



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16561.720146/2017-14
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-006.194 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de novembro de 2022
Recorrente SOMOS SISTEMAS DE ENSINO S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013, 2014

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. REQUISITOS ESSENCIAIS.

Tendo sido regularmente oferecida a ampla oportunidade de defesa, com a devida ciência do auto de infração, e não provada violação das disposições previstas na legislação de regência, resta insubsistente a arguição de nulidade do procedimento fiscal.

ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. DELEGACIAS DE JULGAMENTO. APRECIÇÃO. INCOMPETÊNCIA.

As Delegacias de Julgamento devem observar a legislação tributária vigente no País, sendo-lhes defeso apreciar arguições de inconstitucionalidade e de ilegalidade de normas regularmente editadas.

AMORTIZAÇÃO FISCAL DE ÁGIO. PLANEJAMENTO. COMPROVAÇÃO DE PROPÓSITO NEGOCIAL. EFEITOS OPONÍVEIS À FAZENDA PÚBLICA.

Tendo o contribuinte demonstrado que as operações societárias foram realizadas dentro de um contexto econômico, com propósito comercial e de acordo com os ditames legais, não há vedação para auferimento de vantagens tributárias que a própria Lei estabelece.

DESPESAS FINANCEIRAS. DEDUTIBILIDADE.

Somente são admitidas como dedutíveis as despesas consideradas necessárias, usuais e normais à manutenção da atividade econômica da pessoa jurídica.

ESTIMATIVAS MENSAS. MULTA ISOLADA. FISCALIZAÇÃO APÓS RECOLHIMENTO. NÃO APLICABILIDADE DA MULTA.

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

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INTERESSE COMUM QUALIFICADO. ART. 124, I, DO CTN.

Nos termos do art. 124, I, do CTN a responsabilidade solidária ocorre nas pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária, ou seja, aquelas pessoas que estão no mesmo polo da relação. Não demonstrado pela fiscalização que as pessoas estão no mesmo polo da relação não há que se falar em responsabilidade solidária nos termos do art. 124, I, do CTN.

NÃO IDENTIFICAÇÃO DE FRAUDE. DECADÊNCIA. OCORRÊNCIA.

Da leitura do §4º do art. 150 do CTN, extrai-se que decai em cinco anos, a partir da data da ocorrência de fato gerador, o direito de a Fazenda constituir crédito tributário, salvo quando se constata a intenção de fraudar o fisco, caso em que se deve observar o art. 173 do CTN.

ATOS. INFLUÊNCIA. PERÍODOS POSTERIORES. APRECIÇÃO. POSSIBILIDADE.

A impossibilidade de apreciação de atos que operam influência em exercícios posteriores ocorre apenas quando não há mais direito de constituir o crédito em relação ao qual se operou a influência.

MULTA ISOLADA. MULTA PROPORCIONAL. CONCOMITÂNCIA.

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

CSLL. NORMAS DE APURAÇÃO.

Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas.

MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA.

A multa de ofício integra o crédito tributário, sendo legítima a incidência dos juros de mora após o seu vencimento.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

A decisão prolatada no lançamento matriz estende-se aos lançamentos decorrentes, em razão da íntima relação de causa e de efeito que os vincula.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, i) em face do empate no julgamento, conforme determinação do art. 19-E da Lei n.º 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei n.º 13.988/2020, dar provimento ao recurso voluntário para cancelar os lançamentos de glosa de amortização de ágio e de multas isoladas, vencidos o Relator e os Conselheiros Marco Rogério Borges, Iágaro Jung Martins e Paulo Mateus Ciccone que negavam provimento; ii) por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário, mantendo os lançamentos de glosa de despesas financeiras, vencidos os Conselheiros Junia Roberta Gouveia Sampaio e Antônio Paulo Machado Gomes; e, iii) por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário para, iii.i) cancelar os lançamentos de glosa de despesas financeiras relativas ao ano-calendário de 2011 por decadência; iii.ii) afastar a qualificação da multa de ofício aplicada em relação aos lançamentos de glosa de despesas financeiras, reduzindo-a de 150% para 75%; e, iii.iii) afastar a responsabilização solidária imputada pelo Fisco, em relação aos lançamentos de glosa de despesas financeiras. Designado para redigir o voto vencedor na matéria em que vencida o Relator, o Conselheiro Antônio Paulo Machado Gomes.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias – Relator

(documento assinado digitalmente)

Antônio Paulo Machado Gomes - Redator Designado.

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Marco Rogerio Borges, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Evandro Correa Dias, Luciano Bernart, Iagaró Jung Martins, Jandir Jose Dalle Lucca, Antônio Paulo Machado Gomes, Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Recife (PE).

Adota-se, em sua integralidade, o relatório do Acórdão n.º **11-61.440 - 3ª Turma da DRJ/REC**, complementando-o, ao final, com as pertinentes atualizações processuais.

Trata-se de autos de infração do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ, às fls. 2.331 a 2.353, e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, às fls. 2.360 a 2.379 e 2.381 a 2.392 (multa isolada), lavrados para formalização e exigência de crédito tributário no montante de R\$ 362.292.134,70.

2. *Qualificou-se a multa de ofício (150%). Efetuou-se Representação Fiscal para Fins Penais. Foram responsabilizadas pelo crédito, de forma solidária, a Somos Educação S.A. e a Ativic S.A., motivo por que compõem o polo passivo da obrigação.*

3. *Consoante o Termo de Verificação Fiscal (fls. 2.394 a 2.447), a contribuinte deduziu de forma indevida, na apuração da base de cálculo do imposto e da contribuição, valores a título de despesas de amortização de ágio e a título de despesas financeiras, motivo por que elas foram glosadas. Em razão dos ajustes efetuados em decorrência dessas infrações, os prejuízos e as bases de cálculo negativas da CSLL de anos anteriores, compensados nos anos-calendários de 2013 e 2014, revelaram-se super dimensionados, o que também foi motivo de glosa.*

4. *Restou concluído, a dedução da amortização do ágio fora indevida, porquanto as operações societárias que culminaram com a formação do ágio não teriam tido propósito negocial. O seu objetivo fora exclusivamente tributário, ou seja, por meio delas implementaram-se, de forma artificial, as condições necessárias para dedução da amortização de ágio na apuração do lucro real, então previstas no art. 386 do RIR, de 1999.*

5. *Já a glosa das despesas financeiras ocorrera porque elas não seriam necessárias à Gráfica e Editora Anglo S.A., atual Somos Sistemas de Ensino S.A, de sorte que não poderiam ter sido deduzidas na apuração do seu lucro .*

6. *Ainda em decorrência dessas infrações, as antecipações mensais do imposto e da contribuição (lucro real anual), apuradas mediante balancetes de suspensão/redução, revelaram-se indevidamente reduzidas, o que motivou o lançamento de multas isoladas.*

7. *A Somos Sistemas de Ensino S.A. apresentou impugnação (fls. 5.034 a 5.106), contrapondo, em síntese:*

De forma preliminar

7.1 - *O direito de glosar a amortização do ágio teria decaído. Na hipótese de não se reconhecer a decadência total do crédito, dever-se-ia ao menos reconhecê-la quanto ao ano-calendário de 2011.*

7.2 - *O lançamento não teria tido fundamentação legal, o que implicaria "o necessário reconhecimento da nulidade da glosa das exclusões relativas à amortização fiscal do ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura".*

7.3 - O lançamento padeceria de falta de motivação, o que implicaria sua nulidade, em diversos aspectos, quais sejam: "Ausência de motivação quanto às parcelas do preço pagas entre 2011 e 2014", "Contradição entre os lançamentos relativos à amortização de ágio e às despesas financeiras", "Deficiência no motivo no lançamento da multa isolada e erro na determinação do fato gerador" e "Deficiência no motivo da qualificação da multa de ofício – ausência de motivação quanto à glosa de despesas financeiras e à glosa de compensações de prejuízo fiscal operacional e de base de cálculo negativa da CSLL".

Quanto ao Mérito.

7.4 - A Greentree Educacional S.A. não se trataria de empresa veículo, porquanto dotada de "evidente substância econômica". Os atos praticados "na operação de aquisição da impugnante", que, ao fim e ao cabo, culminaram com a dedução da amortização fiscal do ágio em questão, teriam sido realizados "com os mais evidentes propósitos negociais".

7.5 - A operação de compra das empresas do grupo Anglo pela Greentree, com pagamento de ágio, não teria se revestido de obscuridade ou de interesses escusos. Seria incontroverso "a aquisição se deu entre partes absolutamente independentes entre si", "houve um preço efetivamente negociado e pago", "Não houve contestação do laudo, do valor e da natureza do ágio, que foi amortizado à proporção de 1/60 mensal"; "Não houve o chamado 'ágio interno'" e, por fim, "As garantias pessoais apresentadas pelas demais empresas do grupo não foram executadas".

7.6 - Teriam sido observados todos os requisitos legais imprescindíveis à amortização fiscal de ágio. Da análise da jurisprudência do CARF, restaria evidente que "(i) a acusação de que a Greentree seria uma 'empresa-veículo'", além de infundada, seria insuficiente para a glosa do ágio, sobretudo se presentes "os (ii) requisitos de (ii.a) efetiva aquisição de participação societária; (ii.b) efetivo pagamento de preço; e (ii.c) transação entre partes independentes."

7.7 - A real adquirente das empresas do Grupo Anglo fora a Greentree, e não a Abril Educação S.A., de sorte que não haveria falar em não atendimento do requisito da confusão patrimonial, imprescindível à dedução da amortização do ágio.

7.8 - A glosa das exclusões relativas à amortização do ágio seria absolutamente improcedente, porquanto teria sido efetuada ao arrepio do que dispõe o "artigo 8º, alínea 'b', da Lei nº 9.532/97" (o original está sublinhado e negrito).

7.9 - Não existiria na legislação pátria dispositivo determinando a adição de despesas, tidas como indedutíveis na apuração do lucro real, à base de cálculo da CSLL. De modo que o lançamento, nessa parte, deveria ser "cancelado".

7.10 - *A dedução pela impugnante das despesas financeiras em questão teria ocorrido única e exclusivamente pelo fato de ela ter sucedido a Greentree; o que encontraria guarida nos artigos 227, caput, e 229, § 3º, da Lei n.º 6.404, de 1976.*

7.11 - *A qualificação da multa de ofício teria sido ilegal e impingiria caráter confiscatório à exação. A aplicação de penalidade com esse percentual (150%) macularia os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Não poderiam ser aplicados juros moratórios "sobre a multa de ofício lançada".*

7.12 - *A cumulação entre multa de ofício e multa isolada seria ilegal. O autuante teria errado na determinação do "fato gerador, sob o prisma temporal, na medida em que apurou e indicou as multas anualmente, com referência a 31.12 de cada ano-calendário, quando, na realidade, deveria a multa ser apurada mensalmente".*

8. ***A Somos Educação S.A. e a Ativic S.A. apresentaram as impugnações das fls. 5367 a 5451 e 5741 a 5784, contrapondo, em apertada síntese:***

8.1 – *As suas imputações de responsabilidade seriam nulas, por “motivação insuficiente”.*

8.2 – *Não seria possível responsabilizá-las pelo crédito com base no art. 124, inciso I, do CTN. O mero vínculo societário (existente à época) ou o fato de integrarem, à época, o mesmo grupo econômico não seria motivo para “a responsabilidade solidária prevista no artigo 124, inciso I, do CTN. Vínculo societário ou econômico não equivaleria “ao vínculo jurídico em relação ao fato gerador”.*

8.3 – *A mera existência de operações societárias não poderia ser fundamento para a responsabilização, tampouco para a demonstração de interesse comum, previsto na norma tributária.*

8.4 – *A fiscalização teria ignorado o fato de que a própria Greentree teria levantado os recursos para a aquisição do grupo Anglo e teria efetuado os pagamentos, o que demonstraria "ser ela a real adquirente da empresa autuada". As impugnantes não teriam participado do pagamento; teria sido a Greentree que se endividara perante as instituições financeiras, “tendo outras empresas do grupo apenas prestado fiança – as quais, todavia, sequer chegaram a ser executadas pelos credores”.*

8.5 – *O fato de os principais executivos da Greentree integrarem também as instâncias de comando da Abril não caracterizaria interesse comum, nos termos do inciso I do art. 124 do CTN, não se prestando assim “para a responsabilização”.*

8.6 – *Nada ligaria as impugnantes ao “fato gerador” em questão. Do valor total da aquisição, apenas 14% teria sido quitado com recursos da Greentree oriundos de subscrição pela Abril Educação; nenhum recurso teria advindo da Ativic.*

8.7 – *Caso seja mantida a responsabilidade, dever-se-ia excluir “qualquer imputação de multa qualificada às responsáveis pela simples ausência de individualização das condutas”.*

8.8 – *O autuante não teria provado que elas teriam agido com dolo. Ainda que se entenda indedutível a amortização fiscal do ágio, isso não decorreria de nenhum ato doloso, de sonegação ou de conluio, como exigiria a legislação. “Pelo contrário, apenas pode decorrer de uma divergência quanto à correta interpretação da lei que, data maxima venia, não se revela suficiente para que se qualifique a multa de ofício”.*

9. *Além dessas contraposições, as imputadas renovaram as alegações contrapostas pela Somos Sistemas de Ensino S.A. (fls. 5404 a 5451 e 5779 a 5784).*

Do Acórdão de Impugnação

A 3ª Turma da DRJ/REC, por meio do Acórdão n.º 11-61.440, julgou as impugnações do contribuinte e responsáveis improcedentes, conforme a seguinte ementa:

" ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013, 2014

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. REQUISITOS ESSENCIAIS.

Tendo sido regularmente oferecida a ampla oportunidade de defesa, com a devida ciência do auto de infração, e não provada violação das disposições previstas na legislação de regência, resta insubsistente a arguição de nulidade do procedimento fiscal.

ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. DELEGACIAS DE JULGAMENTO. APRECIÇÃO. INCOMPETÊNCIA.

As Delegacias de Julgamento devem observar a legislação tributária vigente no País, sendo-lhes defeso apreciar arguições de inconstitucionalidade e de ilegalidade de normas regularmente editadas.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013, 2014

AMORTIZAÇÃO FISCAL DE ÁGIO. PLANEJAMENTO. FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. EFEITOS NÃO Oponíveis À FAZENDA PÚBLICA.

Os efeitos de operações perpetradas no âmbito de planejamento tributário, em que não existe outra motivação senão a de criação artificial de condições para auferimento de vantagens tributárias, não são oponíveis à Fazenda Pública.

DESPEAS FINANCEIRAS. DEDUTIBILIDADE.

Somente são admitidas como dedutíveis as despesas consideradas necessárias, usuais e normais à manutenção da atividade econômica da pessoa jurídica.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013, 2014

ESTIMATIVAS MENSAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. MULTA ISOLADA.

A opção pela forma de apuração anual do imposto sujeita a pessoa jurídica ao recolhimento de antecipações mensais, determinadas sobre base de cálculo estimada. O não recolhimento ou o recolhimento a menor da antecipação enseja o lançamento da multa de ofício isolada prevista no inciso II do art. 44 da Lei n.º 9.430, de 1996.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INTERESSE COMUM QUALIFICADO. ART. 124, I, DO CTN.

Em razão de seu interesse comum qualificado, é responsável pelos créditos tributários devidos pela contribuinte a pessoa física ou jurídica que, em conluio com esta, pratica atos com vistas à evasão do pagamento dos tributos e contribuições devidos à Fazenda Pública.

INTENÇÃO DE FRAUDAR O FISCO. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA.

Da leitura do §4º do art. 150 do CTN, extrai-se que decai em cinco anos, a partir da data da ocorrência de fato gerador, o direito de a Fazenda constituir crédito tributário, salvo quando se constata a intenção de fraudar o fisco, caso em que se deve observar o art. 173 do CTN.

ATOS. INFLUÊNCIA. PERÍODOS POSTERIORES. APRECIÇÃO. POSSIBILIDADE.

A impossibilidade de apreciação de atos que operam influência em exercícios posteriores ocorre apenas quando não há mais direito de constituir o crédito em relação ao qual se operou a influência.

MULTA ISOLADA. MULTA PROPORCIONAL. CONCOMITÂNCIA.

Com o advento da Medida Provisória n.º 351, de 2007, convertida na Lei n.º 11.488, de 2007, tornou-se juridicamente indiscutível o cabimento da multa isolada imposta pela falta de pagamento das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL, ainda que cumulativamente haja imposição da multa de ofício proporcional ao imposto e à contribuição social devidos ao final do respectivo ano-calendário.

CSLL. NORMAS DE APURAÇÃO.

Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive as concernentes à apuração da base de cálculo.

MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA.

A multa de ofício integra o crédito tributário, sendo legítima a incidência dos juros de mora após o seu vencimento.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

A decisão prolatada no lançamento matriz estende-se aos lançamentos decorrentes, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula."

Do Recurso Voluntário

A Contribuinte e Responsáveis inconformados com a *decisão a quo*, interpuseram recurso voluntário, no qual apresentam, em síntese, as seguintes razões de fato e de direito para a reforma daquela decisão.

DA GREENTREE COMO “REAL ADQUIRENTE”

1. Apesar de a CSRF refutar a figura do “real adquirente” como requisito para amortização do ágio, a Greentree é devidamente qualificada como adquirente das empresas do Grupo Anglo, pois:

- efetivamente capitaneou e realizou a aquisição da participação societária a partir da qual se escriturou o ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura;
- o contexto de ingresso de novos investidores na controladora da Greentree tornava ineficiente que a captação de recursos se desse pela matriz do grupo, tendo sido, dos pontos de vista societário e econômico, extremamente conveniente e justificado que o endividamento se concentrasse na Greentree;
- tanto as fianças prestadas por bancos aos vendedores quanto as debêntures da primeira emissão também contaram com a alienação fiduciária em garantia das quotas da Simão e Gabríades Vestibulares Ltda. (fls. 516-518; 531-534; 718-735), à época principal sociedade do Grupo Anglo, detida pela Greentree, tendo sido esta a principal garantia oferecida pela própria adquirente Greentree;
- nenhuma das garantias foi, a qualquer tempo executada – nem Somos Educação S.A., nem nenhuma outra avalista, desembolsou qualquer recurso para quitação da dívida;
- o custo de aquisição foi comprometido tão-somente por Greentree e, posteriormente, pela própria investida. Após a cisão total da Greentree, a Recorrente sucedeu-a quanto às debêntures, as quais foram quitadas com recursos da própria Recorrente; e
- Abril Educação S.A. (atual Somos Educação S.A.) – Companhia de capital aberto com investidores não relacionados – não poderia jamais ser considerada real adquirente, pois (i) não assumiu a dívida; (ii) não emitiu as debêntures; (iii) não subscreveu as debêntures; (iv) não contaminou seu índice de liquidez / não fez o sacrifício para a aquisição; e (v) não tinha autorização de seus acionistas para esse tipo de investimento e endividamento.

DA DEDUTIBILIDADE DE DESPESAS FINANCEIRAS

2. As despesas financeiras ora glosadas decorrem de financiamento realizado junto a terceiros não relacionados (instituições financeiras), relativo a recursos voltados à aquisição do investimento: as debêntures emitidas pela Greentree (1ª Emissão) e pela própria Recorrente (2ª Emissão).

3. A d. Autoridade Autuante reconhece que, para a Greentree, real adquirente da Recorrente, as despesas financeiras seriam necessárias. Contudo, ignora que a dedução pela Recorrente decorreu única e exclusivamente do fato de haver a Recorrente sucedido, do ponto de vista do direito privado, a Greentree após sua cisão total.
4. É, pois, contraditório afirmar que a despesa necessária para a sucedida não seria para a sucessora, pelo imperativo de que a sucessão implica a assunção dos ativos e passivos daquela que deixa de existir. A jurisprudência do CARF é consolidada no sentido de que as despesas financeiras contraídas no curso da aquisição de novos negócios são dedutíveis na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

DA BASE DE CÁLCULO DA CSLL: INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL PARA INDEDUTIBILIDADE DO ÁGIO GLOSADO

5. Não existe, na legislação, dispositivo que determine a adição à base de cálculo da CSLL de despesas efetivas, tidas como indedutíveis na apuração do lucro real. Dessa forma, o lançamento deve ser, nesta parte e por mais essa razão, cancelado, exatamente nos termos da posição recente da CSRF e do próprio CARF.

DA ILEGITIMIDADE DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO

6. A operação lícita e regular realizada pela Greentree não apresenta vantagem indevida, danos causados a terceiros, má-fé, conduta dolosa, elementos específicos e imprescindíveis para qualificação da multa de ofício, a teor da jurisprudência recente da CSRF.
7. A operação da Recorrente não tem sequer caráter de planejamento tributário, uma vez que houve o negócio jurídico com efetivo pagamento de preço – premissa fática incontroversa –, de modo que o direito à amortização estaria assegurado à investida a partir da incorporação reversa de qualquer forma. Contudo, a CSRF vem decidindo que, ainda que se tratasse de planejamento tributário por parte do contribuinte, não haveria que se falar, por si só, em multa qualificada.
8. Em verdade, ainda que se entenda indedutível a amortização fiscal do ágio, tal conclusão apenas pode decorrer de uma divergência quanto à correta interpretação da lei, o que é insuficiente para a qualificação da multa de ofício, em linha com a jurisprudência pacífica da CSRF.

DECADÊNCIA DOS LANÇAMENTOS RELATIVOS AO ANO-CALENDÁRIO DE 2011

9. 16. Está decaído o direito de proceder à glosa na amortização do ágio referente ao ano-calendário 2011. Isso porque, a Recorrente sofreu retenções de Imposto de Renda e recolheu estimativas de IRPJ e CSLL no ano-calendário de 2011 (fls. 1.465 e 1.471). Tudo em consonância com a decisão do Superior Tribunal de Justiça nos autos do REsp nº 973.733/SC, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos.

DO CANCELAMENTO DA MULTA DE OFÍCIO: BIS IN IDEM E ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO

10. A concomitância da multa de ofício e isolada – verificada nos presentes autos de infração - configura bis in idem, fenômeno vedado pela legislação tributária, de forma que, na absurda hipótese de manterem-se as glosas aqui combatidas, não deve ser mantida a aplicação cumulada das multas, conforme a jurisprudência recente dessa corte.
11. A multa também deve ser cancelada pelas nulidades decorrentes do erro quanto à determinação da base de cálculo e do fato gerador. Isso porque inexistente, nos presentes autos de infração, qualquer cotejo entre o valor mensal de estimativa que entende devido a d. Autoridade Autuante e o valor efetivamente pago pela Recorrente.

Voto Vencido

Conselheiro Evandro Correa Dias, Relator.

1. DA ADMISSIBILIDADE:

Os recursos voluntários são tempestivos e atende ao demais requisitos, motivo pelo qual deles conheço.

2. PRELIMINARES

2.1 DA ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE CAPITULAÇÃO LEGAL

A Recorrente questiona a fundamentação legal do lançamento, alegando que a autoridade fiscal não teria discriminado a legislação que daria suporte às glosas das despesas com amortização de ágio.

Entende-se que não assiste razão à recorrente em suas alegações, pois verifica-se que a Autoridade Fiscal descreveu no Termo de Verificação Fiscal, que é parte integrante dos

presentes autos, todos os fatos relacionados à formação do ágio e à sua dedução fiscal. Além disso, também indicou, expressamente, a legislação que disciplina o aproveitamento das despesas com amortização de ágio para fins fiscais. Neste sentido, transcrevo excertos da Termo de Verificação Fiscal:

18 DOS ASPECTOS RELACIONADOS À LEGISLAÇÃO SOBRE ÁGIO E SUA AMORTIZAÇÃO NAS SITUAÇÕES DE INCORPORAÇÃO, FUSÃO OU CISÃO DE EMPRESAS

- 18.1 A legislação tributária somente admite a dedutibilidade fiscal do ágio quando o investimento que lhe deu causa for alienado ou liquidado. Neste caso, o ágio pago integrará o custo de aquisição desse investimento, para efeito de determinação do correspondente ganho de capital da investidora/alienante. Deduz-se, portanto, que enquanto a participação societária adquirida com ágio permanecer com a investidora, as contrapartidas de eventuais amortizações contábeis desse ágio não impactarão os resultados fiscais desta.
- 18.2 Note-se, contudo, que nem sempre haverá condições para a recuperação fiscal do ágio por essa via, dado que, em certas situações, não mais será possível a alienação ou liquidação do investimento. É o que ocorre, por exemplo, no caso de extinção da participação societária adquirida com ágio por força de sua incorporação pela investidora. Por conta disso, os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 passaram a disciplinar os efeitos fiscais atinentes ao ágio, até então contabilizado em sociedade investidora no momento da aquisição de uma participação societária, quando, em decorrência de fusão, incorporação ou cisão, não for mais possível a alienação ou liquidação do investimento.
- 18.3 Entretanto, verifica-se que em determinadas situações, como nesta aqui analisada, os dispositivos legais criados com o objetivo de restringir as operações de incorporação, fusão e cisão "às hipóteses de casos reais" tem sido utilizadas para a obtenção de vantagens tributárias, por meio da criação de situação, em essência artificial, em que uma pessoa jurídica, sem materialidade ou substância econômica, é utilizada para ocultar o real investidor de participação societária. **Trata-se, portanto, de simulação da hipótese legal com o intuito de obter vantagem fiscal.**
- 18.4 **No caso concreto em análise, constata-se que não há confusão patrimonial entre a investida e a real investidora, portanto, não há suporte legal para a amortização fiscal de ágio realizada.**

2.2 DA ALEGAÇÃO DE MOTIVAÇÃO DO LANÇAMENTO

A Recorrente afirma que é nulo o presente lançamento, porquanto maculado por inúmeras deficiências em sua motivação, as quais serão tratadas a seguir, evidenciando ter falhado a d. Autoridade Autuante ao verificar eventual ocorrência do fato gerador e determinar a matéria tributável, elementos essenciais do lançamento, conforme artigo 142 do Código Tributário Nacional.

Alega que o principal fundamento para a glosa das exclusões relativas à amortização fiscal do ágio cingiu-se à suposta falta de estrutura da Greentree para obter, junto às instituições financeiras, os recursos necessários para a aquisição da Recorrente. A seguir traz argumentos com relação ao aspecto financeiro das operações.

A Recorrente alega ainda a nulidade da autuação pelas seguintes razões: Ausência de motivação quanto às parcelas do preço pagas entre 2011 e 2014; Contradição entre

os lançamentos relativos à amortização de ágio e as despesas financeiras; Deficiência no motivo da qualificação da multa de ofício; Ausência de motivação quanto à glosa de despesas financeiras e glosa de compensação de prejuízo fiscal operacional e de base de cálculo negativa da CSLL.

Ressalta-se que a validade dos atos praticados no âmbito do processo administrativo fiscal federal deve ser averiguada consoante o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto n.º 70.235, de 1972. Isso porque são estes os dispositivos que disciplinam as nulidades que podem prejudicar a validade e a eficácia dos atos praticados no decorrer do processo administrativo fiscal federal. Confira-se:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Incluído pela Lei n.º 8.748, de 1993)

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Compulsando os autos, verifica-se que foi dada à contribuinte e aos responsáveis oportunidade, durante o processo fiscal, de apresentar alegações e elementos probatórios e a fiscalização fundamentou o ato administrativo de forma suficiente nos aspectos fáticos e jurídicos.

Ante o exposto, não se vislumbra o descumprimento de nenhum dos requisitos fixados no citado art. 59. Isso porque não houve atuação de pessoa incompetente e tampouco qualquer preterição no direito de defesa da contribuinte no presente processo administrativo.

Desse modo, rejeita-se as preliminares de mérito suscitadas pela recorrente e pelos responsáveis.

3. DO MÉRITO

A recorrente se insurge contra a manutenção da cobrança de crédito tributário de IRPJ e CSLL referente aos anos-calendário de 2011 a 2014, exigido em razão da glosa de: (i) exclusões realizadas a título de amortização fiscal de ágio; e (ii) despesas financeiras relacionadas a debêntures subscritas por instituição financeira.

A Recorrente discorda dos questionamentos levantados pela autoridade fiscal e, em seu Recurso Voluntário, elenca diversas razões que serviriam para afastar as glosas imputadas pela Fiscalização sobre as despesas com amortização de ágio.

Alega a regularidade dos atos praticados pela Recorrente e o cumprimento de todos os requisitos previstos nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, vigente à época.

Antes de adentrar no exame das alegações da recorrente, faz-se necessário verificar as operações societárias que culminaram na aquisição do grupo Anglo pelo grupo Abril Educação.

3.1 DA AQUISIÇÃO DAS EMPRESAS DO GRUPO ANGLO PELO GRUPO ABRIL EDUCAÇÃO

Em 06/07/2010, por meio de sua subsidiária integral GREENTREE EDUCACIONAL S.A., **ABRIL EDUCAÇÃO S.A.** adquiriu 100% das quotas de todas as sociedades do Anglo, as quais eram: SIMÃO E GABRIADES VESTIBULARES LTDA. (ANGLO VESTIBULARES), GRÁFICA E EDITORA ANGLO LTDA., SIGA EDUCACIONAL LTDA. e EDITORA ANGLO LTDA., conforme Termo de Verificação de Infração.

<p>28/02/2010</p> <p>1º EVENTO:</p> <p>TRANSFERÊNCIA DAS AÇÕES DA GREENTREE</p> <p>Transferência da totalidade das ações da Greentree Educacional S.A, então detidas pela Ativic S.A, que, por sua vez, conferiu à Greentree as participações por ela detidas na Editora</p>	<p>11.3 A empresa ATIVIC S.A., CNPJ 02.291.096/0001-10, é uma holding controlada pela Família Civita.</p> <p>11.4 A empresa ABRILPAR PARTICIPAÇÕES LTDA., CNPJ 03.555.186/0001-33, é uma holding controlada pela ATIVIC S.A.</p> <p>11.5 Anteriormente à operação descrita no 1º Evento, a ATIVIC era titular da totalidade das ações da GREENTREE e a ABRIL EDUCAÇÃO era controladora direta e única acionista da EDITORA ÁTICA e da EDITORA SCIPIONE.</p> <p>(...)</p> <p>11.7 Como resultado da operação descrita no Evento nº 1, a ABRIL EDUCAÇÃO passou a ser titular direta da totalidade das ações de emissão da GREENTREE antes detidas pela ATIVIC e passou a ser acionista indireta, por meio da GREENTREE, da EDITORA ÁTICA e da EDITORA SCIPIONE. O efeito prático da operação é a colocação de uma pessoa jurídica interposta entre a ABRIL EDUCAÇÃO e suas controladas EDITORA</p>
---	--

	<p>Ática S.A. e na Editora Scipione S.A. Em decorrência da operação, a Abril Educação S.A. passa a ser titular direta da totalidade das ações de emissão da Greentree, da Editora Ática e da Editora Scipione</p>	<p>ÁTICA e EDITORA SCIPIONE. (...) 11.8.1 A operação descrita neste item serviu para capitalizar a GREENTREE (na data ainda denominada USINA NET), que passou de um capital social de R\$ 1.000,00 para R\$ 202.684.918,00, mediante a conferência de ações que sua agora controladora, ABRIL EDUCAÇÃO, possuía da EDITORA ÁTICA e da EDITORA SCIPIONE, avaliadas em R\$ 202.683.918,00.</p> <p>11.8.2 Esta operação de capitalização da GREENTREE antecede a operação de aquisição das empresas do Grupo ANGLO. A GREENTREE não dispunha de capital para bancar a operação nem tampouco de garantias para buscas financiamento no mercado. A operação de capitalização, sem depender efetivamente nem ao menos um real, buscou criar a aparência, como será demonstrado mais adiante, de que a empresa tivesse porte suficiente para captar no mercado o montante necessário para bancar a operação de aquisição do Grupo ANGLO.</p>
06/07/2010	<p>2º EVENTO:</p> <p>AQUISIÇÃO DAS EMPRESAS DO GRUPO ANGLO</p> <p>Aquisição de 100% das quotas de todas as sociedades do Anglo, quais sejam: Editora Anglo, Anglo Vestibulares, Gráfica e Editora Anglo e Siga</p>	<p>11.14 O 2º Evento informado no Formulário de Referência” (Anexo 08), tópico 15.7 - Principais operações societárias, Item (2), descreve a operação denominada “Aquisição do Anglo”, nos seguintes termos: “<i>Em 6 de julho de 2010, por meio da Greentree, então subsidiária integral da Companhia, nos termos do “Contrato de Compra e Venda de Quotas e Outras Avenças”, adquirimos 100% das quotas de todas as sociedades do Anglo, quais sejam: Editora Anglo, Anglo Vestibulares, Gráfica e Editora Anglo e Siga”.</i></p> <p>11.15 De acordo com a 21ª Alteração Contratual (Anexo 10) da empresa SIMÃO GABRIADES VESTIBULARES LTDA, datada de 10 de setembro de 2010 e registrada na Jucesp em sessão de 14 de outubro de 2010, o controle da sociedade foi transferido para a empresa GREENTREE EDUCACIONAL S/A e a denominação da sociedade foi alterada para ANGLO VESTIBULARES LTDA. Os organogramas dos quadros 08 e 09, abaixo, retratam as participações societárias imediatamente antes e após as referidas alterações: (...) 11.16 Conforme a 5ª Alteração Contratual (Anexo 12) da empresa EDITORA ANGLO LTDA, datada de 10 de setembro de 2010 e registrada na Jucesp em sessão de 14 de outubro de 2010, o controle da sociedade foi transferido para a empresa GREENTREE EDUCACIONAL S/A. Como sócio minoritário permaneceu a empresa SIMÃO GABRIADES VESTIBULARES LTDA., agora denominada ANGLO VESTIBULARES LTDA, controlada da GREENTREE EDUCACIONAL S/A. Os organogramas dos quadros 10 e 11, a seguir, retratam as participações societárias imediatamente antes e após a referida alteração: (...)</p>

		<p>11.17 De acordo com a 12ª Alteração Contratual (Anexo 14) da empresa SIGA EDUCACIONAL LTDA, datada de 10 de setembro de 2010 registrada na Jucesp em sessão de 14 de outubro de 2010, os sócios pessoas físicas deixaram a sociedade e nela ingressou a empresa GREENTREE EDUCACIONAL S/A, a qual passou a controlar a sociedade, visto que a sócia majoritária era sua controlada direta. Os organogramas dos quadros 12 e 13, abaixo, retratam as participações societárias imediatamente antes e após a referida alteração:</p> <p>(...)</p> <p>11.18 Nos termos da 19ª Alteração Contratual (Anexo 16) da empresa GRÁFICA E EDITORA ANGLO LTDA, datada de 10 de setembro de 2010 e registrada na Jucesp em sessão de 14 de outubro de 2010, os sócios pessoas físicas deixaram a sociedade e nela ingressou a empresa GREENTREE EDUCACIONAL S/A, a qual passou a controlar a sociedade, visto que a sócia majoritária era sua controlada direta. Os organogramas dos quadros 14 e 15, abaixo, retratam as participações societárias imediatamente antes e após a referida alteração:</p>
20/07/2010 e 30/08/2010	<p>3º EVENTO:</p> <p>CAPITALIZAÇÃO DA ABRIL EDUCAÇÃO S.A. E DA GREENTREE S.A.</p> <p>Aporte de capital na Abril Educação S.A (CNPJ 02.541.982/0001-54), no montante de R\$100.000.000,00, mediante emissão de 98.231.828 novas ações, subscritas e integralizadas pela família Civita. Em 30.08.2010, a Greentree recebe aporte de R\$ 100.000.000,00 da Abril Educação S.A., sua única acionista</p>	<p>11.20 O 3º Evento informado no Formulário de Referência” (Anexo 08), tópico 15.7 - Principais operações societárias, Item (3), descreve a operação denominada “Aporte de Capital na Companhia” (ABRIL EDUCAÇÃO S.A. – CNPJ 02.541.982/0001-54), nos seguintes termos:</p> <p><i>“Em 27 de julho de 2010, a Companhia recebeu aporte de R\$100,00 milhões, mediante emissão de 98.231.828 novas ações, subscritas e integralizadas pela Família Civita, de modo que a Abrilpar, controlada direta da Ativic, teve sua participação diluída para 35,74%, ficando a Família Civita com os 64,26% restantes”.</i></p> <p>11.21 Cerca de um mês após o evento acima descrito, ABRIL EDUCAÇÃO S.A., CNPJ 02.541.982/0001-54, única acionista da GREENTREE, efetuou um aporte de capital de exatos R\$100.000.000,00 (cem milhões de reais) na companhia. Conforme a Ata da A.G.E (Anexo 24) que aprovou este aumento de capital, datada de 30 de agosto de 2010 e registrada na Jucesp em sessão de 10/09/2010, o montante de R\$100.000.000,00 (cem milhões de reais) foi integralizado no ato em moeda corrente nacional.</p>
30/11/2010	<p>4º EVENTO: – INTEGRALIZAÇÃO DE AUMENTO DE CAPITAL DA ANGLO VESTIBULARES</p>	<p>11.24 O 4º Evento informado no Formulário de Referência” (Anexo 08), tópico 15.7 - Principais operações societárias, Item (4), descreve a operação denominada “Aumento de Capital do Anglo Vestibulares”, nos seguintes termos:</p> <p><i>“Em 30 de novembro de 2010, foi aprovado aumento do capital social do Anglo Vestibulares, no montante de R\$ 809.980,00, de</i></p>

	(nova denominação da SIMÃO E GABRIADES VESTIBULARES)	<p>modo que o capital social passou de R\$1,0 milhão para R\$1.809.980,00, mediante a emissão de 80.998 novas quotas, totalmente subscritas e integralizadas pela Greentree por meio da conferência da totalidade da participação societária que ela detinha (i) na Editora Anglo; (ii) na Gráfica e Editora Anglo; e (iii) na Siga, de modo que (a) a Greentree passou a deter 100% do capital social do Anglo Vestibulares; (b) o Anglo Vestibulares passou a deter 100% da Editora Anglo, da Gráfica e Editora Anglo; e da Siga”.</p> <p>11.25 Como o aumento do capital social da ANGLO VESTIBULARES foi efetuado com a conferência de participações societárias em outras empresas, não houve desembolso monetário efetivo da GREENTREE.</p>
30/11/2010	<p>5º EVENTO: – INCORPORAÇÃO DA EDITORA ANGLO E DA SIGA EDUCACIONAL PELA ANGLO VESTIBULARES (nova denominação da SIMÃO E GABRIADES VESTIBULARES)</p>	<p>11.27 O 5º Evento informado no Formulário de Referência” (Anexo 08), tópico 15.7 - Principais operações societárias, Item (5), descreve a operação denominada “Incorporação da Editora Anglo e da Siga pelo Anglo Vestibulares”, nos seguintes termos: <i>“Em 30 de novembro de 2010, foram aprovadas as incorporações da Siga e da Editora Anglo pelo Anglo Vestibulares. Referidas incorporações não resultaram em aumento do capital social do Anglo Vestibulares, uma vez que as sociedades incorporadas eram totalmente detidas por aquela sociedade”.</i></p> <p>11.28 Conforme a 24ª Alteração Contratual (Anexo 28) da empresa ANGLO VESTIBULARES LTDA., datada de datada de 30 de novembro de 2010 e registrada na Jucesp em sessão de 5 de janeiro de 2011; ANGLO VESTIBULARES LTDA. incorporou EDITORA ANGLO LTDA, CNPJ 53.121.067/0001-40 e SIGA EDUCACIONAL LTDA, CNPJ 51.162.758/0001-67.</p>
30/11/2010	<p>6º EVENTO: INCORPORAÇÃO DA ANGLO VESTIBULARES PELA GRÁFICA E EDITORA ANGLO</p>	<p>11.30 O 6º Evento informado no Formulário de Referência” (Anexo 08), tópico 15.7 - Principais operações societárias, Item (6), descreve a operação denominada “Incorporação do Anglo Vestibulares pela Gráfica e Editora Anglo”, nos seguintes termos: <i>“Em 30 de novembro de 2010, foi aprovada a incorporação da totalidade do patrimônio líquido do Anglo Vestibulares pela Gráfica e Editora Anglo. Como resultado da incorporação, a Greentree subscreveu aumento do capital social da Gráfica e Editora Anglo, que foi por ela integralizado por meio da versão do acervo líquido incorporado pela Gráfica e Editora Anglo, de modo que a Greentree passou a deter 100% do capital social da Gráfica e Editora Anglo”.</i></p> <p>11.31 De acordo com a 25ª Alteração Contratual (Anexo 29) da empresa ANGLO VESTIBULARES LTDA., datada de datada de 30 de novembro de 2010 e registrada na Jucesp em sessão de 5 de janeiro de 2011; foi aprovada a incorporação da sociedade pela GRÁFICA E EDITORA ANGLO LTDA, antiga denominação social de SOMOS SISTEMAS DE ENSINO S.A. (incorporação da controladora pela controlada).</p>

30/11/2010	7º EVENTO:– CISÃO TOTAL DA GREENTREE	11.33 O 7º Evento informado no Formulário de Referência” (Anexo 08), tópico 15.7 - Principais operações societárias, Item (7), descreve a operação denominada “Cisão Total da Greentree”, nos seguintes termos: <i>“Em 30 de novembro de 2010, foi aprovada a cisão total da Greentree, com versão do acervo cindido para três empresas, quais sejam: Gráfica e Editora Anglo, Editora Ática e Editora Scipione, subsidiárias diretas da Greentree, com a consequente extinção da Greentree. Referida cisão total não resultou em aumento de capital social da Editora Ática e da Editora Scipione, uma vez que estas incorporaram somente o acervo cindido relacionado às participações detidas nelas próprias pela Greentree. A Gráfica e Editora Anglo foram vertidos, além da participação detida nela própria pela Greentree, outros bens, direitos, obrigações e deveres não atrelados à referida participação (incluindo a dívidareligionada à 1ª Emissão de Debêntures da Greentree), de</i>
30/11/2010	7º EVENTO: CISÃO TOTAL DA GREENTREE	11.33 O 7º Evento informado no Formulário de Referência” (Anexo 08), tópico 15.7 - Principais operações societárias, Item (7), descreve a operação denominada “Cisão Total da Greentree”, nos seguintes termos: <i>“Em 30 de novembro de 2010, foi aprovada a cisão total da Greentree, com versão do acervo cindido para três empresas, quais sejam: Gráfica e Editora Anglo, Editora Ática e Editora Scipione, subsidiárias diretas da Greentree, com a consequente extinção da Greentree. Referida cisão total não resultou em aumento de capital social da Editora Ática e da Editora Scipione, uma vez que estas incorporaram somente o acervo cindido relacionado às participações detidas nelas próprias pela Greentree. A Gráfica e Editora Anglo foram vertidos, além da participação detida nela própria pela Greentree, outros bens, direitos, obrigações e deveres não atrelados à referida participação (incluindo a dívidareligionada à 1ª Emissão de Debêntures da Greentree), de forma que a Gráfica e Editora Anglo teve seu capital social aumentado no montante correspondente ao valor total do acervo líquido a ela vertido, deduzido o valor da participação anteriormente detida pela Greentree. As ações da Editora Ática, Editora Scipione e Gráfica e Editora Anglo, anteriormente detidas pela Greentree, foram canceladas, tendo sido emitidas novas ações por cada uma delas que foram entregues à Companhia”.</i>

3.2 DAS FONTES DE FINANCIAMENTO DA OPERAÇÃO DE AQUISIÇÃO DAS EMPRESAS DO GRUPO ANGLO

A seguir as considerações da Autoridade Fiscal sobre os recursos que foram utilizados para o pagamento de parte do preço de aquisição das empresas do GRUPO ANGLO,

dentre eles uma nota promissória, cujo valor nominal era de R\$ 264.750.000,00, emitido pela GREENTREE:

12.7 Em relação à **primeira fonte de financiamento** da operação de aquisição do Anglo, sabe-se que Assembleia Geral Extraordinária (A.G.E.) da GREENTREE aprovou a emissão de uma Nota Promissória pela Sociedade, para distribuição pública, com esforços restritos de colocação, no valor de R\$ 264.750.000,00 (duzentos e sessenta e quatro milhões, setecentos e cinquenta mil reais), conforme ata da A.G.E. Anexo 19), datada de 01 de julho de 2010 e registrada na Jucesp em sessão de 23 de julho de 2010.

12.8 É importante ressaltar que à época da emissão da referida Nota Promissória, a razão social da GREENTREE, CNPJ 03.780.042/0001-80,

ra ABRIL EDUCAÇÃO S.A., que alguns meses antes, como visto anteriormente, era o nome empresarial de sua controladora direta.

(...)

12.12 Transcrevo a seguir a “cláusula da garantia” do Contrato (Anexo 20) acima mencionado:

“2.10. Garantia: a Nota Promissória contará com aval das Garantidoras, a ser apostado na cártula da Nota Promissória, as quais responderão como principais pagadoras e devedoras solidárias da dívida total representada pela Nota Promissória ("Garantia").

12.13 Como pode ser visto no referido Contrato (Anexo 20), as Garantidoras designadas e principais pagadoras da dívida eram as empresas ATVIC S.A., EDITORA ATICA S.A. e EDITORA SCIPIONE S.A.

12.14 Fica claro que uma empresa com o perfil da GREENTREE, à época ainda denominada ABRIL EDUCAÇÃO S.A., não conseguiria celebrar contrato com alguma instituição financeira, para distribuição pública de Nota Promissória, de valor superior a R\$ 264 milhões, sem que aquela instituição financeira tivesse sólidas garantias de pagamento daquele montante no resgate da nota.

12.15 Assim, sem as garantias oferecidas pela, naquele momento, controladora indireta (ATIVIC), e pelas, circunstancialmente e artificialmente, controladas (ATICA e SCIPIONE); é bastante razoável supor que a GREENTREE não conseguiria a Garantia Firme de colocação da referida Nota Promissória.

12.16 De fato, o papel exercido pela GREENTREE, naquela operação, parece ser o de interface entre a instituição financeira e a entidade que de fato iria suportar o ônus daquela dívida.

12.17 A **segunda fonte de financiamento** da operação de aquisição do Anglo, de acordo com a resposta apresentada ao Termo de Intimação Fiscal nº 005, foi a 1ª Emissão de Debêntures da GREENTREE EDUCACIONAL S.A., aprovada em 30 de setembro de 2010 conforme Ata de A.G.E. (Anexo 21) e registrada na Jucesp em sessão de 07 de outubro de 2010.

12.18 A referida 1ª Emissão de Debêntures apresentava garantias fidejussórias, que são aquelas prestadas por pessoas, e não por bens. Assim sendo, em caso de descumprimento de determinada obrigação, a satisfação do débito seria garantida por uma terceira pessoa, que não o devedor, por meio de aval ou fiança.

12.19 Conforme a Ata da A.G.E. (Anexo 21), a emissão teve o valor total de R\$ 264.750.000,00 e os recursos captados tinham como destinação o pagamento integral da Nota Promissória da 1ª Emissão da Sociedade.

12.20 Os subscritores da 1ª Emissão de Debêntures da GREENTREE foram as instituições financeiras BANCO BRADESCO S.A., subscritor de 66,67% das debêntures, e HSBC BANK BRASIL S.A – Banco Múltiplo, subscritor de 33,33% das debêntures. 12.21 Transcrevo a seguir a “cláusula das garantias” aprovada pela Assembleia Geral Extraordinária, de 30 de setembro de 2010, da GREENTREE:

“Garantias: para assegurar o cumprimento das obrigações da Sociedade decorrentes da Emissão, as Debêntures serão garantidas: (i) por alienação fiduciária da totalidade de quotas emitidas por Simão e Gabriades, cuja titularidade foi cedida e transferida à Sociedade por meio da Vigésima Primeira Alteração do Contrato Social da Simão e Gabriades Vestibulares Ltda., em fase de registro perante a Junta Comercial do Estado de São Paulo - JUCESP na data de realização desta assembleia, bem como (ii) por garantias fidejussórias (fianças) a serem prestadas pela (1) Abril Educação S.A., sociedade por ações, com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Avenida das Nações Unidas, n.º 7.221, 24º andar, Setor A, Pinheiros, inscrita no CNPJ/MF 02.541.982/0001-54; pela (2) Editora Ática S.A., sociedade por ações, com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Avenida Otaviano Alves de Lima, n.º 4.400, 7º andar, Ala A, Nossa Senhora do Ó, inscrita no CNPJ sob o n.º 61.259.958/0001- 96; pela (3) Editora Scipione S.A., sociedade por ações, com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Avenida Otaviano Alves de Lima, n.º 4.400, 7º andar, Ala B, Nossa Senhora do Ó, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 44.127.355/0001- 11; e pela (4) Ativic S.A., sociedade por ações, com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Avenida das Nações Unidas, n.º 7.221, 23º andar, Setor D, Pinheiros, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 02.291.096/0001-10 (em conjunto referidas como "Garantidoras”).

(...)

12.26 A consecução do negócio de aquisição das empresas do Grupo ANGLO exigiu a contratação de fianças bancárias (Anexo 22 e Anexo 23), emitidas em favor de Emilio Gabriades, Guilherme Faiguenboim e Irene Faiguenboim, sócios anteriores das empresas do Grupo Anglo. O Banco BRADESCO S.A. emitiu cartas de fiança no valor total de R\$ 167.667.500,00 enquanto o HSBC Bank Brasil S.A. – Banco Múltiplo emitiu cartas de fiança de valor total igual a R\$ 82.585.500,00.

12.27 Consta do “Contrato de Constituição de Garantias e Outras Avenças” (Anexo 22), firmado entre a GREENTREE e o BANCO BRADESCO S.A., a designação de ATIVIC S.A., EDITORA ATICA S.A. e EDITORA SCIPIONE S.A. como **avalistas da nota promissória de garantia e devedores solidários da afiançada** GREENTREE

EDUCACIONAL S.A. Esta 2ª Nota Promissória tinha o valor de R\$ 209.584.375,00 correspondente a 125% do valor da fiança contratada.

3.3 EMPRESA VEÍCULO GREENTREE EDUCACIONAL

- 5.1 A empresa em referência foi constituída em 28/03/2000 com a denominação social BLACKTREE PARTICIPACOES LTDA. O capital social da empresa era de R\$ 1.000,00 (mil reais), dividido em 1000 quotas, cabendo 999 quotas a EDITORA ABRIL S.A., CNPJ 02.183.757/0001-93, e 1 quota a ROBERTO CIVITA, CPF 006.890.178-04.

- 5.2 Relato, a seguir, os principais registros de arquivamentos efetuados na Jucesp, vinculados ao CNPJ 03.780.042/0001-80 (vide Anexos 09 e 45):
 - 5.2.1 Conforme documento nº 115.704/01-2, arquivado na Jucesp em sessão de 25/06/2001, o nome empresarial da sociedade foi alterado para USINA NET PARTICIPACOES LTDA, retiraram-se da sociedade Roberto Civita e Editora Abril S.A., ingressaram na sociedade GTR ENTRETENIMENTO LTDA., CNPJ 03.555.186/0001-33 (empresa do Grupo Abril) e GIANCARLO FRANCESCO CIVITA, CPF 040.666.108-11, na condição de sócio e de gerente-delegado.
 - 5.2.2 Conforme documento nº 072.861/06-0, arquivado na Jucesp em sessão de 08/03/2006, MARCELO VAZ BONINI, CPF 086.949.108-37, foi eleito para o cargo de diretor da sociedade.
 - 5.2.3 Conforme documento nº 124.353/07-1, arquivado na Jucesp em sessão de 07/05/2007, DOUGLAS DURAN, CPF 541.326.068-72, foi eleito para o cargo de diretor da sociedade.
 - 5.2.4 O documento nº 156.519/09-4, arquivado na Jucesp em sessão de 06/05/2009, registra a alteração da forma da sociedade de responsabilidade limitada para sociedade anônima (capital fechado).

- 5.2.5 Ata da A.G.E. realizada em 15/02/2010 (Anexo 46), arquivado na Jucesp em sessão de 23/03/2010, registra a alteração do capital social da empresa que passou de R\$ 1.000,00 (mil reais) para R\$ 202.684.918,00 (duzentos e dois milhões, seiscentos e oitenta e quatro mil, novecentos e dezoito reais).
- 5.2.6 **Ata de A.G.E. realizada em 28/02/2010** (documento nº 109.417/10-0), arquivada na Jucesp em sessão de 29/03/2010, **registrou a alteração do nome empresarial da sociedade para ABRIL EDUCAÇÃO S.A.**
- 5.2.7 Ata de A.G.E. realizada em 07/06/2010 (documento nº 258.942/10-1) e arquivada na Jucesp em sessão de 21/07/2010, registrou a aprovação da destituição/renúncia de MARCELO VAZ BONINI, CPF 086.949.108-37, a permanência de GIANCARLO FRANCESCO CIVITA e de DOUGLAS DURAN, e a eleição de MANOEL LUIZ FERRAO DE AMORIM, CPF 509.274.777-34, como diretores da sociedade.
- 5.2.8 Conforme documento nº 260.836/10-2, arquivado na Jucesp em sessão de 23/07/2010, e documento nº 277.881/10-9, arquivado na Jucesp em sessão de 03/08/2010, foram aprovadas, respectivamente, a emissão de nota promissória e a celebração de contratos de fiança, os quais serão, posteriormente, discutidos neste Termo de Verificação.
- 5.2.9 De acordo com o documento nº 307.896/10-9, arquivado na Jucesp em sessão de 23/08/2010, o nome empresarial da sociedade foi alterado para GREENTREE EDUCACIONAL S.A.
- 5.2.10 Conforme documento nº 329.496/10-4, arquivado na Jucesp em sessão de 10/09/2010, o capital social da empresa foi alterado para R\$ 302.684.918,00 (trezentos e dois milhões, seiscentos e oitenta e quatro mil, novecentos e dezoito

A partir destes fatos, a Autoridade Fiscal concluiu que com amortização de ágio não poderiam ter sido deduzidas pela Recorrente pelas seguintes razões:

- (a) **a utilização da GREENTREE como empresa-veículo**, a qual foi interposta entre a real adquirente (a ABRIL EDUCAÇÃO) e os investimentos adquiridos (empresas do GRUPO ANGLO);
- (b) **a alocação no próprio investimento adquirido** (a GRÁFICA E EDITORA ANGLO) **da dívida contraída, pela GREENTREE, para a aquisição das empresas do GRUPO ANGLO** – a denominada compra alavancada; e
- (c) **a ausência de confusão patrimonial entre a real adquirente** (ABRIL EDUCAÇÃO) **e o investimento adquirido** (empresas do GRUPO ANGLO).

3.4 DOS REQUISITOS PARA A AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO

A respeito da evolução histórica das previsões legais que contemplaram a possibilidade de aproveitamento tributário do ágio em hipóteses de transformações societárias, remeto-me ao voto do Conselheiro Rafael Vidal de Araújo no Acórdão nº 9101-003.442:

A respeito da figura do ágio, há que se dizer que seu conceito tributário foi introduzido no ordenamento brasileiro pelo Decreto-Lei n.º 1.598, de 26 de dezembro de 1977. À época dos fatos discutidos nestes autos, dispunha o art. 20 do Decreto-Lei, antes de ter sua redação alterada pela Lei n.º 12.973, de 13/05/2014:

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.

O art. 385 do RIR/1999 é basicamente uma cópia do art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598/1977. Em ambos os dispositivos, encontra-se a determinação de que contribuintes que avaliam investimentos em sociedade controlada ou coligada pelo valor do patrimônio líquido registrem o ágio apurado na aquisição de participação societária em subconta separada daquela que registra o valor do patrimônio líquido da investida na época da aquisição.

Além disso, os dispositivos preveem que tal ágio deve ser fundamentado em pelo menos um dos três fatores: a) valor de mercado dos bens do ativo da investida superior ao registrado na contabilidade; b) expectativa de resultados positivos da investida nos exercícios futuros ou; c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Quando o art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598/1977 e o art. 385 do RIR/1999 afirmam que o destinatário das regras ali expostas é o contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido, estão se referindo ao método da equivalência patrimonial. Segundo tal método, as variações observadas nos patrimônios líquidos das sociedades coligadas ou controladas provocam reflexos nos valores dos investimentos registrados na investidora.

Observe-se o que dispõem os arts. 387 a 389 do RIR/1999, a respeito do método de equivalência patrimonial:

Art. 387. Em cada balanço, o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no art. 248 da Lei n.º 6.404, de 1976, e as seguintes normas (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 21, e Decreto-Lei n.º 1.648, de 1978, art. 1.º, inciso III):

I - o valor de patrimônio líquido será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da coligada ou controlada levantado na mesma data do balanço do contribuinte ou até dois meses, no máximo, antes dessa data, com observância da lei comercial, inclusive quanto à dedução das participações nos resultados e da provisão para o imposto de renda;

(...)

Art. 388. O valor do investimento na data do balanço (art. 387, I), deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no artigo anterior, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 22).

(...)

Art. 389. A contrapartida do ajuste de que trata o art. 388, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 23, e Decreto-Lei n.º 1.648, de 1978, art. 1.º, inciso IV).

(...)

O art. 389 do RIR/1999 é explícito ao determinar que os resultados auferidos pelas empresas coligadas ou controladas não devem ser computados na determinação do resultado da investidora. Assim, lucros apurados em uma investida devem ser objeto de tributação somente no âmbito daquela empresa. Embora tenham o reflexo de majorar o valor do investimento registrado na investidora, os lucros da investida não devem integrar a base tributável da pessoa jurídica que nela detém participação societária, sob pena de configurar-se hipótese de dupla tributação.

Caso a investidora tenha registrado, em sua contabilidade, ágio decorrente da expectativa de rentabilidade futura da investida, conclui-se que a causa do pagamento a maior efetivamente se concretizou, mas foi tributada somente na coligada ou controlada. Sendo assim, não há que se cogitar de amortização do ágio na investidora, uma vez que não ocorre, nesta pessoa jurídica, tributação do resultado positivo da investida.

Somente seria lógico falar em amortização daquele ágio caso a concretização do motivo que lhe deu causa, qual seja, a lucratividade futura da investida, tivesse reflexos tributários na pessoa jurídica que pagou a "mais valia". Dessa forma, o dispêndio a maior poderia ser gradativamente recuperado sob a forma de despesas dedutíveis, se os lucros que o motivaram provocassem um maior recolhimento de tributos nos períodos posteriores à aquisição do investimento.

Como, por determinação legal, não é esta a hipótese que se verifica no método de equivalência patrimonial, **pode-se concluir que a regra geral é a da impossibilidade de utilização fiscal do ágio registrado na investidora**. É o que reza expressamente o art. 391 do RIR/1999:

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

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

Existem, contudo, duas exceções a tal regra. A primeira delas é indicada pelo próprio art. 391, quando ressalva o disposto no art. 426 do mesmo RIR/1999:

Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei n.º 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):

- I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;
- II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real;
- III - provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior.

A primeira exceção à regra da impossibilidade de aproveitamento tributário do ágio tratado pelo art. 385 do RIR/1999 diz respeito, portanto, à apuração de ganho ou perda de capital. Se o investimento que deu causa à "mais valia" for alienado ou liquidado, o ágio ou deságio registrados na contabilidade da controladora devem compor o custo de aquisição considerado no cálculo do resultado tributável da operação, sobre o qual incidirão IRPJ e CSLL.

Já a segunda exceção refere-se a transformações societárias envolvendo investidoras, investidas e o ágio associado aos investimentos.

A respeito da evolução histórica das previsões legais que contemplaram a possibilidade de aproveitamento tributário do ágio em hipóteses de transformações societárias, remeto-me ao irretocável apanhado feito pelo nobre Conselheiro André Mendes de Moura no Acórdão n.º 9101-002.301:

"Primeiro, o tratamento conferido à participação societária extinta em fusão, incorporação ou cisão, atendia o disposto no art. 34 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977:

Art. 34 - Na 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 será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas: (Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014) (Vigência)

I - somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos; (Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014) (Vigência)

II - será computado como ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado. (Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se: (Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014) (Vigência)

a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e (Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014) (Vigência)

b) manter, no livro de que trata o item I do artigo 8º, conta de controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito a correção monetária anual, por ocasião do balanço, aos mesmos coeficientes aplicados na correção do ativo permanente. (Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 2º - O contribuinte deve computar no lucro real de cada período-base a parte do ganho de capital realizada mediante alienação ou liquidação, ou através de quotas de depreciação, amortização ou exaustão deduzidas como custo ou despesa operacional. (Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014) (Vigência)

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumasse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão.

Ocorre que tal previsão se consumou em operações um tanto quanto questionáveis por vários contribuintes, mediante aquisição de empresas deficitárias pagando-se ágio, para, em logo em seguida, promover a incorporação da investidora pela investida. As operações ocorriam quase simultaneamente.

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de

Motivos da MP n.º 1.602, de 1997, que, posteriormente, foi convertida na Lei n.º 9.532, de 1997.

11. O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação societária no capital de outra, avaliada pelo método da equivalência patrimonial.

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos "planejamentos tributários", vem utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária, mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERI ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

Anteriormente à edição da Lei n.º 9.532/1997, não havia na legislação tributária nacional regulamentação relativa ao tratamento que deveria ser conferido ao ágio em hipóteses de incorporação envolvendo a pessoa jurídica que o pagou e a pessoa jurídica que motivou a despesa com ágio.

O que ocorria, na prática, era a consideração de que a incorporação era, per se, evento suficiente para a realização do ágio, independentemente de sua fundamentação econômica.

(...)

Sendo assim, a partir de 1998, ano em que entrou em vigor a Lei n.º 9.532/1997, adveio um cenário diferente em matéria de dedução fiscal do ágio. Desde então, restringiram-se as hipóteses em que o ágio seria passível de ser deduzido no caso de incorporação entre pessoas jurídicas, com a imposição de limites máximos de dedução em determinadas situações.

Ou seja, nem sempre o ágio contabilizado pela pessoa jurídica poderia ser deduzido de seu lucro real quando da ocorrência do evento de incorporação. Pelo contrário. Com a regulamentação ora em vigor, poucas são as hipóteses em que o ágio registrado poderá ser deduzido, a depender da fundamentação econômica que lhe seja conferida.

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista que trabalhou na edição da MP 1.609, de 1997 :

O artigo 8º altera as regras para determinação do ganho ou perda de capital na liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor do patrimônio líquido, quando agregado de ágio ou deságio. De acordo com as novas regras, os ágios existentes não mais serão computados como custo (amortizados pelo total), no ato de liquidação do investimento, como eram de acordo com as normas ora modificadas.

O ágio ou deságio referente à diferença entre o valor de mercado dos bens absorvidos e o respectivo valor contábil, na empresa incorporada (inclusive a fusionada ou cindida), será registrado na própria conta de registro dos respectivos bens, a empresa incorporador (inclusive a resultante da fusão ou a que absorva o patrimônio da cindida), produzindo as repercussões próprias na depreciação normal. O ágio ou deságio decorrente de expectativa de resultado futuro poderá ser amortizado durante os cinco

anos-calendário subsequentes à incorporação, à razão de 1/60 (um sessenta avos) para cada mês do período de apuração. (...)

Percebe-se que, em razão de um completo desvirtuamento do instituto, o legislador foi chamado a intervir, para normatizar, nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, sobre situações específicas tratando de eventos de transformação societária envolvendo investidor e investida.

Inclusive, no decorrer dos debates tratando do assunto, chegou-se a cogitar que o aproveitamento do ágio não seria uma despesa, mas um benefício fiscal.

Em breves palavras, caso fosse benefício fiscal, o próprio legislador deveria ter tratado do assunto, como o fez na Exposição de Motivos de outros dispositivos da MP nº 1.607, de 1997 (convertida na Lei nº 9.532, de 1997).

Na realidade, a Exposição de Motivos deixa claro que a motivação para o dispositivo foi um **maior controle sobre os planejamentos tributários abusivos**, que descaracterizavam o ágio por meio de analogias completamente desprovidas de sustentação jurídica. E deixou claro que se trata de uma **despesa de amortização**."

Depreende-se da retrospectiva transcrita que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (produto da conversão da Medida Provisória nº 1.602/1997) foram erigidos pelo legislador com a específica finalidade de coibir a prática de planejamentos tributários abusivos em que empresas superavitárias adquiriam com ágio empresas deficitárias para serem em seguida incorporadas por elas. Tal incorporação reversa, também denominada de incorporação "às avessas", não tinha nenhum propósito comercial que não fosse a simples geração de ganhos de natureza tributária.

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foram integralmente incorporados ao RIR/1999 por meio de seu art. 386. Como este artigo faz referência expressa a dispositivos do art. 385 (cópia do já reproduzido art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977), transcrevem-se ambos a seguir:

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

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

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

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

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):

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

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

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

§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 20, § 3º).

Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei n.º 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei n.º 9.718, de 1998, art. 10):

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

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

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

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do §2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 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 (Lei n.º 9.532, de 1997, art. 7º, §1º).

§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 (Lei n.º 9.532, de 1997, art. 7º, §2º):

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

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

§3º O valor registrado na forma do inciso II (Lei n.º 9.532, de 1997, art. 7º, §3º):

I - 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;

II - 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 do inciso II do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos ou contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente (Lei n.º 9.532, de 1997, art. 7º, §4º).

§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 (Lei n.º 9.532, de 1997, art. 7º, §5º).

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

I - o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor do patrimônio líquido;

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

§7º Sem prejuízo do disposto nos incisos III e IV, a pessoa jurídica sucessora poderá classificar, no patrimônio líquido, alternativamente ao disposto no §2º deste artigo, a conta que registrar o ágio ou deságio nele mencionado (Lei n.º 9.718, de 1998, art. 11).

Verifica-se que os arts. 385 e 386 do RIR/1999 guardam uma relação indissociável entre si, uma vez que requisitos à aplicação do segundo artigo são extraídos diretamente da redação do primeiro.

O art. 385, conforme já mencionado, estabelece duas regras principais. A primeira determina que o ágio apurado em uma aquisição de participação societária em sociedade controlada ou coligada seja registrado em subconta separada daquela que registra o valor do patrimônio líquido da investida na época da aquisição. Já a segunda fixa os possíveis fundamentos econômicos do ágio pago na aquisição da participação societária (valor de mercado dos bens do ativo da investida superior ao registrado na contabilidade; expectativa de resultados positivos da investida nos exercícios futuros; fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas). Por fim, o artigo ainda prevê que o ágio fundamentado em valor de mercado dos bens do ativo da investida ou na expectativa de resultados futuros deve ser baseado em documentação comprobatória, devidamente arquivada.

Já o art. 386 trata, entre outras coisas, da possibilidade de aproveitamento tributário do ágio decorrente do fundamento econômico previsto no inciso II do §2º do artigo anterior (valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros).

O caput do art. 386 traz o primeiro requisito que deve ser cumprido para que seja possível o aproveitamento do ágio: uma pessoa jurídica deve absorver o

patrimônio de uma segunda, em que detenha participação societária adquirida com ágio. A respeito deste primeiro requisito exigido pela norma, recorro novamente ao Acórdão nº 9101-002.301, pela assertividade da análise ali desenvolvida:

"Percebe-se claramente, no caso, que o suporte fático delineado pela norma predica, de fato, que investidora e investida tenham que integrar uma mesma universalidade: **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.

A conclusão é ratificada analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA .

Esclarece o doutrinador que a hipótese de incidência se apresenta sob variados aspectos, cuja reunião lhe dá entidade.

Ao se apreciar o aspecto pessoal, merecem relevo as palavras da doutrina, ao determinar que se trata da qualidade que determina os sujeitos da obrigação tributária.

E a norma em análise se dirige à pessoa jurídica investidora originária, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição, e à pessoa jurídica investida.

Ocorre que, em se tratando do ágio, as reorganizações societárias empreendidas apresentaram novas pessoas ao processo.

Como exemplo, podemos citar situação no qual a pessoa jurídica A adquire com ágio participação societária da pessoa jurídica B. Em seguida, utiliza-se de uma outra pessoa jurídica, C, e integraliza o capital social dessa pessoa jurídica C com a participação societária que adquiriu da pessoa jurídica B. Resta consolidada situação no qual a pessoa jurídica A controla a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C controla a pessoa jurídica B. Em seguida, sucede-se evento de transformação societária, no qual a pessoa jurídica B absorve patrimônio da pessoa jurídica C, ou vice versa.

Ocorre que os sujeitos eleitos pela norma são precisamente a pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida) cuja participação societária foi adquirida com ágio. Para fins fiscais, não há nenhuma previsão para que o ágio contabilizado na pessoa jurídica A (investidora), em razão de reorganizações societárias empreendidas por grupo empresarial, possa ser considerado "transferido" para a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C, ao absorver ou ser absorvida pela pessoa jurídica B, possa aproveitar o ágio cuja origem deu-se pela aquisição da pessoa jurídica A da pessoa jurídica B.

Da mesma maneira, encontram-se situações no qual a pessoa jurídica A realiza aportes financeiros na pessoa jurídica C e, de plano, a pessoa jurídica C adquire participação societária da pessoa jurídica B com ágio. Em seguida, a pessoa jurídica C absorve patrimônio da pessoa jurídica B, ou vice versa, a passa a fazer a amortização do ágio.

Mais uma vez, não é o que prevê o aspecto pessoal da hipótese de incidência da norma em questão. A pessoa jurídica que adquiriu o investimento, que acreditou na mais valia e que desembolsou os recursos para a aquisição foi, de fato, a pessoa jurídica A (investidora). No outro pólo da relação, a pessoa jurídica adquirida com ágio foi a pessoa jurídica B. Ou seja, o aspecto pessoal da hipótese de incidência, no caso, autoriza o aproveitamento do ágio a partir do momento em que a pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida) passem a integrar a mesma universalidade.

São as situações mais elementares. Contudo, há reorganizações envolvendo inúmeras empresas (pessoa jurídica D, E, F, G, H e assim por diante).

Vale registrar que goza a pessoa jurídica de liberdade negocial, podendo dispor de suas operações buscando otimizar seu funcionamento, com desdobramentos econômicos, sociais e tributários.

Contudo, não necessariamente todos os fatos são recepcionados pela norma tributária.

A partir do momento em que, em razão das reorganizações societárias, passam a ser utilizadas novas pessoas jurídicas (C, D, E, F, G, e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora originária (pessoa jurídica A) e da investida (pessoa jurídica B), e o evento de absorção não envolve mais a pessoa jurídica A e a pessoa jurídica B, mas sim pessoa jurídica distinta (como, por exemplo, pessoa jurídica F e pessoa jurídica B), a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato imponível (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto pessoal.

Em relação ao aspecto material, há que se consumir a confusão de patrimônio entre investidora e investida, a que faz alusão o caput do art. 386 do RIR (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...). Com a confusão patrimonial, aperfeiçoa-se o encontro de contas entre investidor e investida, e a amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUERI, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

Por sua vez, a partir do momento em que se consuma a confusão patrimonial, os lucros auferidos pela então investida passam a integrar a mesma universalidade da investidora. Reside, precisamente nesse ponto, o permissivo para que o ágio, pago pela investidora exatamente em razão dos lucros a serem auferidos pela investida, possa ser aproveitado, vez que passam a se comunicar, diretamente, a despesa de amortização do ágio e as receitas auferidas pela investida.

Ou seja, compartilhando o mesmo patrimônio investidora e investida, consolida-se cenário no qual a mesma pessoa jurídica que adquiriu o investimento com mais valia (ágio) baseado na expectativa de rentabilidade futura, passa a ser tributada pelos lucros percebidos nesse investimento.

Verifica-se, mais uma vez, que a norma em debate, ao predicar, expressamente, que para se consumir o aproveitamento da despesa de amortização do ágio, os sujeitos da relação jurídica seriam 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, ou seja, investidor e investida, não o fez por acaso. Trata-se precisamente do encontro de contas da investidora originária, que incorreu na despesa e adquiriu o investimento, e a investida, potencial geradora dos lucros que motivou o esforço incorrido.

Prosseguindo a análise da hipótese de incidência da norma em questão, no que concerne ao aspecto temporal, cabe verificar o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, evento que provoca impacto direto na apuração da base de cálculo tributável. Considerando-se o regime de tributação adotado pelo sujeito passivo, aperfeiçoa-se o lançamento fiscal e o termo inicial para contagem do prazo decadencial."

Conclui-se, portanto, que o art. 386 do RIR/1999, sob o aspecto pessoal, se dirige à investidora que vier a incorporar sua investida (ou por ela ser incorporada), após ter efetivamente acreditado na mais valia do investimento, feito os estudos de rentabilidade futura e desembolsado os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o do ágio). Ou seja, quando ocorre a incorporação é que se dá a subsunção do fato à norma e surge a prerrogativa de amortização do sobre preço, pago em momento anterior pela investidora em razão da confiança na rentabilidade futura da investida.

Destaque-se que a regra se aplica tanto à incorporação da investida pela investidora quanto, no sentido inverso, à hipótese em que a investidora é que é incorporada por sua investida. **Em ambos os casos, a lei exige que a investidora envolvida na incorporação seja a "original" ou stricto sensu (no sentido de que a originalidade está indissociavelmente ligada à pessoa jurídica que paga o ágio e, por isso mesmo, tem confiança na rentabilidade futura, pois é quem assume o risco).**

A situação em que a investida incorpora sua investidora é denominada de incorporação reversa ou ainda de incorporação "às avessas". A previsão da possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio nesta hipótese é trazida pelo §6º, inciso II, do art. 386 do RIR/1999. O dispositivo faz uso de uma técnica legislativa transitiva, indicando assim que o que vale para o caput do art. 386 do RIR/1999 vale também para o seu §6º. As premissas de exegese da norma não são afetadas, sendo necessárias apenas as devidas adaptações para contemplar a situação prevista.

De forma correlata ao que se analisou quanto ao aspecto pessoal, a confusão de patrimônios, principal item do aspecto material para fins de enquadramento no art. 386 do RIR/1999, consuma-se quando, na sociedade incorporadora, o lucro futuro e o investimento original com expectativa desse lucro (aquele que foi sobre avaliado) passam a se comunicar diretamente (os riscos se fundem: o risco do investimento - assim entendidos os recursos aportados - e o risco do empreendimento).

Compartilhando o mesmo patrimônio a investidora e a investida, consolida-se cenário no qual a pessoa jurídica detentora da "mais valia" (ágio) do investimento baseado na expectativa de rentabilidade futura passa a ser responsável também por honrar tal rentabilidade. Assim, a legislação permite que o contribuinte considere perdido o capital que foi investido com o ágio e deduza a despesa relativa à "mais valia".

Configuração semelhante ocorre na incorporação reversa, na medida em que a pessoa jurídica responsável por gerar a rentabilidade esperada para o futuro passa a ser a detentora do ágio baseado na expectativa de tal rentabilidade.

Sendo assim, pressupõe-se que a "mais valia" porventura contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participam da "confusão patrimonial". **Para fins de acesso à dedutibilidade estabelecida pelo art. 386 do RIR/1999, a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento deve incorporar tal investimento (incorporação da investida pela investidora) ou ser incorporada pela empresa em que investiu (incorporação "às avessas").**

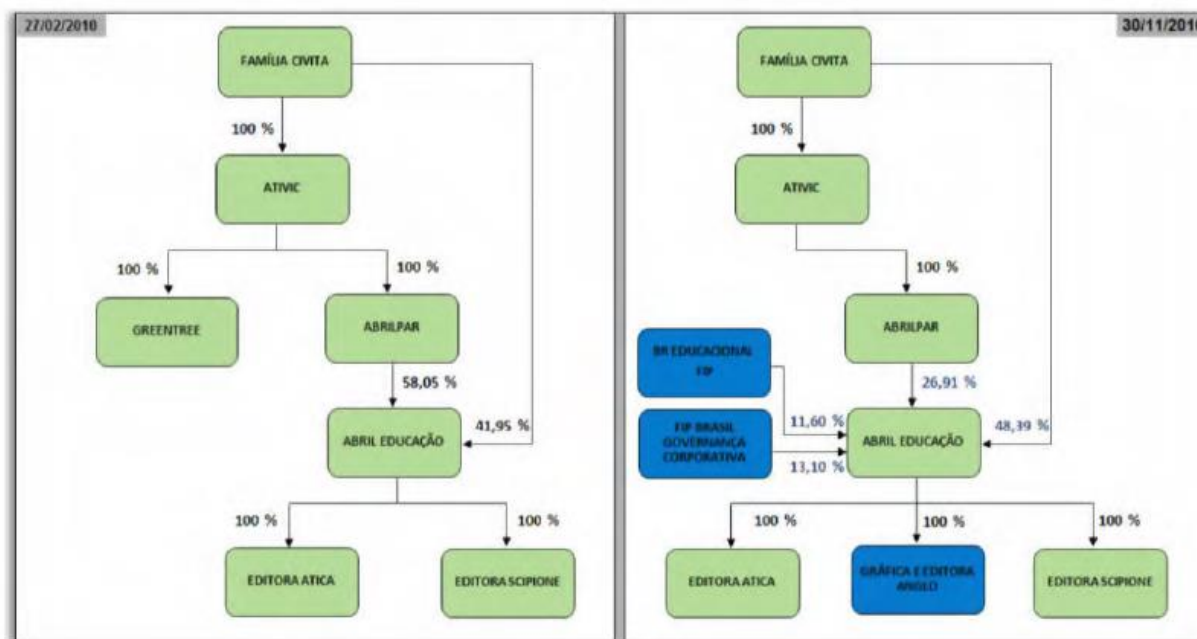
Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/1999, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material das hipóteses ali previstas. Na atual redação destes dispositivos, exclusivamente no caso em que houver o efetivo desembolso de valores (ou sacrifício de outros ativos) a título de investimento da investidora (futura incorporadora ou, no caso da incorporação reversa, incorporada) na investida (futura incorporada ou, no caso da incorporação reversa, incorporadora), é que haverá o atendimento aos aspectos pessoal e material. Se o ágio não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da "confusão patrimonial", não há sentido em clamar-se pela dedutibilidade das despesas decorrentes de amortização de ágio instituída pelo art. 386 do RIR/1999.

3.5 DO NÃO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS PARA A AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO

Segundo a autoridade fiscal, a GREENTREE S.A. figurou apenas formalmente como adquirente das empresas do GRUPO ANGLO, com a notória finalidade de registrar o ágio e viabilizar o seu aproveitamento fiscal, razão pela qual a Fiscalização considera que a GREENTREE S.A. funcionou como mera **empresa-veículo, e não como "real adquirente" das empresas do GRUPO ANGLO**. Para chegar a essa conclusão, a autoridade fazendária apurou diversos indícios de que o negócio foi realizado no interesse dos controladores do GRUPO ABRIL, e, com base na visão conjunta dos fatos, conclui-se que **o papel de investidora ("real adquirente") deve ser ocupado pela ABRIL EDUCAÇÃO S.A.** Por seu turno, a contribuinte afirma que a GREENTREE S.A. teve propósito negocial, o que afastaria a caracterização da empresa veículo, e, portanto, deve ser reconhecida como adquirente do investimento nas empresas do GRUPO ANGLO.

A partir da leitura do TVF e do acórdão proferido pela DRJ, encontram-se diversos indícios e fundamentos para caracterizar a artificialidade na utilização da GREENTREE S.A. e, conseqüentemente, a qualificação da referida pessoa jurídica como mera empresa veículo.

Reproduz-se a seguir a ilustração elaborada pela autoridade fiscal (fl. 2432), que retrata a **situação inicial do GRUPO ABRIL** e a **situação final, após concluídas as reorganizações societárias:**



Os fatos destacados acima deixam evidente que a GREENTREE S.A. teve como finalidade servir de instrumento formal para a aquisição da participação nas empresas do GRUPO ANGLO, gerando o ágio registrado pela própria GREENTREE e que, após a sua extinção via cisão total, passou a ser deduzido da base de cálculo do IRPJ e da CSLL pela ABRIL EDUCAÇÃO. Implica dizer que a **GREENTREE S.A. poderia ser retirada da estrutura empresarial que o resultado do negócio com o GRUPO ANGLO seria o mesmo, tendo em vista que a participação nas empresas adquiridas do GRUPO ANGLO ficaria, de qualquer maneira, com a ABRIL EDUCAÇÃO (“real adquirente”)**.

A recorrente alega que que a GREENTREE S.A. era a “real adquirente” das empresas do GRUPO ANGLO, e, para isso, argumenta que houve propósito negocial na utilização daquela pessoa jurídica.

A recorrente afirma que havia o risco de divergências entre os controladores da ABRIL EDUCAÇÃO, que seriam partes não relacionadas. Assim, segundo a contribuinte, foi preciso que a EDITORA ÁTICA e a EDITORA SCIPIONE passassem a ser controladas pela GREENTREE, de modo que esta funcionaria como *holding* e “isolaria” as EDITORAS ÁTICA e SCIPIONE de eventuais divergências entre os controladores não relacionados.

Ressalta-se que o controle da ABRIL EDUCAÇÃO sempre esteve com a FAMÍLIA CIVITA e assim permaneceu mesmo após o ingresso dos FIPs no quadro de acionistas. Esse fato foi explicitado pela autoridade fiscal. Portanto, o que admite-se como verdadeiro é que a FAMÍLIA CIVITA e os FIPs eram os titulares de ações da ABRIL EDUCAÇÃO, mas isso não que dizer que os FIPs figuravam como “controladores”. Aliás, a autoridade fiscal elaborou um quadro comparativo entre a situação inicial e final do GRUPO ABRIL, considerando o momento anterior à aquisição das empresas do GRUPO ANGLO e à entrada dos FIPs e o momento final – posterior a todas as reorganizações societárias no GRUPO ABRIL (fl. 2432). Percebe-se que a FAMÍLIA CIVITA possuía o controle direto e indireto de 100% das ações da ABRIL EDUCAÇÃO, em 27/02/2010 (momento inicial), e passou a ter o controle direto e indireto de 75,3% das ações da ABRIL EDUCAÇÃO, em 30/11/2010. Implica dizer que todas as decisões relativas à EDITORA ÁTICA e à EDITORA SCIPIONE sempre estiveram sob o domínio da FAMÍLIA CIVITA, sem que existisse

margem para se cogitar possíveis divergências entre “controladores não relacionados”. Daí por que é inverossímil a alegação da recorrente, no sentido de que a GREENTREE teria como objetivo evitar os efeitos que as divergências entre “controladores não relacionados” teriam sobre as atividades da EDITORA ÁTICA e da EDITORA SCIPIONE.

A recorrente afirma que seria fundamental que as decisões a respeito da EDITORA ÁTICA e da EDITORA SCIPIONE fossem tomadas pela GREENTREE, sob o pressuposto de que, anteriormente, já teria havido “um consenso nas deliberações em instâncias societárias superiores” entre os supostos “controladores não relacionados”.

Acontece que a administração das empresas do GRUPO ABRIL estava concentrada nas mesmas pessoas, conforme se verifica no seguinte trecho do TVF:

12.35 Também não pode prosperar eventual alegação de que os demais diretores da companhia teriam realizado a prospecção deste novo negócio, pois eles desempenhavam funções em outras empresas do Grupo e não eram remunerados pela GREENTREE, pois, nesse caso, não se justificaria a criação da empresa. Na época, os demais diretores da companhia eram: GIANCARLO FRANCESCO CIVITA, acionista da ATIVIC S.A., acionista da ABRIL EDUCAÇÃO S.A. e membro do Conselho de Administração da ABRIL EDUCAÇÃO S.A.; ROBERTO CIVITA, acionista da ATIVIC S.A., acionista da ABRIL EDUCAÇÃO S.A. e membro do Conselho de Administração da ABRIL EDUCAÇÃO S.A.; e DOUGLAS DURAN, membro do Conselho de Administração da ABRIL EDUCAÇÃO S.A.

12.36 Analisando especificamente a situação do diretor MANOEL LUIZ FERRÃO DE AMORIM, além de ter assumido a função cerca de um mês antes da assinatura do contrato de aquisição das participações societárias das empresas do Anglo, passado mais um mês, em 11 de agosto de 2010, assumiu a função de Diretor Presidente da controladora da GREENTREE, ABRIL EDUCAÇÃO S.A., CNPJ 02.541.982/0001-54 (vide Anexos 53 e 50).

Ante o exposto, rejeita-se a alegação da suposta “blindagem administrativa” que a GREENTREE S.A. teria proporcionado, visto que as decisões sobre a EDITORA ÁTICA, a EDITORA SCIPIONE e a própria GREENTREE S.A. estavam sob a regência do mesmo grupo de diretores que tinham assento no Conselho de Administração da ABRIL EDUCAÇÃO S.A.

A recorrente alega que a GREENTREE S.A. teria sido necessária para realizar a emissão da nota promissória, por meio da qual foi captado parte dos recursos utilizados na aquisição das empresas do GRUPO ANGLO.

Pela leitura do Recurso Voluntário, fica claro que a ABRIL EDUCAÇÃO seria a pessoa jurídica que deveria adquirir as empresas do GRUPO ANGLO, mas isso não aconteceu porque, supostamente, os investidores de private equity (FIPs) não gostariam de ver a ABRIL EDUCAÇÃO assumindo a obrigação. Segundo a contribuinte, isso justificaria a interposição da GREENTREE entre a real adquirente (ABRIL EDUCAÇÃO) e os investimentos adquiridos (empresas do GRUPO ANGLO). Portanto, o “isolamento da dívida” decorreu de uma liberalidade, de um interesse dos controladores da ABRIL EDUCAÇÃO (a FAMÍLIA CIVITA), e não de uma imposição legal ou regulatória, que exigia a criação de uma pessoa jurídica que assumisse o endividamento relacionado à compra das empresas do GRUPO ANGLO.

A recorrente alega que a emissão de nota promissória, pela ABRIL EDUCAÇÃO, poderia inviabilizar o aporte de recursos, pelos FIPs, na ABRIL EDUCAÇÃO. Ora, a contribuinte defende que o endividamento precisaria ficar no passivo da GREENTREE S.A., para não afetar o passivo da ABRIL EDUCAÇÃO.

Verifica-se que o passivo representado pela nota promissória e, depois, pelas debêntures que substituíram a nota promissória, foi transferido à GRÁFICA E EDITORA ANGLO, ao final das reorganizações societárias (30/11/2010). Implica dizer que o verdadeiro “isolamento da dívida” se deu com a transferência do ônus financeiro para a GRÁFICA E EDITORA ANGLO, que acabou concentrando todas as empresas adquiridas do GRUPO ANGLO (investimento adquirido) – razão pela qual a autoridade fiscal qualificou a operação como uma compra alavancada. E se a pretensão do GRUPO ABRIL sempre foi de realizar uma compra alavancada – isto é, fazer com que o investimento adquirido quitasse a dívida gerada em razão da sua própria aquisição –, tem-se que a ABRIL EDUCAÇÃO inevitavelmente transferiria o endividamento para a GRÁFICA E EDITORA ANGLO. Portanto, a alardeada preocupação com a perda do capital que seria aportado pelos FIPs seria facilmente resolvida, bastando a ABRIL EDUCAÇÃO transmitir – como a própria GREENTREE fez – o endividamento para a GRÁFICA E EDITORA ANGLO.

A Recorrente sustenta a regularidade formal da emissão, pela GREENTREE S.A., da nota promissória e, posteriormente, das debêntures que foram responsáveis por captar parcela dos recursos utilizados na aquisição das empresas do GRUPO ANGLO. Com esse argumento, a recorrente procura demonstrar que a GREENTREE S.A. é que arcou financeiramente com a aquisição das referidas empresas, logo, deveria ser considerada a “real adquirente”

Observa-se que o questionamento da Fiscalização não reside no aspecto formal da operação – ou seja, saber quem emitiu os títulos e quem registrou contabilmente as despesas de juros –, mas no aspecto material, vale dizer: identificar quem, de fato, adquiriu as empresas do GRUPO ANGLO e, por conseguinte, a quem interessava a emissão de notas promissórias e debêntures. A discussão sobre a nota promissória e as debêntures emitidas pela GREENTREE S.A. e as garantias prestadas por empresas do GRUPO ABRIL ao pagamento da referida dívida foi levantada pela autoridade fiscal no contexto da averiguação da materialidade do negócio realizado entre o GRUPO ABRIL e o GRUPO ANGLO. E foi nesse contexto que a Fiscalização examinou a estrutura da emissão de nota promissória e debêntures, ou seja, a fim de identificar a materialidade do negócio que resultou na aquisição das empresas do GRUPO ANGLO. Trata-se de aspecto relevante porque os recursos captados por meio da emissão dos mencionados títulos de crédito serviram para o pagamento de parcela do preço estipulado para a aquisição das empresas do GRUPO ANGLO. Assim, o trabalho da autoridade fiscal concentrou-se na demonstração do contexto da emissão das notas promissórias, tendo em conta a estrutura financeira da GREENTREE, as garantias prestadas por empresas do GRUPO ABRIL ao pagamento da dívida e o objetivo do GRUPO ABRIL de realizar uma compra alavancada.

A descrição da situação patrimonial da GREENTREE S.A., feita pela autoridade fazendária no TVF, deixa evidente que esta pessoa jurídica era inoperante e inexpressiva dentro do GRUPO ABRIL. Como reforço aos dados apontados no TVF, a Fazenda Nacional destaca que o histórico de inatividade e insignificância econômica da GREENTREE S.A. remonta a períodos anteriores aos explicitados pela autoridade fiscal, conforme se verifica no histórico de registro de atos societários na JUCESP (fls. 4747-4748). No citado documento, constata-se que a GREENTREE S.A. não teve nenhuma distribuição de resultado em favor de seus acionistas ou mesmo o reconhecimento de resultado positivo, desde a sua constituição, no ano de 2000. Daí porque pode-se

afirmar, com segurança, que a GREENTREE S.A. não tinha capacidade econômica de realizar a aquisição das empresas do GRUPO ANGLO. Mais importante, a GREENTREE S.A. não demonstrava ter qualquer condição de emitir nota promissória no montante de R\$ 264 milhões.

Não obstante a flagrante incapacidade econômica e financeira da GREENTREE S.A., o GRUPO ABRIL optou por colocá-la como adquirente formal das empresas do GRUPO ANGLO, e, conseqüentemente, fez com que a GREENTREE S.A. se responsabilizasse pelo pagamento do preço aos alienantes. Nesse ponto, é preciso correlacionar as reorganizações societárias do GRUPO ABRIL e as operações de endividamento (nota promissória e debêntures) com a ausência de capacidade financeira da GREENTREE S.A. para figurar como adquirente das empresas do GRUPO ANGLO. Isso para que fique devidamente caracterizada a GREENTREE S.A. como empresa-veículo e o evidente intuito do GRUPO ABRIL de aproveitar, indevidamente, o ágio para fins fiscais.

Portanto, tendo em vista que todos os elementos de prova colhidos pela autoridade fiscal apontam para a finalidade exclusivamente fiscal da referida pessoa jurídica. Por essas razões, deve ser mantido o entendimento da DRJ, que reconheceu a natureza de empresa veículo da GREENTREE S.A.

Diante de todo o exposto acima, entende-se que a “real adquirente” é a ABRIL EDUCAÇÃO, e não a GREENTREE S.A.. Partindo dessa premissa fática, e com base na interpretação literal dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, somente a confusão patrimonial estabelecida entre a ABRIL EDUCAÇÃO (atual SOMOS EDUCAÇÃO S.A.) e a GRÁFICA E EDITORA ANGLO (atual SOMOS SISTEMAS DE ENSINO S.A.) autorizaria a dedução do “ÁGIO ANGLO” amortizado. Portanto, vê-se que o contribuinte não cumpriu um dos requisitos legais para a dedutibilidade do ágio. Isso porque, mesmo após a cisão total da GREENTREE S.A. **a empresa adquirida GRÁFICA E EDITORA ANGLO (atual SOMOS SISTEMAS DE ENSINO S.A.) permaneceu independente do patrimônio do investidor ABRIL EDUCAÇÃO S.A (atual SOMOS EDUCAÇÃO S.A.)**. E, não havendo a extinção do investimento adquirido, não há que se falar em dedução da despesa da amortização do ágio pago na sua aquisição.

Entende-se no mesmo sentido que o acórdão recorrido que **houve a utilização da GREENTREE como empresa-veículo**, a qual foi interposta entre a real adquirente (a ABRIL EDUCAÇÃO) e os investimentos adquiridos (empresas do GRUPO ANGLO); ocorreu **a alocação no próprio investimento adquirido** (a GRÁFICA E EDITORA ANGLO) **da dívida contraída, pela GREENTREE, para a aquisição das empresas do GRUPO ANGLO** – a denominada compra alavancada; e **a ausência de confusão patrimonial entre a real adquirente (ABRIL EDUCAÇÃO) e o investimento adquirido** (empresas do GRUPO ANGLO).

Conclui-se que não houve cumprimento pelo contribuinte de um dos principais requisitos à dedutibilidade do ágio: a confusão patrimonial entre investida e investidora. Como visto, sem a ocorrência desse evento, não há como haver a presunção de perda do investimento adquirido, e, portanto, a autorização da dedução da despesa realizada.

3.6 DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA. . LANÇAMENTO GLOSA DESPESAS ÁGIO

A Recorrente alega que não houve intuito de fraude e tampouco dolo entre os participantes das operações.

O inciso II do art. 44 da Lei n.º 9.430, de 1996 (atual art. 44, I, c/c § 1º, da Lei n.º 9.430/96, conforme nova redação conferida pela Lei n.º 11.488, de 15 de junho de 2007, resultante da conversão da MP n.º 351/2007), tem o seguinte teor:

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

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

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação anterior à alteração legislativa, vigente à época dos fatos)

O mencionado inciso II determina que além das hipóteses do inciso I, se faz necessário integrar com as previsões dos artigos 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502/66. Dispõem tais artigos:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I – da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II – das condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas visando qualquer dos efeitos referidos nos artigos 71 e 72.

Nos tópicos anteriores, restou demonstrada a artificialidade orquestrada pelo recorrente junto com o Grupo ABRIL, razão pela qual a qualificação da multa de ofício se mostra uma medida plenamente devida. Por certo, a Fiscalização comprovou de maneira hábil que as operações societárias que propiciaram a dedução do ágio decorrente da aquisição das empresas do GRUPO ANGLO **não eram aquilo que aparentavam**.

Segundo a conclusão da autoridade fiscal, em que pese o contribuinte ter prestado informações no sentido de que a GREENTREE S.A. foi a adquirente das participações societárias que levaram ao registro do ágio, fora averiguado que esta pessoa jurídica consistiu em uma mera “casca”, uma notória “empresa veículo”, sem qualquer propósito negocial. Pelo contrário, o acordo poderia perfeitamente ter sido realizado de forma direta entre as partes.

No que tange ao fato de o contribuinte não ter omitido nenhuma prova do Fisco, assim como ter dado publicidade a todos os atos praticados, destaca-se que essa aparência de legalidade faz parte da constituição da fraude cometida. Por certo, sem a aparência de regularidade, não se estaria diante de artificialidade, mas sim da própria inexistência do ato investigado.

E diante de diversos indícios e inconsistências, que demonstravam a incompatibilidade entre os atos formalmente registrados e os aspectos materiais do negócio, a autoridade fiscal concluiu que houve simulação. Com efeito, identificou-se um descompasso entre a vontade declarada – aquisição de participação acionária nas empresas do GRUPO ANGLO, por meio da GREENTREE S.A. – e os atos praticados, que ocorreram com a participação efetiva e decisiva da ABRIL EDUCAÇÃO como a “real adquirente. Mais precisamente, a utilização da GREENTREE S.A., uma pessoa jurídica que coleciona diversos indícios de que era uma empresa meramente artificial, cuja finalidade era propiciar o aproveitamento fiscal do ágio.

A contribuinte e as demais empresas do GRUPO ABRIL atuaram de modo coordenado para que fosse possível a dedução das despesas de amortização de ágio. Notadamente, verifica-se o esforço dos controladores do GRUPO ABRIL para que a GREENTREE S.A. assumisse formalmente a posição de adquirente das empresas do GRUPO ANGLO, ainda que mediante a realização de operações artificiais e efêmeras. Além disso, os fatos analisados pela Fiscalização permitiram a identificação de diversas inconsistências ou incompatibilidades entre a vontade formalmente declarada e a substância econômica das operações.

Assim, o que demonstra o evidente intuito de fraude do contribuinte no presente caso é justamente o fato de ele ter orquestrado a redução do imposto devido por meio de atos societários que aparentemente são legais. Contudo, retirando essa aparência de regularidade, o que se vê é que grande parte delas foram realizadas apenas no papel, com vistas exclusivamente à fruição indevida de um benefício fiscal. Diz-se que o contribuinte procura a fruição indevida do ágio porque, como já explicado, ele deduz a amortização dos ágios sem que tenha havido, efetivamente, a confusão patrimonial entre o investimento que deu origem ao ágio e o “real adquirente” deste investimento. Dessa forma, **a estrutura societária montada pela contribuinte e demais empresas do GRUPO ABRIL visou cumprir apenas artificialmente o requisito legal.**

Diante disso, conclui-se que a autuada, seus sócios e as demais empresa do GRUPO ABRIL:

- a) praticaram atividade ilícita comprovada, detalhadamente descrita no termo de verificação fiscal, observada a partir da realização de diversos atos simulados e artificiais, tudo visando reduzir a base tributável, motivo pelo qual foi aplicada e devidamente justificada a multa de 150%;
- b) como resultado da conduta dolosa, houve a diminuição do efetivo valor da obrigação tributária, com o conseqüente pagamento a menor do tributo devido, em evidente prejuízo ao erário;
- c) a conduta foi sempre resultado de sua vontade, livre e consciente, já que realizada de forma sistemática, objetivando impedir ou retardar, total ou

parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal;

d) a conduta sistemática demonstrou desprezo ao cumprimento da obrigação fiscal, ao princípio da solidariedade de matriz constitucional e ao dever legal de participação, indicando a intensidade do dolo.

Ante o exposto, mostra-se devidamente fundamentada e correta a aplicação da multa qualificada, no caso dos autos, devendo ser mantida a sua exigência.

3.7 – DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LANÇAMENTO GLOSA DESPESAS ÁGIO

Nesse ponto, cumpre destacar que a autoridade fiscal teve o cuidado de explicitar todos os elementos de prova que demonstram a existência de um grupo econômico, assim como detalhou a participação de cada uma das pessoas envolvidas no planejamento tributário abusivo. Confira-se o pertinente trecho do TVF:

11.3 A empresa ATIVIC S.A., CNPJ 02.291.096/0001-10, é uma holding controlada pela Família Civita.

11.5 Anteriormente à operação descrita no 1º Evento, a ATIVIC era titular da totalidade das ações da GREENTREE e a ABRIL EDUCAÇÃO era controladora direta e única acionista da EDITORA ÁTICA e da EDITORA SCIPIONE.

11.7 Como resultado da operação descrita no Evento nº 1, a ABRIL EDUCAÇÃO passou a ser titular direta da totalidade das ações de emissão da GREENTREE antes detidas pela ATIVIC e passou a ser acionista indireta, por meio da GREENTREE, da EDITORA ÁTICA e da EDITORA SCIPIONE. O efeito prático da operação é a colocação de uma pessoa jurídica interposta entre a ABRIL EDUCAÇÃO e suas controladas EDITORA ÁTICA e EDITORA SCIPIONE.

*12.13 Como pode ser visto no referido Contrato (Anexo 20), as Garantidoras designadas e **principais pagadoras da dívida** eram as empresas ATVIC S.A., EDITORA ATICA S.A. e EDITORA SCIPIONE S.A.*

12.23 Constam também da Ata da A.G.E. (Anexo 21) que as obrigações decorrentes da emissão das debêntures seriam objeto de garantias fidejussórias prestadas pelas seguintes pessoas jurídicas: ABRIL EDUCAÇÃO S.A., controladora direta da Greentree; EDITORA ÁTICA, controlada direta da Abril Educação S.A até 27 de fevereiro de 2010 e controlada indireta entre 28 de fevereiro de 2010 a 29 de novembro de 2010; EDITORA SCIPIONE, controlada direta da Abril Educação S.A até 27 de fevereiro de 2010 e controlada indireta entre 28 de fevereiro de 2010 a 29 de novembro de 2010; e ATIVIC S.A., holding controlada pela Família Civita e que até 27 de fevereiro de 2010 era a controladora direta da Greentree.

12.24 Assim, tanto a operação de transferência do controle acionário das editoras ATICA e SCIPIONE para a GREENTREE quanto a transferência das

quotas das empresas do Grupo ANGLO para a GREENTREE, operações intrinsecamente relacionadas, somente puderam ser viabilizadas mediante participação efetiva da ATIVIC S.A. e da ABRIL EDUCAÇÃO S.A.

12.35 Também não pode prosperar eventual alegação de que os demais diretores da companhia teriam realizado a prospecção deste novo negócio, pois eles desempenhavam funções em outras empresas do Grupo e não eram remunerados pela GREENTREE, pois, nesse caso, não se justificaria a criação da empresa. Na época, os demais diretores da companhia eram: GIANCARLO FRANCESCO CIVITA, acionista da ATIVIC S.A., acionista da ABRIL EDUCAÇÃO S.A. e membro do Conselho de Administração da ABRIL EDUCAÇÃO S.A.; ROBERTO CIVITA, acionista da ATIVIC S.A., acionista da ABRIL EDUCAÇÃO S.A. e membro do Conselho de Administração da ABRIL EDUCAÇÃO S.A.; e DOUGLAS DURAN, membro do Conselho de Administração da ABRIL EDUCAÇÃO S.A.

25.3 O interesse comum materializa-se nas operações de transferência de controle societário envolvendo as empresas GREENTREE, EDITORA ATICA, EDITORA SCIPIONE e ATIVIC, destinadas a interpor a GREENTREE como adquirente formal das participações societárias das empresas do Grupo ANGLO, já discutidas em capítulo próprio deste Termo.

25.4 Outro elemento que caracteriza o interesse comum é o fato de os principais executivos da GREENTREE integrarem, também, as instâncias de comando da ABRIL EDUCAÇÃO S.A., CNPJ 02.541.982/0001-54, e de outras empresas do Grupo ABRIL.

25.5 MANOEL LUIZ FERRAO DE AMORIM e DOUGLAS DURAN assinaram, em 06 de julho de 2010, o “Contrato de Compra e Venda de Quotas e Outras Avenças” (Anexo 44), firmado com os sócios das empresas do Grupo Anglo, atuando como representantes da ABRIL EDUCAÇÃO S.A., CNPJ 03.780.042/0001-80, denominação social da GREENTREE à época da assinatura do contrato.

25.6 O Formulário de Referência 2012 (Anexo 03) da ABRIL EDUCAÇÃO S.A (controladora da GREENTREE), documento apresentado pela companhia à Comissão de Valores Mobiliários (CVM), em seu tópico 12.6/8 - Composição e experiência profissional da administração e do conselho fiscal, apresenta breves currículos de MANOEL LUIZ FERRAO DE AMORIM e DOUGLAS DURAN.

(...)

25.7 Os demais diretores da GREENTREE, na época da celebração do acordo com o ANGLO, eram GIANCARLO FRANCESCO CIVITA, acionista da ATIVIC S.A., acionista da ABRIL EDUCAÇÃO S.A. e membro do Conselho de Administração da ABRIL EDUCAÇÃO S.A. e ROBERTO CIVITA, acionista da ATIVIC S.A., acionista da ABRIL EDUCAÇÃO S.A. e membro do Conselho de Administração da ABRIL EDUCAÇÃO S.A.

(...)

25.11 Pelos elementos coletados, verifica-se que o e-mail “atibyrica@abril.com.br” pertence a Arnaldo Figueiredo Tibyriçá. Portanto, fica patente que o contrato de aquisição das participações societárias do Anglo

passou pelo crivo do Vice-Presidente Jurídico do Grupo ABRIL e membro do Conselho de Administração da ABRIL EDUCAÇÃO S.A., CNPJ 02.541.982/0001-54, sendo este, mais um elemento a indicar a participação meramente formal da GREENTREE na operação de aquisição das participações societárias e a constatar que a ABRIL EDUCAÇÃO S.A., CNPJ 02.541.982/0001-54, era a real investidora.

25.12 Considerando todas as informações e documentos analisados, conclui-se que a GREENTREE era uma casca, sem substância econômica, interposta pela ABRIL EDUCAÇÃO S.A., CNPJ 02.541.982/0001-54, para criar, artificialmente, um ágio fiscal que pudesse ser amortizado pela empresa fiscalizada, sua controlada direta.

25.13 A empresa ATIVIC S.A., integrante do mesmo grupo econômico do sujeito passivo na época dos fatos, também deve ser responsabilizada solidariamente, pois exerceu papel preponderante nos eventos relatados neste Termo Fiscal, tanto ao auxiliar a ABRIL EDUCAÇÃO na interposição de pessoa jurídica, pois controlava a USINA NET PARTICIPAÇÕES LTDA. (GREENTREE) como ao prestar garantias pessoais na 1ª Emissão de Nota Promissória da GREENTREE e nas fianças bancárias acordadas no contrato celebrado com os sócios do Anglo.

25.14 Desse modo, resta caracterizada a sujeição passiva solidária de SOMOS EDUCAÇÃO S.A., atual denominação social de ABRIL EDUCAÇÃO S.A., CNPJ 02.541.982/0001-54, e de ATIVIC S.A., CNPJ 02.291.096/0001-10, em relação ao crédito tributário lançado.

Percebe-se, portanto, que a autoridade fiscal teve o cuidado de apontar a participação de cada diretor/administrador da ABRIL EDUCAÇÃO, assim como a atuação desta própria pessoa jurídica na montagem e concretização do planejamento tributário abusivo. Trata-se de uma clara configuração de grupo econômico, comandado pela FAMILAI CIVITA e pela ABRIL EDUCAÇÃO (antiga denominação da SOMOS EDUCAÇÃO S.A.).

No Recurso Voluntário interposto pelos responsáveis solidários, não fora apresentado nenhum elemento novo que pudesse reverter o entendimento firmado pela autoridade fiscal e pela DRJ. Portanto, mostra-se correta a atribuição da responsabilidade solidária a todos os envolvidos nas operações realizadas no GRUPO ABRIL. Isso porque todos concorreram para a concretização do planejamento tributário abusivo, cooperando para a realização de operações meramente artificiais e simuladas.

3.8 DA INEXISTÊNCIA DECADÊNCIA DO LANÇAMENTO. LANÇAMENTO GLOSA DESPESAS ÁGIO

A Recorrente afirma que a contagem do prazo decadencial, para realizar o lançamento referente à glosa das despesas com amortização de ágio, deveria se iniciar a partir das operações societárias que deram origem ao ágio.

Entende-se que não assiste razão à recorrente pois para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio

deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança, nos termos do enunciado da Súmula CARF nº 116, transcrito a seguir:

Súmula CARF nº 116:

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

3.8.1 Da Inexistência Decadência Parcial do Lançamento – Glosa Despesas

Ágio

A Recorrente argui, na hipótese de não ser reconhecida a decadência total arguida no item anterior, o reconhecimento, ao menos, da decadência quanto ao ano-calendário 2011. Afirma que é de rigor a aplicação do prazo decadencial nos termos do artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, pois qualquer cobrança tributária que, caso se mantenha, decorrerá da mera divergência de interpretação da Lei entre Fisco e Recorrente, mas jamais de qualquer ato que possa implicar a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Conforme a decisão recorrida, especificamente quanto ao ano-calendário de 2011, o prazo decadencial rege-se pelo disposto no inciso I do art. 173 do CTN, dado que, como se verá mais adiante na apreciação da qualificação da multa, restou constatada a intenção de fraudar o fisco, o que excepciona a aplicação do referido § 4º do art. 150 do CTN. Uma vez que não transcorreram mais de cinco anos do primeiro dia do ano-calendário de 2013 (primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado) até a data da ciência do lançamento⁴⁶, ocorrida em 07 de dezembro de 2017 (fl. 5017), não há que se falar em decadência.

3.9 DA INDEDUTIBILIDADE DAS DESPESAS FINANCEIRAS

Conforme já descrito, as operações de financiamento praticadas pela GREENTREE e pela SOMOS SISTEMAS DE ENSINO S.A., que corresponderam a: (i) uma nota promissória, no valor de R\$ 264.750.000,00, aprovada em AGE da GREENTREE em 01/07/2010, e emitida em 29/07/2010; (ii) a 1ª emissão de debêntures, realizada pela GREENTREE, conforme a Ata da AGE datada de 30/09/2010, no valor total de R\$ 264.750.000,00; e (iii) a 2ª emissão de debêntures, realizada pela GRÁFICA E EDITORA ANGLO, conforme a Ata da AGE datada de 14/06/2012, com data de emissão em 18/06/2012, no valor de R\$ 215.000.000,00.

Destaca-se que a GREENTREE S.A. emitiu a nota promissória para captar parte dos recursos que seriam utilizados na aquisição das empresas do GRUPO ANGLO. Por seu turno, a 1ª emissão de debêntures da GREENTREE S.A. teve como propósito a substituição do instrumento de dívida da referida empresa, ou seja, os recursos captados com as debêntures

foram utilizados para resgatar a nota promissória emitida anteriormente. Desse modo, permaneceu o endividamento da GREENTREE S.A., o qual passou a ser representado por debêntures.

Por decorrência da cisão total da GREENTREE S.A., a GRÁFICA E EDITORA ANGLO assumiu a obrigação representada pelas debêntures da 1ª emissão da GREENTREE S.A. Posteriormente, a GRÁFICA E EDITORA ANGLO substituiu a dívida da 1ª emissão de debêntures pela dívida representada pela 2ª emissão de debêntures.

A autoridade fiscal considerou que as despesas financeiras provenientes das debêntures que substituíram a dívida inicialmente assumida pela GREENTREE S.A. não poderiam ser deduzidas pela contribuinte, uma vez que tais obrigações não se enquadram no conceito de despesas necessárias, nos termos do art. 299 do RIR/99, transcrito a seguir:

Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 47).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).

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

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem. (destaques não constam no original)

Percebe-se, portanto, que o art. 299 do RIR/99 indica claramente quais serão as despesas que poderão ser deduzidas da base de cálculo do IRPJ e, conseqüentemente, da CSLL, vale dizer: serão dedutíveis somente as despesas que apresentarem as características trazidas pelo art. 299 do RIR/99.

Considerando o exposto acima, tem-se que a pretensão da contribuinte de deduzir as despesas com remuneração de debêntures somente poderia ter como fundamento o art. 374 do RIR/99, transcrito a seguir:

Art. 374. Os juros pagos ou incorridos pelo contribuinte são dedutíveis, como custo ou despesa operacional, observadas as seguintes normas (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 17, parágrafo único):

I - os juros pagos antecipadamente, os descontos de títulos de crédito, e o deságio concedido na colocação de debêntures ou títulos de crédito deverão ser apropriados, pro rata temporis, nos períodos de apuração a que competirem;

II - os juros de empréstimos contraídos para financiar a aquisição ou construção de bens do ativo permanente, incorridos durante as fases de construção e pré-operacional, podem ser registrados no ativo diferido, para serem amortizados.

Parágrafo único. Não serão dedutíveis na determinação do lucro real, os juros, pagos ou creditados a empresas controladas ou coligadas, domiciliadas no exterior, relativos a empréstimos contraídos, quando, no balanço da coligada ou controlada, constar a existência de lucros não disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil (Lei n.º 9.532, de 1997, art. 1º, § 3º).

O *caput* do art. 374 do RIR/99 é bastante claro ao prescrever que os juros pagos ou incorridos, pelos contribuintes, somente podem ser deduzidos como espécie de **custo ou despesa operacional**. Nesse ponto, interessante notar que o art. 374 do RIR/99 não faz qualquer remissão ao art. 299 do RIR/99, porém, isso não quer dizer que se possa **pressupor a inaplicabilidade das exigências trazidas pelo art. 299 do RIR/99**. Com efeito, quando o **art. 374 preceitua que somente serão deduzidos os juros como custos ou despesas operacionais, a consequência lógica é que os aludidos juros possam ser qualificados como “operacionais”**. E para isso, torna-se obrigatório **observar as regras previstas no RIR/99 que disciplinam as despesas operacionais, ou seja, o disposto no art. 299 do RIR/99**. Desse modo, resta evidente que o art. 374 do RIR/99, ainda que não mencione textualmente o art. 299 do RIR/99, atrelou a dedutibilidade de juros ao conceito de custos ou despesas **operacionais**, exigindo, assim, eu sejam atendidos os requisitos previstos no citado art. 299.

A discussão sobre a dedutibilidade das despesas com remuneração das debêntures, no presente processo administrativo, está centrada nas regras previstas nos art. 299 e 374 do RIR/99, que eram os dispositivos vigentes durante os anos-calendário objeto lançamento que disciplinavam a dedução de despesas com juros.¹⁶ Mais precisamente, a autoridade fiscal questionou a dedutibilidade de pagamentos, feitos pela contribuinte, a título de juros e encargos atrelados a debêntures, por entender que tais despesas não se qualificariam como necessárias – nos termos do art. 299 do RIR/99. Isso porque, segundo a Fiscalização, as despesas com juros e encargos não teriam se destinado à realização das atividades operacionais e à manutenção da fonte produtora da contribuinte – que são os atributos exigidos para que uma despesa possa ser considerada necessária, para fins de dedutibilidade da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Partindo dessas premissas, passemos a analisar se as despesas com juros e encargos devidos em razão da emissão de debêntures se amoldam à definição de despesas necessárias, previstas na legislação tributária, ou seja, é preciso avaliar se tais despesas foram pagas ou incorridas visando a manutenção da fonte produtora de receitas da contribuinte.

Primeiramente, cumpre ressaltar que a origem da dívida que motivou a emissão das debêntures foi o **Contrato de Compra e Venda firmado entre o GRUPO ANGLO (alienantes) e o GRUPO ABRIL (adquirente)**, tendo como objeto a alienação das empresas do GRUPO ANGLO. Com efeito, a GREENTREE S.A. emitiu uma nota promissória e, pouco depois, as debêntures da 1ª emissão para captar recursos para quitar parte da dívida originada com a aquisição das empresas do GRUPO ANGLO. Posteriormente, a obrigação assumida pela GREENTREE chegou ao passivo da GRÁFICA E EDITORA ANGLO em virtude de uma série de operações realizadas no GRUPO ABRIL, que culminaram com a cisão total da GREENTREE S.A. com versão da parcela cindida para a GRÁFICA E EDITORA ANGLO. E foi justamente a referida cisão total que resultou na transferência, para a GRÁFICA E EDITORA ANGLO, da dívida originariamente assumida pela GREENTREE S.A. Todos esses aspectos foram devidamente trabalhados pela autoridade fiscal e pela DRJ, a fim de que não restasse qualquer dúvida de que os recursos captados com as debêntures emitidas pela GRÁFICA E EDITORA ANGLO foram utilizados para quitar a dívida gerada na alienação das empresas do GRUPO ANGLO para a GREENTREE S.A.

Entende-se que a emissão das debêntures, pela GRÁFICA E EDITORA ANGLO, teve como propósito quitar a dívida contraída, originalmente, pela GREENTREE S.A., quando esta pessoa jurídica adquiriu as empresas do GRUPO ANGLO – dentre estas, vale frisar, estava a GRÁFICA E EDITORA ANGLO.

Vê-se que **tanto a dívida gerada na aquisição das empresas do GRUPO ANGLO quanto as despesas com remuneração de debêntures foram alocadas na GRÁFICA E**

EDITORA ANGLO em virtude de **uma escolha, uma liberalidade, do GRUPO ABRIL**. Em outras palavras, **o endividamento inicialmente registrado na GREENTREE S.A. foi transferido para o passivo da GRÁFICA E EDITORA ANGLO** porque a vontade do GRUPO ABRIL era de realizar uma “compra alavancada”, e não por ser uma condição (necessária) para o desenvolvimento das atividades operacionais da GRÁFICA E EDITORA ANGLO. Nesse contexto, a menção a “compra alavancada” pode ser considerado relevante porque confirma que **trata-se de uma opção ou um modelo de negócios pretendido pelo GRUPO ABRIL**, mas jamais como um fundamento para atestar a necessidade das despesas com debêntures.

O fundamentado explicitado acima evidencia a incompatibilidade entre as despesas com remuneração das debêntures e a atividade produtiva da GRÁFICA E EDITORA ANGLO, ou seja, não se tratam de despesas operacionais. Na realidade, como muito bem destacado pela autoridade fiscal, **a dívida representada pelas debêntures foi contraída no exclusivo interesse dos acionistas controladores da GRÁFICA E EDITORA ANGLO, e não para custear a fonte produtiva desta pessoa jurídica**. Nesse ponto, vale a pena conferir novamente, as conclusões exaradas no Relatório Fiscal que acompanhou o Auto de Infração:

20.12 As despesas financeiras sob análise poderiam ser necessárias para a GREENTREE, mas não para o sujeito passivo GRÁFICA E EDITORA ANGLO S.A., atual SOMOS SISTEMAS DE ENSINO S.A., incorporadora de parte do patrimônio da Greentree, após a operação de cisão. Senão vejamos, os recursos captados com as emissões das debêntures foram utilizados para a aquisição das participações societárias das empresas do Grupo Anglo, que após operações de incorporação foram reunidas em uma única empresa, a GRÁFICA E EDITORA ANGLO S.A. Portanto, a GRÁFICA E EDITORA ANGLO S.A. passou a deduzir, da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, despesas financeiras referentes ao capital utilizado para a aquisição de seu próprio controle societário. É óbvio que os recursos advindos das emissões de debêntures não geraram proveito para a própria companhia, mas para sua acionista controladora. Portanto, não podem ser consideradas despesas necessárias para a GRÁFICA E EDITORA ANGLO S.A.

Por essas razões, mantem-se a glosa sobre as despesas relativas a juros e encargos decorrentes da emissão de debêntures da GRÁFICA E EDITORA ANGLO.

3.10 DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA. LANÇAMENTO GLOSA DESPESAS FINANCEIRAS

A Recorrente alega que não houve intuito de fraude e tampouco dolo entre os participantes das operações.

O inciso II do art. 44 da Lei n.º 9.430, de 1996 (atual art. 44, I, c/c § 1º, da Lei n.º 9.430/96, conforme nova redação conferida pela Lei n.º 11.488, de 15 de junho de 2007, resultante da conversão da MP n.º 351/2007), tem o seguinte teor:

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

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa

moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação anterior à alteração legislativa, vigente à época dos fatos)

O mencionado inciso II determina que além das hipóteses do inciso I, se faz necessário integrar com as previsões dos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/66. Dispõem tais artigos:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I – da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II – das condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas visando qualquer dos efeitos referidos nos artigos 71 e 72.

Afirma que a Autoridade Fiscal no item 22 do Termo de Verificação Fiscal, apenas teceu considerações que, em tese, embasariam a qualificação da multa exclusivamente com relação à infração “Exclusões indevidas”, ou seja, à glosa do ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura.

A análise da multa qualificada deve-se ser realizada a partir de todos fatos descritos no Termo de Verificação Fiscal, ou não deve deve-se restringir unicamente ao item 22 do referido termo.

O motivo para a glosa das despesas financeiras decorrentes dos juros remuneratórios da 1ª e 2ª Emissão de debêntures, nos termos dos artigos 47 da Lei nº 4.506/64 e 299 do RIR/99, é que estas não configuram despesas dedutíveis para a GRÁFICA E EDITORA ANGLO S.A, posteriormente denominada SISTEMAS DE ENSINO ABRIL EDUCAÇÃO S.A. e atualmente denominada SOMOS SISTEMAS DE ENSINO S.A., conforme item 20 do Termo de Verificação Fiscal.

A partir da leitura do Termo de Verificação não se vislumbra a comprovação dos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964.

Portanto vota-se por dar provimento ao recurso voluntário para o afastamento da qualificação da multa de ofício aplicada em relação aos lançamentos de glosa de despesas financeiras, reduzindo-a de 150% para 75%.

3.11 DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LANÇAMENTO GLOSA DESPESAS FINANCEIRAS

A Recorrente alga que inexistente qualquer responsabilização solidária fundamentada em relação à glosa de despesas financeira, in verbis:

60. Mais ainda, o lançamento é notoriamente nulo em relação à responsabilidade pela glosa de despesas financeiras, evento sobre o qual não há uma linha sequer referenciando atos da ora Recorrente, o que evidencia que, neste ponto, sequer há formalização, ainda que singela, da responsabilidade, impossibilitando qualquer defesa a respeito.

Verifica-se que a Autoridade Fiscal comprovou o interesse comum no caso das operações societárias que geraram um ágio que foi amortizado pela recorrente. A partir da leitura dos itens 20 e 25 do Termo de Verificação Fiscal, entende-se que embora o interesse comum esteja comprovado na infração de glosa das despesas de ágio, o mesmo não foi realizado pela Autoridade Fiscal para a glosa despesas financeiras. Não se vislumbrando a comprovação de interesse comum na amortização de despesas financeiras.

Portanto vota-se por dar provimento ao recurso voluntário para o afastamento da responsabilidade solidária em relação aos lançamentos de glosa de despesas financeiras.

3.12 DECADÊNCIA PARCIAL. LANÇAMENTO GLOSA DESPESAS FINANCEIRAS

A Recorrente argui, na hipótese de não ser reconhecida a decadência total arguida no item anterior, o reconhecimento, ao menos, da decadência quanto ao ano-calendário 2011. Afirma que é de rigor a aplicação do prazo decadencial nos termos do artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, pois qualquer cobrança tributária que, caso se mantenha, decorrerá da mera divergência de interpretação da Lei entre Fisco e Recorrente, mas jamais de qualquer ato que possa implicar a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Tendo sido afastada a qualificação da multa para o lançamento de glosa de despesas financeiras, o prazo decadencial rege-se pelo disposto no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional. Uma vez que transcorreram mais de cinco anos dos fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2011 até a data da ciência do lançamento, ocorrida em 07 de dezembro de 2017 (fl. 5017), ocorreu a decadência para o lançamento do crédito tributário referente a glosa de despesas financeiras realizada para o ano-calendário de 2011.

3.13 DA APLICAÇÃO DAS REGRAS DE DEDUTIBILIDADE DO IRPJ À CSLL

A Recorrente alega que não há que se falar na adição da referida despesa na base de cálculo da CSLL, por absoluta ausência de previsão legal.

Vejamos, inicialmente, o quanto disposto no caput do art. 57, da Lei 8.981/95, parte final, quanto à definição da base de cálculo da referida contribuição. Veja-se:

Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei. (grifei)

A CSLL, instituída com a edição da Lei 7.689/88, tem como base de cálculo, nos termos do art. 2º da referida lei, “o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda”, acrescentando-se, através da letra ‘c’, do § 1º, do mesmo art. 2º, que o resultado do período base será apurado com a observância da legislação comercial, ajustado por adições e exclusões.

A Lei nº 8.981/95 trouxe inovações na apuração da base de cálculo do IRPJ e, no já transcrito art. 57, estende, textualmente, a aplicação, para a CSLL, das mesmas normas de apuração do IRPJ, mantida a base de cálculo prevista na legislação em vigor, que é o resultado do período base apurado com a observância da legislação comercial ajustado ou, a teor do contido no § 3º, do citado art. 57, “o lucro líquido ajustado”.

A Lei nº 9.430/96, por sua vez, especificamente em seu art. 28, na redação original, garante que “aplicam-se à apuração da base de cálculo e ao pagamento da contribuição social sobre o lucro líquido as normas da legislação vigente e as correspondentes aos arts. 1º a 3º, 5º a 14, 17 a 24, 26, 55 e 71 desta Lei.”

Especificamente o art. 2º da Lei nº 9.430/96 reforça a observância das alterações introduzidas pela Lei nº 8.981/95 na apuração da base de cálculo do IRPJ, extensível para a CSLL.

Desta forma, a legislação fiscal aplicável na apuração da base de cálculo do IRPJ é, em mais de uma oportunidade, estendida por lei para a apuração da base de cálculo da CSLL, as quais partem do mesmo lucro líquido apurado na forma da legislação comercial e diferem, ao final, tão somente pelas expressas adições e exclusões a que estão legalmente sujeitas. Ou seja, se não há previsão legal de exclusão da despesa de amortização com ágio da base de cálculo da

CSLL, ela deve ser mantida na referida base de cálculo, uma vez que a legislação, como acima demonstrado, determina que para a apuração da base de cálculo da CSLL deve ser observada a legislação aplicável ao IRPJ.

Por tais motivos, entende-se aplicável ao caso o art. 57 da Lei 8981/95, conseqüente a legalidade da adição do ágio e das despesas ineditíveis a base de cálculo da CSLL.

3.14 – DA POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DA MULTA ISOLADA E DA MULTA DE OFÍCIO

A Recorrente afirma a impossibilidade de exigência concomitante das multas isoladas e de ofício, mesmo após a alteração da redação do art. 44 da Lei n.º 9.430/96, argumenta que por essa razão, em qualquer hipótese, devem ser integralmente canceladas as multas isoladas aplicadas.

A questão a ser dirimida diz respeito à possibilidade de serem aplicadas, simultaneamente, a multa isolada pela falta de recolhimento de estimativas mensais, e a multa de ofício pela falta de recolhimento do tributo devido no ajuste anual.

Em relação à possibilidade de aplicação cumulativa das multas de ofício e isolada cumpre salientar, preliminarmente, que não se aplica à espécie a Súmula CARF n.º 105, segundo a qual “a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei n.º 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício”. Isso porque a cumulação entre as multas só é vedada pela referida súmula em relação às autuações relativas a períodos anteriores a 22 de janeiro de 2007, data da entrada em vigor da MP n.º 351/2007, convertida na Lei n.º 11.488/2007, que alterou significativamente o art. 44 da Lei n.º 9.430/96, confira-se:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:
(Redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal; (Redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007)

a) na forma do art. 8º da Lei n.º 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei n.º 11.488, de 2007)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída pela Lei n.º 11.488, de 2007)

Observa-se que o art. 44 da Lei n.º 9.430/96 foi alterado pela Lei n.º 11.488, de 15 de junho de 2007, dando-lhe nova redação, reduzindo a multa isolada para 50%; deixando claro que a referida multa isolada era cabível no caso de estimativa mensal não paga e não de tributo final não pago.

Ressalta-se que as bases de cálculo das citadas multas foram diferenciadas, afastando-se, dessa forma, qualquer alegação de bis in idem. Com efeito, segundo texto dado pela Lei n.º 11.488/2007, a base de cálculo da multa isolada pela falta de pagamento da estimativa consiste no valor do pagamento mensal, no percentual de 50%, enquanto a multa pelo lançamento de ofício incide sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata, no percentual de 75%.

Por fim, cabe registrar que a Câmara Superior de Recursos Fiscais sinalizou ser possível a cobrança concomitante da multa de ofício com a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas após a entrada em vigor da MP n.º 351/2007, convertida na Lei n.º 11.488/2007. Confira-se, por oportuno, o que ficou registrado no Acórdão n.º 9101-02.438:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL

Ano-calendário:2008, 2009

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS.
CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO.

A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória n.º 351, de 2007, no art. 44, da Lei n.º 9.430, de 1996, deixa clara a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. A redação alterada é direta e impositiva ao firmar que "serão aplicadas as seguintes multas". A lei ainda estabelece a exigência isolada da multa sobre o valor do pagamento mensal ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa no ano-calendário correspondente.

No caso em apreço, não tem aplicação a Súmula CARF n.º 105, eis que a penalidade isolada foi exigida após alterações promovidas pela Medida Provisória n.º 351, de 2007, no art. 44 da Lei n.º 9.430, de 1996.

Diante do exposto e considerando que restou plenamente configurado o desrespeito do recorrente ao disposto no art. 44, II, "b" da Lei n.º 9.430/96 e, ainda, que o fato gerador do presente feito é posterior ao advento da MP n.º 351/2007 (convertida na Lei n.º 11.488/2007), não há qualquer dúvida sobre a possibilidade/necessidade de cobrança da multa isolada, exigida em face do não pagamento do tributo devido pelo regime de estimativa.

Conclui-se que é possível a cumulação entre multa de ofício e multa isolada, pois são penalidades distintas que incidem sobre bases de cálculo diversas, mormente em face da alteração legislativa promovida pela Medida Provisória n.º 351/2007 (convertida na Lei n.º 11.488/2007) na redação do art. 44 da Lei n.º 9.430/96.

3.15 - DA INCIDÊNCIA DOS JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO

Afirma a Recorrente que os juros de mora não devem incidir sobre a multa de ofício lançada por falta de previsão legal.

A questão da incidência dos juros moratórios sobre a multa de ofício foi objeto da súmula CARF n.º 108:

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

Diante súmula, rejeita-se as alegações da recorrente quanto à não incidência dos juros moratórios sobre a multa de ofício.

Conclui-se que Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

3.16 DA APURAÇÃO REFLEXA DA CSLL

As presentes infrações apuradas para o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica geram reflexo na determinação da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido - CSLL, nos termos do art. 2º da Lei n.º 7.689/88, combinado com os art. 28 da Lei n.º 9.430/96 e art. 57 da Lei 8981/95.

Assim sendo, por possuírem os mesmos fundamentos fáticos, a decisão prolatada com relação ao Auto de Infração do IRPJ aplica-se à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL.

3.17 - DAS COMPENSAÇÕES E RETIFICAÇÕES DE PREJUÍZO FISCAL DO PERÍODO E BASE NEGATIVA DA CSLL

As compensações e retificações de prejuízo fiscal do período e base negativa da CSLL devem ser realizadas na execução do presente acórdão, conforme o que mantido/exonerado nesta decisão.

4.0 Conclusão

Ante todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recursos voluntários, para: i.i) manter o lançamento referente a glosa de ágio; i.ii) manter a qualificação da multa quanto ao lançamento da glosa de despesas de ágio; i.iii) manter a responsabilidade tributária quanto ao lançamento da glosa das despesas de ágio; i.iv) afastar a alegação de decadência quanto ao lançamento da glosa de ágio; ii.i) manter o lançamento referente a glosa de despesas financeiras; ii.ii) afastar a qualificação da multa quanto ao lançamento da glosa de despesas financeiras, reduzindo-a de 150% para 75%; ii.iii) afastar a responsabilidade tributária quanto ao lançamento da glosa das despesas financeiras; ii.iii) cancelar os lançamentos de glosa de despesas financeiras relativas ao ano-calendário de 2011 por decadência; iii.i) manter a exigência dos juros de mora sobre a multa de ofício, consoante legislação de regência, iv.i) manter as multas isoladas por falta de pagamento de estimativas.

(documento assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias

Voto Vencedor

Conselheiro Antonio Paulo Machado Gomes, Redator designado.

Em que pesem os bem fundamentados argumentos do ilustre Conselheiro Relator, o colegiado divergiu de seu entendimento e foi a mim designado fazer o voto vencedor em relação a parte vencida do relator.

A divergência de entendimento ocorreu sobre os seguintes temas: (i) o cancelamento dos lançamentos de glosa de amortização de ágio da apuração do IRPJ e CSLL; (ii) o cancelamento das multas isoladas pela reapuração das estimativas pela fiscalização

Sendo assim, passo às considerações sobre os entendimentos firmados sobre essas divergências.

1 – Amortização do Ágio.

Conforme decisão, em face do empate no julgamento, nos termos da determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, foi dado provimento ao recurso voluntário para cancelar os lançamentos de glosa de amortização de ágio.

Segundo o relator, “os efeitos de operações perpetradas no âmbito de planejamento tributário, em que não existe outra motivação senão a de criação artificial de condições para auferimento de vantagens tributárias, não são oponíveis à Fazenda Pública”.

Todavia, foi firmado entendimento diverso desse reconhecendo a legalidade da amortização do ágio.

Isto porque no entendimento dos conselheiros a Greentree Educacional S.A. não se trataria de empresa veículo, uma vez que possuía substância econômica, obtida principalmente através de alavancagem financeira pela emissão de notas promissórias e debêntures, para aquisição das empresas pertencentes ao Grupo Anglo.

Logo, no entendimento firmado no colegiado, a operação de compra das empresas do grupo Anglo pela Greentree, com pagamento de ágio, não teria se revestido de obscuridade ou de interesses escusos, uma vez que a aquisição se deu entre partes absolutamente independentes entre si e com a definição de um preço efetivamente negociado e pago.

Destaca-se que, no entendimento firmado, a Abril Educação S.A. (atual Somos Educação S.A.), a Recorrente, é Companhia de capital aberto com investidores não relacionados e não poderia jamais ser considerada real adquirente, pois (i) não assumiu a dívida; (ii) não emitiu as debêntures que financiou à aquisição; (iii) não subscreveu as debêntures; (iv) não contaminou seu índice de liquidez e não fez o sacrifício para a aquisição; e (v) não tinha autorização de seus acionistas para esse tipo de investimento e endividamento.

Portanto, no entendimento vencedor do colegiado, a real adquirente das empresas do Grupo Anglo foi a Greentree e não a Recorrente.

Sendo assim, nos termos do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77, antes da alteração pela Lei nº 12.973/14, a Greentree Educacional S.A., ao realizar a aquisição das empresas do Grupo Anglo, deveria registrar na sua contabilidade o ágio, definido como a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de patrimônio líquido na época da aquisição, conforme se depreende do art. 20 abaixo reproduzido:

“Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento 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.”

Logo, a Greentree respeitou a legislação pertinente no tocante ao registro do ágio.

Já no tocante à utilização ágio para exclusão na apuração do IRPJ e CSLL, o art. 7º da Lei nº 9.532/97 assim determinava:

“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: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

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 n.º 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 n.º 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 n.º 9.718, de 1998)" (g.n)

Infere-se do citado artigo que as condições necessárias para exclusão do ágio na apuração do IRPJ e CSLL era (i) a incorporação, fusão ou cisão da investidora e (ii) que o ágio deveria ter como fundamento econômico a rentabilidade futura calculada com base em previsão dos resultados futuros.

Nesse ponto, cabe-se ressaltar duas questões, primeira, que a fiscalização não contestou o laudo que fundamentou o ágio pela expectativa de rentabilidade futura, e não contestou o valor e a natureza do ágio. E, segundo, houve uma cisão total da Greentree.

Portanto, todos os requisitos solicitados pela legislação tributária para usufruir do benefício tributário da exclusão do ágio da apuração do IRPJ e CSLL foram respeitados.

Sendo assim, prevaleceu o entendimento que inexistiu ilegalidade na amortização do ágio realizado pela Recorrente.

Dessa forma, vota-se por dar provimento ao recurso voluntário para cancelar os lançamentos de glosa de amortização de ágio.

2 – Cancelamento das multas isoladas.

Segundo o entendimento do relator “a opção pela forma de apuração anual do imposto sujeita a pessoa jurídica ao recolhimento de antecipações mensais, determinadas sobre base de cálculo estimada. O não recolhimento ou o recolhimento a menor da antecipação enseja o lançamento da multa de ofício isolada prevista no inciso II do art. 44 da Lei n.º 9.430, de 1996.”

Por outro lado, a Recorrente sustenta que não é cabível a multa isolada de forma cumulativa com a multa de ofício em virtude de (i) as multas isoladas e de ofício emergem de um único fato: as glosas e adições decorrentes das mesmas infrações apuradas pela fiscalização; (ii) as estimativas referentes aos anos-calendários fiscalizados foram devidamente recolhidas em seus vencimentos; (iii) somente após a apuração e no momento da fiscalização, em virtude das glosas realizadas pela fiscalização, houve insuficiência no cálculo das estimativas e (iv) a jurisprudência tanto do CARF, quanto do STJ, tem posição firmada pela impossibilidade de aplicação concomitante das multas isolada e de ofício previstas nos incisos I e II do art. 44 da Lei 9.430/1996, inclusive, no CARF, tem-se a Súmula 105 que impede a concomitância das multas.

Destaca-se que a multa isolada, aplicada por ausência de recolhimento de antecipações, é regulada pelo artigo 44, inciso II, alínea “b”, da Lei n.º 9.430/96, veja:

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

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

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

a) na forma do art. 8º da Lei n.º 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.”

Depreende-se da alínea b, do inciso II, do art. 44 da Lei n.º 9.430/96, reproduzido acima, que haverá multa isolada quando o contribuinte **DEIXAR** de recolher as estimativas mensais ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa de CSLL.

Logo, trata-se de multa pelo não pagamento do tributo que deve ser antecipado. Ou seja, caberá multa isolada quando o contribuinte não efetuar a antecipação deste tributo.

Contudo, caso o contribuinte efetue a antecipação do tributo não há que se falar em punição, pois não há como se admitir que o valor da antecipação seja, após o encerramento do ano-calendário, um tributo isolado. Isso porque, como o próprio nome enseja, é mera antecipação de tributo – IRPJ e CSLL – apurado de forma definitiva após o encerramento do ano-calendário, no caso de apuração na forma de lucro real anual.

Infere-se esse mesmo raciocínio do Parecer Normativo COSIT n.º 2, de 03 de dezembro de 2018, o qual estabelece que “os valores apurados por estimativa constituem mera antecipação do IRPJ e da CSLL, cujos fatos jurídicos tributários se efetivam em 31 de dezembro do respectivo ano-calendário. Não é passível de cobrança a estimativa tampouco sua inscrição em Dívida Ativa da União (DAU) antes desta data.” Isso porque as estimativas são meras antecipações do crédito tributário constituído pela apuração em 31/12.

Ou seja, até o encerramento do ano-calendário o que se tem por tributo devido são o IRPJ e a CSLL, apurados conforme cálculo previsto para antecipação. Já após o encerramento do ano-calendário e apuração do IRPJ e da CSLL pelo lucro real anual, não há como negar que o montante do tributo devido é aquele definitivamente apurado, após as adições, exclusões e compensações previstas em lei.

Portanto, caso o Contribuinte faça as devidas antecipações e futuramente, após o encerramento do ano-calendário, sofra uma fiscalização, a multa deverá recair somente sobre o tributo devido que deixou de ser recolhido de forma definitiva, ou seja, do crédito tributário constituído pela apuração em 31/12 e não mais sobre a estimativa.

Veja que o disposto no artigo 44, inciso II, alínea “b” da Lei n.º 9.430/96 tem claro intuito de evitar que o contribuinte não realize suas antecipações, o seu objetivo é incentivar as antecipações do IRPJ e da CSLL que serão apurados somente no encerramento do ano-calendário, caso o contribuinte opte pelo Lucro Real anual.

Nesse mesmo sentido foi o voto do Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza ao no Acórdão n.º 1301-004-419, veja:

“As discussões relacionadas à multa isolada devem levar em conta o motivo que leva a autoridade fiscal aplicar a referida multa isolada, pois ela não se destina a punir casos de infrações apuradas e relacionadas à omissão de receita, deduções indevidas de despesas, exclusões não autorizadas ou falta de adição ao lucro líquido. Nessas infrações, deve ser aplicada apenas a multa de ofício.

Esta multa isolada foi instituída para punir contribuintes que, tendo optado pelo lucro real anual para cálculo do IRPJ e da CSLL, deixavam de recolher as estimativas mensais. É que encerrado o ano base, já não é juridicamente possível exigir as estimativas, vez que elas possuem natureza de antecipação do tributo a ser apurado no final do período. Assim, encerrado o período, o Fisco só pode exigir o valor devido e não as antecipações.”

Dessa forma, pode-se concluir que impor uma multa pelo não recolhimento do tributo apurado conforme lançamento de ofício que apura IRPJ e CSLL devidos ao final do ano-calendário e impor sanção pelo recolhimento a menor das antecipações devidas, relativamente aos mesmos tributos, é penalizar o mesmo contribuinte duas vezes por ter deixado de recolher integralmente o tributo devido. Portanto, nestes casos, uma penalidade é excludente da outra.

Outro fato que deve ser considerado é: imaginemos que um contribuinte optante pelo lucro real, faça as suas antecipações somente com base na receita líquida tributável e após três anos seja autuado com a glosa de despesas e receba uma multa de ofício, bem como a multa isolada também sobre essas glosas. Essa multa isolada deve existir? Claro que não, pois o contribuinte já realizou as suas antecipações e a única multa que deve existir é a multa de ofício.

Logo, vota-se por dar provimento ao recurso voluntário para o cancelamento da multa isolada, uma vez que as multas isoladas e de ofício emergem de um único fato: as glosas e as adições decorrentes das mesmas infrações apuradas pela fiscalização.

(documento assinado digitalmente)

Antônio Paulo Machado Gomes