



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10980.722227/2017-23
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-004.192 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de fevereiro de 2020
Recorrente WEG EQUIPAMENTOS ELÉTRICOS S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2012

INVESTIMENTO. ÁGIO. OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS. LEGÍTIMAS. PROPÓSITO NEGOCIAL.

Constatado que as operações societárias envolvendo o ativo adquirido/transferido com ágio **legítimo**, então surgido de transação entre **partes independentes**, revelaram-se necessárias e ao abrigo de **verdadeiro propósito comercial**, torna-se perfeitamente legal a amortização fiscal do ágio, nos termos do disposto no art.386 do RIR/99 (art.7º da Lei 9.532/97).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento ao recurso voluntário, vencidos os Conselheiros Carlos André Soares Nogueira e Nelso Kichel.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Carlos André Soares Nogueira, Nelso Kichel, Cláudio de Andrade Camerano, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Daniel Ribeiro Silva, Letícia Domingues Costa Braga e Eduardo Morgado Rodrigues.

Relatório

Início por transcrever o relatório considerado na decisão de piso, por bem refletir a situação vista no Relatório Fiscal:

Relatório

Tratam os presentes autos de exigências de ofício do imposto de renda de pessoa jurídica, R\$ 1.330.817,55, fls. 872, e da CSLL, R\$ 457.362,03, fls. 888, atinentes ao ano- calendário de 2012, acrescidas de penalidade de 75% e encargos moratórios, de pessoa jurídica tributada com base no lucro real trimestral.

2.- Fundamentaram as exações despesas consideradas indevidas com amortização de ágio na aquisição da empresa TRAFO e NANTONG.

3.- No documentado Relatório de fls. 820/866, a auditoria fundamentou as exações conforme a seguir sintetizado, na ordem em que colocadas às causas das exigências:

3.- Despesas indevidas com amortização de ágio na aquisição da empresa TRAFO;

3.1.- A infração a ser descrita neste tópico consistiu na amortização indevida de despesas com ágio, o qual foi gerado em 2007, em operação de aquisição da participação societária na empresa TRAFO EQUIPAMENTOS ELÉTRICOS S/A (doravante denominada simplesmente TRAFO).

3.2.- O processo de formação do ágio pode ser separado em duas etapas, a primeira abrangendo a aquisição da TRAFO pela WEL, processo que se iniciou em março de 2007 e perdurou até julho de 2009, e a segunda etapa, consistente no processo de aquisição das demais ações da TRAFO pela WEG S/A (holding do Grupo WEG, doravante denominada simplesmente WEG), por meio de uma incorporação de ações, sendo que em seguida a WEG transferiu o investimento (juntamente com o ágio gerado na incorporação das ações) para a WEL, através de uma subscrição de ações.

3.3.- do ágio total gerado na operação, R\$ 76.328.714,00, o montante gerado na 1ª etapa foi de R\$ 43.906.084,00, e o restante, R\$ 32.422.630,00, na 2ª etapa.

3.4.- O presente processo restringe-se à 2ª etapa, parcela do ágio teria sido indevidamente deduzida pela FISCALIZADA, uma vez que se trata de ágio transferido, pago pela WEG, e usufruído pela WEL.

3.5.- na 2ª etapa de formação do ágio, quem efetuou a aquisição da TRAFO, pagando ágio, foi a WEG, conforme processo de incorporação das ações da TRAFO. Dois dias depois, este ágio, escriturado na contabilidade da WEG, foi transferido para a WEL, através do processo de subscrição de capital.

3.6.- Quem passou a usufruir deste ágio foi a WEL, o que não seria aceito pela previsão contida no art. 386 do RIR/99. Acrescenta a auditoria, fls. 829:

“Mesmo que se argumente que o ágio foi gerado, não na incorporação de ações pela WEG5, mas no processo de subscrição de capital efetivado pela WEG na WEL, ainda sim se trataria de um ágio indedutível na WEL, uma vez que restaria caracterizado um ágio intragrupo, interno. Cumpre lembrar que WEG e WEL fazem parte do mesmo Grupo Econômico, sendo a WEG acionista majoritária da WEL. “

3.7.- O CARF, (Acórdão nº 1103-001170 - 1ª Câmara/3ª Turma Ordinária - 04/02/2015), recentemente se pronunciou acerca da amortização de ágio, ementa reproduzida às fls. 829/831

3.8.- Na decisão administrativa da DRJ RJ/RJ relativa ao PAF 2015 (Acórdão nº 1286.370 - 12ª Turma da DRJ/RJ, de 29/03/2017), que tratou desta infração do ÁGIO TRAFÓ para o ano de 2011, a autuação foi mantida integralmente

3.9.- Considerado que o objeto do Relatório este se restringe ao ano de 2012, glosa por despesa considerada indedutível, em cada um dos três últimos trimestres, o montante de R\$ 1.621.131,50, tanto para o IRPJ como para a CSLL, fls. 872 e 889.

4.- Despesas indevidas com amortização de ágio na aquisição da empresa NANTOG

4.1.- Deixo de transferir os fundamentos da glosa dado que a pessoa jurídica optou por desistir da impugnação acerca do ponto, fls. 1018, e o crédito tributário respectivo foi transferido para o processo n. 13973-720.666/2017-89, fls. 1038.

5.- Ciente em 14/06/2017, fls. 906, o sujeito passivo acostou aos autos a impugnação de fls. 911/947, protocolada em 11/07/2017, fls. 908, através da qual, no que seja pertinente ao crédito tributário litigado neste feito – ágio da TRAFÓ, alega, em síntese:

5.1.- Amortização do ágio da aquisição da empresa TRAFÓ, considerada indevida em conformidade com os arts. 385, 386 e 391 do RIR/99, deve ser reconhecida conforme art. 20, § 1º, II, do Decreto-lei n. 1598/77 e amortizado consoante dispõe o ar. 7º da lei n. 9532/97, porquanto:

5.1.1.- A Weg S.A. (doravante Weg), por intermédio da sua controlada WEG Equipamentos Elétricos S.A. (doravante WEL), adquiriu, em 06 de março de 2007, mediante contrato particular e posterior oferta pública, o controle acionário da Trafo Equipamentos Elétricos S.A. (doravante TRAFÓ).

5.1.2.- As companhias (WEG, WEL e TRAFÓ) concluíram que a combinação dos negócios seria a forma mais adequada para (i) convergir os recursos disponíveis, (ii) alcançar melhores ganhos de sinergia, (iii) simplificar o atual organograma, (iv) reduzir custos financeiros, operacionais e administrativos, bem como, (v) tornar a WEG a única companhia do Grupo com ações negociadas em bolsa de valores, conferindo a elas maior liquidez.

5.1.3.- Com efeito, a aquisição do controle acionário da TRAFÓ foi efetuada pela companhia WEL a valor econômico, como de praxe, de tal sorte que a época gerou um ágio a ser registrado pela WEL na ordem de R\$ 32.422.630,00, atinente a 2ª etapa, que poderia ser amortizado nos termos da legislação tributária do IRPJ, gerando um benefício fiscal convertido em benefício de todos os acionistas da Weg.

6.- Em linhas gerais e de forma sucinta, a reestruturação societária proposta pode ser sumarizada em três fases:

6.1.- Primeira - A Weg efetuou a incorporação das ações da TRAFO que não eram de sua propriedade (ambas S/A aberta em determinado momento), as quais correspondiam a 30,61% do capital social total.

6.1.1.- A incorporação das ações foi efetuada a valor econômico gerando um novo ágio e assim se realizou, pois, (i) as duas companhias tiveram as ações avaliadas por empresas independentes; e (ii) os acionistas da TRAFO precisavam participar no Grupo WEG como um todo, por meio de ações da WEG (companhia aberta) e não de ações exclusivas da WEL, que representavam apenas uma parte do negócio.

6.2.- Segunda - A Weg aumentou o capital da WEL por meio da integralização das ações da TRAFO adquiridas com ágio. Neste momento a WEL passou a ser detentora de 100% das ações da TRAFO, e o ágio novo e velho foram registrados em seu ativo intangível; e.

6.3.- Terceira - A WEL incorporou a TRAFO e passou a amortizar fiscalmente o novo ágio gerado, bem como o ágio já registrado em seu ativo intangível, no âmbito do imposto de renda da pessoa jurídica (IRPJ) e da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL).

6.4.- Importante mencionar que a WEG transferiu para WEL o investimento pelo valor efetivamente adquirido (investimento/PL + ágio), tendo em vista que a WEL já era detentora de parte das ações da Trafo e realizaria a correspondente operação de incorporação, já que as empresas tinham o mesmo objeto social e eram concorrentes entre si. Ou seja, se a WEG tivesse feito a transferência apenas pelo valor do investimento, a perda seria reconhecida na própria WEG, de forma que a despesa seria dedutível ou na WEG ou na WEL.

6.4.1.- Dessa forma, do total gerado na operação, no valor de R\$ 76.328.714,00, o montante correspondente a 1ª etapa foi de R\$ 43.906.084,00 e o restante, de R\$ 32.422.630,00, atinente a 2ª etapa. Aquele objeto de glosa, representa quantia gerada na segunda etapa.

6.5.- Da análise das várias decisões já proferidas em esfera administrativa, identifica-se, na sua maioria, a indicação fiscal de que se a empresa C for do mesmo grupo que a empresa A, não é admissível que C contabilize o ágio, por ser 'ágio interno'. Em decorrência, a amortização feita por B após a incorporação de C deveria ser glosada.

6.5.1.- Ocorre que, mesmo em casos de operações dentro do grupo, para fins fiscais, surge o ágio e ele pode ser amortizado pela empresa (no caso, a WEL). Especialistas reconhecem expressamente o ganho tributário da operação e a tratam como caso de elisão (planejamento tributário).

6.6.- Assim não comportaria sucesso a tese da auditoria, relevando que na 2ª Etapa não existiu pagamento em dinheiro pelas ações, mas sim, a incorporação de ações, segundo a previsão legal do art. 252 da Lei n. 604/76.

6.6.1.- A autoridade fiscal apegou-se apenas na análise do plano contábil, ignorando aquele de aspecto fiscal-tributário. Ou seja, ratificando as razões da contribuinte, tem-se o entendimento de que para fins fiscais, o ágio decorrente de operações com empresas do mesmo grupo (dito ágio interno), não difere em nada daquele que surge em operações entre empresas sem vínculo.

6.6.2.- De fato, apesar da fiscalização pretender alegar a inexistência de fundamento econômico, ela o faz se referindo a ausência de pagamento por terceiros, já que a aquisição foi por meio de aceitação das ações/quotas da investida como integralização de capital entre empresas do mesmo grupo. Assim, o Fisco dúvida do fundamento econômico, por confundi-lo com pagamento de terceiro estranho ao grupo, e não faz qualquer esforço para infirmar o laudo que é o instrumento legal que o garante nos termos exigidos pela legislação fiscal.

6.7.- No caso em concreto, a operação que redundou no aproveitamento do ágio interno fazia parte de uma reorganização societária e, por isso, não seria artificial. Mas, mesmo que tivesse sido especificamente intencional, estaria no campo do planejamento tributário (elisão) e não da evasão ou erro.

6.7.1.- A entrega de ações na situação analisada representa, sim, um sacrifício patrimonial, muito embora diferente daquele a que estamos mais habituados, pela entrega de numerário.

6.7.2.- Assim, deve-se concluir que o instituto da incorporação de ações, no caso concreto, foi utilizado de acordo com a lei que o instituiu, e que o registro contábil, pela WEL, do ágio no investimento na TRAF, seguiu também os preceitos legais.

6.7.3.- Decisões do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais já se pronunciaram sobre o tema, conforme Acórdãos 1101-00708, 1101.00.709, 1101.00710 e 1301-00.999, ementa reproduzida às fls. 921.

6.7.4.- Conforme posicionamento validado pelo CARF, Acórdão 1101-00708:

“As manifestações contrárias ao ágio interno que as autoridades emitem se referem apenas ao aspecto contábil e não ao legal-tributário: reconhecem o ganho da operação, mas não admitem que a contabilidade retrate o ágio nascido de operações entre empresas do grupo, pois, não se trataria de uma nova riqueza, fls. 923.”

6.7.5.- Recente decisão do CARF, Acórdão 1301.001.853 admitiu a “subscrição de capital com papéis”, um dos argumentos utilizado para fundamentar a glosa objeto destes autos, ementa reproduzida às fls. 931/932.

6.7.5.1.- No caso presente as partes se valeram do instituto de incorporação de ações, artigo 252 da Lei n. 604/76.

6.8.- Em síntese, a seu entendimento, fls. 939:

“Estando presente o propósito comercial da operação cumulativamente com o mero trânsito de ágio criado a partir de transações essencialmente mantidas como terceiros estranhos a grupo econômico, não há de prevalecer a glosa.”

7.- Por fim requer o afastamento da taxa SELIC sobre a penalidade à alegação de que: “Penalidades como multa de ofício e taxa de juros Selic, embora previstas em lei, **não estão autorizadas para incidir uma sobre a outra**”.

É o relatório.

Em seguida, o Voto da decisão de piso, por meio do Acórdão nº 12-105.231, proferido pela 2ª Turma da DRJ/RJO, em sessão de 31 de janeiro de 2019:

Voto

7.- *A impugnação é tempestiva e atende as demais condições de sua admissibilidade. Dela, portanto, conheço.*

8.- *Como reportado no relatório que capeia este voto, inciso 4.1, ante a desistência do sujeito passivo de impugnar o ágio da NANTONG, atenho-me exclusivamente ao ágio da TRAFÓ, que remanesce nestes autos.*

8.1.- *A questão já foi objeto de análise e decisão desta DRJ através do Acórdão n. 12-86.370 - 12ª Turma da DRJ/RJO, de 29 de março de 2017, ratificadas pelo Acórdão n. 12.104.559 desta 2ª Turma DRJ/RJO, de 28 de dezembro de 2018. Nesse sentido, lhes transcrevo as razões do decidir, as quais ratifico nestes autos:*

“A autuação, referente ao dito “ágio trafo”, corresponde a cada valor lançado de R\$1.621.131,50 de IRPJ entre 31/03/11 até 31/12/11, fl. 3035. O fundamento do lançamento repousa na amortização no período citado de despesas do ágio, que teve origem na composição de dois eventos: (1) a aquisição da TRAFÓ pela WEL, ocorrida entre 03/07 e 07/09; (2) aquisição das demais ações da TRAFÓ pela WEG S/A (holding do Grupo WEG), por meio de uma incorporação de ações, sendo que em seguida a WEG transferiu o investimento (juntamente com o ágio gerado na incorporação das ações) para a WEL, através de uma subscrição de ações (v. fls. 3078 e ss). Apenas a amortização do ágio gerado nessa segunda etapa fora objeto de autuação.

Segundo o Relatório Fiscal, ao final de 2009, a WEL (WEG Equipamentos Elétricos SA) detinha 68,69% da TRAFÓ (v. fl. 3079), sendo o restante das ações dividido entre acionistas minoritários, pessoas físicas e jurídicas. Ainda ao final de 2009 (28/12/09), a WEG S/A (Holding do Grupo WEG) adquiriu, com ágio, o restante das ações detidas pelos minoritários. O resultado de tais operações mostra a WEG com controle da WEL; WEL e WEG com controle da TRAFÓ. Ocorre que, ainda em 28/12/09, a WEG mediante subscrição de capital transferiu sua participação (30%) na TRAFÓ para a WEL. Restando então a WEL com 100% do controle da TRAFÓ, e a WEG com controle (99,95%) da WEL (v. fl. 3080). Em 30/12/09, a WEL incorporou a TRAFÓ, passando a amortizar todo o ágio gerado. Aqui se discute, portanto, o ágio gerado na transação entre WEG e TRAFÓ, mas transferido a WEL mediante subscrição de capital.

No que pese eventuais discrepâncias, a jurisprudência administrativa e também a doutrina especializada têm se alinhado no sentido de entender que não encontra suporte na legislação tributária que rege a matéria a dedutibilidade da amortização de ágio, para fins de apuração do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL, quando se trata de ágio interno, ágio transferido com utilização de empresa veículo ou na ausência de propósito negocial. Acentuou a Fiscalização que o caso subsume-se ou na hipótese de transferência de ágio ou ainda na hipótese de ágio intragrupo (se admitido que o ágio fora gerado na subscrição de capital).

A Impugnante entende que o caso se insere na hipótese de planejamento tributário. É fato que, ao invés de a WEL (que já detinha cerca de 70%) adquirir diretamente as ações (cerca de 30%) dos acionistas minoritários da TRAFIO, desdobrou a operação em duas fases: Primeiro a WEL as adquiriu, e após (no mesmo dia!) a WEL as adquiriu da WEL. A Impugnante argumenta ter havido elisão decorrente de planejamento tributário, mas nunca evasão.

No entanto, ao que tudo indica o Grupo objetivou apenas buscar o benefício fiscal previsto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, não havendo propósito propriamente negocial na via desdobrada.

Douglas Yamashita (in Planejamento Tributário à Luz da Jurisprudência, Lex Editora, 2007, p. 71 e ss), ao analisar a distinção entre elisão e evasão de tributos, registra que conhecer a amplitude da liberdade de o cidadão-contribuinte economizar tributos, face à disciplina do ordenamento jurídico, expressa que:

[...] a doutrina do “propósito negocial” (business purpose) adapta-se no Brasil apenas como excludente de ilicitude “exercício regular de um direito reconhecido”, constante do art. 188 do CC/2002. Esse propósito negocial, apto a excluir a ilicitude do abuso do direito ou do fraude à lei, seria, contudo apenas aquele inerente ao negócio praticado. Propósitos extrínsecos ao negócio não são propósitos do negócio, mas estranhos a este. Seriam, por exemplo, propósitos intrínsecos aos negócios de reorganizações societárias a racionalização de processos de industrialização, a economia de escala, um aumento na participação de mercado, uma “joint venture” de uma indústria com seu maior distribuidor, a transferência de tecnologia, a recuperação de empresas etc. Já a economia tributária isoladamente é exemplo de propósito extrínseco, ou seja, estranho ao negócio de reorganização societária.(gn)

Em outra publicação, Miquelam Chaves Cavalcante, Procurador da Fazenda Nacional (in O Propósito Negocial e o Planejamento Tributário no Ordenamento Jurídico Brasileiro, Revista da PGFN), assim descreve sua interpretação sobre o tema (fl. 152 e ss):

[...] O indício da ausência de propósito negocial repousa na inexistência de tempo hábil para que decisões tomadas em um primeiro momento, em uma primeira rodada de operações, surtam efeito. Assim, passa-se uma segunda rodada de operações sem qualquer decurso de prazo, denunciando a mera formalidade das decisões.

Outro elemento que se sobressai na consideração dos julgadores administrativos refere-se à interdependência entre as partes envolvidas, ou seja, as operações ocorrem entre sociedades coligadas.

Nestes casos, o indício baseia-se na ausência de efeitos econômicos perante terceiros, ficando as operações limitadas a um mesmo grupo econômico. (gn)

[...] Há ainda outro elemento que gera desconfiança dentre os julgadores. Trata-se de operações anormais, ou seja, que destoam da rotina empresarial da sociedade. Aqui, há uma maior probabilidade de que os motivos da transação sejam exclusivamente tributários. (gn)

Ao analisar as normas autorizadoras do reconhecimento do propósito negocial, o autor registra a necessidade de existência de conformação entre a realidade

fática das relações comerciais e a formalidade legal, para que possa ocorrer o reconhecimento da validade jurídica do planejamento tributário. Registra que, no âmbito constitucional, pode-se vislumbrar a exigência do propósito negocial como condicionante das transações comerciais em princípios como a função social da propriedade, a isonomia e, principalmente, na interpretação constitucional dada a institutos de direito privado, como por exemplo os arts. 421 e 422 do CC/2002, expondo que:

O artigo 421 condiciona a liberdade contratual à função social do contrato, enquanto o artigo 422 elege a probidade e a boa-fé como princípios a serem seguidos pelos contratantes em geral. Cremos não haver dúvidas de que essas regras se aplicam, por exemplo, aos contratos ou estatutos sociais de sociedade empresárias.

Assim, contratos ou estatutos sociais de "empresas veículo", criadas com o exclusivo propósito de propiciar economia tributária mediante sucessivas operações societária, podem ser impugnados e as operações correlatas desconsideradas em razão do descumprimento da função social, da probidade e da boa-fé.

É de se notar, neste caso, que a probidade e a boa-fé não de ser consideradas não entre as partes da operação, via de regra coligadas e em conluio, mas sim perante a coletividade, tolhida de recursos tributários ordinariamente devidos. (gn)

O autor argumenta que a previsão do artigo 884 do Código Civil igualmente autoriza o reconhecimento da exigência do propósito negocial em nosso Direito, ao repudiar o enriquecimento sem causa. Assim, operações pautadas no único propósito de "economizar tributos" fogem da normalidade empresarial do objeto social e, portanto, carecem de causa jurídica. Ora, sob o ponto de vista contábil, sendo a redução da carga fiscal um ganho, a economia tributária auferida em operações que não apresentem fatores extratributários, constitui enriquecimento sem causa.

Seguindo o autor citado, destaca-se que a ausência de propósito negocial em operações que conduzem a uma economia tributária é aferida por indícios, entre os quais, operações societárias realizadas sucessivamente em lapso temporal exíguo, transações entre pessoas jurídicas com controle comum e operações que escapam da normalidade da prática comercial. Observe-se que, em relação ao "tempo hábil" referido pelo autor, no caso presente é nulo, pois as duas fases antes citadas ocorreram no mesmo dia. E, destas fases para a incorporação da TRAFIO pela WEL decorreram apenas o tempo de dois dias.

Não há nos autos elementos que demonstrem a existência de propósito intrínseco, muito menos de sua efetivação, na escolha de uma via indireta, restou, sim, demonstrada a economia tributária, que é propósito extrínseco do caminho escolhido pelo Grupo Econômico, único fim aparente no conjunto de operações.

A base de cálculo do IRPJ, o lucro real, é o lucro líquido do período de apuração ajustado por adições, exclusões ou compensações autorizadas pela legislação tributária, conforme consignado no art. 247 do RIR de 1999:

“Art. 247. Lucro real é o lucro líquido do período de apuração ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas por este Decreto (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º).

§ 1º. A determinação do lucro real será precedida da apuração do lucro líquido de cada período de apuração com observância das disposições das leis comerciais (Lei nº 8.981, de 1995, art. 37, § 1º)(gn).

(...)”

Por outro lado, a Lei nº 6.404, de 1976, ao determinar de que maneira a Empresa manterá sua escrituração, emprega expressões como “princípios de contabilidade geralmente aceitos”, “critérios contábeis”, “mutações patrimoniais”, “regime de competência”, cuja compreensão é extraída da ciência contábil, consoante se depreende da leitura de seu art. 177, cuja redação, vigente à época da formação do ágio em questão, era a seguinte:

“Art. 177. A escrituração da companhia será mantida em registros permanentes, com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta Lei e aos princípios de contabilidade geralmente aceitos, devendo observar métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais segundo o regime de competência.

(...)”

§ 2º. A companhia observará em registros auxiliares, sem modificação da escrituração mercantil e das demonstrações reguladas nesta Lei, as disposições da lei tributária, ou de legislação especial sobre a atividade que constitui seu objeto, que prescrevam métodos ou critérios contábeis diferentes ou determinem a elaboração de outras demonstrações financeiras. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º. As demonstrações financeiras das companhias abertas observarão, ainda, as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, e serão obrigatoriamente auditadas por auditores independentes registrados na mesma comissão. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º. As demonstrações financeiras serão assinadas pelos administradores e por contabilistas legalmente habilitados”. (gn)

Por sua vez, o Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, dispôs em seu art. 7º que o lucro real será determinado com base na escrituração, com observância das leis comerciais e fiscais:

“Art. 7º. O lucro real será determinado com base na escrituração que o contribuinte deve manter, com observância das leis comerciais e fiscais.” (gn)

Portanto, se a ciência contábil não aceita determinado registro contábil, esse, em princípio, também será rejeitado pela lei comercial e pela lei tributária, na medida que ele trará reflexos na apuração do lucro líquido da pessoa jurídica.

Antonio L. Martinez em seu ensaio sobre o tema Direito Contábil e a Juridicização da Linguagem Contábil no Direito Tributário (in Revista Pensar Contábil, Conselho Regional de Contabilidade do Estado do Rio de Janeiro, vol. XII, nº 49, Set/Dez. 2010), assim se expressa sobre esse tema:

2.2 Contabilidade no Sistema Jurídico Tributário

A linguagem contábil é de extrema relevância para maioria dos tributos previstos no sistema tributário nacional, em que há várias referências diretas e indiretas a expressões contábeis. Nas normas jurídico tributárias de conduta, sejam estas impositivas (primárias) ou sancionantes (secundárias), é frequente a referência à linguagem contábil. Nas normas jurídicas impositivas, em sua estrutura lógica, não poucas vezes, seja na hipótese ou no consequente, encontram-se conceitos de natureza contábil. [...]

3. A linguagem contábil no fenômeno de incidência tributária

Quando da análise da regra-matriz de incidência de alguns tributos, percebe-se que a linguagem contábil é por diversas vezes empregada na construção do sentido das normas. Tal linguagem é indispensável para a descrição abstrata da hipótese de incidência tributária. A técnica contábil é utilizada como meio para mensurar os fenômenos patrimoniais, sendo útil para configurar os aspectos quantitativos da incidência tributária.

A linguagem contábil pode ser identificada na estrutura lógica da regra- de incidência em alguns tributos. A influência da linguagem contábil juridicizada é marcante, não podendo ser desprezada pelos que militam na área tributária, sob o risco de não se identificarem normas jurídicas eficazes.

[...]

Na hipótese normativa, a linguagem contábil está primordialmente presente no critério material, servindo para a identificação do fundamento de incidência. Nesse critério, a linguagem contábil é, por várias vezes, usada para descrever abstratamente a hipótese normativa. (gn)

Vê-se que o Direito não se vale da Ciência Contábil apenas para dela emprestar conceitos que serão transformados em normas jurídicas, pois o direito positivo determina, também, que a ciência contábil seja elemento a ser considerado na interpretação de normas comerciais e tributárias. Daí porque o reconhecimento do ágio para fins tributários e societários passa, obrigatoriamente, pela investigação e aplicação dos conceitos e princípios da ciência contábil.

Desta maneira, quando a Autoridade fiscal desconsidera a amortização do ágio constituído, está aplicando o direito positivo ao verificar, inicialmente, se a apuração do lucro líquido foi efetuada de acordo com as regras do direito que determinam a aplicação dos instrumentos e princípios da ciência contábil e, depois, se o procedimento extracontábil de apuração do lucro real foi efetuado de acordo com os preceitos da legislação tributária.

A legislação específica sobre a matéria dispõe, nos arts. 385 e 391 do RIR/99, que na avaliação de investimento pelo patrimônio líquido, o custo de aquisição da participação em sociedade coligada ou controlada deve ser desdobrado em valor do patrimônio líquido correspondente à participação societária adquirida e em ágio ou deságio porventura observado, sendo as contrapartidas da amortização desse ágio ou deságio não computadas na determinação do lucro real:

“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.

(...)

§ 2º. O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):

(...)

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

(...)

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

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

O citado artigo 426 do RIR (Decreto nº. 3000/99) trata da exceção prevista no art. 391, nos seguintes termos:

“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 nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 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.”

Há outra exceção, introduzida pela Lei nº 9.532/97, pois, na hipótese de a pessoa jurídica absorver o patrimônio de outra sociedade, em virtude de

incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, dispõe o art. 386, III, do RIR de 1999, que poderá ser amortizado o ágio, com fundamento no valor de rentabilidade futura, inclusive no caso de a empresa incorporada for aquela que detinha a propriedade da participação societária (§ 6º, II):

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

[...]

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;

[...]

§ 6º. O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):

(...)

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

(...)”(gn)

Assim, como o art. 391 do RIR de 1999 não autoriza a dedução da amortização do ágio decorrente da aquisição de investimentos avaliados pelo patrimônio líquido, ressalvada a hipótese do disposto no seu art. 426 (alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo patrimônio líquido), a possibilidade de deduzir a amortização do ágio na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL restringe-se à hipótese prevista no art. 386, III, do RIR de 1999, qual seja, em que a pessoa jurídica absorve o patrimônio de outra em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, ou em que a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária, com fundamento em rentabilidade futura, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração.

Acrescente-se que na hipótese em que o fundamento do ágio for a rentabilidade futura da investida, está subentendido que no evento o investidor terá o retorno do capital aplicado na forma de lucros produzidos nas operações sociais da investida, enquanto a despesa de amortização do ágio representa sua alocação ao longo do período em que ele será recuperado, em obediência ao princípio da competência.

Já o reconhecimento de um ágio gerado dentro de um mesmo grupo econômico não encontra respaldo na lei e na contabilidade, ou seja, não é possível reconhecer uma mais-valia de um investimento quando originado de transação dos sócios com eles mesmos, sob controle comum, haja vista a ausência de

substância econômica na operação efetivada e de não resultar de um processo imparcial de valoração, num ambiente de livre mercado e de independência entre as duas partes.

Esse impedimento decorre, primeiramente, do estabelecido pelos art. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997 e alterações, que se destinam ao tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente de aquisição por uma pessoa jurídica, de participação societária no capital de outra, avaliada pelo método de equivalência patrimonial, nos casos reais de incorporação, como consequência do Princípio do Registro pelo Valor Original, consoante art. 7º da Resolução CFC nº 750/93, vigente à época dos fatos (alterada pela Resolução CFC nº 1.282/10):

SEÇÃO IV

O PRINCÍPIO DO REGISTRO PELO VALOR ORIGINAL

Art. 7º Os componentes do patrimônio devem ser registrados pelos valores originais das transações com o mundo exterior, expressos a valor presente na moeda do País, que serão mantidos na avaliação das variações patrimoniais posteriores, inclusive quando configurarem agregações ou decomposições no interior da ENTIDADE.

Parágrafo único. Do Princípio do REGISTRO PELO VALOR ORIGINAL resulta:

I – a avaliação dos componentes patrimoniais deve ser feita com base nos valores de entrada, considerando-se como tais os resultantes do consenso com os agentes externos ou da imposição destes;

II – uma vez integrado no patrimônio, o bem, direito ou obrigação não poderão ter alterados seus valores intrínsecos, admitindo-se, tão-somente, sua decomposição em elementos e/ou sua agregação, parcial ou integral, a outros elementos patrimoniais;

III – o valor original será mantido enquanto o componente permanecer como parte do patrimônio, inclusive quando da saída deste;

(...)(gn)

O Conselho Federal de Contabilidade editou, ainda, a Resolução CFC nº 1.110/2007 que, em seu item 120, assim determina:

O reconhecimento de ágio decorrente de rentabilidade futura gerado internamente (goodwill interno) é vedado pelas normas nacionais e internacionais. Assim, qualquer ágio dessa natureza anteriormente registrado precisa ser baixado. (gn)

O caso dos autos trata de amortização pela impugnante do ágio com fundamento em perspectiva de rentabilidade futura constituído sobre o seu próprio patrimônio líquido, mediante utilização de empresa veículo. De fato, a WEG fora utilizada apenas para permitir a geração e amortização do ágio ora discutido, vez que se a aquisição dos 30% das ações da TRAFÓ, que restavam fora do controle da WEL, que já detinha os outros 70%, fosse diretamente adquirida pela própria WEL, configuraria ágio constituído sobre o seu próprio

patrimônio sob pretexto de rentabilidade futura, de qualquer forma vedado pelos artigos 385 e 391 do RIR.

Ademais, a Comissão de Valores Mobiliários - CVM, autarquia federal responsável pela fiscalização e regulação do mercado de valores mobiliários, também condena o reconhecimento de ágio em operações realizadas dentro do mesmo grupo econômico. O Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, de 14 de fevereiro de 2007, em conformidade com outros atos anteriores, expressa esse entendimento:

“20.1.7 Ágio Gerado em Operações Internas

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

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

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

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

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

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

A CVM observa que a mera observância das formalidades previstas na lei societária não é condição suficiente para reconhecer o ágio surgido em uma determinada operação, sendo necessário observar, também, requisitos materiais, como existência de substância econômica, independência das partes,

pagamento e um efetivo ambiente concorrencial. Ressaltando-se que o pagamento fora efetuado pela WEG, não pela WEL, que pretende gozar o benefício.

No caso sub examen, se a WEL pretendia adquirir as ações da TRAFÓ, que estavam em poder dos minoritários (PJ e PF), para assim obter o controle integral da Companhia, o que veio afinal ocorrer, poderia ter feito de modo simples e direto, mas neste caso não haveria suporte legal para amortização do ágio por ventura existente. A possibilidade de amortização apareceu apenas com a interveniência desnecessária - exceto pelo benefício fiscal auferido - da WEG, empresa do grupo.

A norma citada da CVM não limita ou altera qualquer dispositivo legal apenas explicita um conceito contábil há muito consolidado que os supostos "planejamentos tributários" tentam distorcer. O Art. 7º da Lei nº 9.532/97 não sofreu, e nem poderia sofrer, qualquer restrição infralegal, pois sempre se destinou ao ágio "real".

Vale lembrar que o contribuinte tem o direito de estruturar o seu negócio de maneira que melhor lhe convém, com vistas à redução de custos e despesas, sem que isso implique em qualquer ilegalidade. Não se trata de condenar o lucro. Entretanto, o que não pode ser admitido é que atos e negócios praticados com aparência de legalidade sejam utilizados para disfarçar o real objetivo da operação, que no caso dos autos é reduzir o pagamento de tributos. A respeito do assunto, observa-se a seguir o entendimento de Marco Aurélio Greco (Planejamento Tributário, 2008, Dialética, p. 190 a 200):

“(...) a pergunta que se põe é: admitida a existência do direito de o contribuinte organizar a sua vida, este direito pode ser utilizado sem quaisquer restrições?

Ou seja, tal direito é ilimitado? Todo e qualquer “planejamento” é admissível? Minha resposta é negativa.

Ou seja, cumpre analisar o tema do planejamento tributário não apenas sob a ótica das formas jurídicas admissíveis, mas também sob o ângulo da sua utilização concreta, do seu funcionamento e dos resultados que geram à luz dos valores básicos de igualdade, solidariedade social e justiça.

Com o advento do Código Civil de 2002 a questão ficou solucionada, pois seu artigo 187 é expresso ao prever que o abuso de direito configura ato ilícito:

(...)

No Brasil, entendo que esta possibilidade de recusa de tutela ao ato abusivo (mesmo antes do Código Civil de 2002) encontra base no ordenamento positivo, por decorrer dos princípios consagrados na Constituição de 1988 e da natureza da figura. Porém, a atitude do Fisco no sentido de desqualificar e requalificar os negócios privados somente poderá ocorrer se puder demonstrar de forma inequívoca que o ato foi abusivo porque sua única ou principal finalidade foi conduzir a um menor pagamento de imposto.

Essa conclusão resulta da conjugação dos vários princípios acima expostos e de uma mudança de postura na concepção do fenômeno tributário que não deve mais ser visto como simples agressão ao patrimônio individual, mas como instrumento ligado ao princípio da solidariedade social.” (gn)

Assim, a conduta ilícita para o Direito Privado (Código Civil Brasileiro, lei nº 10.406/02, art. 187) será igualmente ilícita para o Direito Tributário, salvo expressa disposição da lei tributária em sentido contrário, e como o Direito Privado considera ilícitos a simulação (art. 167), o abuso do direito (artigos 50 e 187) ou a fraude à lei (art. 166, V), toda a conduta ilícita por simulação, abuso de direito ou fraude à lei será igualmente ilícita para o Direito Tributário.

A jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF é firme no sentido de rejeitar esse tipo de planejamento tributário:

“INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE “EMPRESA VEÍCULO”. Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade comercial ou societária, especialmente quando a incorporada teve o seu capital integralizado com o investimento originário de aquisição de participação societária da incorporadora (ágio) e, ato contínuo, o evento da incorporação ocorreu no dia seguinte. Nestes casos, resta caracterizada a utilização da incorporada como mera “empresa veículo” para transferência do ágio à incorporadora”. (Acórdão nº 103-23.290, Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, relator Aloysio José Percínio da Silva, sessão do dia 5 de dezembro de 2007)

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES. SIMULAÇÃO. A reorganização societária, para ser legítima, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal. A caracterização dos atos como simulados, e não reais, autoriza a glosa da amortização do ágio contabilizado.

MULTA QUALIFICADA. A simulação justifica a aplicação da multa qualificada.

(Acórdão nº 101-96.724, Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, relatora Sandra Maria Faroni, sessão do dia 28 de maio de 2008)”(gn)

Rejeita-se o planejamento tributário em sua forma artificiosa, quando visivelmente de cunho tributário, sem efeito econômico ou comercial, como é o caso dos autos, em clara distorção de um benefício fiscal.

A própria CVM reconheceu a amortização do ágio como um “benefício fiscal” ao regulamentar a aplicação das normas sobre reorganizações societárias aplicáveis às companhias abertas, nos casos de incorporações reversas, através da edição da Instrução CVM nº 319, de 03 de dezembro de 1999, com as alterações trazidas pela Instrução CVM nº 349, de 6 de março de 2001, dispondo:

DO TRATAMENTO CONTÁBIL DO ÁGIO E DO DESÁGIO

“Art. 6º O montante do ágio ou do deságio, conforme o caso, resultante da aquisição do controle da companhia aberta que vier a incorporar sua controladora será contabilizado, na incorporadora, da seguinte forma:

[...]

III - em conta específica do ativo diferido (ágio) ou em conta específica de resultado de exercício futuro (deságio) – quando o fundamento econômico tiver sido a expectativa de resultado futuro (Instrução CVM nº 247/96, art. 14, § 2º, alínea ‘a’).

§ 1º. O registro do ágio referido no inciso I deste artigo terá como contrapartida reserva especial de ágio na incorporação, constante do patrimônio líquido, devendo a companhia observar, relativamente aos registros referidos nos incisos II e III, o seguinte tratamento:

a) constituir provisão, na incorporada, no mínimo, no montante da diferença entre o valor do ágio e do benefício fiscal decorrente da sua amortização, que será apresentada como redução da conta em que o ágio foi registrado;

b) registrar o valor líquido (ágio menos provisão) em contrapartida da conta de reserva referida neste parágrafo;

c) reverter a provisão referida na letra ‘a’ acima para o resultado do período, proporcionalmente à amortização do ágio; e

d) apresentar, para fins de divulgação das demonstrações contábeis, o valor líquido referido na letra ‘a’ no ativo circulante e/ou realizável a longo prazo, conforme a expectativa da sua realização.

§ 2º. A reserva referida no parágrafo anterior somente poderá ser incorporada ao capital social, na medida da amortização do ágio que lhe deu origem, em proveito de todos os acionistas, excetuado o disposto no art. 7º desta Instrução.

§ 3º. Após a incorporação, o ágio ou o deságio continuará sendo amortizado observando-se, no que couber, as disposições das Instruções CVM nº 247, de 27 de março de 1996, e nº 285, de 31 de julho de 1998.”

A CVM determinou a constituição de provisão para perda na realização do ágio no montante mínimo da diferença entre o valor do ágio e da redução da carga tributária resultante da redução das bases de cálculos do IRPJ e CSLL decorrentes da sua amortização, que será apresentada como redutora da conta em que o ágio foi registrado. Determinou ainda que o valor líquido (ágio menos provisão) fosse registrado em contrapartida da conta de reserva especial de ágio na incorporação, constante do patrimônio líquido, e, ainda que a reversão da provisão fosse registrada para o resultado do período, proporcionalmente à amortização do ágio.

Todavia, para fins fiscais, a sociedade incorporadora poderá aproveitar integralmente o benefício fiscal gerado pela amortização do montante do ágio pago, uma vez que, nos termos do art. 386, III, do RIR de 1999, representa despesa dedutível, ao passo que a receita registrada em virtude da reversão da provisão será anulada mediante uma exclusão de igual monta na determinação da base de cálculo do IRPJ (LALUR).

É de se ressaltar, novamente, que a Instrução CVM nº 319/1999, alterada pela Instrução CVM nº 349/2001, em consonância com os princípios contábeis e com as leis comerciais, é dirigida para aquelas hipóteses em que o ágio formado decorreu de aquisição de participação societária de terceiros, numa

operação chancelada pelo mercado, uma vez que a autarquia, conforme anteriormente mencionado, não aceita o registro de ágio gerado intragrupo.

Embora na época da aquisição das ações da TRAFO em poder dos minoritários, a WEG, na qualidade de compradora, era totalmente independente TRAFO, esta possuía relação societária com o Grupo, pois a WEL já detinha 70% de suas ações. Assim, o ágio em discussão não é legítimo, pois gerado em operação com terceiro dependente. Ademais, aqui se discute a amortização do ágio efetuada pela WEL por ter incorporado a TRAFO, empresas interdependentes antes mesmo da geração do ágio.

Inicialmente, conforme já argumentado, deve prevalecer a regra geral de indedutibilidade do ágio, pois os dispositivos definidos nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 devem ser tratados como exceção à regra geral. Como já expresso e repetido, os arts. 385 e 391 do RIR de 1999 dispõem que as contrapartidas da amortização de eventual ágio não são computadas na determinação do lucro real. Na hipótese em que o fundamento do ágio for a rentabilidade futura da investida, subjaz no evento que o investidor terá o retorno do capital aplicado na forma de lucros produzidos nas operações sociais da investida e a despesa de amortização do ágio representa sua alocação ao longo do período em que ele será recuperado, em obediência ao princípio da competência.

No entanto, no caso de a pessoa jurídica absorver o patrimônio de outra sociedade, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, dispõe o art. 386, III, do RIR de 1999, que poderá ser amortizado o ágio com fundamento no valor de rentabilidade futura, inclusive na hipótese de a empresa incorporada for aquela que detinha a propriedade da participação societária (§ 6º, II).

A previsão legal visa compensar o mecanismo de neutralização previsto no artigo 391 (recuperação do capital investido mediante o seu cômputo no custo de aquisição do investimento), quando ocorre evento impeditivo desse mecanismo (extinção da investida ou da investidora). Contudo, é necessário sublinhar que se a participação societária tiver sido adquirida por uma pessoa jurídica que posteriormente transfira essa participação para outra pessoa jurídica, a esta última não se aplica a possibilidade de amortização fiscal prevista no artigo 386 do RIR/99. Pois, a Lei nº 9.532/97, matriz legal dos dispositivos do RIR, não teve como objetivo conceder duplo aproveitamento do ágio, mas permitir que o ágio seja recuperado naquelas situações em que se torna impossível sua recuperação na alienação do investimento, através do mecanismo ordinário previsto no artigo 391 do RIR/99, que determina o cômputo do ágio na avaliação do custo de aquisição para fins de apuração de ganho de capital.

Ademais, a CVM, em Nota Explicativa à Instrução CVM nº 349/2001, esclareceu que:

“A Instrução CVM nº 319/99, ao prever que a contrapartida do ágio pudesse ser registrada integralmente em conta de reserva especial (art. 6º, § 1º), acabou possibilitando, nos casos de ágio com fundamento econômico baseado em intangíveis ou em perspectiva de rentabilidade futura, o reconhecimento de um acréscimo patrimonial sem a efetiva substância econômica. A criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para a controlada, o ágio pago na sua aquisição, acabou

por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, consequentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original.” (gn)

No caso aqui examinado, em 28/12/09, a WEG S/A pagou para adquirir, com ágio, ações detidas pelos minoritários (cerca de 30%) da TRAFÓ. No mesmo dia, em 28/12/09, a WEG mediante subscrição de capital transferiu sua participação (30%) na TRAFÓ para a WEL. Dois dias depois, em 30/12/09, a WEL incorporou a TRAFÓ, passando a amortizar todo o ágio gerado.

O CARF, através do Acórdão nº 1101000.936, manifestou o mesmo entendimento, em situações análogas de transferência de ágio:

“TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO PARA EMPRESA VEÍCULO SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL.

Para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original.”(gn)

Conclui-se que restou demonstrada a utilização da empresa WEG como mera empresa veículo para criação e transferência de ágio para a WEL, com o fim de reduzir tributos devidos pela incorporadora WEL.

Portanto, com fulcro nas razões apontadas, mantém-se inteiramente as glosas efetuadas pela Autoridade Fiscal, e, consequentemente, o crédito já constituído, incluindo multa e juros, tanto em relação ao IRPJ, quanto para a CSLL.

9.- Por fim, quanto à incidência de encargos moratórios sobre penalidade de ofício equivoca-se a alegação impugnatória: penalidade de ofício integra o conceito de crédito tributário; trata-se de fato gerador de obrigação principal, a dizer do artigo 113, § 1º, do CTN:

“Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.”

19.1.- O mesmo CTN em seu artigo 161 dispõe:

“Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.”

19.2.- Fácil concluir que a penalidade de ofício não paga quando no seu vencimento sofre a incidência dos encargos moratórios – justa compensação ao credor pelo atraso do devedor.

20.- No rastro dessas considerações, nego provimento à impugnação.

ROBERTO WILLIAM GONÇALVES

Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil

- Relator - Assinado digitalmente

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

O recurso voluntário, em sua extensa maioria, repete os argumentos trazidos na Impugnação. Eis as alegações, que podem ser assim resumidas:

Do item II – Dos Fatos, do Mérito da Exigência Fiscal.

Do item III – Da alegada Amortização Indevida de Ágio Decorrente da Aquisição da Empresa TRAFÓ Equipamentos Elétricos S/A.

Do Item IV – histórico da Operação

Nestes itens, as alegações e descrição dos fatos compreendidas nos parágrafos de nº 04 a 29 repetem as trazidas na Impugnação.

Em seguida (a numeração é diferente, mas o texto é o mesmo):

30. Analisando o acórdão ora recorrido, é possível identificar que o fundamento da Turma Julgadora para manutenção do ato fiscal se baseia resumidamente na desnecessidade operacional da segunda etapa citada, fato este que comprovaria a WEG apenas como “empresa veículo” para o ágio gerado.
31. Ainda para justificar mencionada glosa, arguiu a autoridade fiscal, entendimento este pactuado pela DRJ, que o ágio em referência não decorre de processo de aquisição da WEL, mas sim da WEG e que este ágio foi transferido à WEL quando da subscrição de capital efetivado pela WEG com os papéis da TRAFÓ. Em outras palavras, quis mencionar que quem pagou pelo ágio foi a WEG e que dessa forma, então, ele não poderia ser usufruído pela WEL.
32. Contudo, *data vênia máxima*, referida posição fiscal e mantida pela DRJ não merece prosperar, pois, conforme amplamente demonstrado em sede de impugnação administrativa, a Recorrente faz parte de um conglomerado de empresas, onde, por motivos empresariais dos mais variáveis e justificáveis, a exemplo do instável e desafiador cenário econômico brasileiro, podem naturalmente haver reestruturações, as quais, de modo algum consistem em operações ilegais ou que visem exclusivamente a redução tributária, pelo contrário, visam, em suma, reorganizações previstas em lei e por meio das quais se preserva a geração de empregos e o negócio como um todo

No item IV.III – Da Validação pelo CARF da reestruturação societária realizada pelo Grupo Econômico, a Recorrente descreve em extenso arrazoado uma situação

semelhante que ocorreu no Grupo e que teria tido validade em julgado do CARF, em outro processo, em outra empresa - RF Reflorestadora-, também do Grupo.

No item **IV.IV – Do cumprimento dos requisitos legais na dedutibilidade do ágio e das decisões reiteradas do CARF**, a Recorrente traz excertos de julgados do CARF e os comenta à semelhança do trazido na Impugnação, acrescentado apenas e logo após transcrever o art.385 do RIR/99 (a numeração, no caso, do texto, inicia-se com o nº 180):

63. Conforme se vê, o art. 385 do RIR/99, acima transcrito, define o que é ágio, regra o seu registro e é dele que se infere os respectivos pressupostos. Como se lê, o ágio é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor patrimonial das ações adquiridas. Além disso, conforme a legislação tributária, para fins fiscais, o ágio surge na aquisição de quotas/ações por valor maior que o patrimonial.

64. Contudo, equivocadamente este não foi entendimento o da DRJ, que entendeu como necessária a operação societária se dar com terceiros. Veja-se o disposto no acórdão recorrido⁵:

Já o reconhecimento de um ágio gerado dentro de um mesmo grupo econômico não encontra respaldo na lei e na contabilidade, ou seja, não é possível reconhecer uma mais-valia de um investimento quando originado de transação dos sócios com eles mesmos, sob controle comum, haja vista a ausência de substância econômica na operação efetivada e de não resultar de um processo imparcial de valoração, num ambiente de livre mercado e de independência entre as duas partes.

65. Claro está que o entendimento proferido pela DRJ está a extrapolar a disposição contida na lei, a qual não há qualquer vedação em utilização de ágio em operações intragrupo.

E seguindo:

Nos parágrafos de nº 183 a 187 comenta decisão de julgado do CARF, que entende ser semelhante ao seu caso.

Nos parágrafos de nº 188 a 199, mera repetição de textos já trazidos na Impugnação, e eventuais diferenças, nada acrescentam ou modificam o texto básico.

Em seguida, comenta acerca de posição da DRJ:

82. Para finalizar esta questão atinente à suposta inexistência de propósito comercial apontada pela fiscalização, bem como de operação de transferência de ágio intragrupo, tem-se na página 23 do acórdão ora recorrido a DRJ fundamenta sua posição no raciocínio de que a conduta ilícita para o direito privado o também o é para o direito tributário. Assim dispôs o texto recorrido:

Assim, a conduta ilícita para o Direito Privado (Código Civil Brasileiro, lei nº 10.406/02, art. 187) será igualmente ilícita para o Direito Tributário, salvo expressa disposição da lei tributária em sentido contrário, e como o Direito Privado considera ilícitos a simulação (art. 167), o abuso do direito (artigos 50 e 187) ou a fraude à lei (art. 166, V), toda a conduta ilícita por simulação, abuso de direito ou fraude à lei será igualmente ilícita para o Direito Tributário.

83. Da leitura do trecho do acórdão acima citado, verifica-se que a DRJ para manutenção do lançamento tributário fundamenta sua posição de que os institutos cível e tributário devem igualar-se no conceito, de modo que a conduta praticada pela Recorrente teria supostamente cometido uma das três condutas ilícitas citadas.

84. Contudo, pergunta-se a Recorrente: Caso tivesse a Autoridade Fiscal identificado a ocorrência destas condutas ilícitas na operação em questão, não teria imputado multa qualificada de 150%?

No **item IV.V – Ágio como benefício fiscal – entendimento esposado pela Turma da DRJ/RJO**, faz considerações (itens 207 a 218) acerca de tal afirmação, onde conclui:

97. Ora, em que pese combatidos por meio de razões e provas já produzidas, evidente se torna que os fundamentos utilizados pela DRJ para manutenção do crédito tributário não estão previstos na legislação, e em vista da própria DRJ entender que o ágio se equipara a um benefício fiscal, a aplicação da norma instituidora do benefício deve se dar de forma literal e restritiva.

98. Observa-se que a DRJ se utilizou de artifícios jurídicos para fundamentar a pretensão exclusiva de manter o lançamento fiscal. Onde lhes era apropriado, aplicou-se uma interpretação que abraça seu interesse. Contudo, esta não pode ser a posição julgadora, e se assim for, que este Egrégio Conselho aplique o disposto na legislação, de modo a desqualificar ambos os fundamentos pela aplicação do art. 111 do CTN, utilizados pelo agente fiscal e pela DRJ, vindo a cancelar o lançamento fiscal em vista de ter a Recorrente cumprido integralmente com os requisitos para a dedutibilidade do ágio.

No **item IV.IV – Da Incorporação de ações (paradigma CARF)**, parágrafos 219 a 247 repisa colocações trazidas na Impugnação.

No **item IV.VII – Do Princípio da Livre Iniciativa**, parágrafos 248 a 258 repisa colocações trazidas na Impugnação.

Voto

Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano, Relator.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade do recurso voluntário apresentado, dele conheço.

Da análise

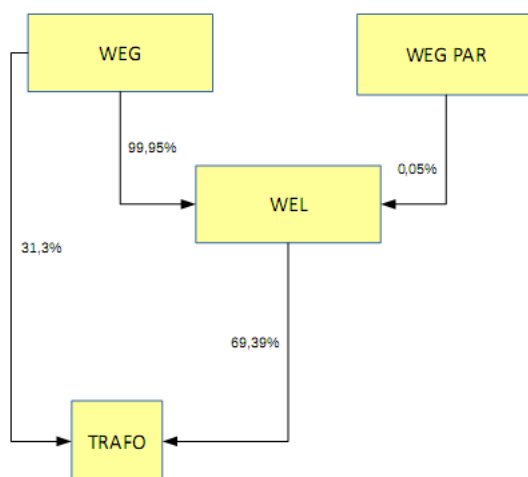
A questão a ser enfrentada é verificar se há embasamento legal para a Recorrente deduzir, na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, a amortização de ágio registrado em sua contabilidade, decorrente de operações que culminaram com a transferência à Fiscalizada, por meio de **incorporação**, de ativo que continha o registro de **ágio**.

Reitere-se que estamos aqui tratando, conforme destacado no Relatório Fiscal, do ágio gerado na **2ª etapa** (a 1ª etapa foi na aquisição do controle da TRAF0, com pagamento de ágio e amortização, não contestado pela Fiscalização).

O ponto central do debate desenvolvido ao longo dos presentes autos diz respeito à regularidade do procedimento adotado pela contribuinte autuada WEG Equipamentos Elétricos S/A (**WEL**) de promover o aproveitamento tributário, no ano-calendário de 2012, de despesas oriundas da amortização de ágio originalmente suportado pela **WEG S/A**, holding do Grupo Econômico da Recorrente. O aludido aproveitamento se deu por meio da dedução das referidas despesas nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL ou pela exclusão dos respectivos valores diretamente no LALUR da contribuinte.

A WEL (fiscalizada) já era detentora de 68,69% do capital da TRAF0 EQUIPAMENTOS ELÉTRICOS S/A (TRAF0) e a parcela restante estava em poder de acionistas minoritários (pessoas físicas e jurídicas), a qual foi adquirida, em 28/12/2009, pela WEG S/A (controladora da WEL) por meio de **incorporação de ações**, com formação de ágio.

De forma que a TRAF0 passou a ter dois acionistas:



Em 30/12/2009, dois dias após a aquisição promovida pela WEG S/A, esta empresa subscreveu capital em sua controlada WEL utilizando-se das ações adquiridas da TRAF0 (investimento e ágio) e, nesta mesma data, a WEL incorpora a TRAF0 e passa a amortizar o valor total do ágio, procedimento que levou a fiscalização à glosa de tais amortizações (despesas e/ou exclusões indevidas) por entender que tal operação não estaria ao

abrigo do art.386 do RIR/99, uma vez que quem suportou o pagamento do ágio fora a sua controladora, WEG S/A.

A Recorrente, como se denota, certa de ter reunido no mesmo patrimônio o investimento *adquirido* na TRAFO e o ágio associado à sua *aquisição*, iniciou o aproveitamento tributário de tal ágio considerando que a prática estaria amparada pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (arts. 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/1999).

A Fiscalização, ao examinar o procedimento realizado pela Recorrente, considerou que seu caso não se amoldava à hipótese legal que permitiria o aproveitamento tributário das despesas de amortização do ágio. Entre os argumentos apresentados pela autoridade tributária, estava o fato de que a absorção patrimonial requerida pela legislação deve envolver obrigatoriamente a empresa adquirida e sua real adquirente (que não era a Recorrente WEL). Assim, a Fiscalização promoveu a glosa das despesas por meio dos autos de infração que deram origem aos presentes autos.

Conforme destacou a fiscalização:

*Veja-se que a norma não deixa margem a dúvidas quando restringe a permissão de amortização à pessoa jurídica que “**absorver** patrimônio de outra, [...], **na qual** detenha participação societária adquirida com ágio”. Pergunta-se: a WEL, na incorporação do patrimônio da TRAFO, detinha participação nela adquirida com ágio? Sim, **mas apenas o ágio da 1ª etapa**. O ágio gerado na 2ª etapa não foi em processo de aquisição pela WEL, mas sim pela WEG! Este ágio foi transferido à WEL quando da subscrição de capital efetivado pela WEG, com os papéis da TRAFO adquiridos dois dias antes.*

Mesmo que se argumente que o ágio foi gerado, não na incorporação de ações pela WEG, mas no processo de subscrição de capital efetivado pela WEG na WEL, ainda sim se trataria de um ágio indedutível na WEL, uma vez que restaria caracterizado um ágio intragrupo, interno. Cumpre lembrar que WEG e WEL fazem parte do mesmo Grupo Econômico, sendo a WEG acionista majoritária da WEL.

Voltando um pouco no tempo, é notório que na aquisição do controle societário da TRAFO pela WEL houve geração de ágio **legítimo** (1ª etapa), assim como legítima foi a sua amortização deste ágio em função da incorporação já mencionada.

Verdade que ambas as empresas eram concorrentes entre si, gravitavam na mesma atividade econômica e perfeitamente compreensível a combinação de negócios então efetivada entre estas empresas. Nas palavras da RECORRENTE:

18. Em função das razões empresariais acima, aliada a conjuntura econômica da época, as companhias concluíram que a combinação dos negócios seria a forma mais adequada para:

- Convergir os recursos disponíveis;
- Alcançar melhores ganhos de sinergia;
- Simplificar o atual organograma;
- Reduzir custos financeiros, operacionais e administrativos, bem como;
- Tornar a WEG a única companhia do Grupo com ações negociadas em bolsa de valores, conferindo a elas maior liquidez.

19. Somado às razões empresariais expostas, as quais os administradores das companhias consideraram ser suficientes para justificar a combinação dos negócios, benefício de ordem tributária, por certo, também seriam alcançados com a combinação, pois, nenhuma vedação legal expressa existe no mundo jurídico que vede tal intenção empresarial.

No caso analisado nos presentes autos, é incontroverso que houve, de certa forma, desembolso de valores pela aquisição das ações dos acionistas minoritários da TRAFÓ pela WEG S/A e também não se discute que os valores desembolsados superaram o valor contábil das ações pactuadas e que foram pagos à parte não relacionada (comprador). A existência do ágio oriundo de tal operação não foi alvo de questionamento pela Fiscalização.

Veja-se que a aquisição das ações dos acionistas minoritários da TRAFÓ foi realizada pela WEG S/A, e não pela Recorrente WEL.

A WEG S/A era o possuidor dos recursos financeiros (ações) que foram entregues à TRAFÓ por ocasião da aquisição (no caso, incorporação de ações) das referidas ações dos minoritários. Mais do que isso, foi a WEG S/A quem formalmente figurou na operação como adquirente. Assim, não restam dúvidas a respeito de quem seria, no caso concreto, o **real** adquirente das participações societárias com ágio.

A transferência deste investimento (com ágio) para a WEL, em subscrição de capital, não significa assumir que a WEL passou a ser a adquirente daquele investimento e que daí poderia amortizar o ágio gerado, quando da incorporação da TRAFÓ.

Estas foram as razões principais para a glosa efetivada.

Entretanto, me parece que a Fiscalização se deteve apenas no efeito da operação, não se aprofundando nos, digamos, bastidores das operações, ou seja, cabia que perquirisse às empresas envolvidas, por exemplo, porque a WEL não fizera, ela própria, a aquisição das ações pertencentes aos minoritários, uma vez que já havia adquirido anteriormente o controle societário da TRAFÓ ou, ainda, se a controladora WEG S/A entrou no negócio e promoveu a incorporação destas ações (dos minoritários) da TRAFÓ e em seguida transferiu o investimento com o ágio para a WEL, quais seriam os motivos do ingresso da WEG S/A na transação.

A Recorrente, em sede de impugnação, ora repetida no recurso voluntário, alertava da necessidade demonstrada pelos acionistas minoritários da TRAFÓ em participar da WEG S/A e não da WEL:

Sumarizando, a reestruturação societária proposta pode ser apresentada em três fases:

Primeira - A WEG efetuou a aquisição das ações da TRAFÓ que não eram de sua propriedade (ambas S/A aberta em determinado momento), as quais correspondiam a 30,61% do capital social total.

A aquisição das ações foi efetuada a valor econômico gerando um novo ágio e assim se realizou, pois, (i) as duas companhias tiveram as ações avaliadas por empresas independentes; e (ii) os acionistas da TRAFÓ precisavam participar no Grupo WEG como um todo, por meio de ações da WEG (companhia aberta) e não de ações exclusivas da WEL, que representavam apenas uma parte do negócio e, logicamente, não se prestavam para a permuta de ações entre ambas as empresas.

Daí a necessidade da WEG S/A, controladora da Recorrente (WEL), em adquirir as ações dos minoritários da TRAFÓ e o fez por incorporação de ações, já que, pelo que se deduz dos autos, desejavam os acionistas minoritários participar do capital da WEG S/A.

Por meio do **Protocolo e Justificação de Incorporação de Ações da TRAFÓ Equipamentos Elétricos S/A pela WEG S/A**, documento integrante da Impugnação e que não obteve nenhum comentário da Fiscalização, temos:

[...]

A presente Incorporação de Ações é a primeira dessas etapas (“Primeira Etapa”), na qual ocorrerá a transferência para o patrimônio da WEG, mediante aumento de capital, de todas as ações de emissão da TRAFÓ, com exceção daquelas que já são de propriedade indireta da WEG – por meio da sua controlada WEL (vide item 1.3) -, resultando dessa forma na transformação da TRAFÓ em subsidiária integral da WEG nos termos do artigo 252 da LSA e conforme os critérios, termos e condições descritos no presente instrumento.

Após a Incorporação de Ações, o ato subsequente será a realização de um aumento de capital na WEL, no exato valor do incremento patrimonial ocorrido na WEG em decorrência da Primeira Etapa (vide item 3.14), o qual será subscrito pela WEG e integralizado com as ações de emissão da TRAFÓ, dos acionistas não controladores, incorporadas nos termos do presente instrumento, passando a TRAFÓ ter como única acionista a WEL, sendo esta a segunda etapa da Reestruturação (“Segunda Etapa”).

Por fim, como terceira e última etapa da Reestruturação (Terceira Etapa), a WEL incorporará a totalidade do acervo patrimonial da TRAFÓ, sucedendo em todos os direitos e obrigações da mesma, extinguindo-a e concretizando a combinação dos negócios.

[...]

(i) A WEL, companhia controlada pela WEG, é titular de 30.100.880 (trinta milhões, cem mil, oitocentas e oitenta) ações de emissão da TRAFÓ,

representativas de 98,40% do capital social votante e 69,39% do capital social total.

(ii) Assim, se a WEG, ao promover a incorporação da totalidade das ações de emissão da TRAFIO, abranger também as ações detidas pela WEL, se obrigará a entregar à sua controlada, ações de sua própria emissão, gerando participação recíproca.

(iii) Para evitar a citada geração de participação recíproca, cuja manutenção encontra impedimento legal (inteligência do artigo 244 da LSA), as ações de emissão da TRAFIO detidas pela WEL, controlada da WEG, não serão incorporadas, promovendo-se a incorporação das demais ações, detidas pelos acionistas não controladores.

(iv) Dessa forma, a TRAFIO passa a ser subsidiária integral, sendo as ações de sua emissão detidas em sua totalidade pela WEG, parte diretamente e parte através de sua controlada WEL.

Tanto o ágio da 1ª etapa quanto o ágio da 2ª etapa foram legítimos, baseados em laudos de avaliação também legítimos, sem contestação, de forma que toda a reorganização societária me soa também legítima, sem qualquer sombra de uma operação com fim único de economia de tributo, de forma que as operações se revelaram necessárias, e apesar de não ser a WEL a adquirente do investimento que gerou o ágio (2ª etapa), isto se deu mais em função da necessidade dos acionistas minoritários em participarem de sua controladora, algo que fugia ao domínio/controle da Recorrente.

Aliado, ainda, ao fato de ambas as empresas WEL e a TRAFIO, apresentarem os mesmos objetivos econômicos e, sendo a WEL então a detentora de 100% do capital da TRAFIO, nada mais adequado que a incorporação desta pela WEL.

O propósito comercial é inequívoco, revelando-se necessária a presença da controladora WEG S/A na aquisição das ações dos minoritários da TRAFIO, e não a WEL, que não iria satisfazer a pretensão destes acionistas.

Pensar de modo diverso seria impor que a amortização deste ágio (2ª etapa) só seria aceito se a WEL tivesse ela própria adquirido as ações dos minoritários da TRAFIO, o que não se pode concordar, pois com tal imposição, ao que me parece e do que consta nos autos, não seria possível alcançar os objetivos almejados.

A decisão de piso limitou-se a acatar uma outra decisão que tratou do mesmo tema, envolvendo o mesmo contribuinte, apenas de outro período de apuração, decisão esta que transcreve extensas citações doutrinárias, textos legais, Resolução de CVM, de CFC e Ofício Circular CVM, basicamente tratando de assuntos como **ágio interno**.

Talvez tenha assim procedido em função do afirmado no Relatório Fiscal:

Mesmo que se argumente que o ágio foi gerado, não na incorporação de ações pela WEG, mas no processo de subscrição de capital efetivado pela WEG na WEL, ainda sim se trataria de um ágio indedutível na WEL, uma vez que restaria caracterizado um ágio intragrupo, interno. Cumpre lembrar que WEG e WEL fazem parte do mesmo Grupo Econômico, sendo a WEG acionista majoritária da WEL.

Como demonstrado nos autos, o ágio gerado na 2ª etapa surgiu quando da incorporação, pela WEG S/A, das ações dos acionistas minoritários da TRAFO, sendo, absolutamente incorreto suscitar tal hipótese de ágio interno, fato que levou a decisão de primeira instância por caminhos equivocados, de maneira secundária, mas equivocados.

De se transcrever a **ementa** da decisão do voto condutor da DRJ, deste processo:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2013

ÁGIO INTERNO. PESSOA JURÍDICA “VEÍCULO”. TRANSAÇÃO ENTRE SÓCIOS.

O ágio interno, fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, em operação de aumento de capital da controladora em empresa veículo, em operação sem substância econômica, em ambiente de dependência entre as sociedades contratantes, não gera despesa dedutível para fins de IRPJ ou CSLL.

Bem, até o ano calendário está equivocado.

Esta ementa deveria espelhar o que foi o verdadeiro impedimento legal à pretensão da Recorrente e, com certeza, de ágio interno não se tratou, uma vez que o ágio originário na 2ª etapa surgiu em procedimento de incorporação de ações de terceiros, os acionistas minoritários, independentes.

Trago alguns excertos da decisão em que se apoiou o voto condutor da DRJ:

No caso sub examen, se a WEL pretendia adquirir as ações da TRAFO, que estavam em poder dos minoritários (PJ e PF), para assim obter o controle integral da Companhia, o que veio afinal ocorrer, poderia ter feito de modo simples e direto, mas neste caso não haveria suporte legal para amortização do ágio por ventura existente. A possibilidade de amortização apareceu apenas com a interveniência desnecessária - exceto pelo benefício fiscal auferido - da WEG, empresa do grupo.

Se a WEL adquirisse as ações dos acionistas minoritários da TRAFO e pagasse o mesmo ágio, não entendo porque não poderia se utilizar do aproveitamento deste ágio quando da incorporação então realizada, afinal adquiriu as ações de parte não relacionada. Ainda, registro também que não se pode concordar com a afirmação de que era *desnecessária a interveniência da WEG S/A*.

Ainda, naquela decisão afirmou-se:

Conclui-se que restou demonstrada a utilização da empresa WEG como mera empresa veículo para criação e transferência de ágio para a WEL, com o fim de reduzir tributos devidos pela incorporadora WEL.

Em determinadas situações, que não é o caso dos autos, uma vez que a WEG S/A não era uma empresa veículo, por vezes verificou-se necessário a utilização de empresa outra

que não a que adquiriu/forneceu recursos para a aquisição do investimento com ágio, em face de sua legítima criação e/ou utilização pois vinculada à **um legítimo propósito negocial**.

Finalizando, entendo ser possível o aproveitamento tributário do ágio discutido nos presentes autos, uma vez que legítimo, surgido em operação com parte independente, e sua transferência à Recorrente resultou de um também **legítimo propósito negocial**, de forma que as operações societárias efetivadas resultaram no cumprimento das condições impostas pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Demais questões demandadas no recurso voluntário contra posições assumidas pela decisão de piso, deixo de comentá-las, até porque as posições sustentadas não passam de digressões secundárias em relação ao verdadeiro litígio, sem qualquer possibilidade de repercussão no lançamento.

CONCLUSÃO

É como voto, dar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano