

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO NO ÂMBITO DA FUSÃO,
INCORPORAÇÃO E CISÃO DE EMPRESAS: ESTUDO DE CASOS**

RODRIGO JESUS NEVES DE PAIVA NAVARRO

Rio de Janeiro

2020

RODRIGO JESUS NEVES DE PAIVA NAVARRO

**PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO NO ÂMBITO DA FUSÃO, INCORPORAÇÃO E
CISÃO DE EMPRESAS: ESTUDO DE CASOS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Bruno Maurício Macedo Curi**

Rio de Janeiro

2020

NAVARRO, Rodrigo Jesus Neves de Paiva

Planejamento tributário no âmbito de aquisição e incorporação de empresas: Um estudo de casos/ NAVARRO, Rodrigo Jesus – 2020
(60)

Projeto de Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade Nacional de Direito.

Bibliografia: f. 60

**PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO NO ÂMBITO DA FUSÃO, AQUISIÇÃO E
INCORPORAÇÃO DE EMPRESAS: ESTUDO DE CASOS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Bruno Maurício Macedo Curi

Data da aprovação: ___ / ___ / _____

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2020

Dedicatória

Primeiramente, agradeço à minha família pelo constante suporte fornecido e pelo exemplo de profissionalismo.

Ao meu pai, pelo seu exemplo de vida, sempre buscando oferecer o melhor de si a todos; conhecimento, por meio da sua incessante busca de aprimoramento pessoal e familiar.

À minha mãe, pelo infinito amor, dedicação e carinho que possuí para com os seus filhos, estando sempre presente e atenta aos menores problemas para que possa nos ajudar e impulsionar a sermos melhores hoje do que fomos ontem.

Ao meu irmão, pelas brincadeiras e conselhos, o qual, mediante as suas experiências, me alerta dos problemas vindouros e me guia para melhores caminhos.

Às minhas amigas, Isadora e Aline que, através desses cinco anos, me ajudaram e incentivaram para que eu seja uma pessoa e profissional melhor.

Aos meus amigos de vida, Detrano, Escalhão, Dalsenter e Crystal, agradeço incessantemente pelos nossos bons momentos, cheios de risadas e alegrias; pelas conversas que intrigam e animam a alma; pelo apoio em momentos onde tudo parecia escuro; e pela companhia nas aventuras que a vida nos faz percorrer.

Ao meu professor e orientador, Bruno Curi, por me inspirar nesse ramo intrigante que é o Direito Tributário.

Por fim, à Nacional por oferecer essa oportunidade que é cursar Direito em uma das melhores faculdades do país e do mundo. Muito mais do que o conhecimento, eu ganhei amigos e reforcei amizades que perdurarão para sempre em meu coração

RESUMO

O presente trabalho busca realizar uma análise dos princípios e conceitos que permeiam o planejamento tributário, bem como trazer à tona casos paradigmas em âmbito nacional, a partir de hipóteses em que tal planejamento foi considerado lícito pelos órgãos de controle, no âmbito da aquisição, incorporação e divisão de empresas.

Palavras-Chave: DIREITO TRIBUTÁRIO; PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO; ELISÃO FISCAL; ESTUDO DE CASOS

ABSTRACT

The present work seeks to carry out an analysis of the principles and concepts that permeate tax planning, as well as to bring up paradigms in national scope, based on hypotheses in which such planning was considered lawful by the control bodies, in the scope of the acquisition, incorporation and division of companies.

Key-words: TAX LAW; TAX PLANNING; FISCAL ELISION; CASE STUDY

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. DELIMITAÇÃO DO TEMA E JUSTIFICATIVA.....	11
3. REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA.....	15
3.1. CONCEITOS BÁSICOS.....	15
3.2. FUSÃO.....	15
3.3. INCORPORAÇÃO EMPRESARIAL.....	17
3.4. CISÃO.....	18
4. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO.....	19
4.1. CONCEITO.....	19
4.2. PRINCÍPIOS ENVOLVIDOS.....	20
4.2.1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	20
4.2.2. PRINCÍPIO DA ISONOMIA.....	23
4.2.3. PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA.....	23
4.2.4. PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA.....	26
4.3. ELISÃO VS EVASÃO.....	26
4.4. PATOLOGIAS DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO.....	29
4.4.1. FRAUDE À LEI.....	29
4.4.2. NEGÓCIO JURÍDICO INDIRETO VS SIMULAÇÃO.....	30
4.4.3. CASO KLABIN.....	32
4.5. ABUSO DE DIREITO VS ABUSO DE FORMA.....	37
4.6. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.....	39
5. DA NORMA ANTIELISIVA.....	40
6. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO EM REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA.....	41

6.1. ÁGIO.....	42
6.2. INCORPORAÇÃO DE AÇÕES.....	42
6.3. INCORPORAÇÃO ÀS AVESSAS.....	44
6.4. CASO FOCOM.....	45
6.5. CASO KIWI BOATS.....	47
6.6. CASO RBS.....	51
7. CONCLUSÃO.....	55
8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	56

1.INTRODUÇÃO

A atividade fiscal do Estado é voltada, segundo Ricardo Lobo Torres, para “a obtenção de receita para suprir as necessidades públicas, (...) visando à prestação de serviços públicos e à defesa dos direitos fundamentais”. Ela é aceita como uma faceta do Estado Moderno, este que, com o passar dos anos, sofreu inúmeras alterações de forma, a ponto de caracterizar o Estado Patrimonial, o Estado de Polícia, o Estado Fiscal ou o Estado Socialista.

O Estado Patrimonial, que aparece na Europa no século XVI, é formado pela necessidade de organização estatal para a realização das guerras, necessitando assim recorrer a inúmeros modos de recolhimento de verbas. O modo principal era o financiamento através das rendas patrimoniais do príncipe, causando confusão entre o patrimônio público e o privado.

Por sua vez, o Estado de Polícia possui um viés mais modernizador, porém autoritário e paternalista. Ao exercer a sua atividade principal, fortemente controla e reprime a cidadania. Nele se afirmava que somente o Estado, que estava acima da lei, poderia aplicar coerção e garantir ordem.

Com o passar dos anos surge um novo modelo de Estado: o Estado Fiscal. Este se caracteriza pela configuração do Estado de Direito, financiado por legítimas fontes de receita: os tributos e os empréstimos, todos autorizados e aprovados pelo Legislativo. Desta forma, o Estado deixa de ser dependente das verbas do príncipe e fica definitivamente estabelecida a separação entre as verbas públicas e privadas.

Por fim, com o advento da União Soviética, se altera a natureza do Estado, daí nascendo o Estado Social. Ele é marcado pela sua filosofia neopatrimonialista, possuindo como fonte de sustento os rendimentos das empresas estatais e os tributos, estes últimos em menor escala, demonstrando o papel reduzido da carga tributária sobre o indivíduo para a formação do orçamento público.

Atualmente vivemos em um período de transição do Estado Social e um retorno ao Estado Fiscal, renascendo de forma agressiva a importância do Tributo para o fomento da atividade econômico-financeira do Estado, concedendo grande força aos Fiscos.

Devido ao ressurgimento da importância fiscal o contribuinte necessitou de mecanismos lícitos para a proteção do seu patrimônio contra a tributação excessiva, razão pela qual o Planejamento Fiscal, internacional e doméstico, ganhou espaço de expansão, especialmente em um mundo cada vez mais globalizado.

No presente trabalho serão analisados, através de uma forma comparativa, dois tipos de planejamento tributário voltados para a compensação ou dedução de prejuízos e perdas através da reorganização tributária, ilustrados através dos Casos Klabin, Focom, Kiwi Boats e RBSS.

No entanto, para que seja possível realizar essa análise, conceitos fundamentais devem ser previamente definidos, para que assim não haja possibilidade de confusão entre denominações, em virtude das diversas vertentes doutrinárias existentes sobre o tópico.

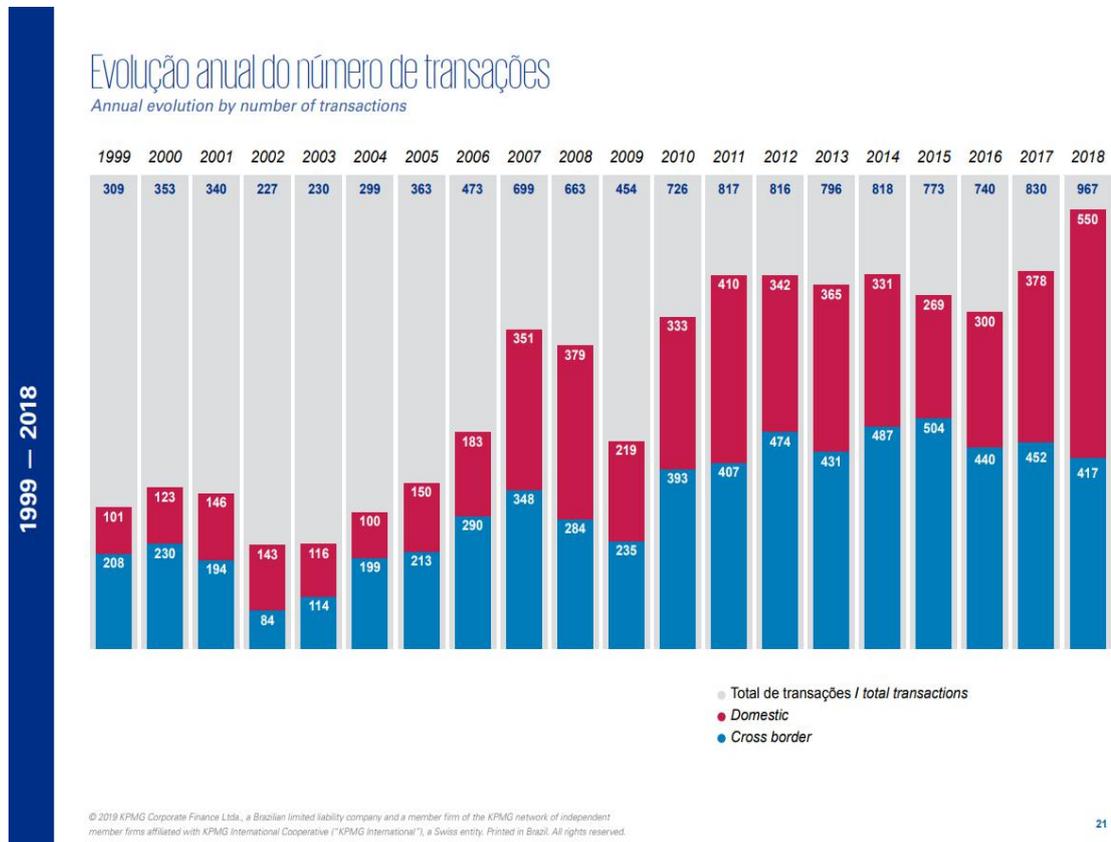
2.DELIMITAÇÃO DO TEMA E JUSTIFICATIVA

Com a aceleração do processo de globalização e a dinamicidade da economia moderna, e, por consequência, o incremento da pressão nas empresas em virtude do aumento da concorrência, muitas sociedades passaram a utilizar, como forma de se tornarem mais competitivas, as reorganizações societárias. Dentro desse cenário, pode-se visualizar sociedades cujos objetivos são a unificação das atividades produtivas em seu redor, ou, em outros casos, sociedades que somente almejam sobreviver à feroz economia e à competição de mercado, por meio das fusões ou incorporações.

No mais, a supramencionada reorganização pode ser vista como uma forma de dada empresa aderir às legislações nacionais, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses em que uma sociedade no modelo EPP alcança o limite do valor permitido para essa denominação, necessitando assim, transformar-se em novo tipo, podendo realizar uma fusão com empresa diversa a fim de criar nova sociedade ou dividir o seu capital social em outras empresas para manter o regime tributário favorecido.

Segundo o Estudo de Fusões e Aquisições realizado pela KPMG, somente no Brasil, no 1º semestre de 2019, foram realizadas 340 transações, o que demonstra um aumento

considerável se comparado com o ano anterior (2018), que totalizou 232 transações. Esse crescimento não foi inesperado, se observado o contexto histórico do aumento do número de fusões e aquisições no Brasil e no mundo, consoante o gráfico infra:



Fonte: <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/br/pdf/2019/10/br-fa-2tri.pdf>¹

Nota-se que cada vez mais essas operações estão em voga no mercado nacional e internacional e que a relevância do planejamento tributário por ocasião das reorganizações societárias aumenta a cada dia.

Outro ponto de observação necessário diz respeito à elevada carga tributária brasileira. De acordo com a pesquisa feita pelo IBGE, os tributos totalizaram mais de 33% do PIB nacional em 2019, o que demonstra que, no mínimo, 1/3 de todo o montante de recursos gerado em um ano advém dos tributos pagos pelos contribuintes.

¹KPMG. Fusões e Aquisições 2019- 2º trimestre, 2019, Disponível em: <<https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/br/pdf/2019/10/br-fa-2tri.pdf>> . Acesso em: 20 set. 2020

Tabela 1. Carga Tributária Bruta por esfera de governo - Brasil - Anual - 2018 e 2019

	R\$ Milhões		% PIB		Variação (R\$ Milhões)	Variação (p.p. PIB)
	2018	2019	2018	2019		
Governo Central	1.546.017	1.613.670	22,44%	22,24%	67.654	-0,20
Governos Estaduais	587.046	629.125	8,52%	8,67%	42.079	0,15
Governos Municipais	150.623	164.531	2,19%	2,27%	13.908	0,08
Governo Geral	2.283.685	2.407.326	33,15%	33,17%	123.641	0,02

Fonte: STN. Nota1: Informações metodológicas estão disponíveis a partir da página 4. Nota2: Dados preliminares.

Fonte: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::::9:P9_ID_PUBLICACAO:32076²

Ademais, o IBPT, Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário, divulgou estudo sobre os dias trabalhados para pagar tributos no ano de 2020³, chegando à conclusão que o brasileiro trabalhou até o dia 30 de maio, ou seja, 151 dias, somente para pagar tributos. Esta qualificação coloca a República Federativa do Brasil entre os dez países que mais demandam números de dias de trabalho para o cidadão arcar com o pagamento de seus tributos, em 2019, estando abaixo somente de países, na sua maioria, nórdicos, os quais são conhecidos por suas elevadas cargas tributárias em decorrência da alta qualidade dos serviços que oferecem à população.

Cabe assim questionar: “De que maneira é possível realizar reorganizações tributárias que beneficiem as sociedades participantes com o menor ônus tributário possível?”. A resposta surge através de um conceito extremamente debatido no mercado nacional e internacional: o Planejamento Tributário. É por ele que fusões, incorporações, cisões e transformações ocorrem na busca de formas societárias mais vantajosas ao aspecto da tributação ou até mesmo no intuito da redução dos custos de operacionalização das próprias reorganizações.

O tema é, portanto, atual e pertinente, em particular no cenário econômico brasileiro. No momento em que este trabalho é redigido a economia global encontra-se reduzida, em decorrência da pandemia provocada pelo vírus COVID-19, mas, ultrapassado este tenebroso panorama, a expectativa é a de que indústrias voltem a produzir a “todo vapor”, porém

²BRASIL. Tesouro Nacional. **Estimativa da Carga Tributária Bruta no Brasil - 2019**. Disponível em: <https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::::9:P9_ID_PUBLICACAO:32076>. Acesso 23 setembro, 2020

³IBPT. **Estudo sobre os dias trabalhados para pagar tributos**. Disponível em: <<https://ibpt.com.br/estudo-sobre-os-dias-trabalhados-para-pagar-tributos-2020/>>. Acesso: 25 de setembro 2020

endividadas por força de suas tentativas de sobrevivência durante o resfriamento econômico. Do mesmo modo, há possibilidade de que os governos federal e estaduais, no afã de recuperarem os cofres públicos, em conjunto com os respectivos Legislativos, lancem iniciativas voltadas ao aumento das cargas tributárias - e não para a redução dos custos - que, por sinal, já oneram excessivamente o contribuinte brasileiro, em prejuízo a curto e médio prazo dos negócios nacionais.

Em razão do exposto, e ainda na abordagem da atualidade, o estudo do planejamento tributário, que justamente possui o seu enfoque na redução do ônus tributário, tem grande potencial para receber o crescente interesse do empresariado nacional pelos próximos anos.

Por fim, em relação ao cenário político atual, cumpre destacar que o tema do planejamento tributário entrará igualmente em debate devido aos projetos de Reforma Tributária que tramitam no Congresso Nacional. Tal como a economia, a Reforma Tributária brasileira manteve-se inerte, inundada pelo “tsunami” de projetos e emendas voltadas ao combate do Coronavírus no âmbito nacional. Todavia, com o retorno das atividades parlamentares e o avançar da referida reforma, crescerá em importância a matéria, mesmo porque o empresariado nacional e os operadores contábeis-jurídicos buscarão rapidamente compreender as novas bases do sistema tributário brasileiro para que possam adaptar, à nova realidade, as engenharias fiscais que permitem a redução da carga tributária sobre os negócios, protegendo o contribuinte da incerta - mas com certeza elevada - tributação futura.

Desta forma, a presente Tese de Conclusão de Curso procederá, inicialmente, à análise dos princípios basilares da matéria, sejam eles tributários ou empresariais, antes de avançar para um estudo mais aprofundado das conceituações e de alguns tipos de reorganização societárias voltadas para a redução da oneração fiscal, o que será feito por meio de definições e casos concretos emblemáticos. O que se deseja é a compreensão do leitor quanto aos motivos pelos quais se realizam os planejamentos, quais os seus fundamentos, como podem ocorrer e de que forma reduzem a tributação.

3.REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA

3.1 Conceitos básicos

A reorganização societária ocorre por meio uma ou mais das seguintes operações: fusão; incorporação; cisão e transformação. Em virtude do escopo do trabalho pouco será mencionado sobre a operação de transformação, mantido o foco, assim, nas demais operações.

3.2 Fusão

Segundo Código Civil, diploma legal que se incumbe de fornecer o conceito para as sociedades *lato sensu*, em seu artigo 1.119, “a fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações”⁴

Por sua vez, na forma do artigo 228 da Lei 6.404/1976, que trata das Sociedades Anônimas: “a fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações, extinguindo-se as sociedades que se uniram”.⁵

Por mais que a diferença esteja somente na escolha das palavras e não no seu significado total, a doutrina no campo do direito tributário, nas obras de Gladston Mamede⁶, Arnaldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Ivo Waisberg⁷, vem aceitando mais facilmente a conceituação dada pela Lei da S.A que, desta forma, será a adotada no presente trabalho.

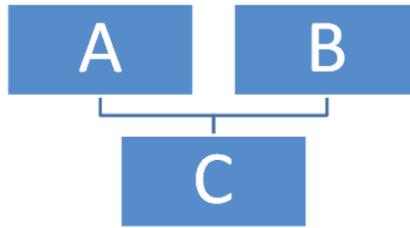
Para ilustração, vide diagrama representativo infra, onde “A” e “B” são sociedades que se uniram e “C” é o resultado da fusão das empresas “A” e “B”.

⁴BRASIL, Lei nº 10.406: promulgada em 10 de janeiro de 2002

⁵BRASIL, Lei nº 6404: promulgada em 15 de dezembro de 1976

⁶MAMEDE, Gladston. **Manual de direito empresarial**. 13ª. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 212

⁷WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WAISBERG, Ivo. **Fusões, Incorporações e Aquisições - Aspectos Societários, Contratuais e Regulatórios**. In: JR, Walfrido Jorge Warde (org.). **Fusão, Cisão, Incorporação e Temas Correlatos**. São Paulo: QuartierLatin, 2009. p. 32



Nota-se, então, que esta operação não acarreta a circulação de mercadorias ou transmissão de bens a sociedade diversa, não incidindo assim, no fato gerador de tributos como ICMS e ITBI. É clara a relevância deste modelo de reorganização societária para o planejamento tributário.⁸

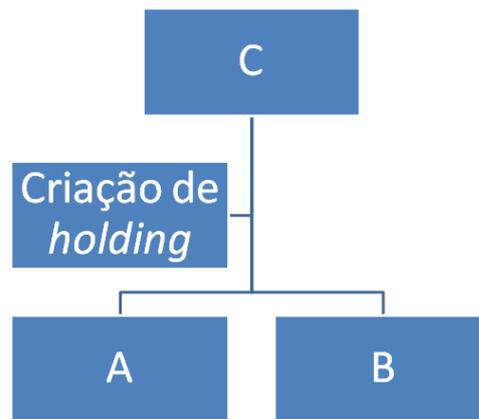
No entanto, esse tipo de fusão, também conhecido como fusão direta, enseja custos para a extinção das sociedades anteriores. Logo, a fim de se evitar tais encargos, surgiu a figura da fusão indireta. Tal modalidade da operação de fusão ocorre através da criação de uma *holding*, ou seja, de uma sociedade com personalidade jurídica com o propósito de deter a maioria ou a totalidade das ações das empresas que se submetem à fusão, podendo assim controlá-las⁹.

A consequência da implementação da fusão indireta é a manutenção das empresas atuais e, conseqüentemente, a não aplicação dos custos de extinção das sociedades, tornando-se este um dos modelos mais adotados para a realização do processo de fusão.¹⁰ Para ilustração, vide o esquema abaixo, onde “A” e “B” desejam realizar a fusão indireta, criando assim a *holding* “C”, que será a controladora de ambas.

⁸FABRETTI, Lúdio Camargo. **Fusões, Aquisições, Participações e Outros Instrumentos de Gestão de Negócios: Tratamento Jurídico, Tributário e Contábil**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 155

⁹Idem p. 179

¹⁰Ibidem. p. 156



3.3 Incorporação

Outra operação societária aplicada no campo do planejamento tributário é a incorporação empresarial. Esta modalidade está conceituada no artigo 227 da Lei das Sociedades Anônimas: “A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações”¹¹. Tal definição é a adotada por Gladston Mamede¹², Arnaldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Ivo Waisberg¹³

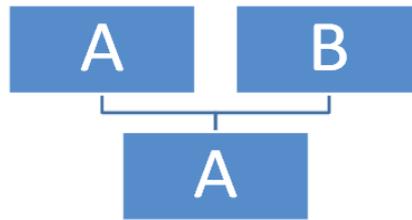
Por sua vez, Lúcia Helena Briski Young¹⁴ afirma que: “A operação de incorporação empresarial, também chamada de encampação ou absorção, é aquela em que uma empresa já existente absorve outra, visando aumentar seu patrimônio, a tecnologia, pessoal especializado, entre outras razões”. Abaixo, segue diagrama representativo da incorporação empresarial, tendo “A” incorporado “B”:

¹¹BRASIL, Lei nº 6404: promulgada em 15 de dezembro de 1976

¹²MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 209

¹³WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WAISBERG, Ivo. **Fusões, Incorporações e Aquisições - Aspectos Societários, Contratuais e Regulatórios**. In. JR, Walfrido Jorge Warde (org.). **Fusão, Cisão, Incorporação e Temas Correlatos**. São Paulo: QuartierLatin, 2009. p. 32

¹⁴YOUNG, Lúcia Helena Briski. **Planejamento tributário: Fusão, Cisão e Incorporação**, 8º ed, Curitiba; Juruá, 2014. p.117



Além do exemplo da incorporação em sua dimensão mais simples, conforme ilustração acima, cumpre ressaltar que há outros modelos de incorporação, tais como a incorporação de ações e a incorporação às avessas, que serão estudados em capítulos posteriores.

3.4 Cisão

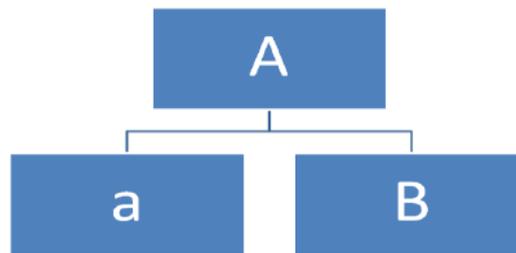
A cisão é operação de reorganização societária que encontra previsão no artigo 229 da Lei de Sociedades Anônimas¹⁵.

Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

Logo, pelo artigo referenciado, infere-se que a cisão pode ocorrer por meio de dois modelos. Pelo primeiro, “extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio”; o que corresponde à cisão total.

Por sua vez, o segundo modelo, o da cisão parcial, se caracteriza pela divisão em parte do capital da empresa, que mantém a sua personalidade jurídica enquanto a sua fração poderá constituir uma nova empresa ou ser adquirida por outra já existente. Vide gráfico explicativo onde “A” realiza a sua cisão parcial, resultando: (i) em “a”, uma versão reduzida de “A”; e (ii) em “B”, que pode ser a outra parte de “A” ou uma sociedade pré-existente que adquiriu fração de “A”.

¹⁵BRASIL, Lei nº 6404: promulgada em 15 de dezembro de 1976



4.PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

4.1 Conceito

Em virtude do tema “Planejamento Tributário” ser extremamente debatido no mundo acadêmico, recebe inúmeras definições. Consoante o entendimento de Marcus Abraham: “o planejamento tributário é o conjunto de atos realizados pelo contribuinte, pessoa física ou jurídica, que podem ser de natureza econômica, contábil, jurídica ou meramente operacional, para reduzir de maneira lícita e legítima, total ou parcialmente, o pagamento de tributos”.¹⁶

Para Geraldo da Silva Vieira, planejamento tributário é “a atividade que, feita de maneira exclusivamente preventiva, prevê, coordena e projeta atos e negócios com objetivos de determinar qual o meio menos oneroso para realização destes mesmos atos e negócios”. Melhor esclarecendo sobre a finalidade do planejamento tributário, este autor remata: “em síntese, o objetivo do planejamento tributário é promover economia de impostos. Antevendo as diversas situações jurídicas que podem se ligar a um determinado ato ou negócio, o empresário/administrador pode procurar a forma menos onerosa do ponto de vista fiscal, orientando, assim, suas decisões administrativas.”¹⁷

Nota-se que o ponto central da atividade de planejamento tributário, seja ele contábil ou jurídico, é a redução da carga tributária do contribuinte por meios lícitos e legítimos. Desta forma, e utilizando justamente este foco, o presente trabalho observará a seguir alguns meios pelos quais o planejamento tributário foi capaz de reduzir a carga tributária, nos casos escolhidos

¹⁶ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 171

¹⁷VIEIRA, Geraldo da Silva. **Reorganização societária e Planejamento Tributário**, Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p. 26

4.2 Princípios envolvidos

Primeiramente, cabe lembrar que é um direito do contribuinte buscar a redução da sua carga tributária de todas as maneiras lícitas possíveis. A operação para esta redução poderá ocorrer antes do fato gerador da obrigação tributária ou após a constituição da obrigação tributária. Hugo de Brito Machado, ao comentar sobre a licitude do planejamento tributário, assim escreveu:

“não é razoável esperar-se que alguém, podendo pagar menos sem cometer ilegalidade, prefira pagar mais. Se uma atividade pode ser exercida de formas diferentes, e uma dessas formas implica menor ônus tributário, não se pode esperar que o contribuinte escolha a forma mais onerosa. Assim, é absolutamente lícito ao contribuinte buscar as formas operacionais que lhe permitam pagar menos tributo, desde que sem violação à lei”¹⁸

Na opinião deste mesmo autor, estas formas operacionais devem se harmonizar aos seguintes princípios do Direito Tributário e, mais especificamente, do planejamento tributário: o Princípio da Legalidade; o Princípio da Isonomia; o Princípio da Capacidade Contributiva; o Princípio da Eficiência e o Princípio da Livre Iniciativa Econômica. Vamos estudá-los a seguir.

4.2.1 Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade tem como base o artigo 5º, inciso II e o artigo 150º, inciso I da Constituição Federal, sendo reiterado no Código Tributário Nacional em seus artigos 97 a 100. Tal princípio determina que é vedada a criação ou o aumento de tributos sem prévia disposição na lei. Com efeito, *nullumtributum sine lege*.

Com o avanço do entendimento doutrinário, foram extraídos do princípio supramencionado dois desdobramentos implícitos: o Princípio da Tipicidade Tributária e o Princípio da Legalidade Estrita.

O primeiro determina que a legislação fiscal deve possuir precisão em seu texto normativo a ponto de se tornar um tipo. Esta variação do Princípio da Legalidade tem por intenção combater qualquer subjetivismo interpretativo discricionário possível por parte do

¹⁸MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 274

operador do direito, tornando a norma tributária taxativa, e, por consequência, impedindo qualquer tributação ou critério de aplicação desta que não encontre expressa previsão em lei.¹⁹

Por sua vez o segundo, o Princípio da Legalidade Estrita, determina que somente as Leis Complementares, Ordinárias ou Medidas Provisórias que possuem validade formal e material podem disciplinar questões tributárias. Objetiva impedir que outras normas infralegais, a exemplo de portarias, estabeleçam tributos.²⁰ É necessário, no entanto, observar que há uma ressalva estipulada na Carta Magna, no que toca às Medidas Provisórias: elas não poderão ser editadas se versarem sobre matéria reservada à Lei Complementar, vide artigo 62 §1º, inciso III da Constituição Federal de 1988.

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

III - reservada a lei complementar

Há de se atentar que a Lei Maiorestabelece hipóteses de exceção ao Princípio da Legalidade, sendo elas: a possibilidade de alteração de alíquotas versada no artigo 153 §1º²¹ do mesmo diploma legal, a qual permite ao Poder Executivo alterar as alíquotas de imposto com fins extrafiscais; a permissão da redução e restabelecimento de alíquotas das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico, firmada pelo artigo 177 §4º, inciso I, alínea “b”,²² e a modificação da alíquota do ICMS por meio de Resolução do CONFAZ, prevista no artigo 155, §4, inciso IV, alínea “b” e §5º²³, vide as normas infra,

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

§ 1º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V

Art. 177. Constituem monopólio da União:

§ 4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás

¹⁹GALHARDO, Luciana Rosanova; SILVA, Priscila Stela Mariano da; NETO, Estevão Gross, **Planejamento Fiscal – Um Embate entre Princípios Constitucionais Tributários**, (Coord.). JR, Pedro Ana, **Planejamento Fiscal – Aspectos Teóricos e Práticos**. São Paulo: QuartierLatin, 2005. p. 225-226

²⁰ABRAHAM, Marcus. Curso de Direito Tributário Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 106

²¹BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

²²Idem

²³Ibidem

natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

I - a alíquota da contribuição poderá ser: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, b ; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

§ 4º Na hipótese do inciso XII, h, observar-se-á o seguinte: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

IV - as alíquotas do imposto serão definidas mediante deliberação dos Estados e Distrito Federal, nos termos do § 2º, XII, g, observando-se o seguinte: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

c) poderão ser reduzidas e restabelecidas, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, b . (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

§ 5º As regras necessárias à aplicação do disposto no § 4º, inclusive as relativas à apuração e à destinação do imposto, serão estabelecidas mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do § 2º, XII, g . (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

Desta forma, conclui-se que o Princípio da Legalidade Estrita visa proteger o contribuinte de qualquer discricionariedade do legislador e/ou do intérprete da lei, trazendo-lhe maior segurança jurídica, já que o cidadão somente poderá ser tributado se ele praticar fato gerador pormenorizado nos códigos nacionais.

Portanto, surge com o Princípio da Legalidade um dos fundamentos utilizados no planejamento tributário, poisem sua arquitetura da melhor construção tributária o planejamento visa utilizar-se da liberdade de atuação do contribuinte para, em conjunto com normas ou as lacunas da lei, praticar atos com efeitos econômicos vantajosos, tipificados pela lei tributária. A mencionada atuação do contribuinte é estritamente legal e, caso seja realizada corretamente, sem a prática dos fatos geradores de tributos estipulados por lei, não poderá a autoridade competente aplicar a analogia, em virtude do quanto disposto no artigo 108 § 1º do Código Tributário Nacional.²⁴

²⁴GALHARDO, Luciana Rosanova; SILVA, Priscila Stela Mariano da; NETO, Estevão Gross, **Planejamento Fiscal** – Um Embate entre Princípios Constitucionais Tributários, (Coord.). JR, Pedro Ana, **Planejamento Fiscal** – Aspectos Teóricos e Práticos. São Paulo: QuartierLatin, 2005. p. 224

4.2.2 Princípio da Isonomia

O Princípio da Isonomia encontra-se previsto duas vezes na Lei Maior. Primeiramente, de forma genérica, em seu artigo 5º *caput*, uma vez que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza(...)”. Posteriormente, e agora especificamente voltado para a matéria tributária, em seu artigo 150, inciso II, que veda aos entes federativos “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, (...), independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”.

Cumprido elucidar que esta igualdade não é absoluta, pois enquanto todos são iguais perante a lei, para que essa igualdade formal alcance a expressão da igualdade material será preciso dar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades. Assim, políticas de integração, incentivos econômicos e isenções tributárias encontram-se amparados também no princípio da isonomia.

4.2.3 Princípio da Capacidade Contributiva

O Princípio da Capacidade Contributiva está previsto no artigo 145 § 1º da Constituição Federal de 1988, que determina:²⁵

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos(...) § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Para Claudio Carneiro, é possível definir o Princípio da Capacidade Contributiva como “(...) a capacidade que tem o contribuinte de se onerar junto ao Fisco, sem que haja violação de sua dignidade, isto é, dos elementos mínimos para sua subsistência digna”²⁶. Do conceito retiram-se três aspectos sobre este princípio: a progressividade, a pessoalidade e a proporcionalidade.

²⁵BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

²⁶CARNEIRO, Cláudio. **Curso de Direito Tributário e Financeiro**, v. 1. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 428

A primeira vertente - a da progressividade - é compreendida como um instrumento para aplicação da capacidade contributiva. Para Marcus Abraham, a progressividade “conduz à elevação de alíquotas à medida que cresce o montante de riqueza demonstrada ou a capacidade econômica do contribuinte”²⁷, sendo aplicada uma alíquota variável, de acordo com a variação da base de cálculo. No mais, o mesmo autor leciona que a progressividade pode ser utilizada também para atingir objetivos extrafiscais ou regulatórios, com base no poder de polícia do Estado, aumentando os tributos quando desejar, por exemplo, reequilibrar a balança comercial nacional.

Por sua vez, a vertente da pessoalidade está vinculada à capacidade objetiva e subjetiva de determinado sujeito passivo. Deveras, segundo Cláudio Carneiro, a capacidade contributiva se subdivide em duas espécies: a capacidade objetiva e a capacidade subjetiva. A capacidade objetiva é averiguada através de uma análise objetiva do aspecto econômico, sendo verificado, por exemplo, o total de patrimônio existente sob o nome de um indivíduo. De outra forma, a capacidade subjetiva é realizada pela análise das características pessoais do contribuinte, na identificação e consideração de outros aspectos que influenciam determinado tributo, por exemplo, a localização do imóvel para a cobrança de IPTU. A este mesmo doutrinador, quando o artigo 145 da Constituição Federal trata da capacidade econômica refere-se à capacidade econômica subjetiva²⁸. Este posicionamento será seguido nesta monografia.

Por último, a proporcionalidade, diferentemente do que ocorre na progressividade, é caracterizada pela utilização de alíquota invariável e base de cálculo variável para diferenciar os contribuintes, o que ocorre, por exemplo, no campo do ITR.²⁹

Nota-se que a junção do Princípio da Igualdade com o Princípio da Capacidade gera o marco norteador da justiça tributária brasileira, que aspira tributar a sociedade de forma equânime e imparcial. No entanto, é notório que as desigualdades sociais ainda existentes exigem a atuação do poder público através de políticas de benefícios que exigem, por sua vez, orçamentos robustos, obtidos por meio da coleta de tributos.

²⁷ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 117

²⁸CARNEIRO, Cláudio. **Curso de Direito Tributário e Financeiro**, v. 1. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 428-430

²⁹CARNEIRO, Op. cit. p. 435

A fim de que, aos poucos, seja aperfeiçoada a política tributária do Brasil, diversos debates doutrinários ganham corpo. Dentre todos, um merece realce, em razão da sua complexidade, potencialidade de inovação e pertinência ao tema da presente monografia, e pode ser sintetizado na seguinte indagação: “Por acaso o planejamento tributário infringe os princípios de isonomia e capacidade contributiva?”

Por um lado, Marco Aurélio Greco sustenta que sim, haja vista que o planejamento tributário gera a desigualdade entre as empresas, transgredindo ambos os princípios balizadores do Direito Tributário. Vide este argumento, na citação de Rodrigo Baraldi:

Na medida em que a lei qualificou uma determinada manifestação de capacidade contributiva como pressuposto de incidência de um tributo, só haverá isonomia tributária se todos aqueles que se encontrarem na mesma condição tiverem de suportar a mesma carga fiscal. Se, apesar de idênticas manifestações de capacidade contributiva, um contribuinte puder se furtrar ao imposto (ainda que licitamente), esta atitude estará comprometendo a igualdade, que tem a mesma dignidade e relevância que a proteção à propriedade (CF, artigo 5º)”.

Assim, inibir a eficácia da norma tributária significa frustrar a sua imperatividade e inibir em plenitude do princípio da capacidade contributiva e da isonomia, o que repugna a uma interpretação que em sintonia com o artigo 3º, I, da CF/88, busque encontrar o justo equilíbrio das previsões legais, visando a construção de uma sociedade solidária(...).³⁰

Por outro lado, Sacha Calmon Navarro Coelho e Misabel Derzi realizam um pertinente contraponto a esse entendimento, afirmando que o planejamento tributário é permitido, desde que não infrinja a lei. Na lição destes autores:

O recuso aos princípios da isonomia e da capacidade contributiva, como fundamento para rejeitar as formas jurídicas alternativas adotadas pelos particulares, com maior poder de organização de seus negócios, deve ser visto com cautela, pois se estaria utilizando de um princípio de contenção ao poder de tributar, contra os beneficiários da sua proteção, em favor do próprio ente tributante, o qual encontra, na capacidade contributiva, uma limitação à sua atuação. A igualdade está na lei, não no mundo dos negócios, em que a concorrência impõe a economia de tributos, como um objetivo empresarial, desde que não fira a lei³¹

Após a apresentação das concepções supra, a presente monografia seguirá o entendimento firmado por Sacha Calmon e Misabel Derzi.

³⁰GRECO, Marco Aurélio, *apud* SANTOS, Rodrigo Baraldi dos, **O Planejamento Tributário em Reorganizações Societárias**. Coleção Academia-Empresa. v. 12. São Paulo:QuartierLatin, 2014. p. 106

³¹COELHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado. **A Lacuna Legislativo-Tributária no tocante ao Instituto da Incorporação de Ações e a Jurisprudência do Carf**. Revista Dialética de Direito Tributário. v. nº195. São Paulo:Dialética, 2010. P. 173.

4.2.4 Princípio da Livre Iniciativa

Por último, mas não menos relevante, cumpre examinar o Princípio da Livre Iniciativa. Este princípio possui previsão no artigo 5º, inciso IV e no artigo 170, *caput*, da Constituição da República.

Embora o referenciado princípio não esteja elencado dentre os incisos do artigo 170 da CF/88, ele ainda é considerado como um princípio fundamental do Direito Empresarial por André Santa Cruz³², servindo como norte a direcionar a atividade empresarial no país.

O supramencionado princípio possui especial destaque na presente monografia em virtude da sua permissibilidade às reorganizações societárias que possuem um propósito comercial claro e lícito, isso permitindo às empresas se estruturarem da maneira que melhor lhes convêm, desde que resguardada forma prevista em lei.

No mundo empresarial nem sempre as reorganizações possuem claro e lícito fim. Surgem daí as conceituações que identificam operações fraudulentas para que as autoridades de controle as conheçam, previnam, suspendam ou interrompam. Assim, preceitos como elisão e evasão; abuso de forma e de direito; simulação e propósito comercial, dentre outros, serão os estudados a seguir.

4.3 Elisão VS Evasão

Primordialmente, antes que um operador inicie o desenho de um planejamento tributário em particular, seja de pessoa física ou jurídica, será necessário avaliar se a técnica a ser aplicada resultará em evasão fiscal. Para isto, é de suma importância que estejam estabelecidas as diferenças entre elisão e evasão, assim como as suas subdivisões.

Para Geraldo da Silva Vieira, a evasão, também referenciada pelo mesmo como evasão fiscal em sentido *latosensu*, é realizada por meio de atos ou omissões que visam evitar, reduzir

³²CRUZ, André Santa. **Direito Empresarial**, 9ª ed, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo, 2019. p. 36

ou retardar o pagamento de um tributo³³, devendo ser subdividida em evasão comissiva ou evasão omissiva, intencional ou não.

A evasão omissiva, caracterizada pela existência ou não de intenção por parte do planejador tributário, pode ser dividida em evasão imprópria, ou seja, aquela onde o tributo sequer ocorreu em razão da não incidência do fato gerador; e evasão por inanição, a que se configura por uma falta do contribuinte, proposital ou não.

Na evasão por inanição proposital o pagador de tributos possui conhecimento sobre a tributação, mas decide não a pagar, o que acarreta a sonegação. Na evasão por inanição não intencional o contribuinte não possui o conhecimento da tributação e não a paga. Na hipótese, ainda ocorre a sonegação, mas a conduta é de menor potencial ofensivo e a sanção correspondente é também menor.

Cabe ressaltar, quanto a esta última, que o artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, determina que ninguém pode se escusar de cumprir a lei, alegando que a desconhece, posicionamento este reforçado pelo artigo 21 do Código Penal Brasileiro que afirma ser inescusável o desconhecimento da lei, dele decorrendo, no máximo uma atenuante.

Por seu turno, a evasão comissiva é toda intencional, possuindo como subdivisões a evasão ilícita e a evasão lícita, também denominada, embora para o autor de forma errônea, de elisão fiscal.

No que tange à evasão comissiva ilícita, ela se caracteriza quando o contribuinte, com intenção e conhecimento de suas ações, visa burlar o Fisco, seja por fraude ou simulação, cabendo à autoridade fiscal, de ofício, efetuar e revisar o lançamento realizado, tal como previsto no artigo 149, inciso VII do Código Tributário Nacional. Em outro plano, a evasão comissiva lícita trata-se, justamente, do assunto principal desta monografia.

³³VIEIRA, Geraldo da Silva. **Reorganização Societária e Planejamento Tributário**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 32

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;³⁴

Ademais, há outras definições relevantes de evasão e elisão. Segundo Ricardo Mariz de Oliveira:

“(...) os dois termos não são casuais e nem destituídos de sentido semântico, dado que a evasão fiscal significa a fuga da obrigação tributária existente segundo a lei (daí a licitude), ao passo que a elisão significa elidir legalmente a ocorrência da obrigação tributária (daí a licitude).”³⁵

Além disso, Hermes Marcelo Huck suscita uma conceituação extremamente interessante, lecionando que:

“(...) ambas as figuras, evasão e elisão, comungam da característica de serem técnicas de insubmissão ao comando da norma tributária. Porém, a expressão “evasão” é muitas vezes utilizada como sinônima de fraude fiscal e tem em comum uma série de fatores em sua composição: (i) em ambos os casos, o objetivo final do agente é o de pagar menos imposto do que sabe devido; (ii) em ambos os casos, há uma atitude subjetiva que pode ser caracterizada como sendo má-fé, deliberada e não acidental e; (iii) há uma ação, ou uma série de atos marcados pelos elementos de engano, má interpretação, simulação, artificialidade, ocultamento e desonestidade. Já a elisão fiscal, como obra da criatividade e engenho dos planejadores tributários, aspira a uma condição de legalidade que a distinga da evasão.”³⁶

Outra distinção suscitada pelos doutrinadores versa sobre o aspecto temporal dos atos, sendo adeptos de tal vertente Luciana Rosanova Galhardo, Priscila Stela Mariano da Silva e Estevão Gross Neto, vide:

“O critério que distingue elisão fiscal (lícita) de evasão fiscal (ilícita) é justamente a localização temporal dos atos e negócios praticados pelos contribuintes. Só podemos falar em elisão fiscal e planejamento válido antes do nascimento da obrigação tributária, pois nesse período ainda cabe ao contribuinte escolher, entre as opções legais disponíveis, aquela que lhe é favorável. Após a ocorrência do fato imponible, não há opção: o contribuinte deve pagar o tributo devido, sob pena de sonegação”³⁷

³⁴BRASIL, Lei nº 5.172: promulgada em 25 de outubro de 1966.

³⁵OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Reinterpretando a Norma Antievasão do Parágrafo Único do Art. 116 do Código Tributário Nacional**. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, nº 76, jan. 2002. p.84.

³⁶HUCK, Hermes Marcelo. **Evasão e Elisão -Rotas Nacionais e Internacionais**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 31

³⁷GALHARDO, Luciana Rosanova; SILVA, Priscila Stela Mariano da; NETO, Estevão Gross. **Planejamento Fiscal – Um Embate entre Princípios Constitucionais Tributários**. (org.). JR, Pedro Ana, **Planejamento Fiscal – Aspectos Teóricos e Práticos**. São Paulo:QuartierLatin, 2005. p. 218

Por meio da junção da conceituação de Geraldo Vilela, com a devida ressalva feita, e do interessantíssimo fator temporal trazido por Luciana Rosanova Galhardo, Priscila Stela Mariano da Silva e Estevão Gross Neto, a presente TCC adotará um conceito de composição, pelo qual planejamento tributário é um meio de se alcançar a elisão fiscal, através de técnicas lícitas que inibam a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária ou reduzam a base de cálculo dos tributos, sob pena de o desenho do planejador descambar para a evasão fiscal comissiva ilícita.

4.4 Patologias do planejamento tributário

Após propriamente delimitada a extensão da evasão fiscal e o conceito de planejamento tributário, é de seguimento lógico definir com maior precisão as patologias do planejamento tributário: a fraude à lei, a simulação, a dissimulação, o negócio jurídico indireto, o abuso do direito e o abuso de forma.

4.4.1 Fraude à lei

A fraude à lei é causa de nulidade dos atos de planejamento tributário e está prevista no artigo 166, inciso IV, do Código Civil de 2002.

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:
VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;³⁸

A fraude a lei – *fraus legis* – na dimensão do planejamento tributário, é caracterizada pela fuga do contribuinte mediante o uso de institutos jurídicos e de norma legal, sob a alegação de que o ato praticado se enquadra em categoria que lhe é mais favorável, mas com a plena ciência de que este está regido pela lei evadida. Esta patologia do planejamento tributário não é um ato ilícito, posto que foi feito licitamente, no entanto, por força da sua finalidade, acarreta a nulidade do negócio jurídico.³⁹

Marco Aurélio Greco detalha este conceito afirmando que na estruturação de uma fraude à lei o contribuinte observa primeiro a norma que pretende evitar, a “norma

³⁸BRASIL, Lei nº 10.406: promulgada em 10 de janeiro de 2002

³⁹GRECO, Marco Aurélio. **Reorganização Societária e Planejamento Tributário**. (org.). CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de. **Reorganização Societária**. São Paulo: QuartierLatin, 2005. p. 42-43

contornada”, e, em segundo plano, a norma que visa adentrar, a “norma de contorno”. Pode também atuar por meio de uma não-previsão normativa, adentrando assim em uma hipótese de não-incidência tributária, tal como a isenção.

4.4.2 Negócio jurídico indireto VS simulação

Nesta fase da presente monografia já é possível notar que o escopo do planejamento tributário é fornecer ao contribuinte uma flexibilidade de ação com o intuito de lhe conferir uma gama de estruturas possíveis para a redução ou eliminação da obrigação tributária.

Desta forma, cabe ao planejador utilizar todos os meios lícitos e válidos possíveis para, através da melhor engenharia fiscal, desenhar as estruturas societárias adequadas ao objetivo final. Dentre os instrumentos com os quais o planejador tributário realiza o seu intento encontra-se o negócio jurídico indireto.

Esta ferramenta nada mais é do que um negócio jurídico não convencional montado de forma a proporcionar melhor resultado do que o negócio jurídico convencional permitiria. Segundo Galhardo, Silva e Neto, o negócio jurídico indireto pode ser criado por meio de três maneiras diferentes: o operador se baseando em lacunas ou omissões normativas; enquadrando a sua conduta final em uma norma que possua menor ônus fiscal; e, por fim, aplicando uma norma que libere o contribuinte do cumprimento de um dever tributário acessório.⁴⁰

No mais, Paulo Ayres Barreto aponta três características para a configuração do negócio jurídico indireto, sendo elas: “a existência de negócio jurídico típico”⁴¹ devendo, assim, estar em plena conformidade com a lei regente; “a busca de resultado que não é próprio, natural ou inerente ao tipo ou espécie de negócio que reveste a operação”, caracterizando assim o resultado atípico almejado na aplicação de um negócio jurídico indireto; e “a licitude de negócio, que não se qualifica como de natureza simulada”, o que o diferencia da simulação

⁴⁰GALHARDO, Luciana Rosanova; SILVA, Priscila Stela Mariano da; NETO, Estevão Gross, **Planejamento Fiscal – Um Embate entre Princípios Constitucionais Tributários**, (Coord.) JR, Pedro Ana, **Planejamento Fiscal – Aspectos Teóricos e Práticos**. São Paulo: QuartierLatin, 2005. p. 219

⁴¹BARRETO, Paulo Ayres. **Elisão Tributária: Limites Normativos**. São Paulo, 2008. 288 f. Tese (Livre Docência do Departamento de Direito Econômico e Financeiro – Área Tributária) – Faculdade Ed Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 161-162

ou abuso de forma. Surge então a necessidade de diferenciar o negócio jurídico indireto da simulação.

De início, importa dizer que enquanto o negócio jurídico indireto expõe as suas intenções e objetivos de forma clara, a simulação pretende escondê-los ou alterá-los. A simulação manifesta-se por meio de ato intencional, cometido pelo agente a fim de produzir efeitos diferentes do que aparentam, encobrindo, assim, o que realmente pretende fazer, tal como leciona Marcus Abraham.⁴²

A simulação se divide em absoluta e relativa. A simulação absoluta possui previsão legal no já mencionado artigo 149, inciso VII, do Código Tributário Nacional - CTN; enquanto a simulação relativa – ou dissimulação – é trazida à baila pelo artigo 116 § único do mesmo código.

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.⁴³

Na visão de Alberto Xavier, a distinção entre as duas formas é assim realizada:

Na *simulação absoluta* aparenta-se celebrar um negócio jurídico quando, na realidade, não se pretende realizar negócio algum; na *simulação relativa*, as partes celebram, efetivamente, um contrato, mas, para enganar terceiros, o ocultam com um contrato aparentemente distinto do primeiro pela sua natureza ou pelas suas cláusulas e condições. E daí que, enquanto na *simulação absoluta* existe apenas um negócio jurídico correspondente à vontade declarada – o *contrato simulado* – na simulação existem dois negócios jurídicos: o *negócio jurídico simulado*, correspondente à vontade declarada enganadora e o contrato, por baixo dele oculto ou encoberto – o negócio dissimulado, corresponde à vontade real dos seus autores⁴⁴(grifos nossos)

Com o intuito de elucidar a conceituação e as consequências jurídicas da prática da simulação, o Código Civil, em seu artigo 167, tem o seguinte teor:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

⁴²ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 183-184

⁴³BRASIL, Lei nº 5.172: promulgada em 25 de outubro de 1966.

⁴⁴XAVIER, Alberto. **Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva**. São Paulo: Dialética, 2001.p. 53-54

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.⁴⁵

Conclui-se que a simulação sempre visa esconder a verdadeira intenção do agente, por meio da alteração da aparência externa do negócio jurídico. Enquanto na simulação absoluta as partes não possuem um propósito negocial, ocorrendo uma farsa de negócio jurídico; na simulação relativa as partes criam uma “máscara” através do propósito simulado, visando esconder o verdadeiro negócio jurídico.

Com todas essas considerações, e passando ao estudo de casos, a fim de se consolidar o entendimento sobre a simulação na técnica do planejamento tributário, será importante a observação do Caso Klabin.

4.4.3 Caso Klabin

O presente caso foi discutido no CARF através do processo nº 19515.001895/2007-11.⁴⁶ No julgamento foram travados debates tendo por fundo variados conceitos, tais como o de negócio indireto, simulação, fraude à lei e propósito negocial, no âmbito de uma operação “casa-e-separa”.

A operação “casa-e-separa”, segundo Renato Vilela, é aquela:

(...) por meio da qual duas pessoas, físicas ou jurídicas, se unem para a realização de um determinado propósito comercial, empresarial ou industrial (i.e, se casam). Após um determinado período, por razões diversas, aquelas mesmas pessoas desfazem essa união, geralmente formalizada por meio de uma sociedade, decidindo seguir caminhos distintos, e por isso se separam.”⁴⁷.

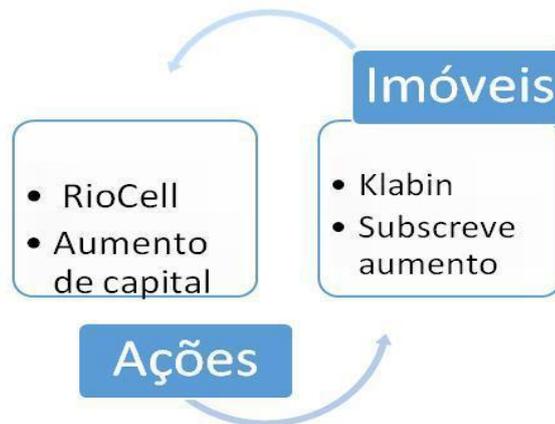
A situação fática a ser abordada consistiu nos seguintes movimentos societários:

⁴⁵BRASIL, Lei nº 10.406: promulgada em 10 de janeiro de 2002

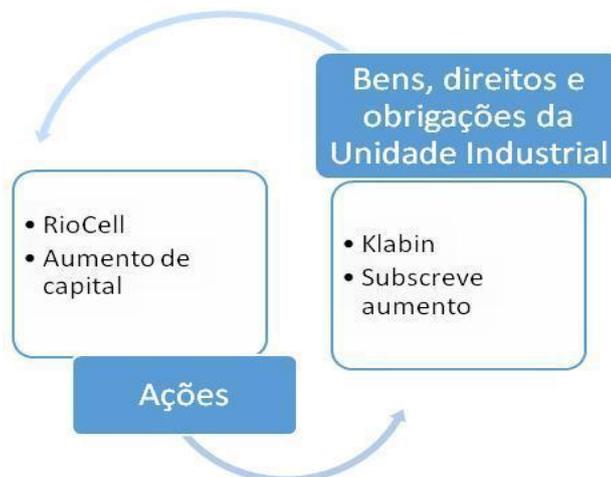
⁴⁶BRASIL, CARF. Processo nº 19515.001895/2007-1. Relator: Alexandre Antônio Alkmim Teixeira. Parte: Klabin S.A.

⁴⁷FARIA, Renato Vilela. **Análise da Operação “Casa-E-Separa”**. In. CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes, **Planejamento Tributário: Análise de Casos**. 2ª ed., São Paulo : MP ED., 2014. p. 65

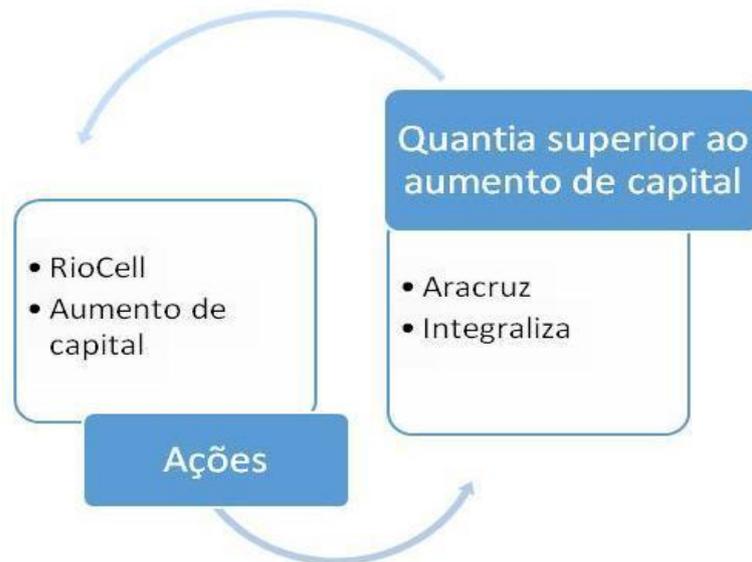
- 1) Em 01/12/2002, a empresa RioCell S/A, doravante RioCell, realiza um aumento de capital. Ato contínuo a empresa Klabin S/A, doravante Klabin, subscreve este aumento, integralizando-o pela conferência dos imóveis que compõem a Unidade Industrial de Guaíba/RS



- 2) Em seguida, e na mesma data, a Assembléia Geral da RioCell emite as debêntures que seriam adquiridas pela Klabin como pagamento pelos imóveis da unidade industrial.
- 3) Em 01/05/2003, a RioCell incrementa novamente o seu capital social, o qual é integralizado pela Klabin por meio da cessão de bens, direitos e obrigações relativos à Unidade Industrial de Guaíba/RS.



- 4) Em 30/06/2003, pela terceira vez, a RioCell aumenta o seu capital, sendo este subscrito e integralizado pelo Grupo Aracruz em montante superior ao acréscimo do capital, permitindo que a RioCell aloque esses valores excedentes à sua Reserva de Capital como ágio.



- 5) Em 02/07/2003, a RioCell compra as suas ações detidas pela Klabin, resgatando as debêntures previamente emitidas.

O Fisco, observando esta operação, lavrou auto de infração contra Klabin, sob o argumento de que toda essa sequência de operações societárias visava a transferência da Unidade Industrial da Klabin para o Grupo Aracruz, que se utilizava desta modalidade somente para obter incentivos fiscais. A simulação, para o Fisco, estava consolidada ante o ganho de capital não tributável pela Klabin em virtude da variação da sua participação no capital social da RioCell, tudo configurando sonegação, devendo ser pagos os tributos devidos acrescidos da multa de 150% prevista no artigo 44 da Lei 9.430/96.

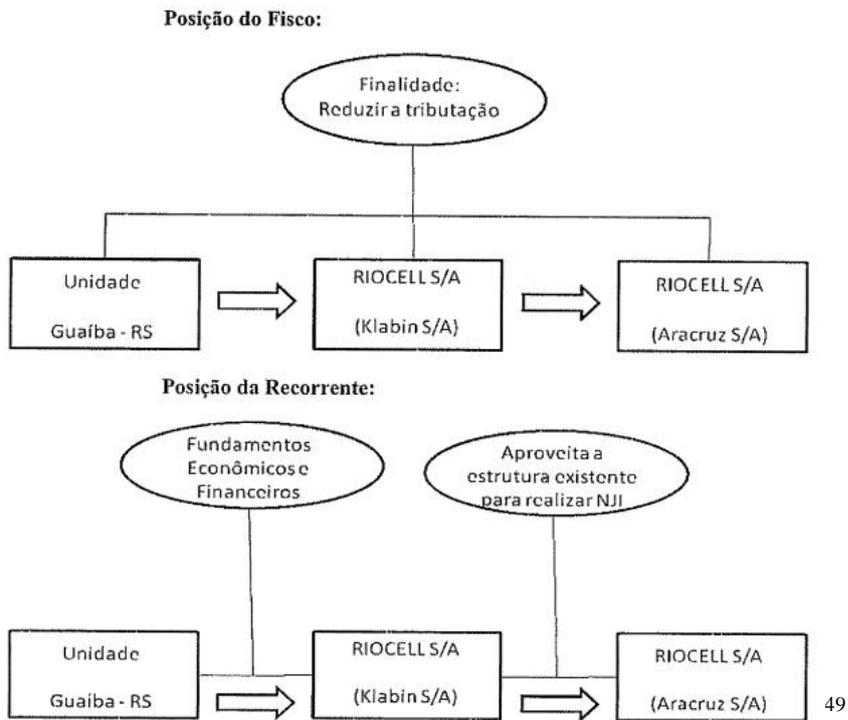
RioCell alegou que, na época, devido ao fechamento de mercados internacionais e a dificuldades internas, possuía grandes dificuldades financeiras, não podendo realizar a alienação da Unidade Industrial por meio do sistema de compra e venda. Além disso, afirmou que a simulação visava esconder uma operação do mundo exterior, mas que todas as ações foram realizadas de forma pública, essa transparência descaracterizando qualquer simulação.

Por fim, argumentou que a empresa necessitava desfazer-se de ativos, em seu afã de recuperação econômica, a operação possuindo propósito comercial, sendo somente um caso de negócio indireto

Nota-se que o planejamento tributário efetuado visava a elisão do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica –IRPJ e da Contribuição Social sobre Lucro Líquido, tributos estes que incidiriam se fosse realizada a simples compra e venda entre as partes. O modelo observado foi adotado e implementado com base no artigo 33 §2º do Decreto-Lei nº 1.598/77.⁴⁸

Art. 33. O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:
 § 2º Não será computado na determinação do lucro real o acréscimo ou a diminuição do valor de patrimônio líquido de investimento, decorrente de ganho ou perda por variação na porcentagem de participação do contribuinte no capital social da investida.

Uma visualização das operações é dada por meio da imagem fornecida pelo Conselheiro João Francisco, um dos votantes no caso Klabin.



Fonte: CARF. Acórdão nº1401-00.155

⁴⁸BRASIL, Decreto-Lei nº 1.598: promulgado em 26 de dezembro de 1977
⁴⁹BRASIL, CARF. Processo nº 19515.001895/2007-1. acórdão nº1401-00.155. Relator:Alexandre Antônio Alkmim Teixeira. Recorrente: Klabin S.A Recorrida. DJE:23/10/2010.

O CARF, em seu acórdão nº 1401-00.155, por maioria, reduziu a multa de 150% para 75% e negou provimento aos demais pedidos do contribuinte, mantendo a atuação fiscal, sob o fundamento de que o planejamento tributário se fundou em uma dissimulação. Contudo, é da divergência inaugurada pelo Conselheiro João Francisco Bianco que a presente monografia cuidará a seguir, por pertinente ao propósito do estudo, no que pertine aos conceitos de negócio jurídico indireto e simulação.

Primeiramente, o julgador firmou o seu voto em três argumentos principais: o primeiro, no sentido de que: “para o direito, não importa o nome que se dá ao negócio jurídico contratado. O relevante é a natureza jurídica da operação, sendo a natureza jurídica do negócio que irá determinar o seu regime de tributação”⁵⁰. Assim, para o Fisco, deveria ser relevante não a aparência do negócio, porém a natureza jurídica do contrato em si, uma vez que será ela que estabelecerá o regime tributário aplicável, independentemente do nome que atribuído ao negócio jurídico. O segundo, no fundamento de que, por seu próprio conceito, a simulação para ocorrer precisa de um negócio jurídico aparente e outro real, devendo ser o regime tributário determinado pelo negócio jurídico pretendido. Por fim, o terceiro, na observação de que o negócio jurídico indireto possui uma forma típica, enquanto visa um resultado atípico, sendo esse tipo de operação completamente legal pois não há nada no sistema normativo brasileiro que a impeça, cabendo determinar o regime tributário com base no negócio jurídico atípico.

Deste mesmo julgamento, colhe-se dos autos Pareceres da lavra de José Carlos Moreira Alves e Tércio Sampaio Ferraz Júnior, acerca da simulação, instruindo o requerimento do contribuinte. Vide parecer de José Carlos Moreira Alves:

No caso sob consulta, tendo em vista os vários negócios jurídicos que se realizaram para alcançar o escopo indireto a que as partes visavam e que se traduziu na transferência das ações da RIOCELL para a ARACRUZ, tem-se uma das modalidades de negócio jurídico indireto que é a combinação de negócios com escopo indireto, todos realizados às claras, sem qualquer ocultação inclusive do resultado final, e inexistindo, assim, o que é da natureza mesma da simulação relativa, a dissimulação do negócio jurídico realmente querido pelas partes por meio do negócio aparente que é o relativamente simulado, e que, declarada sua nulidade, faz aflorar o negócio dissimulado para então se verificar se ele é, ou não, válido em sua substância e em sua forma.⁵¹

⁵⁰BRASIL, CARF. Processo nº 19515.001895/2007-1. acórdão nº1401-00.155. Relator:Alexandre Antônio Alkmim Teixeira. Recorrente: Klabin S.A Recorrida. DJE:23/10/2010.

⁵¹Idem

E Tércio Sampaio Ferraz Júnior acompanha. Verifica-se:

Afinal, como exemplifica Ascarelli (op. cit. p. 208 e ss), o fato de ocorrer uma operação complexa, em que efetivamente seja constituída, primeiro, uma sociedade para a realização de determinados atos de comércio, desta sociedade participando várias pessoas, constituindo-se um patrimônio distinto dos patrimônios dos sócios, tudo conforme a disciplina societária; segundo, o fim realmente almejado pelas partes é a constituição do patrimônio separado, fim este que, para ser alcançado, exige a constituição da sociedade; terceiro, o que se observa, no entanto, é que os figurantes da sociedade, embora queiram constituir um patrimônio separado, na verdade o fazem apenas no interesse de uma pessoa, ou seja, são obedecidos todos os trâmites quanto à publicidade, balanços, acordo de acionistas, tempo de exercício do direito de compra etc, mas o real objetivo não é o vínculo pessoal, mas o compromisso de vender, uns, suas ações, e compram; outro, as ações referidas, não significa, necessariamente, simulação. Pois, de um lado, as partes querem — e querem todas — constituir a sociedade, de outro fazem com o compromisso, alheio à sociedade, de sucessiva transferência de ações. Esse compromisso fica no domínio dos motivos. Mas, porque querem constituir a sociedade tanto quanto querem transferir as ações, e esse é, efetivamente, o resultado econômico alcançado, sendo lícitas as duas hipóteses inclusive quanto ao meio utilizado, o que existe é negócio jurídico indireto.⁵²

Confirma-se que a discussão cinge-se à existência de propósito negocial para determinar se houve, ou não, simulação ou negócio jurídico indireto. Com o intuito de desmistificar o presente caso o Conselheiro José Bianco analisa-o sob a ótica da conceituação de simulação, vislumbrando que o caso concreto não está nas hipóteses de configuração desta patologia do planejamento tributário, inferindo, portanto, que trata-se de negócio jurídico indireto.

A presente monografia adota inteiramente os fundamentos do Voto vencido do Conselheiro José Bianco, forte na doutrina de Moreira Alves e Tércio Sampaio Ferraz Júnior, pois, tal como demonstrado nos capítulos anteriores, considera que para a configuração da simulação é preciso o intuito da ocultação ou dissimulação do negócio jurídico real, situação esta divergente do caso Klabin, posto que todas as negociações foram feitas e documentadas em registro público, com absoluta transparência.

4.5 Abuso de direito VS abuso de forma

Depois de elucidadas as acepções de negócio jurídico indireto e simulação, é de bom tom que se faça a análise dos conceitos de abuso do direito e abuso de forma.

⁵²BRASIL, CARF. Processo nº 19515.001895/2007-1. acórdão nº1401-00.155. Relator:Alexandre Antônio Alkmim Teixeira. Recorrente: Klabin S.A Recorrida. DJE:23/10/2010.

O abuso de direito, para Marcus Abraham, é um ato ilícito decorrente de um uso desmedido de um direito, infringindo os limites da razoabilidade impostos por lei, e as noções de boa-fé, de seu fim social e econômico e dos bons costumes. Percebe-se que esta definição provém do artigo 187 do Código Civil, vide:

Art.187 Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.⁵³

Nota-se, então, que o agente parte de um direito posto, mas, ultrapassando os limites da razoabilidade e proporcionalidade, faz exercício antissocial do direito que detém. Há ilegalidade explícita neste ato. A respeito, Ricardo Lobo Torres leciona que “a jurisprudência dos valores e o pós-positivismo aceitam o planejamento fiscal como forma de economizar imposto, desde que não haja abuso de direito”⁵⁴

De outra maneira, o abuso de formas é, segundo Marcus Abraham, um instrumento do planejamento fiscal no qual nota-se uma divergência entre a forma externa com o seu efetivo conteúdo, o qual possui objetivo negocial sendo conduzido por uma forma indevida.⁵⁵

No entendimento deste mesmo doutrinador, é permitido legalmente o combate à evasão comissiva ilícita baseada em abuso de forma, já que, invariavelmente, esta tática irá redundar em ilícitos como o abuso de direito; a fraude à lei e a simulação.

Corroborando esta noção, Marco Aurélio Greco, de forma didática, afirma: “o que contaminaria o negócio jurídico e, por decorrência, o planejamento tributário não seria o abuso de forma em si, mas a fraude à lei, a simulação e o abuso de direito”⁵⁶

Cabe ressaltar que o debate doutrinário sobre as consequências do abuso de forma não é pacífico. Divergindo de Greco, Paulo Ayres Barreto afirma que a demonstração do abuso de

⁵³BRASIL, Lei nº 10.406: promulgada em 10 de janeiro de 2002

⁵⁴TORRES, Ricardo Lobo. **O Abuso do Direito no Código Tributário Nacional e no Novo Código Civil**. In GRUPENMACHER, Betina Treigner (coord.). **Direito Tributário e o Novo Código Civil**. São Paulo: QuartierLatin, 2004. p. 57-58

⁵⁵ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Tributário Brasileiro, Rio de Janeiro**, Forense, 2018, p 185

⁵⁶GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. São Paulo: Dialética, 2004. p. 251

forma deve ser compreendida como indício de dissimulação, cabendo ainda, ao administrador, comprová-la propriamente.⁵⁷

Entretanto, em razão da delimitação do escopo temático da presente monografia, não será aprofundado tal embate, filiando-se, a presente TCC, ao posicionamento de Marcus Abraham e Marco Aurélio Greco.

4.6 Ausência de Propósito Negocial

Por fim, é momento imperativo tratar do conceito de propósito negocial para que o trabalho possa ingressar no estudo do último tópico das patologias do planejamento tributário.

Propósito negocial, seguindo a conceituação de Lúcia Helena, pode ser definido como a opção deliberada pela forma mais simples ou menos onerosa entre duas ou mais formas de praticar um ato.⁵⁸

Existe um debate doutrinário que gira em torno da possibilidade de utilização da ausência de propósito negocial para a desconsideração de um planejamento tributário. Em síntese, visando regulamentar os procedimentos tratados no artigo 116 do Código Tributário Nacional, o Poder Executivo promulgou a Medida Provisória nº 66/2002, a qual, em seu artigo 14 §1º, inciso I, possibilitou a desconsideração de ato ou negócio jurídico por falta de propósito negocial. No entanto, a referida Medida Provisória foi rejeitada justamente em seu artigo 14º. Da circunstância surgiu o embate teórico que pode ser traduzido na indagação sobre se teria o Direito Brasileiro acatado a teoria fundadora do revogado artigo 14.

Para Schoueri, mesmo que o supramencionado artigo não tenha se transformado em lei, na visão do Fisco o Direito Brasileiro adotou a teoria do propósito negocial – *business purposedoctrine* –, a qual exige que, para serem válidas, as operações societárias devem possuir o propósito negocial.⁵⁹

⁵⁷BARRETO, Paulo Ayres. **Elisão Tributária: Limites Normativos**. São Paulo, 2008.288 f.Tese(Livre Docência do Departamento de Direito Econômico e Financeiro – Área Tributária) – Faculdade Ed Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 233

⁵⁸YOUNG, Lúcia Helena Briski. **Planejamento tributário**, 8º ed, Curitiba; Juruá, 2014. p. 83

⁵⁹SCHOUERI, Luís Eduardo. **O Desafio do Planejamento Tributário**. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (org.). **Planejamento Tributário e o “Propósito Negocial”**. 1ªed. São Paulo: QuartierLatin, 2010. p . 13-16

Por sua vez, Greco firma entendimento diferenciado sobre o assunto:

Aqui cumpre fazer um desdobramento dessa idéia, pois quando menciono “motivo extratributário” às vezes isto gera confusão em quem lê meus textos. Não estou dizendo que precisa haver *business purpose* (conceito que advém da experiência americana e que se vincula à idéia de empreendimento); não estou dizendo que o único motivo que afasta o abuso é o propósito ligado à atividade econômica desenvolvida ou à sua repercussão no mercado, estou dizendo que o motivo que afasta o abuso é o extratributário, vale dizer, pode ser uma razão familiar, política, de mudança do regime jurídico das importações, de alteração do quadro referencial em que se posicionava a atividade da empresa⁶⁰

Surge então uma cisma entre os doutrinadores tributários sobre a necessidade, ou não, nos planejamentos tributários, da comprovação do propósito negocial. Analisando o tema muito além da previsão do hoje sepultado artigo 14, em uma visão sistemática do Direito, Marcos Abraham defende a subsistência do conceito estabelecido naquela norma sob a justificativa de que, embora não convertido em lei o dispositivo da Medida Provisória, as autoridades fiscais podem cobrar o propósito negocial sob a ótica de que este está subentendido nos princípios da Teoria Geral do Direito Privado, entre eles, os princípios da função social do contrato; do equilíbrio econômico; e da exigência de causa do negócio jurídico.⁶¹

Em razão dos argumentos expostos, a presente monografia acompanha os posicionamentos de Luís Eduardo Schoueri e Marcos Abraham.

5 DA NORMA ANTIELISIVA

Uma vez compreendidos os conceitos vinculados ao planejamento tributário e as patologias deste, é mister entender quais são as medidas adotadas pelo Fisco para o combate a tais desvios. A matéria será abordada sem maior profundidade em virtude das limitações da TCC, mas suficientemente para registrar a existência das medidas preventivas e repressivas adotadas pela lei brasileira.

A norma geral de antielisão é normatizada no artigo 116 § único do Código Tributário Nacional e possui, como finalidade, “a desconsideração ou requalificação do fato gerador

⁶⁰GREGO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2011. p. 235-236

⁶¹ABRAHAM, Marcus. **Os 10 Anos da Norma Geral Antielisiva e as Cláusulas do Propósito Negocial e da Substância sobre a Forma Presentes no Direito Brasileiro**. Revista Dialética de Direito Tributário. Volume nº 192. São Paulo: Dialética, 2011. p. 86

concreto, isto é, do ato ou fato praticado com a dissimulação da *mens legis* e do fato gerador abstrato⁶² verificando, assim, a existência ou não de vícios e ilegalidades no suposto planejamento tributário.

Há um debate doutrinário sobre a terminologia da norma geral antielisiva e a sua constitucionalidade. Tal como previamente exposto, existe uma diferença conceitual entre evasão e elisão, sendo a primeira, se entendida como evasão comissiva ilícita, um ato ilegal e a segunda um ato lícito.

Setor da doutrina, a exemplo de Ricardo Mariz, compreende que a norma geral antielisão trata-se na verdade de uma “norma geral de antievasão”, uma vez que iria contra os princípios da livre-iniciativa e da legalidade estrita inibir a elisão – prática esta que o texto normativo nacional aceita.⁶³ A presente dissertação acompanha esse entendimento.

6 PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO EM REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA

Tal como dito na introdução desta TCC, as reorganizações tributárias possuem um papel extremamente relevante para o desenvolvimento das empresas, possibilitando a estas que se ajustem às flutuações de mercado e às suas próprias mudanças, inerentes à prática econômica empresarial. Um exemplo comumente visto é a alteração da atividade principal da empresa – o seu *Core Business* –, passando de uma menos produtiva e lucrativa ou que demanda maior custo – negócio A - para uma que lhe fornece maiores benefícios – negócio B. Assim, visando esta modificação, a empresa pode incorporar outras que já estavam no ramo B e adquirir toda a sua infraestrutura e conhecimento – o *know-how* – para se tornar rapidamente uma empresa produtiva.⁶⁴

Para realizar essa reorganização, a empresa poderá se utilizar de algumas modalidades da operação de incorporação, tal como se verá a seguir

⁶²TORRES, Ricardo Lobo. **Norma Geral Antielisão**. In: MACHADO, Hugo de Brito. (org.). **Planejamento Tributário**. São Paulo: Malheiros; ICET, 2016. p. 623

⁶³OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Planejamento Tributário, Elisão e Evasão Fiscal, Norma Antielisão e Norma Antievasão**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). **Curso de Direito Tributário**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 439, 497 e 498

⁶⁴MUNIZ, Ian de Porto Alegre. **Fusões e Aquisições – Aspectos Fiscais e Societários**, 2ª ed. São Paulo: QuartierLatin, 2011. p. 27-28

6.1 Ágio

Este elemento do direito empresarial, já mencionado anteriormente, é determinado pela diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido, vide o artigo 384 do Regulamento do Imposto de Renda. Complementa esta definição o artigo 20 do Decreto-Lei nº 1598/77, ao se referir ao ágio por rentabilidade futura, o chamado *good-will*.

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 - mais ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I do caput; e

III - ágio por rentabilidade futura (*goodwill*), que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores de que tratam os incisos I e II do caput.⁶⁵

Percebe-se que o ágio pode ser considerado como a diferença entre o custo de aquisição e o valor do patrimônio líquido, contabilizado na época da aquisição, vide o Pronunciamento técnico CPC 15, do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, sobre a definição de ágio:

O ágio pago por expectativa de rentabilidade futura (ou *goodwill*) reconhecido em uma combinação de negócios é a diferença entre o valor pago ou compromissos por pagar (ou valores a pagar, podendo ser também a aquisição por meio de emissão de ações da adquirente) e o montante líquido do valor justo dos ativos e passivos da entidade e/ou negócios adquiridos.⁶⁶

O conceito de ágio, em si, não é muito debatido na doutrina, sendo o tópico de estudo mais interessante para os doutrinadores no campo do planejamento tributário a forma pela qual este ágio será distribuído ou configurado. É o que será abordado nos casos concretos abaixo ilustrados.

6.2 Incorporação de ações

Esta modalidade de incorporação está prevista no artigo 252 da Lei das Sociedades Anônimas, o qual determina:

⁶⁵BRASIL, Decreto-Lei nº 1.598: promulgado em de 26 de dezembro de 1977

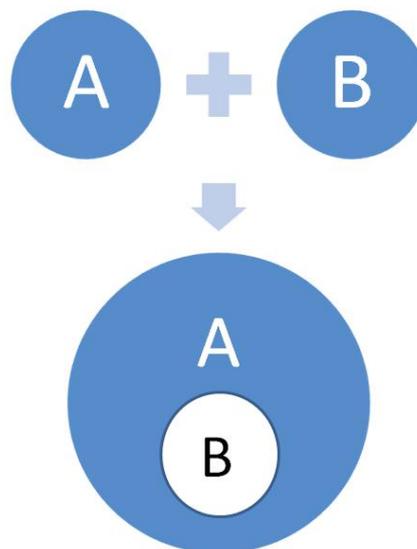
⁶⁶COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS. **Pronunciamento Técnico CPC 15(R1)**. Disponível em: <http://static.cpc.aatb.com.br/Documentos/235_CPC_15_R1_rev%2004.pdf>: Acesso em 11 de outubro de 2020.

Art. 252. A incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira, para convertê-la em subsidiária integral, será submetida à deliberação da assembléia-geral das duas companhias mediante protocolo e justificação, nos termos dos artigos 224 e 225.

Neste tipo de incorporação, a incorporada adquire as ações da outra sociedade, transformando a incorporada em subsidiária integral. Desta forma, surgem algumas diferenças entre a incorporação de sociedade e a incorporação de ação. Na primeira, ocorre a extinção da incorporada enquanto na segunda a incorporada não se extingue, mas se torna uma subsidiária da incorporadora, permanecendo com os seus direitos e deveres. A operação é relevante em seus efeitos tributários:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF.
 IRPF - OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES - INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL.
 A figura da incorporação de ações, prevista no artigo 252 da lei 6.404/76, difere da incorporação de sociedades e da subscrição de capital em bens. Com a incorporação de ações, ocorre a transmissão da totalidade das ações (e não do patrimônio) e a incorporada passa a ser subsidiária integral da incorporadora, sem ser extinta, ou seja, permanecendo com direitos e obrigações. Neste caso, se dá a substituição no patrimônio do sócio, por idêntico valor, das ações da empresa incorporada pelas ações da empresa incorporadora, sem sua participação, pois quem delibera são as pessoas jurídicas envolvidas na operação.⁶⁷

Na ilustração abaixo, "A" realiza a incorporação das ações de "B", tornando-a uma subsidiária integral.



⁶⁷BRASIL, CARF. Processo nº 10680.726772/2011-88, acórdão nº 9202-003.579. Relatora Maria Helena Cotta Cardozo. DJE: 01/06/2015

6.3 Incorporação às avessas

A interessante figura da incorporação às avessas é caracterizada pela operação na qual a empresa controlada incorpora a empresa controladora. Há razões pelas quais são realizadas estas operações, entre elas a concentração empresarial, objetivando o ganho de eficiência operacional ou maior diversidade de áreas de atuação; benefícios tributários e oportunidades de aquisição a preços baixos⁶⁸. Torna-se necessário, agora, conceituar empresa controladora e empresa controlada.

Segundo o artigo 116 caput e alíneas “a” e “b” da Lei das Sociedades Anônimas:

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:
 a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
 b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.⁶⁹

Assim, entende-se que a acionista ou empresa controladora é aquela que possui pelo menos metade mais uma das ações com direito ao voto, excepcionadas as hipóteses nas quais o estatuto social fizer previsão de um *quorum* diferenciado para a aprovação das deliberações⁷⁰.

De outra forma, a empresa controlada possui a sua conceituação no artigo 243 §2º da Lei 6404/76

Art. 243 § 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.⁷¹

⁶⁸RIBEIRO, Ricardo Ventura. **Incorporação de Companhia Controlada**. In. JR., Walfrido Jorge Warde (org.). **Fusão, Cisão, Incorporação e Temas Correlatos**. São Paulo: QuartierLatin, 2009. p. 110

⁶⁹BRASIL, Lei nº 6404: promulgada em 15 de dezembro de 1976

⁷⁰CASTRO, Rodrigo R. **Incorporação de Controladora: Motivação e Oportunidades, O Ágio como Exemplo**. In. CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de. (org.). **Reorganização Societária**, São Paulo: QuartierLatin, 2005. p. 245

⁷¹BRASIL, Lei nº 6404: promulgada em 15 de dezembro de 1976

6.4 Caso Focom

Um caso emblemático e que representa bem a reorganização societária estudada, no viés dos seus impactos tributários, é o processo administrativo CARF nº 16327.001715/2001-26 - Caso Focom.⁷²

Resumidamente, a situação fática do caso a ser analisado pode ser assim configurada:

- 1) Em 32 de agosto de 1987, foi constituída a Focom Fomento Comercial Ltda que possuía como objeto social “a assessoria na intermediação de operações de financiamento e compra de faturamento, compreendendo esta a aquisição, administração e garantia de liquidez dos direitos creditórios de pessoas jurídicas decorrentes de faturamento da venda de bens e serviços ("factoring)".⁷³
- 2) A já existente Philco Tatuapé Rádio e Televisão Ltda., detinha por objeto social: a) fabricação, montagem, compra e venda, consertos e instalação de produtos elétricos, mecânicos e eletrônicos, bem como a fabricação e comercialização de móveis ou artigos de mobiliário para acondicionamento e exposição de tais produtos; b) importação e exportação de tais produtos; c) representação de outras empresas, nacionais ou estrangeiras; participação em outras sociedades, como sócia, acionista ou cotista”⁷⁴
- 3) Em agosto de 1994, Philco vendeu os seus ativos para Itautec, encerrando as suas atividades operacionais, não possuindo movimentações em seus ativos ou passivos, tendo só acumulado prejuízos fiscais.
- 4) Em 10 de dezembro de 1997, a empresa Philco adquire da Itaú Promotora de Vendas Ltda. 98% das quotas votantes da Focom Fomento Comercial Ltda, tornando-se a sua controladora.

⁷²BRASIL, CARF. Processo nº16327.001715/2001-26

⁷³BRASIL, CARF, Processo nº16327.001715/2001-26. acórdão nº 101-94.127. Relatora Sandra Maria Faroni; DJE: 26/03/2003

⁷⁴Idem

- 5) Em 31 de dezembro de 1997, o Fisco averiguou que a Philco não possuía ativos nem passivos.
- 6) Em 27 de fevereiro de 1998, a Philco alterou o seu quadro de diretores, passando este a ser igual à da Focom Total e modificou o seu objeto social para a realização de operações de *factoring*, transformando a sua denominação para Focom Total Comercial Ltda.
- 7) Em 30 de março de 1998, a Focom Fomento Comercial torna-se subsidiária integral da Focom Total Comercial Ltda.
- 8) Durante os anos de 1998 e 1999, a Focom Fomento Ltda. começou a apurar lucros e os abater em 30% com os prejuízos fiscais acumulados.

Em vista da movimentação ocorrida, o Fisco aplicou multa à empresa, sob alegação de fraude na atividade de reorganização societária, com fins de obtenção de benefício tributário através da utilização dos prejuízos fiscais acumulados.

A primeira instância fiscal, composta pela 8ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo, reiterou os argumentos fazendários, sob o fundamento de que a incorporação acarreta em consequências jurídicas que ultrapassam a mera integralização de capital com ativos da incorporada⁷⁵. Vide ementa infra:

Ementa: COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS, INCORPORAÇÃO. Os prejuízos compensáveis são os sofridos pela própria pessoa jurídica, sendo defeso à incorporadora a compensação dos prejuízos fiscais advindos da incorporada quando referida transformação societária se deu de modo apenas aparente, viciada pela simulação, tendo de fato sido extinta a empresa que aparece com roupagem de incorporadora e sobrevivido a que é tida como incorporada MULTA DE OFÍCIO. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE, Restando comprovado o evidente intuito de fraude, cabível a aplicação da multa de ofício qualificada Lançamento Procedente. ⁷⁶

Em recurso administrativo, assentou o Recorrente que obedeceu a todos os requisitos dos artigos 224 a 227 da Lei 6.404/76, operando-se a extinção da incorporada de *pleno iure*, ocorrendo a sucessão de todos os direitos e deveres da incorporada para a incorporadora, não

⁷⁵BRASIL, CARF, Processo nº16327.001715/2001-26. acórdão nº 101-94.127. Relatora Sandra Maria Faroni; DJE: 26/03/2003

⁷⁶Idem

havendo qualquer restrição às operações e modificações realizadas. Ressaltou que todos os critérios foram supridos; as intenções expostas e seguidas; e os efeitos, os previstos, sendo desse modo a operação realizada um perfeito negócio jurídico e não uma simulação.

Na linha desse raciocínio a Conselheira Relatora, Sandra Maria Faroni, votou no sentido de considerar a reorganização tributária como um negócio jurídico indireto e não uma simulação. O Voto foi acompanhado, à unanimidade, pelos demais julgadores. Seguem os argumentos expostos, em suma:

- 1) Não há na lei qualquer restrição ou imposição para casos onde ocorre a incorporação da sociedade controladora pela sociedade controlada, seja deficitária ou superavitária, desde que possua motivos legítimos de reorganização tributária.
- 2) Há jurisprudência firmada no sentido de que a incorporação de sociedades com patrimônio positivo por sociedades de patrimônio negativo é permitida.
- 3) A simulação, sendo ela absoluta, necessita que a operação seja vedada legalmente ou por outra razão. Como no caso concreto não há interdição legal, a simulação seria impossível de ocorrer, não servindo para configurá-la a mera intenção de compensar prejuízos fiscais.

Portanto, pelos argumentos expostos, o CARF compreendeu que “não restou, assim, caracterizada a declaração enganosa de vontade, essencial na simulação, mas sim, um planejamento tributário (...)”⁷⁷

6.5 Caso KIWI BOATS

Embora nos planejamentos tributários concretos, previamente mencionados, exista sempre uma intenção da redução de um tributo, o planejamento tributário também pode ser realizado visando a manutenção de uma condição de tributação especial, conjuntura esta que será abordada no caso a seguir - o Caso Kiwi Boats.

⁷⁷BRASIL, CARF, Processo nº16327.001715/2001-26. acórdão nº 101-94.127. Relatora Sandra Maria Faroni; DJE: 26/03/2003

O planejamento tributário sob estudo encontra-se narrado e apreciado no processo administrativo CARF nº 11516.002462/2004-18 (acórdão nº 103-23.357) decorrente de auto de infração lavrado contra a empresa Estaleiro Kiwi BoatsLtda .⁷⁸

A situação fática do presente estudo pode ser assim exposta:

- 1) Em fevereiro de 1994, foi constituída pelos sócios Márcio Schaefer e Adelina Luz Schaefer o Estaleiro Kiwi Boats Ltda que tinha como objeto social a construção de embarcações.
- 2) Em abril de 1999, foi constituído o Estaleiro SchaeferYachts Ltda. pelos sócios Márcio Luz Schaefer e Raquel Ribeiro SzpoganiczSchaefer, tendo por objeto social a importação e exportação de materiais, equipamentos náuticos e embarcações; venda de equipamentos náuticos; reforma de embarcações; projetos navais; compra e venda de embarcações e construção de embarcações.
- 3) Em julho de 2000, os sócios primitivos do Estaleiro Yachts Ltda, Márcio e Raquel Schaefer retiraram-se da sociedade e nela ingressaram Adelina Schaefer e Pedro Odílio Phelippe, alterando o objeto social para a prestação de serviços de montagem, acabamento e manutenção de embarcações náuticas.
- 4) Em 2004, a autoridade fiscal constatou que ambas as empresas situavam as suas sedes no mesmo endereço, autuando a Kiwi Boats sob a alegação de simulação e omissão de receitas.

Com efeito, as empresas Estaleiro Yachts e Kiwi Boats se organizaram a ponto de que uma complementava a atividade da outra, cabendo a Kiwi Boats a emissão de notas fiscais relativas às operações, por exemplo, de manutenção do casco da embarcação, enquanto o Estaleiro emitiria as notas relativas aos serviços de montagem e acabamento da mesma embarcação.

⁷⁸BRASIL, CARF, Processo nº11516.002462/2004-18. acórdão nº103-23.357. Relator Paulo Jacinto do Nascimento; DJE: 15/05/2008

O Fisco compreendeu que ocorreu uma simulação na constituição da empresa Estaleiro Yachts, afirmando que a mesma somente foi criada com o propósito da divisão das receitas e, por conseguinte, da manutenção de ambas as empresas no sistema do regime tributário diferenciado SIMPLES. A divisão permitia que a receita bruta operacional das sociedades se mantivesse no limite estabelecido pela lei para a concessão do benefício fiscal. Foi lavrado auto de infração com base na legislação do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ), tendo por base o somatório das receitas auferidas pelas duas sociedades, sob a imputação de omissão de receitas caracterizada pela existência de saldo credor de caixa e de depósitos bancários de origem não comprovada.

Nota-se, portanto, que a Fazenda Nacional desconsiderou a estrutura jurídica individual de cada empresa, não só em seu sentido social mas também comercial, conforme eleita pelos sócios fundadores, na condução de suas atividades, para considerar o Estaleiro Schaefer e a Kiwi Boats como uma única Pessoa Jurídica, incidindo sobre esta “PJ unificada” a totalidade do IRPJ, excluído o regime fiscal diferenciado (SIMPLES)⁷⁹, por verificar que, não tivesse ocorrido a criação da segunda pessoa jurídica, com divisão de objeto social, a Kiwi Boats não mais aproveitaria do regime especial. A autuação se estendeu aos demais tributos reflexos, caso da Contribuição Social sobre Lucro Líquido, das Contribuições para a Seguridade Social etc, todos cumulados com multa qualificada de 150%.

Em sua impugnação administrativa, no que importa ao presente estudo, Kiwi Boats argumentou que: a sua exclusão do SIMPLES não deveria ocorrer, tendo em vista que a apuração de sua Receita Bruta anual ficou inferior aos limites legais impostos; a existência de duas empresas no mesmo endereço não é vedada por lei, sendo considerada uma forma lícita de redução de custos; a unificação dos faturamentos, proposta pela Fazenda, não possuía fundamento legal; as duas empresas possuíam objetos sociais distintos, devendo ser consideradas como Pessoas Jurídicas separadas; a multa de 150% era desproporcional pois não foi demonstrada a fraude, tornando-se confiscatória; era ilegítimo o lançamento do Imposto de Renda com base em extratos ou depósitos bancários devendo o Fisco ter verificado o vínculo entre os depósitos e a obtenção de receitas.

⁷⁹TUDISCO, Flávio e GOBBI, Rafael Gomes, **Caso Kiwi IN**. CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (org.). **Planejamento Tributário: Análise de Casos**. 2ª ed. São Paulo: MP ED, 2014. p. 197

A primeira instância administrativa teve por existente a simulação e confirmou a autuação da Fazenda:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário Ano-calendário: 2001 Ementa: MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO POR FRAUDE. APLICABILIDADE — É aplicável a multa de ofício agravada de 150%, naqueles casos em que, no procedimento de ofício, constatado resta que à conduta do contribuinte esteve associado o evidente intuito de fraude. SIMULAÇÃO. NEGÓCIO JURÍDICO DISSIMULADO. TRIBUTAÇÃO — Comprovada a ocorrência de simulação, o fisco pode alcançar o negócio já que se dissimulou, para proceder a devida tributação.⁸⁰

Em vista ao julgado, a Kiwi Boats apresentou Recurso Voluntário reiterando os argumentos já suscitados previamente, recurso este apreciado em 23 de janeiro de 2008 e ao qual a 3ª Câmara do Primeiro Conselho, no Acórdão nº 103-23.357, deu provimento, por unanimidade.

No Voto, o Conselheiro Relator, Paulo Jacinto do Nascimento, fez citação a Luciano Amaro para afirmar que inexistente “ilicitude na escolha de um caminho fiscalmente menos oneroso, desde que a menor onerosidade seja a única razão da escolha desse caminho”. Complementou, forte na doutrina de Ricardo Mariz de Oliveira, que a Constituição de 88 permite a utilização de estruturas jurídicas válidas, desde que lícitas, que permitam evitar incidências tributárias ou, ao menos, reduzi-las. Pode o contribuinte, portanto, valer-se de meios e formas lícitas para minorar a sua carga tributária, a título de elisão fiscal.

Naquele julgamento restou assentada a necessidade de o CARF analisar, para descobrir se o planejamento tributário incorre em simulação, se a forma do negócio jurídico empregado não se coaduna com o fato concreto, situação que configura a simulação. A conclusão foi no sentido de que não estava configurada a simulação no caso sob estudo, pois o mero fato de duas empresas ocuparem o mesmo endereço não é indício suficiente para configurar a simulação. Uma vez que não restou comprovado que a empresa não mantinha registros e documentações, o argumento de que o desmembramento das atividades teve como único escopo a economia tributária não se mostrou suficiente para a desconsideração dos atos e negócios jurídicos.

⁸⁰BRASIL, CARF, Processo nº11516.002462/2004-18. acórdão nº103-23.357. Relator Paulo Jacinto do Nascimento; DJE: 15/05/2008

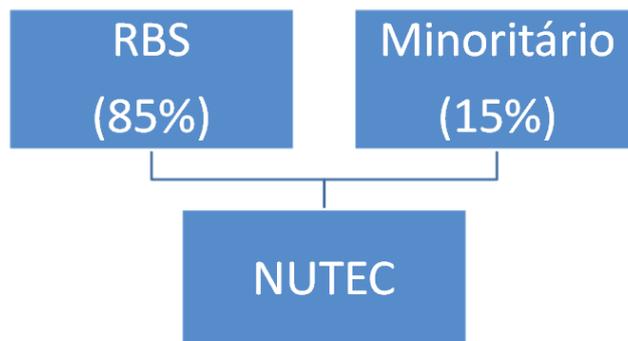
Por meio das razões expostas, o acórdão destacou que era ilegítima a unificação, por presunção, das receitas de ambas as empresas para a tributação do IRPJ, e, por consequência, anulou o auto de infração.

Nota-se, assim, que a aplicação do planejamento tributário visando a manutenção do regime de tributação favorecida através do desdobramento das atividades empresarial é considerado lícito pelo CARF, sendo uma extremamente versátil maneira de reorganização societária a permitir que a empresa, em plena expansão, permaneça beneficiária do favor tributário.

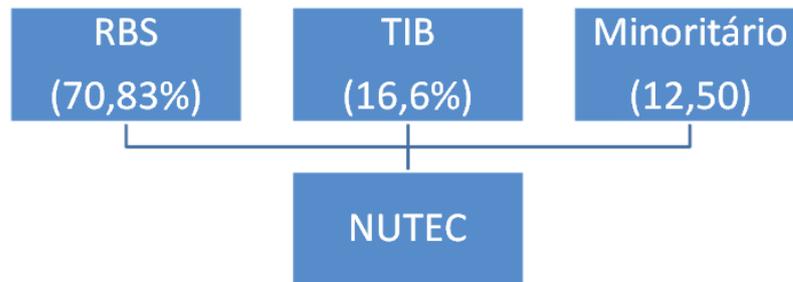
6.6 CASO RBS

Em mais uma operação do tipo “casa-e-separa”, o Caso RBS possui alta complexidade fática, razão pela qual somente alguns pontos-chave serão analisados. Os fatos narrados no processo CARF nº 11080.008088/2001-71 podem ser assim sintetizados:

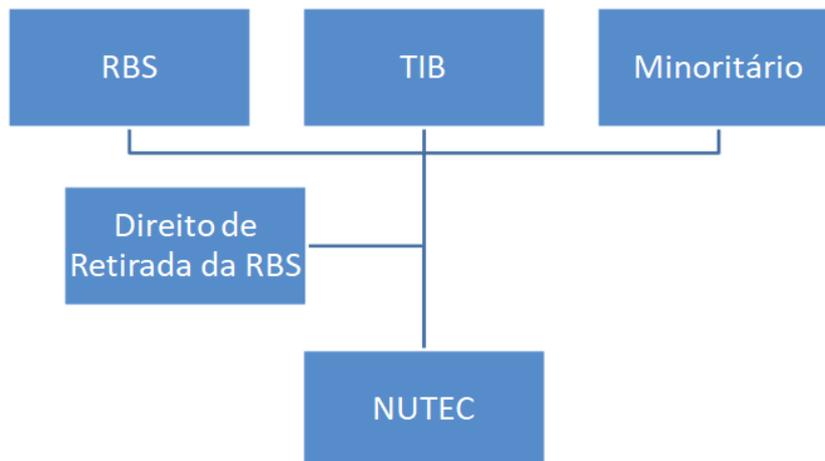
- 1) Inicialmente, nota-se que a empresa NUNTEC possuía o seu quadro acionário composto pela RBS, que detinha a maioria (85%) das ações, e outros sócios minoritários, que detinham (15%).



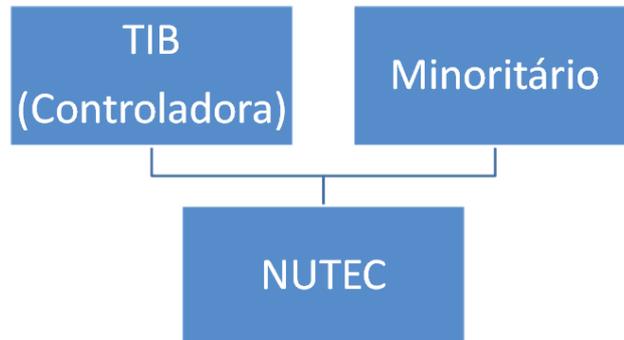
- 2) Posteriormente, a NUNTEC realiza um aumento de capital que é integralizado por um aporte financeiro da TIB, com alto ágio.



- 3) Ato contínuo, a RBS exerce o seu direito de retirada da empresa, levando consigo o montante equivalente à sua porcentagem das cotas da NUNTEC, estas que tiveram os seus valores acrescidos, em razão do alto ágio da TIB.



4) Por fim, a TIB resta como a controladora da empresa NUNTEC.



O efeito deste planejamento tributário é que, com o aumento do capital da NUNTEC e o aporte do elevado ágio da TIB - este que é direcionado às Reservas de Capitais da empresa -, um ganho de capital não tributável ocorreu. Sendo assim, a RBS, controladora da NUNTEC, no momento em que exerceu o seu direito de retirada, levou consigo o montante de capital correspondente à sua participação societária (85%) e teve um elevado ganho de capital não tributável.

Deste modo, em setembro de 2001, o Fisco apurou uma infração nas operações ocorridas no ano de 1999 que acarretaram a troca de controle acionário da empresa NUNTEC, passando o controle da RBS para a TIB. Para o Fisco ocorreu venda de participação societária, operação que é fato gerador de Imposto de Renda.

Os argumentos fazendários estavam embasados no fato de que a TIB e os Sócios Minoritários haviam firmado o “Acordo 2”, deixando claro o conhecimento de que a RBS sairia eventualmente do quadro acionário, tudo comprovando que toda a operação visava somente esconder a verdadeira intenção de compra e venda de ações. Assim, a Fazenda lançou os tributos devidos, cumulados com multas de 150%.

Pelo entendimento da primeira instância administrativa, o auto de infração foi correto, haja vista que ocorreu uma transação de alienação de participação societária através de uma

operação de aumento de capital com ágio, valendo-se as empresas de uma simulação para a evasão ilícita de I.R.⁸¹

Entretanto, em 30/03/05, divergindo do entendimento firmado pela primeira instância, a 1ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, no acórdão nº 101-94.340, compreendeu que:⁸²

- 1) Não basta o simples indício de fraude, é imprescindível a prova de que o ato negocial tenha sido praticado em sentido contrário à lei, devendo ser provado que havia intenção (dolo) de excluir ou modificar as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária;
- 2) A empresa autuada havia realizado negócios lícitos de forma lícita que lhe autorizavam a permanecer ou não como acionistas no capital da investida, com fundamento em seu direito de retirada e no resgate de suas ações por seu valor patrimonial
- 3) Os conceitos de simulação e negócio jurídico indireto não se confundem. Com isso, repele-se a ocorrência de simulação nos atos jurídicos, tendo ocorrido, ao máximo, negócio jurídico indireto.

Tendo em vista o posicionamento do CARF em prol do contribuinte, a Fazenda interpôs Recurso Especial contestando a decisão do Conselho, sob a justificativa de que ocorreu fraude, principalmente porque foram liberadas cauções de ações da NUTEC como garantia de empréstimos da RBS, além da renúncia da administração por parte da NUNTEC, estando a simulação englobada por esta patologia do planejamento tributário. Por sua vez, o Contribuinte apresentou Contrarrazões ao Recurso Especial sob o argumento de que não houve comprovação de dolo; e que a sua intenção era permanecer no capital da companhia investida.

Em 21/08/2010, foi publicado o acórdão nº 9101-000.483 da Câmara Superior de Recursos Fiscais, tendo os Conselheiros, por maioria de votos, negado provimento ao recurso fazendário, vez que existe simulação somente nas hipóteses onde deseja-se ocultar ou dissimular uma operação, e que, nos autos, foram apresentados pelo Fisco somente indícios de simulação.

Uma análise mais aprofundada do voto do Conselheiro Relator sobre a simulação do presente caso é mister. Segundo o Relator, o argumento da Fazenda, relativo à simulação,

⁸¹BRASIL, CARF. Processo: 11080.008088/2001-71. acórdão nº 101-94.340, Relator: Claudemir Rodrigues Malaquias; DJE:28/03/2011

⁸²FARIA, Renato Vilela. **Análise da Operação “Casa-E-Separa”**. In. CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes, **Planejamento Tributário: Análise de Casos**. 2ª ed., São Paulo: MP ED., 2014. p. 67-68

estava embasado em elementos meramente indiciários, vale dizer, em uma ilação retirada de um fato conhecido para buscar provar a existência de um fato desconhecido.

Fez o CARF distinção entre as presunções legais, também conhecidas como absolutas ou relativas; e presunções simples, também chamadas de presunções de *hominis*. Louvando-se nas lições de Moacyr Amaral dos Santos, o acórdão destacou que as presunções devem ser "graves, precisas e concordantes: graves, isto é, geradoras de probabilidade com eficácia de criar convicção; precisas, no sentido de se não prestarem a dúvidas ou contradições lógicas; concordantes, ou sejam convergentes para o mesmo resultado."⁸³

Após toda a situação fático-jurídica exposta, percebe-se que o planejamento tributário do tipo “casa-e-separa” é aceito pelo CARF como lícito, fornecendo ao contribuinte mais uma estratégia de proteção da quase abusiva tributação sobre ganho de capital existente no Brasil.

9. CONCLUSÃO.

De todo o exposto nota-se, portanto, a relevância do planejamento tributário sob vários aspectos: na área política, pois os governos lidam, justamente, com a fonte de arrecadação dos entes federados para a realização das atividades do Estado, através dos orçamentos públicos; na área econômica, uma vez que a estratégia tributária possibilita que as empresas reduzam ou evitem tributações que, se aplicadas, impediriam operações que normalmente não seriam atrativas, essa margem de escolha possibilitando ao empresariado nacional maior poder de gestão; na área jurídica, pois a temática envolve discussões profundas e pertinentes a respeito dos princípios da isonomia e da capacidade contributiva e, mesmo a nível internacional (os planejamentos tributários internacionais), da aplicação de Tratados e Convenções firmadas pelo Brasil.

O estudo de tal temática será constante, pois enquanto o Estado arrecadar através de tributos o intuito da redução da carga tributária existirá, e da boa compreensão das técnicas que permitem a diminuição dos encargos decorrerão vantagens competitivas aos melhores intérpretes das decisões administrativas e judiciais que envolvem o tema.

⁸³SANTOS, Moacyr Amaral, **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, 2º v. Editora Max Limonad: 1962. p. 395

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **Os 10 Anos da Norma Geral Antielisiva e as Cláusulas do Propósito Negocial e da Substância sobre a Forma Presentes no Direito Brasileiro**. Revista Dialética de Direito Tributário. Volume nº 192. São Paulo: Dialética, 2011.

BARRETO, Paulo Ayres. **Elisão Tributária: Limites Normativos**. São Paulo, 2008.288 f.Tese(Livre Docência do Departamento de Direito Econômico e Financeiro – Área Tributária) – Faculdade Ed Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

BRASIL, CARF, Processo nº11516.002462/2004-18. acórdão nº103-23.357. Relator Paulo Jacinto do Nascimento; DJE: 15/05/2008

_____. CARF, Processo nº16327.001715/2001-26. acórdão nº 101-94.127. Relatora Sandra Maria Faroni; DJE: 26/03/2003

_____. CARF. Processo nº 10680.726772/2011-88,acórdão nº 9202-003.579. Relatora Maria Helena Cotta Cardozo. DJE: 01/06/2015

_____. CARF. Processo nº 19515.001895/2007-1. acórdão nº1401-00.155. Relator:Alexandre Antônio Alkmim Teixeira. Recorrente: Klabin S.A Recorrida. DJE:23/10/2010.

_____. CARF. Processo nº 11080.008088/2001-71. acórdão nº 101-94.340, Relator: Claudemir Rodrigues Malaquias; DJE:28/03/2011

_____.Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. Decreto-Lei nº 1.598: promulgado em 26 de dezembro de 1977

_____. Lei nº 10.406: promulgada em 10 de janeiro de 2002

_____. Lei nº 5.172: promulgada em 25 de outubro de 1966.

_____. Lei nº 6404: promulgada em 15 de dezembro de 1976

_____. **TESOURO NACIONAL. Estimativa da Carga Tributária Bruta no Brasil - 2019.** Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9::::9:P9_ID_PUBLICACAO:32076. Acesso 23 setembro, 2020

CARNEIRO, Cláudio, **Curso de Direito Tributário e Financeiro**, v. 1, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASTRO, Rodrigo R. **Incorporação de Controladora: Motivação e Oportunidades, O Ágio como Exemplo.** In. CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de. (org.). **Reorganização Societária**, São Paulo: QuartierLatin, 2005.

COELHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado. **A Lacuna Legislativo-Tributária no tocante ao Instituto da Incorporação de Ações e a Jurisprudência do Carf.** Revista Dialética de Direito Tributário. v. nº195. São Paulo:Dialética, 2010.

COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS. **Pronunciamento Técnico CPC 15(R1).** Disponível em:<http://static.cpc.aatb.com.br/Documentos/235_CPC_15_R1_rev%2004.pdf>: Acesso em 11 de outubro de 2020.

CRUZ, André Santa. **Direito Empresarial**, 9ª ed, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo, 2019.

FABRETTI, Láudio Camargo.**Fusões, Aquisições, Participações e Outros Instrumentos de Gestão de Negócios: Tratamento Jurídico, Tributário e Contábil.** São Paulo: Atlas, 2005.

FARIA, Renato Vilela. **Análise da Operação “Casa-E-Separa”** . In. CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes, **Planejamento Tributário: Análise de Casos**. 2ª ed., São Paulo: MP ED., 2014.

GALHARDO, Luciana Rosanova; SILVA, Priscila Stela Mariano da; NETO, Estevão Gross, **Planejamento Fiscal – Um Embate entre Princípios Constitucionais Tributários**, (Coord.). JR, Pedro Ana, **Planejamento Fiscal – Aspectos Teóricos e Práticos**. São Paulo: QuartierLatin, 2005.

GRECO, Marco Aurélio. **Reorganização Societária e Planejamento Tributário**. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de. (org.). **Reorganização Societária**. São Paulo: QuartierLatin, 2005.

GRECO, Marco Aurélio, *apud* SANTOS, Rodrigo Baraldi dos, **O Planejamento Tributário em Reorganizações Societárias**. Coleção Academia-Empresa. v. 12. São Paulo: QuartierLatin, 2014.

GREGO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2011.

HUCK, Hermes Marcelo. **Evasão e Elisão -rotas nacionais e internacionais**. São Paulo: Saraiva, 1997.

IBPT. **Estudo sobre os dias trabalhados para pagar tributos**. Disponível em: <<https://ibpt.com.br/estudo-sobre-os-dias-trabalhados-para-pagar-tributos-2020/>>. Acesso: 25 de setembro 2020

KPMG. **Fusões e Aquisições 2019- 2º trimestre**, 2019, Disponível em: <<https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/br/pdf/2019/10/br-fa-2tri.pdf>> . Acesso em: 20 set. 2020

MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. São Paulo: Atlas, 2008.

MAMEDE, Gladston. **Manual de direito empresarial**. 13ª. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MUNIZ, Ian de Porto Alegre. **Fusões e Aquisições** – Aspectos Fiscais e Societários, 2ª ed. São Paulo: QuartierLatin, 2011.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Reinterpretando a Norma Antievasão do Parágrafo Único do Art. 116 do Código Tributário Nacional**. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, nº 76, jan. 2002.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Planejamento Tributário, Elisão e Evasão Fiscal, Norma Antielisão e Norma Antievasão**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). **Curso de Direito Tributário**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Ricardo Ventura. **Incorporação de Companhia Controlada**. In: JR., Walfrido Jorge Warde (org.). **Fusão, Cisão, Incorporação e Temas Correlatos**. São Paulo: QuartierLatin, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral, **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, 2º v. Editora Max Limonad: 1962.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **O Desafio do Planejamento Tributário**. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (org.). **Planejamento Tributário e o “Propósito Negocial”**. 1ªed. São Paulo: QuartierLatin, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **Norma Geral Antielisão**. In: MACHADO, Hugo de Brito.(org.). **Planejamento Tributário**. São Paulo: Malheiros; ICET, 2016.

_____. **O Abuso do Direito no Código Tributário Nacional e no Novo Código Civil**. In GRUPENMACHER, Betina Treigner (coord.). **Direito Tributário e o Novo Código Civil**. São Paulo: QuartierLatin, 2004.

TUDISCO, Flávio e GOBBI, Rafael Gomes, **Caso Kiwi IN**. CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (org.). **Planejamento Tributário: Análise de Casos**. 2ª ed. São Paulo: MP ED, 2014.

VIEIRA, Geraldo da Silva. **Reorganização Societária e Planejamento Tributário**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WAISBERG, Ivo. **Fusões, Incorporações e Aquisições** - Aspectos Societários, Contratuais e Regulatórios. In: JR, Walfrido Jorge Warde (org.). **Fusão, Cisão, Incorporação e Temas Correlatos**. São Paulo: QuartierLatin, 2009.

XAVIER, Alberto. **Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva**. São Paulo: Dialética, 2001.

YOUNG, Lúcia Helena Briski. **Planejamento tributário: Fusão, Cisão e Incorporação**, 8º ed, Curitiba; Juruá, 2014.