

ÁGIO INTERNO – O STJ COMEÇA A JULGAR O DIREITO À SUA DEDUÇÃO

Alvissareira a notícia de que a 1ª turma do STJ, por unanimidade, admitiu a dedutibilidade da amortização do chamado “ágio interno”, derivado de operações praticadas entre empresas coligadas, sem ter havido o ingresso de um novo sócio.

No REsp 2026473, j. em 18.3.24, o relator Min. Gurgel de Faria aproveitou a oportunidade para enfrentar temas sensíveis aos contribuintes e à própria Fazenda Nacional.

Dentre eles destacamos:

1. Delimitou com precisão os limites da simulação ou dissimulação que podem ser arguidos pelo fisco em operações “internas”, para tanto se valendo somente do CTN:

“O Código Tributário Nacional autoriza que a autoridade administrativa promova o lançamento de ofício quando "se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação" (art. 149, VII) e também contém norma geral antielisiva (art. 116, parágrafo único), a qual poderia, em última análise, até mesmo justificar a requalificação de negócios jurídicos ilícitos/dissimulados, embora prevaleça a orientação de que a "plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos" (STF, ADI 2446, rel. Min. Carmen Lúcia)”.

O julgador até aventou a hipótese de a Fazenda Nacional pretender requalificar os efeitos tributários dos atos jurídicos, com base na dissimulação, contudo, ponderou que a norma antielisiva do art. 116, par. único do CTN carece de regulamentação.

2. Em decorrência da colocação acima, foi preciso “descer um degrau” na hierarquia das leis e enfrentar a questão a nível de lei ordinária.

Ocorre que justamente aí carece a Fazenda Nacional de melhores argumentos:

“Não pode a Receita, alegando buscar extrair o ‘propósito comercial’ das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é

decorrente da relação entre ‘partes dependentes’ (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via ‘empresa-veículo’. Ou seja, não é dado presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações societárias são desprovidos de fundamento material/econômico.”

Os contribuintes costumam praticar atos jurídicos “à luz do Sol”, sem nuances frutos de fértil imaginação. Essa conduta traz como consequência a aplicação de multas ordinárias nesses eventos, por falta de dolo, dado que os atos são transparentes.

No ágio interno, por exemplo, na maioria dos casos as partes se comportam como se independentes fossem adquirindo participações com sobrepreço e suportadas por laudo, pagando-as e depois incorporando as empresas-veículo especialmente criadas para esse fim.

Por comodidade, os fiscais preferiram generalizar a acusação de simulação e pôr numa vala comum todo tipo de “ágio interno”, sem descerem a minúcias fáticas que poderiam caracterizar uma simulação.

E justamente por essa precipitação acabam por ignorar a própria legalidade, que é fundamento essencial da incidência tributária, e que foi “contornada” pela simples correlação entre ágio x partes dependentes e presunção de falta de propósito negocial.

3. Novamente não ficou insensível a esse ângulo da discussão o Min. Relator:

“Quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que, anteriormente, não havia vedação a ele.

Se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que o ágio entre partes dependentes ou com o emprego de “empresa-veículo” já seria, por si só, abusivo.”

4. Não aceitou o STJ a hipotética “retroatividade” da Lei nº 12.973/14, quando negou expressamente efeitos tributários ao ágio interno.

Esqueceram-se as autoridades fiscais de que amortização de ágio é parcela componente da base de cálculo do tributo, de modo que qualquer modificação sobre sua definição não pode retroagir a atos consumados sob a lei antiga, só podendo se aplicar aos fatos novos.

Para que essa lei nº 12.973 fosse interpretativa deveria expressamente dizê-lo, e ainda assim isso seria muito questionável, porque não havia dúvidas na Lei n. 9.532/1997, que exigisse uma interpretação “legal”. Tanto assim é que a Lei subsequente restringiu o alcance da dedução do ágio para relações interdependentes, situação não prevista na lei nº 9.532, nem mesmo por “intuição”.

Doravante a falta de propósito negocial como único fundamento será plenamente contestável pelos contribuintes que vierem a sofrer injunções fiscais.

Acompanhemos a evolução da discussão nos tribunais superiores, em busca de uma uniformização da jurisprudência.

Plínio José Marafon