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

# REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA COMO INSTRUMENTO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO: ANÁLISE DOS CRITÉRIOS DE VALIDADE DA OPERAÇÃO SOB A ÓTICA DO CARF

**EMILLY SAMPAIO DE JESUS DA SILVA**

**Rio de Janeiro**
**2022**

**EMILLY SAMPAIO DE JESUS DA SILVA**

# REORGANIZAÇÃO SOsocietária COMO INSTRUMENTO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO: ANÁLISE DOS CRITÉRIOS DE VALIDADE DA OPERAÇÃO SOB A ÓTICA DO CARF

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 da Professora Dra. Clara Gomes Moreira.

**Rio de Janeiro**

**2022**

CIP - Catalogação na Publicação

SS586r

Silva, Emilly Sampaio de Jesus da
REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA COMO INSTRUMENTO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO: ANÁLISE DOS CRITÉRIOS DE VALIDADE DA OPERAÇÃO SOB A ÓTICA DO CARF / Emilly Sampaio de Jesus da Silva. -- Rio de Janeiro, 2022.
54 f.

Orientadora: Clara Gomes Moreira.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Reorganização Societária. 2. Planejamento Tributário. I. Moreira, Clara Gomes, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

**EMILLY SAMPAIO DE JESUS DA SILVA**

# REORGANIZAÇÃO SOsocietária COMO INSTRUMENTO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO: ANÁLISE DOS CRITÉRIOS DE VALIDADE DA OPERAÇÃO SOB A ÓTICA DO CARF

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 da Professora Dra. Clara Gomes Moreira.

Data da aprovação: __/__/____.

Banca examinadora:

_____
Professora Dra. Clara Gomes Moreira – FND/UFRJ (Orientadora)

_____
**Maysa de Sá Pitombo Deligne**

_____
**Paulo Arthur Cavalcante Koury**

_____
**Ramon Tomazela Santos**

**Rio de Janeiro**

**2022**

## RESUMO

O exame de planejamentos tributários estruturados em operações de reorganizações societárias está vinculado aos limites que os contribuintes devem observar ao organizar o negócio ou ato jurídico com objetivo de obter economia fiscal. Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo identificar quais os critérios e fundamentos jurídicos adotados pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais para legitimar ou deslegitimar planejamentos tributários.



**Palavras-chave:** planejamento tributário; reorganização societária; elisão; evasão; autonomia privada; propósito negocial.

## ABSTRACT

The examination of structured tax planning in corporate reorganization operations is linked to the limits that taxpayers must observe when organizing the business or legal act in order to obtain tax savings. In this context, the present work aims to identify the criteria and legal grounds adopted by the Administrative Council of Tax Appeals to legitimize or delegitimize tax planning.



**Key-words:** tax planning; corporate reorganization; elision; evasion; private autonomy; business purpose.

**SUMÁRIO**

**1 INTRODUÇÃO.....1**

**2 OPERAÇÕES DE REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA.....4**

**2.1 Reorganizações societárias.....4**

**2.2 Estruturação e Diferenciação das Operações de Incorporações de Sociedades e Incorporações de Ações.....8**

2.2.1 Incorporação de Sociedades.....8

2.2.2 Incorporação de Ações.....10

2.2.3 Breve Contexto Histórico da Legislação.....11

**2.3 Aspectos Fiscais e Não Fiscais das Operações de Incorporações.....13**

**3 PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ESTRUTURADO POR OPERAÇÕES DE REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA.....16**

**3.1 Reorganizações Societárias como forma de Planejamento Tributário.....16**

**3.2 Planejamento Tributário.....17**

3.2.1 Conceito de Planejamento Tributário – Estado Fiscal *versus* Contribuinte.....18

3.2.2 A Visão Libertária *versus* Visão Solidária.....21

3.2.3 Elisão Fiscal e Evasão Fiscal.....23

**3.3 O direito ao planejamento tributário e a norma geral antielisiva: limites e possibilidades interpretativas do parágrafo único do art. 116 do código tributário nacional.....25**

**3.4 A (in)constitucionalidade da norma geral antielisiva – ADI 2446.....28**

**3.5 A delimitação dos conceitos de simulação, de abuso de direito, e de fraude a lei através dos reflexos trazidos pelo Código Civil.....29**

**3.6 O conceito de propósito negocial e a delimitação de razões extrafiscais como critérios de legitimação de planejamentos tributários.....31**

**4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DOS FUNDAMENTOS UTILIZADOS PELO CARF EM JULGAMENTOS DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO FUNDADOS EM REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS.....33**

**4.1 Contexto jurisprudencial do CARF.....33**
**4.2 Análise de precedentes da jurisprudência administrativa federal.....34**

**5 CONCLUSÃO.....47**

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....51**

**PRECEDENTES DA JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA FEDERAL.....53**

# 1 INTRODUÇÃO

A reorganização societária se tornou prática comum no âmbito do mercado empresarial brasileiro e visa a simplificar grupos empresariais ao passo que aumenta sua lucratividade e/ou sua eficiência empresarial. Configura-se muitas vezes através da união de uma ou mais empresas, ou até mesmo pelo surgimento de novas sociedades resultantes da combinação de dois ou mais negócios ou empresas (PALLIS, 2006, p. 56).

As operações de reorganizações societárias são realizadas em razão de diversos objetivos empresariais, dentre eles, o foco no *core business*, na terceirização de atividades, nas divisões com baixa rentabilidade, na combinação de negócios, podendo ser realizadas, e.g., como preparação para operações de fusões e aquisições (*mergers and acquisitions*, M&A). Entretanto, a motivação que parece possuir peso significativo, principalmente no que tange às operações de incorporações e cisões, é a obtenção de vantagens tributárias que, de outra forma, não seria obtida (MUNIZ, 2015, p. 26 e 190). Desse modo, as práticas de reorganização societárias ocorrem não incomumente como instrumento de planejamento tributário.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) tem adotado diferentes posicionamentos ao examinar a validade das reestruturações empresariais quando utilizadas como mecanismo de planejamento tributário, portanto, o presente trabalho se destinará a analisar quais os critérios e fundamentos adotados pelo CARF para validar ou invalidar operações de planejamentos tributários com base em reorganização societária.

Este trabalho tratará das reorganizações societárias previstas na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, Lei das Sociedades Anônimas (S.A), quais sejam: cisões, incorporações e fusões, no âmbito do Estado brasileiro. Este trabalho, no entanto, se centrará de forma mais específica nas operações de incorporações de sociedades e incorporações de ações.

O primeiro ponto a ser analisado é a relação entre o Fisco e as sociedades empresárias, contribuintes. Relação esta que se caracteriza por um conflito de interesses, pois, de um lado se busca maior eficácia na aplicação das leis visando a angariar a maior arrecadação possível e, de outro lado, buscam-se mecanismos para obter a menor carga tributária admissível legalmente.

Nessa toada, surge o que se convencionou chamar de “planejamento tributário”, mecanismo pelo qual o contribuinte adota medidas lícitas voltadas à reorganização de suas atividades empresariais com o objetivo de não incorrer em um fato gerador de tributo ou de modo que sua atividade incorra em fato gerador de tributo de menor dimensão em relação à que existiria caso não tivessem sido adotadas tais medidas (GRECO, 2019, p. 202).

As reorganizações societárias, como instrumento de planejamento tributário, são negócios jurídicos muitas vezes desenhados com o objetivo de simplificar a estrutura societária maximizando a prestação de serviços e sua lucratividade. No âmbito das fusões, cisões e incorporações comumente se objetivam a padronização e unificação dos serviços prestados pelas sociedades envolvidas de forma a aproveitar sinergias e garantir a economia fiscal.

A problemática central no âmbito das reestruturações societárias ocorre quando a operação possui como único objetivo o aproveitamento das aberturas/vantagens contidas nas leis fiscais, ou seja, quando visa unicamente à diminuição da carga tributária, não estando a operação firmada sobre qualquer propósito negocial. Nesses casos, a autoridade fiscal tem compreendido como planejamento tributário ilícito.

O ordenamento jurídico brasileiro pretendeu rejeitar e impedir a prática de atos viciados por fraude, simulação ou abuso de direito. Assim, a fim de inviabilizar tais práticas ilícitas, admite-se a decretação da nulidade do ato fraudulento ou simulado imputando ao contribuinte os efeitos tributários que pretendeu evitar, acrescidos ainda da devida sanção pela prática do ato ilícito, como, por exemplo, aplicação de multa qualificada.

A Lei Complementar nº 104/2001 acrescentou o parágrafo único ao artigo 116 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

> 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. (BRASIL, 2001)

Todavia, tal dispositivo até a presente data carece de regulamentação no que tange ao procedimento de desconsideração de atos ou negócios jurídicos praticados pelos contribuintes. Diante disso, o CARF passou a delimitar os limites entre o planejamento tributário lícito e as estruturas abusivas que devem ser desconsideradas pelo órgão administrativo.

Dessa maneira, o presente trabalho realizará reflexões a partir da análise das decisões representativas de planejamentos tributários que foram fundados em reorganizações societárias, consideradas lícitas ou ilícitas pelo CARF, buscando por fim verificar quais critérios jurídicos foram adotados pelo órgão decisório administrativo para legitimar ou não a operação.

# 2 OPERAÇÕES DE REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA

## 2.1 Reorganizações Societárias

O cenário de globalização atualmente vivenciado se tornou um dos maiores fenômenos responsáveis por orientar o mundo dos negócios, impondo que as sociedades empresárias tenham um rápido e eficaz desenvolvimento econômico. Esse cenário vem gerando ainda um aumento desenfreado de competitividade no mercado empresarial (POGGIO, 2021, p. 178).

Assim, as sociedades utilizam de operações de reestruturações societárias não só para que consigam sobreviver no mercado nacional e enfrentar a concorrência externa, como também para elevar seu potencial operacional e maximizar sua lucratividade. As operações de reorganizações societárias, portanto, são arranjos societários utilizados com o intuito de melhorar a estrutura operacional e até mesmo tributária da sociedade.

Os arranjos societários se traduzem em transferências parciais ou totais do patrimônio das sociedades, ou simplesmente na alteração do tipo societário. Sendo possível afirmar que, muitas vezes, as reorganizações societárias ocorrem através da união de uma ou mais empresas, ou mesmo a partir do surgimento de novas sociedades, as quais resultam da junção ou combinação de dois ou mais negócios (PALLIS, 2020, p. 56). Em decorrência desse desenvolvimento global, diversos tipos de operações societárias ganharam importância, no ordenamento jurídico brasileiro, quatro tipos de reestruturações societárias se destacam, sendo elas, a transformação, a incorporação, a cisão e a fusão.

A presente pesquisa se limitará a analisar de forma específica a incorporação de sociedades e incorporação de ações. Entretanto, faz-se necessário contextualizar, de forma geral, os motivos que ensejam as hipóteses de reestruturações societárias no âmbito das sociedades brasileiras.

Ian Muniz (2019, p. 26) afirma que as operações de reorganizações societárias ocorrem desde os anos setenta e tem se intensificado em função de uma procura por maior eficiência empresarial. Defende também, que diversas são as razões que levam a tais arranjos societários,

como foco no negócio principal, eliminação daqueles de baixa performance, busca de recursos no mercado financeiro, terceirização das atividades industriais.

As reestruturações societárias, de forma geral, facilitam o acesso a novos mercados e atividades, viabilizam o aumento de poder de mercado, bem como são capazes de gerar eficiência administrativa e financeira através da exploração de sinergias de custos e complementariedade (BOTREL, 2017, p. 32). Portanto, os motivos que ensejam a realização de arranjos societários giram em torno de uma busca por maior eficiência da atividade empresarial ao passo que se visa à diminuição de custos, aumento da competitividade no mercado e a maximização dos lucros.

Embora possam produzir efeitos econômicos semelhantes, cada arranjo societário possui regras e desdobramentos próprios, no campo prático e jurídico, possuindo estruturas diferentes entre si (SURERUS; VIEIRA, 2020, p. 15). Dessa forma, torna-se pertinente uma breve síntese dos principais arranjos societários, para, posteriormente, debruçar a presente pesquisa de forma mais específica sobre as operações de incorporações societárias.

A Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das S.A.), regula as operações de reorganizações societárias, quais sejam: transformações societárias, cisões, incorporações e fusões. Importante destacar que tais operações constituem, antes de tudo, um processo de sucessão, pois uma pessoa jurídica transfere para outra um conjunto de direitos e obrigações de forma que a pessoa jurídica sucessora absorve o acervo líquido que lhe foi transferido para o exercício de uma atividade empresarial (MUNIZ, 2019, p. 83).

A transformação se trata de uma operação pela qual a sociedade empresária pode experimentar alteração de tipo societário (COELHO, 2020, p. 58), regulada pelo artigo 220 da Lei das S.A. (BRASIL, 1976)[1]. Nessa operação a sociedade altera seu tipo, sem que haja dissolução ou liquidação da sociedade, representando uma mudança de roupagem.

[1] Lei das S.A.: "Art. 220. A transformação é a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro."

A cisão, regulada pelo artigo 229 da Lei das S.A. (BRASIL, 1976)[2], trata-se de uma operação societária com característica preponderante de segregação parcial ou total do patrimônio da sociedade. Sendo, portanto, uma transferência de ativos da sociedade cindida para a sociedade que absorve parcela do patrimônio segregado. Destaca-se que nos casos em que a cisão se der com a extinção da sociedade cindida, as sociedades que absorverem o patrimônio da cindida a sucederão na proporção dos patrimônios líquidos transferidos, nos direitos e obrigações não relacionadas (PALLIS, 2020, p. 58).

Os motivadores das operações de cisão são bastante variados podem ser utilizados para fins de desconcentração, divisão, ou até mesmo para concentração empresarial, quando a transferência de parcelas do patrimônio da sociedade cindida formaliza uma combinação de negócios. Nesse contexto, tal operação comumente é utilizada como técnica para o desfazimento de sociedade e realocação patrimonial (BOTREL, 2017, p. 157-157).

O arranjo societário enquadrado como fusão está regulado no art. 228 da Lei das S.A. (BRASIL, 1976)[3], sendo a união de duas ou mais pessoas jurídicas, ou seja, como resultado de tal união surge uma nova pessoa jurídica, a qual sucede as sociedades que se fusionaram em todos os seus direitos e obrigações. Nessa toada, as sociedades que se extinguiram no processo de fusão são sucedidas e a nova sociedade, que absorveu o patrimônio das sucedidas, nada mais é do que sucessora (MUNIZ, 2019, p. 84).

A rigor, a fusão se traduz na constituição de uma nova sociedade empresária, fato que enseja certa rejeição pela operação, tendo em vista que a nova sociedade precisará de inscrição perante os órgãos governamentais. Além disso, algumas prerrogativas fiscais, como o aproveitamento de prejuízos fiscais das sociedades fundidas, extinguem-se com a fusão. Nesse contexto, as operações de reorganizações pautadas em fusões não costumam ser atrativas para as sociedades empresárias.

[2] Lei das S.A.: "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 [...]."
[3] Lei das S.A.: "Art. 228. 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 [...]."

A operação de incorporação de sociedades se traduz na forma do art. 227 da Lei das S.A. (BRASIL, 1976)[4], sendo uma operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhe sucede em todos os direitos e obrigações. Assim como ocorre nas operações de fusão, nas incorporações, a sucessão se configura de forma universal. No que tange às operações de incorporação de sociedades e incorporação de ações, estas serão analisadas de forma específica oportunamente.

Na ótica de Muniz (2019, p. 84-85), as operações de incorporações e fusões se diferenciam na medida em que, na fusão, há a extinção de todas as pessoas jurídicas participantes do processo, ao passo que se cria uma pessoa jurídica que sucede as demais. Já na incorporação uma pessoa jurídica preexistente absorve o patrimônio de uma ou mais pessoas jurídicas que se extinguirão no processo, portanto, aqui, sobreviverá uma única pessoa jurídica que corresponderá ao somatório dos patrimônios líquidos das demais pessoas jurídicas absolvidas no processo. Tal diferenciação também demonstra o motivo pelo qual as operações de incorporação são popularmente mais praticadas, ao passo que quase não se encontram operações de fusões no âmbito das sociedades brasileiras.

Diante dessa breve contextualização das principais formas de reestruturação societária, verifica-se que as operações não só possuem roupagens diferentes como também regramentos próprios, o que enseja consequências jurídicas distintas tanto no âmbito societário quanto no âmbito fiscal, apesar de os motivos que justifiquem as operações serem, de certo modo, parecidos.

Por conseguinte, tendo em vista que, para fins fiscais, as operações de incorporações societárias são mais atrativas, ao possibilitarem o aproveitamento de créditos e prejuízos fiscais entre as sociedades, o presente trabalho se limitará a analisar de forma específica as operações de incorporação de sociedades e incorporações de ações quando utilizadas como mecanismos de planejamento tributário. Discute-se acerca das consequências fiscais que tais operações geram para a sociedade empresária.

[4] Lei das S.A.: "Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações [...]".

## 2.2 Estruturação e Diferenciação das Operações de Incorporações de Sociedades e Incorporações de Ações

### 2.2.1 Incorporação de Sociedades

A incorporação de sociedades, conforme explanado anteriormente de forma geral, trata-se de uma operação pela qual uma ou mais pessoas jurídicas são absolvidas por outra, que assim lhes sucede em direitos e obrigações. Tal operação está regulada pelo artigo 227 da Lei das S.A (BRASIL, 1976) e agora também pelo artigo 1.116 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002)[5].

A operação de incorporação de sociedades poderá ocorrer entre sociedades de tipos societários iguais ou diferentes. Assim, torna-se plenamente possível que uma sociedade anônima seja incorporada por uma sociedade limitada. No entanto, a efetivação da incorporação traz como consequência prática a extinção da sociedade incorporada, ao passo que a incorporadora tem seu capital aumentado com a transferência do patrimônio líquido das sociedades incorporadas (BOTREL, 2017, p. 128).

Nessa operação, via de regra, os sócios das sociedades que foram incorporadas recebem, em troca das participações societárias extintas devido à incorporação, ações ou quotas (a depender do tipo societário da incorporadora) de emissão da incorporadora, conforme estipulado em acordo disposto em protocolo aprovado.

Todavia, ainda há duas situações em que as ações ou quotas extintas não serão objeto de substituição, quais sejam: nos casos em que o patrimônio líquido da sociedade incorporada é zero ou negativo, e nos casos em que a operação de incorporação envolve a controlada (única acionista) e sua subsidiária integral (BOTREL, 2017, p. 129). Nesses dois casos em específico, não há substituição das quotas ou ações dos acionistas das sociedades incorporadas pelas quotas ou ações das incorporadoras, pelo fato de que não há aumento do capital social da sociedade sucessora. Ou seja, não há transferência de patrimônio líquido e, consequentemente, não há aumento de capital na incorporadora.

[5] Código Civil: "Art. 1.116. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos."

No que tange à incorporação de sociedade de patrimônio líquido negativo, torna-se importante destacar que há entendimentos doutrinários diversos acerca da possibilidade ou não de se realizar tal operação. Essa forma de incorporação ganha ainda maior relevância quando utilizada como instrumento de planejamento tributário, pois sofre severas críticas pelo Conselho de Recursos Administrativos Fiscais (CARF).

Embora existam críticas sobre as incorporações de sociedades com prejuízos superiores ao seu capital, considerando ser uma hipótese de assunção de dívida e não uma operação de incorporação, cabe ressaltar que não há proibição expressa no ordenamento jurídico brasileiro acerca da possibilidade de incorporação de sociedade de patrimônio líquido negativo.

Assim, no entendimento de Sérgio Botrel (2017, p. 129-130), não parece ser adequado afirmar a impossibilidade da incorporação nesses moldes, tendo em vista que, em sede de direito privado, parte-se da premissa que a ausência de previsão legal confere liberdade ampla aos particulares, desde que não haja abuso de direito ou fraude na operação. No próprio conceito de incorporação, há a previsão da sucessão de todos os direitos e obrigações à incorporadora, desse modo, tal operação tem por consequência a sucessão universal imposta por lei, não sendo a sucessão uma causa da operação societária, mas sim uma consequência atribuída por lei.

Nessa toada, Muniz (2019, p. 191), defende que duas pessoas jurídicas em situações de lucratividade simetricamente opostas, na qual uma apresenta excessivos prejuízos ao passo que a outra apresenta expressivos valores a título de imposto de renda, através do processo de incorporação, uma pessoa jurídica poderá compensar seus lucros com os prejuízos da outra.

Neste momento em que se pretende apenas detalhar o conceito de operação de incorporação societária, já se verifica que há divergências tanto doutrinárias quanto na jurisprudência administrativa sobre a possibilidade de uma sociedade de pequeno ou médio porte incorporar uma companhia de grande porte, considerando a existência de prejuízo, mesmo não havendo qualquer tipo de vedação legal.

Tal divergência acarreta uma insegurança jurídica ao particular, a qual se perpetua no âmbito do direito tributário não só nessa configuração de incorporação, como também nas demais. Esse negócio jurídico, muitas das vezes, é desconsiderado pelo fisco à luz do artigo

116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional (BRASIL, 2001), sendo enquadrado pelo órgão administrativo julgador como planejamento tributário abusivo, conforme decisões que serão analisadas em momento oportuno.

No entendimento de Botrel (2017, p. 131), as incorporações possuem como um de seus motivadores o planejamento fiscal, de modo que, o particular ao realizar essa reestruturação visa, muitas vezes, a compensar prejuízos fiscais com resultados futuros dentro dos limites legais, o que justifica a pessoa jurídica superavitária ser incorporada pela deficitária.

### 2.2.2 Incorporação de ações

As incorporações de ações se trata de instrumento jurídico distinto das incorporações de sociedades, estando reguladas à luz do artigo 252 da Lei das S.A. (BRASIL, 1976)[6]. Tal instituto consiste na operação em que a totalidade das ações de emissão de uma companhia é transferida para outra companhia, convertendo a sociedade emissora das ações transferidas em subsidiária integral (BOTREL, 2017, p. 148).

A constituição de subsidiária integral pode ocorrer de duas formas: (i) originária ou (ii) derivada/superveniente. A aquisição originária ocorre na forma do artigo 251 da Lei das S.A. (BRASIL, 1976)[7], não sendo objeto do presente trabalho. No que toca à aquisição derivada de sociedade subsidiaria integral, esta pode ocorrer mediante a aquisição por sociedade brasileira de todas as ações de emissão de uma companhia, ou por meio de incorporação de ações.

Nessa modalidade de reestruturação societária, não há extinção da companhia cujas ações são incorporadas. De modo que, nas incorporações de ações, a totalidade das ações de emissão de uma companhia é utilizada para subscrever o aumento de capital de outra, configurando o negócio de transferência de ações entre sociedades, e não sócios (BOTREL, 2017, p. 148; SURERUS; VIEIRA, 2020, p. 17).

---

[6] Lei das S.A.: "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."

[7] Lei das S.A: "Art. 251. A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira. § lº A sociedade que subscrever em bens o capital de subsidiária integral deverá aprovar o laudo de avaliação de que trata o artigo 8º, respondendo nos termos do § 6º do artigo 8º e do artigo 10 e seu parágrafo único. § 2º A companhia pode ser convertida em subsidiária integral mediante aquisição, por sociedade brasileira, de todas as suas ações, ou nos termos do artigo 252."

A incorporação de sociedades e a incorporação de ações são institutos jurídicos distintos, uma vez que na incorporação de sociedades uma sociedade absolve a outra, extinguindo a incorporada; na incorporação de ações, o objeto de absorção são as ações de emissão de uma companhia pela incorporadora.

A sociedade empresária, ao optar pela realização de incorporação de ações, comumente, possui como motivadores a busca por menor complexidade, ao programar uma reestruturação societária, haja vista que, nessa modalidade se incorpora um negócio "a pleno vapor" que pode ser começado a explorar logo após o fechamento da operação (BOTREL, 2017, p. 150; SURERUS; VIEIRA, 2020, p. 18).

Entretanto, apesar de serem institutos jurídicos distintos, a presente pesquisa pretendeu recortar ambas as operações em razão do grande volume com que ocorrem. Ao longo ano de 2019 houve cerca de 1.449 operações de fusões e aquisições (M&A) no Brasil, das quais 1.217 foram estruturadas como aquisição de ações. Portanto, as operações de aquisições de ações corresponderam quase 84% das operações de fusões e aquisições realizadas no Brasil nesse período (SURERUS; VIEIRA, 2020, p. 16).

### 2.2.3 Breve Contexto Histórico da Legislação

Primordialmente, as operações de reorganizações societárias estruturadas como incorporações de sociedades eram reguladas pelo Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, o qual foi responsável pela introdução desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro através do artigo 152.

Tal diploma legal foi posteriormente revogado pela Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas), que regulamentou em seu artigo 227 as operações de incorporações, dispondo que "a incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações [...]" (BRASIL, 1976).

Tendo em vista que a incorporação foi regulada pela Lei das S.A. e diante da ausência de regulamentação dessa operação nos demais diplomas legais que regiam o direito societário à época, aplicava-se por analogia o artigo 227 da Lei das S.A. a todos os tipos societários que realizassem incorporações societárias.

O Novo Código Civil, Lei nº 10.406/2002, passou a regular em seu artigo 1.116, as operações de incorporações societárias de forma geral, em uma tentativa de sanar a ausência normativa. Essa regra não se aplica apenas às incorporações realizadas em sociedades anônimas que permaneceram sendo regidas pela Lei das S.A.

Contudo, o Código Civil, ao regulamentar não só as incorporações societárias como as operações de reorganizações societárias como um todo, foi alvo de diversas críticas. Muniz (2019, p. 90) afirma que o Código Civil em sua tentativa de regulamentar e preencher as lacunas legais em relação às reorganizações societárias, que antes só eram regidas pela Lei da S.A. e já necessitava de alguns "reparos", causou insegurança jurídica. Considerando as falhas e omissões contidas nos dispositivos do Código Civil em relação à temática, os dispositivos da Lei das S.A. devem continuar sendo aplicados de forma supletiva e complementar, nos pontos em que não conflitarem com as normas do Código Civil, inclusive quanto às sociedades simples.

Dessa forma, a insegurança jurídica nas operações de incorporações de sociedades e incorporações de ações começa justamente pela falta de um dispositivo legal que atenda à complexidade da operação, ou seja, uma norma jurídica que abranja todas as necessidades que uma incorporação demanda, de forma a gerar segurança aos operadores. Posteriormente, esta insegurança ganhou maior proporção, quando as operações foram utilizadas como mecanismo de planejamento tributário, como será explanada adiante.

Conforme já explicitado, as operações de incorporações de ações se diferem das operações de incorporações de sociedades, possuindo regramentos e procedimentos próprios.

As incorporações de ações são reguladas pela Lei das S.A., em seu artigo 252 (BRASIL, 1976)[8], possuindo procedimentos próprios. Cabe mencionar que, à luz do referido diploma legal, nas incorporações de ações não há a extinção da sociedade incorporada e tão pouco a sucessão de seus direitos e obrigações, tendo em vista que a sociedade que tem suas ações incorporadas é convertida em subsidiária integral, mantendo sua integridade patrimonial e administrativa (BOTREL, 2017, p. 153).

Analisando os artigos 252 e 227 da Lei das S.A. e 1.116 do Código Civil de forma conjugada, verifica-se que não há margem para interpretação extensiva das sociedades reguladas pelo Código Civil. Trata-se de uma operação societária que abrange apenas as sociedades anônimas.

A complexidade envolvendo a temática de incorporação de ações ocorre em relação à questão do ágio ou deságio (MUNIZ, 2019, p. 207), o qual possui uma série de desdobramentos previstos na legislação no que tange ao valor do custo de aquisição do investimento e o aproveitamento dele na ceara fiscal. No entanto, a presente pesquisa não analisará de forma pormenorizada questões atinentes ao cabimento ou não do aproveitamento do ágio, mas sim os critérios e fundamentos jurídicos utilizados pelo CARF para legitimar ou deslegitimar os planejamentos tributários elaborados pelos contribuintes e pautados em incorporações de ações. Isso tendo como objetivo identificar se tais critérios são legítimos e geram segurança jurídica ao contribuinte.

## 2.3 Aspectos Fiscais e Não Fiscais das Operações de Incorporações

As operações de incorporação societárias e incorporação de ações acarretam consequências em diversas áreas de uma sociedade empresária, sendo um processo de concentração empresarial, pelo qual se busca reunir patrimônio, de forma que elimine a concorrência e ganhe em economia de escala (MUNIZ, 2019, p. 189), bem como, maior eficiência operacional, financeira e de gestão.

[8] Lei das S.A.: "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.".

Assim, em um cenário de globalização, no qual as sociedades empresárias possuem cada vez mais a necessidade de buscar maior eficiência de mercado, e tendo em vista a competitividade acirrada, as reestruturações em uma sociedade, em especial as incorporações de sociedades e incorporações de ações, são uma saída para angariar maior poder de competitividade, maior eficiência em diversas facetas e inclusive melhores aproveitamentos fiscais.

Dessa forma, torna-se imprescindível destacar que, nas operações de incorporação de sociedades e incorporação de ações, há aspectos fiscais e não fiscais que motivam as sociedades a realizar tais operações.

Na medida em que há um aumento desenfreado na concorrência de mercado, as atividades empresárias utilizam diversos mecanismos para garantir seu espaço e aumentar seu poder de competição. Nesse cenário, as operações de incorporação representam alguns dos mecanismos utilizados. Logo, os aspectos concorrenciais se tornam um dos motivadores das operações de incorporação, pois a concentração empresarial viabiliza a atuação em mercados não explorados, aproveitamento sinérgicas através de economia no custo de produção, otimização de gestão e logística.

No entanto, apesar de existires diversos motivos que levam uma sociedade a optar por realizar um processo de concentração empresarial, um dos maiores motivadores na realização de operações de incorporação é o aspecto fiscal, ou seja, a vontade de auferir vantagens tributárias que, de certa forma, sem a realização dessa operação não seriam obtidas. Tais vantagens comumente estão relacionadas com o imposto de renda de pessoas jurídicas (IRPJ), no intuito de maximizar a compensação de prejuízos.

Todavia, as operações de reestruturações societárias, em seu aspecto fiscal, isto é, como mecanismo de planejamento tributário, não se restringem apenas ao âmbito do IRPJ. Os aspectos fiscais dessa operação atingem ainda os impostos indiretos, como o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) e o imposto sobre produtos industrializados (IPI), os quais podem ser objeto de planejamento tributário em decorrência dessa operação.

A título de exemplificação, há casos em que determinadas atividades acumulam créditos de ICMS e/ou IPI que não são aproveitados. Desse modo, faz sentido que outra atividade geradora de saldos a pagar de ICMS/IPI seja exercida sob a mesma personalidade jurídica, propiciando um melhor aproveitamento dos créditos fiscais excedentes (MUNIZ, 2019, p. 191).

Muito embora não possua vedação legal expressa no que diz respeito à realização de operações societárias, em especial as incorporações, com o objetivo exclusivo de angariar vantagens fiscais, os órgãos julgadores administrativos ficais comumente invalidam tais operações à luz do artigo 116, parágrafo único, do CTN, utilizando como fundamento, muitas vezes, a falta de propósito negocial, abuso de direito, fraude a lei, dentre outras fundamentações que oportunamente serão objeto de análise específica (BRASIL, 2001).

Dessa forma, o presente trabalho se delimitará a identificar nas decisões proferidas pelo CARF quais são os critérios utilizados para invalidar ou validar os planejamentos tributários realizados através de operações de incorporações de sociedades e incorporações de ações.

# 3 PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ESTRUTURADO POR OPERAÇÕES DE REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA

## 3.1 Reorganizações Societárias como Forma de Planejamento Tributário

Conforme já explanado anteriormente, nas operações de reestruturação societária, apesar de possuírem muitos aspectos em comum no que se cinge à motivação dos operadores ao praticá-los, os seus impactos fiscais comumente afetam de forma determinante a escolha de um modelo jurídico em detrimento de outros.

A alta carga tributária incidente em determinadas operações, por vezes, inviabiliza sua prática, não havendo qualquer ilegalidade expressa na escolha de um modelo jurídico que acarrete efeitos fiscais mais brandos. Inclusive, a escolha por um modelo de reorganização societária mais eficiente e menos custoso para seu negócio empresarial está respaldada nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da autonomia privada (BOTREL, 2017, p. 355).

Assim, tendo em vista a incidência de uma carga tributária densa sobre as sociedades empresariais no âmbito do mercado brasileiro, acrescida da necessidade de redução de custo e manutenção da competitividade, as reorganizações societárias se tornam uma relevante ferramenta objetivando economia fiscal.

Nessa toada, as sociedades empresárias utilizam das operações de reorganizações societárias como um instrumento de planejamento tributário. Operações essas que levam para o Direito Tributário roupagens societárias, tais como fusão, cisão e incorporação. O instrumento de planejamento tributário nas operações de reorganização societária visa a garantir maior eficiência empresarial ao passo que desonera o contribuinte de verbas e obrigações tributárias que não seria possível reduzir sem a reestruturação societária.

Como já explicitado, não há previsão legal que determine ilegalidade na escolha de um modelo de reestruturação societária que possua a menor carga tributária incidente. Entretanto, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) tem se debruçado acerca da temática, utilizando critérios de julgamentos subjetivos, sem que haja previsão legal para tanto. Esse fato gera insegurança jurídica aos contribuintes, pois não há parâmetros seguros para avaliar o

cabimento ou não da desconsideração ou requalificação dos fatos relatados pelo contribuinte (BARRETO, 2008b, p. 52).

Destaca-se que o CARF possui a árdua tarefa de distinguir planejamentos tributários lícitos das operações realizadas de forma ilícita passíveis de desconsideração pelos agentes fiscais. Desse modo, o órgão administrativo julgador tem entendido em suas decisões que os operadores de reorganizações societárias como forma de planejamento tributário devem possuir motivação econômica e/ou propósito negocial na escolha do modelo jurídico de negócio. Nesse cenário, o CARF tem exigido apresentação de provas referentes à motivação da técnica societária adotada na operação, de modo a comprovar que não foi implementada com o objetivo exclusivo de evitar ou reduzir a carga tributária devida.

Nessa linha de julgamento, o CARF parece defender de forma majoritária que os efeitos fiscais decorrentes da operação devem ser consequência e não causa do modelo jurídico adotado pelo contribuinte.

Assim, tendo em vista a crescente utilização de planejamento tributário através de operações de reorganização societárias e a insegurança jurídica trazida nos julgamentos do órgão administrativo julgador, torna-se imprescindível o estudo mais aprofundado dos mecanismos que envolvem o planejamento tributário.

## 3.2 Planejamento Tributário

O conceito de tributação sofreu uma constante evolução ao longo do tempo, tal evolução está estritamente ligada à concepção que se tinha do Estado à época. Tal evolução se dá na medida em que tributação e cidadania se aproximam, pois a existência do tributo nasce da própria necessidade de garantir direitos fundamentais.

Por conseguinte, o debate acerca do planejamento tributário é relevante não só sob as perspectivas jurídicas e econômicas, como também se tornou uma ferramenta politicamente importante. Tendo em vista que, o Estado brasileiro, se visto como Estado de Direito, terá dispositivos constitucionais em matéria tributária com objetivo prioritário a proteção do

patrimônio do cidadão, ao passo que, se visto como Estado Democrático de Direito, terá valores protetivos e modificadores da realidade social.

O artigo 3º, inciso I, da Constituição, estabelece que um dos objetivos do Estado brasileiro é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (BRASIL, 1988)[9]. Nesse dispositivo, a concepção de Estado fica configurada como sendo uma ponderação entre os valores de liberdade (Estado de Direito) e os valores de solidariedade (típica do Estado Social). Dessa forma, a tributação passou a ser compreendida sob o ideal de proteção da propriedade, mas também, como instrumento que viabiliza as mudanças sociais e implementação de políticas públicas previstas na Constituição (GRECO, 2019, p. 74).

Dada a concepção de Estado trazida pela Constituição o tributo se tornou uma imposição do Estado, sua obrigatoriedade é acrescida de uma carga tributária elevadíssima imposta aos contribuintes no âmbito do Estado brasileiro.

Em março de 2021 foi divulgado que a carga tributária bruta no Brasil no ano de 2020, do governo geral (governo central, Estados e Municípios), atingiu o percentual de 31,64% do produto interno bruto (PIB) do país (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2020, p. 5). Tal fato, somado à complexidade do sistema tributário e as constantes mudanças na legislação impulsionam os contribuintes a buscarem medidas, dentro da legalidade, que minimizem a incidência da carga tributária ou que até mesmo às elimine. Nessa toada, é cada vez mais relevante a preocupação do contribuinte em buscar estratégias que reduzam o impacto dos tributos sobre o patrimônio.

### 3.2.1 Conceito de Planejamento Tributário – Estado Fiscal *versus* Contribuinte

Conforme brevemente explanado, o tema do planejamento tributário está intrinsicamente ligado à ideologia adotada pelo Estado. O artigo 1º da Constituição (BRASIL, 1988)[10] estabelece que o Brasil se constitui como um Estado Democrático de Direito, se tratando de

[9] Constituição Federal: "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]."

[10] Constituição Federal de 1988: "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. [...]."

uma figura híbrida. Esta possui um caráter protetivo ao patrimônio do contribuinte, garantindo direitos como limitação ao poder de tributar, proteção ao direito de propriedade e segurança individual, mas também possui ideais e regramentos a respeito valores sociais capazes de modificar a realidade.

Dessa forma, o Estado deve encontrar um ponto de equilíbrio entre tais valores, de modo que seja possível proteger os interesses ligados à propriedade ao passo que assegure os valores sociais. Correlacionar o sistema tributário com a concepção de Estado é extremamente importante quando se fala em planejamento tributário, pois através dessa figura híbrida surgiu o que se denominou de realismo fiscal prestigiando valores sociais, tais como capacidade contributiva, isonomia, solidariedade, participação no custeio de serviços públicos, dentre outros. O formalismo fiscal prestigia também valores protetivos ao patrimônio, como legalidade, tipicidade, anterioridade, irretroatividade, entre outros.

Nesse contexto, em que o Estado está configurado como garantidor, sendo incumbido de financiar os direitos fundamentais do cidadão, faz-se necessário que seja estabelecida uma carga tributária elevada capaz de suportar o ônus financeiro que o cumprimento dessas obrigações estatais acarreta.

Ocorre que o particular, diante dessa pesada carga tributária, adota comportamentos buscando alcançar economia fiscal. O planejamento tributário nasce justamente através desses comportamentos, sendo conhecido como economia de imposto, um caminho lícito para realizar atos ou negócio jurídicos com o intuito de reduzir ou evitar a carga tributária incidente (AMARO, 1996, p. 45).

No que tange precisamente às sociedades empresárias, cabe destacar que, a legislação tributária, não possui um modelo de tributação neutro, o próprio legislador utiliza muitas vezes o tributo em caráter de extrafiscalidade, estimulando ou desestimulando determinadas atividades ou setores comerciais (AMARO, 1996, p. 45). Portanto, o próprio sistema tributário induz as sociedades empresárias a procurarem medidas que visem à economia de tributo.

Dessa forma, o planejamento tributário pode ser entendido como uma sofisticada engenharia tributária que através de instrumentos eficazes e legais submete as sociedades empresárias à exclusão, redução ou postergação do ônus tributário.

O posicionamento doutrinário majoritário reconhece que o particular não pode ser obrigado a optar pela via fiscalmente mais onerosa quando há meios de ordenar suas atividades de forma que a tributação seja mais branda (AMARO, 1996, p. 45). Desse modo, o contribuinte possui o direito de organizar sua atividade empresária a fim de diminuir a incidência de tributos em suas operações.

A partir da alteração realizada pela Lei Complementar nº 104 de 10 de janeiro de 2001, com a inserção do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional, os debates acerca da temática "planejamento tributário" ganharam uma nova roupagem. Com a introdução de tal dispositivo legal, a jurisprudência administrativa passou a oscilar entre limites radicalmente opostos quanto à legitimidade ou ilegitimidade das operações de planejamento tributário (BARRETO, 2008b, p. 52).

Muito embora o contribuinte possua o direito de optar pela forma de constituir e reestruturar sua atividade econômica, à luz dos artigos 5º e 170 da Constituição (BRASIL, 1988), a Receita Federal entende que as práticas de reestruturação societárias pautadas única e exclusivamente com o objetivo de diminuir ou reduzir a incidência tributária são ilícitos. Assim, o CARF cobra em seus julgamentos critérios como proposito negocial, substrato econômico, ônus efetivo, identidade de sujeitos, dentre outros.

Desse modo, a Constituição impõe diretrizes não só sobre o comportamento dos particulares, como sobre o comportamento das autoridades públicas. A dinâmica dos princípios constitucionais afeta de forma substancial a relação entre o fisco e o contribuinte, de modo que impõe limites ao exercício da competência tributária. Os princípios constitucionais mais relevantes, são: os princípios da legalidade (art. 5º e 150, I), irretroatividade (art. 150, III, "a"), isonomia (art. 150, II), anterioridade (art. 150, III, "b"),capacidade contributiva (art. 145, § 1º), a vedação ao confisco (art. 150, IV) a proteção ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido (art. 5º, XXXVI) e as imunidades (art. 150, VI; art. 153, § 3º, III; art. 155, § 2º, X; art. 155, §3º; art. 195, § 7º).

A Constituição, ao consagrar o rol de direitos fundamentais do contribuinte e os deveres da autoridade fiscal pretendeu garantir previsibilidade na conduta Estatal em relação aos atos e negócios jurídicos praticados pelo particular, de forma que o contribuinte não seja surpreendido pela autoridade estatal e que se tenha segurança jurídica na relação entre o fisco e o contribuinte.

### 3.2.2 A Visão Libertária *versus* Visão Solidária

O planejamento tributário considerado como lícito pela doutrina brasileira possui a terminologia de elisão fiscal, sendo entendido como a prática pelo contribuinte de ato ou negócio jurídico de forma que não se sujeite à incidência da norma tributária, ou seja, através de condutas lícitas o contribuinte pratica condutas que resultam na não incidência da norma tributária sobre o patrimônio, ou na diminuição do valor do tributo devido (BARRETO, 2008a, p. 194).

A doutrina brasileira possui posições divergentes acerca da elisão fiscal. Tais divergências se dão através do alcance das funções e interpretações dos princípios, regras e valores constitucionais.

Em virtude do aumento de práticas visando à elisão fiscal, Paulo Ayres Barreto (2008a, p. 195) alerta que, na doutrina brasileira, há em dois segmentos acerca da temática: a chamada visão liberal, defendida pelos defensores da liberdade, e a chamada visão solidária, defendida pelos defensores da solidariedade.

A visão liberal se baseia na visão tradicional do Direito Tributário, possuindo como pressupostos a liberdade e a segurança jurídica, de forma que o contribuinte tenha liberdade de agir de acordo com o ordenamento jurídico e as ações do Estado possam ser previstas e se tenha certeza e garantia dos direitos do particular. Tal visão está pautada em assegurar garantias ao contribuinte, de modo que os princípios constitucionais da capacidade contributiva e da isonomia são interpretados como prerrogativas do contribuinte e limitações ao poder de tributar.

O alicerce dessa da visão liberal sobre a elisão fiscal nada mais é do que a autonomia privada, de forma que o contribuinte, de maneira soberana, pode realizar atos ou negócios

jurídicos, observados os limites impostos pela legislação tributária. A intervenção do fisco com o objetivo de desconsiderar negócios jurídicos praticados pelos contribuintes somente deve ser dá de modo excepcional, mediante aplicação de norma antiabuso, ou seja, visando a reprimir os casos em que tenha dolo, fraude ou simulação.

Portanto, pela visão liberal, através do exercício da autonomia privada e da liberdade contratual, planejamentos tributários realizados em atenção à legalidade, ainda que visem apenas à economia fiscal, não são caracterizados como planejamento tributário abusivo.

A visão solidária, por sua vez, não se trata de um entendimento doutrinário contrário ao direito do contribuinte de se organizar buscando a economia de tributos. No entanto, diferente da visão liberal, a concepção de vícios como dolo, fraude e simulação são mais abrangentes, consagrando como abuso de forma a ausência de propósito negocial e a finalidade exclusiva de reduzir tributos.

Essa visão prestigia valores sociais, compreendendo que o Estado Democrático de Direito possui prerrogativas como diminuir a desigualdade social, garantir cidadania e a dignidade da pessoa humana. O sistema tributário nacional é uma ferramenta para o custeio de tais serviços públicos. Assim, ainda que o planejamento tributário esteja preenchendo os requisitos formais previstos em lei, se possuir como único e exclusivo objetivo a economia fiscal, será considerado planejamento tributário abusivo/ilícito.

Na visão solidária, o tributo existe para a manutenção do Estado e do bem-estar social. Dessa forma, a capacidade contributiva, para Marco Aurélio Greco (2019, p. 361), está atrelada à concepção de justiça e solidariedade, sendo pressuposto de fato, e existe na medida em que indica a aptidão que o particular possui para contribuir. O §1º do artigo 145 da Constituição dispõe que tal princípio é um critério para o rateio da exigência tributária objetivando custear as despesas públicas. É relevante para "graduar" a incidência de tributos, e não para justificar a instituição deles (BRASIL, 1988).

A capacidade contributiva se trata, portanto, de um instrumento utilizado pelo Estado para atingir seu objetivo fundamental (art. 3º, I, CF/88), promovendo uma sociedade mais justa e

solidária, de forma que aqueles que possuam mais aptidão para contribuir suporte uma carga tributária maior do que aqueles que possuem menos recurso.

A compreensão dessa divergência doutrinária se torna imprescindível para a compreensão do presente trabalho, pois nas decisões proferidas pelos órgãos administrativos julgadores se encontram resquícios de ambas as correntes, de forma que fomenta a insegurança jurídica nas decisões administrativas.

### 3.2.3 Elisão Fiscal e Evasão Fiscal

Diante do aumento de práticas pelos particulares visando à economia fiscal, a doutrina brasileira se debruçou sobre os conceitos de elisão e evasão fiscal, firmando entendimento quanto à diferenciação desses dois institutos.

A evasão fiscal se trata de uma fraude fiscal em sentido genérico, por meio da qual o particular com o objetivo de reduzir ou retardar o cumprimento de uma obrigação tributária utiliza atos ilícitos e dissimulados (DÓRIA, 1977, p. 38), e modifica as características do fato jurídico através de declarações falsas e divergentes da realidade.

Greco (2019, p. 99) afirma que a doutrina brasileira de forma unânime exclui do campo do planejamento tributário os atos ilícitos. Desta feita, a evasão fiscal, sendo uma operação caracterizada pela minimização da carga tributária mediante atos ilícitos, além de contaminar o planejamento tributário, possui sanções negativas pelo ordenamento jurídico.

No que tange a elisão tributária, Barreto (2008a, p. 208) a conceitua como uma conduta lícita tendente a evitar, reduzir ou postergar o pagamento de tributos, em atenção ao que prevê o ordenamento jurídico. O particular, portanto, ao praticar conduta elisiva está dentro do exercício regular de seu direito de organizar seu negócio jurídico.

Planejamento tributário e elisão são conceitos que reportam a mesma realidade. A diferença de tais conceitos se dá no que tange ao referencial adotado. O planejamento tributário possui como pressuposto a preocupação com as qualidades que revestem a conduta do contribuinte, como por exemplo a liberdade contratual, licitude da conduta, o momento em que

a conduta ocorre, entre outros. A elisão fiscal possui como ponto principal a análise da conduta praticada pelo contribuinte em relação à incidência e cobrança do tributo (GREGO, 2019, p. 96).

Além dos conceitos de elisão e evasão fiscal, surge na doutrina, como desdobramento das práticas de planejamentos tributários, o conceito de elusão fiscal.

Heleno Tôrres (2002, p. 237) afirma que elusão fiscal se trata de um fenômeno pelo qual o contribuinte de forma intencional, ou seja, dolosamente, cria estratégias visando a afastar a subsunção do ato jurídico praticado à incidência da norma tributária. Nesse instituto, o particular assume o risco pelo resultado procurando prioritariamente uma tributação menos onerosa, normalmente, através de meios atípicos.

Assim, os atos elusivos possuem uma roupagem lícita, no entanto, são praticados pelos contribuintes artificialmente, sem que haja causa jurídica, com o objetivo exclusivo de afastar a subsunção do negócio jurídico à incidência da norma tributária.

Ante a breve conceituação dos institutos que envolvem a temática planejamento tributário, pode-se concluir que a diferenciação entre a elisão fiscal e a elusão fiscal está ligada à causa jurídica pretendida pelo operador. Na elisão fiscal, o particular organiza seu negócio jurídico pelos meios lícitos, de modo que o negócio pretendido possui causa jurídica, não visando apenas à economia fiscal; ao passo que, na elusão fiscal, o particular se utiliza de atos sem causa jurídica, os quais afrontam até mesmo o direito privado.

Em razão do prejuízo fiscal gerado aos cofres públicos, a Lei Complementar nº 104 de 2001, acrescentou o parágrafo único ao artigo 116 do Código Tributário Nacional (BARRETO, 2008a, p. 179), pretendendo combater tais práticas através da desconsideração de atos que configurem elusão, o que consequentemente acarreta o aumento da arrecadação de tributos.

Essa intervenção estatal nos negócios jurídicos se dá em razão dos princípios constitucionais que protegem uma ordem econômica justa e solidária, a função social dos contratos, a propriedade e a livre iniciativa privada (TÔRRES, 2005, p. 563). Tal intervenção

deve ser realizada de forma equilibrada, de modo que atenda às prerrogativas da autonomia privada à luz do Estado Democrático de Direito.

O sistema tributário brasileiro prestigia a segurança jurídica e valoriza a previsibilidade dos atos estatais em face do contribuinte, logo, tem por objetivo erradicar a discricionariedade nas decisões da autoridade.

### 3.3 O direito ao planejamento tributário e a norma geral antielisiva: limites e possibilidades interpretativas do parágrafo único do art. 116 do código tributário nacional

Conforme já demonstrado, grande parte da discussão que envolve o tema planejamento tributário ocorre em relação aos requisitos de validade dos negócios jurídicos praticados pelo contribuinte e sua oponibilidade ao fisco (BOZZA, 2015, p. 14). Nesse cenário, verifica-se a importância de que seja desenhado os limites da autonomia privada na estruturação de planejamentos tributários.

A Constituição tutela o exercício da autonomia privada, da liberdade contratual, da propriedade e a partir dessas garantias que surgem as atitudes lícitas dos particulares visando à reorganização de seus negócios jurídicos. Por assim dizer, o planejamento tributário se tornou, ao entendimento de Tôrres (2002, p. 225), "técnica de organização preventiva de negócios" que através do emprego de meios lícitos tem por consequência, e não causa jurídica, a economia fiscal.

Desta feita, os particulares, quando organizam seus negócios da forma que melhor lhe convém pelas vias lícitas e obtém por consequência a economia fiscal, está agindo dentro do exercício regular de seu direito (FUNARO; SOUZA, 2007, p. 62).

No entanto, a Lei Complementar nº 104 de 2001, introduziu o parágrafo único ao artigo 116 do Código Tributário Nacional *in verbis*:

> 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. (BRASIL, 2001)

O dispositivo em questão tem como objetivo reprimir a prática de planejamento tributário firmado através de condutas que dissimulem a ocorrência do fato gerador, pois nesse caso a autoridade administrativa federal estará autorizada a desconsiderar atos e negócios jurídicos praticados pelos contribuintes.

O alcance do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional, bem como a constitucionalidade de tal dispositivo foi amplamente debatido pela doutrina brasileira, de forma que há grandes divergências doutrinárias. Alguns defendem que se trata de norma redundante, por visar a coibir a simulação, a qual já estava regulada pelo artigo 149 do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966)[11]. Outros afirmam se tratar de norma antielisiva, com o objetivo de controlar atos e negócios jurídicos praticados por particulares com a finalidade de economia fiscal (FUNARO; SOUZA, 2007, p. 61).

No entendimento de Barreto (2008a, p. 231) existe diferença semântica entre simulação e dissimulação, o que justifica a introdução do parágrafo único do artigo 116 do CTN. Na dissimulação há dois fatos: o fato construído pelo contribuinte e o que se pretendeu ocultar do fisco. O negócio jurídico dissimulado é aquele oculto pelo negócio jurídico e que é o negócio realmente desejado. Portanto, de forma assertiva, o dispositivo autoriza a requalificação dos fatos por parte da autoridade administrativa, se restar comprovada dissimulação no negócio jurídico praticado.

Já na visão de Luís Eduardo Schoueri (2010, p. 346) e na doutrina de forma majoritária, a redação do dispositivo é bastante criticável, pois se refere à dissimulação dos atos, mas parece, na realidade, autorizar que sejam afastados os negócios jurídicos simulados para que a lei atinja os dissimulados. Assim, a única inovação trazida pelo dispositivo seria a exigência de lei ordinária para regular os procedimentos de desconsideração de atos e negócios jurídicos.

No que tange à discussão acerca da constitucionalidade do dispositivo, esta ocorre de maneira vinculada ao próprio conteúdo e abrangência da norma. Greco (2019, p. 593), afirma que o dispositivo goza de presunção de constitucionalidade, tendo em vista ser formalmente constitucional. Além disto, os próprios princípios constitucionais e o Código Tributário

[11] Código Tributário Nacional: "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; [...]."

Nacional em si asseguram às autoridades fiscais realizar lançamento de ofício, quando restar comprovado que o particular adotou meios ilícitos para afastar a subsunção do fato a norma tributária.

Contudo, pode-se compreender que o parágrafo único do artigo 116 inovou no sentido de possibilitar a desconsideração de atos ilícitos, como também a desconsideração de condutas elusivas, que por meio de atos ilícitos e uma falsa causa jurídica se realizam atos com finalidade exclusiva de redução ou não incidência da carga tributária. Portanto, para que os negócios jurídicos praticados pelos contribuintes sejam oponíveis ao fisco, devem ser pautados em conduta coerente e consistente quanto ao conteúdo e forma utilizada.

No entanto, a problemática acerca da norma se configura quando tal dispositivo não assegura o equilíbrio, pois a norma abstrata não compreende a complexidade que as questões no caso concreto ensejam, de modo que muitas das vezes legitima a autoridade fiscal a desconsiderar atos e negócios jurídicos licitamente praticados (GRECO, 2019, p. 593).

O dispositivo em questão é norma de eficácia limitada, a qual só irá adquirir eficácia plena através da edição de lei ordinária que busque regular os procedimentos para a desconsideração de atos ou negócios jurídicos. Assim, ante a ausência de tal regulação, não pode o dispositivo ser invocado a fim de desconsiderar os atos ou negócios jurídicos celebrados pelos particulares (GRECO, 2019, p. 593).

Contudo, até a presente data, não houve a edição de lei ordinária que regule os critérios e procedimentos que devem ser adotados pela autoridade administrativa julgadora a fim de desconsiderar os negócios jurídicos praticados pelos particulares. A falta de norma reguladora faz com que o CARF delimite critérios e fundamentos, nos casos concretos, que separem e identifiquem quais são planejamentos tributários que podem ser considerados lícitos dos que devem ser considerados ilícito-abusivos e que, por consequência, devem ser desconsiderados e requalificados pelo fisco.

Desse modo, a inexistência de lei ordinária que regule os procedimentos de desconsideração dos atos jurídicos dificulta a aplicação do parágrafo único do artigo 116 do CTN. O CARF, por sua vez, acaba por delimitar critérios e fundamentos mediante conceitos

subjetivos para desconsiderar o planejamento tributário estruturado pelo contribuinte e realizar o lançamento de ofício, como a ausência de propósito negocial, finalidade extrafiscal, causa jurídica, o evento econômico e o *business purpose*.

### 3.4 A (in)constitucionalidade da norma geral antielisiva – ADI 2446

Diante da falta de regulamentação por lei ordinária do parágrafo único do artigo 116 do CTN e a acrescente insegurança jurídica acarretada pela jurisprudência administrativa fiscal, o dispositivo foi impugnado no Supremo Tribunal Federal através da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.446/DF, sob o fundamento de que o dispositivo ofende o princípio da legalidade, a tipicidade cerrada e da separação dos poderes (BRASIL, 2020).

Um dos pontos suscitados é o fato de o dispositivo depender de lei ordinária para exercer eficácia plena no ordenamento jurídico. Assim, apesar de haver duas tentativas de regulamentação nesse sentido, com a edição da MP 66/2002 e posteriormente com a MP 685/2015, o parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional até o presente momento não possui norma reguladora. De modo que não pode ser aplicado pelo fisco como fundamento para desconsiderar negócios jurídicos e lançamento de ofício.

O voto proferido pela Ministra Carmem Lúcia concluiu que a norma não proíbe o planejamento tributário, não sendo vedado ao particular, buscar, pelas vias legais e formas coerentes ao ordenamento jurídico brasileiro, a economia fiscal, quando o fato gerador não ocorre por ter sido licitamente evitado.

A relatora diferencia ainda a prática de evasão fiscal e de elisão fiscal. A primeira trata-se de negócio jurídico praticado com a finalidade de ocultar fato gerador já materializado com o objetivo de se eximir do pagamento de tributos devidos, a segunda, trata-se de diminuição lícita da carga tributária de modo que o particular se organize para evitar a relação jurídica que faria nascer o fato gerador. Nesse contexto, seu voto afirma que a denominar o parágrafo único do artigo 116 do CTN de “norma antielisão” é inapropriado, sendo na realidade uma norma de combate a evasão fiscal.

Apesar de a maioria dos votos serem pela liberdade do particular elaborar planejamentos tributários visando à menor carga tributária, o julgamento da ADI permanece sem conclusão. Tal julgamento evidencia a polarização de entendimentos acerca da possibilidade de realização de planejamentos tributários, pois anos após a introdução do artigo 116 no Código Tributário Nacional o Supremo Tribunal Federal ainda está decidindo sobre a constitucionalidade do dispositivo.

### 3.5 A delimitação dos conceitos de simulação, de abuso de direito, e de fraude a lei através dos reflexos trazidos pelo Código Civil

A reação instintiva do contribuinte perante a exigência de tributos por parte do Estado é adoção de medidas com a finalidade de se abster de tal obrigação, através de práticas que podem ser enquadradas pelo fisco como elisiva, elusiva e evasiva.

Assim, considerando que o presente trabalho possui como objeto a análise das decisões proferidas por órgão administrativo, torna-se imprescindível a delimitação de alguns conceitos utilizados pelo CARF para deslegitimar planejamentos tributários.

Os critérios usados pelo ordenamento jurídico brasileiro para qualificar a conduta do particular como evasiva não costumam destoar. A dificuldade gira em torno dos limites entre a legítima economia de tributos e a elusão fiscal. Desse modo, deve haver a análise dos instrumentos utilizados pelo contribuinte ao elaborar o planejamento tributário, a fim de verificar se são legítimos ou não (TÔRRES, 2002, p. 224).

O artigo 149 do CTN, em seu inciso VII, confere à autoridade administrativa a competência de realizar o lançamento de ofício quando se comprove que o particular agiu com dolo, fraude ou simulação (BRASIL, 1966).

A figura da simulação perante o Direito Tributário se revela quando há divergência entre o que o contribuinte declarou e a sua vontade ao praticar determinado ato (XAVIER, 1982, p. 25), ou seja, realizar uma conduta que possui uma determinada aparência, mas na realidade se trata de outra coisa (FERRAZ JÚNIOR, 2010, p. 10).

Quanto à simulação o Código Civil de 2002 preceitua ainda em seu artigo 167 que “é nulo negócio jurídico simulado” (BRASIL, 2002). Portanto, tal dispositivo do Código Civil passou a atingir aos atos simulados oponíveis ao fisco pois, sendo uma hipótese de nulidade do negócio jurídico, o ato praticado estará viciado desde a sua declaração, e não surtirá os efeitos que lhe são próprios (GRECO, 2019, p. 288). Dessa forma, o fisco, quando verificar de forma comprovada que o ato está pautado em conduta simulada, pode se recusar a aceitar o efeito tributário pretendido pelo contribuinte.

Abuso de direito em atenção ao artigo 187 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002)[12] configura ato ilícito. Portanto, condutas realizadas por meio de abuso de direito não mais estão na ceara do planejamento tributário/elisão fiscal (GRECO, 2019, p. 618). Importante destacar que não existem critérios objetivos para determinar o que é abuso de direito, o direito privado caracteriza a conduta como aquela que ultrapassar os limites impostos pela boa-fé, pelo fim social ou pelos bons costumes.

Desse modo, a avaliação subjetiva do que se considera abuso de direito deve ser pautada à luz dos valores constitucionais delimitados pelos artigos 1º e 3º da Constituição, como ética, dignidade, liberdade e solidariedade (GRECO, 2019, p. 619).

O conceito de fraude à lei é estabelecido pelo artigo 166, inciso VI, do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002)[13]. Nesse caso, há uma afronta indireta à lei, sendo nulo o negócio jurídico que possuir o objetivo fraudar lei imperativa. Tratando-se de uma ação fundada em atos aparentemente lícitos, mas que violem o princípio da norma cogente (BARRETO, 2008a, p. 159). Por conseguinte, fraudar a lei consiste em praticar atos lícitos para contornar uma norma imperativa (GRECO, 2019, p. 262).

Importante ainda destacar que, em relação à "fraude", há duas situações distintas: (i) fraude à lei, já conceituada antes, e (ii) fraude contra o fisco, que se trata de violação direta à norma tributária, ou seja, o contribuinte infringe diretamente norma que assegura um direito ou crédito ao fisco (GRECO, 2019, p. 263).

Portanto, a fraude à lei, a simulação e o abuso de direito contaminam o negócio jurídico praticado em decorrência de planejamento tributário (GRECO, 2019, p. 291), sendo considerados atos elusivos, ou seja, realizados mediante negócios jurídicos aparentemente lícitos, mas contendo vícios em sua causa jurídica.

[12] Código Civil de 2002: "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."
[13] Código Civil de 2002: "Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: [...]VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; [...]."

### 3.6 O conceito de propósito negocial e a delimitação de razões extrafiscais como critérios de legitimação de planejamentos tributários

No campo do direito tributário, além das exigências tradicionalmente trazidas pela doutrina majoritária, encontra-se na jurisprudência administrativa a exigência de certos requisitos para a validação do planejamento tributário (BOZZA, 2014, p. 13).

Assim, além de atender à legalidade e não estar contaminado de vícios, o contribuinte, ao elaborar seu planejamento tributário, deve justificar, de forma clara, a existência de propósito negocial na operação e motivos extrafiscais para sua realização.

Quanto às operações de reorganizações societárias, as sociedades empresárias ao realizarem a reestruturação de suas atividades, devem justificar de forma contextualizada qual o propósito negocial da reestruturação, os motivos não preponderantemente fiscais que ensejaram sua realização, como motivos econômicos, a fim de convencer a autoridade fiscal de que a conduta não possui finalidade exclusiva de economia fiscal.

A discussão central do planejamento tributário se dá justamente em relação à validade do negócio jurídico realizado pelo particular e sua oponibilidade ao fisco. Nesse contexto, é imprescindível que as sociedades empresárias atendam às exigências impostas pela autoridade administrativa, a fim de que seus atos jurídicos não sejam desconsiderados pela autoridade através da aplicação do artigo 116, parágrafo único, do CTN.

No entanto, a maior dificuldade em relação às exigências impostas pela autoridade administrativa se passa em relação aos direitos do particular em elaborar planejamentos tributários visando a organizar sua sociedade empresária e os limites do planejamento tributário.

Entende-se como proposito negocial, *business purpose*, o propósito ligado à atividade empresarial. Dessa forma, os atos jurídicos praticados pelas sociedades empresárias devem atender à finalidade de sua atividade empresarial (MACHADO, 2007, p. 50).

A teoria do propósito negocial se pauta em critérios subjetivos, através de uma análise da real intenção do particular ao realizar determinada conduta, assim, se há outros objetivos, que

não a economia fiscal, a operação é considerada legítima (BARRETO, 2008a, p. 232). Importante destacar que não há qualquer previsão legal que exija o propósito negocial nas operações, sendo um critério criado pela autoridade administrativa julgadora.

Barreto (2008a, p. 233-234) identifica dois problemas relacionados à exigência de propósito negocial para legitimação de planejamentos tributários. A primeira problemática se configura quando o fisco entende como abuso a finalidade exclusiva de economia de tributo, pois no ordenamento jurídico brasileiro não há vedação expressa a negócios jurídicos estruturados de forma lícita, atendendo aos dispositivos do direito privado. O segundo problema está na fundamentação legal da exigência de propósito negocial estar pautada no princípio da solidariedade, pois tal princípio não é o único conteúdo normativo inserido na Constituição havendo uma série de outros comandos, como legalidade, segurança jurídica, dentre outros.

A título de exemplo, o CARF vem entendendo que o uso de "empresas-veículo" para dedução fiscal de ágio gerado pela operação de aquisição de participações societárias carece de propósito negocial, possuindo como único objetivo a transferência de ágio a fim de realizar a dedução fiscal do referido valor[14]. Portanto, tendo em vista a falta do que o fisco considera como propósito negocial, o negócio jurídico praticado pelo contribuinte, ainda que respeite a legalidade, é desconsiderado pela autoridade administrativa.

Diante do exposto, a presente pesquisa irá analisar os critérios utilizados pelo CARF ao desconsiderar negócios jurídicos firmados por contribuintes através de reorganizações societárias, a fim de identificar quais os limites impostos pela autoridade administrativa à elaboração de planejamentos tributários. Tal análise torna-se relevante, quando a insegurança jurídica assombra os contribuintes que não conseguem identificar quais os limites lícitos para a elaboração de planejamentos tributários, ao passo que o próprio fisco carece de parâmetros seguros que possam fundamentar a desconsideração do negócio jurídico e sua requalificação através do lançamento de ofício (BOZZA, 2015, p. 238).

[14] Acórdão nº 103-23290, de 5 de dezembro de 2007 e Acórdão nº 1401-000868, de 18 de dezembro de 2012

# 4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DOS FUNDAMENTOS UTILIZADOS PELO CARF EM JULGAMENTOS DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO FUNDADOS EM REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS

## 4.1 Contexto Jurisprudencial do CARF

O tratamento dado pelo órgão administrativo julgador aos planejamentos tributários pautados em operações de reorganização societária não tem sido uniforme. Há uma clara variação na aplicação de conceitos como simulação, abuso de direito, fraude a lei.

Botrel (2017, p. 355) ressalta que o CARF tem dado especial atenção às operações de reorganização societária, tendo em vista seu impacto na tributação. No entanto, alerta para os critérios de julgamento utilizados pelo órgão são baseados em convicções subjetivas, que têm ensejado insegurança jurídica aos contribuintes. O autor destaca que dentre os critérios que mais chamam a atenção está a exigência de se optar por modelo jurídico que possua "motivação econômica"/ "propósito negocial".

Nesse contexto, torna-se relevante a análise jurisprudencial das razões que motivam o CARF a desconsiderar as operações de reorganização societária no que tange aos seus efeitos fiscais.

A análise jurisprudencial das decisões se limitará às operações de incorporação de sociedade e incorporação de ações. Tais operações comumente são utilizadas pelos particulares não só com o intuito de reestruturarem sua atividade empresarial, garantindo aproveitamento de sinergias, de gestão, aumento de lucro e competitividade mercantil, como também são utilizadas com o intuito de obter economia fiscal.

A discussão que paira sobre a temática ocorre justamente quando o particular tem o objetivo de organizar sua atividade empresarial de modo que obtenha economia fiscal, pois não há limites claros fixados no ordenamento jurídico brasileiro para tal prática e tão pouco se pode contar com entendimento jurisprudencial administrativo firmado. Isso acontece porque os precedentes administrativos divergem de forma brusca no que tange à validade de um planejamento tributário estruturado em reorganizações societárias.

Diante da controvérsia jurisprudencial e doutrinária acerca dos limites da utilização de planejamentos tributários fundados em incorporação de sociedades e incorporação de ações, a análise das decisões proferidas pelo órgão administrativo federal permitirá (i) a verificação de critérios e fundamentos utilizados pelo órgão para desconsiderar os efeitos fiscais das operações; (ii) identificar a divergência de posicionamento entre as Turmas julgadoras; (iii) a necessidade de conclusão do julgamento da ADC 2446 que caminha para a determinação da constitucionalidade do parágrafo único do artigo 116 do CTN e (iv) a necessidade de regulamentar o parágrafo único do CTN para que se garanta segurança jurídica e isonomia aos particulares que praticam estruturas de planejamento tributário.

## 4.2 Análise de precedentes da jurisprudência administrativa federal

Haja vista a possibilidade de o contribuinte organizar seu negócio jurídico com artificialidade acerca dos institutos, formas e tipos previstos no Direito Privado, o CARF possui papel fundamental no exame da legitimidade e validade dos atos e negócios jurídicos praticados pelos contribuintes.

Desta feita, considerando a possibilidade de haver planejamentos tributários estruturados com atitudes ilícitas (evasão ou elusão fiscal), cabe ao fisco controlar as operações a fim de determinar sua licitude ou ilicitude, verificando se o ato ou negócio jurídico se configurou em (i) evasão, (ii) elusão fiscal, (iii) simulação ou (iv) negócio jurídico válido e lícito visando a economia de tributos.

Nessa toada, a inteligência do CARF tem entendido que, em atenção ao parágrafo único do artigo 116 do CTN, as operações societárias utilizadas através de atos artificiais, como mecanismo de um possível "planejamento tributário", podem ser desconsideradas quando comprovado que o particular (i) visou exclusivamente a economia de tributos e/ou (ii) praticou de atos lícitos, observando o ordenamento jurídico pátrio, mas de forma a ocultar o real propósito da operação, sem que tenha causa jurídica.

Assim, o exame da legalidade de tais operações não pode se tratar de uma análise meramente formal, faz-se necessário que a autoridade fiscal paute sua acusação em indícios

coletados com a finalidade de alcançar a verdade material, ou seja, o real objetivo/motivação que ensejou o particular a se estruturar de determinado modo.

Os precedentes recortados para serem analisados no presente trabalho foram selecionados sob o critério de diversidade de fundamentações e argumentações jurídicas utilizadas pelo órgão administrativo julgador.

Inúmeras são as autuações lavradas em face do contribuinte, pessoa jurídica, que organizou seu negócio jurídicos através de operações denominadas pela autoridade fiscal como "incorporação às avessas". Tal operação se trata de uma reorganização societária que se configura através da incorporação de uma pessoa jurídica operacional e lucrativa por uma outra pessoa jurídica inapta que contêm prejuízos fiscais acumulados.

Essa forma de reestruturação societária não apresenta muita lógica se analisada sob a ótica empresarial. Uma sociedade empresária nada mais é do que uma entidade que tem por finalidade angariar lucro. Desse modo, em primeiro momento, não é possível enxergar lógica na operação em relação à motivação econômica. Contudo, as incorporações às avessas gera uma oportunidade de melhor aproveitamento de prejuízos fiscais, aproveitamento esse que não aconteceria caso a operação se realizasse com a incorporação da deficitária pela lucrativa.

A autoridade estatal ao desconsiderar o planejamento tributário praticado pelo contribuinte e enquadrá-lo como abusivo deve pautar seu julgamento, através de documentos, prova testemunhal, confissão, entre outros mecanismos de provas previstos em lei, que demonstrem inconsistência da estrutura do negócio jurídico ou vício na causa jurídica da operação. O Conselheiro Leonardo de Andrade Couto, no Acordão nº 1402001.409, afirma que não assiste razão a acusação da autoridade fiscalizadora em virtude de não ter sido devidamente comprovado pela fiscalização. Tôrres (2002, p. 259), firmou entendimento similar, no sentido de que a desqualificação do negócio jurídico e a consequente aplicação de multa somente se dará com a caracterização do dolo, ou seja, com a comprovação de que o contribuinte possuía o dolo de alcançar aquele resultado.

Desse modo, o CARF muitas das vezes realiza a desconsideração da operação e consequentemente determina a glosa da compensação dos prejuízos, por entender se tratar de

uma operação simulada. Isso porque na prática a incorporadora seria a incorporada, de forma que inexistiria o direito à compensação dos prejuízos fiscais.

O Conselho julgou ainda a validade e a licitude de uma reorganização societária em outubro de 2013 através do Acórdão nº 1401001.059[15] (Caso Banco Mercedez Bens do Brasil S/A). Nesse julgamento, houve a análise de uma intrincada operação de reorganização societária como mecanismo de planejamento tributário que se estruturou em *step transactions*, ou seja, se deu através de operações em separado visando a um resultado único.

Assim, diante das complexas operações de reorganizações societárias praticadas pelo particular, o que se pretendeu examinar nesse julgado, segundo o voto do Conselheiro Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, foi a licitude da

> transferência dos prejuízos acumulados no exercício da atividade de leasing (concentradas na originalmente operacional Daimler Crysler Leasing DC 60.814.191/000157) para a atividade de banco múltiplo (originalmente concentradas no Banco Daimler Crysler (02.831.756/000108), mediante (i) a transformação da primeira em Banco múltiplo seguido (ii) da incorporação da segunda pela primeira. (BRASIL, 2013)

Tal julgamento foi concluído de forma desfavorável ao contribuinte e as operações foram desconsideradas e não surtiram os efeitos fiscais pretendidos pelo planejamento.

Os pontos suscitados no voto do Conselheiro para invalidar o planejamento tributário pautado em reestruturação societária foram os seguintes: (i) houve uma complexa reestruturação societária em um curto lapso temporal. Todas as operações ocorreram entre 2005 e 2006, com a aprovação do Banco Central; (ii) há fortes indícios de que todas as operações ocorreram com o intuito de provocar artificialmente a necessidade de uma reorganização societária; (iii) objetivou-se dissimular a realidade; (iv) possuiu a finalidade exclusiva de reduzir a incidência da carga tributária e (v) não possuiu propósito negocial.

Ante à fundamentação utilizada pelo Conselheiro, verifica-se que, dentre os pontos que legitimaram o desprovimento do recurso, os fatos que possuíram maior peso foram a ausência de substância negocial na operação societária que se originou com a cisão da sociedade Daimler

[15] BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acordão nº 1401001.059**. Brasília, out. 2013.

Crysler DC Leasing, pois "não restou justificado ou comprovado qual o sentido e realidade negocial", "a ausência de operacionalidade da empresa remanescente e, por consequência, a ausência de previsibilidade de aferição de lucro" e "por não existir realidade negocial alguma em uma empresa não operacional (Banco Daimler Crysler DC 60.814.191/000157)".

Portanto, a autoridade administrativa julgadora entendeu que a operação se trata de um negócio jurídico que objetivou dissimula uma realidade já existente com a finalidade de reduzir o impacto da carga tributária e que por isso não deve perseguir os efeitos fiscais pretendido pelo contribuinte com a operação, pois não basta que o negócio jurídico praticado seja lícito, faz-se necessário verificar realidade do negócio pretendido.

O Conselho Superior de Recursos Ficais também examinou planejamento tributário realizado através de engenharia societária, no Acórdão nº 9101-004.499 (Caso Banco Bradesco), julgado na sessão de 6 de novembro de 2019. Esse caso se trata da lavratura de auto de infração em face do contribuinte sob a acusação de utilização de empresa veículo, sem propósito negocial, em operações de reorganização societária.

Cabe destacar, que o conceito de empresa veículo surge na jurisprudência e na doutrina, sendo considera uma sociedade que é constituída e utilizada exclusivamente para aproveitamento de benefício fiscal, não havendo nela qualquer motivo econômico real, ou seja, não há motivação extratributária. Assim, sob a ótica da jurisprudência, a sociedade serviria apenas para conduzir o benefício fiscal por meio da incorporação.

A Conselheira Andrea Duek Simantob examinou a lide e entendeu que, apesar de a empresa MILÃO ter existido efetivamente e exercido papel de *holding*, possuindo duração de 8 meses, e, se retirada a empresa MILÃO da operação, esta não teria o mesmo resultado de economia de tributos, "o contribuinte não explica como MILÃO contribuiu para o alcance desses objetivos e porque era imprescindível a sua utilização no contexto da reorganização societária do Grupo"[16].

[16] BRASIL, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 9101-004.499 (Caso Banco Bradesco)**. Brasília, 6 nov. 2019.

Desse modo, o conselho entendeu pela desconsideração dos efeitos fiscais da operação por concluir que (i) não houve confusão patrimonial entre as empresas, sendo critério indispensável para o aproveitamento do benefício fiscal; (ii) apesar de a empresa MILÃO existir há alguns anos e não ter sido criada pelo propósito específico de ser utilizada na reorganização societária, sua única operação relevante foi seu aumento de capital em 2007 antes do recebimento de participação societária do Banco BMC. Por isso, caracterizar-se-ia como empresa veículo.

Nesse caso, verifica-se que apesar de o contribuinte preencher e observar todas as exigências previstas em lei ao formalizar a engenharia tributária, o órgão administrativo julgador deslegitimou a operação pela ausência de propósito negocial, uma vez que a utilização da empresa MILÃO foi desnecessária à operação de reorganização.

O caso SOUTH32 MINERALS S.A, julgado através do Acordão nº 1401-004.194, na sessão de 11 de fevereiro de 2020, tratou de planejamento tributário pautado em incorporação de sociedade que, segundo a fiscalização, também utilizou empresa veículo com a finalidade de obter benefício fiscal que sem ela não seria percebido.

Nesse caso, a lavratura do auto de infração se pautou na acusação de que a sociedade controlada, que não possuía propósito negocial, incorporou a sociedade controladora (incorporação às avessas), com o único objetivo de obtenção de benefício fiscal.

Nesse contexto, o Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano se manifestou pela desconsideração dos efeitos fiscais do planejamento tributário pautado em reorganizações societárias sob a fundamentação de que (i) a utilização da empresa BHP Billiton para aproveitamento do benefício fiscal, sem que sua existência tenha qualquer função econômica que não essa; (ii) não pode haver incorporação quando a incorporadora não possui ativos; (iii) independentemente da duração e do fato da empresa ser operacional ou não, o que foi considerado foi a ausência de propósito extratributário.[17]

O caso Renosa Industria Brasileira de Bebidas S/A, examinado no Acórdão nº 9101003.533, na sessão de 04 de abril de 2018, versa sobre a licitude de um planejamento

[17] BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais**. Acordão nº 1401-004.194**. Brasília, 11 fev. 2020.

tributário firmado em operação de incorporação de sociedade. Nesse caso, o contribuinte, com o objetivo de obter melhor aproveitamento de prejuízos fiscais, realizou operação de incorporação com o emprego da denominada "empresa veículo" despida de propósito econômico, segundo a autoridade fiscal.

O Conselheiro Flávio Franco Corrêa, em seu voto[18], analisou a estrutura das operações de reorganização societária firmadas pelo contribuinte a fim de identificar a validade ou não dos efeitos fiscais produzidos pela operação.

Ao examinar as operações, entendeu que (i) faltou propósito negocial na constituição da empresa LEOVIN, sociedade formada entre pessoas físicas; (ii) a inoperabilidade das atividades da sociedade demonstrou que a operação possuiu exclusivamente o objetivo de transportar prejuízo fiscal e (iii) o negócio jurídico foi praticado com roupagem lícita, mas objetivou resultado sem causa jurídica. O conselho concluiu que a operação se tratou de planejamento tributário inoponível ao fisco, já que praticado mediante fraude.

Sobre essa decisão cabe tecer observações, pois o critério central utilizado pelo conselho para a desconsideração da operação foi a ausência de propósito negocial. Assim, segundo o CARF, a ausência do que se denominou de "propósito negocial" na operação se configuraria pelo fato de que, segundo a fiscalização, a empresa LEOVIN não desenvolveu qualquer atividade operacional.

O ponto que se pretende destacar é que inúmeras são as autuações lavradas em face do contribuinte mediante planejamento tributário estruturado em reorganizações societárias sob o argumento que tais operações não possuem propósito negocial e/ou substrato econômico. No entanto, tal critério de autuação comumente é baseado em convicções subjetivas, pois não há no ordenamento jurídico qualquer regramento que determine sob quais critérios a autoridade administrativa julgadora deve se pautar para deslegitimar operações de planejamentos tributários.

[18] BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acordão nº 9101003.533**. Brasília, 4 abr. 2018.

Nesse mesmo entendimento se dá o Acórdão nº 9101003.468 (Caso Indiana Seguros S/A), julgado na sessão de 7 de março de 2018, que examinou planejamento tributário pautado em reorganizações societárias com empresa-veículo, a fim de obter maior vantagem fiscal.

O Conselheiro Flávio Franco Corrêa entendeu que faltou propósito negocial na constituição da Liberty Brasil S/A, justificando tal alegação nos demonstrativos dos balancetes entre o período de 12/2008 a 11/2009, evidenciando que a única operação existente e registrada foi a subscrição de capital anteriormente à operação. Nessa linha de raciocínio, novamente, a ausência do que a autoridade fiscal denominou de "propósito fiscal" deslegitimou a estrutura do planejamento fiscal sob o argumento de que determinada sociedade empresária estava inoperante em determinado período.[19]

O conselheiro, nesse acordão, acrescenta que não basta que haja a aquisição de participação societária conforme os requisitos legais, pois é preciso que exista um documento válido que certifique o fundamento econômico da operação realizada.

Em outro momento, através do Acordão nº 9101003.571 (Caso Nufarm Indústria), julgado na sessão de 08 de maio de 2018, o CARF desconstituiu os efeitos fiscais do planejamento tributário firmado pelo contribuinte através de operação de incorporação sob o argumento de que (i) não houve sacrifício patrimonial na aquisição da participação societária; (ii) a constituição das empresas BRAMANS e CSPAR não possuiu propósito negocial; (iii) as empresas não desenvolveram atividade operacional; (iv) BRAMANS e CSRPAR foram consideradas sociedades desprovidas de objeto social possuindo única função de preencher os requisitos legais para aproveitamento de benefício discal; (iv) artificialidade e caráter efêmero da empresa CSPAR.[20]

Em contrapartida aos posicionamentos acima mencionados, o Acórdão nº 1402001.409 (Caso Energisa Borborema), julgado na sessão de 10 de julho de 2013, proferiu decisão favorável ao contribuinte.[21]

[19] BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acordão nº 9101003.468**. Brasília, 7 mar. 2018. (p. 37)
[20] BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acordão nº 9101003.571.** Brasília, 8 maio 2018.
[21] BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais**. Acordão nº 1402001.409.** Brasília, 10 jul. 2013.

Nesse caso, a fiscalização entendeu que as operações praticadas pelo contribuinte foram estruturadas de forma abusiva, pelo fato de serem operações estruturadas em sequência. No entanto, o conselho concluiu que a fiscalização não logrou êxito em comprovar de forma legal ou de forma fática que o Grupo Energisa teria realizado reestruturações societárias sem qualquer motivação econômica ou que teriam criado sociedade efêmera sem propósito negocial com única finalidade de mais adiante ser incorporada com o intuito de produzir despesa fiscalmente dedutível.

Desse modo, o Conselheiro Leonardo de Andrade Couto firmou o entendimento de que as operações de reestruturações societárias praticadas pelo Grupo Energisa não se tratam de planejamento tributário abusivo, devendo ser reestabelecidos os efeitos fiscais da operação, através dos seguintes critérios (i) o extenso lapso temporal entre as operações, passaram-se sete (07) anos entre a criação da empresa e a incorporação pela controlada; (ii) o contribuinte apresentou justificativas para a criação da empresa BPART, como uma sociedade de propósito específico; (iii) a fiscalização não comprovou a falta de propósito negocial na incorporação nem a alegação de que a operação foi realizada com finalidade exclusiva de angariar benefícios fiscais; (iv) os atos foram praticados em observância à legislação vigente, não havendo configuração de abuso de direito; (v) as operações estruturadas em sequência não pressupõem prática de planejamento tributário abusivo.[22]

Nesse julgado, o Conselho entendeu que, para desconsiderar os efeitos fiscais do planejamento tributário adotado pelo contribuinte, é necessário que se comprove de forma legal e fática que a estrutura da operação foi firmada sem motivação ou propósito negocial.

O Acórdão nº 1301000.711 (Caso Tele Norte Leste Participações S/A), julgado pelo CARF, na sessão de 19 de outubro de 2011, pautou o exame do planejamento tributário firmado através de uma séria de operações de reestruturações societárias. Estas foram enquadradas pela fiscalização como sendo simuladas, tendo em vista que, na ótica da autoridade fiscal, as operações que resultaram na incorporação da empresa 140 Participações S/A. possuíam objetivo específico de alcançar a redução do pagamento de tributos.

[22] BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais**. Acordão nº 1402001.409.** Brasília, 10 jul. 2013. (p. 8)

O Conselheiro Valmir Sandri detalha seu voto perpassando os seguintes passos: 1º Examinar se as operações praticadas pelo contribuinte estão inquinadas de simulação como lavrado no auto de infração; 2º Examinar se as operações foram praticadas com abuso de forma, em prejuízo ao fisco e constituindo, portanto, um "planejamento tributário inoponível"; 3º Determinar o enquadramento das operações que foram consideradas pela fiscalização como planejamento tributário.[23]

No que tange ao enquadramento de simulação realizado pela autoridade fiscal, o julgador entendeu que não podem ser consideradas simulada as operações que foram inteiramente divulgadas, por terem sido descrevidas de forma minuciosa quanto as formas adotadas e objetivos, conforme registro na Junta Comercial, submetido à CVM. Isto é, no entendimento do CARF, não há negócio fingido ou oculto praticado com o objetivo de encobrir outro negócio real.

Ao fazer o exame de um possível abuso de direito na estruturação do planejamento tributário em questão, o Conselheiro destacou não se pode analisar uma operação isolada, pois no planejamento tributário há uma conjugação de atos e negócios praticados que devem ser analisados em sua inteireza. Assim, utiliza um entendimento de Greco (2019), quanto à necessidade analisar a operação através de forma cinematográfica, e não através de uma vista fotográfica.

Com efeito, examinando o filme inteiro, ou seja, a operação em sua totalidade, o julgador entendeu que as reestruturações surgiram a partir das regras impostas pelo Programa Nacional de Desestatização que incentivou a prática de reorganização societária e o aproveitamento de prejuízos fiscais. Considerou não ter abuso de direito ou de forma tendo em vista que a motivação da operação esteve evidente no plano societário e não se resumiram a finalidade de economia fiscal. Portanto, não há nas operações realizadas conflito entre norma e substância.

O deslinde desse julgamento se deu de forma favorável ao contribuinte, por não ter havido simulação, abuso de direito e/ou planejamento tributário abusivo em desacordo com a lei, mas sim a prática de conduta induzida pelo próprio ordenamento jurídico.

[23] BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acordão nº 1301000.711**. Brasília, 19 out. 2011. (p. 26)

Assim, verifica-se que os critérios utilizados pelo julgador para legitimar as operações de reorganização societária foram: (i) divulgação de forma expressa dos motivos ensejadores da operação, o que afasta o conceito de simulação; (ii) a formalização das operações perante a Junta Comercial e a CVM; (iii) a observação de todos os dispositivos legais que regem tais operações; (iv) a operação se tratar de obtenção de vantagens fiscais instituídas na legislação; (v) o alcance da finalidade pretendida pela operação, que seria, no caso em tela, a incorporação de uma empresa por outra.

O Acordão nº 1402-005.878 (Caso Spal Industria Brasileira), julgado na sessão de 19 de outubro de 2021, também é um precedente favorável ao contribuinte. No caso em tela, a fiscalização lavrou auto de infração em face do contribuinte sob a acusação de que reorganização societária mediante utilização de empresa veículo configuraria abuso de direito por causar prejuízo ao erário, sendo, portanto, inoponível ao fisco.

O deslinde da demanda se deu através do voto da Conselheira Junia Roberta Gouveia Sampaio, a qual sob os seguintes critérios: (i) a acusação de abuso de direito pressupõe prejuízo a terceiros, o que não há no caso em tela, (ii) na operação não houve excesso frente ao direito tributário, tendo em vista que o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo. Assim, concluiu pela licitude das operações, considerando não se tratar de planejamento tributário abusivo.[24]

Diante do recorte de alguns dos precedentes administrativos federais verifica-se que não há isonomia nos critérios e fundamentos adotados pelo órgão com a finalidade de deslegitimar ou legitimar planejamentos tributários baseados em incorporações. De modo que as decisões proferidas em instância administrativa geram insegurança jurídica ao contribuinte que acaba por não conseguir identificar quais atos e negócios jurídicos resultam em planejamento tributário elisivo ou evasivo. Ao passo que também gera insegurança jurídica para o próprio conselho julgador que não possui critérios claros no ordenamento jurídico nem pacificados na doutrina e jurisprudência para pautar seu entendimento.

[24] BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acordão nº 1402-005.878.** Brasília, 19 out. 2021. (p. 12)

Além disso, os critérios e fundamentos utilizados pelo CARF tanto para deslegitimar quanto para legitimar planejamentos tributários não passam, muitas vezes, de convicções subjetivas. Tal verificação se evidencia justamente na aplicação da exigência de propósito negocial, pois não há um conceito fechado do que se caracteriza propósito negocial nem quais critérios precisam ser preenchidos para obtê-lo.

O pressuposto da exigência de propósito negocial nas operações de planejamento tributário pela doutrina brasileira surgiu através do Direito Comparado, tendo nascido nos Estados Unidos da América através do caso *"Gregory versu Helvering"*, caso em que a Corte Norte-americana declarou a ilegalidade da ação do contribuinte pela inexistência do *business purpose* (OLIVEIRA, 2016, p. 158).

Em 2002, através da Medida Provisória nº 66, pretendeu-se regular a aplicação do parágrafo único do artigo 116 do CTN. O seu artigo 14 determinou que atos e negócios jurídicos poderiam ser desconsiderados pela falta de propósito negocial ou havendo abuso de forma. No entanto, tais dispositivos não foram acolhidos pelo Poder Legislativo, de modo que, a consequência jurídica dessa rejeição enseja a impossibilidade do intérprete ou aplicador da lei impor a aplicação dessa teoria.

Através da análise de algumas decisões relevantes tratadas pela jurisprudência administrativa federal, verifica-se uma tendência em pautar a acusação em planejamento tributário utilizando a expressão de modo pejorativo.

Ricardo Mariz de Oliveira (2016, p. 161) destaca que a existência de propósito negocial não pode ser pré-requisito de validade para a realização das operações justamente por não haver norma legal expressa ou implícita nesse sentido, devendo servir apenas como elemento de verificação que indica a ocorrência ou não de simulação.

Os direitos constitucionais de liberdade e autonomia privada garantidos ao particular possibilita o entendimento da legalidade do particular de organizar seu patrimônio visando à incidência do menor ônus tributário possível, desde que em atenção aos preceitos legais. O ponto chave para legitimação deve ser a existência de atos reais que ensejam na produção de seus efeitos. Assim, ainda que o motivo que impulsione a realização da reorganização seja

estritamente tributário deve-se considerar apenas se os meios utilizados na reorganização empresarial foram fictícios ou não.

Assim, uma reorganização realizada por razões empresariais, mas que também viabiliza economia fiscal, ou até mesmo operações reais que tenham razões tributária podem ser compreendidas como planejamento tributário lícito. No entanto, ainda que se pacificasse tal entendimento na jurisprudência administrativa, questionam-se quais seriam os critérios utilizados para afirmar que a operação se deu por razões empresariais e que seria uma operação real.

Greco (2019, p. 255) retrata em sua obra justamente essa dificuldade de identificar em que momento começa o excesso e em que momento termina o bom uso das operações. O doutrinador retrata, a título de exemplificação, operações de incorporações que ocorreram de forma sucessiva. Nesse exemplo, uma sociedade que todo ano possuía resultados lucrativos antes de terminar o ano base era incorporada por outra que tinha prejuízo fiscal a fim de compensar os prejuízos com o resultado positivo.

No exemplo dado por Greco (2019), foram realizadas operações de incorporação por quatro (4) anos seguidos com o intuito de compensar os prejuízos. Não há dúvida de que a quarta incorporação sucessiva foi abusiva, mas o ponto questionado pelo doutrinador e que retrata a dificuldade vivenciada no âmbito das decisões do CARF, é o fato de que não há uma linha divisória absolutamente objetiva que defina o limite da legalidade das operações, pois considerando a primeira incorporação como sendo utilizada com “bom senso” e a última com excesso, não se consegue delimitar entre a segunda e a terceira incorporação, em que momento a operação passou a ser considerada excessiva. O questionamento paira sobre como será possível identificar até que ponto a operação está eivada de excesso ou até que ponto está sendo utilizada com “bom uso”.

A definição desse limite no âmbito do direito brasileiro não é clara, pois ainda nos debates doutrinários de verifica uma evidente divergência entre os adeptos do que seria a visão liberal e os adeptos da visão solidária. Tal divergência paira sobre a aplicação dos princípios constitucionais da capacidade contributiva, da função social do Estado Social de Direito, da livre iniciativa privada, da propriedade e liberdade.

Diante desse cenário, considerando que o julgamento da ADI 2446, mesmo que ainda não concluso, caminha de forma majoritária pela constitucionalidade do artigo 116, parágrafo único do CTN evidencia-se a urgente necessidade de uma regulamentação expressa dos critérios que devem ser pautados pela autoridade estatal para desconsiderar operações de planejamento tributário estruturado em reorganizações societárias que são firmados pelo particular.

Ponto que merece destaque é o fato de que parágrafo único do artigo 116 foi introduzido por Lei Complementar no ano de 2001 e, apesar de algumas tentativas, que se restaram infrutíferas, de regular a aplicação do dispositivo, até a presente data não há lei ordinária seu procedimento de aplicação.

Desse modo, a discussão acerca da legalidade dos critérios e fundamentos utilizados pela autoridade estatal para desconstituir os efeitos fiscais de operações, muitas vezes legitimas, praticadas pelo contribuinte se dá há pelo menos 20 anos, sem que o legislador busque solucionar a problemática através da regulamentação por Lei Ordinária.

Portanto, torna-se evidente que a insegurança jurídica retratada no presente trabalho recai tanto sobre o contribuinte que não consegue identificar o limite do que seria operação praticada com excesso e o que seria válido, como também recai sobre as autoridades fiscais que não possuem parâmetro legais ou jurisprudenciais pacíficos que viabilizem o combate a estruturas abusivas (BOZZA, 2014, p. 238).

# 5 CONCLUSÃO

No atual cenário mercadológico, em que o fenômeno da globalização tem crescido de forma agressiva, acirrando a competitividade mercantil, as estruturas de reorganizações societárias tornaram-se medida de grande importância para as sociedades empresárias. As operações de reorganização societária são arranjos que modificam a estrutura de sociedades empresárias, podendo se configurar desde a mudança do tipo societário até operações mais complexas, como fusão, cisão e incorporação.

No que diz respeito às operações de incorporações de sociedades e incorporações de ações, sua importância se caracteriza na medida em que uma sociedade empresária, à luz do artigo 227 e 252 da Lei das S.A., adquire outra sociedade empresária ou ações de outra sociedade empresária, já em funcionamento, visando ao aproveitamento de sinergias, aumento de lucratividade, competitividade, de forma que não seja necessário enfrentar todas as burocracias previstas na criação de uma pessoa jurídica, como concessão de alvarás, de licenças, entre outros.

No entanto, além da importância para o âmbito societário de uma pessoa jurídica, em relação à economia de custos, facilitamento de gestão, aumento de competitividade mercantil, aproveitamento de sinergias, entre outros benefícios, uma motivação se sobressai nas práticas de reorganizações societárias: não incidir em fato gerador de tributo ou que ao menos incida a menor carga tributária possível prevista em lei, com o objetivo a angariar benefícios fiscais que não seriam possíveis sem tal engenharia societária.

Nesse cenário, as operações de reorganizações societárias são um importante instrumento de planejamento tributário. A controvérsia doutrinária e jurisprudencial que paira sobre essa forma de planejamento tributário repousa nos limites existentes entre um planejamento tributário lícito e aquele considerado abusivo.

Assim, o estudo do planejamento tributário se pauta nos diversos limites presentes no ordenamento jurídico, na doutrina e na jurisprudência. Limites esses que ainda não estão definitivamente claros dada divergência doutrinária nos debates entre a “visão liberal” e a “visão solidária”. Tal divergência está presente nas decisões administrativas federais, quando

se constata a oscilação de limites e uso de critérios opostos nos julgados, de forma que fomenta a insegurança jurídica, tanto para o contribuinte quanto para a autoridade decisória que não possui parâmetros claros para proferir decisões.

O Código Tributário Nacional originalmente em seu artigo 149 já previa a desconsideração dos negócios jurídicos praticados com fraude e simulação de forma a impedir a prática de operações evasivas. Portanto, a inserção do artigo 116, parágrafo único, do CTN através da Lei Complementar nº 104/2001, inova o ordenamento jurídico, acrescentando a possibilidade de desconsiderar a prática de atos ou negócios jurídicos com intenção de dissimulação ou ocultação do fato gerador.

Apesar da inovação trazida pelo dispositivo, tal norma, em atenção a sua legalidade, ainda é inaplicável face a ausência de regulamentação, por lei ordinária, que indique os critérios e procedimentos que devem guiar a conduta dos agentes fiscais.

Ante a ausência de limites expressos no ordenamento jurídico, o CARF passou a averiguar a legitimidade dos planejamentos tributários praticados pelos particulares e que foram estruturados em operações de reestruturações societárias, justamente em atenção à finalidade do particular em praticar determinado negócio jurídico para obter benefício/economia fiscal.

Em análise das decisões representativas do CARF, verifica-se a importância da função das autoridades de fiscalização no sentido de coibir práticas de utilização do ordenamento jurídico por meio de estratagemas, por negócios simulados, abuso de direito ou de forma, com fraude à lei ou com dolo, causando prejuízo aos cofres públicos e violando princípios constitucionais como a capacidade contributiva, isonomia e solidariedade.

Apesar do reconhecimento da importância do órgão, ante a falta de regulamentação do artigo 116, parágrafo único, do CTN, e a divergência doutrinária presente nos debates sobre a temática não há isonomia nos parâmetros de julgamento utilizados pelo CARF. Ocorrem, em verdade, julgamentos opostos entre si, o que fomenta a insegurança jurídica vivenciada pelos particulares.

Interessante notar que, no curso da análise de julgados representativos do CARF, os votos caminharam em parâmetros diversos, como abuso de direito, substância negocial, ato anormal de gestão, intenção negocial, dentre outros instrumentos jurídicos amplamente utilizados para se buscar o conhecimento do fato tributável. A problemática se dá quando, em diversos julgados, o órgão utiliza de considerações ou interpretações subjetivas da autoridade fiscal, a fim de descaracterizar operações legítimas e revestidas de licitude praticadas pelos contribuintes com total amparo no ordenamento jurídico vigente e qualificá-las como dissimuladas.

Dessa forma, a análise das decisões viabilizou a compreensão de que não há isonomia nos critérios de julgamento utilizados pelo CARF, não havendo parâmetros claros e seguros do que pode ser considerado pela autoridade administrativa federal um planejamento tributário elusivo ou elisivo/lícito.

Acontece ainda uma frequente utilização da chamada "teoria do propósito negocial", por meio do qual se defende que a simples ausência, sob a ótica do fisco, de outros motivos para a realização da operação, que não a intenção de obter benefício fiscal, já seria elemento suficiente para invalidar e desconsiderar as operações em relação as vantagens fiscais que delas resultaram. No entanto, tal parâmetro de julgamento carecer de norma reguladora, de modo que a identificação dessa ausência de "propósito negocial" passou a ser realizada através de convicções subjetivas.

Desse modo, em atenção aos princípios consagrados pela Constituição, como a autonomia privada, livre exercício da atividade econômica, legalidade e propriedade, não se pode negar aos agentes econômicos a possibilidade de organizar seus negócios da maneira que lhe aprouver.

Assim, torna-se urgente a conclusão do julgamento da ADI 2446 que decidirá sobre a constitucionalidade do artigo 116, parágrafo único, do CTN, bem como a regulamentação desse dispositivo através de lei ordinária, tendo em vista que é imprescindível para atender os princípios da segurança jurídica, da certeza do direito, da legalidade, da tipicidade, pois apenas com tal regulamentação será possível adotar critérios que permitam identificar de forma mais

segura as condutas elusivas e condutas elisivas, em relação a sua causa jurídica e a compatibilidade da estrutura negocial.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


AMARO, Luciano da Silva. Planejamento Tributário. **Revista de Direito Tributário.** São Paulo: Editora Malheiros. Edição 71, 1996.

BARRETO, Paulo Ayres. **Elisão tributária: Limites normativos.** Tese de livre docência (Direito). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2008.

BARRETO, Paulo Ayres. Planejamento Tributário: Perspectivas Teóricas e Práticas. **Cadernos de Direito Tributário**. São Paulo: Pontíficia Universidade Católica, 2008.

BOTREL, Sérgio. **Fusões & Aquisições**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

BOZZA, Fabio Piovesan. **Planejamento tributário e autonomia privada**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Dispõe sobre as Sociedades por Ações.** Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 5 de novembro de 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.446/DF**. Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento 22/06/2020, D.J. Brasília, 1º jul. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 1302003.287**, 3ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, julgamento em 12 de dezembro de 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acordão nº 1301-004.305 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária.** Brasília, 21 jan. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acordão nº 05-16.774** 5ª Câmara, 2ª Turma Originária.

COELHO, Fabio Ulhôa. **Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 31ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Elisão e Evasão fiscal**. 2ª Edição. São Paulo: Instituto Brasileiro de Estudos Tributário, 1977.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Simulação e negócio jurídico indireto, no direito tributário e à luz do novo Código Civil. **Revista Fórum de Direito Tributário**, Belo Horizonte, v. no/dez. 2010, n. 48, p. 9-25, 2010.

FUNARO, Hugo; SOUZA; Hamilton Dias de. A insuficiência de Densidade Normativa da "Norma Antielisão" (Art. 116, parágrafo único, Código Tributário Nacional). **Revista Dialética de Direito Tributário,** São Paulo: n. 146, p. 61–84, nov., 2007.

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2019.

MACHADO, Hugo de Brito. A falta de propósito negocial como fundamento para a exigência do tributo. **Revista Dialética de Direito Tributário,** São Paulo: n. 143, p. 48–53, ago., 2007.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Estimativa da Carga Tributária Bruta do Governo Geral: 2020. Brasília: Ministério da Economia, mar. 2021. Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9::::9:P9_ID_PUBLICACAO:38233#:~:text=Em%202020%2C%20a%20carga%20tribut%C3%A1ria,PIB%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20a%202019. Acesso em: 10 de novembro de 2021.

MUNIZ, Ian. **Fusões e aquisições: aspectos fiscais e societários**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2015.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Reflexões sobre a vontade, a intenção e o motivo (e objeto e causa) no mundo jurídico**. São Paulo: Editora Malheiros, 2016.

PALLIS, Adriana. **Fusões e aquisições em foco: uma abordagem multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2020.

POGGIO, Gustavo Massaini. A instrução normativa 81/2020 e a data-base do balanço em reorganizações societárias. **Revista Brasileira de Registro Societário e Empresarial**. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Registro Empresarial: n. 1, 1ª edição, jan.-jun. 2020, p. 87-99, 2021.

ROCHA, Sérgio André. **Planejamento Tributário na Obra de Marco Aurélio Greco**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento tributário: limites à norma antiabuso. **Revista Dialética de Direito Tributário Atual**. São Paulo: Dialética, n. 24, p. 345-370, 2010.

SURERUS, Paula; VIEIRA, Maria Cecilia. **Definição de Forma Jurídica para a Operação: Aquisição de Ações, de Ativos ou Estabelecimentos**. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2020.

TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário e Autonomia Privada – negócio jurídico e atitude elisiva na aplicação de normas tributárias**. Tese apresentada ao Concurso de Livre-Docência (Direito). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002.

TÔRRES, Heleno Taveira. **O Conceito Constitucional de Autonomia Privada como Poder Normativo**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Manole. 2005.

XAVIER, Alberto. **Direito Tributário e Empresarial: pareceres**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.

## PRECEDENTES DA JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA FEDERAL


BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.446/DF**. Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento 22/06/2020, D.J. 01/07/2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 103-23290.** Brasília, 5 dez. 2007

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acordão nº 1301000.711**. Brasília, 19 out. 2011.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 1401-000868.** Brasília, 18 dez. 2012

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais**. Acordão nº 1402001.409.** Brasília, 10 jul. 2013.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acordão nº 9101003.571**. Brasília, 10 jul. 2013.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acordão nº 1401001.059**. Brasília, out. 2013.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acordão nº 9101003.468**. Brasília, 7 mar. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acordão nº 9101003.533**. Brasília, 4 abr. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acordão nº 9101003.571.** Brasília, 8 maio 2018.

BRASIL, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 9101-004.499 (Caso Banco Bradesco)**. Brasília, 6 nov. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais**. Acordão nº 1401-004.194**. Brasília, 11 fev. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acordão nº 1402-005.878.** Brasília, 19 out. 2021.