas neste Estatuto, qualquer ato ou contrato que implique em responsabilidade ou obrigação da Companhia perante terceiros ou a exoneração destes perante ela, serão obrigatoriamente assinados:

*a – **individualmente pelo Diretor Presidente ou pelo Diretor Vice-Presidente;***

b – por 2 (dois) Diretores sem designação específica, sendo que, ao menos um deles deverá ser indicado “ad hoc” pelo Diretor Presidente; e

c – por 1 (um) Diretor sem designação específica, indicado “ad hoc” pelo Diretor presidente, em conjunto com um procurado com poderes específicos;

...

Parágrafo Terceiro – A alienação ou oneração sob qualquer modalidade dos bens móveis ou imóveis do patrimônio da Companhia caberá exclusivamente ao Diretor Presidente.

...

Art. 21 – (...)

Parágrafo Primeiro – Para que se possam instalar as reuniões da Diretoria e nelas validamente se deliberar, é necessária a presença, em primeira convocação, da maioria de seus membros em exercício, entre eles, obrigatoriamente o Diretor Presidente ou o Diretor Vice-Presidente, ou, em segunda convocação, qualquer número de membros, após expedida nova convocação.

...

22. Na Assembléia Geral Extraordinária - AGE realizada a seguir, em 1º/09/2006, foi aprovada a incorporação total pela Cálamo do patrimônio (avaliado por laudo técnico em R\$ 7.757.680,00) da sociedade ESTAÇÃO EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, a qual foi representada no ato por seu **Administrador, Miguel Gellert Krigsner**. A título informativo, registre-se que:

1) a ata da referida AGE da Cálamo foi assinada pelo acionista **Miguel Gellert Krigsner**, como tal e como procurador de **ARTUR NOEMIO GRYNBAUM**;

2) a incorporada era uma *holding* que controlava as empresas SHOPPING ESTAÇÃO LTDA e ESTAÇÃO CONVENTION CENTER LTDA, o que fez com (que) estas passassem ao controle direto da fiscalizada. Tal incorporação resultou na aprovação do aumento do capital social da Cálamo no exato montante da avaliação da ESTAÇÃO EMPREENDIMENTOS, ou seja, R\$ 7.757.680,00 (com a emissão de 7.757.680 novas ações ordinárias), fazendo, com isto, que o mesmo aumentasse para R\$ 17.767.680,00, ficando assim distribuído:

Acionista	CPE/CNPJ	Ações	Valor (R\$)
Miguel Gellert Krigsner	051.622.118-34	14.224.617	14.224.617,00
Artur Noemio Grynbaum	722.349;549-91	3.543.063	3.543.063,00
Total		17.767.680	17.767.680,00

...

25. Chegamos, então, a 18/12/2006, momento em que, por meio de laudo técnico, a Cálamo foi avaliada em R\$ 1,068 bilhão e converteu-se em subsidiária integral da G&K Holding S.A., com geração nesta de ágio no valor de R\$ 1,011 bilhão. A ata relativa à AGE realizada nesta data (em anexo) e que deliberou pela

citada conversão, ratifica que as posições de Diretor Presidente e de Diretor Vice-Presidente, de **ambas as companhias**, permaneciam ocupadas, respectivamente, por **Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grynbaum**.

(GRIFOS DO ORIGINAL)

7. diante da substancial migração de recursos da atuada para os sócios (boa parte fruto do que foi desviado do erário), a garantia do crédito tributário somente existe em razão da imputação de sujeição passiva a estes, pois, como já dito, a contribuinte pessoa jurídica não dispõe de bens suficientes à satisfação do crédito tributário constituído.

No que diz respeito à fundamentação utilizada pela autoridade fiscal para fins de inclusão das pessoas físicas dos sócios no pólo passivo da obrigação tributária formalizada, alinho-me ao entendimento de que o art. 124 do Código Tributário Nacional não se presta para definir quem é sujeito passivo, eis que isso é feito pelo art. 121 do mesmo diploma.

O art. 124 do Código Tributário Nacional, abaixo reproduzido, cuida na verdade de estabelecer que, na circunstância em que haja multiplicidade de sujeitos passivos concorrendo na mesma obrigação tributária, eles serão solidariamente obrigados.

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Penso também, que a imputação de sujeição passiva solidária não fica invalidada pelo fato de a autoridade fiscal não ter sido precisa na indicação do dispositivo legal autorizador de tal providência, sendo irrelevante, assim, o fato de, no caso presente, servir-se também das disposições estabelecidas no art. 135 do Código Tributário Nacional.

Não obstante tais considerações, retornando à questão da aplicação do art. 124 do CTN, entendo que o inciso I do referido dispositivo diz respeito à solidariedade das pessoas que tem relação pessoal e direta com a situação que constitua o fato gerador da obrigação, isto é, dos contribuintes; enquanto o inciso II está relacionado aos responsáveis, ou seja, àqueles que, sem revestir a condição de contribuinte, são obrigados em decorrência de disposição expressa da lei.

Analisando a imputação feita pela Fiscalização, verifica-se que, para as autoridades autuantes, o Srs. **Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grynbaum**, sócios da fiscalizada, por terem atuado diretamente nos atos societários que concorreram para a artificialização da despesa redutora dos resultados tributáveis e, principalmente, por terem sido beneficiados com os recursos desviados do erário, atraíram para si a aplicação das disposições do inciso I do art. 124 do Código Tributário Nacional, pois, tendo relação pessoal e direta com a situação que constituiu fato gerador da obrigação, são solidariamente obrigados como contribuintes.

Cabível, na visão do Colegiado, na circunstância versada nos autos, a imputação de sujeição passiva solidária nos termos do inciso I do art. 124 do Código Tributário Nacional.

No entendimento do Colegiado, superada a questão da possibilidade legal de se promover o lançamento complementar, restou patente a natureza dolosa dos atos praticados pela fiscalizada e a atuação efetiva dos senhores **MIGUEL GELLERT KRIGSNER** e **ARTUR NOEMIO GRYNBAUM** na prática desses referidos atos, revelando-se procedentes, assim, as imputações feitas pela Fiscalização.

Por fim, cabe registro, haja vista os variados argumentos expendidos nas peças recursais trazidas ao processo, que, na esteira de reiterados pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça, não nega a prestação jurisdicional o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pela defesa, adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

Por todo o exposto, decidiu o Colegiado, pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso.

Wilson Fernandes Guimarães - Redator