

RAPHAEL FURTADO E SILVA

**ELISÃO TRIBUTÁRIA POR MEIO DE REORGANIZAÇÕES  
SOCIETÁRIAS TÍPICAS: ANÁLISE DOGMÁTICA  
RELACIONADA AO IRPJ E CSLL**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Dr. Paulo Ayres Barreto

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO - SP

2023





RAPHAEL FURTADO E SILVA

**ELISÃO TRIBUTÁRIA POR MEIO DE REORGANIZAÇÕES  
SOCIETÁRIAS TÍPICAS: ANÁLISE DOGMÁTICA  
RELACIONADA AO IRPJ E CSLL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de mestre na área de concentração de Direito Econômico, Financeiro e Tributário, sob orientação do Professor Associado Paulo Ayres Barreto.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO - SP

2023

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação

Serviço de Biblioteca e Documentação

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

SILVA, Raphael Furtado e.

Elisão Tributária por meio de reorganizações societárias típicas: análise dogmática relacionada ao IRPJ e CSLL. 183 p.

Orientador: Professor Associado Paulo Ayres Barreto.

Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, USP, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2023.

1.-Planejamento Tributário; elisão tributária; reorganizações empresariais (fusão, cisão e incorporação); IRPJ; CSLL

**Nome:** Raphael Furtado e Silva

**Título:** Elisão Tributária por meio de reorganizações societárias típicas: uma análise dogmática relacionada ao IRPJ e CSLL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Econômico, Financeiro e Tributário.

Banca realizada em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

Resultado: \_\_\_\_\_

#### Banca Examinadora

Prof.(a)	Instituição: _____
Dr.(a): _____	_____
Julgamento: _____	Assinatura: _____
_____	_____

Prof.(a)	Instituição: _____
Dr.(a): _____	_____
Julgamento: _____	Assinatura: _____
_____	_____

Prof.(a)	Instituição: _____
Dr.(a): _____	_____
Julgamento: _____	Assinatura: _____
_____	_____



*Para a pequena Isabela, menina criativa e esperta,  
que mudou minha percepção sobre o mundo.*





## AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, professor Paulo Ayres Barreto, sou grato pela oportunidade de ter sido selecionado para o programa de mestrado. Já o admirava pela capacidade de conciliar impressionante produção científica com o sucesso na advocacia, sendo reverenciado pelos Clientes e pares como um dos principais advogados do país. Com a maior proximidade que o programa de pós-graduação proporcionou, pude testemunhar seu talento na docência e na orientação aos discentes. Sempre de forma muito gentil e educada, é capaz de explicar temas complexos de forma simples, corrigir os rumos dos trabalhos científicos e ao mesmo tempo dar liberdade para os pesquisadores fazerem suas próprias escolhas.

Agradeço à minha esposa, fiel companheira, que sempre me apoiou, mesmo nos momentos mais difíceis. E se o período da pós-graduação foi marcado pelas dificuldades da pandemia, também foi o momento que tivemos nossa primeira filha, o “melhor projeto das nossas vidas”.

Aos Professores Paulo de Barros Carvalho, Humberto Ávila, Luis Eduardo Schoueri, Roberto Quiroga Mosquera, Gerd Rothmann (in memoriam) pelos valiosos ensinamentos durante as aulas, que tanto contribuíram para a conclusão deste trabalho.

A todos os amigos que sempre estiverem presentes e próximos nessa árdua jornada acadêmica. Mesmo correndo o risco de cometer injustiças, não posso deixar de agradecer aos amigos Raquel de Andrade Vieira Alves, Leandro Cara Artioli, Gabriel Bez-Batti, Eduardo Muniz, Arthur Pitman e Francisco Sávio Mileo Filho.

## RESUMO

SILVA, Raphael Furtado. Elisão Tributária por meio de reorganizações societárias típicas: Análise dogmática relacionada ao IRPJ e CSLL. 183 fls. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

O presente trabalho volta-se ao estudo da elisão tributária, com especial foco na situação doutrinária e jurisprudencial após o julgamento da ADI 2446 pelo STF. Ao longo do trabalho, são testadas algumas hipóteses para a construção de um referencial teórico sobre a elisão tributária em reorganizações societárias típicas, ocorridas por meio de “incorporação”, “fusão” e “cisão”. Os principais casos analisados envolvem o aproveitamento do ágio gerado na aquisição de participação societária, estruturas para otimização do uso de prejuízos fiscais e segregação de fontes produtoras.

**Palavras-chave:** IRPJ. CSLL. Planejamento Tributário. Elisão Tributária. Reorganizações societárias típicas. Fusão. Cisão. Incorporação. ADI 2446. Simulação. Dissimulação.

## **ABSTRACT**

SILVA, Raphael Furtado. Tax planning on corporate taxes through corporate reorganizations: 183p. Master's thesis – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2023.

This study focuses on the study of tax avoidance, with special focus on the doctrinal and case law situation after the judgment of ADI 2446 by the STF. Throughout the paper, some hypotheses are tested in order to build a theoretical framework on tax avoidance in typical corporate reorganizations, which occur by means of "merger," "consolidation" and "spin-off." The main cases analyzed involve the use of goodwill generated in the acquisition of equity interest, structures for optimizing the use of tax losses, and the segregation of production sources.

**Keywords:** IRPJ. CSLL. Tax planning on Corporate reorganizations. Merger. Spin-offs.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	13
1 Objeto: elisão tributária por meio de reorganizações societárias típicas .....	13
2 Justificativa do tema: o início da judicialização da elisão tributária.....	14
3 Metodologia: a perspectiva dogmática .....	18
4. Formulação do Problema da Hipótese de Pesquisa .....	19
4.1. Problemas.....	19
4.2. Hipóteses.....	20
5. Plano de Estudo.....	21
<b>CAPÍTULO I: PERSPECTIVAS TEÓRICAS SOBRE O PLANEJAMENTO</b>	
<b>TRIBUTÁRIO</b> .....	23
1.1 Algumas Premissas para a aproximação do objeto.....	23
1.1.1 O problema semântico: acepções de evasão, elisão e elusão.....	23
1.1.2 Sistema, Ordenamento e Norma Jurídica.....	27
1.1.3 Intepretação e aplicação da norma tributária .....	29
1.1.4 Desafios de uma pesquisa empírica sobre as decisões do CARF e o método “normative systems”	36
1.2 O mito da neutralidade do intérprete e a importância do rigor científico da análise dogmática	43
<b>CAPÍTULO II: A ELISÃO TRIBUTÁRIA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO</b>	
<b>NACIONAL</b> .....	48
2.1 O plano para teste da hipótese.....	48
2.2 O artigo 149, VII do CTN: “dolo”, “fraude” e “simulação”.....	48
2.2.1 O trânsito entre o Direito Privado e o Direito Tributário.....	48
2.2.2. O vocábulo “dolo” .....	49
2.2.3 O vocábulo “fraude” .....	51
2.3.4 O vocábulo “simulação” .....	57
2.3.4.1 O plano de estudo do vocábulo “simulação” .....	57
2.3.4.2 Direito Privado: perspectivas voluntarista, declarativista e causalista da simulação	57
2.3.4.3 Direito Privado: “simulação”, “negócios fiduciários” e “negócio jurídico indireto”	64

2.3.5. A simulação e a dissimulação no Direito Tributário .....	68
2.3 O artigo 116 parágrafo único do CTN .....	73
2.3.1 Introdução e tentativas de regulamentação .....	73
2.3.2 O julgamento da ADI 2.446 pelo STF .....	75
2.4 Influência de figuras estrangeiras: “abuso de formas”, “abuso de direito”, “business purpose test” e “substance over form” .....	83
2.4.1 O plano para aproximação do objeto .....	83
2.4.2 O “abuso de direito” .....	83
2.4.3 O “abuso de formas” .....	85
2.4.4 O “business purpose test” e a “substance over form” .....	87
<b>CAPÍTULO III – O “PROPÓSITO NEGOCIAL” COMO UM RÓTULO PARA NEGAR A ELISÃO TRIBUTÁRIA .....</b>	<b>92</b>
3.1 O plano para o teste da hipótese .....	92
3.2 Pesquisa realizada pelo de grupo estudos de Legislação Tributária Brasileira e Comparada da USP: 76 decisões do Conselho de Contribuintes (2002-2008).....	92
3.3 Outros estudos que analisaram decisões do CARF sobre elisão tributária: 50 acórdãos proferidos entre 2008 e 2013 e 70 acórdãos proferidos entre 2015 e 2017 .....	104
3.4 A pesquisa a ser realizada: análise das decisões da 1ª Turma da CSRF proferidas entre 2019 e 2023 110	
3.4.1 Metodologia da Pesquisa.....	110
3.3.2 Apresentação e análise dos resultados.....	112
3.5 Análise conjunta: 245 acórdãos proferidos ao longo de duas décadas .....	117
3.6 Teste da Hipótese: “propósito comercial” se tornou um “rótulo” para negar a elisão tributária	121
<b>Capítulo IV –ELISÃO TRIBUTÁRIA EM REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS TÍPICAS</b>	<b>126</b>
4.1 – O plano para o teste da hipótese .....	126
4.2 –Ágio na aquisição de participação societária .....	128
4.2.1 – A natureza jurídica do ágio e o conceito de renda.....	128
4.2.2. – Evolução Legislativa do Tratamento Tributário do ágio.....	132
4.3 – A otimização do uso de prejuízos fiscais.....	154

4.3.1 – Prejuízos fiscais e o conceito constitucional de renda .....	154
4.4.– Reorganização societária para aglutinação de fontes produtoras.....	162
<b>V. Conclusões.....</b>	<b>172</b>

## INTRODUÇÃO

### **1 Objeto: elisão tributária por meio de reorganizações societárias típicas**

Poucos temas têm suscitado disputas tão acirradas quanto a busca pela economia de tributos, usualmente denominado “planejamento tributário”. O tema não é novo, e já foram produzidas obras de fôlego sobre o tema, tanto no Brasil quanto no exterior com as mais diversas aproximações.

Nesse trabalho, entendemos que a busca pelo “planejamento tributário” possa ser vista como um fenômeno sociológico, a investigação de seus limites pertence à dogmática jurídica. Assim, utilizaremos a expressão “elisão tributária” que corresponde ao direito subjetivo assegurado ao contribuinte de, por meios lícitos, (i) evitar a ocorrência do fato jurídico tributário, (ii) reduzir o montante devido a título de tributo ou (iii) postergar a sua incidência.

Há grande aproximação do tema da elisão tributária com o Direito Societário, porque o empresário busca a redução (lícita) da carga tributária. A depender da forma que os negócios jurídicos praticados pela sociedade são estruturados, pode ocorrer maior ou menor carga tributária. Também é íntimo o tema da elisão tributária com as reorganizações societárias envolvendo empresas já constituídas, porque aspectos tributários definem a necessidade e a forma como as reorganizações societárias serão efetuadas.

A Lei das S/A e os artigos 1.113 a 1.122 da Lei nº 10.406 (Código Civil) preveem quatro hipóteses de reorganizações societárias (típicas) por meio dos quais as sociedades mudam de tipo societário (transformação), aglutinam-se (fusão ou incorporação) ou dividem-se (cisão). No caso de transformação, a doutrina e jurisprudência não apresentam exemplos de discussões envolvendo o tema da elisão tributária relacionada ao IRPJ e CSLL<sup>1</sup>. Em sentido diverso, são inúmeras as discussões de elisão tributária envolvendo as demais formas de reorganização societária.

Assim, o objeto do estudo será a elisão tributária referente ao IRPJ e CSLL efetuado por meio de reorganizações societárias típicas: fusão, incorporação e cisão.

---

<sup>1</sup> A única distinção para fins de IRPJ e CSLL em relação ao tipo societário é a previsão expressa de não-tributação do ágio na subscrição de ações para sociedades anônimas, sendo comum que outros tipos societários sejam transformados em sociedade anônima para se beneficiar de regra expressa de não tributação. Não há registro na doutrina ou na jurisprudência de que tal prática tenha sido questionada pelas autoridades fiscais



Analisando as principais obras doutrinárias e decisões administrativas e judiciais sobre a elisão tributária, identificamos quatro grupos de decisões que são representativos das principais discussões sobre o tema: (i) aproveitamento fiscal do ágio formado entre empresas sob controle comum após evento de incorporação, (ii) amortização de ágio gerado entre partes independentes com o uso de empresa-veículo, incorporada na sociedade adquirida, (iii) incorporação de sociedade lucrativa por sociedade com expressivos créditos de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa de CSLL e (iv) cisão-parcial de sociedade com transferência de fontes produtoras para outras sociedade, viabilizando a opção pelo lucro presumido.

Dessa forma, utilizando o método que será exposto, efetuaremos uma análise dogmática relacionada ao IRPJ e CSLL da elisão tributária referente a tais operações de reorganização societária, especialmente considerando as repercussões do julgamento da ADI 2.446 pelo STF. Mais do que a construção das normas jurídicas aplicáveis a tais operações, busca-se contribuir com a construção de um referencial teórico que seja útil para a análise da elisão tributária em reorganizações societárias de forma ampla.

## **2 Justificativa do tema: o início da judicialização da elisão tributária**

No Brasil, obra paradigmática de Sampaio Dória da década de 1970 diferenciou a chamada evasão fiscal e elisão tributária, que se tornou predominante na doutrina. A evasão fiscal corresponderia à prática de condutas ilícitas com o objetivo de economizar tributos, que não mereceriam proteção da ordem jurídica. A elisão tributária compreenderia condutas lícitas, que obedeceriam ao critério cronológico de terem sido praticadas antes da ocorrência do fato gerador dos respectivos tributos para serem admitidas como válidas e legítimas<sup>2</sup>.

Nas décadas seguintes ocorreram acaloradas disputas entre autores da mais alta envergadura sobre o tema. A própria questão terminológica foi objeto de exame, com discussões sobre a terminologia adequada e sobre a existência de uma terceira categoria ao lado da elisão tributária e da evasão fiscal: a elusão tributária.

Ainda mais complexa que a questão terminológica e a definição de quantas categorias jurídicas são aplicáveis, é a definição dos critérios para diferenciar as transações legítimas das ilegítimas. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o debate ficou

---

<sup>2</sup> DORIA, Antônio Roberto Sampaio. *Elisão e evasão fiscal*. São Paulo: Lael, 1971, p. 32.

mais intenso pela tensão entre princípios que pareciam apontar para direções opostas em relação ao tema da elisão tributária.

A maior parte da doutrina observou que o novo texto constitucional consagrou o direito à livre-iniciativa do jurisdicionado (contribuinte) e trouxe diversos princípios com feição de contenção do poder do Estado. Por darem grande relevo ao princípio da livre-iniciativa (liberdade) do contribuinte, tais posições são comumente chamadas de posições libertárias e seus respectivos adeptos de autores libertários.

Alguns doutrinadores, no entanto, enxergaram no novo texto constitucional a consagração do Estado da Solidariedade, com prevalência aos princípios da solidariedade e da capacidade contributiva em seu viés objetivo. Nessa linha de raciocínio, a capacidade contributiva deixa de vista apenas como uma “defesa” do cidadão contra o Estado, e passa a ter a feição de que os jurisdicionados precisam contribuir (por meio do pagamento de tributos) com a manutenção do Estado de acordo com sua capacidade contributiva.

Os debates doutrinários entre as posições libertárias e solidárias intensificaram-se após a edição da Lei Complementar nº 104/01, que introduziu o artigo 116 parágrafo único ao Código Tributário Nacional (CTN)<sup>3</sup>, permitindo à autoridade administrativa 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, nos termos a serem estabelecidos por lei ordinária.

De acordo com sua exposição de motivos, a nova legislação seria um “instrumento eficaz para o combate aos procedimentos de planejamento tributário praticados com abuso de forma ou de direito”. Na tentativa de regulamentação do tema pela Medida Provisória nº 66/2002, que foi rejeitada pelo Congresso Nacional, a redação proposta permitiria a requalificação nas hipóteses de “falta de propósito negocial” e “abuso de formas”.

Tal dispositivo nunca foi regulamentado em âmbito federal, de modo que sua inaplicabilidade (por ineficácia técnica) foi reconhecida pela doutrina de forma quase unânime e recentemente pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.446, concluído em abril de 2022.

Do exposto, era de se esperar que as figuras do “abuso de formas”, “abuso de

---

<sup>3</sup> “CTN. Art. 116 (...) Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos: (...)”

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

direito” e “propósito negocial,” que constaram na tentativa de regulamentação que foi rejeitada pelo Congresso Nacional não seriam utilizados pelas autoridades fiscais para requalificar os atos praticados pelo contribuinte que envolviam economia tributária e, caso utilizados, tais lançamentos não seriam mantidos pelos órgãos julgadores.

No entanto, o que ocorreu foi exatamente o contrário. A análise das decisões administrativas do Conselho de Contribuintes (antecessor do CARF) e do CARF demonstram que tais institutos passaram a ser utilizados como fundamentação das referidas decisões administrativas. Isso implicou uma reversão de diversos entendimentos anteriores que eram favoráveis aos contribuintes sobre o tema da elisão tributária.

O fenômeno intrigou a academia. Como não houve alteração legislativa, o que justificaria a mudança na orientação das decisões do Conselho de Contribuintes? Uma das tentativas de encontrar respostas racionais foi feita pelo Grupo de Estudos de Legislação Tributária Brasileira e Comparada pertence ao Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Em ampla pesquisa (publicada em 2010), analisou-se a fundamentação de 76 (setenta e seis) decisões do Conselho de Contribuintes proferidas entre 2002 e 2008 sobre a elisão tributária. A conclusão do referido estudo foi que o critério determinante das decisões do Conselho de Contribuintes era a presença ou ausência de motivação extratributária nas operações realizadas. Isso seria a aplicação direta da doutrina “propósito negocial”, rejeitada pelo Congresso Nacional, que passou a ser aplicada sob o manto de um conceito alargado de “simulação”, supostamente justificado no artigo 149, VII do CTN<sup>4</sup>.

Ou seja, de acordo com as conclusões de referido estudo, existia uma divergência entre os critérios efetivamente adotados e o instituto jurídico apresentado na fundamentação dos votos nas decisões do Conselho de Contribuintes proferidas entre 2002 e 2008.

Estudos mais recentes também concluíram que as decisões do CARF continuaram utilizando critérios que não constavam formalmente em seus votos. Isso fica nítido, por exemplo, nas teses de doutorado de Martha Toribio Leão (publicada em 2018) e de Paulo Arthur Cavalcanti Koury (publicada em 2021).

Martha Toribio Leão demonstra que decisões do CARF sofreram influência das “posições solidárias” ao aplicar critérios que não se encontram positivados no ordenamento

---

<sup>4</sup> SCHOUEIRI, Luis Eduardo (coord.); FREITAS, Rodrigo de (org.). *Planejamento tributário e o “Propósito Negocial” – Mapeamento de Decisões do Conselho de Contribuintes de 2002 a 2008*. São Paulo: Quartier Latin, p. 17-20.

jurídico e foram influenciadas no plano da qualificação dos fatos por uma leitura demasiada ampla sobre o papel dos princípios da solidariedade e da capacidade contributiva<sup>5</sup>.

Paulo Arthur Cavalcanti Koury investigou a aplicação no Direito Tributário brasileiro da “teoria da substância sobre a forma”, entendida como o argumento que sustenta a prevalência de critérios externos ao Direito (substância) em detrimento de critérios imediatamente baseados em fontes do Direito (forma), para fins de qualificação de fatos, atos e negócios jurídicos para a aplicação do Direito Tributário<sup>6</sup>.

A pesquisa confirmou que a “substância sobre a forma” é utilizada pelas decisões do CARF, ainda que sem referência expressa. Por exemplo, decisões envolvendo o tema “ágio com uso de empresa-veículo” aplicaram critérios externos (e.g., tempo de duração e endereço da sociedade) para desconsiderar os requisitos jurídicos para a constituição de uma pessoa jurídica. Ao desconsiderar a existência da “empresa-veículo” com base na “substância sobre a forma”, concluíram que o requisito de incorporação entre sociedade investidora e sociedade adquirida do artigo 7º da Lei nº 9.532/97 não teria sido cumprido.

Assim, três influentes trabalhos doutrinários confirmaram que as decisões do Conselho de Contribuintes e, posteriormente, do CARF vem, adotando critérios de decisões que são compatíveis com institutos que forem rejeitados expressamente pelo Congresso Nacional. Era de se esperar que os contribuintes se socorressem com frequência ao judiciário e que existiriam diversas decisões em sentido diverso às decisões do CARF. No entanto, isso acabou não ocorrendo.

Analisando o fenômeno, Luis Eduardo Schoueri cunhou a expressão “desjudicialização do planejamento tributário”. Demonstrou que a necessidade de apresentar garantias para discutir o tema em âmbito judiciário e a edição de sucessivos programas especiais de parcelamento e anistia com condições vantajosas acabou funcionando como elemento indutor para que os contribuintes incluíssem os processos que tiveram desfecho desfavorável no CARF em referidos programas<sup>7</sup>.

Ocorre que finalmente começar a vivenciar o início da “judicialização do planejamento tributário”, para seguirmos a feliz expressão adotada por Luis Eduardo

---

<sup>5</sup> LEÃO, Martha Toribio. *O direito fundamental de economizar tributos: entre legalidade, liberdade e solidariedade*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 134;142;267-268.

<sup>6</sup> KOURY, Paulo Arthur Cavalcante. *Forma e substância no Direito Tributário*. São Paulo: IBDT, 2021, p. 24-30; 110-117.

<sup>7</sup> SCHOUERI, Luis Eduardo. O REFIS e a desjudicialização do planejamento tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 232. São Paulo: Dialética, 2015, p. 103-115 (103).

Schoueri. Após quase duas décadas, o STF se pronunciou sobre a constitucionalidade do Artigo 116 parágrafo único do CTN ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2446, concluída em abril de 2022.

Ao longo desse estudo, se buscará demonstrar que a interpretação correta do julgamento da ADI 2446 é que o artigo 116, parágrafo único do CTN trataria da simulação relativa (ou dissimulação), de modo que, por exclusão, o artigo 149, VII do CTN versaria sobre a simulação absoluta.

Assim, como o artigo 116, parágrafo único é inaplicável por eficácia técnica, atualmente só existiria a possibilidade de requalificação dos fatos praticados pelo contribuinte em caso de simulação absoluta (e não simulação relativa).

Firme em tal premissa, pretende-se demonstrar que as decisões do CARF (e antigo Conselho de Contribuintes) proferidas ao longo de duas décadas mostram-se incompatíveis com a interpretação do STF sobre o tema da elisão tributária. Desse modo, os critérios que foram adotados pelas decisões do CARF não podem ser considerados critérios válidos para construção das normas jurídicas que permitem (e impõem limites) à elisão tributária realizada por meio de reorganizações societárias típicas.

Pretende-se (re)construir as corretas normas jurídicas que permitem a elisão tributária por meio de reorganizações societárias típicas (fusão, incorporação e cisão) por meio da análise dos 4 (quatro) grupo de casos que são representativos das principais questões envolvidas. Em nossas análises, seguiremos a distinção consagrada pelo STF entre simulação (absoluta) e dissimulação e analisaremos de forma crítica as decisões proferidas pelos Tribunais Regionais Federais (TRFs) sobre o tema.

### **3 Metodologia: a perspectiva dogmática**

De fato, todo trabalho com aspirações mais sérias há de expor previamente o método do estudo, indicando o conjunto de técnicas que serão utilizadas para a demarcação e aproximação do objeto de estudo.

Repita-se o tema: limites à elisão tributária efetuada por meio de reorganizações societárias típicas (fusão, incorporação e cisão). Pretende-se construir as normas jurídicas que permitem a elisão tributária por meio de reorganizações societárias típicas (fusão, incorporação e cisão) por meio da análise dos 4 (quatro) grupo de casos que são representativos das principais discussões sobre o tema.

Este trabalho pretende tomar as normas jurídicas como seu objeto de estudo, tendo em vista que a elisão tributária (e seus limites) relaciona-se à interpretação das normas jurídicas, sendo esse o corte epistemológico adotado.

Isso significa que não serão feitas incursões nos efeitos (vantagens ou desvantagens) de uma norma de elisão tributária mais ampla ou mais restritiva perante a sociedade. Tal posição não significa ignorar que tal discussão traz reflexos relevantes à arrecadação tributária e ao ambiente de negócios. Trata-se apenas de reconhecer que tais fatores podem ser melhor analisados por outros métodos especulativos e com considerações de outras ciências sociais, tais como a sociológica jurídica ou a análise econômica do direito.

Assim, pretende-se examinar os vários aspectos que no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro são relevantes para o reconhecimento da elisão tributária, sempre justificadas com base em enunciados do sistema de direito positivo. O exame ocorrerá por meio da análise dogmática, no sentido proposto por Robert Alexy, compreendendo as dimensões analítica, empírica e normativa<sup>8</sup>.

Na dimensão analítica, efetua-se a “dissecação sistemático-conceitual”, com a análise dos conceitos elementos e sistematização do ordenamento jurídico. A dimensão pragmática, ligada à efetividade do Direito, analisa-se as decisões produzidas pela jurisprudência (o que – nesse estudo - incluirá as decisões do CARF). A dimensão normativa elucida e faz críticas à práxis jurisprudência.

#### **4. Formulação do Problema da Hipótese de Pesquisa**

##### **4.1. Problemas**

*(A) O artigo 149, VII do CTN autoriza a requalificação nos casos de “dolo”, “fraude” ou “simulação” e o artigo 116 parágrafo único do CTN nos casos de “dissimulação. Como interpretar o significado dos vocábulos “dolo”, “fraude” “simulação” e “dissimulação” para fins tributários?*

*(B) Qual a correta interpretação do julgamento da ADI 2.446 concluído em abril de 2022 sobre o artigo 116 parágrafo único do CTN?*

---

<sup>8</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 33-36.

*(C) É possível identificar o critério determinante nas decisões do CARF proferidas ao longo dos últimos anos para que a elisão tributária seja reconhecida? Este critério é compatível com a decisão do STF na ADI 2.446 concluído em abril de 2022?*

*(D) Quais os critérios para analisar a elisão tributária em reorganizações societárias típicas relacionadas ao IRPJ e CSLL? Como isso se relaciona com os quatro grupos de decisões objeto do estudo?*

## **4.2. Hipóteses**

*(A) Com base nos artigos 109 e 110 do CTN, é possível afirmar que o Direito Tributário envolve a incorporação prima facie dos conceitos de Direito Privado, que só são afastados quando o legislador expressamente traz uma nova definição para fins tributários ou a interpretação sistemática assim exige. No caso dos vocábulos “dolo”, “fraude” “simulação”, “dissimulação”, não houve conceituação diversa pra fins tributários e a interpretação que decorre do Direito Privado é compatível com o ordenamento. Dessa forma, o conteúdo semântico de tais vocábulos deve ser construído com base no Direito Privado.*

*(B) O STF confirmou a legitimidade dos contribuintes praticarem a elisão tributária, desde que por vias legítimas. Também confirmou o entendimento – que já tinha sido construído em âmbito doutrinário – de que o artigo 116 parágrafo único do CTN trata de casos de dissimulação (simulação relativa) e o artigo 149, VII do CTN trata dos casos de simulação (absoluta). O artigo 116 parágrafo único do CTN só poderá ser aplicável após sua regulamentação por lei ordinária.*

*(C) As decisões do CARF adotam como critério a existência ou ausência de “propósito negocial” para se confirmar ou negar a elisão tributária. Ocorre que o “propósito negocial” se tornou um rótulo que abarca diferentes institutos, tais como a ausência de motivação extratributária, simulação pela perspectiva causalista e critérios da substância sobre a forma, refletem uma tomada de posição de que elisão tributária não seria permitida. Tais critérios não se sustentam em face do julgamento da ADI 2446 que*

*confirmou o direito à elisão tributária e que os limites, atualmente aplicáveis, são apenas os constantes no artigo 149, VII do CTN.*

*(D) A elisão tributária nas reorganizações societárias típicas deve preencher dois aspectos: (i) estar de acordo com a interpretação dos dispositivos que regem aquele tipo de transação específica (que variam com a estrutura adotada) e (ii) inexistência de simulação absoluta, cenário em que caberá a requalificação do negócio praticado com base no artigo 149, VII do CTN. Dessa forma, para cada um dos quatro grupos de decisões objeto do estudo é necessário analisar as disposições específicas que regem a matéria (que variam para cada tipo de transação) e a inexistência de simulação (absoluta).*

## **5. Plano de Estudo**

No capítulo 1, serão fixadas premissas fundamentais para a aproximação do objeto: o sistema de referência adotado, a opção pela nomenclatura elisão tributária, como se dá processo de interpretação e aplicação da norma tributária no contexto da elisão tributária e o método que será utilizado para sistematizar as dezenas de decisões proferidas pelo Conselho de Contribuintes e pelo CARF nas últimas duas décadas.

Fixadas tais premissas, analisaremos as posições doutrinárias que dão grande relevo aos princípios da solidariedade e da capacidade contributiva como limites à elisão tributária. Demonstrar-se-á que tais posições possuem premissas incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, como já foi demonstrado por diversos trabalhos doutrinários. No entanto, continuam influenciando autoridades fiscais e conselheiros do CARF tanto na interpretação do direito quanto na qualificação dos fatos, uma consequência do chamado “mito da neutralidade do intérprete”.

No Capítulo II, o trabalho empreenderá firme debate em torno dos limites à elisão tributária constantes no Código Tributário Nacional (CTN). Ao analisar o artigo 149, VII do CTN, testaremos a hipótese de que os significados “dolo”, “fraude” e “simulação” devem ser construídos com base no Direito privado.

Também analisaremos – de forma crítica - a influência de modelos estrangeiros (alemão, francês e norte-americano) empreendendo análise dogmática sobre a aplicação dos institutos do “abuso de direito”, “abuso de formas”, “*business purpose test*” e “*substance over form*” como limites à elisão tributária no ordenamento jurídico brasileiro.



Ao tratar do artigo 116, parágrafo único do CTN, analisaremos as diversas tentativas de sua regulamentação e como a doutrina interpretou a relação de tal dispositivo com o artigo 149, VII do CTN. Adicionalmente, testaremos a hipótese de que tal julgamento consagrou o entendimento – que já tinha sido construído em âmbito doutrinário – de que o artigo 116 parágrafo único do CTN abrange a figura da dissimulação (simulação relativa) de modo, por exclusão, o artigo 149, VII do CTN abrange apenas a requalificação em caso de simulação (absoluta).

O Capítulo III compreende um estudo quantitativo das decisões do CARF. Tendo por ponto de partida o já mencionado estudo do grupo de estudos de Legislação Tributária Brasileira e Comparada da USP que analisou decisões do Conselho de Contribuintes sobre o tema “planejamento tributário e o propósito negocial” proferidas entre 2002 e 2008, investigaremos as decisões proferidas pela 1ª Seção da CSRF (que julga casos de IRPJ e CSLL) entre 2019 e maio de 2023 seguindo a mesma metodologia do “*normative systems*”.

O objetivo é identificar qual foi o critério determinante nas decisões proferidas nos últimos anos e se tal critério é compatível com o que foi decidido pelo STF na ADI 2.446. A hipótese a ser testada é que sob o “rótulo” chamado “propósito negocial” são utilizadas os mais diversos institutos, tais como a ausência de motivação extratributária, simulação pela perspectiva causalista e critérios de substância sobre a forma. Tais critérios não se sustentam em face do julgamento da ADI 2.446 que confirmou o direito à elisão tributária e que os limites, atualmente aplicáveis, seriam apenas os constantes no artigo 149, VII do CTN.

O Capítulo IV trará a análise de transações representativas da elisão tributária em reorganizações societárias típicas, seguindo a seguinte forma de aproximação: (i) desenharemos “caso(s)-problema” para cada tipo de operação, que será representativo dos casos concretos analisados nas decisões sobre o tema; (ii) analisaremos os dispositivos da legislação ordinária que regem o tema tendo por ponta de partida o conceito constitucional de renda e (iii) investigaremos se o “cenário base” permitiria a requalificação dos fatos com base no artigo 149, VII do CTN e (iv) compararemos nossas conclusões com as decisões do judiciais sobre o tema.

Ao buscar identificar os critérios para que tais transações sejam consideradas “simuladas” ou “dissimuladas” e confrontá-las com decisões judiciais, busca-se, de forma mais ampla, contribuir com o estudo a elisão tributária envolvendo reorganizações societárias típicas, que podem ocorrer em uma multiplicidade de situações.

# CAPÍTULO I: PERSPECTIVAS TEÓRICAS SOBRE O PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

## 1.1 Algumas Premissas para a aproximação do objeto

### 1.1.1 O problema semântico: acepções de evasão, elisão e elusão

Até a década de 1970, consagrados autores se dedicavam ao espinhoso tema de identificar a diferença entre a economia tributária lícita da ilícita, mas sem existir uniformidade na terminologia adotada. Alfredo Augusto Becker utilizava os termos “evasão fiscal”, “elusão” ou “evasão lícita” para designar a economia tributária lícita e “fraude fiscal” (que poderia ocorrer com a violação de uma norma civil, comercial) para designar a economia tributária ilícita<sup>9</sup>. Rubens Gomes de Souza também utilizava as expressões “evasão fiscal” para a economia tributária lícita e “fraude fiscal” para a economia tributária ilícita<sup>10</sup>.

Sampaio Dória empreendeu ambiciosa tentativa de neutralização e estabilização da terminologia. Discorreu sobre diferentes hipóteses de “evasão”, mas sempre lhe conferindo tonalidades de fuga artilosa, dissimulada e ilícita. Argumentava que o termo “evasão” já implicaria uma ideia de ilicitude, sendo uma contradição utilizar o termo “evasão” em conjunto com “legal” ou “lícito”. Nesta linha, sugeria que a economia tributária legítima deveria ser chamada de “elisão”<sup>11</sup>.

Outra proposta terminológica relevante foi feita por Brandão Machado, que sugeriu a expressão “elusão fiscal” para qualificar o ato da evasão sem violação da norma tributária, justificando ser “elusão” a palavra portuguesa mais adequada para traduzir a ideia de fuga, desvio, evitação<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1999, p. 136-138.

<sup>10</sup> SOUZA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1954, p. 99.

<sup>11</sup> DORIA, Antonio Roberto Sampaio. *Elisão e Evasão Fiscal*. 2ª ed. São Paulo: Bushatskay, 1977, p. 45-46

<sup>12</sup> MACHADO, Brandão. Nota do tradutor: In: LENZ, Raoul. *Elusão fiscal e a apreciação econômica dos fatos*. In: TAVOLARO, Agostinho Toffoli; MACHADO, Brandão; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Princípios tributários no direito brasileiro e comparado. Estudos jurídicos em homenagem a Gilberto de Ulhôa Canto*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 586.

Hermes Marcelo Huck observou, em obra em de 1996, que a distinção conceitual entre “evasão” (ilítica) e “elisão” (lícita) nos termos propostos por Sampaio Dória, acabou por prevalecer, tornando-se de uso corrente na prática jurídica brasileira<sup>13</sup>. Mesmo autores que criticam a expressão “elisão” como sinônimo de economia tributária lícita, reconhecem que tal significado deve ser mantido virtude do grau de acatamento que obteve pela comunidade jurídica nacional<sup>14</sup>.

Ocorre que as dificuldades em estabelecer os limites entre “evasão” e “elisão” levou alguns autores a conceberem uma terceira figura: a “elusão”. Note-se essa concepção de “elusão” como figura autônoma possui um significado diferente do que era utilizado por Alfredo Augusto Becker, Rubens Gomes de Souza e por Brandão Machado, que utilizam tal expressão de forma compatível com o que hoje é conhecido como “elisão”.

No Brasil, a existência da “elusão” como figura autônoma foi sustentada por Heleno Torres que, analisando como o tema era abordado em outros países, identificou que entre a legítima economia de tributos (“elisão”) e a prática de atos em frontal descumprimento às normas (“evasão”) existiria o “meio do caminho”, a ser ocupado pela figura da “elusão”<sup>15</sup>.

A “elusão” seria sempre um fenômeno transparente: o contribuinte revelaria ao fisco os atos ou negócios efetivamente praticados. Assim, distancia-se da figura da simulação, que pressupõe atos encobertos, ocultos ou inexistentes. Apesar de praticar atos lícitos de Direito Privado (atendendo seus requisitos formais e materiais), tais atos gerariam “reações do ordenamento tributário”, que não admitiria aquela conduta como válida<sup>16</sup>.

Na conceituação proposta por Heleno Torres, na “elusão” ocorreria o uso de “negócios jurídicos atípicos ou indiretos desprovidos de “causa” ou organizados como simulação ou fraude à lei”<sup>17</sup>. Independentemente dos negócios jurídicos adotados para evitar a aplicação da lei tributária serem lícitos, a “elusão” não seria uma conduta lícita (para fins tributários) porque valeu-se das chamadas ilicitudes atípicas, que também seriam vedados pelo sistema tributário brasileiro<sup>18</sup>.

Mais especificamente, como não há normas sancionatórias típicas dirigidas ao descumprimento de “permissões”, os excessos promovidos em seu exercício que causem

---

<sup>13</sup> HUCK, Hermes Marcelo. *Evasão e elisão: rotas nacionais e internacionais do planejamento tributário*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 20-21.

<sup>14</sup> TORRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário e Direito Privado – autonomia privada, simulação e elusão tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 188.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 187.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 188.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 189.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 195-197.

prejuízos somente podem ser reprimidos por cláusula geral exclusivamente dirigida a esta função. Nesta linha, apesar do princípio da autonomia privada permitir a criação de negócios jurídicos, haveria excesso quando estes fossem desprovidos de “causa”, “simulados” ou com “fraude à lei”, aplicando-se uma norma geral antielusiva para relativizar seus efeitos<sup>19</sup>.

O tema foi desenvolvido por Livia de Carlo Germano que, admitindo a “elusão” como uma terceira categoria conceitual (entre a “elisão” e a “evasão”), investigou os critérios para a qualificação das condutas elusivas que se qualificariam pela efetivação de ilícitos atípicos, tais como o abuso de direito, a fraude à lei, simulação na perspectiva causalista, negócios fiduciários e negócios indiretos<sup>20</sup>.

Uma das conclusões principais do estudo foi que o artigo 149, II do CTN veicularia uma “cláusula geral antielusiva” ao autorizar a requalificação nos casos de “dolo”, “fraude” ou “simulação”. Para a pesquisadora, o vocábulo “fraude” abarcaria a utilização da autonomia privada para a prática de atos ou negócios aparentemente lícitos, porém desprovidos de “causa”, e praticados exclusivamente com vistas à economia de tributos<sup>21</sup>.

Os estudos da “elusão” como categoria autônoma são interessantes formas de aproximação do fenômeno, mas não apresentam - ao menos de forma peremptória - qual seria o fundamento de tal “reação do ordenamento” para tornar ilícitas tais condutas. Argumenta-se pela necessidade de “fechamento operacional” do sistema<sup>22</sup> e que do conflito entre a regra permitindo a conduta e princípios constitucionais, inverter-se-ia o sentido da regra para que a conduta fosse considerada ilícita<sup>23</sup>.

Uma perspectiva com maior racionalidade científica foi apresentada por Alexandre Naoki Nishioka em sua tese envolvendo o planejamento fiscal e elisão tributária na constituição e gestão de sociedades. A proposta do autor é que o artigo 116 parágrafo único do CTN faria o papel de norma antielusão, em figura próxima à fraude à lei<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> Ibidem, p. 197-198.

<sup>20</sup> GERMANO, Livia de Carli. *Planejamento Tributário e limites para a desconsideração dos negócios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 222-223.

<sup>22</sup> TORRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário e Direito Privado – autonomia privada, simulação e elusão tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 197-198.

<sup>23</sup>; GERMANO, Livia de Carli. *Planejamento Tributário e limites para a desconsideração dos negócios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 235.

<sup>24</sup> NISHIOKA, Alexandre Naoki. *Planejamento fiscal e elusão tributária na constituição e gestão de sociedades: os limites da requalificação dos atos e negócios jurídicos pela administração*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

Ocorre que a figura da elusão acaba residente em uma cinzenta entre o legal e o ilegal, acaba por desafiar a lógica bivalente do direito positivo, que preceitua que uma proposição normativa não pode ser, ao mesmo tempo, válida e não válida<sup>25</sup>. Assim, não há necessidade de se criar uma terceira categoria, porque todos os institutos que podem ser estudados pela figura da “elusão” (fraude à lei, violações ao conceito de causa, abuso de forma etc.) também podem ser categorizados na elisão tributária (se lícitos) ou na evasão fiscal (se ilícitos).

Por esse motivo, optamos por adotar como ponto de partida a distinção em duas categorias na linha capitaneada por Sampaio Dória e que acabou consagrada na doutrina, “elisão” para se referir à economia tributária lícita e a “evasão” para se referir a economia tributária ilícita. O critério diferenciador entre “elisão” e “evasão”, portanto, será jurídico, construído com base na ordem jurídica positiva brasileira.

Também rejeitaremos à tentação de simplesmente utilizar a expressão “planejamento tributário”. Embora fosse mais simples, tal expressão também é utilizada para se referir ao fenômeno sociológico de busca da redução de despesas via economia tributária. Como a premissa adotada no trabalho é que a investigação dos limites à economia tributária pertence à dogmática jurídica, utilizaremos a expressão “elisão tributária” para realçar que gozam de juridicidade os critérios diferenciadores entre a economia tributária lícita e ilícita.

Diversos conceitos de elisão tributária apontados pela doutrina. Não adotaremos o critério cronológico, inicialmente apresentado por Sampaio Dória. Embora ele tenha sido importante para, de forma didática, diferenciar as condutas legítimas das ilegítimas, fato é que ele acaba sendo de confusa aplicação. Por exemplo, um contribuinte brasileiro que viaja ao exterior e adota previamente uma série de atos fraudulentos para evitar pagamento de tributos sobre produtos que trará ao Brasil, terá adotado uma conduta anterior ao fato gerador (entrada no território brasileiro), mas nem por isso a conduta será lícita.

Assim, a definição de elisão tributária adotada nesse estudo é o direito subjetivo assegurado ao contribuinte de, por meios lícitos, (i) evitar a ocorrência do fato jurídico tributário, (ii) reduzir o montante devido a título de tributo ou (iii) postergar a sua incidência”. Note-se que este conceito enfatiza que há um direito subjetivo assegurado ao contribuinte à economia de tributos, traz como requisito a licitude e contempla as diversas formas de economia tributária.

---

<sup>25</sup> SILVA, Rômulo Cristiano Coutinho da. *Planejamento Tributário e Segurança Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 84.

### 1.1.2 Sistema, Ordenamento e Norma Jurídica

A aproximação de qualquer objeto do conhecimento pode ocorrer de diferentes perspectivas, envolvendo questões como: (i) a decomposição analítica do objeto de estudo, (ii) identificar quais critérios presidem as formas de organização das partes em relação ao todo, (iii) a delimitação do que pertence ao campo de estudo e o que está fora dele, incluindo os critérios utilizados para efetuar tal demarcação, (iv) identificar as influências que objetos de estudos distintos promovem entre si (reciprocamente) e (v) como controlar o trânsito entre os diversos domínios do conhecimento humano.

A noção de sistema serve como ponto de partida para dar respostas coerentes e consistentes para essas e outras questões. Daí a necessidade, de qualquer estudo científico com aspirações mais sérias, fixar inicialmente um sistema de referência sobre o qual se assentará as premissas adotadas, ocorrerá o teste das hipóteses levantadas e serão deduzidas as conclusões. Assim, esclareceremos inicialmente o que adotamos como sistema, sistema jurídico (ou ordenamento jurídico) e normas jurídicas.

A noção de sistema, como ocorre com a maioria dos signos, enseja distintas aproximações. O traço comum prevalecente das diversas perspectivas é que o sistema envolve a noção de parte ou elemento submetidos a certos critérios de coordenação<sup>26</sup>. Na precisa definição de Tércio Sampaio Ferraz Junior, “sistema é o conjunto de elementos de repertório e as relações entre os elementos de estrutura”<sup>27</sup>. Essa característica é comum a todos os sistemas, independentemente do campo possível de sua aplicação (econômico, político, social, jurídico etc.).

Alguns autores atribuem sentidos distintos aos vocábulos sistema (jurídico) e ordenamento (jurídico). Para Gregorio Robles, ordenamento é o texto jurídico bruto (ou material jurídico) exatamente como produzido pelas autoridades competentes. A partir do ordenamento, a dogmática jurídica (ou ciência do direito em sentido estrito) constrói o sistema, de forma sistemática e conceitualmente rigorosa<sup>28</sup>. Ocorre que tal proposta de diferenciação deixa de reconhecer que o somatório de textos do direito positivo já possuem

---

<sup>26</sup> BARRETO, Paulo Ayres. Ordenamento e Sistema Jurídicos. In: Paulo de Barros Carvalho. (Org.). *Construtivismo Lógico Semântico*. São Paulo: Editora Noeses, 2014, v. 1, p. 252.

<sup>27</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 175.

<sup>28</sup> ROBLES, Gregorio. *O direito como texto: quatro estudos sobre a teoria comunicacional do direito*. Baurerri: Manole, 2005, p. 6-9.

um mínimo de racionalidade para viabilizar sua compreensão pelos destinatários, garantindo-lhe, nessa perspectiva, a condição de sistema<sup>29</sup>.

Outra proposta de diferenciação é apresentada por Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin, que observam que a modificação das normas jurídicas geram uma modificação no próprio sistema. Assim, focando no aspecto dinâmico do Direito, utilizam a expressão sistema como o conjunto de normas estaticamente consideradas e ordenamento como uma série de sucessivos sistemas ao longo do tempo<sup>30</sup>. Aurora Tomazini de Carvalho reconhece o mérito de tal posicionamento, que auxilia observar o direito de forma cronológica explicando, por exemplo, a aplicação de normas já revogadas. No entanto, afirma, com razão, que esta teoria seria “apenas um ponto de vista sobre o objeto que enfatiza seu aspecto dinâmico”<sup>31</sup>.

Neste trabalho, apesar de reconhecermos que grandes autores distinguem sistema (jurídico) e ordenamento (jurídico), adotaremos tais expressões como sinônimos. Assim, o sistema jurídico (ou ordenamento jurídico) compreende o conjunto de normas jurídicas, unidades mínimas (irredutíveis) de manifestação do deôntico. Como todo sistema, o ordenamento jurídico pressupõe axiomas (normas fundamentais) para se tornar operacional: o axioma da hierarquia e o axioma da validade.

Sem o axioma da hierarquia, a própria noção de sistema desaparece, pois não é possível apontar qual seria o fundamento jurídico das unidades componentes e qual deveria prevalecer em caso de conflito ou antinomia. Embora a hierarquia seja um axioma de qualquer sistema jurídico, os critérios utilizados pelo o legislador para implantá-la podem variar, de modo que podem ser diferentes em cada direito positivo<sup>32</sup>.

O axioma da validade é imanente à noção de ordenamento e que confere o status de jurídico a determinado mandamento. A norma jurídica é válida se mantém relação de pertinência com o sistema, que nele foi posta por órgão legitimado a produzi-la, mediante procedimento estabelecido para esse fim<sup>33</sup>. Por esse motivo, a interpretação de qualquer unidade normativa pressupõe não apenas a análise de suas características individuais, como

---

<sup>29</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 170.

<sup>30</sup> ALCHOURRÓN, Carlos e BULYGIN, Eugenio. *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. México: Distribuciones Fontamara, 1997, p. 62

<sup>31</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019, p. 659

<sup>32</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 7. ed. São Paulo: Noeses, 2018, p. 232.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 236.

também o exame de sua relação com o sistema em que está inserido e a forma como se relaciona com os demais elementos que compõem aquele sistema.

Os axiomas da hierarquia e validade são essenciais para compreender porque é inadequado “importar” alguns institutos estrangeiros que buscam endereçar o fenômeno sociológico do planejamento tributário. Os ordenamentos jurídicos são resultados de decisões jurídicas (do constituinte e legislador derivado) e estruturam de forma diferente a hierarquia e até mesmo a forma de produção de novas normas jurídicas. Assim, algumas soluções que funcionam em outras jurisdições podem ser incompatíveis com sistema tributário brasileiro.

Com base na noção de sistema, é possível entender a destinação entre as chamadas teorias holísticas e reducionistas, que podem ser aplicáveis no processo de interpretação (construção de sentido) das normas jurídicas. As teorias holísticas privilegiam a leitura dentro de uma visão sistêmica, de modo que – se levadas ao extremo - amesquinha a importância da análise da unidade mínima de manifestação do deontico. As teorias reducionistas seguem caminho oposto, com a precisa e rigorosa identificação da unidade irreduzível, dando menos relevo a sua visão global<sup>34</sup>.

Mais adequado que adotar uma posição *a priori* em favor da aplicação de qualquer uma das linhas outra, é buscar conciliá-las. Nas palavras de Paulo Ayres Barreto, norma jurídica e sistema “são vetores que exercem contínua pressão, podendo resultar alteração da parte, em face das pressões advindas do sistema, bem assim modificações sistêmicas decorrentes da força que a unidade mínima pode vir a exercer sobre a noção de todo”<sup>35</sup>.

Dessa forma, em todas as análises de normas jurídicas que serão feitas ao longo desse estudo, investigaremos as estruturas unitárias que compõem cada instituto bem como eles se relacionam com o ordenamento.

### **1.1.3 Interpretação e aplicação da norma tributária**

Para melhor entender os debates doutrinários sobre o tema da elisão tributária, é importante entender como ocorre a justificação do processo de requalificação dos fatos praticados pelo contribuintes por parte das autoridades fiscais.

---

<sup>34</sup> BARRETO, Paulo Ayres. Ordenamento e Sistema Jurídicos. In: Paulo de Barros Carvalho. (Org.). *Construtivismo Lógico Semântico*. 1 ed. São Paulo: Editora Noeses, 2014, v. 1, p. 250;253.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 250;253.



Ao descrever a ocorrência do “Fato A”, o contribuinte pretende comprovar sua subsunção à norma geral e abstrata que produz um menor ônus tributário, ou até mesmo sua integral desoneração. As autoridades administrativas usualmente buscam demonstrar a efetiva concretização de um “Fato B” que daria ensejo a uma incidência tributária mais gravosa. Assim, a construção do “Fato A” ou “Fato B” importará a incidência de uma regra tributária diversa<sup>36</sup>.

Nos tributos sujeitos à sistemática do lançamento por homologação (incluindo IRPJ e CSLL), o contribuinte já terá efetuado a apuração dos tributos considerando a regra tributária que incide sobre o “Fato A”. Assim, ao analisar a apuração dos tributos efetuada pelo contribuinte, a autoridade administrativa poderá discordar da ocorrência do “Fato A”, entendendo, por exemplo, que o “Fato A” não ocorreu ou que o “Fato A” estaria dissimulando a ocorrência do “Fato B”, sujeito à regra tributária diversa que levaria a outro resultado na apuração dos tributos.

Instaurado um contencioso (administrativo ou judicial) sobre o tema, a autoridade julgadora competente reconhecerá a verdade que decorre dos autos do processo: ou decidirá pela ocorrência do “Fato A”, negando a ocorrência do “Fato B”, ou reconhecerá a ocorrência do “Fato B”, o que implica negar a falsidade da ocorrência do “Fato A”.

Para decidir quais dos fatos ocorreram, a autoridade julgadora se valerá das provas admissíveis e que tenham sido apresentadas pelas partes. Assim, a decisão sobre a ocorrência do “Fato A” ou “Fato B” não pressupõe o “retorno” ao evento efetivamente ocorrido para verificar o que ocorreu no plano empírico. A noção de verdade produzida pela decisão da autoridade julgadora competente será uma verdade lógica, que apresenta a maior conformidade com as provas admitidas nos processos, independentemente de sua real e efetiva correspondência com os eventos ocorridos.

Mas a autoridade administrativa também pode adotar uma abordagem diversa. Pode concordar com a ocorrência do “Fato A”, mas Fisco e contribuintes divergirem sobre qual a regra tributária aplicável. Também pode ocorrer que, uma vez instaurado o contencioso sobre o tema, o contribuinte argumente que mesmo no cenário de ocorrência do “Fato B”, a regra tributária a ser aplicável resultaria na mesma incidência tributária que no “Fato A” ou, ao menos, não resultaria na aplicação da regra tributária pretendida pela autoridade administrativa.

---

<sup>36</sup> BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento Tributário: Limites Normativos*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 14-16.

A diferença entre o que é discussão sobre os critérios que o ordenamento admite para que ocorra a requalificação para fins tributários do “Fato A” em “Fato B” (ou não ocorrência do “Fato A”) ou sobre o que é interpretação dos diversos enunciados prescritivos para construção da norma jurídica que compõe o ordenamento não fica clara nas discussões sobre elisão tributária, e em muitos casos é possível afirmar que tais aspectos não estão dissociados, até mesmo porque a interpretação e aplicação de normas jurídicas ocorrem simultaneamente.

O exemplo do “ágio com uso de empresa-veículo” é elucidativo. O cenário base consiste na constituição de uma nova empresa (que as autoridades fiscais chamam de “empresa-veículo”), que adquire participação societária e, posteriormente, é incorporada na sociedade adquirida. O contribuinte argumenta que a sociedade adquirente foi incorporada na sociedade adquirida (“Fato A”), sendo preenchido o requisito do artigo 7º, III da Lei nº 9.532/97 para viabilizar o aproveitamento do ágio gerado na aquisição.

As acusações fiscais sobre os temas seguem diversas linhas. Mas, nos casos mais recentes, argumenta-se que a “empresa-veículo” não é a verdadeira adquirente da participação societária, e sim a sociedade que constituiu a “empresa-veículo” (ou emprestou os recursos financeiros). Ou seja, argumenta que ocorreu um “Fato B” (diferente do “Fato A”, descrito pelo contribuinte) e que, em decorrência da ocorrência do “Fato B”, o requisito do artigo 7º, III da Lei nº 9.532/97 não teria sido cumprido (diversamente do que argumenta o contribuinte).

Nesse exemplo, para proferir a decisão sobre o tema, a autoridade julgadora avaliará tanto qual foi a verdadeira sociedade adquirente (i.e., verificação da ocorrência do “Fato A” ou do “Fato B”) e quais os critérios jurídicos para preencher os requisitos do artigo 7º, III da Lei nº 9.532/97. Mas não é possível dissociar os temas (senão para fins meramente didáticos), porque a interpretação do artigo 7º, III da Lei nº 9.532/97 é diretamente racionada à resposta sobre qual será considerada a verdadeira sociedade adquirente.

Assim, definir se estamos diante de uma conduta que corresponde à elisão tributária ou evasão fiscal é nitidamente um problema de interpretação do direito. Trata-se de tema complexo, sujeito a diferentes perspectivas de abordagem. De um lado, envolve a interpretação dos dispositivos do ordenamento jurídico que permitem a requalificação dos negócios praticados pelo contribuinte (como o artigo 149, VII do CTN). De outro lado, também envolve a correta construção de normas jurídicas por meio da análise de enunciados prescritivos que versam sobre os negócios jurídicos praticados.

Há muito ficou superada a suposta existência de um método excepcional para o Direito Tributário, prevalecendo o entendimento de que a interpretação deve ocorrer da mesma forma que nos demais ramos didaticamente autônomos do Direito<sup>37</sup>, sendo possível utilizar os métodos tradicionalmente referidos pela doutrina (literal, lógico, histórico, teleológico e sistemático), com suas virtudes e defeitos.

Mas ao interpretar normas jurídicas de natureza tributária, é necessário levar em consideração a obrigação tributária nasce da lei, que deve ser interpretada nos seus precisos limites. Como ensina Ruy Barbosa Nogueira, a interpretação da norma material tributária deve ser estrita: sem ampliar nem restringir. Se houver omissão da lei, deve ser sentenciada a inexistência da obrigação e se a obrigação estiver prevista em lei, deve ser aplicada de maneira estrita, tal qual disponha a lei tributária<sup>38</sup>.

Também são importantes para o estudo da elisão tributária são os artigos 109 e 110. O artigo 109 do CTN dispõe que os institutos de Direito Privado são válidos para pesquisa da “definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários”. O artigo 110 do CTN dispõe que lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de Direito Privado, utilizados expressa ou implicitamente na definição e limitação de competências tributárias.

Paulo Ayres Barreto e Fernando Daniel de Moura Fonseca empreendem análise específica dos artigos 109 e 110 do CTN. Identificam três correntes doutrinárias: (i) a autonomia conceitual como regra; (ii) a subordinação aos conceitos existentes no Direito Privado (primado do Direito Civil) e (iii) a incorporação *prima facie*, pelo Direito Tributário, dos conceitos de Direito Privado<sup>39</sup>.

A primeira corrente defende a autonomia conceitual como regra, dispondo que os conceitos empregados pelo legislador tributário são, sempre e necessariamente, conceitos autônomos, desvinculados, dos conceitos existentes no Direito Privado. Seus principais pressupostos teóricos são (i) que os conceitos empregados pelo legislador tributário devem ser interpretados de acordo com o objetivo principal da norma tributária (arrecadação) e (ii)

---

<sup>37</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 141.

<sup>38</sup> NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 116.

<sup>39</sup> BARRETO, Paulo Ayres; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Os limites à autonomia conceitual em matéria tributária: uma análise dos arts. 109 e 110 do Código Tributário Nacional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; e COELHO, Sacha Calmon Navarro (Org.). *Direito Tributário contemporâneo*. São Paulo: RT, 2016. p. 283-305.

que a competência tributária foi discriminada na CF/88 por meio da utilização de fatos de natureza econômica (e.g., renda e propriedade)<sup>40</sup>.

No Brasil, essa corrente foi sustentada por Rubens Gomes de Souza e Amílcar de Araujo Falcão. Apesar do brilhantismo dos expoentes, não resiste a uma análise crítica de suas próprias premissas. Isolar uma das finalidades da norma tributária (arrecadação), para justificar uma regra geral de interpretação, já se mostra equivocado na origem. Não há qualquer particularidade da norma tributária que justifique a prevalência (de forma apriorística) do método teleológico sobre os demais. Também é digno de nota que existem diversos conceitos que não se relacionam com a atribuição de competências<sup>41</sup>.

A segunda corrente que sustenta a incorporação dos conceitos de Direito Privado, caso a lei não disponha de forma diversa (primado do Direito Civil). O Direito Tributário seria um “Direito de sobreposição” porque atribuiria efeitos tributários a fenômenos regulados fora de seu âmbito, assim a investigação dos significados de Direito Tributário (ausente definição expressa) deveria partir das definições preexistentes e dos princípios de Direito Privado.

A principal crítica que pode ser feita a essa corrente é que, como observou Schoueri, “restaria ao legislador tributário o papel de disciplinar a tributação a partir da qualificação preexistente no âmbito do Direito Privado”<sup>42</sup>.

Com base nas lições de Andrei Pitten Velloso sobre as duas correntes doutrinárias acima expostas, Paulo Ayres Barreto e Fernando Daniel de Moura Fonseca realçam que a diferença entre as duas correntes está na abordagem teórica mas não, necessariamente, nos resultados obtidos<sup>43</sup>.

Por exemplo, a autonomia conceitual do Direito Tributário (primeira corrente) parte da independência dos conceitos enquanto, em sentido diametralmente oposto, a corrente do primado do Direito Civil (segunda corrente), parte da unidade do ordenamento jurídico. Nada impede, no entanto, que o resultado do processo hermenêutico seguindo a

---

<sup>40</sup> Ibidem, p. 286-287.

<sup>41</sup> Ibidem, p. 288.

<sup>42</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. Juros sobre capital próprio: natureza jurídica e forma de apuração diante da “nova contabilidade”. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; e LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2012, vol. 3, p. 171.

<sup>43</sup> BARRETO, Paulo Ayres; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Os limites à autonomia conceitual em matéria tributária: uma análise dos arts. 109 e 110 do Código Tributário Nacional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; e COELHO, Sacha Calmon Navarro (Org.). *Direito Tributário contemporâneo*. São Paulo: RT, 2016. p. 288; 290.

independência dos conceitos leve à conclusão de que em uma dada situação o conceito tributário terá o mesmo conteúdo verificado no Direito Privado. Nessa hipótese, o resultado obtido será o mesmo nas duas correntes<sup>44</sup>.

Também é fácil perceber que ambas as correntes – levadas ao extremo – chegariam a resultados insustentáveis. Uma visão extrema da teoria da autonomia conceitual do Direito Tributário (primeira corrente), acabaria por tributar atos reveladores de capacidade contributiva por analogia com a materialidade eleita no âmbito jurídico. Uma visão extrema da teoria do primado do Direito Civil (segunda corrente) acabaria por negar a própria autonomia conceitual do Direito Tributário, proibindo o legislador de construir conceitos para fins tributários.

Embora seja possível construir variações mais brandas dessas teorias eliminando posições extremas, mais acertado é colocar a questão como o surgimento de uma terceira corrente, conciliando argumentos corretos colhidos em cada uma das duas correntes. A classificação em uma terceira corrente permite que contornos sejam melhor descritos, sem pressões e preconceções sobre o significado atribuído pelas outras duas correntes.

Assim, a terceira corrente sustenta a incorporação *prima facie* dos conceitos de Direito Privado. Nesta linha de raciocínio, o ponto de partida para construção do sentido da norma é o seu conteúdo no Direito Privado, mas admite-se a transfiguração em duas situações: (i) quando a interpretação sistemática do ordenamento assim o exigir ou (ii) quando o legislador o fizer de forma expressa. A solução deixa de se referir a concepções prévias de rejeição ou de incorporação dos conceitos oriundos do Direito Privado.

Essa interpretação reconhecendo que o artigo 109 do CTN denota uma dupla preocupação: (i) a de respeitar a unidade do ordenamento jurídico, por meio da determinação de que os conceitos empregados pela legislação tributária devem ter o seu conteúdo pesquisado em conformidade com os princípios de Direito Privado e (ii) a de que o legislador tributário pode, a despeito dessa uniformidade conceitual, prescrever efeitos tributários específicos<sup>45</sup>.

Exemplo clássico é trazido por Alcides Jorge Costa: “a legislação do imposto de renda pode tranqüilamente conceituar como pessoa jurídica a firma individual e assim por

---

<sup>44</sup> Ibidem, p. 288.

<sup>45</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 145.

diante”<sup>46</sup>. Outra lição clássica é a de Alfredo Augusto Becker que, ao tratar da unicidade do Direito, explica que os conceitos jurídicos tem o mesmo significado (salvo se a lei tiver expressamente alterado tais conceitos), de modo que não existe um “marido” para fins tributários diferente do “marido” do Direito Privado<sup>47</sup>.

O exemplo do “marido para fins tributários” dado por Alfredo Augusto Becker foi utilizado por Humberto Ávila para explicar sua posição sobre o âmbito de eficácia do Direito Privado no Direito Tributário. Apesar de pontuar que o caso do “marido” seria um exemplo extremo (e talvez esdrúxulo), Humberto Ávila afirma que um conceito m conceito específico para fins tributários pode coexistir com um conceito diverso que seria aplicável ao Direito Privado sem ferir o princípio de unidade do ordenamento jurídico que não significa, necessariamente, uma unidade conceitual<sup>48</sup>.

Mas a constatação de que o legislador tributário pode estabelecer um conceito de Direito Tributário que seja diferente do conceito válido para fins do Direito Privado, levanta várias questões, que podem ser sintetizadas em duas perguntas. Qual é o modo que o legislador deve seguir para modificar os conceitos de Direito Privado para fins tributário – precisa ser de forma expressa? Existem limites a serem observados?

Humberto Ávila propõe algumas respostas. O modo de atuação do legislador teria que ser expresso. Se ele não atuar expressamente e silenciar, haverá a recepção daquele conceito de Direito Privado. Isso se justificaria porque a Lei Complementar nº 95/88, que estabelece como as leis ordinárias deverão ser editadas, prevê que a modificação deve ser expressa. Além disso, o jurisdicionado, quando estabelece as suas relações jurídicas, estabelece-as de acordo com o conceito de Direito Privado<sup>49</sup>.

Quanto aos limites, além de não poder alterar conceitos sob reserva constitucional (explícita ou implícita), não pode criar um vínculo que viole a “realidade das coisas” (princípio da razoabilidade enquanto congruência do Direito com a realidade), não pode violar núcleo mínimo de direitos fundamentais (proibição de excesso) e a distinção criada não pode ser arbitrária (é preciso ter um motivo, e esse motivo precisa ser relevante)<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> COSTA, Alcides Jorge. A competência tributária e o Novo Código Civil. In: Eduardo de Carvalho Borges (Coordenador). *Impacto Tributário do Novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 30-31.

<sup>47</sup> BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1972, p. 110.

<sup>48</sup> ÁVILA, Humberto. Eficácia do Novo Código Civil na Legislação Tributária. In: GRUPPENMARCHER, Betina Treiger (coord.). *Direito Tributário e o Novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 63-79, p. 69.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 70-71.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

Paulo Ayres Barreto e Fernando Daniel de Moura Fonseca também chegam a conclusões semelhantes, enxergando limites que decorrem da própria noção de sistema (e.g., postulado do legislador coerente) e também sobre a necessidade de que ocorra atuação do legislador para criar um novo conceito para fins tributários seja expressa. Nas palavras dos autores: “ausente qualquer indicação do legislador de que o conceito, o instituto e a forma estão sendo redefinidos para fins tributários, o Direito Tributário estará, de fato, funcionando como um Direito de Sobreposição”<sup>51</sup>.

Por todo o exposto, pode-se afirmar que o legislador tributário pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de Direito Privado, desde que não atinja regras de competências e o faça de forma expressa. Em consequência, na ausência de um conceito expresso para fins tributários, o conteúdo semântico deve ser buscado no Direito Privado, salvo se a interpretação do ordenamento jurídico exigir de forma diversa, em decorrência da própria noção de sistema.

#### **1.1.4 Desafios de uma pesquisa empírica sobre as decisões do CARF e o método “normative systems”**

Um dos problemas da hipótese de pesquisa é verificar qual o critério determinante nas decisões do CARF proferidas ao longo dos últimos anos sobre a elisão tributária e se tal critério seria compatível com o julgamento do STF na ADI 2446 concluído em abril de 2022.

A hipótese a ser testada é que as decisões do CARF adotam como critério a existência ou ausência de “propósito negocial” para se confirmar ou negar a elisão tributária. Mas as decisões refletem uma tomada de posição de que elisão tributária não seria permitida e o “propósito negocial” se tornou um rótulo que abarca diferentes institutos, tais como a ausência de motivação extratributária, simulação pela perspectiva causalista e critérios da substância sobre a forma.

Dessa forma, é necessário eleger um método para sistematizar as dezenas de decisões do CARF sobre o tema e viabilizar o teste das hipóteses, levando-se em consideração que as decisões sobre elisão tributária envolvem contexto fático completamente diverso e buscamos identificar critérios comuns.

---

<sup>51</sup> BARRETO, Paulo Ayres; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Os limites à autonomia conceitual em matéria tributária: uma análise dos arts. 109 e 110 do Código Tributário Nacional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; e COELHO, Sacha Calmon Navarro (Org.). *Direito Tributário contemporâneo*. São Paulo: RT, 2016. p. 297.

Optamos por utilizar o mesmo adotado utilizado pelo Grupo de Estudos de Legislação Tributária Brasileira e Comparada (USP), que foi uma variação do modelo de “*Normative Systems*”, de Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin. A eleição de tal método se justifica porque foi um método já testado, com resultados adequados para a pesquisa científica.

Assim, é adequado entender de forma aprofundada o modelo original de “*normative systems*”, quais foram as adaptações feitas pelo referido grupo de estudos, identificar as fragilidades e limitações de tal método e como podemos mitigá-la. Só assim pode-se testar a hipótese com a segurança e racionalidade que uma pesquisa científica empírica impõe.

Em 1971, Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin publicaram o livro “*Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*”, traduzido para o inglês como “*Normative Systems*”. Trata-se de importante obra da teoria geral do direito, que argumenta que a sistematização é peça-chave para a compreensão de sistemas normativos, investigando lacunas e contradições. A análise crítica da obra sob a teoria geral do direito foge ao escopo de nosso estudo, sendo suficiente entender a construção do modelo proposto pelos autores e como ela foi adaptada para análise das decisões do CARF.

Para ilustrar o modelo proposto, Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin apresentam um típico problema normativo muito debatido no Direito Privado Argentino. Uma determinada pessoa está na posse um imóvel, mas não é seu proprietário. O possuidor “transfere” (mesmo sem ser o proprietário) o bem para uma terceira pessoa. Assim a questão que se coloca é em que circunstâncias o terceiro possuidor estará obrigado a restituir o imóvel ao real proprietário e quando estará permitido manter a posse do imóvel<sup>52</sup>:

Como se trata de um modelo sofisticado, optamos por segregar a descrição do modelo proposto pelos autores em 6 (seis) etapas. Trata-se de divisão didática, que não consta na obra original, mas é útil para melhor descrever (e analisar de forma crítica) o modelo proposto. A “primeira etapa” envolve a fixação do problema normativo, com a definição da “propriedade definidora” do Universo do Discurso (UD) e o Universo das Ações (UA). A segunda etapa é a definição das propriedades relevantes que serão analisadas, formando o Universo das Propriedades. A terceira etapa é a definição do âmbito fático do problema com a identificação do Universo de Casos (UC). A quarta etapa é a definição do

---

<sup>52</sup> ALCHORRÓN, Carlos E; BULYGIN, Eugênio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1987, p. 10-11.



âmbito normativo do problema com a identificação do Universo de Soluções Máximas (USmax). A quinta etapa é a reconstrução do sistema normativo com a identificação das regras que correlacionam casos com soluções ao problema normativo. A sexta e última etapa é a elaboração da matriz e sua análise.

A “primeira etapa” envolve a definição do problema normativo. No modelo proposto pelos autores, o problema normativo pode ser considerado como uma pergunta se determinada conduta é permitida, proibida ou obrigatória, o que é chamado de Universo de Ações. As condutas do Universo de Ações podem realizar-se dentro de um conjunto de situações ou estado de coisas que compartilham determinada propriedade (a propriedade definidora). O conjunto de situações ou estado de coisas que tenham em comum a propriedade definidora forma o Universo do Discurso. Assim, a delimitação do problema normativo ocorre pela conjugação do Universo do Discurso e Universo das Ações.<sup>53</sup>

No exemplo dado, a “propriedade definidora” é a transferência de bem imóvel pertencente a uma terceira pessoa, tendo em vista que a transferência foi feita pelo possuidor (que não era o proprietário). Assim, o Universo do Discurso compreenderá todas as situações em que tal propriedade estiver presente, abarcando, portanto, todas as situações em que uma determinada pessoa transfere para outra pessoa a posse de um bem imóvel pertencente a uma terceira pessoa. O Universo das Ações compreende apenas uma ação: restituir o imóvel ao proprietário<sup>54</sup>.

Dizer que o problema normativo é delimitado pelo Universo dos Discursos e pelo Universo das Ações significa que alteração em qualquer um deles altera o problema normativo. Se alterarmos Universo das Ações (que no exemplo analisado é a ação de restituição ao proprietário) para a apropriação pelo possuidor dos frutos e rendimentos do imóvel e mantivermos o mesmo Universo do Discurso, o problema normativo será outro. Se se mantivermos o Universo das Ações como ação de restituição ao proprietário mas alterarmos o Universo do Discurso para um bem móvel, o problema normativo será outro<sup>55</sup>.

Uma vez fixado qual o problema normativo (delimitado pelo Universo do Discurso e Universo das Ações), inicia-se a “segunda etapa”, com a eleição das propriedades que são relevantes para a resolução do problema normativo. Os autores elegeram três propriedades relevantes: a boa-fé de quem recebeu o imóvel (propriedade “BFA”), a boa-fé do possuidor

---

<sup>53</sup> Ibidem, p. 11.

<sup>54</sup> Ibidem.

<sup>55</sup> Ibidem.

anterior que transferiu o imóvel (propriedade “BFE”) e se a transferência foi a título oneroso (propriedade “TO”). O conjunto de propriedades que podem estar presentes ou ausentes no Universo do Discurso é denominado de Universo das Propriedades (UP)<sup>56</sup>.

De acordo com o modelo proposto pelos autores, a propriedade pode ser “elemental” ou “complexa”. Será elemental quando as propriedades só admitem a resposta positiva ou negativa (mas não ambas ao mesmo tempo). É o que ocorre nas propriedades selecionadas no exemplo: a boa-fé pode ou não estar presente e a transferência pode ou não ser a título oneroso. Quando as propriedades estiverem presentes, serão representadas graficamente como “+BFA”, “+BFE” e “+TO” e quando não estiverem presentes serão representados por “-BFA”, “-BFE” e “-TO”. Exemplificativamente, se a transferência foi a título oneroso, será representado graficamente como “+TO”. Se a transferência foi a título gratuito (não oneroso), será representado graficamente como “-TO”<sup>57</sup>.

Na terceira etapa, identifica-se o total de casos possíveis pela variação das propriedades elementais, o que é denominado Universo de Casos (UC) e suas combinações representam o âmbito fático do problema normativo<sup>58</sup>. No exemplo dado, como são três propriedades (“BFA”, “BFE” e “TO”) e apenas 01 ação (restituir o imóvel), o total de combinações possíveis que representam o âmbito fático do problema é de 8 (oito) casos.

A quarta etapa é a análise do âmbito normativo do problema que compreende quais são as respostas possíveis ao problema normativo. Os autores apontam que existem duas ações possíveis: restituir o imóvel (“R”) ou não restituir o imóvel (“~R”). Assim, a ação (de restituição do imóvel) será obrigatória (“OR”) quando “R” for permitida e “~R” não for permitida. A ação (de restituição do imóvel) será facultativa (“FR”) quando “R” for permitida e “~R” permitida. A ação (de restituição do imóvel) será proibida (“PhR”) quando “R” não for permitida e “~R” for permitida.

Com base no exposto acima, os autores fazem a seguinte afirmação: “*Las expresiones P (permitido), O (obligatorio), Ph (proibido) y F (facultativo) son los caracteres normativos o deónticos*”. Assim, os autores concluem que existem três soluções possíveis que respondem de forma completa o problema normativo: Obrigatória a Restituição (OR), Proibida a Restituição (PhR) e Facultativa a Restituição (FR). Essas três soluções possíveis representam o conjunto de soluções máximas do modelo (USMax). Diz-se que a solução é

---

<sup>56</sup> Ibidem, p. 12.

<sup>57</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>58</sup> Ibidem.

máxima porque todas as ações possíveis estão deonticamente determinadas. Caso contrário, se existisse alguma ação cujo status deontico não estivesse determinado, a solução seria parcial e não deveria constar na matriz (a ser elaborada na “sexta etapa”)<sup>59</sup>.

A “quinta etapa” é a (re)construção de um sistema normativo com a indicação das normas que correlacionam casos com soluções. Por exemplo, no enunciado “se o adquirente estiver de má-fé, é obrigado a devolver o imóvel ao proprietário”, há a correlação de uma determinada solução (OR – Obrigatória a Restituição) com um determinado caso (a ausência de boa fé do adquirente) caracterizado pela presença ou não da propriedade selecionada (no caso, a representação gráfica é -BFA)<sup>60</sup>.

Para propor as normas, os autores analisam o texto do Código Civil argentino e apresentam quatro normas. Primeira norma (N1): será obrigatório restituir o imóvel (OR) quando o antigo possuidor que fez a transferência tenha agido com má-fé (-BFA). Segunda norma (N2): será obrigatório restituir o imóvel (OR) quando o terceiro possuidor tenha agido de má-fé (-BFE). Terceira norma (N3), será obrigatório restituir o imóvel (OR) quando a transferência foi a título gratuito (-TO). Quarta norma (N4) será facultativo restituir o imóvel (FR) quando o antigo possuidor que fez a transferência e o terceiro possuidor tenham agido de boa-fé (+BFA; + BFE) e a transferência tenha sido a título oneroso (+TO). Essas quatro normas (N1, N2, N3 e N4) formariam o sistema normativo<sup>61</sup>.

A relação das propriedades (BFA, BFE e TO) e as respectivas normas jurídicas (N1, N2, N3 e N4) são reproduzidos em uma matriz. Vide abaixo a matriz feita por Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin para o problema proposto:

	Universo de Propiedades			N1	N2	N3	N4	
	BFA	BFE	TO	OR/- BFA	OR/- BFE	OR/-TO	FR/BFA.BDE.TO	
1	+	+	+				FR	
2	-	+	+	OR				
3	+	-	+		OR			
4	-	-	+	OR	OR			
5	+	+	-			OR		
6	-	+	-	OR		OR		
7	+	-	-		OR	OR		
8	-	-	-	OR	OR	OR		

**Fonte:** ALCHOURRÓN, Carlos E; BULYGIN, Eugênio. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma.

<sup>59</sup> Ibidem, p. 14.

<sup>60</sup> Ibidem, p.15.

<sup>61</sup> Ibidem, p. 15-17.

Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin afirmam que a análise da matriz acima também serve para verificar se o sistema normativo é completo (ou incompleto), coerente (ou incoerente) e redundante (ou não redundante). Será incompleto quando existir alguma lacuna, que na matriz será representada pela ausência de solução para determinado caso. Será incoerente quando existirem duas soluções incompatíveis entre si para um mesmo caso, que na matriz será representada por duas ou mais soluções na linha correspondente. Será redundante quando a mesma solução aparece mais de uma vez para o mesmo caso. No exemplo analisado, o sistema é completo, coerente e redundante.

Duas críticas podem ser feitas ao modelo. A primeira se refere ao modo como as propriedades são selecionadas (“etapa 03”): os critérios a serem utilizados para construção das normas (na etapa 05) são eleitos, sem seguir critérios objetivos que não sejam inquestionáveis (por exemplo, critérios previstos em lei). Disso resulta que as normas jurídicas construídas na “etapa 5” não são, necessariamente, impessoais, racionais, objetivas e inquestionáveis. Exemplificativamente, se dois pesquisadores, utilizando rigorosamente o mesmo método do “*normative systems*”, elegerem propriedades diferentes, as normas jurídicas construídas serão diferentes.

A segunda crítica se refere à afirmação dos autores da existência de quatro caracteres deônticos (“Permitido”, “Obrigatório”, “Proibido” e “Facultativo”) que são usados na “quarta etapa”. Tal afirmação está em divergência com a ideia dominante da Lógica Deôntica de que existiriam três, e somente três, modais deônticos aptos a regular condutas (Permitido, Obrigatório e Proibido)<sup>62</sup>. Ora, se uma norma jurídica prevê a facultatividade de uma conduta, o modal deôntico adequado para representá-la é o “Permitido”, porque o jurisdicionado poderá ou não praticar aquela conduta.

O fato do modelo de “*normative systems*” ser passível de críticas não significa que ele não deva ser utilizado em pesquisas científicas, tendo em vista que ele possui grandes méritos como ferramenta de sistematização. Simplesmente significa que suas conclusões devem ser analisadas com cautela, não representando verdades absolutas, e devem buscadas adaptações ao modelo para mitigar suas fragilidades, especialmente para evitar que a eleição das propriedades a serem analisadas sejam arbitrárias e não gozem de rigor científico.

---

<sup>62</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019, p. 224-225.

Também se mostra um modelo flexível para, com algumas adaptações, ser utilizado para outras formas de sistematização. É exatamente o que foi feito pelo Grupo de Estudos de Legislação Tributária Brasileira e Comparada da USP. Utilizando uma variação do “*normative systems*”, sistematizaram dezenas de decisões do Conselho de Contribuinte proferidas entre 2002 e 2008 sobre a elisão tributária, buscando identificar os principais critérios utilizados nas decisões.

Na mencionada pesquisa, o Universo do Discurso compreendeu as decisões proferidas pelo Conselho de Contribuintes entre 2002 e 2008 sobre o tema da elisão tributária (a propriedade definidora). O Universo das Ações compreendeu uma ação: o planejamento ser considerado válido, resultando em duas possibilidades normativas: planejamento válido ou planejamento inválido (o Universo das Soluções Possíveis é igual ao âmbito fático do problema). O Universo de Propriedades considerou três propriedades, que na visão dos pesquisadores, eram os elementos geralmente levados em conta para a decisão concluir pela validade ou não da estrutura adotada, e sua combinação representava o Universo de Casos. Para a reconstrução do sistema normativo, em vez de utilizar enunciados legais, utiliza-se os acórdãos do Conselho de Contribuintes que foram o Universo do Discurso<sup>63</sup>.

Note-se que a segunda crítica feita ao modelo do “*Normative Systems*” também é aplicável à pesquisa efetuada nos moldes acima descritos: as propriedades analisadas foram eleitas pelos pesquisadores e isso influencia diretamente resultado da pesquisa, porque retira o caráter de impessoalidade e racionalidade que se espera de um trabalho científico.

Por outro lado, é forçoso reconhecer que foram adotados elementos mitigadores significativos para que a eleição das propriedades não fosse arbitrária: a eleição das propriedades foi feita por um grupo de estudos (sendo uma “eleição colegiada” de pesquisadores com sólida formação acadêmica) e o trabalho foi submetido à avaliação de um parecerista externo (Professor Eurico de Santi).

Assim, pode-se afirmar que o modelo adaptado de “*normative systems*” é racional e científico, sendo instrumento adequado para sistematização de um grande número de decisões. Sem prejuízo de reconhecer seu mérito, deve ser reconhecida sua principal fragilidade: a incorreta definição das propriedades pode comprometer o resultado científico, inclusive caso a propriedade seja difícil de ser aplicada no caso concreto. Caso isso ocorra,

---

<sup>63</sup> SCHOUERI, Luis Eduardo (coord.); FREITAS, Rodrigo de (org.). Planejamento tributário e o “Propósito Negocial” – Mapeamento de Decisões do Conselho de Contribuintes de 2002 a 2008. São Paulo: Quartier Latin, p. 509-510.

é preferível desconhecer os resultados daquela propriedade, evitando que se comprometa toda o resultado analítico advindo da matriz de resultados.

## **1.2 O mito da neutralidade do intérprete e a importância do rigor científico da análise dogmática**

Não se pode perder de vista que o intérprete constrói o fato jurídico tributário segundo a análise das provas que lhe estão disponíveis, mas orientado por suas próprias ideologias, sendo impossível realizar a atividade interpretativa sem sofrer a influência das máximas da experiência.

Nas palavras de Fabiana Del Padre Tomé, no processo interpretativo não há “como desprezar as influências recebidas em sua formação, tais como educação familiar, convivência em sociedade e experiências da vida profissional, o que faz da neutralidade do direito um mito”<sup>64</sup>.

Do reconhecimento de que o processo de interpretação é uma construção do intérprete, conclui-se que as concepções do intérprete sobre o papel do Estado, do tributo e do relacionamento entre Estado e jurisdicionados de acordo com o que dispõe a CF/88 acabam influenciando de maneira significativa o intérprete ao analisar o alcance do direito do contribuinte de praticar atos que envolvam a redução da carga tributária.

No Brasil, no final da década de 1990 e início dos anos 2000, o debate sobre a elisão tributária foi basicamente um debate sobre limites previstos na CF/88. De um lado da doutrina, temos os chamados “autores libertários”, que tiveram em Alberto Xavier e Misabel Derzi seus grandes expoentes. De outro lado, temos os chamados “autores solidários”, cujos expoentes são Marco Aurélio Greco e Ricardo Lobo Tores.

Os chamados “autores libertários”, como Alberto Xavier e Misabel Derzi, rejeitam a existência de um dever ético ou moral de não economizar tributos, apresentando a elisão tributária, que seria um direito do contribuinte, como um dever do bom administrador. A capacidade contributiva é vista como um elemento de “defesa” do contribuinte, evitando que o Estado tribute o cidadão na ausência de capacidade contributiva, mas não com o viés de se estabelecerem deveres dos contribuintes a partir dos princípios da isonomia e da capacidade

---

<sup>64</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A Prova no Direito Tributário*. 4 ed. São Paulo: Noeses, p. 324-327.

contributiva<sup>65</sup>.

Também há forte repulsa ao uso dos institutos de “abuso de direito” e “fraude à lei”. Para Alberto Xavier, isso implicaria subjetivismo (“quase arbitrariedade”) do agente fiscal, que se tornaria competente para definir os parâmetros razoáveis do negócio jurídico, o que seria incompatível com o nível de proteção da confiança que exige o Direito Tributário. Ademais, a aplicação do “abuso de direito” exigiria a existência de relações paritárias, que não é o caso da relação tributária existente entre Estado e contribuintes<sup>66</sup>.

De forma similar, Misabel Derzi assevera que ocorre elisão tributária quando há prática de atos lícitos antes do fato gerador de tributos, não sendo possível invocar outras patologias (como o abuso de direito ou fraude à lei) para questionamento dos atos praticados pelo contribuinte<sup>67</sup>.

Ao analisar a posição doutrinária dos chamados “autores solidários” também podemos identificar forte carga axiológica da relação entre Estado e contribuintes, com destaque ao princípio da solidariedade, além de ficar clara a influência dos modelos estrangeiros de combate à elisão tributária.

Para Ricardo Lobo Torres, o “tributo” seria o preço da liberdade individual, entendido como o montante que o indivíduo paga ao Estado para que este não interfira em suas escolhas pessoais. Tal liberdade não seria absoluta, mas compatível com a ética exigida na cidadania fiscal, pois existiria um dever/direito fundamental de pagar impostos, fundado no princípio da solidariedade<sup>68</sup>.

Justamente por entender que não deveria existir espaço para a elisão tributária, Ricardo Lobo Torres chegou a sustentar a aplicação de controversos institutos utilizados nas jurisdições estrangeiras como limite à elisão tributária, notadamente o “abuso de direito” (nos moldes da experiência francesa) e a “fraude à lei”, em sentido oposto ao defendido por Alberto Xavier.

Marco Aurélio Greco publicou seus estudos sobre elisão tributária em 1998, sendo atualizada em anos posteriores. Sua posição teórica parte da observação que a CF/88 não

---

<sup>65</sup> XAVIER, Alberto. *Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2002; DERZI, Misabel Abreu Machado. O princípio da preservação das empresas e o direito à economia de impostos. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2006, v. 10, p. 352-353.

<sup>66</sup> Ibidem, pp. 91-92.

<sup>67</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. O direito à economia de imposto – seus limites (estudo de casos). In: YAMASHITA, Douglas (Coord). *Planejamento tributário à luz da jurisprudência*. São Paulo: Lex, 2007, p. 305.

<sup>68</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: Valores e Princípios Constitucionais Tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, v. II, p. 181-182.

teria instituído um Estado de Direito mas um sim um Estado Democrático de Direito o qual emerge com confluência de valores sociais e protetivos<sup>6970</sup>. Nesta toada, sustenta a busca de um equilíbrio entre as garantias protetivas do contribuinte e a função social da tributação pela aplicação do princípio da capacidade contributiva em seu viés positivo<sup>71</sup>.

Marco Aurélio Greco dividiu a evolução do debate sobre o planejamento tributário no Brasil em três fases, que se referem aos posicionamentos teóricos existentes. Na primeira fase, denominada “liberdade salvo simulação”, enquadram-se as posições descritas dos professores Alberto Xavier e Misabel Derzi, com preponderância dos princípios da legalidade estrita e da tipicidade cerrada, cabendo a requalificação apenas na hipótese de simulação absoluta, critérios que são objeto de fortes críticas de Marco Aurélio Greco.

Na segunda fase, denominada “liberdade, salvo patologias”, o debate é centrado em quais seriam as patologias que poderiam permitir a requalificação dos negócios praticados. Para o referido doutrinador, não seria apenas a simulação absoluta, mas também o abuso de direito, a fraude à lei e um simulação com conceito amplo. A repulsa ao abuso do direito e à fraude à lei seria uma imposição do princípio da legalidade e do próprio ordenamento, que para garantir sua eficácia, imperatividade e aplicabilidade, teria de forma intrínseca não seria apenas o vício da vontade, mas também o vício do motivo ou da causa do negócio<sup>72</sup>.

Na terceira fase, denominada “liberdade com capacidade contributiva”, teríamos situações que mesmo sem existência de patologias, seria cabível a desconsideração e requalificação quando a transação não fosse tributada por um efeito do negócio jurídico não intencional da estrutura utilizada e contrário à finalidade da norma tributária. No entanto, os critérios dessa terceira fase não são aplicáveis, porque dependeriam da regulamentação do artigo 116, parágrafo único do CTN, o que não ocorreu até o presente momento<sup>73</sup>.

A censura que pode ser feita às posições de Marco Aurélio Greco e Ricardo Lobo Torres é que a análise dos institutos que limitam à elisão tributária ocorrem por uma “conta de chegada”. Partem do pressuposto de qualquer economia tributária deve ser combatida (não aceitando a elisão tributária) e constroem seu racional para demonstrar a invalidade da operação, seja pela aplicação (expressa ou velada) de doutrinas estrangeiras, seja pela

---

<sup>69</sup> GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. 4 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 233-234.

<sup>70</sup> ROCHA, Sergio Andre. *Planejamento tributário* na obra de Marco Aurélio Greco. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.18.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p.20.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 284-285.

<sup>73</sup> ROCHA, Sergio Andre. *Planejamento Tributário* na obra de Marco Aurélio Greco. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, pp. 110-111.



aplicação isolada dos princípios da capacidade contributiva e solidariedade. Ainda que não esteja expresso, o pano de fundo é a ideologia que a elisão tributária precisa ser combatida.

A doutrina já se encarregou de demonstrar, de forma cabal, que os princípios da solidariedade e da capacidade contributiva não são fundamentos autônomos nem para fundamentar a exigência de tributação nem limitar a elisão tributária. A posição doutrinária predominante é no sentido de que a CF/88 consagrou o direito à livre-iniciativa do jurisdicionado (contribuinte) e diversos princípios com feição de contenção do poder do Estado.

Tal ponto parece estar superado, visto que o direito constitucional à elisão tributária foi inclusive confirmado pelo STF no julgamento da ADI 2.442. Até mesmo as autoridades fiscais e representantes da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, no contencioso sobre o tema, não questionam o direito à elisão tributária no plano constitucional nem fundamentam autos de infração com base nos princípios da capacidade contributiva e da solidariedade.

O debate gira em torno de quais seriam os critérios para permitir às autoridades fiscais requalificarem os negócios jurídicos praticados pelos contribuintes. Não é mera coincidência que os autores que sustentam existir pouco espaço para a economia de tributos no texto constitucional (como Marco Aurélio Greco e Ricardo Lobo Torres) acabam tendo interpretações extremamente amplas de dispositivos infralegais que limitam a elisão tributária.

Tome-se, por exemplo, Ricardo Lobo Torres, que chegou a afirmar que o artigo 116, parágrafo único seria autoaplicável e que positivaria a doutrina francesa de “combate” ao planejamento tributário. Em sentido semelhante, Marco Aurélio Greco enxerga diversas regras no ordenamento jurídico para desconsideração e requalificação de atos e negócios jurídicos praticados sem motivação extra tributária.

A censura que pode ser feita aos autores é que a análise ocorre por uma “conta de chegada”. O intérprete sabe aonde quer chegar (a economia tributária deve ser combatida) e constrói seu racional para demonstrar a invalidade da operação, seja pela aplicação (expressa ou velada) de doutrinas estrangeiras, seja pela aplicação isolada dos princípios da capacidade contributiva e solidariedade. Ainda que não esteja expresso, o pano de fundo é a ideologia que a o planejamento dos contribuintes para redução de tributos precisa ser combatido.

Também devem ser adotadas cautelas para não se incorrer no mesmo equívoco, ainda que lado oposto. Não se pode adotar uma “conta de chegada” para se concluir que a todos casos de reorganizações societárias que se busque a economia tributária devem ser

consideradas hipóteses de elisão tributária.

Como não é possível retirarmos toda a carga axiológica e máximas de experiência do fazermos uma interpretação “pura”, tal controle deve ser por rigor científico de uma análise dogmática. Quando -se adotar pureza” da interpretação –esse controle deve ser feito com rigoroso rigor científico de uma análise dogmática. Quando existir norma jurídica permitindo a requalificação dos fatos praticados ou que gere uma interpretação de que a elisão tributária pretendida não é cabível, devem ser aplicadas.

## **CAPÍTULO II: A ELISÃO TRIBUTÁRIA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL**

### **2.1 O plano para teste da hipótese**

Nesse capítulo analisaremos a elisão tributária no âmbito do CTN. O artigo 149, VII do CTN permite o lançamento de ofício derivado da requalificação dos atos praticados pelo contribuinte quando “se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação”. O artigo 116, parágrafo único, do CTN, prevê que “a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo (...) observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”.

O objetivo é testar duas hipóteses da hipótese de pesquisa: (i) que o significado dos vocábulos “dolo”, “fraude” “simulação” e “dissimulação” devem ser construído com base no Direito Privado e (ii) que o STF confirmou a legitimidade dos contribuintes praticarem a elisão tributária e consagrou o entendimento de que o artigo 116 parágrafo único do CTN trata de casos de dissimulação (simulação relativa) e o artigo 149, VII do CTN trata dos casos de simulação (absoluta).

Além disso, para melhor entender as decisões do CARF explorados no capítulo seguinte, trataremos da (im)possibilidade de aplicação de outros institutos estrangeiros no ordenamento jurídico brasileiro: “abuso de direito”, “abuso de forma”, “*business purpose test*” e “*substance over form*”.

### **2.2 O artigo 149, VII do CTN: “dolo”, “fraude” e “simulação”**

#### ***2.2.1 O trânsito entre o Direito Privado e o Direito Tributário***

O artigo 149, VII do CTN permite o lançamento de ofício derivado da requalificação dos atos praticados pelo contribuinte quando ocorrer a comprovação de ato praticado com “dolo”, “fraude” ou “simulação”. Na presença de tais “elementos”, os efeitos fiscais das estruturas podem ser desconsiderados pela autoridade fiscal e requalificados para os efeitos fiscais de outras estruturas.

O legislador não criou um conceito específico para fins tributários para os

vocábulos “dolo”, “fraude” e “simulação” no contexto do artigo 149, VII do CTN. Assim, a investigação do conteúdo semântico de tais vocábulos inicia-se com a análise dos institutos do Direito Privado que também possuem os mesmos vocábulos do Direito Privado.

### 2.2.2. O vocábulo “dolo”

No âmbito do Direito Privado, o “dolo” (civil) é um ato ilícito representado por manobras ou maquinações feitas com o propósito de uma obter uma declaração de vontade que não seria emitida se o declarante não fosse enganado<sup>74</sup>. Pratica o dolo (*deceptor* - enganador) na vítima (*deceptus* - enganado) tanto quem induz com afirmações falsas quanto quem mantém em erro o outro (i.e., sabendo que a parte está em erro, espontânea e maliciosamente, silencia perante a circunstância)<sup>75</sup>.

Humberto Theodoro Jr. e Helena Lanna Figueiredo apontam os seguintes elementos constitutivos do “dolo”: (i) comportamento enganoso (elemento objetivo), (ii) ânimo de enganar para obter a declaração de vontade (elemento subjetivo), (iii) participação de um dos sujeitos do negócio na maquinação contra a vítima, (iv) produção do erro na pessoa que sofreu a maquinação, e, por último, (e) determinação da declaração da vontade como efeito do erro induzido<sup>76</sup>.

Custódio da Piedade Ubaldino Miranda apresenta um exemplo que facilita a compreensão. “A” quer vender para “B” o seu estabelecimento comercial, mas já não tem clientela compensadora. Não obstante, convence “B” a comprar o estabelecimento, alegando ter larga clientela, por manobras fraudulentas, tais como produzindo depoimentos de terceiros. Nesse exemplo, “A” comete dolo porque faz incorrer “B” em erro acerca de uma circunstância essencial à formação de sua vontade para a celebração do negócio de aquisição do estabelecimento: a existência de uma larga clientela<sup>77</sup>.

Assim, como há emissão de vontade sob a influência da falsa noção de realidade (causada pelo “dolo”), configura-se o vício da vontade (ou vício de consentimento). Nos

---

<sup>74</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Coordenador e atualizador Edvaldo Brito. Atualizadora Reginalda Paranhos de Brito. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 302.

<sup>75</sup> MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 207-208.

<sup>76</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto; FIGUEIREDO, Helena Lanna. *Negócio Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 403.

<sup>77</sup> MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 208.

termos dos artigos 145<sup>78</sup> e 146<sup>79</sup> do Código Civil, são dois os efeitos: (i) por ser ato ilícito, gera a responsabilidade pela reparação dos prejuízos acarretados à parte prejudicada e (ii) caso tenha sido o motivo determinante da declaração de vontade (i.e., quando sem o engano provocado pelo dolo, o negócio jurídico não teria se realizado), será causa de anulabilidade do negócio jurídico.

As considerações feitas sobre o significado do “dolo” no âmbito do Direito Privado já demonstram que tal significado não poderá ser utilizado para interpretar o vocábulo “dolo” presente no artigo 149, VII do CTN. O fisco não é parte nos negócios jurídicos praticados pelo contribuinte que resultam na elisão, inexistindo a possibilidade de “consentimento” viciado pela prática do dolo.

Em sua dissertação sobre planejamento tributário e autonomia privada, Fabio Piovezan Bozza analisa o significado de “dolo” (civil) e investiga sua aplicação para fins tributários. Afirma que na conjuntura do CTN, a referência ao “dolo” não parece estar associada a ideia de que o Fisco suportaria os efeitos do negócio jurídico (praticado com vício) na qualidade de terceiro de boa-fé. E arremata, “se assim fosse, outros vícios da vontade (como o erro) deveriam ser igualmente mencionados pela lei tributária, o que não ocorre”<sup>80</sup>.

A força do argumento é insuperável. Considerando que o artigo 149, VII do CTN, que busca autorizar as hipóteses de requalificação dos negócios jurídicos praticados pelo contribuinte, não há como conceber que o legislador teria permitido a requalificação nas hipóteses de “dolo” e não teria abordado expressamente outras hipóteses de vícios de consentimento, como “erro” e “coação”, que também resultam no vício da vontade.

Assim remanesce a questão, que pode ser formulada nos seguintes termos: se não há identidade de significado entre o vocábulo “dolo” presente no artigo 149, VII, do CTN com o “dolo civil”, qual é seu significado? Trata-se de uma categoria autônoma com significado próprio (a ser construído) que permitiria a requalificação para fins fiscais?

Uma conclusiva resposta é apresentada por Heleno Torres, que também refuta a identidade de significados entre o “dolo” do Direito Privado e o “dolo” para fins fiscais. Existiriam duas interpretações possíveis. A primeira seria que o artigo 149, VII do CTN

---

<sup>78</sup> “Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.”

<sup>79</sup> “Art. 146. O dolo acidental só obriga à satisfação das perdas e danos, e é acidental quando, a seu despeito, o negócio seria realizado, embora por outro modo.”

<sup>80</sup> BOZZA, Fábio Piovezan. *Planejamento tributário e autonomia privada – Série Doutrina Tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 199-200.

pretendeu atribuir a qualificação de “dolosa” a todas as demais condutas que não se qualifiquem como fraude ou simulação, mas que prejudiquem o erário de algum modo<sup>81</sup>.

A segunda - que o referido autor reputa como correta - é que foi utilizado como reforço linguístico para a conformação das outras modalidades (“fraude” e “simulação”). Assim, o “dolo” não constituiria hipótese autônoma para autorizar a desconsideração dos atos e negócios praticados pelo contribuinte ou sua requalificação para fins fiscais<sup>82</sup>.

Tal interpretação está correta e é confirmada pela práxis jurídica. Autores da mais alta envergadura já produziram estudos sobre a elisão tributária e não exploram o significado de “dolo” como uma figura autônoma para fins de aplicação do artigo 149, VII do CTN. Há discussão semântica sobre o vocábulo “fraude” e, especialmente, “simulação”, no contexto do artigo 149, VII do CTN, tratadas nos tópicos seguintes.

### 2.2.3 O vocábulo “fraude”

No âmbito do Direito Privado, existem dois institutos diferentes com o vocábulo fraude: “fraude à lei” e “fraude contra credores”. Assim, de início vamos investigar se eles possuem origens comuns, diferenciá-los sob a ótica do Direito Privado para, em seguida, ver a compatibilidade de ambos os institutos (“fraude à lei” e “fraude contra credores”) para a interpretação do artigo 149, VII, do CTN. Por fim, avaliaremos as posições que sustentam que há um significado autônomo de “fraude” para fins tributários.

Nas origens históricas do Direito Privado, a expressão fraude (do latim, *fraudis*) tinha um significado amplo e inespecífico, representando qualquer procedimento malicioso, como o “dolo”, a “simulação” e o que modernamente se chama de “fraude contra credores”. Em todos os casos, era imprescindível a existência de lesão, tanto que os institutos mais antigos do Direito romano apontavam a fraude como sinônimo de um “dano especial sofrido pelo direito em virtude de sua violação”, pois a fraude era a “ruptura da regra de conduta, a ofensa ao direito, a violação de seu comando”<sup>83</sup>.

Ao longo do tempo houve evolução no sentido da palavra “fraude” no âmbito do Direito romano, que acabou por se identificar com o expediente astucioso empregado com o

---

<sup>81</sup> TORRES, Heleno. Direito Tributário e Direito Privado: autonomia privada, simulação, elusão tributária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 353-354.

<sup>82</sup> Ibidem.

<sup>83</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto; FIGUEIREDO, Helena Lanna. *Negócio Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 507-511.

fim de provocar o dano. Mas as duas ideias (“fraude” vs “dano” e “malícia”) não se sucederam, nem se excluíram, mas acabaram se harmonizando para formar o seguinte conceito de fraude: “o prejuízo, ou mais precisamente a violação da regra imperativa, por meio de engano”<sup>84</sup>.

Apesar da ausência de uma teoria geral de fraude no Direito Romano, restaram bem delineadas duas grandes categorias: a “*fraus legis*” (fraude à lei) e “*fraus patroni vel creditorium*” (fraude contra credores). Para a “*fraus legis*” (fraude à lei), dava-se simplesmente sua equiparação com a violação direta à lei. Já para a “*patroni vel creditorium*” (fraude contra credores), surgiram sanções específicas para a revogação de atos fraudulentos, que posteriormente se fundiram no instituto da ação revocatória (conhecida como “ação pauliana”)<sup>85</sup>.

Em sua clássica obra teoria geral do Direito Civil, Clóvis Beviláqua afirma que o vocábulo “*fraude*” trouxera do Direito romano uma certa vacilação de significado: ora “*fraus*” significava qualquer ardil ou embuste utilizados no intuito de enganar e outras vezes “*fraus*” equivalia à simulação. Tal imprecisão terminológica passou ao Direito francês e posteriormente ao Direito brasileiro, visto que o Código de Comércio (de 1850) empregava a “fraude” como sinônimo de “simulação” e existiam posições doutrinárias que equiparavam “dolo” e “fraude”<sup>86</sup>.

Tratando da “fraude contra credores”, Clóvis Beviláqua conceitua a fraude, nos seguintes termos: “*fraude é o artificio malicioso para prejudicar terceiro, de persona personam*”. Além disso, busca distingui-la dos demais institutos (“dolo” e “simulação”) com base nas lições de Augusto Teixeira de Freitas<sup>87</sup>, propondo a seguinte síntese: “na fraude não há engano, nem o ato se mascara com outro, há simplesmente o intuito de prejudicar terceiro,

---

<sup>84</sup> Ibidem, p. 511.

<sup>85</sup> Ibidem, p. 512-525.

<sup>86</sup> BEVILAQUA, Clóvis. Teoria Geral do Direito Civil. 2, ed, revista e corrigida. Campinas: Servanda, 2015, p. 285-286.

<sup>87</sup> “Art. 358. São também anuláveis os contractos simulados, a saber, em que as partes convencionaram com malícia o reque realmente não queriam convencionar; ou seja para prejudicarem a terceiros, ou para defraudarem o pagamento de impostos, ou a disposição de qualquer lei”.

(...)

Não se deve confundir a simulação fraudulenta com a fraude, posto que estes dois vícios sejam análogos, e se distingam do erro, dolo e coação, ou violência; porque tendem ao prejuízo de pessoa, que não interviu no contracto. Quando há simulação fraudulenta, as partes fazem aparentemente um contracto, que não tinham intenção de fazer. Quando há fraude, o contracto é verdadeiro, mas feito para prejudicar a terceiro, ou evitar impostos, ou illudir qualquer disposição da lei.” (FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. 5ª ed. V.1. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Livreiro-editor, p. 210. Disponível em <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/666?show=full>, acesso em 13.05.2023.

ou o Estado”<sup>88</sup>.

Para Clóvis Beviláqua, o que distingue o “dolo” da “fraude” (contra credores) é a intenção de enganar terceiros (e não a outra parte do negócio jurídico). O “dolo” praticado por um dos agentes (ou por terceiro) visa a induzir em erro o outro agente, enquanto na “fraude” (contra credores) não é nenhuma das partes que se pretende enganar (elas podem inclusive estar de acordo com a fraude). A distinção da “fraude” (contra credores) e “simulação” é que na “fraude” (contra credores) o ato praticado é verdadeiro enquanto na “simulação” as partes realizam aparentemente um ato, que não tinham de praticar<sup>89</sup>.

Do que foi exposto, já é possível afirmar que o significado de “fraude” do artigo 149, VII do CTN não pode estar relacionado à figura da “fraude contra credores” do Direito Privado. O Estado possui, na condição de credor de créditos tributário (regularmente constituídos), diversos mecanismos para ver garantida a futura satisfação de seu crédito (inclusive arrolamento de bens e medida cautelar fiscal). Mas a “fraude contra credores” não tem nenhuma relação com os limites de requalificação dos fatos praticados pelo contribuinte.

Instituto completamente diverso da “fraude contra credores” é a “fraude a lei”. Na “fraude a lei”, busca-se evitar uma violação ao espírito da norma jurídica. Isso fica claro no fragmento atribuído ao jurista Paulo, que Marco Aurélio Greco apresenta como base teórica para justificar a aplicação da “fraude à lei” para fins tributários: “age contra a lei quem faz o que a lei proíbe; mas (age) em fraude quem, obedecidas as palavras da lei, contorna (descumpre) o espírito dela”<sup>90</sup>

No âmbito do Direito Privado, a fraude à lei é aplicada. Atualmente, está positivada no artigo 166, VI do Código Civil de 2002, que estabelece que será nulo o negócio jurídico que tiver por objetivo fraudar lei imperativa<sup>91</sup>. As leis imperativas (cogentes) podem ser violadas de duas formas. Por meio da ofensa frontal ou direta (“*agere contra legem*”), convencionando-se claramente o que a lei proíbe, ou por um negócio que, por via reflexa, atinja o resultado proibido (“*agere in fraudeum legis*”).

---

<sup>88</sup> BEVILAQUA, Clóvis. Teoria Geral do Direito Civil. 2, ed, revista e corrigida. Campinas: Servanda, 2015, p. 285-286.

<sup>89</sup> Ibidem, p. 286.

<sup>90</sup> MACHADO, Brandão. Prefácio. In: Hartz, Wilhelm. Interpretação da Lei Tributária – conteúdo e limites do critério econômico. São Paulo: Resenha Tributária, 1993, p. 18), *apud*, GERMANO, Livia de Carli. Planejamento Tributário e limites para a desconsideração dos negócios jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 90.

<sup>91</sup> “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

(...)

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa”.



É dessa violação indireta (por via reflexa) que trata a “fraude à lei”<sup>92</sup>. O negócio em “fraude à lei” é sério, verdadeiro, mas realizado de forma que a proibição legal não atinja o negócio diretamente, só podendo abrangê-lo mediante a interpretação da norma proibitiva<sup>93</sup>. Mais especificamente, usa-se uma norma específica que daria respaldo ao negócio praticado (“a norma de cobertura”) para alcançar um resultado que etária expressamente vedado por outra norma de caráter imperativo (a norma imperativa, a ser objeto de “fraude à lei”)<sup>94</sup>.

O tema pode ser melhor compreendido com um exemplo que costuma ser trazido pela doutrina e foi julgado pelo STF em 1966. A Lei nº 3.244/57 vedava a importação direta de automóveis, estabelecendo um mecanismo de leilão a ser efetuado pela Carteira de Câmbio do Banco do Brasil, com limites de preço unitário por automóvel e de preço total para os leilões (i.e. uma norma imperativa, que proibida a conduta de efetuar a importação direta de automóveis). Não existia vedação, entretanto, para a importação de autopeças (i.e., a que será utilizada como “norma de cobertura”).

Alguns contribuintes obtiveram licenças para importação de todas as autopeças necessárias para montagem de um veículo completo e se socorreram ao Judiciário para evitar que a União aplicasse a norma que proibia a importação de automóveis. O STF julgou de forma desfavorável aos contribuintes, em acórdão que restou assim ementado: “1) Importação de Veículos. Constitui fraude à lei específica importar peças para subsequente montagem do carro em território brasileiro”<sup>95</sup>.

Também é difícil sustentar que o vocábulo “fraude” do artigo 149, VII do CTN se refere à figura de “fraude à lei” do Direito Privado. Ao fim e ao cabo, a “fraude à lei” representa uma violação indireta de lei imperativa. Se o negócio jurídico praticado violava resultado proibido por uma norma imperativa, nunca ocorreu conduta lícita. A conduta praticada apenas aparentava ser lícita porque se amoldava à literalidade de texto de determinado enunciado prescritivo, mas a norma jurídica a ser construída não pode ignorar as demais normas jurídicas do sistema, em um processo de coordenação e subordinação.

No exemplo dado do julgamento do STF, a questão pode ser melhor formulada nos seguintes termos: um enunciado prescritivo proíbe a importação de automóveis e outro

---

<sup>92</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto; FIGUEIREDO, Helena Lanna. *Negócio Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 188.

<sup>93</sup> MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 164.

<sup>94</sup> GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. 4 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 259.

<sup>95</sup> BRASIL, STF, Recurso Extraordinário n.º 60.287/SP, Relator Ministro A. M. Villas Boas. Segunda Turma, Tribunal Pleno, julgado em 06.09.1966.

permite a importação de autopeças. A norma jurídica que se extrai é a seguinte: é possível importar autopeças desde que isso não implique a importação de automóveis. Não há cabimento sustentar uma “primeira interpretação” analisando apenas um enunciado de forma isolada (que supostamente resultaria na “norma jurídica de cobertura”) e uma “segunda interpretação” para encontrar uma segunda norma jurídica resultante de uma visão sistêmica.

Outra forma de analisar a aplicabilidade da “fraude à lei” para fins tributários é adotada por Luis Eduardo Schoueri. O caráter imperativo da norma tributária não está no antecedente (que prescreve a conduta que gera o dever de pagar o tributo) e sim no consequente (que determina a obrigação de pagar o tributo). Assim, como a fraude à lei pressupõe a violação à norma de caráter imperativo, conclui que somente seria possível cogitar da ocorrência de “fraude à lei” após a ocorrência do fato gerador e nascimento da obrigação tributária<sup>96</sup>.

Tais argumentos se complementam. Não há como uma conduta jurídica ser válida por força de uma “primeira norma jurídica” construída com um enunciado isolado e “depois” ser afastada por uma “segunda norma jurídica” fruto de uma construção sistêmica. Também não é possível se cogitar de “fraude à lei” tributária sem cair no paradoxo de sustentar que o contribuinte estaria obrigado a praticar concretamente os fatos descritos abstratamente na hipótese de incidência.

É por isso que as formulações teóricas que buscam conferir às autoridades fiscais os poderes para “requalificar” os negócios jurídicos praticados pelo contribuinte buscando a aplicação da figura de “fraude à lei” do Direito Privado de “fraude à lei” acabam se tornando contraditórias.

Marco Aurélio Greco tem uma posição curiosa. Afirma que artigo 149, VII do CTN se referiu à acepção de “fraude em sentido penal”, mas argumenta que a “fraude à lei” é um limite à elisão tributária porque seria uma “reação do ordenamento”. Confirma-se, neste sentido, o seguinte trecho que sintetiza sua posição, inclusive se referindo ao julgado do STF sobre a importação das autopeças<sup>97</sup>:

“Na fraude à lei, o contribuinte está coberto pela previsão de uma lei que o protege. Então como é possível detectar a fraude à lei? É preciso olhar para as duas normas – bem como para as respectivas finalidades – e não apenas para os respectivos preceitos. Por este exame é possível concluir que houve um drible.

---

<sup>96</sup> SCHOUERI, Luis Eduardo. “Planejamento Tributário: limites à norma antiabuso”. *Revista de Direito Tributário Atual*, v.24. São Paulo: Dialética, 2010, p. 353.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 261.

Neste caso, o contribuinte agrediu a lei? Não, ele agrediu o conjunto formado pelo ordenamento porque em detrimento dele, manipulou uma regra. Através da manipulação de uma norma, chegou a um resultado que o conjunto não quer, pois a finalidade da norma 2 era apenas assegurar a reposição, a manutenção da frota ou a produção e veículos no País e não a importação de um veículo; então infringiu o ordenamento e não diretamente a lei”.

Pelo que já foi exposto, não está correta a premissa utilizada pelo autor de que o contribuinte “está coberto pela previsão de uma lei”, muito menos que “houve um drible” e que ele “manipulou uma regra” e com isso “infringiu o ordenamento e não diretamente a lei”. A questão se resolve pela própria interpretação para construção da norma jurídica: o contribuinte não estará “protegido por uma lei” se também não estiver “protegido pelo ordenamento”. Descabe, portanto, querer atribuir uma excepcional “reação ao ordenamento” para combater uma conduta que já não é considerada lícita pelo próprio ordenamento.

A discussão é relevante e precisa ser enfatizada. Ao argumentar que a posição do STF de negar a proteção jurídica aos importadores das autopeças só foi possível pela controversa figura da “fraude à lei”, busca-se legitimar sua aplicação para fins tributários, sob pena de deixar muitas opções para os contribuintes “driblarem” o ordenamento jurídico. Assim, é importante enfatizar que a mesma conclusão que chegou o STF é construída com a correta construção das normas jurídicas, pela própria noção do sistema.

Afastando-se a possibilidade de interpretar o vocábulo “fraude” do artigo 149, VII do CTN como “fraude” no Direito Privado (tanto a “fraude contra credores” quanto a “fraude à lei”), cabe investigar se tal vocábulo poderia ter um significado próprio e ter alguma relevância para o estudo da elisão tributária.

A existência de um significado próprio de “fraude” foi sustentada por Livia de Carli Germano, em sua já mencionada dissertação de mestrado. Para a autora, a “fraude à lei” (imperativa – no sentido que nos referimos nesse tópico), seria de aplicabilidade duvidosa no Direito Tributário já que a norma tributária não contém em sua estrutura a proibição de realização de qualquer fim. No entanto, a autora argumenta que o vocábulo “fraude” do artigo 149, VII contemplaria a “fraude à lei intrínseca”, que não envolveria violação de norma imperativa<sup>98</sup>.

Trata-se de forma incorreta de interpretação dos dispositivos, sendo mero reflexo da posição da autora de que existiria uma “reação ao ordenamento” para a figura da “elusão

---

<sup>98</sup> GERMANO, Livia de Carli. *Planejamento Tributário e limites para a desconsideração dos negócios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 93.

tributária”. Partindo de tal premissa teórica, tornou-se necessário identificar qual dispositivo da legislação tributária abarcaria o “combate a elusão”. Como nenhuma das outros enunciados do CTN se prestou a tal papel, buscou-se legitimar a aplicação da “elusão tributária” no vocábulo que possui a maior abertura semântica.

Por todo o exposto, resta demonstrado que o vocábulo “fraude” do artigo 149, VII do CTN traz pouca utilidade para os estudos da elisão tributária. Seu único sentido possível é o de “fraude” em sentido penal, o que pode ser relevante para fins de qualificação da multa, mas não para a elisão tributária, visto que condutas classificadas como “fraude penal” estão no campo do ilícito e, conseqüentemente, fora do campo da elisão tributária.

### ***2.3.4 O vocábulo “simulação”***

#### ***2.3.4.1 O plano de estudo do vocábulo “simulação”***

A aproximação do objeto ocorrerá pela análise do significado de simulação no Direito Privado, com ênfase nas diferenças entre as escolas “voluntarista”, “declarativista” e “causalista”, a distinção entre a “simulação” e figuras afins (negócios “negócios fiduciários” e “negócio jurídico indireto”) e nas qualificações de “simulação absoluta” e “simulação relativa”.

Posteriormente, será analisado se o conceito de “simulação” do artigo 149, VII do CTN deve ser construído com base no Direito Privado ou se, por incompatibilidade com o ordenamento jurídico, deve-se adotar um conceito autônomo de simulação para fins tributários.

#### ***2.3.4.2 Direito Privado: perspectivas voluntarista, declarativista e causalista da simulação***

A doutrina civilista tradicional dos países de tradição romano-germânica (ou “*civil law*”) investigou o conceito de simulação tendo por ponto de partida os elementos estruturais do negócio jurídico. Como não existe consenso sobre o próprio conceito de negócio jurídico, isso resulta em uma multiplicidade de formulações que podem, em uma primeira aproximação, serem classificadas em “teoria voluntarista”, teoria “declarativista” e “teoria

causalista”<sup>99</sup>.

Na “teoria voluntarista” (ou subjetiva), a formação do negócio jurídico ocorre com a conjunção de dois elementos: vontade interna e declaração de vontade. Quando existir divergência entre eles (e.g., uma declaração não querida), deverá prevalecer a vontade. Para a escola voluntarista, a vontade seria a força criadora dos efeitos jurídicos e declaração mera revelação da vontade perante terceiros.

Levada ao extremo, faria sempre depender o valor do ato jurídico do elemento interno. Isso sacrificaria a boa-fé de uma das partes que acreditou na declaração, retirando a segurança jurídica necessária ao comércio, motivo pelo qual seus adeptos procuram atenuar-lhe a rigidez. Uma variante desta teoria foi proposta por Bernhard Windscheid, que propôs a junção do elemento interno (vontade) e com o externo (declaração), formando a declaração de vontade juridicamente eficaz. Se a divergência com a vontade fosse imputável ao próprio declarante, o negócio não pode ser invalidado<sup>100</sup>.

Francisco Ferrara, em clássica obra sobre o a simulação sob a perspectiva voluntarista (na concepção intermediária de Bernhard Windscheid), afirma que “*negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto, o porque es distinto de como aparece*”<sup>101</sup>. Nesta definição de Ferrara, a simulação possui três características: (i) divergência intencional e deliberada entre a vontade e declaração, (ii) o acordo entre as partes de emitir um ato aparente e (iii) o fim de enganar terceiros, estranhos ao ato.

A primeira característica é que a divergência entre vontade e declaração precisa ser intencional, o que diferencia a simulação dos casos de “erro”. Na simulação, as partes não querem o negócio, querem apenas criar uma falsa ilusão de sua existência perante terceiros. A declaração sem conteúdo volitivo (i.e., em divergência com a vontade) seria vazia, fictícia, ao não representar uma vontade real<sup>102</sup>.

A segunda característica é que se trata de ato bilateral, porque há comum acordo de ambas as partes para emitir a declaração deliberadamente divergente com a vontade, criando um ato aparente. Se não estivermos diante de um ato bilateral, o caso será de reserva mental

---

<sup>99</sup> ANDRADE JÚNIOR, Luis Carlos. *A simulação no Direito Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 32-36.

<sup>100</sup> RAÓ, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais: o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. 4ª. ed. anotada, revista e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 164-169.

<sup>101</sup> FERRARA, Francisco. *La simulación de los negocios jurídicos*. Tradução por: Rafael Atard y Juan A. de La Puente. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1960, p. 43.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 44.

(e não simulação), de modo que o negócio celebrado será válido entre as partes contratantes<sup>103</sup>.

A terceira característica é a intenção de enganar terceiros, que não existe, por exemplo, nas declarações feitas por gracejo. As partes recorrem a esse artifício para fazer terceiros acreditarem na existência de um ato que não é real ou na natureza diferente de um ato que foi realizado com seriedade. Mas a intenção de enganar não deve ser confundida com a intenção de prejudicar, embora deva ser reconhecido que, na maioria dos casos, a simulação se destina a defraudar terceiros ou a ocultar uma violação legal<sup>104</sup>.

A teoria “declarativista” parte de uma concepção diversa da formação do negócio jurídico, ao sustentar que a vontade interna não possui significado enquanto não seja declarada<sup>105</sup>. Neste sentido, representa a antítese da teoria da vontade, porque sustenta que o que é decisivo é não é a vontade do autor da declaração, mas aquilo que, a bom direito, como vontade aparece a quem a declaração a dirige. Com diversas exceções, entende que prevalece a declaração em caso de divergência entre vontade e declaração<sup>106</sup>.

Costuma-se apontar que esta teoria surge para dar maior proteção jurídica às relações comerciais disciplinadas pelo Direito, buscando equiparar à realidade a aparência que, terceiros de boa-fé, enxergam como realidade. Surge assim sua principal crítica: por mais respeitável que seja o propósito da segurança jurídica, não seria possível desconsiderar a função essencial de elementos volitivos para a criação e eficácia de negócios jurídicos<sup>107</sup>.

Mesmo dando pouco valor ao elemento psicológico da vontade, a simulação também foi repudiada pelos declarativistas<sup>108</sup>. Josef Köhler afirmava que o negócio jurídico não deveria corresponder somente à declaração pública (constante no documento), porque poderia não representar a totalidade das declarações empregadas para a conclusão do ato. A simulação seria um conflito de declarações antitéticas, mas que guardam conteúdo entre si<sup>109</sup>.

Apesar da duplicidade de declarações, Josef Köhler enfatiza que haveria unidade

---

<sup>103</sup> Ibidem, p. 45.

<sup>104</sup> Ibidem, p. 44.

<sup>105</sup> ANDRADE JÚNIOR, Luis Carlos. *A simulação no Direito Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 40-41.

<sup>106</sup> RAÓ, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais: o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. 4ª. ed. anotada, revista e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 164

<sup>107</sup> Ibidem, p. 164-165.

<sup>108</sup> ANDRADE JÚNIOR, Luis Carlos. *A simulação no Direito Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 40

<sup>109</sup> Ibidem, p. 41.

de sentido na intenção<sup>110</sup>. Dessa forma, diferentemente do que sustenta a teoria voluntarista, não existiria divergência entre vontade real e vontade declarada, visto que o negócio simulado também seria querido, tanto assim que foi espontaneamente declarado pelas partes. O negócio simulado ocorreria pela troca de declarações, com o objetivo de obter um negócio sem resultado jurídico<sup>111</sup>.

Já segundo Giuseppe Messina, a emissão de declarações contraditórias seria apenas a etapa executória de um prévio acordo (o pacto/acordo simulatório) com a específica orientação teleológica de gerar um contratar aparente. As partes convenciam a criação do suporte fático do negócio jurídico - que suscita perante terceiros uma aparência negocial – mas combinam previamente que ele não teria sentido negocial, seria meramente mecânico<sup>112</sup>.

Na teoria causalista (também chamada de concepção objetivista do negócio jurídico), em sua versão preceptiva cujo grande desenvolvedor foi o italiano Emilio Betti, o negócio jurídico passa a ser visto como uma criação coletiva e social que contém a enunciação de um preceito a ser observado pelas partes para a autorregulamentação de seus interesses.

Mais especificamente, o ordenamento escolherá determinadas relações vistas como socialmente relevantes (i.e., as que exercem função econômico-social), mas estranhas à ordem jurídica. Em um fenômeno chamado por Emilio Betti de “recepção”, a ordem jurídica os elevará à categoria abstrata de negócios jurídicos (preceito hipotético da norma ou figura de fato, ou *fatispécies*), atribuindo-lhe certos efeitos jurídicos<sup>113</sup>.

Cada uma dessas figuras abstratas (ou *fatispécies*) terão uma função econômico-social que caracteriza o tipo do negócio. Para Emilio Betti, a terminologia técnica mais adequada para se referir a essa função seria o vocábulo “causa”. E assim, Emilio Betti apresenta seu conceito de simulação como “a discrepância entre a causa típica do negócio escolhido e a intenção prática pretendida em concreto”<sup>114</sup>.

Ressalte-se os cuidados que precisamos ter ao nos depararmos com o vocábulo “causa” no Direito Privados. Este vocábulo foi utilizado ao longo do tempo com diferentes

---

<sup>110</sup> Ibidem.

<sup>111</sup> TÔRRES, Heleno Taveira. Simulação de atos e negócios jurídicos – pacto simulatório e causa do negócio jurídico. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira (coord.); TÔRRES, Heleno Taveira (coord.); CARBONE, Paulo (coord.). Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 291.

<sup>112</sup> ANDRADE JÚNIOR, Luis Carlos. *A simulação no Direito Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 42.

<sup>113</sup> BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução: Servanda Editora. Campinas: Servanda Editora, 2008, p. 27;79-82.

<sup>114</sup> Ibidem, p. 251;279-280;563.

acepções e possui inúmeras classificações em trabalhos doutrinários de diferentes jurisdições<sup>115</sup>. É suficiente demonstrar que a “simulação” na concepção formulada por Emilio Betti distanciava-se de forma significativa da concepção voluntarista porque envolve uma discrepância com uma “causa” típica do negócio escolhido, o que facilitará a compreensão de como o tema foi tratado no Brasil.

No Brasil, o Código Civil de 1916 tratou da “simulação” no capítulo “Dos Defeitos do Negócio Jurídico” e o artigo 103 enumerou três hipóteses. Primeiro, quando atos jurídicos aparentassem conferir ou transmitir direitos a pessoas diferentes das a quem realmente se conferem ou transmitem. Segundo, quando contivessem declaração, confissão, condição, ou cláusula não verdadeira. Terceiro, no caso de instrumentos particulares antedatados ou pós-datados.

A “simulação” era, pelo Código de 1916, um caso de defeito (ético) do ato, localizado no elemento vontade negocial porque expressava-se uma intenção mas queria-se outra coisa<sup>116</sup>. O Código de 1916 tratava de forma diferente a simulação nocente (com malícia) e a simulação inocente (i.e., sem a intenção de prejudicar terceiros e sem efetivo prejuízo)<sup>117</sup>, visto que seu artigo 103 dispunha que não haveria vício de simulação nos atos jurídicos sem que tenha havido má-fé (i.e., intenção de prejudicar a terceiros ou de violar disposições da lei).

Na simulação nocente (maliciosa), era cabível avaliar se o negócio simulado estaria a ocultar um outro ato. Em caso positivo, haveria simulação relativa (dissimulação), e o ato aparente seria passível de anulabilidade por terceiros, mas não pelas partes que simularam (cf. artigos 104 e 105 do Código de 1916). Nas palavras de Pontes de Miranda “o ato jurídico existe e os figurantes não na podem alegar, posto que os terceiros ou representantes do poder público possam promover a anulação do que existe e aparece”<sup>118</sup>.

No Código Civil de 2002, a simulação passa a ser tratada no capítulo da invalidade do negócio jurídico (e não mais no capítulo de anulabilidade, como ocorreria no código anterior). O artigo 167 dispõe que será nulo o negócio jurídico simulado, ressalvando-se os

---

<sup>115</sup> BOZZA, Fábio Piovezan. *Planejamento tributário e autonomia privada – Série Doutrina Tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 115-124.

<sup>116</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Simulação e negócio jurídico indireto no Direito Tributário e a luz a do novo código civil. *Revista Fórum de Direito Tributário*, ano 8, n. 48, p. 12.

<sup>117</sup> PONTES DE MIRANDA. *Trado de Direito Privado. Parte Geral, Tomo IV*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1954, p. 374.

<sup>118</sup> PONTES DE MIRANDA. *Trado de Direito Privado. Parte Geral, Tomo IV*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1954, p. 375.



direitos de terceiros de boa-fé, e repete as três hipóteses de simulação anteriormente arroladas. O Código Civil de 2002 não reproduziu o texto do artigo 103 do Código de 1916, que dispunha que não haveria vício na simulação inocente, extinguindo tal distinção.

Como visto acima, as variações conceituais de simulação compreendidas nos três grandes grupos descritos acima (“teoria voluntarista”, teoria “declarativista” e “teoria causalista”) investigam a simulação pelos seus componentes estruturais. No Brasil, adotaram posições voluntaristas, exemplificativamente, Clóvis Beviláqua, Vicente Raó e Humberto Theodoro Jr. Adotaram posições causalistas Orlando Gomes, Tércio Sampaio Ferraz Jr, e Custódio da Piedade Ubaldino Miranda. A teoria declarativista teve pouca aceitação<sup>119</sup>.

Um conceito de “simulação” na concepção voluntarista é apresentado por Humberto Theodoro Junior e Helena Lanna Figueiredo. Com base nas lições de Cariota Ferrara, asseveram que simulação ocorre quando as partes “de comum acordo, emitirem, deliberadamente, declarações divergentes de sua vontade (a declaração é mentirosa, falsa) com o objetivo de enganar terceiros”<sup>120</sup>.

Orlando Gomes talvez tenha sido um dos primeiros autores a enfrentar a polêmica se a “causa” deve ser entendida como requisito do negócio jurídico, distinguindo “causa eficiente”, “causa final” e “motivos íntimos”. O conceito de “simulação” é apresentado como uma divergência entre o ato praticado e a “causa final”<sup>121</sup>. O ponto mais relevante para fins do presente estudo, é que o autor utiliza “propósito negocial” como sinônimo de “causa final.

Uma leitura apressada da obra do referido doutrinador poderia gerar a incorreta compreensão de que Orlando Gomes sustentou que haveria simulação em caso de divergência entre o ato praticado e o “propósito negocial”. Tal interpretação – incorreta – consta em algumas decisões do CARF. Assim, a posição de Orlando Gomes sobre tais conceitos precisa ser melhor compreendida. O próprio autor oferece um exemplo, útil para entendermos a diferença entre “causa eficiente”, “causa final” e “motivos íntimos”.

No exemplo de Orlando Gomes, um contrato de compra e venda pode gerar três indagações. Primeiro, por que cada parte contraiu a obrigação própria de sua posição na relação jurídica? Trata-se da causa eficiente: o vendedor transfere a propriedade por ter recebido o preço e o comprador paga o preço porque recebeu a propriedade. Segundo, o que

---

<sup>119</sup> ANDRADE JÚNIOR, Luis Carlos. *A simulação no Direito Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p

<sup>120</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto; FIGUEIREDO, Helena Lanna. *Negócio Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 220.

<sup>121</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Coordenador e atualizador: Edvaldo Brito/ atualizadora Reinalda Paranhos de Bruti. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 268-269.

tem em mente cada parte para realizar a compra e venda? Tratam-se de “motivos íntimos”, irrelevantes. Terceiro, para que se vincularam as duas partes num negócio jurídico esquematizado na lei? Trata-se da “causa final”, que interessa à ordem jurídica, porque o propósito dos contratantes somente será considerado válido e eficaz (digno de proteção jurídica) se não tiver finalidade ilícita ou moral.

De fato, ao investigar se o “propósito negocial” (utilizado como sinônimo de “causa final” na obra de Orlando Gomes) seria um requisito essencial do negócio jurídico, analisa de forma crítica diversas posições doutrinárias e propostas de classificação, e conclui que a causa é elemento útil para se recusar proteção jurídica a negócios sem significação ou ilícitos<sup>122</sup>.

Os civilistas que analisaram a obra de Orlando Gomes, como Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Luis Carlos Andrade Júnior afirmam que a posição do autor fica melhor compreendida com as passagens sobre “negócio fiduciário” e do “negócio indireto”<sup>123</sup>. Além disso, note-se que o significado de “propósito negocial” utilizado por Orlando Gomes nada tem a ver com motivação extratributária. Se aproxima muito mais da concepção de “causa” adotada por Emilio Betti e pelo civilistas brasileiros Custódio da Piedade Ubaldino Miranda.

De fato, Custódio da Piedade Ubaldino Miranda adota expressamente a perspectiva causalista para o negócio jurídico e para o significado de simulação. A causa seria a “função econômico-social desempenhada pelo negócio jurídico como instrumento da autonomia privada”. Assim, objeto e causa seria dois aspectos de uma mesma realidade (o negócio jurídico). Haveria ilicitude da causa quando o resultado jurídico que as partes se propõem atingir, com a elaboração do conteúdo negocial, for ilícito<sup>124</sup>.

Com tais premissas, Custódio da Piedade Ubaldino Miranda conceitua a simulação como um vício de causa, que ocorre quando os interesses visados pelas partes, com a realização do negócio simulado, divergem fundamentalmente dos escopos que as partes atingiriam com a celebração de uma idêntica forma negocial não simulada. Na simulação absoluta, as partes lançam mão de uma forma negocial (correspondente a determinado tipo), sem o conteúdo correspondente. Na simulação relativa, as partes pretendem alcançar os efeitos próprios do ato dissimulado<sup>125</sup>.

---

<sup>122</sup> Ibidem, p. 269-272.

<sup>123</sup> ANDRADE JÚNIOR, Luis Carlos. *A simulação no Direito Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 46-47.

<sup>124</sup> MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria geral do negócio jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 111; 114-115.

<sup>125</sup> Ibidem, p. 115-116.

Tércio Sampaio Ferraz Jr também adota a perspectiva causalista, mas sua construção se diferencia da utilizada por Emílio Betti e Custódio da Piedade Ubaldino Miranda. Sua análise parte das inovações do Código Civil de 2002 no tratamento da simulação, que teria deixado de ser um defeito da vontade e sim de invalidade: ou o ato seria válido (subsistiria) ou inválido (nada subsistiria). Mas se sob a máscara da simulação estiver um ato válido, este pode subsistir. Ocorre que a subsistência do negócio dissimulado não decorre da vontade das partes, e sim porque a causa que motivou o negócio obedece aos requisitos de validade<sup>126</sup>.

#### 2.3.4.3 *Direito Privado: “simulação”, ‘negócios fiduciários’ e “negócio jurídico indireto”*

Tanto os autores que apresentaram conceitos de simulação sob a perspectiva “voluntarista” quanto “causalista”, distinguem a simulação dos chamados negócios indiretos e fiduciários, que são considerados negócios reais (não simulados). Assim, uma forma de refinarmos o conceito de simulação sob a ótica do Direito Privado, é verificarmos como tais autores traçam a distinção entre essas duas categorias, especialmente buscando identificar aproximações e distanciamentos entre as escolas voluntaristas e causalistas.

Francisco Ferrara (expoente da escola voluntarista) diferenciou a simulação do que chamou de “*negócios oblicuos o indirectos*”, cujas espécies são “negócio fiduciário”, “negócio aparente” e “negócio fraudulento”. Surgem para suprir uma deficiência do direito positivo, que não oferece uma forma correspondente a um determinado fim econômico (ou oferece com inconvenientes) ou para obterem algumas vantagens especiais resultantes da via indireta. Surge, portanto, como um meio de completar o direito deficiente, de corrigir o direito inadequado, de fazer evoluir novas formas jurídicas<sup>127</sup>.

Como exemplo de “negócio fiduciário”, Francisco Ferrara trata do clássico negócio da propriedade fiduciária, formada por dois contratos. O primeiro contrato transfere a propriedade (ou o crédito) de modo definitivo e irrevogável. O segundo contrato estabelece uma obrigação pessoal do fiduciário de usar o bem de uma forma pré-definida, para devolver posteriormente ao cedente ou a um terceiro<sup>128</sup>.

Note-se que esse segundo contrato, ainda que proteja indiretamente o beneficiário,

---

<sup>126</sup> Ibidem, p.13.

<sup>127</sup> FERRARA, Francisco. *La simulación de los negocios jurídicos*. Tradução por: Rafael Atard y Juan A. de La Puente. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1960, p65;95-100.

<sup>128</sup> Ibidem, p. 66-67

não afeta, limita ou subordina a eficácia real da transmissão da propriedade (ou do crédito) do primeiro contrato. São negócios paralelos e, em certa medida, independentes Exemplificativamente, se o fiduciário por qualquer motivo descumpre a obrigação pessoal e vende o bem a terceiro (em vez de devolvê-lo ao cedente), o cedente não terá direito real de reaver o bem, e sim um direito pessoal de indenização perante o fiduciário que descumpriu seu dever previsto no segundo contrato<sup>129</sup>.

Desta análise resulta que o “negócio fiduciário” produz um efeito jurídico mais amplo para atingir uma finalidade econômica mais restrita: a propriedade é transferida para obter a finalidade limitada da garantia. O crédito é cedido para obter o objetivo da cobrança. Existe, portanto, uma contradição entre o fim econômico e o meio jurídico empregado: utiliza-se um meio mais forte para obter um resultado mais fraco; utiliza-se uma forma jurídica mais forte para obter um efeito menor. As partes querem tanto aqueles efeitos que se sujeitam a uma disciplina jurídica mais rigorosa, com todos os seus inconvenientes<sup>130</sup>.

Nas palavras de Francisco Ferrara: “*Es éste un negocio que vá más allá del fin de las partes, que supera la intención práctica, que presta más consecuencias jurídicas que las que serían necesarias para obter aquel fin*”<sup>131</sup>. Por ser um “negócio oblicuo o indirecto” (na nomenclatura proposta pelo referido doutrinador), o “negócio fiduciário” não se confunde com a simulação porque representam negócios verdadeiros, mas que possuem divergência entre o fim econômico e o meio jurídico (i.e., adota-se forma mais rigorosa).

Já o “negócio fraudulento” diferencia-se do “negócio fiduciário porque busca um fim ilícito, sendo ilegítimo. Já os “negócios aparentes” eram originalmente “negócios fraudulentos” ou “aparentes”, que com o tempo foram reconhecidos pela jurisprudência e se tornaram figuras jurídicas (lícitas)<sup>132</sup>. Note-se que o significado do vocábulo “negócio aparente” adotado por Francisco Ferrara não possui nenhuma relação com “negócios aparentes” e “dissimulados” da simulação relativa.

Vejamos agora a distinção entre simulação e negócios indiretos proposta por Emilio Betti, expoente da escola causalista. Para Emilio Betti, a discrepância entre a causa típica do negócio escolhido e a intenção prática pretendida em concreto, pode confirmar uma verdadeira incompatibilidade: e então teremos o fenômeno da simulação. Mas também pode

---

<sup>129</sup> Ibidem.

<sup>130</sup> Ibidem, p. 67.

<sup>131</sup> Ibidem.

<sup>132</sup> Ibidem, p. 100.

ocorrer uma simples incongruência ou discordância (inadequação) entre meios e escopos que são entre si compatíveis: e nesse caso teremos o fenômeno do negócio indireto, ou o do negócio fiduciário.

Note-se que a distinção entre o negócio jurídico simulado (inválido) e o negócio indireto (válido) estaria no grau de afinidade entre a causa típica do negócio escolhido (a hipótese abstrata – a *fatispécies*) e o negócio praticado. Se o grau da afinidade for baixo, existirá uma verdade incompatibilidade e o negócio jurídico praticado será inválido (negócio jurídico simulado). Se grau de afinidade for mais alto, o negócio jurídico praticado será válido (negócio jurídico indireto).

Ocorre que a distinção entre um “grau” alto ou baixo de afinidade (ou, em sentido inverso, de grau alto ou baixo de inadequação) entre causa típica do negócio em abstrato e os efeitos pretendidos não seria, na teoria de Emilio Betti, aferível por um critério objetivo com rigor científico, mas sujeita às variáveis da consciência social. Confirma-se, pelo poder de síntese, a seguinte passagem da obra de referido doutrinador:

“Convém, todavia, acrescentar que a incompatibilidade não é uma coisa absoluta e exteriormente verificável, mas é, antes, o produto, essencialmente relativo, de uma avaliação contingente e dependente das concepções dominantes na consciência social. (...) De aí deriva que a distinção, convencional e puramente dogmática, entre negócio simulado e negócio indireto, nada tem de absoluto e de fixo, nem pode aspirar ao rigor científico de outras classificações.”

Note-se desde já que a distinção entre simulação e negócio indireto na perspectiva de Emilio Betti sofre influência de valores da sociedade em que aquele o negócio foi praticado o que, de certa forma, implica que o próprio conceito de “simulação” também é influenciado pela consciência social. Tal importância (talvez exagerada) dada à consciência social explica-se pela premissa adotada pela escola causalista de que o negócio praticado gozava de aceitação social antes mesmo de ter sido “escolhido” pelo Direito para ser positivado como uma categoria de negócio jurídico (o fenômeno da “recepção” – na nomenclatura utilizada por Emilio Betti).

No Brasil, é relevante comparar as posições de Humberto Theodoro Junior (escola voluntarista), Orlando Gomes (mescla posições de ambas as escolas) e posições da Custódia da Piedade Ubaldino Miranda (escola causalista) e Tércio Sampaio Ferrar Jr (escola causalista).

Segundo Humberto Theodoro Jr. (que adota uma concepção voluntarista de simulação), no negócio jurídico indireto as partes usam uma figura negocial típica para

atingir objetivos que não lhe são próprios, mas o seu fim é, de fato, perseguido e querido, embora não dentro da normalidade. Assim, existiria apenas uma divergência de “função”. Na simulação relativa, a diferença seria de “substância”, porque o negócio realmente querido pelas partes seria outro (o negócio dissimulado)<sup>133</sup>. Note-se que o autor traça a distinção no “querer das partes”, reflexo de sua perspectiva voluntarista do negócio jurídico.

Orlando Gomes também segue o raciocínio de que o negócio fiduciário e o negócio indireto envolve extrapolação do meio sobre o fim, distanciando-se da simulação porque são reais, queridos pelas partes. Na simulação, o negócio não é verdadeiro (simulação absoluta), ou existem dois negócios, sendo que um negócio aparente serve para mascarar um sério (simulação relativa)<sup>134</sup>.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. se preocupa em esclarecer a posição de Orlando Gomes tendo em vista que as outras passagens sobre “causa” nem sempre são corretamente compreendidas (como demonstramos no tópico anterior). Afirma que, para Orlando Gomes, ocorreria um negócio indireto válido (não simulado) quando as partes utilizam um determinado tipo de negócio que não corresponde exatamente à sua causa, se as partes realmente quiserem realizá-lo<sup>135</sup>.

E ao tratar do critério distintivo entre simulação e negócio jurídico indireto, Tércio Sampaio Ferraz Jr. também faz referência ao querer das partes. Em suas palavras: “as partes, na simulação, fazem declaração, ou confissão não verdade, isto é, um negócio é realizado conforme sua causa típica, mas as partes não querem o resultado dessa causa típica, querem outro”<sup>136</sup>.

Com base em na análise das posições doutrinárias acima mencionadas, é possível fazer duas afirmações, que são relevantes para nosso estudo.

Primeiro, enquanto as teorias voluntaristas do negócio jurídico trataram de diferenciar a simulação (relativa) e o negócio indireto (ou fiduciário) com base no “querer das partes”, a escola causalista - ao menos na acepção defendida por Emilio Betti - afirmou que tal distinção não teria rigor científico, porque a distinção dependeria das “concepções dominantes na consciência social”.

---

<sup>133</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto; FIGUEIREDO, Helena Lanna. *Negócio Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 226-227.

<sup>134</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Coordenador e atualizador: Edvaldo Brito/ atualizadora Reginalda Paranhos de Brito. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 252-258

<sup>135</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Simulação e negócio jurídico indireto no Direito Tributário e a luz do novo Código Civil, *Revista Fórum de Direito Tributário*, ano 8, n. 48, nov/dez/2010, p. 17.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 20.

Segundo, é verdade que uma concepção causalista do negócio jurídico (e, conseqüentemente, da simulação), tem ecoado de forma significativa na dogmática civilista brasileira, visto que grandes doutrinadores (e.g. Orlando Gomes, Custódio da Piedade Ubaldino Miranda e Tércio Sampaio Ferrar Jr.) exploram o conceito de causa (ou função) do negócio jurídico, com as mais diversas conseqüências no âmbito do Direito Privado. No entanto, é igualmente verdade que tais doutrinadores não seguem a proposta de Emilio Betti de que a distinção entre simulação e negócio indireto não poderia pretender ter rigor científico, porque dependeria de valores da consciência social.

Todos os autores mencionados buscaram traçar a distinção com rigor científico, sempre afirmando que é possível que determinado tipo de negócio seja utilizado para consecução de fim não correspondente à sua causa, e que somente configuraria um negócio jurídico inválido (simulado) se o “querer das partes” não estivesse relacionado ao negócio indireto praticado. Dito de outra forma, se as partes querem os efeitos do negócio indireto (i.e., querem a disciplina jurídica do negócio jurídico eleito) não haverá simulação, independentemente de reprovação das “concepções dominantes na consciência social”.

### ***2.3.5. A simulação e a dissimulação no Direito Tributário***

A doutrina tributária brasileira foi praticamente uníssona em construir o significado de “simulação” tendo por ponto de partida seu significado no âmbito do Direito Privado. De fato, como há a incorporação *prima facie* do conceito de Direito Privado pelo Direito Tributário e o conceito de “simulação” e de “dissimulação” (simulação relativa) é conhecido no Direito Privado, não há porque o intérprete querer construir um conceito para fins tributários que seja diverso do Direito Privado.

Ocorre que como há grande divergência entre as escolas voluntaristas e causalistas, tais discussões acabaram sendo “transportadas” para o Direito Privado. Em sua dissertação sobre o conceito de simulação, Fábio Piovezan Bozza chega a afirmar que “a doutrina tributária nada mais faz do que repercutir toda a celeuma existente na doutrina civilista sobre a definição da simulação”<sup>137</sup>.

Uma definição de simulação na perspectiva voluntaristas é apresentada por Paulo de Barros Carvalho, nos seguintes termos: “reiterar afirmação: não se admitem presunções

---

<sup>137</sup> BOZZA, Fábio Piovezan. Planejamento tributário e autonomia privada – Série Doutrina Tributária. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 203.

ou suposições no tocante à configuração de fraude dolo e simulação, pois são atos que dependem da vontade do agente”<sup>138139</sup>. Note-se a grande relevância dada à vontade do agente, aproximando-se da perspectiva voluntarista de simulação, que dá ênfase ao elemento vontade.

Como o conceito de “causa” no negócio jurídico acabou sendo adotado de forma majoritária nos estudos de Direito Privado, alguns doutrinadores buscaram identificar suas repercussões para fins tributários. Exemplificativamente, Heleno Torres e Luis Eduardo Schoueri descrevem exemplos de simulação falando da “causa”, mas sem buscar oferecer conceito preciso de simulação que compreendesse a adoção da “causa” como critério distintivo de condutas simuladas e não-simuladas.

Heleno Torres empreendeu completo estudo sobre a causa no Direito Privado, examinando diversos significados e classificações, afirmando que nenhuma foi suficientemente idônea para resolver o problema na sua amplitude. Em suas palavras, “a busca de uma definição precisa para o conceito de simulação parece exigir um prodígio que a doutrina talvez não consiga alcançar”<sup>140</sup>.

Partindo de uma visão da teoria comunicacional do Direito, Heleno Torres afirma que o problema da “simulação” é o mesmo de qualquer texto e sua interpretação, envolvendo análise dos atos de linguagem. Assim, a interpretação dos negócios jurídicos deve levar em consideração a estrutura e função, a partir da análise dos enunciados e das declarações legais. O conceito de “causa” poderia ser analisado nessa construção, que deveria ser entendido como “causa normativa”, que atribui um caráter normativo ao significado negocial (enquanto fato e valor)<sup>141</sup>.

Assim, um conceito preciso de “simulação” não pode ser apresentado previamente, porque ele precisa ser construído no momento de interpretação e aplicação da norma concreta, variando em face dos negócios jurídicos praticados pelas partes e das declarações negociais emitidas. Isso fica fácil de ser visualizado quando se adota uma perspectiva da teoria comunicacional do direito, tendo em vista a própria forma de conceber o Direito como relação entre linguagens. Substitui-se uma camada de linguagem inicialmente adotada pelas

---

<sup>138</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Entre a forma e o conteúdo na desconstituição dos negócios jurídicos simulados. *Revista Da Faculdade de Direito, Universidade De São Paulo*, v. 105, 2010, p. 429.

<sup>139</sup> Em sentido semelhante, XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 53.

<sup>140</sup> TORRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário e Direito Privado – autonomia privada, simulação e elusão tributária*. São Paulo: RT, 2003, p. 302.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 304-309.



partes por outra (tanto em caso de simulação quanto no de dissimulação), sem que isso implique o retorno ao evento para alterar o que ocorreu no mundo fenomênico.

Mas a necessidade de que a interpretação precisa ser construída no momento de interpretação e aplicação de normas jurídicas também pode ser visualizada em outras formas de aproximação do fenômeno. Exemplificativamente, Luis Eduardo Schoueri – que não fundamenta sua posição utilizando a teoria comunicacional do direito – ao abordar a simulação, apresenta alguns exemplos de situações que são consideradas simuladas, inclusive descrevendo a “causa”.

Um exemplo dado pelo doutrinador envolve uma constituição de sociedades em nome de terceiros como forma de assegurar o direito de opção pelo regime simplificado do SIMPLES, que usualmente prevê uma carga tributária menor do que as opções tradicionais. Nessa hipótese, há oposição entre aparência e a realidade no aspecto subjetivo (i.e., quem é o verdadeiro sócio da sociedade optante pelo SIMPLES)<sup>142</sup>.

Para fins fiscais, o ponto relevante será identificar se o verdadeiro sócio preenche ou não os requisitos para ter uma sociedade optante pelo SIMPLES, o que não ocorreria no exemplo dado. Por outro lado, poderia ocorrer que uma pessoa física que não participasse de nenhuma outra sociedade a transferisse para nome de terceiros por outros motivos, até mesmo ilegítimos, tais como fraudar credores ou fraudar o direito à legítima. Nesses casos, ainda que ilegítimos na esfera do Direito Privado, a opção da sociedade pelo SIMPLES seria admitida, desde que o verdadeiro sócio preenchesse os requisitos em lei<sup>143</sup>.

Note-se que a conclusão pela simulação ou dissimulação dependerá de diversos elementos, inclusive o tratamento dado pela legislação do SIMPLES. O critério determinante é se o requisito que impede a adoção pelo SIMPLES estará ou não preenchida.

Outro exemplo apresentado pelo doutrinador refere é quando as partes exteriorizam a existência de uma compra e venda de determinada coisa por determinado preço, mas assinam documentos (mantidos em sigilo) declarando que querem constituir uma sociedade com aquela coisa. Nestes casos surge espaço para a discussão da causa do negócio jurídico<sup>144</sup>.

No contrato de compra e venda, a “causa” seria representada pelo sinalagma entre a coisa (a ser transferida ao comprador) e o preço (a ser recebido pelo vendedor). Se as

---

<sup>142</sup> SCHOUERI, Luis Eduardo. “Planejamento Tributário: limites à norma antiabuso”. *Revista de Direito Tributário Atual*, v.24. São Paulo: Dialética, 2010, p. 353.

<sup>143</sup> *Ibidem*.

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 353-354.

partes, por meio de outro instrumento jurídico, asseguram que a coisa não passará à propriedade do comprador, o negócio celebrado é nulo porque as partes declararam celebrar uma compra e venda mas não quiseram que seus efeitos se aperfeiçoassem<sup>145</sup>.

Note-se que, neste exemplo, a ausência de “causa” do negócio jurídico representado por um ato que anulou o negócio jurídico foi o ponto relevante para se concluir pela simulação absoluta dos atos praticados. O elemento “vontade” também está presente, porque a conclusão pela “simulação” envolveu a vontade das partes de que os efeitos típicos do negócio jurídico de compra e venda não fossem atingidos.

O ponto comum de ambos os exemplos é que foi preciso abordar uma situação (ainda que de forma abstrata) para se apontar se conduta foi ou não simulada. E isso ocorre porque a simulação (ou dissimulação) dependerá da análise de vários elementos, notadamente o conteúdo negocial emitido, o tratamento tributário do negócio jurídico praticado (ou supostamente praticado) de modo que precisa ser construído considerando as particularidades do caso concreto.

Reconhecer que a “simulação” (absoluta) ou dissimulação (relativa) precisa ser construída pelo intérprete no momento de interpretação e aplicação da norma jurídica que rege determinado negócio jurídico não significa, de forma alguma, que o ponto relevante seja apenas analisar casos concretos. Tal conclusão retiraria o caráter dogmático da “simulação”.

O significado de “simulação” precisa ser buscado no Direito Privado e tal significado é que deve ser aplicado para se concluir se os casos concretos envolvem ou não a simulação (ou dissimulação), sendo vedado que cada intérprete da norma jurídica (até mesmo os intérpretes autênticos) construa, a seu bel prazer (e com seus valores e máximas da experiência) seu próprio significado de simulação para aplicar o artigo 149, VII do CTN.

É verdade que há dificuldade de aproximação do fenômeno no Direito Privado. A divergência sobre os elementos estruturais do negócio jurídico entre as escolas voluntaristas e causalistas bem como a própria dificuldade de demarcar o significado de “causa” impediu a demarcação de um conceito preciso de “simulação”.

Mas não é adequado ceder à tentação de tentar buscar conciliar as visões de ambas as escolas. Elas partem de visões divergentes sobre elementos estruturais do negócio jurídico e, neste sentido, são inconciliáveis. Tal tentativa levará o intérprete a incorrer em uma

---

<sup>145</sup> Ibidem, p. 353-354.

imprecisão conceitual por não ter demarcado corretamente a posição adotada. Exemplificativamente, o próprio doutrinador Orlando Gomes, ao adotar as mesclar posições de ambas as escolas, acabou sendo mal compreendido.

Isso não impede, no entanto, que sejam identificados critérios seguros – por serem comuns a ambas as escolas – para ser construído um ferramental para diferenciar condutas simuladas e não-simuladas dentro do processo de interpretação e aplicação das normas jurídicas aplicáveis a determinado negócio jurídico, tal como os casos de reorganizações societárias.

É possível apontar ao menos dois critérios comuns às escolas voluntaristas e causalistas: (i) ambas distinguem simulação absoluta (não há nenhum negócio jurídico) e simulação relativa (há um negócio jurídico que está dissimulado), e (ii) ambas admitem que o negócio jurídico indireto é um negócio válido (não simulado e que não é usado para encobrir outro dissimulado).

Assim, sem pretender oferecer um conceito preciso de simulação e dissimulação para interpretarmos o artigo 149, inciso VII do CTN, propõe-se outro caminho. Na interpretação e aplicação das normas jurídicas relacionadas às reorganizações societárias, deve-se analisar se a operação pode ser considerada simulada ou dissimulada adotando-se as perspectivas das escolas voluntaristas e causalistas. Paralelamente, avalia-se se a conduta praticada se amolda ao significado de “negócio jurídico indireto” de ambas as escolas.

Se as respostas forem homogêneas, pode-se afirmar - com segurança - se a conduta é ou não simulada e dissimulada. Se as respostas não forem homogêneas, a solução é a mesma de qualquer caso que envolve interpretação. Deve-se avaliar a solução mais adequada, considerando as particularidades da legislação aplicada e as provas constantes nos autos.

Pode-se apontar, com razão, que esse ferramental não será suficiente para resolver todos os casos, notadamente de dissimulação (simulação relativa) porque em muitos casos as perspectivas voluntaristas e causalistas vão apresentar resultados divergentes. De fato, o objetivo do estudo é a redução de complexidades para oferecer uma proposta de interpretação das normas jurídicas relacionadas à elisão tributária em reorganizações societárias, que tendem a ter resultados similares independentemente perspectiva adotada, especialmente nas hipóteses de simulação, o que será testado no capítulo 4.

Em síntese, o conceito de simulação (absoluta) e dissimulação (simulação relativa) deve ser construído com base no significado do Direito Privado. Como a interpretação e

aplicação das normas jurídicas que preveem a incidência tributária devem levar em consideração todas as circunstâncias do negócio jurídico praticado, não é necessário que se aponte (de forma apriorística) um conceito preciso de simulação.

## **2.3 O artigo 116 parágrafo único do CTN**

### **2.3.1 Introdução e tentativas de regulamentação**

A Lei Complementar nº 104/01 incluiu o parágrafo único ao artigo 116 do Código Tributário Nacional prevendo que a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador (ou seus elementos constitutivos). No entanto, em sua parte final, traz a previsão de “observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”.

Na exposição de motivos da Lei Complementar nº 104/01, a justificativa é que seria um “instrumento eficaz para o combate aos procedimentos e planejamento tributário praticados com abuso de forma ou de direito”.

Posteriormente, foi editada a Medida Provisória nº 66/02 que, dentre outros pontos, regulamentava o artigo 116 parágrafo único do CTN em âmbito federal. De acordo com a redação proposta, a desconsideração seria cabível nas hipóteses de “falta de propósito negocial”, “abuso de forma” e “negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato” ou “negócio jurídico dissimulado”.

Tais dispositivos não constaram no texto da Lei nº 10.637/02 (fruto da conversão em lei da Medida Provisória nº 66/02) de modo que é possível afirmar que a aplicação dos institutos de “falta de propósito negocial”, “abuso de forma” e “negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato” não são critérios válidos no ordenamento jurídico para limitar a elisão tributária, tendo em vista que seus veículos introdutórios foram rejeitados pelo Congresso Nacional e, conseqüentemente, não ingressaram no ordenamento jurídico.

Mais recentemente, a Medida Provisória nº 685/15 impôs a declaração anual da prática de atos e negócios jurídicos que acarretassem supressão, redução ou diferimento do tributo quando os atos ou negócios jurídicos praticados não possuírem razões extratributárias relevantes ou a forma adotada não for usual, utilizar-se de negócio jurídico indireto ou contiver cláusula que desnature, ainda que parcialmente, os efeitos de um contrato típico. Objeto de várias críticas doutrinárias, tais dispositivos também foram rejeitados pelo

Congresso Nacional e não constaram no texto da Lei n.º 13.202/15 (fruto da conversão em lei da Medida Provisória nº 685/15).

Apesar do próprio texto legal trazer a previsão de “observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”, o que indica que tal dispositivo só poderia ser aplicável após ser regulamentado, Ricardo Lobo Torres sustentou que tal dispositivo seria de aplicabilidade imediata, ao menos em âmbito federal.

Para Ricardo Lobo Torres, a Lei Complementar nº 104/01 não estaria introduzindo uma novidade, apenas explicitando o que era aplicado pelo Judiciário sob a forma de combate à “fraude à lei” ou ao “abuso de forma jurídica”. A rejeição do Congresso Nacional à Medida Provisória nº 66/02 seria mais um indicativo de que as normas que permitiam sua aplicação já estavam pleno vigor em âmbito federal. Somente seria necessária a complementação por leis ordinárias para Estados e Municípios que não possuíssem legislação segura sobre o processo administrativo fiscal<sup>146</sup>.

A discussão sobre a autoaplicabilidade já foi polêmica, mas ficou superado com o julgamento da ADI 2446 pelo STF, como será visto no tópico seguinte.

Um ponto mais relevante é investigar como se compatibiliza o âmbito de abrangência do artigo 149, VII do CTN e do artigo 116 parágrafo único do CTN em relação à simulação (sentido amplo), tendo em vista que a doutrina sempre diferenciou a hipótese de simulação absoluta e simulação relativa (dissimulação).

O artigo 116 parágrafo único do CTN tratou da “dissimulação” de modo que, por exclusão, o significado de “simulação” do artigo 149, inciso VII do CTN não pode abranger também a “dissimulação”. Caso contrário, perde-se a coerência no próprio sistema, tendo em vista que teríamos duas normas jurídicas que permitiriam a requalificação em casos de dissimulação com critérios diferentes.

Para Paulo Ayres Barreto, foi justamente a diferença semântica simulação (absoluta) e dissimulação (simulação relativa) que justificou a inserção do artigo 116 parágrafo único do CTN pela Lei Complementar nº 104/2001. Após a referida alteração legislativa, a figura da simulação absoluta seria objeto do artigo 149, VII, do CTN, enquanto a dissimulação (simulação relativa) seria tratada pelo artigo 116, parágrafo único do CTN<sup>147</sup>.

Referida alteração legislativa também teria visado resolver um problema de eficácia

---

<sup>146</sup> Ibidem, p. 52-53.

<sup>147</sup> BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento Tributário: Limites Normativos*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 226-229.

social. Apesar do artigo 149, VII do CTN já versar sobre o gênero simulação, eram menos frequentes que as autoridades administrativas requalificassem fatos jurídicos tributários praticados por contribuintes. Assim, pode ser vista como um ato de fala de caráter perlocucionário, que objetiva o efetivo cumprimento de uma norma jurídica vigente<sup>148</sup>.

Daí porque enquanto não for editada lei ordinária dispondo sobre o assunto, não estarão previstos os critérios a serem adotados para se definir a verdade lógica prevalecente. Dessa forma, o artigo 116 parágrafo único do CTN, que prevê a requalificação de fatos praticados pelo contribuinte com simulação relativa, não poderá ser aplicado por ineficácia técnica (sintática)<sup>149</sup>.

No tópico seguinte, analisaremos como o STF abordou a questão.

### **2.3.2 O julgamento da ADI 2.446 pelo STF**

O julgamento da ADI 2.446, concluído em abril de 2022, costuma ser interpretado em conjunto com o julgamento da ADC 66, concluído em dezembro de 2020, tendo em vista que ambos tiveram votos-vencedores da Ministra Relatora Carmen Lúcia e que há certa aproximação entre os casos pois ambos trataram da liberdade empresarial, da livre iniciativa e da liberdade de contratar. Vejamos cada um deles de forma separada.

A ADC 66 foi ajuizada pela Confederação Nacional da Comunicação Social em outubro de 2019 com o pedido de que fosse declarada a constitucionalidade do artigo 129 da Lei nº 11.196/05, que possui o seguinte teor:

“Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

Costuma-se apontar que tal dispositivo foi uma resposta às autuações fiscais e reclamações trabalhistas que questionavam a possibilidade de prestação de serviços personalíssimos por meio de pessoa jurídica, estrutura comumente utilizada por artistas e

---

<sup>148</sup> Ibidem.

<sup>149</sup> Ibidem.

desportivas<sup>150</sup>. Assim, o artigo 129 da Lei nº 11.196/05 teria declarado a legitimidade deste tipo de estrutura, garantindo a efetiva aplicação somente do regime próprio das pessoas jurídicas para fins fiscais e previdenciários, desde que não reste caracterizado abuso de personalidade jurídica mencionado no artigo 50 do Código Civil<sup>151</sup>.

Um dos requisitos de qualquer ação declaratória de constitucionalidade é a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da lei objeto da ação, nos termos do artigo 14, III da Lei nº 9.868/99<sup>152</sup>. Para justificar o cabimento da ação declaratória de constitucionalidade, a autora juntou decisões do CARF (nove decisões), de Tribunais Regionais Federais (cinco decisões) e de Tribunais Regionais Trabalhistas (treze decisões), sendo que apenas algumas teriam aplicado o artigo 129 da Lei nº 11.196/05.

Nas suas manifestações, o Presidente da República, a Advocacia-Geral da União e o Presidente do Congresso Nacional apontam, dentre outros argumentos, que as decisões do CARF não servem para cumprir o requisito do artigo 14, III da Lei nº 9.868/99 porque não se trata de órgão jurisdicional. Ademais, sustentam que as decisões mencionadas não afastaram a constitucionalidade do artigo 129 da Lei nº 11.196/05, apenas assentaram a não subsunção da norma ao caso concreto, em razão da constatação de desvirtuamento na constituição da pessoa jurídica por simulação ou fraude, com finalidade de esquivar de normas trabalhistas ou frustrar o recolhimento de contribuições previdenciárias.

A relatoria coube à Ministra Carmen Lúcia que concordou que as decisões do CARF não serviriam para comprovar o requisito do artigo 14, III da Lei nº 9.868/99 por não serem decisões de órgão jurisdicional. No entanto, entendeu que algumas das decisões judiciais apontadas, apesar de não declararem a inconstitucionalidade do artigo 129 da Lei nº 11.196/05, deixavam de aplicá-lo nos casos concretos, algumas vezes se invocando fundamental constitucional. Para exemplificar a posição, esmiuçou decisão do proferida pela Justiça do Trabalho sobre o tema.

---

<sup>150</sup> ROCHA, Sérgio André. *Planejamento tributário e liberdade não simulada: doutrina e situação pós ADI 2.446*. 2. Ed. Belo Horizonte, MG: Letramento; Casa do Direito, 2022, p. 146.

<sup>151</sup> BELLAN, Daniel Vitor. Artistas e esportistas: o artigo 17 da Convenção Modelo da OCDE e dos tratados brasileiros. *Revista de Direito Tributário internacional*. São Paulo: Quartier Latin, n.12, Ano 4, p. 77-134, 2009, p. 128.

<sup>152</sup> “Art. 14. A petição inicial indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido;

II - o pedido, com suas especificações;

III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória. Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato normativo questionado e dos documentos necessários para comprovar a procedência do pedido de declaração de constitucionalidade.”

O contexto da admissibilidade do recurso é fundamental para entender como se desenvolveu o julgamento do mérito. Apesar de admitir que tanto as decisões da Justiça Federal (que tratavam de aspectos tributários) quanto as decisões da Justiça do Trabalho (que tratavam de aspectos trabalhistas) serviam para cumprir o requisito de admissibilidade, as decisões da Justiça do Trabalho eram mais numerosas. Todo o julgamento pautou-se por aspectos trabalhistas, contrapondo-se a livre iniciativa com os valores sociais do trabalho.

Analisando essa dicotomia, a Ministra Carmen Lúcia conclui que o artigo 129 da Lei nº 11.196/05 não teria vício de inconstitucionalidade. Isso não significaria que “eventual conduta de maquiagem do contrato” não poderia ser objeto de controle jurisdicional, e sim que a regra jurídica do modelo de estabelecimento de vínculo jurídico (prestador e tomador de serviços) deveria pautar-se pela mínima interferência na liberdade econômica e revestir-se de grau de certeza para assegurar o equilíbrio nas relações econômicas e empresariais.

Os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber votaram pela inconstitucionalidade do artigo 129 da Lei nº 11.196/05 e ficaram vencidos. Os argumentos focaram na Justiça do Trabalho como protetiva do trabalhador.

Diante do exposto acima, pode-se concluir que embora o julgamento do STF na ADC 66 também abarcasse o tema da elisão tributária (por, os critérios utilizados pelos Ministros julgadores estão relacionados à Justiça do Trabalho. A aproximação que pode ser feita com o tema da elisão tributária é que prestigiou-se a livre iniciativa e a liberdade de contratar, embora tal liberdade esteja sujeita ao controle da regularidade no plano fático.

A ADI nº 66 foi ajuizada em abril de 2001 pela Confederação Nacional do Comércio (CNC) com o pedido de que fosse declarada a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei Complementar nº 104/2001 na parte que acrescenta o um parágrafo único ao artigo 116 da Lei nº 5.172/66.

Apesar de ter sido protocolada meses após a referida inovação legislativa, seu julgamento só ocorreu em sessão virtual de 01 de abril de 2022 até 08 de abril de 2002, em acórdão que restou assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR Nº 104/2001. INCLUSÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO AO ART. 116 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NORMA GERAL ANTIELISIVA. ALEGAÇÕES DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA LEGALIDADE ESTRITA EM DIREITO TRIBUTÁRIO E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NÃO CONFIGURADAS. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE”.



Note-se que ao julgar a ADI improcedente, o STF declara a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 116 do CTN. Salta aos olhos quão sucinta é a ementa do caso, simplesmente asseverando que não teria ocorrido violação aos princípios da legalidade e da separação dos poderes. Os votos proferidos pela relatora Ministra Carmen Lúcia (voto vencedor), Ministro Ricardo Lewandowski (voto vencido – acompanhado pelo Ministro Alexandre de Moraes) e Ministro Dias Toffoli (acompanhou o voto vencedor, mas apresentou declaração de voto) também são sucintos, mas a análise de suas premissas permitem importantes conclusões.

A Ministra relatora Carmen Lúcia sintetiza os argumentos da autora da ADI 2.446 nos seguintes tópicos: (i) permitiria à autoridade fiscal tributar “fato gerador não ocorrido e previsto em lei”, (ii) introduziria a “interpretação econômica” no Direito Tributário brasileiro “ensejando tributação por analogia” e (iii) autorizaria o agente fiscal “a desarvorar-se em legislador preenchendo as lacunas legais com a interpretação analógica”.

Já no início do seu voto, a Ministra afirma que “a plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer procedimentos a serem seguidos”. Ou seja, já afasta o entendimento de que o artigo 116 parágrafo único do CTN é autoaplicável. Ato contínuo, agrupa seus argumentos em dois tópicos: ofensa ao princípio da legalidade e ofensa ao princípio da separação de poderes.

Quanto a ofensa ao princípio da legalidade, argumenta que não haveria tal violação, especialmente porque os artigos 97, III<sup>153</sup> e 114 do CTN<sup>154</sup> preveem que o fato gerador abstrato precisa estar descrito em lei, situação que não estaria sendo alterada pelo artigo 116 parágrafo único do CTN. Assim, afirma que tal norma em verdade visaria conferir máxima efetividade ao princípio da legalidade tributária e também ao que foi denominado de “princípio da lealdade tributária”. Confira-se, pelo poder de síntese, o seguinte trecho<sup>155</sup>:

“O parágrafo único do art. 116 do Código não autoriza, ao contrário do que argumenta a autora, *“a tributação com base na intenção do que poderia estar sendo supostamente encoberto por um forma jurídica, totalmente legal, mas que estraria ensejando pagamento de imposto menor, tributando mesmo que não haja lei para caracterizar tal fato gerador* (fl. 3, e-doc. 2).

<sup>153</sup> “Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

(...)

III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo.”

<sup>154</sup> “Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência”.

<sup>155</sup> Páginas 07 a 08 do voto.

Autoridade fiscal estará autorizada apenas a aplicar base de cálculo e alíquota a uma hipótese de incidência estabelecida em lei e que tenha se realizado.

Tem-se, pois, que a norma impugnada visa conferir máxima efetividade não apenas ao princípio da legalidade tributária mas também ao princípio da lealdade tributária.

Não se comprova também, como pretende a autora, retirar incentivo ou estabelecer proibição ao planejamento tributário das pessoas físicas ou jurídicas. A norma não proíbe o contribuinte de buscar, pelas vias legítimas e comportamentos coerentes com a ordem jurídica, economia fiscal, realizando suas atividades de forma menos onerosa, e, assim, deixando de pagar tributos quando não configurado fato gerador cuja ocorrência tenha sido lícitamente evitada.” (grifos no original)

Note-se que a Ministra Carmen Lúcia reafirmou o direito ao planejamento tributário e à economia de tributos, desde que ocorresse por “vias legítimas” e “comportamentos coerentes com a ordem jurídica”. O planejamento tributário para ser válido estaria, portanto, no campo da licitude, embora não tenha desenvolvido ou esclarecido o conteúdo semântico dos vocábulos “pelas vias legítimas” e “comportamentos coerentes com a ordem jurídica”. Assim, confirma o direito à elisão tributária, praticada por meios lícitos.

Ao tratar da suposta ofensa ao princípio da separação dos poderes, a Ministra Carmen Lúcia analisa os argumentos constantes na inicial de que ocorreria a usurpação do poder legislativo para instituir a tributação por analogia e que se instituiria a interpretação econômica. Novamente, assevera que os dispositivos do CTN que vedam a tributação por analogia (artigo 108 do CTN) e tratam interpretação em Direito Tributário (artigo 110 do CTN) não estavam sendo alterados pelo artigo 116, parágrafo único do CTN, inexistindo violação ao princípio da separação dos poderes. Confira-se:

“O art. 108 do Código Tributário Nacional não foi alterado pela Lei Complementar n. 104/2001, não estando autorizado o agente fiscal a valer-se da analogia para definir fato gerador e, tornando-se legislador, aplicar tributo sem previsão legal.

Não há na norma questionada a autorizar tal interpretação, inteiramente criada pelo intérprete e sem qualquer respaldo normativo ou fático.

8. A norma do parágrafo único do art. 116 não dispõe, ao contrário do pretendido pela autora, de espaço autorizado de interpretação econômica. Ali não se trata da interpretação da lei, o que se dá no Capítulo IV do Código Tributário Nacional intitulado “Interpretação e Integração da Legislação Tributária.

Tem-se no artigo 110: (...)

Esse dispositivo não foi alterado pela Lei Complementar n.104/2001”.

Há no entanto, a inclusão de um parágrafo final adicional, diferenciando a elisão tributária e evasão fiscal tendo por critério a licitude e asseverando que a nomenclatura dada

pela doutrina de “norma antielisão” deveria ser vista como inadequada. Confira-se:

“9. De se anotar que a elisão fiscal difere da evasão fiscal. Enquanto na primeira há diminuição lícita dos valores tributários devidos pois o contribuinte evita relação jurídica que faria nascer obrigação tributária, na segunda, o contribuinte atua de forma a ocultar fato gerador materializado para omitir-se ao pagamento da obrigação tributária devida.

A despeito dos alegados motivos que resultaram na inclusão do parágrafo único ao art. 116 do CTN, a denominação “norma antielisão” é de ser tida como inapropriada, cuidado o dispositivo de questão de norma de combate à evasão fiscal”.

O Ministro Ricardo Lewandowski também reconhece o direito do contribuinte buscar o caminho menos oneroso de tributos, mas permite que a autoridade desconstitua atos e negócios jurídicos nos quais forem utilizados “*atos juridicamente ilegítimos para burlar a ordem tributária*”. Assim, entende que o artigo 116 parágrafo único do CTN ofende o princípio constitucional da legalidade tributária, visto não criar para o agente fiscal o poder de tributar fato gerador inexistente.

A divergência com o voto da Ministra Carmen Lúcia só surge quando o Ministro Ricardo Lewandowski faz a seguinte indagação: “deve ser questionado se, quando editada a lei ordinária a que faz referência o dispositivo aqui questionado, poderá a autoridade administrativa, *sponte propria*, desconsiderar atos ou negócios jurídicos simulados”.

Para o Ministro Ricardo Lewandowski a resposta seria negativa. Como a declaração de nulidade de ato ou negócio jurídico alegadamente simulado representaria uma violação ao direito fundamental à propriedade, deveria ser reservado ao Judiciário a competência de limitar ou obstar a sua fruição, especialmente em caráter definitivo. Assim, o Ministro Ricardo Lewandowski julga procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 116 do CTN.

O Ministro Dias Toffoli acompanhou a Ministra Carmen Lúcia e apresentou declaração de voto. O ponto mais relevante é ter rebatido os argumentos de reserva de jurisdição levantados pelo Ministro Ricardo Lewandowski, especialmente com a observação de que a requalificação para fins fiscais a ser feita com base no artigo 116 parágrafo único do CTN (após sua regulamentação) ainda poderia ser controlada pelo Judiciário.

Da análise do acórdão e comparativo dos votos, pode-se afirmar que uma característica marcante do julgado foi a abordagem adotada pela Ministra Carmen Lúcia de analisar argumentos constantes na petição inicial da ação declaratória de inconstitucionalidade, que tinha sido elaborada em 2001. Isso fez com que todo o

desenvolvimento doutrinário ocorrido nas últimas décadas sobre o tema não fosse objeto de análise mais aprofundada pelo STF.

Isso resultou em votos sucintos que, de certa forma, simplesmente confirmam o que já tinha sido resolvido pelo esforço doutrinário: (i) o artigo 116 parágrafo único do CTN não é autoaplicável e (ii) que a elisão tributária (ou planejamento tributário válido, na nomenclatura adotada pelo STF) é um direito do contribuinte, que pressupõe a prática de atos lícitos.

Uma crítica que vem sendo feita ao voto da Ministra Carmen Lúcia é que este conteria uma contradição interna, criada em seu último parágrafo que diferencia elisão fiscal e evasão fiscal e assevera que o artigo 116 parágrafo único do CTN seria uma norma de combate à evasão fiscal – e não uma norma antielisão. A questão é levantada por Sérgio André Rocha nos seguintes termos:

“Este trecho do voto, contudo, gera uma contradição difícil de ser superada.

De fato, fica claro que para a Ministra o parágrafo único do artigo 116 veicula regra de competência para a desconsideração de certos atos ilegais (atos dissimulados). Praticados pelo contribuinte. Por outro lado, logo no início de seu voto, a Ministra Carmen Lúcia estabeleceu no sentido de que este dispositivo tem eficácia dependente de regulamentação por lei ordinária. Em suas palavras, ‘a pena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer procedimentos a serem seguidos’.

Ora, se (i) o parágrafo único do artigo 116 do trata da desconsideração de atos ilegais praticados pelos contribuintes; e (ii) este dispositivo depende de regulamentação, uma das conclusões possíveis é no sentido de que hoje haveria restrições até mesmo ao controle de atos ilícitos pelas autoridades fiscais”.

Não há a apontada contradição interna no voto da Ministra Cármen Lúcia. Não é possível extrair, do referido voto, a conclusão de que haveria restrições ao controle de atos ilícitos pelas autoridades fiscais. A ADI 2.466 teve por objeto único a declaração de constitucionalidade do artigo 116 parágrafo único do CTN, motivo pelo qual deve-se adotar o pressuposto de que as manifestações dos Ministros do STF se referem somente ao dispositivo que estava em julgamento.

Quando a Ministra Cármen Lúcia assevera que o referido dispositivo depende de regulamentação para ser aplicável e que se destina ao controle de atos ilícitos (uma “norma de combate à evasão fiscal” na nomenclatura adotada pela Ministra), não há nenhuma afirmação no sentido de que não exista no ordenamento jurídico outra norma de combate à evasão fiscal que seria autoaplicável. A Ministra Cármen Lúcia nada fala do artigo 149, VII

do CTN, simplesmente porque ele não era objeto do julgamento, nem mesmo há menção a tal dispositivo na petição inicial.

Assim, chegamos ao ponto central da questão: como interpretar o voto da Ministra Cármen Lúcia na ADI 2.446? Do que já foi exposto, é possível concluir que (i) não se trata de uma norma geral antielisão, (ii) se trata de uma norma de combate à evasão fiscal, que se volta a determinados atos ilícitos, mas que ainda não pode ser aplicada enquanto pendente de regulamentação e, o mais importante, (iii) pode coexistir com outra norma de combate à evasão fiscal que já exista no ordenamento jurídico.

A interpretação mais compatível com as premissas acima mencionadas é que o voto da Ministra Cármen Lúcia – e conseqüentemente o STF – teria confirmado o entendimento doutrinário de que o artigo 116 parágrafo único do CTN trata dos ilícitos de dissimulação (simulação relativa) o que, conseqüentemente, significa que o significado de “simulação” do artigo 149, VII do CTN não abrange a “dissimulação” (simulação relativa).

Esse era o entendimento que já vinha sendo defendido, por exemplo, por Paulo Ayres Barreto, e que também foi adotada por Luis Flávio Neto em conferência específica sobre o julgamento da ADI 2.446<sup>156</sup>. Por premissas diferentes, o próprio Sérgio André Rocha - que apontou uma suposta contradição interna no voto da Ministra Carmen Lúcia, conforme mencionado acima - também conclui que essa é a interpretação mais correta da posição do STF tomada na ADI 2.446<sup>157</sup>.

Analisando o julgamento da ADI 2.446, Marciano Seabra de Godói apresenta outra possível interpretação sobre o resultado do julgamento: a introdução do parágrafo único no art. 116 do CTN teria revogado as normas anteriores que conferem prerrogativas de combate pelas autoridades administrativas à evasão fiscal, inclusive as que se referem à simulação. Segundo o próprio autor, essa seria uma “conclusão desconcertante e perigosa” e “muito provavelmente não querida nem percebida pelos Ministros que participaram do julgamento”<sup>158</sup>.

Ora, justamente por configurar uma interpretação “desconcertante”, deve ceder em benefício de uma interpretação que seja compatível com a noção de sistema, que pressupõe

---

<sup>156</sup> NETO, Luis Flávio. Webinar: ADI 2446. Parágrafo único do CTN. Observatório da Jurisprudencia. ABRADT. Realizado em 24.07.2020.

<sup>157</sup> ROCHA, Sérgio André. *Planejamento tributário e liberdade não simulada: doutrina e situação pós ADI 2.446*. 2. Ed. Belo Horizonte, MG: Letramento; Casa do Direito, 2022, p. 161.

<sup>158</sup> SEABRA DE GODOI, Mauricio. Exercício de Compreensão Crítica do Acórdão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.446 (2022) e de suas Consequências Práticas sobre o Planejamento Tributário no Direito Brasileiro. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 52, p. 465–485, 2022, p. 482.

que os dispositivos do mesmo patamar hierárquico atuam de forma coordenada e harmônica entre si. O ângulo de observação de Marciano Seabra de Godói acaba confirmando que a interpretação correta da ADI 2.446 é a que já mencionamos, que o artigo 149, VII do CTN trata de simulação absoluta e o artigo 116, parágrafo único do CTN trata de simulação relativa.

## **2.4 Influência de figuras estrangeiras: “abuso de formas”, “abuso de direito”, “business purpose test” e “substance over form”**

### **2.4.1 O plano para aproximação do objeto**

Neste tópico aborda-se figuras estrangeiras não representam limites normativos à elisão tributária no Direito Brasileiro por não estarem positivados, mas que em alguns casos são utilizados em decisões do CARF e em alguns trabalhos sobre as matérias. Os modelos estrangeiros selecionados para estudo são: França (“*l’abus de droit fiscal*”), Alemanha (“*abuso de formas*”) e Estados Unidos (“*business purpose test*” e “*substance over form*”).

Adota-se a seguinte forma de aproximação do objeto: (i) avaliação de sua origem (legislativa ou construção jurisprudencial, (ii) comparação com institutos presentes no Direito Brasileiro que possuem vocábulos similares, apresentando aproximações e distanciamentos e (iii) a análise dogmática para verificar se tais dispositivos são aplicáveis no Direito brasileiro como limites à elisão tributária.

O ponto em comum das doutrina europeias continentais (modelos espanhol, francês e alemão) é que, nas respectivas jurisdições, estão embasadas em uma norma jurídica completa, com antecedente e consequente. Assim, como não há no Direito brasileiro uma norma jurídica completa (com antecedente e consequente) nos mesmos moldes, já seria suficientemente clara sua não aplicação. No entanto, a tradução para a língua portuguesa dos institutos estrangeiros resulta em vocábulos que existem no Direito brasileiro, mas se referem a outros institutos com significado completamente diverso.

### **2.4.2 O “abuso de direito”**

Costuma-se apontar que a teoria do “abuso de direito” como limite ao planejamento tributário teria origem no Direito Francês. O tema foi positivado em 1941 com a introdução do artigo L64 ao *Livre de Procédure Fiscale* – LPF que permitia à autoridade fiscal francesa desconsiderar condutas implementadas para dissimular a obtenção de renda e lucro e requalificar as transações de acordo com as características consideradas genuínas<sup>159</sup>.

A redação de referido dispositivo foi alterada ao longo das décadas, refletindo a construção doutrinária e jurisprudencial sobre o tema. A redação que estava em vigor à época da edição do artigo 116 parágrafo único do CTN permitia a requalificação de atos nos casos que dissimulassem o verdadeiro conteúdo de um instrumento contratual (“*dissimulent la portée véritable d’un contract ou d’une convention à l’aide de clauses*”).

Analisando a influência da doutrina francesa na interpretação do artigo 116 parágrafo único do CTN na época de sua introdução, Heleno Torres observou que na França a noção de “abuso de direito” não seria usada com muita precisão, qualificando como semelhantes os conceitos de abuso de direito, simulação e fraude a lei<sup>160</sup>.

A redação atual do L64 do *Livre de Procédure Fiscale*, vigente desde 2019, é mais ampla e qualifica como abuso de direito os atos que sejam fictícios ou busquem redução da carga tributária com a aplicação literal de dispositivos das normas jurídicas (leis e atos normativos) em sentido diverso do pretendido por seus autores ou que não teriam sido praticados normalmente pelo contribuinte<sup>161</sup>

Note-se que o “abuso de direito” no Direito Francês é um “rótulo” para uma norma jurídica completa, com antecedente e consequente. Assim, como não há no Direito brasileiro

---

<sup>159</sup> NETO, Luis Flavio. Teorias do “abuso” no planejamento tributário. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, p. 101-105.

<sup>160</sup> TORRES, Heleno Taveira. Limites do planejamento tributário e a norma brasileira anti-simulação (LC 104/2001). In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord). Grandes questões atuais do Direito Tributário. São Paulo : Dialética, 2001, vol 5, p. 124.

<sup>161</sup> “Article L64: Ne peuvent être opposés à l’administration des impôts les actes qui dissimulent la portée véritable d’un Afin d’en restituer le véritable caractère, l’administration est en droit d’écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d’un abus de droit, soit que ces actes ont un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d’une application littérale des textes ou de décisions à l’encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n’ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d’élu-der ou d’atténuer les charges fiscales que l’intéressé, si ces actes n’avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles.

En cas de désaccord sur les rectifications notifiées sur le fondement du présent article, le litige est soumis, à la demande du contribuable, à l’avis du comité de l’abus de droit fiscal. L’administration peut également soumettre le litige à l’avis du comité.

Les avis rendus font l’objet d’un rapport annuel qui est rendu public.”

Disponível em [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000037993642/2019-01-01/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000037993642/2019-01-01/), acesso em 05 de dezembro de 2021.

uma norma jurídica completa (com antecedente e consequente) nos mesmos moldes, já seria suficientemente clara sua não aplicação.

No entanto, a tradução para a língua portuguesa de “*l’abus de droit fiscal*” é “abuso de direito”. Ocorre que há um instituto de Direito Privado denominado abuso de direito que ocorre quando o titular de um direito o exerce excedendo manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, tornando-se um ato ilícito (civil). Apesar do conteúdo semântico ser totalmente diferente do instituto francês do “*l’abus de droit fiscal*”, alguns doutrinadores, sem razão, a aplicação de tal instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

### 2.4.3 O “abuso de formas”

A figura do “abuso de formas” costuma se referir ao modelo germânico de controle dos planejamentos tributários abusivos. O tema foi positivado em 1919 com a publicação do Código Tributário Alemão e previa a consideração econômica das leis tributárias e dos atos e negócios jurídicos praticados pelos contribuintes com a desconsideração das formas de Direito Privado adotados.

Analisando o contexto jurídico germânico vigente no momento em que tal dispositivo foi editado, Luis Eduardo Schoueri observa que o “abuso de formas” como limite ao planejamento tributário já nasceu com um escopo de atuação bastante restrito, de natureza residual<sup>162</sup>.

Primeiro, a consideração econômica levaria o intérprete a questionar se a hipótese tributária contemplava um negócio jurídico ou uma situação fática, sendo que nesta última hipótese seria irrelevante a forma jurídica adotada pelo contribuinte visto que seria aplicável a tributação prevista para aquele fato<sup>163</sup>.

Segundo, concluindo-se que a hipótese tributária contemplaria um negócio jurídico (e não uma situação fática), seria cabível aplicar o instituto da simulação a fim de se contestar se efetivamente houve o negócio jurídico alegado. Por fim, constatando-se a ausência de simulação, surgiria a possibilidade de aplicação do abuso de formas jurídicas caso fosse confirmada a vinculação da hipótese tributária ao negócio jurídico<sup>164</sup>.

---

<sup>162</sup> Ibidem, p. 378.

<sup>163</sup> Ibidem.

<sup>164</sup> Ibidem.



Referido dispositivo foi sucessivamente alterado desde então. É digna de nota a alteração promovida em 1977 que suprimiu a “consideração econômica”, embora esse método continuaria a ser aplicado pela administração tributária e tribunais mesmo depois de referida alteração porque se entende, naquela jurisdição, que se trata de regra geral de hermenêutica jurídica.

Ademais, passou a prever que uma vez identificado o “abuso de formas” (que não foi conceituado pelo legislador) deveria o aplicador da norma tributária considerar os efeitos econômicos decorrentes dos atos praticados pelo contribuinte, com a aplicação conjugada da norma da consideração econômica.

Nova alteração foi efetuada em 2008 e o “abuso de formas” passou a ser tratado no §42 do Código Tributário Alemão. De acordo com o novo texto, ocorrerá “abuso de formas” quando adotada estrutura jurídica inadequada que, em comparação com uma opção apropriada, leve a vantagens fiscais não intencionais por lei para o contribuinte ou um terceiro. Assim, não ocorrerá abuso de formas quando o contribuinte apresentar provas de motivos não fiscais relevantes para a opção pela estrutura adotada.

Analisando os efeitos de referida alteração legislativa, Luis Eduardo Schoueri assevera que a figura do abuso de formas continua tendo aplicação residual no Direito Alemão, à semelhança do que já foi comentado sobre sua introdução em 1919. Somente será aplicável nos casos em que a hipótese de incidência tributária contempla um negócio jurídico e nas hipóteses em que não caiba aplicação do instituto da simulação<sup>165</sup>.

Assim, concluindo-se que a hipótese tributária contemplaria um negócio jurídico (e não uma situação fática), seria cabível aplicar o instituto da simulação a fim de se contestar se efetivamente houve um negócio jurídico alegado. uma situação jurídica. Por fim, constatando-se a ausência de simulação, surgiria a possibilidade de aplicação do abuso de formas jurídicas caso fosse confirmada a vinculação da hipótese tributária ao negócio jurídico<sup>166</sup>.

Por fim, assevera que não é adequado efetuar a aproximação com a figura do abuso de formas do Direito Alemão, cujo entendimento doutrinário predominante é que consubstancia no uso da analogia em matéria tributária para alcançar situações que não foram previstas pelo texto da lei por falha do legislador. No Brasil, há norma expressa no

---

<sup>165</sup> SCHOUERI, Luis Eduardo. Planejamento tributário e garantias dos contribuintes: entre a norma geral antielisão portuguesa e seus paralelos brasileiros. In: Daniel Freire e Almeida; Fabio Luiz Gomes; João Ricardo Catarino. (Org.). *Garantias dos contribuintes no sistema tributário*. 1ed. São Paulo, 2012, p. 378.

<sup>166</sup> *Ibidem*.

artigo 108§1º do CTN vedando a aplicação da analogia para exigir tributos<sup>167</sup>.

Humberto Ávila<sup>168</sup> também rejeita a aplicação do “abuso de formas” na acepção germânica como limite ao planejamento tributário porque o direito de liberdade (que engloba o princípio da liberdade de exercício da atividade econômica e o princípio da liberdade de iniciativa) configuram direitos fundamentais que não podem ser restringidos excessivamente a ponto de serem atingidos em seu núcleo fundamental.

Quando houver uma prática abusiva em que o contribuinte destrua elemento essencial negócio jurídico, não se tratará de “abuso de formas”. Por exemplo, o contribuinte que pretende efetuar uma doação de um automóvel de grande valor, mas, para evitar o pagamento do ITCMD, celebra contrato de compra e venda por valor irrisório, “desnatura” o elemento “preço”, essencial ao contrato de compra e venda. A hipótese será de simulação de dissimulação (passível de requalificação), e não “abuso de formas”<sup>169</sup>.

Por todo o exposto, fica claro que o “abuso de formas” é um rótulo que prevê uma norma jurídica completa de limite à elisão tributária, não sendo cabível sua aplicação no ordenamento brasileiro.

#### **2.4.4 O “business purpose test” e a “substance over form”**

No âmbito do direito norte-americano, um caso paradigmático julgado em 1935 denominado como *Gregory vs Helvering* é apontado como o embrião da doutrina do “substance over form” (teoria da substância econômica) e do “business purpose” (teoria do propósito negocial), ao menos em suas concepções originais. Tendo em vista a influência de tais doutrinas em diversos sistemas jurídicos, importante traçarmos alguns comentários sobre seu contexto histórico e evolução doutrinária antes de avaliar sua aplicabilidade ao Direito Brasileiro.

No caso julgado, a Sra. Evelyn Gregory detinha a integralidade do capital da sociedade United Mortgage Company (“United”) que, por sua vez, detinha 1.000 ações da sociedade Monitor Securities Coporation (“Monitor”). A Sra. Gregory pretendia receber os recursos derivados da alienação das ações de Monitor à terceiros, o que poderia ocorrer, pela

---

<sup>167</sup> Ibidem.

<sup>168</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. Eficácia do Novo Código Civil na Legislação Tributária. In: Betina Gruppenmacher. (Org.). Direito Tributário e o Novo Código Civil. 1ed.São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 75-77.

<sup>169</sup> Ibidem.

alienação das ações pela United, que tributaria o ganho de capital, e em seguida distribuiria dividendos para a Sra. Gregory, que ofereceria à tributação do imposto de renda os dividendos recebidos.

Em vez da venda direta das ações seguida da distribuição de dividendos como acima mencionado, efetuou-se reorganização societária pré-venda para se enquadrar na regra da Section 112(g) do Revenue Act de 1928<sup>170</sup> que dispunha que não seriam eventos tributáveis a distribuição de ações para os acionistas em eventos de reorganização societária.

Mais especificamente, constituiu-se a sociedade Averill Corporation (“Averill”) e a United transferiu as ações de Monitor para Averill que, em contrapartida, emitiu novas ações que foram subscritas pela Sra. Gregory. Alguns dias depois, Averill foi dissolvida com a entrega do investimento em Monitor para a Sra. Gregory, que efetuou a alienação das ações, oferecendo à tributação o ganho de capital incidente na venda.

Ao examinar a operação, a autoridade fiscal observou que o valor oferecido à tributação como ganho de capital incidente na alienação das ações de Monitor era significativamente inferior à carga tributária total que seria incorrida na alternativa de venda direta seguida de distribuição de dividendos. Assim, desconsiderou os efeitos fiscais da reorganização e exigiu os tributos que seriam aplicáveis caso tivesse ocorrido a venda direta das ações na forma acima mencionada.

Inconformada, a Sra. Gregory questionou judicialmente a autuação. No primeiro grau de jurisdição (“*Board of Tax Appeals*”) obteve decisão favorável que, dentre outros pontos, citou precedentes no sentido de que não é relevante que a pessoa jurídica tenha existido apenas por alguns dias ou que o único propósito de sua criação tenha sido a economia fiscal. Ademais, apontou que o disposto da “Section 112(g) do Revenue Act de 1928” foi redigido meticulosamente, devendo ser interpretado de formal literal sob pena de se negar a efetividade do comando normativo<sup>171</sup>.

Tal decisão foi revista pela Corte da Apelação<sup>172</sup> com voto condutor do juiz Learned Hand, que reconheceu que o contribuinte tem o direito de se auto organizar de modo a reduzir a carga tributária, pois não é obrigado a escolher a alternativa que gera a maior arrecadação de tributos. Porém, isso não significaria que a situação fática se amoldava à norma prevista

---

<sup>170</sup> No original: “*If there is distributed, in pursuance of a plan of reorganization, to a shareholder (...) stock or securities in such corporation (...) no gain to the distribute from the receipt of such stock of securities shall be recognized*”.

<sup>171</sup> *Gregory v. Commissioner*, 27 B.T.A. 223 (1932)

<sup>172</sup> *Gregory vs Helvering*, 69 F.2d 809, 801 (2d Cir. 1934).

pelo legislador, pois a regra jurídica em debate não poderia ser interpretada apenas literalmente, devendo ser interpretada considerando seu espírito e finalidade.

A finalidade da “Section 112(g) do Revenue Act de 1928” seria permitir que os acionistas de sociedades comerciais, industriais, financeiras ou de qualquer atividade econômica pudessem efetuar eventos de reorganização societária para melhor explorar o empreendimento empresarial, sem que isso gerasse o gatilho de tributação. No entanto, a prática de atos societários para evitar a ocorrência de ganho de capital na alienação a terceiros não se enquadraria neste conceito de reorganização empresarial, estando fora da regra da “Section 112(g) do Revenue Act de 1928”.

Por fim, tal decisão foi submetida à Suprema Corte norte-americana, que confirmou a decisão proferida pelo juiz Learned Hand. Como a “Section 112(g) do Revenue Act de 1928” prevê um tratamento diferenciado para a distribuição de ações em conformidade com um plano de reorganização, isso abriria espaço para a investigação do propósito negocial subjacente ao plano de reorganização societária, que inexistia no caso analisado pois se trataria de uma simples transferência de ações prévia ao evento de alienação.

Do julgado *Gregory vs Helvering* surgem duas teorias que, embora relacionadas, não se confundem. De acordo com a teoria da substância sobre a forma, não apenas as operações consideradas simuladas (“sham transactions”), mas também as operações desprovidas de um fim negocial válido passaram a ser estar sujeitas à desconsideração para fins fiscais<sup>173</sup>. Já a teoria do propósito negocial, ficaria restrita aos casos em que a regra tributária aplicável abre espaço para sua investigação, tal como foi entendido no caso da “Section 112(g) do Revenue Act de 1928”<sup>174</sup>.

O fato é que o exame do propósito negocial foi ambigualmente estendido pela jurisprudência norte-americana para casos concretos que não envolviam a aplicação de regras tributárias que permitiam, ainda que implicitamente, a investigação de razões não-tributárias para a realização de determinado ato ou negócio jurídico, culminando na sua completada deturpação e desvirtuamento ao longo do tempo<sup>175</sup>.

Dessa forma, justamente por ter perdido o seu referencial teórico, é que a teoria do

---

<sup>173</sup> TORRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário e Direito Privado – autonomia privada, simulação e elusão tributária*. São Paulo: RT, 2003, p. 249.

<sup>174</sup> SANTOS, Ramon Tomazela. O desvirtuamento da teoria do propósito negocial: da origem no caso *Gregory vs. Helvering* até a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. In: Marciano Seabra de Godoi; Sergio Andre Rocha. (Org.). *Planejamento Tributário - Limites e Desafios Concretos*. 1 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 358.

<sup>175</sup> *Ibidem*.

propósito negocial foi paulatinamente perdendo espaço para a teoria da substância econômica e diversas decisões de tribunais norte-americanos aplicaram uma verdadeira combinação entre as duas teorias<sup>176</sup>.

Com conclusões similares, Charles William McNaughton cita estudo elaborado nos EUA que examinou todas as 1.000 decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos proferidas no período de 1909 a 2011 envolvendo a temática do planejamento tributário abusivo. Identificou-se que as decisões eram tão ambíguas quando a autoridade fiscal alegava a ausência de propósito negocial para desconsiderar um tributário, que tal argumento foi tido como estatisticamente irrelevante para fins de determinação de êxito do fisco e até mesmo prejudicial, em certos casos<sup>177178</sup>.

Da análise dos julgados que trataram da combinação das teorias do propósito negocial e da substância econômica na jurisprudência norte-americana, Ramon Tomazela registra que existiriam dois pressupostos para a validade de negócios jurídicos que resultem em economia tributária: o teste objetivo da substância econômica e o teste subjetivo do propósito negocial<sup>179</sup>.

O teste objetivo da substância econômica examina o resultado financeiro e econômico do negócio jurídico para verificar o seu impacto geral na posição patrimonial do contribuinte, em paralelo à redução dos tributos. Já o teste subjetivo do propósito negocial investiga os motivos que impulsionaram o contribuinte na celebração do negócio jurídico, que depende da existência de razões negociais para validar a operação de planejamento tributário, como a conquista de novos mercados e a divulgação de marca comercial<sup>180</sup>.

Tanto Charles William McNaughton quanto Ramon Tomazela<sup>181</sup> concluem suas análises apontando que a jurisprudência norte-americana teria se desenvolvido de forma heterogênea, com decisões exigindo o cumprimento de ambos os testes e outras de apenas

---

<sup>176</sup> Ibidem.

<sup>177</sup> MCNAUGHTON, Charles William. *Elisão e norma antielisiva: completabilidade e sistema tributário*. São Paulo: Noeses, 2013, p. 407.

<sup>178</sup> Bloanck, Joshua D. Staudit, Nancy, Corporate Shams. Disponível em: [http://papers.ssm.com/papers.cfm?abstract\\_id\\_2035057](http://papers.ssm.com/papers.cfm?abstract_id_2035057). Acesso em 11 de dezembro de 2021.

<sup>179</sup> MCNAUGHTON, Charles William. *Elisão e norma antielisiva: completabilidade e sistema tributário*. São Paulo: Noeses, 2013, p. 407-408; SANTOS, Ramon Tomazela. O desvirtuamento da teoria do propósito negocial: da origem no caso Gregory vs. Helvering até a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. In: Marciano Seabra de Godoi; Sergio Andre Rocha. (Org.). *Planejamento Tributário - Limites e Desafios Concretos*. 1 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, Op. Cit., p. 359..

<sup>180</sup> SANTOS, Ramon Tomazela. O desvirtuamento da teoria do propósito negocial: da origem no caso Gregory vs. Helvering até a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. In: Marciano Seabra de Godoi; Sergio Andre Rocha. (Org.). *Planejamento Tributário - Limites e Desafios Concretos*. 1 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 359-360.

<sup>181</sup> Ibidem.

um dos testes. A principal inovação no tema seria introdução pelo *Health Care and Education and Reconciliation Act* de 2010 da Seção 7701 (o) do *Internal Revenue Code*, estabelecendo critérios objetivos para a análise da substância econômica de atos ou negócios jurídicos que reduzam a carga tributária.

De acordo com o referido texto legal<sup>182</sup>, a comprovação da substância econômica da transação exige o cumprimento cumulativo de dois requisitos (i) que altere de forma significativa a posição patrimonial do contribuinte (exceto pelo efeito dos tributos) e (ii) que o contribuinte tenha um propósito substancial para efetuar aquela transação (além do efeito dos tributos). Ademais, de forma intencional, referido dispositivo não dispõe sobre quais situações devem ser objeto do exame da substância econômica, deixando que essa análise ocorra casuisticamente e os critérios sejam construídos pela jurisprudência.

Em síntese, desvirtuamento da acepção original da teoria do propósito negocial com sua aplicação em situações em que as normas jurídicas sequer abriam espaço para investigação de razões extratributárias acabou gerando o seu enfraquecimento teórico ao longo do tempo, de modo que acabou superada pela análise da teoria da substância econômica, com critérios que posteriormente vieram a ser positivados pelo legislador no sistema norte-americano.

No Brasil, a teoria da substância econômica também não pode ser aplicada. É que tal argumento (ou teoria) sustenta a prevalência de critérios externos ao Direito (substância) em detrimento de critérios imediatamente baseados em fontes do Direito (forma), para fins de qualificação de fatos, atos e negócios jurídicos para a aplicação do Direito Tributário, não pode ser aplicado no ordenamento brasileiro. Como a elisão tributária pertence à ciência dogmática, não cabe a aplicação de tais critérios<sup>183</sup>.

---

<sup>182</sup> No original: “(o) *Clarification of economic substance doctrine*  
(1) *Application of doctrine*  
*In the case of any transaction to which the economic substance doctrine is relevant, such transaction shall be treated as having economic substance only if—*  
(A) *the transaction changes in a meaningful way (apart from Federal income tax effects) the taxpayer’s economic position, and*  
(B) *the taxpayer has a substantial purpose (apart from Federal income tax effects) for entering into such transaction.*” (Disponível em <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/7701>, acesso em 11.12.201)

<sup>183</sup> KOURY, Paulo Arthur Cavalcante. *Forma e substância no Direito Tributário*. São Paulo: IBDT, 2021, p. 24-30; 110-117.

## **CAPÍTULO III – O “PROPÓSITO NEGOCIAL” COMO UM RÓTULO PARA NEGAR A ELISÃO TRIBUTÁRIA**

### **3.1 O plano para o teste da hipótese**

Este capítulo compreende um estudo quantitativo das decisões do CARF. Tendo por ponto de partida o já mencionado estudo do grupo de estudos de Legislação Tributária Brasileira e Comparada da USP que analisou decisões do Conselho de Contribuintes sobre o tema “planejamento tributário e o propósito comercial” proferidas entre 2002 e 2008, investigaremos as decisões proferidas pela 1ª Seção da CSRF (que julga casos de IRPJ e CSLL) entre 2019 e maio de 2023 seguindo a mesma metodologia do “*normative systems*”.

O objetivo é identificar qual foi o critério determinante nas decisões proferidas nos últimos anos e se tal critério é compatível com o que foi decidido pelo STF na ADI 2.446. A hipótese a ser testada é que sob o “rótulo” chamado “propósito comercial” são utilizadas os mais diversos institutos, tais como a ausência de motivação extratributária, simulação pela perspectiva causalista e critérios de substância sobre a forma. Tais critérios não se sustentam em face do julgamento da ADI 2.446 que confirmou o direito à elisão tributária e que os limites, atualmente aplicáveis, seriam apenas os constantes no artigo 149, VII do CTN.

### **3.2 Pesquisa realizada pelo de grupo estudos de Legislação Tributária Brasileira e Comparada da USP: 76 decisões do Conselho de Contribuintes (2002-2008).**

Em 2010 foi publicado o resultado de estudo de pesquisa empírica efetuada pelo grupo de estudos de Legislação Tributária Brasileira e Comparada pertence ao Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, desenvolvido sob a coordenação do Professor Luis Eduardo Schoueri e do Professor Roberto Quiroga Mosquera, e sob a monitoria de Rodrigo de Freitas e Cassio Sztokfisz<sup>184</sup>.

O grupo de estudos identificou que a jurisprudência administrativa passou a rejeitar diversas estruturas criadas pelos contribuintes com o objetivo de obter economia tributária, apesar da falta de evolução legislativa quanto ao tema. Com tal inspiração, o grupo de

---

<sup>184</sup> SCHOUERI, Luis Eduardo (coord.); FREITAS, Rodrigo de (org.). Planejamento tributário e o “Propósito Comercial” – Mapeamento de Decisões do Conselho de Contribuintes de 2002 a 2008. São Paulo: Quartier Latin.

estudos buscou investigar qual teria sido a fundamentação utilizada nas decisões que teriam justificado a mudança de posicionamento<sup>185</sup>.

A abordagem inicial pretendia catalogar as decisões seguindo a aproximação conceitual dos institutos do abuso do direito, fraude à lei, negócio indireto, simulação e causa do negócio jurídico. No entanto, esse caminho não foi seguido, porque verificou-se que as decisões administrativas não adotavam tais institutos de maneira uniforme, mencionando o mesmo instituto em situações nada comparáveis e qualificando situações semelhantes em institutos diversos<sup>186</sup>.

Por outro lado, verificou-se que casos semelhantes quanto ao substrato fático possuíam desfecho comparável, independentemente dos institutos jurídicos mencionados. Assim, a análise empírica partiu para um método indutivo: tendo por ponto de partida os fatos concretos, buscou-se identificar as regras aplicadas pelo antigo Conselho de Contribuintes em temas de elisão tributária (planejamento tributário) proferidas entre 2002 a agosto de 2008<sup>187</sup>.

A delimitação do grupo de acórdãos a ser objeto do estudo envolveu a identificação de “palavras-chaves” normalmente utilizadas em acórdãos que versavam sobre o tema, sendo identificados 970 (novecentos e setenta) acórdãos. Tais acórdãos foram distribuídos entre os integrantes do grupo, que analisaram as ementas e afastaram aquelas que seguramente não tratavam de planejamento tributário. Por fim, foram incluídos outros acórdãos que, de conhecimento dos integrantes do grupo, abordavam casos de planejamento tributário. Ao final, 76 (setenta e seis) acórdãos foram selecionados para pesquisa<sup>188</sup>.

A ferramenta utilizada para análise dos 76 (setenta e seis) acórdãos selecionados para pesquisa foi uma variação da *Normative Systems*, que em sua versão original proposta por Carlos E. Alchourrón e Eugenio Bulygin, serviria como instrumento para a compreensão de sistemas normativos, investigando lacunas e contradições, tal como explicado no Capítulo 1.1.2<sup>189</sup>. O grupo de estudos fez algumas adaptações ao modelo original, o que evidencia que o modelo Carlos E. Alchourrón e Eugenio Bulygin também se mostra flexível para permitir a sistematizar racional de dezenas de decisões, facilitando a aproximação do objeto.

O Universo do Discurso compreendeu as 76 (setenta e seis) decisões proferidas pelo

---

<sup>185</sup> Ibidem, p.16

<sup>186</sup> Ibidem.

<sup>187</sup> Ibidem, p. 16-17.

<sup>188</sup> Ibidem, p. 517.

<sup>189</sup> Ibidem, p. 17.



Conselho de Contribuintes entre 2002 e 2008 sobre o tema da elisão tributária (a propriedade definidora). O Universo das Ações compreendeu uma ação: o planejamento ser considerado válido, resultando em duas possibilidades normativas: planejamento válido ou planejamento inválido (o Universo das Soluções Possíveis é igual ao âmbito fático do problema). O Universo de Propriedades considerou três propriedades (P1, P2 e P3) e sua combinação representa o Universo de Casos. Para a reconstrução do sistema normativo, as regras foram extraídas dos 76 (setenta e seis) acórdãos que compreendem o Universo do Discurso<sup>190</sup>.

As três propriedades (P1, P2 e P3) foram selecionadas com base nos elementos que, na visão dos pesquisadores após a leitura dos acórdãos, eram os elementos levados em consideração para a conclusão pela validade ou não da estrutura adotada. As propriedades P1, P2 e P3 foram traduzidas em perguntas, de modo que a resposta “sim” provavelmente corresponderia a um planejamento válido e a resposta “não” a um planejamento inválido<sup>191</sup>.

A propriedade P1 foi traduzida no seguinte questionamento: “a operação teve outros motivos que não os tributários?” Tal propriedade foi eleita para avaliar se a decisão levou em consideração os “motivos” que levaram os contribuintes a praticar a operação e se tal propriedade interfere na validade do planejamento tributário<sup>192</sup>.

A propriedade P2 foi traduzida no seguinte questionamento: “os fatos foram considerados existentes tais como descritos pelo contribuinte?” Tal propriedade foi selecionada porque verificou-se que o Conselho de Contribuintes pode julgar inválido o planejamento tributário se entender que os atos praticados não são verdadeiros ou foram praticados somente “no papel”, sem correspondência entre as declarações dos contribuintes e a realidade<sup>193</sup>.

A propriedade P3 foi traduzida no seguinte questionamento: “foram observadas as regras cogentes não tributárias?” Tal propriedade foi eleita para verificar se o descumprimento regras cogentes não-tributárias (tais como as normas do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários) influenciavam a decisão sobre a validade do planejamento tributário<sup>194</sup>.

Note-se que as propriedades dividem os casos em dois grupos: aqueles em que a propriedade está presente (+P1, +P2 ou +P3) e aqueles em que a propriedade está ausente (-

---

<sup>190</sup> Ibidem, p. 509-510.

<sup>191</sup> Ibidem, p. 516.

<sup>192</sup> Ibidem, p. 26.

<sup>193</sup> Ibidem.

<sup>194</sup> Ibidem.

P1, -P2 ou -P3)<sup>195</sup>. São, portanto, propriedades de natureza elemental (e não complexa) no modelo proposto por Carlos E. Alchourrón e Eugenio Bulygin, tendo em vista que admite apenas duas respostas (ou a propriedade está presente ou não está presente). Todas podem ser utilizadas na construção da matriz que sistematizará as regras jurídicas.

No capítulo 1.1.4 afirmamos, como crítica construtiva, que a possibilidade de definição das propriedades no modelo de *Normative Systems* (seja em sua versão original ou em variações do modelo) pode retirar o caráter de objetividade e impessoalidade que se espera de um trabalho científico, tendo em vista que a eleição das propriedades poderia ser arbitrária e contaminar o resultado da pesquisa. Assim, é digno de nota que o grupo de estudos da USP adotou diversas cautelas para conferir objetividade e racionalidade à eleição das propriedades.

Primeiro, a eleição das propriedades foi realizada por um grupo de estudos (sendo uma decisão colegiada de pesquisadores com sólida formação acadêmica). Segundo, o trabalho foi submetido à avaliação de um parecerista externo (Professor Eurico de Santi). Terceiro há certa correspondência entre as propriedades selecionadas e institutos tradicionalmente apontados como limites à elisão tributária: (i) P1 trata dos “motivos”, que podem ser parâmetro para aplicação de abuso do direito, abuso de formas e fraude à lei tributária e costumam estar relacionados à teoria do propósito negocial, (ii) P2 abordar a correspondência entre as declarações dos contribuintes e a realidade, mostrando-se compatível com a análise da simulação e (iii) P3 assemelha-se à análise da “fraude à lei”.

O resultado da análise das propriedades P1, P2 e P3 efetuado pelos pesquisadores está retratado na tabela abaixo:

Tabela 01  
Indicação das propriedades P1, P2 e P3 nas decisões do Conselho de Contribuintes sobre planejamento tributário proferidas entre 2001 e 2008  
(continua na próxima página)

Nº	Acórdão	Ano	P1	P2	P3	Resultado
1	101-93.616	2001	S	S	S	Válido
2	101-93.826	2002	N	N	S	Inválido
3	101-93.983	2002	-	S	S	Válido
4	101-94.986	2005	N	N	S	Inválido
5	101-95.059	2005	-	S	-	Válido
6	101-95.168	2005	N	N	-	Inválido
7	101-95.365	2006	S	S	S	Válido

<sup>195</sup> Ibidem, p. 507.

<b>Nº</b>	<b>Acórdão</b>	<b>Ano</b>	<b>P1</b>	<b>P2</b>	<b>P3</b>	<b>Resultado</b>
8	101-65.409	2006	N	N	-	Inválido
9	101-95.442	2005	N	N	-	Inválido
10	102-46.545	2004	-	N	-	Inválido
11	102-47.336	2006	-	S	S	Válido
12	102-47.521	2006	-	S	S	Válido
13	103-07.260	1986	N	N	N	Inválido
14	103-21.047	2002	-	N	-	Inválido
15	104-20.524	2006	-	N	-	Inválido
16	104-20.915	2005	-	N	S	Inválido
17	104-21.610	2006	N	N	-	Inválido
18	104-21.729	2006	S	S	S	Válido
19	104-20.749	2005	N	N	S	Inválido
20	101-95.018	2005	N	N	S	Inválido
21	104-21.954	2006	N	N	S	Inválido
22	105-15.822	2006	S	S	S	Válido
23	106-13.552	2003	N	N	-	Inválido
24	106-14.183	2004	-	N	S	Inválido
25	106-14.720	2005	-	N	-	Inválido
26	107-07.517	2004	-	S	S	Válido
27	107-07.596	2004	SIM	S	S	Válido
28	107-08.247	2005	N	N	-	Inválido
29	107-08.326	2005	N	N	S	Inválido
30	107-08.342	2005	N	N	N	Inválido
31	108-07.956	2004	N	S	-	Válido
32	202-13.072	2001	N	N	-	
33	202-15.765	2004	N	N	N	Inválido
34	202-15.861	2004	N	N	S	Inválido
35	202-15.948	2004	-	S	S	Válido
36	204-00084	2005	N	N	N	Inválido
37	303-32.460	2005	-	N	-	Inválido
38	101-93.704	2001	N	S	S	Válido
39	101-94.339	2003	S	S	S	Válido
40	104-21.498	2006	N	N	-	Inválido
41	104-21.675	2006	N	N	S	Inválido
42	106-14.244	2004	S	N	-	Inválido
43	107-08.034	2005	S	S	-	Válido
44	201-77.174	2003	-	S	-	Válido
45	201-77.788	2004	N	N	N	Inválido
46	102-47.181	2005	N	S	S	Válido
47	103-21.543	2004	N	N	-	Inválido
48	104-20.364	2004	S	S	S	Válido
49	106-14.486	2005	N	S	S	Válido
50	107-08.064	2005	N	N	N	Inválido
51	101-95.208	2005	N	N	-	Inválido
52	101-94.771	2004	N	N	S	Inválido

Nº	Acórdão	Ano	P1	P2	P3	Resultado
53	101-94.340	2003	-	S	S	Válido
56	101-94.127	2003	S	S	S	Válido
57	104-22.169	2007	N	S	N	Válido
58	104-22.250	2007	-	N	-	Inválido
59	106-15.955	2006	-	N	-	Inválido
60	106-16.837	2007	-	N	-	Inválido
61	108-09.496	2007	N	N	N	Inválido
62	108-09.550	2008	-	N	-	Inválido
63	204-01.939	2006	-	N	N	Inválido
64	204-02.199	2007	-	N	-	Inválido
65	206-00.400	2008	-	N	-	Inválido
66	101-96.724	2008	N	N	S	Inválido
67	101-96.072	2007	N	N	S	Inválido
68	101-96.066	2007	N	N	-	Inválido
69	101-96.087	2007	N	N	-	Inválido
70	101-95.818	2006	N	N	-	Inválido
71	102-48.620	2007	N	N	N	Inválido
72	103-23.357	2008	N	S	S	Válido
73	103-23.441	2008	N	N	S	Inválido
74	105-16.677	2007	-	S	S	Válido
75	106-14.483	2005	N	S	S	Válido
76	108-07.316	2003	-	S	S	Válido
77	103-21.046	2002	N	N	S	Inválido
78	107-08.029	2005	-	S	S	Válido

**Fonte:** SCHOUERI, Luis Eduardo (coord.); FREITAS, Rodrigo de (org.). Planejamento tributário e o “Propósito Negocial” – Mapeamento de Decisões do Conselho de Contribuintes de 2002 a 2008. São Paulo: Quartier Latin, pp. 35-424.

Quanto à P1 (motivação extratributária), 51 (cinquenta e um) dos 76 (setenta e seis) acórdãos avaliaram tal propriedade (67% da amostra). Não foram identificados motivos negociais em 41 (quarenta e um) acórdãos (-P1), sendo considerado inválido o planejamento tributário em 34 (trinta e quatro) deles (frequência relativa de 83% dos casos). Foram identificados motivos extratributários em 10 (dez) acórdãos (+P1), sendo que em 09 (nove) o planejamento tributário foi considerado válido (frequência relativa de 90%).

Os motivos empresariais que foram julgados válidos em tais decisões variam conforme a operação analisada, destacando-se o aumento da taxa interna de retorno do investimento no caso de emissão de debêntures, a conjugação de esforços para redução de despesas operacionais no caso de incorporação de pessoas jurídicas, a necessidade de liquidez da controladora, em caso de empréstimos feitos pela controladora e os desígnios da

reorganização societária em caso de incorporação reversa<sup>196</sup>.

Para os autores, a análise empírica demonstra que é provável que o planejamento tributário será considerado inválido quando a decisão não identificar qualquer motivação empresarial e tende a ser válido se se forem identificadas razões não-tributárias para justificar os negócios praticados. Assim, as regras probabilísticas podem ser expressas da seguinte maneira: “se +P1, então provavelmente planejamento válido (90% dos casos)”;

“se -P1, então provavelmente planejamento inválido (83% dos casos)”<sup>197</sup>.

Quanto à P2 (se os fatos foram considerados existentes tais como descritos pelo contribuinte), todos os acórdãos analisados se pronunciaram sobre tal propriedade, o que indica o seu caráter essencial para o julgamento. Em diversos acórdãos, foi a única propriedade (das três propriedade selecionadas para análise no estudo) utilizada pelo Conselho de Contribuintes, que decidiu pela validade ou invalidade do planejamento tributário com base em tal propriedade<sup>198</sup>.

Nos 49 (quarenta e nove) acórdãos em que se desconsiderou os fatos tais como descritos pelo contribuinte (-P2), o planejamento tributário foi declarado inválido. Nos 27 (vinte e sete) casos em que considerou os fatos tais como descritos pelo contribuinte (+P2), declarou-o válido. Assim, as regras probabilísticas podem ser expressas da seguinte maneira: “se +P2, então planejamento válido (100% dos casos)”;

“se -P2, então planejamento inválido (100% dos casos)”<sup>199</sup>.

Os pesquisadores observaram que as decisões objeto de estudo analisaram P1 e P2 de forma bastante correlacionada de modo que elas não podem ser vistas como propriedades independentes.

Como todas as decisões que julgaram o planejamento tributário inválido desconsideraram os fatos tais como descritos pelo contribuinte (-P2), remanesce a dúvida se o critério da falta de motivos extratributários (-P1), considerado isoladamente, é determinante para a conclusão da invalidade do planejamento ou se é apenas um indício para a comprovação da simulação, que resta configurada quando se desconsidera os fatos tais como descritos pelo contribuinte (-P2).

Nesta linha de raciocínio, note-se que nos 41 (quarenta e um) acórdãos em que não foram identificados motivos extratributários (-P1), a decisão desconsiderou em 34 (trinta e

---

<sup>196</sup> Ibidem.

<sup>197</sup> Ibidem.

<sup>198</sup> Ibidem, p. 433-434.

<sup>199</sup> Ibidem.

quatro) acórdãos os fatos tais como descritos pelo contribuinte (frequência relativa de 83%). Em sentido diverso, dos 10 (dez) acórdãos em que identificou motivos negociais (+P1), desconsiderou em apenas 01 (um) acórdão a descrição dos fatos feita pelo contribuinte (frequência relativa de 83%).

Quanto à P3 (se foram observadas regras cogentes não-tributárias), 47 (quarenta e sete) decisões analisaram tal propriedade (62% dos casos). Em 37 (trinta e sete) decisões, reconheceu-se a observância das regras cogentes não-tributárias, sendo que o planejamento foi considerado válido em 22 (vinte e dois) dos casos (frequência relativa de 60% dos casos).

Neste sentido, os pesquisadores reconheceram que não é possível propor uma regra probabilísticas de relação da observância das normas cogentes não-tributárias (i.e., +P3) com a validade de planejamento tributário, visto que a frequência relativa foi baixa (apenas 60%).

Em 10 (dez) casos observou-se a violação de uma norma cogente não-tributária (-P3), sendo o planejamento considerado inválido em 9 (nove) casos (frequência relativa de 90%). Assim, é possível propor a seguinte regra probabilística: “se -P3, então provavelmente planejamento válido (90% dos casos)”<sup>200</sup>.

As violações que geraram a invalidade do planejamento tributário foram diversas. Em 05 (cinco) acórdãos verificou-se desrespeito à normas de autarquias (Conselho Monetário Nacional, Comissão de Valores Mobiliários e Banco Central). Outros exemplos envolveram criação de sociedade mercantil mas que não desempenhava tal objeto social, parceria para dissimular relação de emprego, adoção de instrumento formal vedado em lei e constituição de sociedade para superfaturar contratos com o Poder Público<sup>201</sup>.

Curiosamente, em 1 (um) acórdão identificou-se a violação de norma cogente não-tributária e mesmo assim considerou-se o planejamento tributário válido, porque entendeu-se que o desrespeito à norma que impõe o registro de empréstimo do exterior no Banco Central seria mera irregularidade administrativa que não afetava a validade do negócio jurídico. Além disso, em dois casos o Conselho de Contribuintes não avaliou a licitude das operações ao argumento de que tal papel caberia às respectivas autarquias<sup>202</sup>.

Para melhor visualização, as conclusões sobre as propriedades P1, P2 e P3 e as regras probabilísticas foram consolidados na tabela abaixo:

---

<sup>200</sup> Ibidem, p. 434.

<sup>201</sup> Ibidem, p. 434-435.

<sup>202</sup> Ibidem.

Tabela 02  
Relação das propriedades analisadas e a validade de um planejamento tributário nas decisões do Conselho de Contribuintes proferidas entre 2001 e 2008

Propriedades	Verificação	Resultados	Regra Probabilística
<u>Propriedade P1</u> “A operação teve outros motivos que não os tributários?”	10 Sim (20%)	09 Válidos (90%)	“se +P1, então provavelmente planejamento válido (90% dos casos)”
		1 Inválido (10%)	
	51 análises (67%)	41 Não (80%)	7 Válidos (17%)
<u>Propriedade P2</u> “Os fatos foram considerados existentes tais como descritos pelo contribuinte?”	27 Sim (35%)	34 Inválidos (83%)	“se +P2, então planejamento válido (100% dos casos)”
		27 Válidos (100%)	
	76 análises (100%)	49 Não (65%)	0 Inválido (0%) 0 Válidos (0%)
<u>Propriedade P3</u> “Foram observadas as regras cogentes não tributárias?”	37 Sim (79%)	49 Inválidos (100%)	Não é possível propor uma regra probabilística porque a frequência relativa foi baixa (60%).
		22 Válidos (60%)	
	47 análises (62%)	10 Não (21%)	15 Inválidos (40%) 1 Válido (10%) 09 Inválido (90%)

Fonte: elaborado pelo autor

Para enriquecer e detalhar a análise da *ratio decidendi* sobre P1, o referido grupo de estudos criou um segundo problema normativo, utilizando a mesma metodologia. O Universo do Discurso foi composto pelos 51 (cinquenta e um) acórdãos em que a propriedade P1 foi analisada pelas decisões do Conselho de Contribuintes (a propriedade definidora). O Universo das Ações compreendeu a análise se “houve motivação tributária”, sendo que as possibilidades normativas serão apenas duas: “houve motivação tributária” (T) e “não houve motivação tributária” (NT). As propriedades do Universo do Discurso foram definidas por meio da observação de critérios (subpropriedades) levados em conta nas decisões que compreendem o Universo do Discurso.

Os três critérios (subpropriedades) foram traduzidos em perguntas, de modo que a resposta “sim” provavelmente corresponderia à existência de motivação extratributária para a realização da operação, e a resposta “não”, à inexistência de outros motivos além dos tributários. Mais especificamente, as perguntas foram: (i) “houve um adequado intervalo temporal entre as operações?” (P1A); (ii) “as partes envolvidas eram independentes?” (P1B) e (iii) “existe coerência entre as operações e as atividades empresariais das parte desenvolvidas?” (P1C)<sup>203</sup>.

<sup>203</sup> Ibidem.

O resultado da análise das propriedades P1A, P1B e P1 efetuada pelos pesquisadores nos 51 (cinquenta e um) acórdãos está retratado na tabela abaixo:

Tabela 03  
Indicação das Subpropriedades P1A, P1B e P1C nas decisões do Conselho de Contribuintes sobre planejamento proferidas entre 2001 e 2008 que analisaram P1  
(continua na próxima página)

Nº	Acórdão	Ano	P1A	P1B	P1B	Resultado
1	101-93.616	2001	-	N	S	+P1
2	101-93.826	2002	N	-	N	-P1
4	101-94.986	2005	N	-	N	-P1
6	101-95.168	2005	-	N	N	-P1
7	101-95.365	2006	-	N	S	+P1
8	101-65.409	2006	-	-	N	-P1
9	101-95.442	2005	-	N	N	-P1
13	103-07.260	1986	-	-	N	-P1
17	104-21.610	2006	N	-	N	-P1
18	104-21.729	2006	S	N	-	+P1
19	104-20.749	2005	N	N	-	-P1
20	101-95.018	2005	N	S	N	-P1
21	104-21.954	2006	-	-	N	-P1
22	105-15.822	2006	N	N	S	+P1
23	106-13.552	2003	N	-	N	-P1
27	107-07.596	2004	-	N	S	+P1
28	107-08.247	2005	-	N	N	-P1
29	107-08.326	2005	-	N	N	-P1
30	107-08.342	2005	-	N	N	-P1
31	108-07.956	2004	-	-	S	-P1
32	202-13.072	2001	N	N	N	-P1
33	202-15.765	2004	N	-	-	-P1
34	202-15.861	2004	N	-	S	-P1
36	204-00084	2005	N	N	N	-P1
38	101-93.704	2001	-	S	S	-P1
39	101-94.339	2003	-	N	S	+P1
40	104-21.498	2006	N	-	N	-P1
41	104-21.675	2006	N	-	N	-P1
42	106-14.244	2004	S	N	N	+P1
43	107-08.034	2005	N	N	N	+P1
45	201-77.788	2004	N	S	-	-P1
46	102-47.181	2005	N	N	-	-P1
47	103-21.543	2004	N	-	N	-P1
48	104-20.364	2004	N	N	S	+P1
49	106-14.486	2005	N	N	-	-P1
50	107-08.064	2005	-	N	N	-P1
51	101-95.208	2005	-	N	N	-P1



Nº	Acórdão	Ano	P1A	P1B	P1B	Resultado
52	101-94.771	2004	N	-	N	-P1
56	101-94.127	2003	-	N	-	+P1
57	104-22.169	2007	S	-	-	-P1
61	108-09.496	2007	N	N	S	-P1
66	101-96.724	2008	N	N	N	-P1
67	101-96.072	2007	N	N	-	-P1
68	101-96.066	2007	N	N	-	-P1
69	101-96.087	2007	N	-	-	-P1
70	101-95.818	2006	N	-	-	-P1
71	102-48.620	2007	N	N	-	-P1
72	103-23.357	2008	-	N	-	-P1
73	103-23.441	2008	N	N	N	-P1
75	106-14.483	2005	N	N	-	-P1
77	103-21.046	2002	-	-	N	-P1

**Fonte:** SCHOUERI, Luis Eduardo (coord.); FREITAS, Rodrigo de (org.). Planejamento tributário e o “Propósito Negocial” – Mapeamento de Decisões do Conselho de Contribuintes de 2002 a 2008. São Paulo: Quartier Latin, pp. 35-424.

A propriedade P1A (adequação temporal) foi analisada em 33 (trinta e três) acórdãos (65% da amostra). Nos 3 (três) acórdãos em que se considerou adequado o intervalo temporal (+P1A), concluiu-se pela existência de motivos extratributários (+P1) em 2 (dois) acórdãos (frequência relativa de 66%). Nas 30 (trinta) decisões que entenderam pela inadequação temporal (-P1A), concluiu-se pela ausência de motivos extratributários (-P1) em 27 (vinte e sete) acórdãos (frequência relativa de 90%).

A propriedade P1B (independência das partes) foi analisada em 33 (trinta e três) acórdãos (64% da amostra). Em 3 (três) acórdãos entendeu-se que as partes eram independentes (+P1B), mas todos concluíram pela ausência de motivos extratributários (frequência relativa de 0%). Nas 30 (trinta) decisões em que se constatou a dependência das partes (-P1B), concluiu-se pela ausência de motivos extratributários (-P1) em 20 decisões (frequência relativa de 66%).

A propriedade P1C (coerência das operações com as atividades empresariais) foi analisada em 37 (trinta e sete) acórdãos (72% da amostra). Nos 10 (dez) acórdãos em que considerou que a havia coerência nas transações efetuadas (+P1C), concluiu-se pela existência de motivos extratributários (+P1) em 6 (seis) acórdãos (frequência relativa de 60%). Nas 27 (vinte e sete) decisões que concluíram pela incoerência das operações com as atividades empresariais (-P1C), concluiu-se pela ausência de motivos extratributários em 25 (vinte e cinco) decisões (frequência relativa de 92%).

Para melhor visualização, as conclusões sobre as subpropriedades P1A (adequação

temporal), P1B (independência das partes) e P1C (coerência das operações com as atividades empresariais) e sua relação com P1 (existência de motivos extratributários) foram consolidados na tabela abaixo. A existência de motivos extratributários está representado por +P1 e a ausência de motivos extratributários por -P1.

Tabela 04  
Relação entre as subpropriedades analisadas e a existência de motivações extratributárias nas decisões do Conselho de Contribuintes sobre planejamento tributário proferidas entre 2001 e 2008

Subpropriedade	Verificação	Resultados
Subpropriedade 1 (P1A) “houve um adequado intervalo temporal entre as operações?” 33 análises (65%)	03 Sim (10%)	+P1: 02 decisões (66%) -P1: 01 decisão (34%)
	30 Não (90%)	+P1: 03 decisões (10%) -P1: 27 decisões (90%)
Subpropriedade 2 (P1B) “as partes envolvidas eram independentes?” 33 análises (65%)	03 Sim (10%)	+P1: nenhuma decisão (0%) -P1: 03 decisões (100%)
	30 Não (90%)	+P1: 10 decisões (34%) -P1: 20 decisões (66%)
Subpropriedade 3 (P1C) “existe coerência entre as operações e as atividades empresariais desenvolvidas?” 37 análises (72%)	10 Sim (27%)	+P1: 06 decisões (60%) -P1: 04 decisões (40%)
	27 Não (73%)	+P1: 02 decisões (8%) -P1: 25 decisões (92%)

Fonte: elaborado pelo autor

Note-se que, na amostra objeto do estudo, o Conselho de Contribuintes levou em consideração para decidir pela existência ou não de razões extratributárias, principalmente, a adequação do intervalo temporal entre os negócios jurídicos praticados (P1A) e a sua coerência com as atividades empresariais do contribuinte (P1C). A independência entre as partes (P1B) é um fator que costuma ser levado em consideração nas decisões, mas não é tão determinante quando os demais critérios<sup>204</sup>.

Discorrendo sobre as conclusões do estudo empírico, Luis Eduardo Schoueri observa que em um primeiro momento pareciam mais relevantes os casos de descompasso entre os fatos narrados pelo contribuinte e os efetivamente praticados. A partir de certo momento, os motivos extratributários da operação sugeriram como o grande critério adotado no universo de decisões analisadas<sup>205</sup>.

Criticando tais decisões, o referido doutrinador afirma que embora a falta de propósito se revelasse como a efetiva razão para o planejamento tributário ser considerado inválido, as decisões justificavam as decisões com outros institutos jurídicos (como o abuso

<sup>204</sup> Ibidem, p. 440;485.

<sup>205</sup> Ibidem, p. 18.

de direito e fraude à lei), sem revelar que, na verdade, aplicava a doutrina do propósito negocial, que não possui previsão legal no Direito Brasileiro<sup>206</sup>.

Quanto aos elementos que deflagram a conclusão pela ausência de motivações extratributárias (P1), a inadequação temporal (P1A) confirmou-se como critério relevante. A independência das partes (P1B) não foi considerada relevante, o que sinaliza que as decisões administrativas pesquisadas admitiram que partes relacionadas poderiam efetuar transações com propósito negocial. Por fim, as operações sem coerência com atividades empresárias (P1C), geraram suspeita de falta de propósito negocial<sup>207</sup>.

Eurico Marcos Diniz de Santi, que atuou como parecerista externo de referido estudo, observa que os resultados da pesquisa sugerem que os critérios empregados nas decisões objeto de estudo são regidas por situações de fato relativas às circunstâncias da operação, buscando soluções caso a caso e sem qualquer racionalidade normativa<sup>208</sup>.

### **3.3 Outros estudos que analisaram decisões do CARF sobre elisão tributária: 50 acórdãos proferidos entre 2008 e 2013 e 70 acórdãos proferidos entre 2015 e 2017**

Em 2016, foi publicado estudo elaborado por Antonio Lopo Martinez e Luiz Felipe de Almeida Coelho que analisou 50 acórdãos publicados entre 2008 e 2013 que “julgam comportamentos de *tax avoidance* com uso de operações societárias típicas (cisão, fusão e incorporação)”<sup>209</sup>. São exemplos de temas tratados nos acórdãos: amortização de ágio interno, “ágio com uso de empresa-veículo”, incorporação reversa para compensação de prejuízos fiscais, deslocamento do ganho de capital em evento de alienação por cisão, transferência de créditos fiscais por cisão e incorporação e desmembramento de atividades por cisão<sup>210</sup>.

A definição das propriedades foi inspirada no estudo do Grupo de Estudos de Legislação Tributária Brasileira e Comparada (USP), mas as subpropriedades P1B e P1C foram consideradas propriedades principais. Assim, foram adotadas cinco propriedades traduzidas em forma de perguntas:(i) “os fatos foram considerados existentes tais como

---

<sup>206</sup> Ibidem, p. 19-20.

<sup>207</sup> Ibidem.

<sup>208</sup> Ibidem, p. 520-521.

<sup>209</sup> MARTINEZ, Antônio Lopo; COELHO, Luis Felipe de Almeida. Planejamento tributário com operações societárias: critérios de validade utilizados pelo CARF. *Revista Contemporânea de Contabilidade (UFSC)*, v. 13, 2016, p. 193-213. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/contabilidade/issue/view/2459>, acesso em 21 de maio de 2023.

<sup>210</sup> Ibidem, p. 201.

foram descritos pelo contribuinte?” (P1); (ii) “foram observadas as regras cogentes não tributárias?” (P2), (iii) “a operação teve outros motivos que não os tributários?” (P3); (iv) “houve um adequado intervalo temporal entre as operações?” (P4), e (v) “as partes envolvidas eram independentes ?”(P5).

O resultado da análise das propriedades nos 50 acórdãos está retratado na tabela abaixo:

Tabela 07  
Indicação das Propriedades analisadas e validade de um planejamento tributário envolvendo operações societárias típicas nas decisões do CARF (2008-2013)  
(continua na próxima página)

Acórdão	Ano	P1	P2	P3	P4	P5	Resultado
101-96.724	2008	S	N	N	N	N	Inválido
101-96.838	2008	S	-	S	-	-	Válido
101-97.072	2008	S	-	S	-	N	Válido
103-23.404	2008	S	-	S	-	N	Inválido
105-17.219	2008	N	S	N	S	N	Inválido
108-09.529	2008	S	S	S	-	S	Válido
108-09.793	2008	S	N	N	-	-	Inválido
105-17.322	2008	S	S	S	-	-	Válido
203-13.032	2008	S	N	N	-	-	Inválido
1101-00.113	2009	N	N	N	N	N	Inválido
1302-00.098	2009	-	S	S	-	S	Válido
1101-00.064	2009	N	S	S	-	S	Válido
1402-00.431	2011	S	-	S	-	-	Válido
1301-00.725	2011	S	S	S	-	-	Válido
1302-000.571	2011	S	-	S	-	N	Válido
1101-000.496	2011	N	N	N	N	-	Inválido
1402-00.802	2011	S	S	S	S	S	Válido
9101-000.904	2011	-	N	N	N	N	Inválido
1301-000.711	2011	S	S	S	-	S	Válido
1102-00.433	2011	-	-	S	-	S	Válido
1102-00.408	2011	S	S	S	-	S	Válido
1101-00.708	2012	S	N	S	N	N	Válido
1402-001.181	2012	S	-	S	N	N	Inválido
1301-000.999	2012	S	N	S	-	S	Válido
1202-000.878	2012	S	N	N	N	N	Válido
1201-000.689	2012	S	S	S	S	N	Válido
1201-000.659	2012	S	S	S	-	S	Válido
1402-00.993	2012	S	S	S	-	S	Válido
1301-000.881	2012	-	N	-	-	N	Inválido
3402-001.908	2012	S	S	S	-	N	Válido
1102-00.157	2013	S	N	N	N	-	Inválido
1802-001.894	2013	-	N	N	-	N	Inválido
1101-000.841	2013	S	N	S	N	N	Válido
1101-000.899	2013	-	N	N	N	N	Inválido
1101-000.942	2013	-	N	N	N	N	Inválido
1101-000.968	2013	N	N	N	N	N	Inválido
1202-000.884	2013	S	S	S	-	S	Válido
1301-001.113	2013	S	N	N	N	S	Inválido
1301-001.224	2013	S	S	S	-	N	Válido

Acórdão	Ano	P1	P2	P3	P4	P5	Resultado
1302.001.145	2013	S	S	S	-	N	Válido
1302.001.150	2013	S	S	S	-	S	Válido
1402-001.141	2013	S	N	N	N	N	Inválido
1402-001.211	2013	-	N	N	N	N	Inválido
1402-001.214	2013	N	-	N	-	-	Inválido
1402-001.229	2013	N	N	N	N	N	Inválido
1402-001.247	2013	S	-	S	-	-	Válido
1402-001.310	2013	S	S	S	N	S	Válido
1402-001.333	2013	S	N	N	N	N	Inválido
1402-001.335	2013	S	N	N	-	N	Inválido
1402-001.409	2013	S	S	S	S	S	Válido

**Fonte:** MARTINEZ, Antonio Lopo; COELHO, Luis Felipe de Almeida. Planejamento tributário com operações societárias: critérios de validade utilizados pelo CARF. *Revista Contemporânea de Contabilidade (UFSC)*, v. 13, 2016, p. 193-213 (201-206).

Para melhor visualização e comparativo com os demais estudos tratados neste capítulo, a tabela abaixo apresenta os resultados (planejamento tributário válido ou inválido) a depender da verificação de cada uma das propriedades:

Tabela 08  
Relação das Propriedades analisadas e validade de um planejamento tributário envolvendo operações societárias típicas nas decisões do CARF (2008-2013)

Propriedades	Verificação	Resultados
Propriedade P1 “Os fatos foram considerados como descritos?” 42 análises (84%)	35 Sim (83%) 07 Não (17%)	25 Válidos (71%) 10 Inválidos (29%) 1 Válido (14%) 6 Inválidos (86%)
Propriedade 2 (P2) “Regras cogentes não-tributárias foram respeitadas?” 39 análises (78%)	19 Sim (49%) 20 Não (51%)	18 Válidos (95%) 1 Inválido (5%) 3 Válidos (15%) 17 Inválidos (85%)
Propriedade 3 (P3) “Existe motivação extratributária?” 48 análises (96%)	29 Sim (60%) 19 Não (40%)	27 Válidos (93%) 2 Inválidos (7%) 1 Válido (5%) 18 Inválidos (95%)
Propriedade 4 (P4) “Operações ocorreram em intervalo temporal razoável?” 21 análises (42%)	4 Sim (19%) 17 Não (81%)	3 Válidos (75%) 1 Inválido (25%) 4 Válidos (24%) 13 Inválidos (76%)
Propriedade 5 (P5) “As operações são com partes independentes?” 38 análises (76%)	14 Sim (37%) 24 Não (63%)	13 Válidos (93%) 1 Inválido (7%) 09 Válidos (38%) 15 Inválidos (63%)

**Fonte:** elaborado pelo autor

Refletindo sobre o resultado do estudo, os autores apresentam três conclusões principais. Primeiro, a constatação de uma motivação exclusivamente tributária (propriedade P3) tende a resultar na invalidade do planejamento tributário. Segundo, quase sempre que os julgadores consideraram que os fatos não ocorreram tais como descritos pelo contribuinte

(propriedade P1) decidiram pela ilegalidade das práticas e vice-versa. Terceiro, o respeito às normas cogentes não tributárias nas operações (propriedade P2) não é critério determinante para o convencimento dos julgadores<sup>211</sup>.

Em 2019, foi publicado estudo de Antonio Lopo Martinez e João Pedro Earl Galvêas Oliveira que analisou 70 (setenta) decisões proferidas pelo CARF entre dezembro de 2015 e dezembro de 2017. O objeto dos autores era verificar se os critérios se mantinham estáveis em relação ao estudo anterior feito por Antonio Lopo Martinez e Luis Felipe de Almeida Coelho de decisões do CARF se mantinham estáveis em relação ao estudo anterior. Foram definidas as mesmas 05 propriedades do estudo de Antonio Lopo Martinez e Luis Felipe de Almeida Coelho de 2016 (que, por sua vez, se basearam no estudo do Grupo de Estudos da USP de 2010) e incluída como propriedade uma das subpropriedades de motivação extraibutária constante no trabalho do Grupo de Estudos da USP de 2010) que acabou não sendo utilizada no estudo de Antonio Lopo Martinez e Luis Felipe de Almeida Coelho.

Mais especificamente, as propriedades foram: (i) “os fatos foram considerados existentes tais como narrados pelo contribuinte?” (P1); (ii) “foram observadas normas cogentes não tributárias?” (P2), (iii) a operação teve outros propósitos não tributários (P3)?; (iv) “houve adequado intervalo temporal entre as operações?” (P4) e (v) “as partes envolvidas eram independentes ?” (P5)<sup>212</sup>.

Analisando referido estudo em conjunto com a íntegra da dissertação de mestrado apresentado por João Pedro Earl Galvêas Oliveira, sob a orientação de Antônio Lopo Martinez, ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Contábeis da Fundação Instituto Capixaba de Pesquisas em Contabilidade, Economia e Finanças - FUCAPE<sup>213</sup>, é possível identificar o resultado da análise das 06 (seis) propriedades e nos 70 (setenta) acórdãos objeto da amostra, conforme retratado na tabela abaixo:

---

<sup>211</sup> Ibidem, p. 209.

<sup>212</sup> Ibidem, p. 172-173.

<sup>213</sup> OLIVEIRA, João Pedro Earl Galvêas. **Novo CARF e os critérios de julgamento de planejamento tributário**. 2018. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis) – Instituto Capixaba de Pesquisas em Contabilidade, Economia e Finanças – FUCAPE, 2018. a, Universidade de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://fucape.br/producao-academica/repositorio-de-producao-cientifica/>. Acesso em: 29 abr. 2023



Acórdão	Ano	P1	P2	P3	P4	P5	P6	Resultado
2301-004.530	2016	N	S	N	0	0	S	Inválido
2301-004.480	2016	N	N	N	N	0	0	Inválido
2301-004.482	2016	N	N	N	N	0	0	Inválido
2301-004.483	2016	N	S	N	N	0	0	Inválido
2102-004.481	2016	N	S	N	N	0	0	Inválido
1301-001.852	2015	S	S	S	S	S	S	Válido
1401-001.575	2016	N	N	N	0	N	N	Inválido
1402-002.152	2016	N	N	N	0	S	N	Inválido
1301-002.009	2016	S	S	S	0	S	S	Válido
1402-002.145	2016	N	N	N	N	N	N	Inválido
1402-002.158	2016	N		N	N	N	N	Inválido
1402-002.183	2016	N	N	N	N	S	N	Inválido
1401-001.534	2016	N	N	N	N	N	N	Inválido
1301-002.111	2016	S	S	S	S	0	S	Inválido
1201-001.474	2016	N	N	N	0	S	N	Inválido
1301-002.155	2016	S	S	S	S	S	S	Válido
1201-001.534	2016	S	S	S	S	S	0	Válido
1402-002.336	2016	S	S	S	N	N	S	Válido
1401-001.967	2016	N	N	N	S	N	N	Inválido
1201-001.554	2017	S	S	S	S	S	S	Válido
1301-002.670	2017	N	N	N	N	N	N	Inválido
1401-002.085	2017	N	N	N	N	N	N	Inválido
1302-002.322	2017	N	N	N	N	0	N	Inválido
3402-004.374	2017	N	N	N	0	N	N	Inválido
1402-002.490	2017	N	N	N	0	N	N	Inválido
9101-003.274	2017	N	N	N	0	N	N	Inválido
1301-002.608	2017	S	S	S	S	S	S	Válido
1402-002.720	2017	N	N	0	0	N	N	Inválido

**Fonte:** OLIVEIRA, João Pedro Earl Galvêas. Novo CARF e os critérios de julgamento de planejamento tributário. Op. Cit., pp. 41-90.

Para melhor visualização e comparativo com os demais estudos tratados neste capítulo, a tabela abaixo apresenta os resultados (planejamento tributário válido ou inválido) a depender da verificação de cada uma das propriedades:

Tabela 10  
Indicação das Propriedades analisadas e validade de um planejamento tributário envolvendo operações societárias típicas nas decisões do CARF (2015-2017)

PROPRIEDADES	VERIFICAÇÃO	RESULTADOS
Propriedade P1	26 Sim (37%)	20 Válidos (77%) 06 Inválidos (23%)
“Os fatos foram considerados como descritos?”	43 Não (63%)	0 Válido (0%) 43 Inválidos (100%)
69 análises (99%)		
Propriedade 2 (P2)	28 Sim (42%)	19 Válidos (67%) 09 Inválido (33%)
“Regras cogentes não-tributárias		



<i>foram respeitadas?"</i> 66 análises (94%)	38 Não (58%)	1 Válidos (3%) 37 Inválidos (97%)
Propriedade 3 (P3) "Existe motivação extratributária?"	20 Sim (29%)	16 Válidos (80%) 4 Inválidos (20%)
69 análises (99%)	49 Não (71%)	4 Válido (8%) 45 Inválidos (92%)
Propriedade 4 (P4) "Operações ocorreram em intervalo temporal razoável?"	14 Sim (31%)	9 Válidos (65%) 5 Inválido (35%)
45 análises (64%)	31 Não (69%)	4 Válidos (13%) 27 Inválidos (87%)
Propriedade 5 (P5) "As operações são com partes independentes?"	22 Sim (40%)	14 Válidos (63%) 8 Inválido (37%)
54 análises (77%)	32 Não (60%)	5 Válidos (16%) 27 Inválidos (84%)

Fonte: elaborado pelo autor

### 3.4 A pesquisa a ser realizada: análise das decisões da 1ª Turma da CSRF proferidas entre 2019 e 2023

#### 3.4.1 Metodologia da Pesquisa.

A amostra dessa pesquisa é composta por todos os julgados do CARF (que foram obtidas conforme descrito no tópico seguinte) com as seguintes características (i) terem sido proferidas pela Primeira Turma da CSRF, (ii) o julgamento ter ocorrido a partir de 2018 e o respectivo acórdão ter sido publicado até abril de 2023 (data em que a pesquisa foi realizada), (iii) terem decidido o mérito de atividades de planejamento tributário (e não apenas de qualificação de multa).

O recorte (decisões da Primeira Turma da CSRF) se justifica por duas razões principais. Primeiro, os estudos descritos nos tópicos 3.2 e 3.3 analisaram as decisões das turmas ordinárias do CARF - passíveis de reanálise pela CSRF - de modo que a análise das decisões da CSRF complementa tais estudos ao verificar se os critérios adotados pelo CARF foram confirmados pela CSRF. Segundo, restringe-se às decisões de mérito da Primeira Turma, que possui competência para julgar casos envolvendo IRPJ e CSLL, compatível com o recorte adotado no presente estudo.

A coleta foi realizada a partir da ferramenta de pesquisas de Acórdãos e Resoluções denominada "VER", lançada em 05 de abril de 2021 e disponível no site [www.carf.fazenda.gov.br](http://www.carf.fazenda.gov.br). Essa nova ferramenta possui diversos filtros (busca facetada), prevê o uso de operadores (e.g., "E", "ou", "-", "...") para palavras exatas) e faz a varredura na ementa e no inteiro teor do acórdão. Usando tal sistema de busca, foram aplicados os filtros para mostrar apenas decisões da Primeira Turma da CSRF proferidas a partir de 2019.

Como “palavras-chave”, optou-se por 09 (nove) buscas individuais, cada uma com as seguintes palavras entre aspas (operador que busca a expressão exata): “planejamento tributário”, “propósito comercial”, “simulação relativa”, “simulação absoluta”, “negócio indireto”, “negócio jurídico indireto”, “abuso de direito”, “abuso de forma -DCOMP” e “ato anormal de gestão”.

Após a eliminação de duplicidades, foram encontrados 222 (duzentos e vinte e dois) acórdãos. Um primeiro filtro excluiu acórdãos que não decidiram o mérito da autuação (conversão em diligência, julgamento de embargos de declaração e não conhecimento do recurso especial) ou trataram apenas de multa qualificada ou atribuição de responsabilidade solidária. Esse filtro eliminou 105 (cento e cinco) acórdãos, remanescendo 117 (cento e dezessete) acórdãos na amostra.

Como o método a ser adotado será a variação do *Normative Systems* tal como foi aplicado pelo grupo de estudos da USP, é necessário definir a “propriedade” definidora dos acórdãos que serão objeto do Universo do Discurso. Adotamos como propriedade definidora do Universo dos Discursos a qualificação do negócio jurídico praticado pelo contribuinte, seja aplicando o artigo 149, VII do CTN ou abordando alguns dos institutos que tratamos no Capítulo 2 (simulação, abuso de direito, abuso de formas, propósito comercial, negócio jurídico indireto etc.).

Dessa forma, eliminamos 70 (setenta) acórdãos que não possuem tal propriedade definidora, pois tratam dos seguintes temas: omissão de receitas (08 acórdãos), IRRF sobre pagamentos sem causa (07 acórdãos), requisitos para adesão à programa de anistia e parcelamento (09 acórdãos), nulidade por ausência de fundamentação (02 acórdãos) repercussões de decisão judicial cujo objeto era desconstituição de baixa de pessoa jurídica (01 acórdão), lucros no exterior (18 acórdãos), exaustão de canaviais (07 acórdãos), trava de 30% para aproveitamento de prejuízos fiscais na incorporação (05 acórdãos), dedutibilidade de dispêndios (05 acórdãos), amortização de ágio da base de cálculo da CSLL por ausência de previsão legal (04 acórdãos), preços de transferência (1 acórdão) e percentual de presunção do lucro presumido na alienação de imóvel (1 acórdão).

Após aplicação dos filtros acima mencionados, restaram 49 (quarenta e nove) acórdãos proferidos pela Primeira Turma da CSRF proferidos entre 2019 e 2022 que possuem a propriedade definido e constituem o Universo do Discurso. O Universo das Ações compreende apenas uma ação: o planejamento ser considerado válido, resultando em duas possibilidades normativas: planejamento válido ou planejamento inválido (o Universo das

Soluções Possíveis é igual ao âmbito fático do problema). O Universo de Propriedades considera três propriedades (P1, P2 e P3) e sua combinação representa o Universo de Casos. Para a reconstrução do sistema normativo, utiliza-se as regras que serão extraídas dos 49 (quarenta e nove) acórdãos que compreendem o Universo do Discurso<sup>214</sup>.

Opta-se por utilizarem as mesmas propriedades avaliadas pelo Grupo de Estudos de Legislação Tributária Brasileira e Comparada da USP por duas razões principais: (i) pertinência das propriedades eleitas, tendo em vista as cautelas que foram adotadas para dotá-las de objetividade e racionalidade e (ii) facilitar a comparabilidade com os estudos anteriores, verificando se os critérios adotados pela CSRF no período de 2019 até 2023 confirmam ou infirmam os critérios que foram adotados pelo Conselho de Contribuintes (nas decisões proferidas entre 2002 e 2008) e pelo CARF (nas decisões proferidas entre 2008 e 2013 e entre 2015 a 2017).

Da mesma forma que foi feito na pesquisa do Grupo de Estudos de Legislação Tributária Brasileira e Comparada da USP, adotaremos um segundo problema normativo. Para os casos que analisarem a Propriedade P1 (i.e., se analisar a existência ou inexistência de razões extratributárias), analisaremos as seguintes subpropriedades, traduzidas em forma de perguntas: (i) “houve um adequado intervalo temporal entre as operações?” (P1A); (ii) “as partes envolvidas eram independentes?” (P1B) e (iii) “existe coerência entre as operações e as atividades empresariais das partes envolvidas?” (P1C).

### 3.3.2 Apresentação e análise dos resultados

O resultado da análise das propriedades, subpropriedades e critério de controle nos 49 (quarenta e nove) acórdãos está retratado na tabela abaixo:

Tabela 11  
Indicação das propriedades analisadas para decisão sobre a validade/invalidade do planejamento tributário nas decisões da CSRF (2019-2023)

Acórdão	Ano	P1	P2	P3	P1A	P1B	P1C	Resultado
9101-003.964	2019	N	N	-	N	S	N	Inválido
9101-003.972	2019	N	N	-	N	S	N	Inválido
9101-004.009	2019	N	N	-	-	S	N	Inválido
9101-004.052	2019	N	N	-	N	N	N	Inválido

<sup>214</sup> SCHOUERI, Luis Eduardo (coord.); FREITAS, Rodrigo de (org.). Planejamento tributário e o “Propósito Negocial” – Mapeamento de Decisões do Conselho de Contribuintes de 2002 a 2008. São Paulo: Quartier Latin, p. 509-510.

<b>Acórdão</b>	<b>Ano</b>	<b>P1</b>	<b>P2</b>	<b>P3</b>	<b>P1A</b>	<b>P1B</b>	<b>P1C</b>	<b>Resultado</b>
9101-004.115	2019	N	N	-	N	S	N	Inválido
9101-004.117	2019	N	N	-	N	S	N	Inválido
9101-004.223	2019	N	N	-	N	S	N	Inválido
9101-004.277	2019	N	N	-	-	S	N	Inválido
9101-004.278	2019	N	N	-	-	N	N	Inválido
9101-004.288	2019	N	N	-	-	S	N	Inválido
9101-004.289	2019	N	N	-	N	S	N	Inválido
9101-004.335	2019	N	N	S	N	-	N	Inválido
9101-004.382	2019	N	N	N	-	-	N	Inválido
9101-004.383	2019	N	N	-	N	S	N	Inválido
9101-004.486	2019	N	N	-	-	N	N	Inválido
9101-004.498	2019	-	N	-	-	-	-	Inválido
9101-004.499	2019	N	N	-	-	S	N	Inválido
9101-004.500	2019	N	N	-	-	N	S	Inválido
9101-004.506	2019	N	N	N	N	S	N	Inválido
9101-004.559	2019	N	N	-	-	S	N	Inválido
9101-004.562	2019	N	N	-	-	S	N	Inválido
9101-004.580	2019	-	S	-	-	N	-	Inválido
9101-004.637	2020	N	N	-	N	S	N	Inválido
9101-004.709	2020	S	S	-	S	S	S	Válido
9101-004.750	2020	N	N	-	N	N	N	Inválido
9101-004.752	2020	N	N	-	N	N	N	Inválido
9101-004.753	2020	N	N	-	N	N	N	Inválido
9101-004.761	2020	N	N	-	-	N	N	Inválido
9101-004.816	2020	N	N	-	N	S	N	Inválido
9101-004.817	2020	N	S	-	N	S	N	Inválido
9101-004.818	2020	N	N	-	N	S	N	Inválido
9101-004.819	2020	N	N	-	N	S	N	Inválido
9101-004.821	2020	N	N	-	-	N	N	Inválido
9101-005.951	2022	-	S	S	-	-	-	Válido
9101-006.005	2022	-	S	-	-	N	-	Inválido
9101-006.049	2022	-	S	-	-	-	-	Válido
9101-006.052	2022	S	S	-	-	N	S	Válido
9101-006.250	2022	N	N	-	N	S	N	Inválido
9101-006.287	2022	-	S	-	N	N	-	Válido
9101-006.289	2022	-	N	-	-	-	-	Inválido
9101-006.290	2022	-	N	-	-	-	-	Inválido
9101-006.365	2022	N	S	-	N	S	N	Inválido
9101-006.381	2022	N	S	-	N	S	N	Válido
9101-006.451	2023	N	N	-	-	-	N	Inválido
9101-006.460	2023	-	N	-	N	N	-	Inválido
9101-006.462	2023	-	N	-	-	N	-	Inválido
9101-006.464	2023	-	N	-	-	N	-	Inválido
9101-006.477	2023	-	N	-	-	-	-	Inválido

Acórdão	Ano	P1	P2	P3	P1A	P1B	P1C	Resultado
9101-006.482	2023	-	N	-	-	-	-	Inválido

**Fonte:** elaborada pelo autor

Quanto à P1 (motivação extratributária), 34 (trinta e quatro) dos 49 (quarenta e nove) acórdãos avaliaram tal propriedade (69% da amostra). Não foram identificados motivos negociais em 33 (trinta e dois) acórdãos (-P1), sendo considerado inválido o planejamento tributário em todos eles (frequência relativa de 100% dos casos). Foram identificados motivos extratributários em 02 (dois) acórdãos (+P1), sendo que em todos eles o planejamento tributário foi considerado válido (frequência relativa de 100%).

Os motivos empresariais que foram julgados válidos foram a existência de racional econômico para emissão de debêntures de participação nos lucros (que não foi contraposta pelo fisco)<sup>215</sup> e a segregação de atividades empresariais por cisão quando os sócios possuíam objetivos diferentes para o investimento<sup>216</sup>.

Quanto à P2 (se os fatos foram considerados existentes tais como descritos pelo contribuinte), todos os acórdãos se pronunciaram sobre tal propriedade (100% da amostra). Nos 41 (quarenta) acórdãos em que se desconsiderou os fatos tais como descritos pelo contribuinte (-P2), o planejamento tributário foi declarado inválido em todos os casos (frequência relativa de 100%). Nos 8 (oito) casos em que considerou os fatos tais como descritos pelo contribuinte (+P2), declarou-o válido em 05 (cinco) decisões (frequência relativa de 62%).

Note-se que em três decisões os fatos foram considerados tais como descritos (+P2), mas decisão foi desfavorável ao contribuinte. Uma das decisões envolveu redução de capital com entrega de investimento ao sócio estrangeiro que efetuou a alienação do investimento, mas a particularidade do caso é que os recursos obtidos com a venda retornaram para a antiga proprietária via aumento de capital<sup>217</sup>. As outras duas decisões envolveram a transferência de imóveis para um fundo de investimento imobiliário cujo cotista também era acionista da sociedade que fez a transferência, e o critério determinante foi a interpretação sobre a expressão “sócio do empreendimento” do artigo 2º da Lei nº 9.779/99<sup>218</sup>.

Quanto à P3 (se foram observadas regras cogentes não-tributárias), apenas 02 (duas) decisões analisaram tal propriedade (4% dos casos). Na decisão que analisou tal

<sup>215</sup> Acórdão nº 9101-006.052

<sup>216</sup> Acórdão nº 9101-004.709

<sup>217</sup> Acórdão 9101-004.817

<sup>218</sup> Acórdãos nº 9101-004.580 e 9101-006.005

propriedade e reconheceu-se a observância das regras cogentes não-tributárias, o planejamento foi considerado válido (frequência relativa de 100%). Mais especificamente, a discussão envolvia a validade para fins societários da chamada “incorporação linha a linha” e seus reflexos para o cálculo do juro sobre capital próprio<sup>219</sup>.

Na decisão que analisou tal propriedade e não reconheceu a observância das regras cogentes não-tributárias, o planejamento foi considerado inválido (frequência relativa de 100%). A discussão envolvia a validade da constituição de um Fundo de Investimento em Participações (FIP), para o qual foi transferida uma participação societária que dias depois foi alienada. A transferência ao FIP foi desconsiderada, exigindo-se os tributos devidos na alienação da participação societária<sup>220</sup>.

Para melhor visualização, as conclusões sobre as propriedades P1, P2 e P3 foram consolidados na tabela abaixo:

Tabela 12  
Indicação das propriedades analisadas para decisão sobre a validade/invalidade do planejamento tributário nas decisões da CSRF (2019-2023)

PROPRIEDADES	VERIFICAÇÃO	RESULTADOS
Propriedade P1 “a operação teve outros motivos que não os tributários?” 34 análises (69%)	2 Sim (6%) 32 Não (94%)	2 Válidos (100%) 0 Inválidos (0%) 0 Válido (0%) 34 Inválidos (100%)
Propriedade 2 (P2) “Os fatos foram considerados como descritos?” 49 análises (100%)	8 Sim (17%) 41 Não (83%)	5 Válidos (62%) 3 Inválido (38%) 0 Válidos (0%) 41 Inválidos (100%)
Propriedade 3 (P3) “Regras cogentes não-tributárias foram respeitadas?” 04 análises (8%)	1 Sim (50%) 1 Não (50%)	1 Válidos (100%) 0 Inválido (0%) 0 Válidos (0%) 1 Inválidos (100%)

**Fonte:** elaborado pelo autor

Como explicado no tópico 3.4.1, analisaremos um segundo problema normativo para as 34 (trinta e quatro) decisões do CARF que analisaram Propriedade P1 (i.e., que analisaram a existência ou inexistência de razões extratributárias). Vamos analisar as seguintes subpropriedades, traduzidas em forma de perguntas: (i) “houve um adequado intervalo temporal entre as operações?” (P1A); (ii) “as partes envolvidas eram independentes?” (P1B) e (iii) “existe coerência entre as operações e as atividades

<sup>219</sup> 9101-005.951

<sup>220</sup> 9101-004.382

empresariais das partes envolvidas?” (P1C).

A propriedade P1A (adequação temporal) foi analisada em 21 (vinte e um) acórdãos (60% da amostra). No único acórdão em que se considerou adequado o intervalo temporal (+P1A), concluiu-se pela existência de motivos extratributários (frequência relativa de 100%). Nas 20 (vinte) decisões que se manifestaram pela inadequação temporal (-P1A), concluiu-se pela ausência de motivos extratributários (-P1) em todos os acórdãos (frequência relativa de 100%).

A propriedade P1B (independência das partes) foi analisada em 32 (trinta e dois) acórdãos (94% da amostra). Em 23 (vinte e três) acórdãos entendeu-se que as partes eram independentes (+P1B), mas apenas um acórdão concluiu pela existência de motivos extratributários (frequência relativa de 4%). Nas 09 (nove) decisões em que se constatou a dependência das partes (-P1B), concluiu-se pela ausência de motivos extratributários (-P1) em 08 decisões (frequência relativa de 88%).

A alta frequência de casos em que as partes eram independentes (+P1B) e a decisão foi nos entido de que existiam motivos extratributários (-P1) se explica porque tais decisões trataram de ágio formado entre partes independentes mas que ocorrerem com o uso de “empresa-veículo”. A jurisprudência da CSRF passou a analisar se o contribuinte possuía um “propósito comercial” para ter criado uma “empresa-veículo” como, por exemplo, alguma vedação regulatória para efetuar diretamente a aquisição da participação societária.

Como na maior partes das decisões os contribuintes não esclareceram qual seria o “propósito comercial da empresa-veículo” – até mesmo porque tal critério criado pela CSRF não tem base legal nem qualquer racionalidade – as decisões acabaram concluindo que a transação entre partes independentes não teria motivações extra tributárias. Ou seja, deslocou-se a análise da motivação extratributária da transação de aquisição de participação societária para a motivação extratributária do uso de uma “empresa-veículo”.

A propriedade P1C (coerência das operações com as atividades empresariais) foi analisada em 34 (trinta e quatro) acórdãos (100% da amostra). Nos 2 (dois) acórdãos em que considerou que a havia coerência nas transações efetuadas (+P1C), concluiu-se pela existência de motivos extratributários (+P1) em ambos os casos (frequência relativa de 100%). Nas 32 (trinta e duas) decisões que concluíram pela incoerência das operações com as atividades empresariais (-P1C), concluiu-se pela ausência de motivos extratributários em todos os casos analisados (frequência relativa de 100%).

Para melhor visualização, as conclusões sobre as subpropriedades P1A (adequação

temporal), P1B (independência das partes) e P1C (coerência das operações com as atividades empresariais) e sua relação com P1 (existência de motivos extratributários) foram consolidados na tabela abaixo. A existência de motivos extratributários está representado por +P1 e a ausência de motivos extratributários por -P1.

Tabela 14  
Relação entre as subpropriedades analisadas e a existência de motivações extratributárias nas decisões da CSRF (2019-2023)

Subpropriedade	Verificação	Resultados
Subpropriedade 1 (P1A) “houve um adequado intervalo temporal entre as operações?” 22 análises (61%)	1 Sim (4%)	+P1: 1 decisão (100%) -P1: 0 decisões (0%)
	21 Não (96%)	+P1: 0 decisões (0%) -P1: 21 decisões (100%)
Subpropriedade 2 (P1B) “as partes envolvidas eram independentes?” 32 análises (94%)	23 Sim (72%)	+P1: 1 decisão (4%) -P1: 22 decisões (96%)
	09 Não (18%)	+P1: 1 decisão (12%) -P1: 08 decisões (88%)
Subpropriedade 3 (P1C) “existe coerência entre as operações e as atividades empresariais desenvolvidas?” 34 análises (100%)	2 Sim (2%)	+P1: 02 decisões (100%) -P1: 0 decisão (0%)
	32 Não (95%)	+P1: 0 decisões (0%) -P1: 33 decisões (100%)

Fonte: elaborado pelo autor

### 3.5 Análise conjunta: 245 acórdãos proferidos ao longo de duas décadas

Como os quatro estudos seguem, em seus aspectos relevantes, o método do *Normative Systems* originalmente proposto por Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin, com as adaptações feitas pelo Grupo de Estudos de Legislação Tributária Brasileira e Comparada da USP em 2010, é viável que seus resultados sejam consolidados. Ao efetuarmos a consolidação, chegamos ao expressivo número de 245 (duzentos e quarenta e cinco) acórdãos analisados, proferidos pelo tribunal administrativo ao longo de vinte anos.

Trata-se de amostra representativa capaz de demonstrar, com a segurança que somente um estudo empírico é capaz de proporcionar, quais foram os critérios determinantes aplicados pelo tribunal administrativo sobre a elisão tributária em duas décadas. Na tabela abaixo, apresentamos as seis regras probabilísticas originalmente propostas pelo Grupo de Estudos de Legislação Tributária Brasileira e Comparada da USP aplicadas aos 245 (duzentos e quarentas e cinco) acórdãos, com as respectivas indicações de suas frequências relativas:



<b>Regra Probabilística</b>	<b>CC (2002-08)</b>	<b>CARF (2008-13)</b>	<b>CARF (2015-17)</b>	<b>CSRF (2018-23)</b>
Se +P1 (existência de razões extratributárias), então provavelmente planejamento válido”	90%	93%	80%	100%
Se -P1 (inexistência de razões extratributárias), então provavelmente planejamento inválido	83%	95%	92%	100%
Se +P2 (fatos foram considerados tais como descritos pelo contribuinte), então planejamento válido	100%	71%	77%	62%
Se -P2 (fatos não foram considerados tais como descritos pelo contribuinte), então planejamento inválido	100%	86%	100%	100%
Para +P3 (foram observadas regras cogentes não-tributárias), não foi possível estabelecer regra probabilística	60%	95%	67%	100%
Se -P3 (não foram observadas regras cogentes não-tributárias), então provavelmente planejamento válido	90%	85%	97%	100%
<b>Total de Acórdãos analisados:</b>	<b>76</b>	<b>50</b>	<b>70</b>	<b>49</b>

Fonte: elaborado pelo autor

Com base na tabela acima, é possível afirmar que as regras probabilísticas relacionadas às propriedades P1 (existência de razões extratributárias) e P2 (fatos foram considerados tais como descritos pelo contribuinte) se confirmaram ao longo dos 4 estudos, porque as frequências relativas se mantiveram constantes. Em relação à regra “se -P2, então planejamento inválido”, a frequência relativa é menor no último estudo porque ele envolveu 2 (dois) acórdãos trataram de uma discussão específica envolvendo fundos imobiliários, de modo que o critério determinante da decisão desfavorável foi a interpretação do artigo 2º da Lei nº 9.779/99 (e não a qualificação dos negócios jurídicos).

Também é possível extrair algumas conclusões sobre a relação entre P1 (existência de razões extratributárias) e P2 (fatos foram considerados tais como descritos pelo contribuinte). Os pesquisadores do Grupo de Estudos de Legislação Tributária Brasileira e Comparada da USP, em 2010, observaram que as decisões analisavam a propriedade P1 junto com a propriedade P2, e a frequência relativa de ambos não permitia afirmar com exatidão que a existência ou não motivação extratributária (+P1 ou -P1) era o critério determinante para o planejamento tributário ser considerado válido ou inválido.

Mas isso fica nítido nos estudos posteriores. Note-se que a frequência relativa da relação de +P2 com o planejamento tributário válido começa a cair (100%, 71%, 77% e 67%), a frequência relativa de +P1 com o planejamento tributário válido aumenta (90%, 93%, 80% e 100%) e a frequência relativa de -P1 com o planejamento tributário inválido aumenta de forma mais expressiva (83%, 95%, 92% e 100%). Dito de outra forma, a análise conjunta dos 4 estudos indica que o CARF e a CSRF proferiram várias decisões em que os

fatos foram considerados existentes tais como narrado pelo contribuinte e o planejamento tributário foi considerado inválido pela inexistência de motivos extratributários.

Daí pode se concluir, com a segurança de que um estudo empírico que analisa de 245 (duzentos e quarenta e cinco) acórdãos proferidos ao longo de duas décadas, que a existência ou não de motivação extratributária se tornou o critério determinante adotado para diferenciar o planejamento tributário válido (elisão tributária – na nomenclatura adotada nesse estudo) das estruturas inválidas (evasão fiscal – na nomenclatura adotada nesse estudo).

Em relação à propriedade P3 (se foram observadas regras cogentes não-tributárias), sua análise não revelou resultados que gozam de racionalidade científica e devem ser desconsiderados. Na proposta original do Grupo de Estudos de Legislação Tributária Brasileira e Comparada da USP, a propriedade P3 tinha por objetivo verificar a ocorrência do tratamento tributário nas hipóteses de “fraude à lei”, entendidas como aquelas em que o contribuinte “contornasse” regras cogentes não tributárias. Seu âmbito de aplicação seria, portanto, restrito a poucos casos.

No entanto, pelo que se nota dos acórdãos, os contribuintes descrevem genericamente que cumpriram os requisitos e formalidades legais dos negócios jurídicos praticados. As decisões do CARF reproduzem tais informações e em seguida afirmam – com razão - que a validade dos negócios jurídicos praticados não impede a requalificação para fins tributários, nos termos do artigo 149, VII do CTN.

Mesmo nos poucos casos em que há análise mais aprofundada de uma norma prevista por alguma agência reguladora, não se identifica nenhuma análise relacionada ao instituto de fraude a lei, e sim referências genéricas à legislação sem nenhuma racionalidade científica. Dessa forma, concluímos que todos os resultados envolvendo P3 não gozam de precisão científica e devem ser desconsiderados.

Uma vez demonstrado que o critério que vem sendo adotado de forma determinante pelas decisões do CARF e da CSRF para diferenciar a elisão tributária de evasão fiscal é a existência de razões extratributárias (+P1), passa-se a verificar se as subpropriedades P1A(adequado intervalo temporal), P1B (independência das partes) e P1C (coerência entre as operações e as atividades empresariais das partes envolvidas) e a conclusão se haveria ou não motivação extratributária.

Não se mostra adequado consolidar os resultados de quatro estudos porque os estudos que analisaram as decisões do CARF proferidas entre 2008 e 2013 e entre 2015 e

2017 partiram de metodologias diversas em relação a esse ponto. Mais especificamente, as subpropriedades foram tratadas como propriedades e o teste feito foi se sua presença resultaria no planejamento tributário ser considerado válido ou inválido.

Assim, para termos a segurança de consolidar apenas dados de estudos que seguem a mesma metodologia, consolidaremos apenas os resultados da pesquisa das decisões do Conselho de Contribuintes de 2002 e 2008 e das decisões da primeira turma da CSRF proferidas entre 2019 e 2023. Nossa amostra compreende, portanto, um total de 85 (oitenta e cinco) acórdãos.

Na tabela abaixo, reproduzimos a relação das subpropriedades P1A (adequado intervalo temporal), P1B (independência das partes) e P1C (coerência entre as operações e as atividades empresariais das partes envolvidas) e a conclusão se haveria ou não motivação extratributária:

<b>Relação entre subpropriedades e a existência de razões extratributárias</b>	<b>CC (2002-08)</b>	<b>CSRF (2019-23)</b>
+P1A (adequado intervalo temporal) = +P1 (há razões extratributárias)	66%	100%
-P1A (inadequado intervalo temporal) = -P1 (não há razões extratributárias)	90%	100%
+P1B (as partes eram independentes) = +P1 (há razões extratributárias)	0%	4%
-P1B (as partes não eram independentes) = -P1 (não há razões extratributárias)	66%	88%
+P1C (há coerência entre as operações e as atividades empresariais das partes envolvidas) = +P1 (há razões extratributárias)	60%	100%
-P1C (não há coerência entre as operações e as atividades empresariais das partes envolvidas) = -P1 (não há razões extratributárias)	92%	100%
Total de Acórdãos que tiveram tais subpropriedades analisadas	51	34

**Fonte:** elaborado pelo autor

Note-se que em ambos os estudos, as frequências relativas se mantêm constantes. Mas é cabível uma ponderação crítica antes de extrairmos considerações científicas da observação das frequências relativas.

Em relação à regra P1A (adequado intervalo temporal), a tabela acima demonstra que nos casos em que se entendeu que não existiriam razões extratributárias, também se considerou o intervalo temporal inadequado (frequências relativas de 66% e 100%). O inverso também é verdadeiro, nos casos em que se entendeu que existiriam razões extratributárias, também se considerou o intervalo temporal adequado (frequências relativas de 90% e 100%).

No entanto, existem duas interpretações possíveis de tais dados. A primeira interpretação possível é que o julgador pode ter considerado que o intervalo temporal era adequado e, por isso, entendeu que existiriam razões extratributárias. A segunda interpretação possível – e que nos parece ser a leitura mais correta - é que o julgador concluiu que existiriam (ou não) razões extratributárias (por outros motivos) e simplesmente se refere ao fato do intervalo temporal ser ou não adequado para reforçar sua argumentação.

Não há nas decisões analisadas nenhum indício de qual foi o raciocínio adotado pelos julgadores e, sendo decisões colegiadas, é possível (talvez até provável) que os julgadores tenham adotado raciocínios diversos e que convergiram para o mesmo voto. Também não há nenhuma decisão que aprofunde qual seria o intervalo temporal “adequado” para cada tipo de transação, o que demonstra que tal critério é simplesmente aplicado para corroborar uma posição já tomada.

Em relação à regra PIB (partes independentes), a tabela acima demonstra que o CARF aceitou a validade de estruturas que geram economia tributária mesmo se formada entre partes relacionadas, apesar da frequência relativa ser baixa (4%). Trata-se de observação importante que devemos levar em consideração quando formos analisar, no capítulo seguinte, a transação conhecida como “ágio interno”, que praticada entre partes relacionadas, e a posição do CARF é totalmente desfavorável.

Em relação à regra PIC (coerência entre as operações e as atividades empresariais das partes envolvidas), a tabela acima demonstra que quando o CARF entende que tal propriedade está presente, quase sempre concluiu que há razões extratributárias (e o inverso também é verdade). Ocorre que decisão que conclui pela existência de razões extratributárias acaba afirmando que negócios praticados são “coerentes” ou “adequados”. Assim, a subpropriedade PIC mostra-se de difícil aplicação prática, porque acaba se confundindo com a propriedade P1 que objetiva testar. Seus resultados devem, portanto, ser desconsiderados.

### **3.6 Teste da Hipótese: “propósito negocial” se tornou um “rótulo” para negar a elisão tributária**

A constatação principal da análise empírica é que o CARF construiu ao longo de duas décadas uma verdadeira “doutrina do propósito negocial”, exigindo que tal requisito esteja presente para que a elisão tributária seja reconhecida. Sabendo que o CARF exige tal requisito, os contribuintes evidenciam em seus recursos a existência de propósito negocial

nos negócios praticados. Ao julgar os recursos, as decisões analisam se o propósito negocial alegado pelos contribuintes é “adequado”, gerando mais um precedente sobre “propósito negocial”. Ou seja, a própria dinâmica de julgamentos do CARF retroalimenta essa prática.

A afirmação de que a existência de “propósito negocial” se tornou dominante nas decisões do CARF não representa nenhuma novidade. Foi justamente isso que motivou, em 2010, a pesquisa do Grupo de Estudos de Legislação Tributária Brasileira e Comparada da USP, que citamos ao longo do capítulo. No mesmo sentido, uma simples busca nos acórdãos do CARF evidencia que a expressão “ausência de propósito negocial” está presente em diversas ementas de decisões do CARF desfavoráveis ao contribuinte.

O aspecto relevante é analisar o que o CARF tem chamado de “propósito negocial”, ou mais especificamente, se o “propósito negocial” é equivalente a algum instituto que analisamos no Capítulo 2 (“*business purpose test*”, conceito de “simulação” dentro de uma perspectiva causalista, critérios da “*substance over form*”, “abuso de direito”, “fraude à lei”, etc.) ou se é simplesmente um “rótulo” que abrange qualquer argumento contrário à elisão tributária.

O estudo empírico que fizemos neste capítulo adotou propriedades que analisavam a existência de razões extratributárias, de forma semelhante ao que sustenta a teoria da *business purpose test*. Esta teoria, desenvolvida no direito norte-americano, questiona se a operação teria sido efetuada do mesmo modo, se não fossem as vantagens tributárias geradas. Como as decisões do CARF sobre elisão tributária tratam de “propósito negocial”, pode-se afirmar que a metodologia adotada acabou resultando em uma verificação se o “propósito negocial” entendido como razões extratributárias (na perspectiva da *business purpose test*) foi adotado pelo CARF ao longo das últimas duas décadas.

Confirmamos empiricamente que esse critério de razões extratributárias esteve presente nas decisões do CARF. Também apontamos que tal “doutrina” evoluiu para exigir que cada passo de uma reorganização societária tenha “razões extratributárias”. Por exemplo, se é criada uma “empresa veículo”, exige-se que haja razão extratributária para sua criação. Se o contribuinte transfere ativos para um Fundo de Investimento em Participações ou para um Fundo de Investimento Imobiliário, porque a lei confere um tratamento tributário mais favorável a tais entidades, exige-se que razão extratributária para a criação dos fundos e também para a transferência dos ativos.

E o que acontece quando o contribuinte comprova a existência de razões extratributárias? Na maior parte dos casos, não se reconhece a elisão tributária. Chegamos

ao cerne do problema: se as decisões do CARF utilizam o critério do “propósito negocial” para diferenciar a elisão tributária da evasão fiscal e se o estudo empírico comprova que o “propósito negocial” engloba a existência de razões extratributárias, como explicar o número significativo de casos em que o contribuinte demonstrou a existência de razões extratributárias e a elisão tributária não foi reconhecida?

Assim, ganha força a leitura que as decisões do CARF utilizam a expressão “propósito negocial” como um rótulo que abarca, além da existência de razões extratributárias, outros institutos que supostamente servem para limitar a elisão tributária. Veja-se que é exatamente essa característica de “rótulo” sustentada pelo conselheiro do CARF Ilmo. Sr. Luiz Tadeu Matosinho Machado em artigo científico sobre a “a prova na demonstração do propósito negocial”<sup>221</sup>:

“ Com efeito, a verificação do propósito negocial de uma operação ou negócio nada mais é do que o exame da sua efetividade dentro do escopo em que foi inserido, aferindo a existência de efeitos jurídicos que lhes são próprios e inerentes ao objetivo declarado pelo contribuinte. É uma espécie de teste de razoabilidade e adequação do ato praticado ao objetivo declarado. Quando ao se examinar a substância do negócio, verifica-se que o mesmo não tem outro efeito concreto que não a redução da carga tributária, é razoável que o Fisco possa valorar seus efeitos ante a lei fiscal vigente e afastá-lo quando for o caso”.

Note-se da passagem acima que há pluralidade de justificativas para o uso do rótulo “propósito negocial”, sempre com a utilização de termos de elevado grau de vagueza. Há referência à “substância do negócio” (que parece indicar a aplicação da teoria da “*substance over form*”, que tratamos no capítulo 2.4.4), a um “teste de razoabilidade e adequação do ato praticado ao objetivo declarado” (que parece indicar a aplicação de um conceito de simulação pela perspectiva causalista do negócio jurídica) e também à necessidade de que não possa ser “verificado seu cunho meramente fiscal” (que parece indicar a aplicação da teoria da “*business purpose test*”, que tratamos no capítulo 2.4.4).

É exatamente porque o propósito negocial se tornou um “rótulo” no qual são aglutinados diversos institutos que ele não pode ser adotado como um critério válido para distinguir a elisão fiscal da evasão fiscal. Muito menos embasar lançamentos de requalificação dos negócios jurídicos praticados, porque o contribuinte sequer consegue contrapor a acusação genérica de ausência de um propósito negocial, inexistindo a liquidez

---

<sup>221</sup> MACHADO, Luiz Tadeu Matosinho. “A prova na demonstração do propósito negocial”. In: Eficiência Probatória A prova na demonstração do propósito negocial. In.: P . 71

e certeza necessárias para um lançamento tributário que exige o artigo 142 do CTN<sup>222</sup>.

Dessa forma, restou confirmada a hipótese levantada neste estudo de que o “propósito negocial” se tornou um rótulo que abarca diferentes institutos, tais como a ausência de motivação extratributária, simulação pela perspectiva causalista e critérios da substância sobre a forma, e refletem uma tomada de posição de que elisão tributária não seria permitida. Tais critérios não se sustentam em face do julgamento da ADI 2446 que confirmou o direito à elisão tributária e que os limites, atualmente aplicáveis, são apenas os constantes no artigo 149, VII do CTN.

O fenômeno de transformação do “propósito negocial” em um rótulo teve duas contribuições. Primeiro, é nítida a influência dos princípios da solidariedade e da capacidade contributiva para vedar qualquer caso de economia tributária na construção deste amplo “rótulo” de propósito negocial. Segundo, alguns estudos científicos começaram a sustentar que as discussões conceituais sobre a elisão tributária e seus limites não seriam relevantes, e sim as discussões de casos concretos.

Quanto ao primeiro ponto, trata-se de mero reflexo da posição tomada por autoridades fiscais e alguns julgadores do CARF de que a elisão tributária não seria permitida, sempre buscando algum critério para negá-la. O caso do ágio, que abordaremos em detalhes no capítulo seguinte, é emblemático: o CARF construiu um critério de que o uso da “empresa-veículo” impedia o aproveitamento fiscal do ágio. Assim, alguns contribuintes utilizaram estruturas sem o uso da “empresa-veículo”: o CARF construiu outro critério para negar o aproveitamento do ágio relacionado à origem dos recursos financeiros.

Em relação ao segundo ponto, é conhecida a seguinte passagem de Marco Aurélio Greco que relativiza a importância da análise conceitual das patologias jurídicas e defende que o debate deveria girar em torno da realidade das condutas<sup>223</sup>:

“ Ou seja, ao pensarmos em patologias que contaminam os planejamentos tributários, não devemos supor que o debate se restrinja ao plano abstrato, conceitual, das categorias de vício, mas ele se desdobra pelo exame prático, concreto, das condutas efetivamente praticadas realizadas pelo contribuinte a ponto de se poder dizer que a verdadeira patologia que está por baixo das várias

---

<sup>222</sup> “Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional

<sup>223</sup> GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. 4 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 293.

categorias é a ‘distorção’ que pode se referir a vontades, objetivos, forma e substância etc.

Em suma, o debate não é conceitual em abstrato, mas substancial diante da realidade das condutas.”

Não assiste razão ao referido doutrinador. Especialmente após o julgamento da ADI 2.446 pelo STF, que afirmou o direito à elisão tributária, a requalificação das condutas praticadas pelo contribuinte somente são cabíveis nos exatos termos do artigo 149, VII do CTN, que abordam o “dolo”, “fraude” e “simulação”.

Como exposto nos capítulo II.2, a expressão “dolo” foi utilizada como reforço linguístico e a expressão “fraude” só pode significar a fraude penal, incompatível com a “elisão tributária”, de modo que o debate gira em torno do significado de “simulação”. Como o legislador optou por não apresentar um conceito específico de “simulação” para fins tributários, é claro que ele busca a estabilidade do conceito advindo do Direito Privado e os séculos de desenvolvimento e refinamento de seu conteúdo semântico. Não teria sentido abandonar todo esse arcabouço teórico para simplesmente permitir a requalificação dos negócios praticados em uma suposta “distorção”, palavra que sequer tem significado preciso.

É verdade que os estudos sobre elisão tributária atingiram elevado grau de maturidade - fruto do grande esforço da doutrina tradicional - de modo que os estudos atuais podem voltar-se à análise realidade das condutas. Assim, o debate é justamente a aplicabilidade do significado de “simulação” às realidades das condutas praticadas pelo contribuinte. No tópico seguinte, faremos tal análise em casos representativos de elisão em reorganizações societárias típicas.



## Capítulo IV –ELISÃO TRIBUTÁRIA EM REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS TÍPICAS

### 4.1 – O plano para o teste da hipótese

Neste capítulo testaremos a hipótese de que a elisão tributária nas reorganizações societárias típicas deve preencher dois aspectos: (i) estar de acordo com a interpretação dos dispositivos que regem aquele tipo de transação específica (que variam de acordo com a estrutura adotada) e (ii) inexistência de simulação absoluta, cenário em que caberá a requalificação do negócio praticado com base no artigo 149, VII do CTN.

Como uma das conclusões do estudo do capítulo 2 foi que a análise da existência da simulação precisa levar em consideração as particularidades de cada transação, optamos por analisar quatro grupo de decisões, que são representativos das principais discussões,

O primeiro exemplo (“ágio interno”) tem como cenário-base uma sociedade efetuar a aquisição de participação societária de outra sociedade sob controle comum, gerando ágio pela diferença entre o valor pago (preço de aquisição) e o valor patrimonial da investida, fundamentado como rentabilidade futura. Posteriormente, ocorre a incorporação da sociedade investida pela incorporada (ou vice-versa), cumprindo-se o requisito do artigo 7º, III da Lei nº 9.532/97<sup>224</sup> para permitir a amortização fiscal para fins de IRPJ e CSLL.

Em apertada síntese, as autoridades fiscais usualmente negam o aproveitamento fiscal amortização fiscal do ágio ao argumento de que tais transações eram dotadas de artificialidade pelo simples fato de envolver sociedades sob controle comum. Os contribuintes normalmente argumentam que o aproveitamento fiscal do ágio é válido por força do princípio da legalidade, visto que somente com o advento da Lei nº 12.973/14 é que passou a existir vedação legal ao aproveitamento fiscal do ágio gerado em transações entre partes sob controle comum.

---

<sup>224</sup> “Lei nº 9.532/97. Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

(...)

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração.”

A segunda discussão (“ágio com empresa-veículo”) tem como cenário base a constituição de uma nova sociedade, sem qualquer outra atividade operacional, que recebe os recursos necessários para efetuar a aquisição via aumento de capital. Tal sociedade efetuava a aquisição com ágio e, posteriormente, é incorporada na sociedade adquirida, que passava a aproveitar fiscalmente o ágio via amortização.

As autoridades fiscais questionam essa estrutura de aquisição ao argumento de que o uso de uma “empresa-veículo” não seria permitida pelo ordenamento jurídico ou que a verdadeira adquirente seria a sociedade que aportou os recursos na empresa-veículo, não tendo sido cumprido o requisito do artigo 7º, III da Lei nº 9.532/97. Tal discussão aplica-se tanto ao regime de ágio da Lei nº 9.532/97 quanto da Lei nº 12.973/14.

A terceira discussão envolve a incorporação de sociedade lucrativa por sociedade deficitária que possua créditos de prejuízo fiscal (IRPJ) e base de cálculo negativa (CSLL) acumulada de anos anteriores. Utilizaremos o vocábulo “prejuízo fiscal” para se referir tanto ao prejuízo fiscal de IRPJ quanto à base de cálculo negativa de CSLL, tendo em vista que as diferenças entre ambas não são relevantes para o presente estudo.

Existem dois dispositivos do Decreto-Lei nº 2.341/87 que tratam do aproveitamento de prejuízos fiscais de anos anteriores em eventos de reorganização societária. O artigo 33<sup>225</sup> dispõe que a sucessora não poderá compensar prejuízos fiscais da sucedida. O artigo 32<sup>226</sup> dispõe que a pessoa jurídica não poderá compensar seus próprios prejuízos fiscais, se entre a data da apuração e da compensação houver ocorrido, cumulativamente, modificação de seu controle societário e do ramo de atividade.

O cenário-base é a sociedade que possui os prejuízos fiscais ser a sociedade incorporadora, preservando os prejuízos fiscais, que passam a ser compensados com os lucros advindos da fonte produtora advindos da sociedade incorporada. As autoridades fiscais questionam tais estruturas normalmente ao argumento de que a sociedade que figurou no ato societário como incorporadora é que foi a verdadeira incorporada (i.e., requalificando os fatos), e concluindo que os prejuízos fiscais não poderiam ser aproveitados por força do artigo 33 do Decreto-Lei nº 2.341/87.

---

<sup>225</sup> “Art. 33. A pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão não poderá compensar prejuízos fiscais da sucedida.

Parágrafo único. No caso de cisão parcial, a pessoa jurídica cindida poderá compensar os seus próprios prejuízos, proporcionalmente à parcela remanescente do patrimônio líquido.”

<sup>226</sup> “Art. 32. A pessoa jurídica não poderá compensar seus próprios prejuízos fiscais, se entre a data da apuração e da compensação houver ocorrido, cumulativamente, modificação de seu controle societário e do ramo de atividade.”

O quarto caso envolve segregação de fontes produtoras em sociedades diversas por meio de operação de cisão. Isso pode fazer com que uma ou mais sociedades passem a ficar dentro do limite de faturamento que permite a adoção do regime do lucro presumido (atualmente R\$ 78 milhões), o que pode reduzir o desembolso total de IRPJ e CSLL sob a perspectiva do grupo empresarial.

Não há, atualmente, legislação tributária que instituía especificamente alguma limitação à segregação de fontes produtoras para adoção ao regime do lucro presumido<sup>227</sup>. No entanto, pode ocorrer questionamento com base nos limites normativos gerais ao planejamento tributário previstos no CTN, notadamente a requalificação dos fatos por força de “simulação”, ao argumento de que a segregação não teria efetivamente ocorrido.

Note-se que os exemplos acima mencionados (i) não são específicos de um setor econômico, (ii) envolvem a interpretação de dispositivos específicos para cada uma das transações (e.g., o artigo 7º da Lei nº 9.532/97 nos casos de ágio e artigos 32 e 33 do Decreto-lei) bem como do artigo 149, VII do CTN e (iii) existem decisões administrativas do CARF, CSRF e decisões judiciais sobre o tema, o que permite a melhor aproximação do objeto e teste da hipótese.

## **4.2 – Ágio na aquisição de participação societária**

### **4.2.1 – A natureza jurídica do ágio e o conceito de renda**

O artigo 153, III, da CF/88 outorga à União Federal a competência para instituir o imposto sobre “a renda e proventos de qualquer natureza”. A definição do critério material (i.e., o significado de “renda”) já constava no artigo 43 do CTN como “o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos”. Embora exista certa divergência sobre a liberdade do legislador ordinário em futuramente alterar o critério material, as posições doutrinárias convergem no sentido de que o atual conceito constitucional de renda, mostra-se compatível com o texto constitucional, tendo sido recepcionado pela CF/88<sup>228</sup>.

---

<sup>227</sup> NETO, Luis Flávio. Planejamento Tributário: a legitimidade da segregação operacional e societária de fontes produtoras de rendimentos. In: *Planejamento Tributário: pressupostos teóricos e aplicação prática* / José Antonino Marinho Neto (Org.); Valter de Souza Lobato (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 265.

<sup>228</sup> OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do imposto de renda*. São Paulo, SP: IBDT, 2020, - v.1, p. 353.

Na definição proposta por Paulo Ayres Barreto, a renda deve ser entendida como um acréscimo do patrimônio, assim definido como conjunto de bens e direitos, pertencentes a uma mesma pessoa física ou jurídica, dentro de um lapso temporal em que são comparados ingressos com desembolsos<sup>229</sup>. Note-se que tal definição enxerga a renda como o resultado líquido da comparação entre ingressos (e.g., receitas e ganhos) com seus respectivos desembolsos (e.g., dispêndios), podendo-se afirmar que a renda passível de tributação é a “renda líquida”, que representa um acréscimo do patrimônio.

Em primoroso estudo a respeito do imposto de renda, Brandão Machado já apontava como princípios fundamentais da tributação a renda líquida e a capacidade contributiva<sup>230</sup>. Observando que a definição na lei tributária deveria ser a mais precisa possível justamente porque autorizaria o Estado a tomar dos indivíduos uma parcela do seu patrimônio e que o artigo 43 do CTN não era suficientemente claro sobre o conceito de renda líquida, chegou a sustentar a edição de lei complementar para definir adequadamente o fato gerador e a base de cálculo do imposto de renda.

A doutrina majoritária corroborou a renda líquida como princípio fundamental da tributação, mas entendeu que seria desnecessária nova lei complementar porque tal princípio estaria implícito na noção de acréscimo patrimonial<sup>231</sup>, com raciocínio semelhante ao que fizemos acima ao analisarmos a definição proposta por Paulo Ayres Barreto. O tema está longe de ser pacífico. Exemplificativamente, Luis Eduardo Schoueri argumenta que o artigo 43, I do CTN também abarcaria casos de renda-produto que não se medem como acréscimo patrimonial (e.g. rendimentos pagos a não-residentes), de modo que não parece mandatário que renda sempre compreenderia a um acréscimo patrimonial<sup>232</sup>.

A renda obtida com a alienação de participação societária é medida pelo ganho de capital, o que simplifica a discussão para fins de nossa análise. Assim, aplicável a afirmação de Luis Eduardo Schoueri e Guilherme Galdino de que o princípio da renda líquida limita a

---

<sup>229</sup> AYRES BARRETO, Paulo. *Imposto sobre a Renda e Preços de Transferência*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 73.

<sup>230</sup> MACHADO, Brandão. Breve exame crítico do art. 43 do CTN. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Imposto de renda – conceitos, princípios e comentários*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 108.

<sup>231</sup> OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Princípios fundamentais do imposto de renda. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurelio (Coord.). *Direito Tributário – estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 224; TORRES, Ricardo Lobo. *Estudos e pareceres de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 61-62.

<sup>232</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. O Mito do Lucro Real na Passagem da Disponibilidade Jurídica para a Disponibilidade Econômica. In: QUIROGA MOSQUERA, Roberto; LOPES, Alexsandro (Coord.) *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*. Vol. 1. São Paulo: Dialética, 2010, p. 247.

liberdade do legislador em afastar a dedutibilidade de despesas imprescindíveis à obtenção da riqueza que está sendo tributada<sup>233</sup>. No caso do ganho de capital, isso significará que os dispêndios com a aquisição do bem que está sendo tributação na alienação precisa ser dedutível, sob pena de violar o princípio da renda líquida.

Além do princípio da renda líquida, interessa-nos entender as diferentes sistemáticas de apuração de imposto de renda pelas pessoas jurídicas. No lucro real, parte-se do lucro líquido apurado na escrituração comercial, ajustado pelas adições e exclusões admitidas ou exigidas pela legislação tributária. No lucro presumido, aplica-se percentual de presunção de lucratividade (previamente definido em lei), acrescentando alguns valores sem nenhum percentual e presunção. O lucro arbitrado é aplicável quando faltam elementos para apuração do lucro tributável (e.g., contabilidade imprecisa), e a base de cálculo é determinada por meio de um percentual sobre a receita (se conhecida) ou por outros índices previstos em lei.

Assim, contrapondo o vocábulo “real” (que passa a ideia de verdadeiro, inquestionável) com “arbitrado” e “presumido” (que passam a ideia de inexatidão, aproximado), acaba sendo intuitivo que a base de cálculo obtida com a sistemática do lucro real seria “mais correta”, “mais justa” e “mais apurada” que a base de cálculo obtida com a sistemática do lucro “presumido” ou “arbitrado”.

No entanto, Luis Eduardo Schoueri já demonstrou a incorreção desse raciocínio. O “lucro real” também se sustenta em uma série de presunções e aproximações, que não mais são do que concessões à praticabilidade, sem as quais se tornaria inviável a apuração do imposto. A partir da constatação de que as convenções contábeis e fiscais chegam a um lucro aproximado, que não será cientificamente e incontestavelmente o lucro efetivamente auferido pelo contribuinte, conclui que apesar da nomenclatura, o lucro real “nada mais é que uma realidade construída, artificiosa, sobre a qual recai a tributação”<sup>234</sup>.

Prossegue Luis Eduardo Schoueri analisando exemplos em que a legislação ordinária fez uso de presunções e ficções, tal como as taxas de depreciação anuais estabelecidas pela legislação. Tais concessões em nome da praticabilidade, tornam simples

---

<sup>233</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Dedutibilidade de despesas com atividades ilícitas. In: ADAMY, Pedro Augustin; FERREIRA NETO, Arthur M. (Coord.). *Tributação do ilícito*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 151

<sup>234</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. O Mito do Lucro Real na Passagem da Disponibilidade Jurídica para a Disponibilidade Econômica. In: QUIROGA MOSQUERA, Roberto; LOPES, Alexsandro (Coord.) *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*. Vol. 1. São Paulo: Dialética, 2010, p. 259.

e viável a execução das leis, e confirmam que não existe um “único lucro real” que corresponderia à única forma verdadeira e corre. Em suas palavras, “são vários os ‘lucros reais’, isto é, várias as aproximações possíveis do lucro efetivo da pessoa jurídica, o qual é praticamente impossível de se aferir”.

Para tornar ainda mais claro o raciocínio do referido doutrinador, vamos efetuar um exemplo numérico com taxas de depreciação. Em nosso exemplo hipotético, considere que uma sociedade recém criada constrói um terminal privado portuário, incorrendo em dispêndios para construção de toda a infraestrutura do terminal portuário no valor total de R\$ 360 milhões. Para simplificar nosso exemplo, vamos considerar uma receita fixa estimada de R\$ 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) e desconsiderar outros dispêndios.

Os engenheiros responsáveis pela obra informam que a construção efetuada se manterá em perfeitas condições de uso por 30 (trinta) anos. Assim, a taxa de depreciação para fins contábeis refletirá a vida útil do bem (30 anos), com registro contábil de uma despesa de depreciação (linear) no valor de R\$ 1.000.000 (um milhão) por mês durante o período de 30 anos. Para fins de IRPJ e CSLL, a legislação faculta ao contribuinte utilizar a taxa de depreciação prevista pela contabilidade ou a taxa de depreciação que considere o prazo de vida útil de 25 anos, o que resultaria em uma depreciação de R\$ 1.200.000 (um milhão e duzentos mil reais) por mês durante o período de 25 anos.

Nesse exemplo, a base de cálculo no lucro real será diferente a depender da escolha do contribuinte. Utilizando a taxa de depreciação para fins contábeis, o lucro real será de R\$ 500.000 (quinhentos mil reais) por mês nos primeiros 25 anos (i.e.,  $1.500.000 - 1.000.000$ ) e de R\$ 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil reais) a partir do vigésimo sexto ano, porque o bem estará totalmente depreciado. Utilizando a taxa de depreciação prevista na legislação fiscal, o lucro real será de R\$ 300.000 (trezentos mil reais) por mês nos primeiros 30 anos (i.e.,  $1.500.000 - 1.200.000$ ) e de R\$ 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) a partir do trigésimo primeiro ano, quando o bem estará totalmente depreciado.

Assim, temos dois “lucros reais” com resultados diferentes durante os primeiros 30 (trinta) anos. Um é “mais correto” ou “mais apurado” que o outro? Essa discussão pode ser relevante para outras ciências (tal como as ciências contábeis) mas não para o Direito, que trabalha com categorias de lícito/ilícito e válido/não válido, como explicamos no tópico 1.21. Como as duas formas de apurar o lucro real são previstas no ordenamento, ambas são válidas por refletirem adequadamente o conceito de renda delineado pelo legislador em linha com o

conceito constitucional de renda visto que, em última análise, permite a dedutibilidade dos dispêndios em contraposição às receitas auferidas.

Ora, se é possível que existam dois critérios quantitativos diferentes válidos em face do ordenamento atual, salta aos olhos que o legislador certa liberdade para delinear a base de cálculo do imposto de renda. Para ficar ainda no nosso exemplo hipotético, seria constitucional alteração legislativa que restringisse o direito do contribuinte em utilizar a taxa de depreciação para fins fiscais em determinados casos (desde que a distinção não seja arbitrária). Talvez tal alteração legislativa seja indesejável, pois aumentará significativamente o esforço da fiscalização com impacto pífio na arrecadação tributária (e meramente temporal), mas não violaria o conceito de renda.

Assim, uma vez demonstrado que há certa liberdade para o legislador delinear a base de cálculo do imposto de renda (mesmo na sistemática chamada “lucro real”) mas que sempre deve respeitar o princípio da renda líquida, ficará mais claro entendemos a figura do ágio e suas alterações legislativas ao longo tempo.

Desde a edição do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77, o contribuinte que adquirisse de participação societária que fosse avaliada pelo método de equivalência patrimonial deveria desdobrar o valor da aquisição em patrimônio líquido da investida e o “ágio” (ou deságio – se negativo). O ágio deveria ser classificado em três categorias, a depender de seus fundamentos econômicos: (i) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; (ii) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; ou (iii) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Note-se que o “ágio” é, antes de tudo, um “rótulo” de parcela do preço da aquisição de participação societária. Assim, ainda que seu tratamento tributário tenha variado ao longo do tempo seja para diferir ou antecipar sua dedutibilidade, dentro da liberdade que possui o para delinear o “lucro real”, nunca poderá negar sua dedutibilidade quando prever a tributação do ganho obtido com a alienação da participação societária, sob pena de violar o princípio da renda líquida.

#### **4.2.2. – Evolução Legislativa do Tratamento Tributário do ágio**

Antes da entrada em vigor da Lei nº 9.537/97, o ágio ou deságio eram realizados no momento da extinção do investimento por incorporação, cisão ou fusão, independente do

seu fundamento econômico. Mais especificamente, de acordo com o artigo 34 do Decreto-lei nº 1.598/77 a diferença entre o valor contábil e o valor do acervo líquido (avaliado a valor de mercado), era imediatamente dedutível do lucro real, sendo facultado ao contribuinte diferir a dedutibilidade da perda em até 10 anos. O Parecer Normativo CST nº 51/79 esclarecia que o conceito de valor contábil abrangia o ágio ou o deságio apurado na aquisição do investimento.

No regime da Lei nº 9.532/97, o tratamento do ágio como despesa dedutível passou a depender de seu fundamento econômico. O ágio com fundamento no valor de mercado de bens do ativo seria computado no custo de aquisição do respectivo ativo, aumentando o valor da despesa de depreciação ou amortização. O ágio com fundamento na expectativa de rentabilidade futura poderia ser amortizado para fins fiscais à razão máxima de 1/60 avos por mês. O ágio com fundamento em outras razões econômicas não poderia ser utilizado para redução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL (tal como as outras duas espécies citadas acima), mas poderia ser utilizado como custo o caso de alienação do investimento.

João Francisco Bianco observa três aprimoramentos da Lei nº 9.532/97 em comparação ao regime anterior. Primeiro, para as operações societárias realizadas a valor contábil, o ágio de rentabilidade futura passou a ser dedutível à razão de 1/60 mês, ao passo que no regime anterior a perda de capital não era dedutível. Segundo, a possibilidade de dedução fiscal do ágio mesmo nos casos em que o investimento não fosse obrigatoriamente avaliado pelo método de equivalência patrimonial. Terceiro, a previsão expressa de o requisito legal estaria cumprido com a incorporação da sociedade investidora pela sociedade investida (a chamada “incorporação reversa”)<sup>235</sup>.

Como a Lei nº 9.532/97 foi contemporânea ao Programa Nacional de Desestatização, muitos autores efetuaram a leitura de que ela foi editada como incentivo à maior arrecadação do governo com os leilões de privatização efetuados na década de 1990. O raciocínio é que ao permitir que parte do preço gerasse uma futura dedutibilidade dos valores (reduzindo o IRPJ e CSLL), seria criado um incentivo aos contribuintes aumentarem o valor dos lances, aumentando a arrecadação do governo em um primeiro momento.

---

<sup>235</sup> BIANCO, João Francisco. “Ainda o Ágio Pago na Aquisição de Investimento”. *Controvérsias Jurídico-Contábeis*. Coord. Alexandre Evaristo Pinto et al. São Paulo: Atlas, 2020, p. 206.



Diversos autores afirmam que a Lei nº 9.537/97 foi editada ênfase ao primeiro ponto, tais como Ricardo Mariz de Oliveira<sup>236</sup>, Valter Lobato<sup>237</sup>, Ian Muniz<sup>238</sup>, Raquel Novais e Bruna Marrara Martinez<sup>239</sup>. O ponto em comum de tais posições é que nenhum dos autores sustentam que o aproveitamento do ágio ficou restrito às operações de privatização da década de 1990. Nas palavras de Ricardo Mariz de Oliveira: “todavia, a norma não se restringiu ao programa de privatização, tendo se estendido a toda e qualquer situação que se subsuma às suas hipótese fáticas de incidência”<sup>240</sup>.

Apesar dessa ideia ser dominante, é digno de nota que não há nenhum trecho na exposição de motivos da Lei nº 9.532/97 que permita tal conclusão. Muito pelo contrário, o item 11 da exposição de motivos de referida lei traz a informação de que a permissão da dedutibilidade do ágio teria por objetivo evitar uma estrutura de economia tributária. Confira-se:

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

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

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

Em estudo publicado em 2012, Luis Eduardo Schoueri questionou essa ideia dominante de que a Lei nº 9.532/97 teria o intuito de incentivo às privatizações. Demonstra que o mencionado item 11 da exposição de motivos evidenciaria a intenção do legislador de

---

<sup>236</sup> NOVAIS, Raquel; MARTINEZ, Bruna Marrara. “A Lei 12.973/2014, a Empresa-veículo e Outros Temas”. *Controvérsias Jurídico Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*. 6º Volume. Coord. Roberto Quiroga Mosquera e Alessandro Broedel Lopes. São Paulo: Dialética, 2015, p. 495.

<sup>237</sup> OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do imposto de renda*. São Paulo, SP: IBDT, 2020, - v.2, p. 949.

<sup>238</sup> MUNIZ, Ian. *Fusões e Aquisições – Aspectos Fiscais e Societários*. 2ª Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 324.

<sup>239</sup> NOVAIS, Raquel; MARTINEZ, Bruna Marrara. “A Lei 12.973/2014, a Empresa-Veículo e Outros Temas”. *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*. 6º Volume. Coord. Roberto Quiroga Mosquera e Alessandro Broedel Lopes. São Paulo: Dialética, 2015, p. 495.

<sup>240</sup> OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do imposto de renda*. São Paulo, SP: IBDT, 2020, - v.2, p. 949.

impedir a dedução integral do ágio no momento da incorporação, fusão ou cisão, o que não teria relação direta com o Plano Nacional de Desestatização. Tal posição tem sido seguida por diversos estudos recentes sobre a matéria, inclusive artigo científico publicado por André Mendes de Moura e Marcos Aurélio Pereira Valadão, que foram julgadores do CARF que proferiram diversos votos sobre a temática ágio<sup>241</sup>.

Tais posições não são excludentes e podem ser conciliadas. Não se pode negar o fato de que as empresas que participaram das privatizações levaram em consideração o aproveitamento do ágio na modelagem financeira para definir o valor do lance a ser oferecido. Também é claro que a Lei nº 9.532/97 trouxe vantagens e desvantagens em relação ao regime anterior, não podendo se falar que trataria um incentivo fiscal. Como “desvantagem”, pode-se falar no obrigatório diferimento (tendo em vista que o contribuinte poderia deduzir de forma imediata) e como “vantagem” a previsão expressa de que o aproveitamento do ágio poderia ocorrer com a chamada “incorporação reversa”.

O regime do ágio da Lei nº 9.532/97 permaneceu sem alterações relevantes até a edição da Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007, editada com o objetivo de convergência das normas contábeis brasileiras às normas internacionais e da Medida Provisória nº 449, de 03 de setembro de 2008, que previu a neutralidade, para fins fiscais, dos impactos das novas normas contábeis.

No âmbito de combinação de negócios, foi editado, em janeiro de 2008, uma versão revisada da norma “*IFRS 3 - Business Combination*”, aprovada pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis (“CPC”) em 26 de junho de 2009 por meio do Pronunciamento Técnico (“PT”) CPC 15 – Combinação de Negócios, obrigatório para companhias abertas para o exercício 2010, sendo facultada a apresentação referente ao exercício 2009<sup>242</sup>. O PT CPC 15 – Combinação de Negócios prevê um processo de reconhecimento e mensuração de operações enquadradas como combinação de negócios denominado “*Purchase Price Allocation*”, que deve ser efetuado dentro do “período de mensuração”, que não pode exceder um ano da data de aquisição<sup>243</sup>.

Tal processo possui uma série de etapas, entre elas, o reconhecimento e mensuração dos ativos identificáveis adquiridos e dos passivos assumidos na adquirida com base nos

---

<sup>241</sup> MOURA, André Mendes de; VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. “Ágio nas reorganizações societárias no âmbito da Lei nº 9.532, de 1997, e a jurisprudência atual do CARF”. Revista Fórum de Direito Tributário nº 93. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 105-106.

<sup>242</sup> Artigos 1º e 2º da Instrução da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) nº 457, de 13 de julho de 2007.

<sup>243</sup> Item 45 do PT CPC 15 – Combinação de Negócios.

respectivos valores justos na data de aquisição. A diferença constituiria o ágio por expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*), de natureza residual (calculado após mais-valia dos ativos líquidos), que não seria amortizável, mas objeto de teste de recuperabilidade.

Paralelamente, a Medida Provisória nº 449/08, convertida na Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, instituiu o Regime Tributário de Transição (“RTT”) estabelecendo a neutralidade, para fins fiscais, dos impactos das novas normas contábeis emitidas pelo CPC, entre elas as alterações do PT CPC 15 – Combinação de negócios. Dessa forma, durante o período que vigorou o Regime Tributário de Transição, o “ágio para fins fiscais” era o ágio a ser apurado segundo as prescrições da Lei nº 9.532/97. Para fins contábeis, entretanto, a nomenclatura “ágio” restringia-se à expectativa de rentabilidade futura calculada de acordo com o “*Purchase Price Allocation*” previsto no PT CPC 15 – Combinação de Negócios.

Anos mais tarde, sobreveio a Medida Provisória nº 627, de 11 de novembro de 2013, convertida na Lei nº 12.973/14, que extinguiu o RTT e buscou regular – de forma exaustiva – os efeitos fiscais relacionados aos métodos e critérios contábeis existentes até a data de sua edição, o que incluía os atos expedidos pelo CPC.

Dentre as diversas inovações do regime de ágio da Lei nº 12.973/14 em comparação ao regime da Lei nº 9.532/97, a lei determinou que o custo de aquisição do investimento fosse alocado seguindo uma ordem pré-estabelecida na legislação. Primeiro, ao valor de patrimônio líquido da sociedade adquirida, proporcionalmente ao percentual de participação, obedecendo, ainda, as demais regras trazidas pelo artigo 21 do Decreto-lei nº 1.598/77, com as alterações da Lei nº 12.973/14. Segundo, para a diferença entre (a) o valor justo dos ativos, líquidos dos passivos, da sociedade adquirida e (b) o respectivo valor contábil, o que constitui mais-valia (se representar um montante positivo) ou menos-valia (se representar um montante negativo). Terceiro, para ágio por rentabilidade futura (*goodwill*) ou ganho por compra vantajosa, que corresponde à diferença positiva ou negativa, respectivamente, entre (a) o custo de aquisição do investimento e (b) o somatório dos itens (i) e (ii) acima.

A lei nº 12.973/14 também previu que o montante da mais-valia ou menos-valia dos ativos adquiridos e passivos assumidos (que são elementos prévios para se determinar o valor residual do *goodwill*) estejam baseados em laudo preparado por perito independente, que precisará ser protocolado na Receita Federal do Brasil ou registrado, de forma sumária, em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, no prazo de até 13 meses da data da aquisição<sup>244</sup>.

---

<sup>244</sup> Artigo 20, §3º, do Decreto-lei nº 1.598/77 com redação conferida pela Lei nº 12.973/14.

A Lei nº 12.973/14 trouxe regra vedando o aproveitamento de mais-valia e ágio por expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*) quando decorrentes de aquisição entre “partes dependentes”, que ocorre quando: (i) o alienante e o adquirente sob controle comum; (ii) o alienante e o adquirente que são controlador e controlada (ou vice versa); (iii) o alienante que é sócio, titular, conselheiro ou administrador da pessoa jurídica adquirente; (iv) o alienante pessoa física que possui determinada relação de parentesco com as pessoas indicadas no item anterior; e (v) por último, de forma mais abrangente, “em decorrência de outras relações (...) em que fique comprovada a dependência societária”.

#### 4.1.3. – A discussão sobre o ágio interno

Pela análise das decisões do CARF, é possível identificar a existência de diferentes estruturas de formação e aproveitamento de ágio formado entre entidades sob controle comum, que costumam ser impropriamente aglutinados dentro do rótulo “ágio interno”.

Uma proposta de diferenciação em dois grupos foi proposta por Marcos Shigueo Takata em voto proferido no acórdão nº 1103-00.501, em sessão de junho de 2011, posteriormente melhor desenvolvida em artigo científico publicado em 2012<sup>245</sup>.

Para o referido autor, seria necessário distinguir entre várias hipóteses de “ágios internos”, que poderiam ser divididos em dois grupos. O primeiro foi descrito como “ágio interno real sem causa, ‘artificial’ ou ‘fabricado’” e o exemplo apresentado foi de subscrição de capital com ágio, seguido de incorporação reversa. O segundo grupo foi descrito como “causa ágio interno com causa, real ou efetivo”, e foram apresentados diversos exemplos teóricos. Para ilustrar e desenvolver o raciocínio do autor, adotaremos o exemplo de aquisição de participação societária sob controle comum em que existam sócios minoritários como o cenário-base desse segundo grupo.

No primeiro grupo de casos (ágio formado via aumento de capital a valor de mercado), determinada sociedade (a sociedade investidora) contribui a valor de mercado o investimento em outra sociedade (a sociedade investida) em uma nova sociedade recém criada (a “empresa-veículo”). O aumento de capital assemelha-se a “alienação” das ações ou quotas da sociedade investida pelo preço da contribuição ao capital, gerando diferentes

---

<sup>245</sup> TAKATA, Marcos Shigueo. “Ágio interno sem causa ou ‘artificial’ e ágio interno com causa ou real – distinções necessárias”. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; e LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos). São Paulo: Dialética, 2012. v. 3.

efeitos para a sociedade investidora (que estaria alienando a sociedade investida) e a “empresa-veículo” (que estaria adquirindo a sociedade investida).

No âmbito da sociedade investidora, há ganho de capital representado pela diferença entre o valor da contribuição (valor de mercado da sociedade investida) e o valor contábil da sociedade investida, a ser incluído na base de cálculo do IRPJ e da CSLL. No âmbito da empresa-veículo, regista-se ágio pela diferença entre o preço das ações ou quotas emitidas (o valor de mercado da sociedade investida) e o valor contábil da sociedade investida. Ato contínuo, a empresa-veículo incorpora a sociedade investida (ou vice versa), cumprindo-se o requisito do artigo 7º da Lei nº 9.532/97 para amortizar o ágio.

Tal estrutura foi utilizada em diversos casos julgados pelo CARF<sup>246</sup>. Característica marcante é a ausência de fluxo financeiro. Como a sociedade investidora já era sócia da sociedade investida e o ágio foi formado porque o aumento de capital foi realizado a valor de mercado, costuma-se falar que ocorreu uma “reavaliação” do valor da participação societária ou “ágio de si mesmo”. Além disso, em grande parte dos casos, verifica-se que a inclusão do ganho de capital na base de cálculo do IRPJ e da CSLL da sociedade investidora não gerou qualquer tributo a pagar, pois a sociedade investidora possuía perdas correntes para absorver o ganho de capital tributável na operação.

No caso selecionado como representativo do segundo grupo, há celebração de contrato de aquisição de ações ou quotas de determinada sociedade (a sociedade investida) que são detidas por outra sociedade, que possui controle societário comum com a sociedade investidora. É por conta dessa relação de controle comum que as autoridades fiscais usam o rótulo “ágio interno”, embora tal nomenclatura seja imprópria, porque é uma transação ocorrida entre duas pessoas jurídicas diferentes, não sendo gerado internamente dentro de mesma pessoa jurídica.

Mantendo essa classificação entre duas categorias de diferentes “ágios internos” (em que o primeiro cenário não deveria ser admitido para fins tributários), Marcos Shigueo Takata empreendeu ambiciosa tentativa de diferenciar os dois cenários tanto sob o ponto de vista jurídico quanto contábil. Em sua argumentação, acaba utilizando aspectos contábeis (inclusive decisões da CVM que aceitaram o reconhecimento contábil do ágio interno) para sustentar a legitimidade do ágio para fins fiscais do segundo grupo. Ocorre que, assim, praticamente equiparou o instituto jurídico do “ágio” com o instituto contábil do ágio.

---

<sup>246</sup> Exemplos: Acórdão nº 101-96.724, j, sessão realizada em 28/05/2008., 105-17.219, julgado em 17.12.2008, 1101-00.404, sessão realizada em 26.01.2011.

Mas como abordado no capítulo 4.2.2, após grande esforço doutrinário, está mais do que pacificado que a figura do “ágio” prevista pela Lei nº 9.532/97 (e até mesmo pela Lei nº 12.973/14) não possui o mesmo significado que o “ágio” para fins contábeis. Assim, é completamente irrelevante perquirir se o primeiro cenário (ágio formado via aumento de capital a valor de mercado) e o segundo cenário (ágio formado em aquisição de participação societária) possuem o mesmo tratamento contábil. Desse modo, não podemos concordar com grande parte da argumentação de Marcos Shigueo Takata para justificar a diferença entre os dois institutos.

No entanto, mesmo afastando os argumentos de natureza contábil, o autor apresenta um critério que, por si só, seria suficiente para diferenciar as duas categorias de “ágio interno”: a existência de minoritários. Confira-se, neste sentido, a seguinte passagem:

“5.8. Daí dizermos: é quando inexistente pagamento de preço e minoritários ou terceiros que se põe a condenação ao reconhecimento contábil do ágio interno, com ausência

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

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

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

Como a Lei nº 9.532/97 não traz nenhuma referência a aquisição de participação societária envolver ou não acionistas minoritários, mostra-se intrigante que o autor tenha eleito tal critério. Firme com nosso pressuposto teórico de que o intérprete constrói a norma jurídica com base nas máximas de sua experiência, concluímos que o autor, reconhecido como um dos principais especialistas nas áreas tributária e contábil e com vasta experiência prática no tema, parte do pressuposto (fruto de sua experiência profissional) de que a existência de minoritários afasta qualquer alegação de que a aquisição de participação societária não teria substância econômica.

De fato, não se mostra crível que um acionista minoritário irá vender sua participação societária simplesmente para permitir que o sócio majoritário da sociedade que

está sendo vendida (que também é sócio da sociedade adquirente) consiga gerar um ágio artificial na transação e possa posteriormente reduzir a carga tributária global da empresa combinada. Se o fizesse, seria por mera liberalidade, visto que sequer participaria dos benefícios econômicos da redução da carga tributária, pois já teria vendido a sua participação societária ao sócio majoritário.

Assim, a existência de acionistas minoritários em aquisições de participações societárias efetuadas por sociedades com sócio controlador comum funcionam como prova irrefutável de que a transação foi real, com substância econômica. Mas tal constatação não permite afirmar que a ausência de minoritários significaria que a transação foi simulada. Assim, o critério proposto por Marcos Shigueo Takata mostra-se correto desde que aplicado *cum grano salis* e que pode ser melhor formulado nos seguintes termos: ágio interno envolvendo sócios ou acionistas minoritários dispensa maiores investigações de que as transações não são simuladas, visto que a existência de minoritários (aprovando a transação) é prova irrefutável da existência de substância econômica na transação.

Analisando os diversos precedentes da CARF sobre o tema, Luis Eduardo Schoueri e Roberto Codorniz Leite Pereira, também observam que o rótulo “ágio interno” se refere a duas operações completamente diversas: o ágio interno considerado artificial ou sem causa, que seria formado na subscrição de capital a valor de mercado, e o ágio interno considerado real ou com causa, que seria formado nas operações de aquisição de participação societária. Ou seja, diferentemente do que propôs Marcos Shigueo Takata, não seria necessária a presença de sócios minoritários para que a aquisição de participação gerasse um ágio interno considerado real ou com causa. É a existência de efetivo pagamento ou, fluxo financeiro, que auxilia a afirmação da existência de substância econômica<sup>247</sup>.

Os autores também fazem arguta observação sobre o papel da “empresa-veículo” em cada um dos casos. No ágio interno considerado artificial ou sem causa, a “empresa-veículo” é utilizada para a própria formação do ágio (via subscrição de capital). No ágio interno considerado real ou com causa, a “empresa-veículo” é utilizada apenas para “transportar” o ágio de uma pessoa jurídica para a outra, visando-se a evitar que o ágio seja formado na pessoa jurídica de onde provieram originalmente os recursos para a aquisição do

---

<sup>247</sup> SCHOUERI, Luis Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. “O Ágio Interno na Jurisprudência do CARF e a (Des)proporcionalidade do artigo 22 da Lei nº 12.973/2014”. In: Marcelo Magalhães Peixoto; Maurício Pereira Faro. (Org.). *Análise de Casos sobre Aproveitamento de Ágio: IRPJ e CSLL - à Luz da Jurisprudência do CARF - Conselho Administrativo de Recursos Fiscais*. 1ed. São Paulo: MP Editora, 2016, p. 359-361.

investimento, por não ser do seu interesse misturar negócios distintos na ocasião da subsequente incorporação societária<sup>248</sup>

Com rigor científico para analisar o tema sob a ótica das ciências contábeis sem cair na tentação de buscar identidade com o instituto jurídico do ágio, Luis Eduardo Schoueri e Roberto Codorniz Leite Pereira também demonstram que o tratamento contábil é diferente nos dois cenários. Sob a ótica das ciências contábeis após o processo de convergências às normas IFRS, demonstram que Eliseu Martins e Sérgio de Iudícibus afirmam que há certo consenso que só se ativa ágio por rentabilidade futura (*goodwill*) quando fruto de uma transação, jamais quando ele é criado pela própria entidade. A dúvida que se coloca é o que seria uma “entidade”<sup>249</sup>.

Com base nas lições de Eliseu Martins e Sérgio de Iudícibus, Luis Eduardo Schoueri e Roberto Codorniz Leite Pereira concluem que a lógica da realidade contábil e brasileira é inversa à norte-americana. Nos Estados Unidos, a “entidade” é o grupo econômico, sendo vedado o reconhecimento do ágio gerado a partir de transações entre pessoas jurídicas pertencentes ao mesmo grupo econômico, porque ocorrem dentro da mesma “entidade”. No Brasil, prevalece a figura do balanço individual, de modo que não há impedimento ao reconhecimento contábil de ágio realizado entre pessoas jurídicas pertencentes ao mesmo grupo econômico, visto cada uma ser uma “entidade” diferente<sup>250</sup>.

Em seguida, os autores aplicam tal raciocínio para os dois cenários que foram tratados: o ágio interno artificial ou sem causa formado por subscrição de capital por valor de mercado (item 1) e o ágio interno considerado real ou com causa formado nas operações de aquisição de participação societária (item 2). Para os autores, considerando a realidade contábil brasileira, seria incorreto utilizar a nomenclatura de “ágio interno” para as operações do item 2, porque envolveriam “entidades diversas”. O adjetivo “interno” só seria adequado, nas palavras dos autores, “nas hipóteses de ágio interno artificial, desde que, evidentemente,

---

<sup>248</sup> Ibidem, p. 363.

<sup>249</sup> MARTINS, Eliseu e IUDÍCIBIS, Sérgio de. Ágio interno é um mito? In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (org.). Controvérsias jurídico contábeis: aproximações e distanciamentos. São Paulo: Dialética, 2013.

<sup>250</sup> SCHOUERI, Luis Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. “O Ágio Interno na Jurisprudência do CARF e a (Des)proporcionalidade do artigo 22 da Lei nº 12.973/2014”. In: Marcelo Magalhães Peixoto; Maurício Pereira Faro. (Org.). Análise de Casos sobre Aproveitamento de Ágio: IRPJ e CSLL - à Luz da Jurisprudência do CARF - Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. 1ed. São Paulo: MP Editora, 2016, p. 362-363.



reste caracterizada a simulação da operação, pois, neste caso, não mais haverá duas pessoas distintas participando da operação, mas, tão somente, uma (item i)”.

O argumento é insuperável e demonstra o duplo equívoco de decisões do CARF que se basearem em regras contábeis que supostamente negavam o reconhecimento do “ágio interno” para negar seus efeitos fiscais. Primeiro, o conceito de ágio para fins jurídicos é diferente do conceito contábil, o que, por si só, já impediria tal raciocínio. Segundo, nas hipóteses que se enquadram no rótulo “ágio interno”, somente existiria vedação ao seu reconhecimento para fins contábeis na hipótese de ágio gerado na subscrição e ações, e ainda assim caso se apontasse a natureza simulada da operação.

Com base no ponto levantado por Luis Eduardo Schoueri e Roberto Codorniz Leite, chegamos ao cerne da discussão. Como explicado no capítulo 2.3.2, a interpretação que reputamos mais correta do julgamento da ADI nº 2.446 pelo STF é que a autoridade tributária poderia requalificar as transações eivadas de simulação (absoluta) com base no artigo 149, VII do CTN, mas não há base legal para requalificar (para fins tributários) os negócios jurídicos praticados ao argumento de que houve dissimulação (simulação relativa), visto que o artigo 116 parágrafo único do CTN está pendente de regulamentação.

Assim, o cerne da questão no “ágio interno” é analisar se as transações se qualificam como hipóteses de simulação absoluta ou simulação relativa. A resposta não é apriorística, pois como concluiu Rômulo Cristiano Coutinho da Silva em sua dissertação publicada em 2019 e reiterada em artigo científico publicado em 2021, “é preciso que os aplicadores do Direito e os órgãos de julgamento ‘separem o joio do trigo’”<sup>251</sup>. Assim, dentro do rótulo ágio interno teremos transações legítimas quanto transações artificiais.

Para a correta análise do tema, é necessário identificar quais seriam as possíveis acusações a serem efetuadas pelas autoridades fiscais, se corresponderiam à simulação absoluta ou dissimulação (simulação relativa) e quais seriam os critérios para se concluir pela simulação absoluta ou dissimulação em cada um dos casos.

Na primeira estrutura proposta (ágio formado via aumento de capital a valor de mercado), não há como vislumbrar um outro negócio jurídico que estaria sendo “dissimulado”. Ou se conclui que o negócio jurídico de aumento de capital é existente (e válido por preencher todos os requisitos) ou que ele não existe e que objeto foi de simulação (absoluta). Assim, só cabe a acusação de simulação (absoluta), e não de dissimulação.

---

<sup>251</sup> SILVA, Rômulo Cristiano Coutinho da. “Ágio interno, intertextualidade normativa e limites interpretativos à luz da segurança jurídica”. In: *Revista Direito Tributário Atual* nº 42. São Paulo: IBDT, 2019, p. 271.

A acusação de simulação (absoluta) poderia ter dois ângulos: (i) que a própria “empresa veículo” foi objeto de simulação, o que impediria o reconhecimento do ágio no processo de contribuição ao capital ou (ii) que o negócio jurídico de aumento de capital foi simulado. Vejamos cada um deles.

A possibilidade da existência/constituição de uma sociedade ser simulada já foi abordada na doutrina, tanto sob a ótica do Direito Privado quanto seus reflexos em matéria tributária. Sob a ótica do Direito Privado, as discussões não giram em torno da simulação da constituição da sociedade, e sim da desconsideração de sua personalidade jurídica nos termos do artigo 50 do Código Civil de 2002, que ocorrem em hipóteses de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

Em sua tese sobre a simulação no Direito Privado (que analisamos com detalhes no Capítulo 2), Luiz Carlos de Andrade Júnior nega a possibilidade de ser reconhecida a simulação da sociedade no ordenamento jurídico pátrio. Mesmo que ocorresse conflito entre a vontade de simular e de constituição da pessoa jurídica, não haveria simulação porque o surgimento da pessoa jurídica decorreria dos trâmites para publicidade da constituição da sociedade empresária<sup>252</sup>.

De fato, em linha com a ausência de manifestações doutrinárias admitindo a simulação da posição doutrinária, não se verificam decisões judiciais considerando que uma pessoa jurídica é inexistente ou simulada. Isso fica nítido no trecho do voto do Ministro Ricardo Viilas Bôas Cueva em recente decisão do STJ, que entendeu que houve fraude na constituição de um Fundo de Investimento em Participações, e que seria o caso de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Confira-se:<sup>253</sup>:

“Ainda que não esteja expressamente dito, a simples leitura dos textos leva à conclusão de que as cotas dos fundos de investimento podem ser objeto de penhora em processo de execução por dívidas pessoais dos próprios cotistas, mas não podem ser penhoradas por dívidas do fundo, tampouco de outros cotistas que não tenham nenhuma relação com o verdadeiro devedor.

Todas essas regras, no entanto, de obrigatória observância em circunstâncias normais, devem ceder diante da comprovação inequívoca de que a própria constituição do fundo de investimento se deu de forma fraudulenta, como modo de encobrir ilegalidades e ocultar o patrimônio de empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico, sempre se tomando a necessária cautela para não atingir as cotas titularizadas por quem não possui nenhuma relação com o executado.

---

<sup>252</sup> ANDRADE JÚNIOR, Luis Carlos. *A simulação no Direito Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. P.199.

<sup>253</sup> BRASIL, STJ, Recurso Especial n. ° 1965982 - SP, Relator Ministro A Ministro Ricardo Viilas Bôas Cueva. Segunda Turma, Terceira Turma, bunal Pleno, julgado em 09.05.2022.

(...)

Resta examinar se, na hipótese dos autos, estão presentes os requisitos para a aplicação da disregard doctrine, deixando desde logo registrado que a desconsideração da personalidade jurídica, no caso, operou-se de forma inversa, para atingir o patrimônio de outras empresas coligadas à executada, haja vista o reconhecimento da formação de grupo econômico e de confusão patrimonial.

Analisando a perspectiva sob a ótica do Direito Tributário, mas com ampla análise das diferentes correntes doutrinárias em torno da formulação teórica das pessoas jurídicas sob a ótica do Direito Privado, Luis Eduardo Schoueri e Mateus Calicchio concluem pela impossibilidade de existência de simulação da pessoa jurídica. Para os autores, a pessoa jurídica apresenta-se, perante o direito positivo, como um centro de imputação de direitos e obrigações, de modo que sua existência equivale a sua personalidade jurídica, adquirida mediante o registro do seu ato constitutivo no órgão competente.

Com a regular constituição, a o ordenamento reconhece a pessoa jurídica como um sujeito de direito, titular de direitos e obrigações (centro de relações jurídicas), cuja existência não pode ser considerada simulada, justamente por se tratar de uma concepção jurídica. Não existiria uma realidade subjacente diversa da reconhecida e institucionalizada pelo Direito, não sendo cabível cogitar de sua simulação.

Assim, em face dos entendimentos acima mencionados, somente será cabível a simulação do próprio negócio jurídico. Irá pressupor a comprovação por parte da autoridade fiscal da inexistência do ato jurídico praticado de aumento de capital, comprovando-se o pacto simulatório de que o aumento de capital seria imediatamente desfeito por um ato posterior. Somente nessa hipótese é que pode-se falar em ato inexistente e simulado.

Na segunda estrutura (aquisição de participação societária por sociedade sob controle comum), também somente caberá a requalificação para fins fiscais na comprovação de que a aquisição de participação societária foi simulada. Como os critérios essenciais de um contrato de compra e venda são objeto e preço, existindo efetivamente a transferência da participação societária (objeto) e pagamento do preço (independente de fluxo financeiro), ao negócio jurídico terá preenchido todos os requisitos legais e será válido.

A necessidade de que a fiscalização aponte alguma conduta específica foi confirmada no seguinte precedente do Tribunal Regional Feeral da 4ª Região:

“1. A pessoa jurídica, antes da vigência da Lei n. 12.973/14, que absorver patrimônio de outra em virtude de incorporação ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, baseado em rentabilidade futura, ainda que o aumento do capital social que deu origem ao ágio tenha sido integralizado com ações de sociedade integrante do mesmo grupo econômico, juntamente com

capital de terceiros, poderá amortizá-lo na forma prevista no art. 7º, III, da Lei n. 9.532/97. 2. O capital social pode ser formado com contribuições em dinheiro ou em qualquer outra espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro. 3. A interpretação fundada na substância econômica das operações de reorganização societária não autoriza que a autoridade administrativa transforme atos jurídicos perfeitos em imperfeitos na ótica exclusivamente tributária com o escopo de encaixá-los em uma tributação mais favorável aos interesses fazendários, violando a autonomia da vontade, a liberdade econômica, a proteção da confiança, a segurança jurídica e o princípio da legalidade. 4. A adoção de regras contábeis não pode se sobrepor às regras jurídicas que disciplinavam o ágio gerado na reorganização societária sem qualquer distinção em relação a empresas do mesmo grupo econômico.”

(TRF-4 5058075-42.2017.4.04.7100, SEGUNDA TURMA, Relator ALEXANDRE ROSSATO DA SILVA ÁVILA, juntado aos autos em 09/04/2021)

Da análise dos votos que formaram esse julgamento. O desembargador Alexandre Rossato da Silva Ávila julgou de forma favorável ao contribuinte assentando que “a autoridade fiscal não identificou nenhuma fraude ou simulação ou qualquer outra deformidade que pudesse colocar em dúvida a legitimidade dos diversos atos jurídicos praticados na reorganização”. No entendimento do relator, “havia um preceito legal especial para regular o ágio nas incorporações e cisões, não existindo a menor menção à necessidade de substância econômica ou que as operações estariam vedadas entre partes relacionadas.

O Desembargador Roger Raupp Rios, acompanhando o relator, destacou que “ao tomar o termo ágio e buscar seu significado, as palavras da lei são a referência inicial e fundamental”, e que ao atentar para o uso literal do termo e do seu sentido contextual, a conclusão seria pela legalidade das transações.

#### **4.1.3. – A discussão sobre o “ágio veículo”**

Outra discussão recorrente sobre o tema ágio envolve as chamadas “empresas-veículo”, novamente um rótulo que abrange operações das mais variadas espécies. A própria estrutura descrita no tópico anterior de “ágio interno” formado na subscrição de ações depende do uso de uma “empresa-veículo”, que registra ágio pela diferença entre o valor de mercado e o patrimônio líquido da sociedade conferida a seu capital social. Nesse tipo de estrutura, a “empresa-veículo” é utilizada para viabilizar a formação do ágio em uma operação realizada entre entidades sob controle comum, motivo pelo qual mostra-se adequada sua classificação dentro do rótulo “ágio interno”.

O fato é que a doutrina inicialmente abordou a temática “ágio interno” e do “ágio com uso de empresa-veículo” de forma conjunta, visto serem intimamente relacionados. O ponto em comum das diversas posições é que o critério determinante para o ágio ser válido para fins fiscais é ser fruto de uma transação que existiu na realidade, sem vícios nos negócios jurídicos praticados.

De forma predominante, fora o exemplo do ágio interno na subscrição de ações, o rótulo “empresa-veículo” acaba sendo utilizado para se referir às operações em que determinada sociedade é utilizada para o “transporte” do ágio gerado em uma aquisição (originalmente ocorrida entre partes independentes) para outra pessoa jurídica. Como cada transação é única, as hipóteses de uso da empresa-veículo para “transporte” do ágio se multiplicam.

As decisões do CARF acabaram construindo uma verdadeira “doutrina da empresa-veículo” para questionar ou legitimar seu uso. Justamente por ter sido efetivamente “criada” pelos julgadores sem nenhum embasamento em lei ou ato normativo, sequer há harmonia ou coerência nos critérios utilizados em sua fundamentação e aplicação.

Para fins desse trabalho, considerando as decisões do CARF e do Judiciário sobre o tema bem como os elementos que se pretende analisar, vamos apresentar quatro “casos-problema”, cenários hipotéticos que refletem, em seus aspectos relevantes, as principais estruturas que foram avaliadas pelo CARF e, em alguns casos, pelo Judiciário. Os casos são (i) constituição de “empresa-veículo” brasileira por sociedade estrangeira, para que a “empresa-veículo” efetue a aquisição, permitindo o registro do ágio, (ii) constituição de “empresa-veículo” por Fundo de investimento em Participações, (iii) uso de “empresa-veículo” quando há vedação regulatória para que a aquisição ocorra de forma direta e (iv) “transferência” do ágio para “empresa-veículo”).

O primeiro “caso-problema” se refere a estrutura largamente utilizada por investidores internacionais para adquirir ativos no programa de privatizações da década de 1990 e que continua atual. O investidor internacional constitui uma “empresa-veículo” no Brasil que negocia a aquisição de participação societária brasileira, figurando no contrato de compra e venda como sociedade adquirente. Há transferência de recursos financeiros por parte do investidor internacional para a “empresa-veículo” (via contribuição ao capital ou empréstimo), que efetua o pagamento do preço. Posteriormente, a “empresa-veículo” é incorporada na sociedade adquirida, iniciando-se o aproveitamento do ágio.

O segundo “caso problema” ocorre quando uma sociedade brasileira adquire participação societária em determinada sociedade, desdobrando o valor do investimento em patrimônio líquido da investida e ágio. Posteriormente, contribui ao capital social de uma “empresa-veículo” o investimento (mantendo-se o desdobramento entre patrimônio líquido da investida e ágio). A “empresa-veículo” passa, portanto, a registrar o ágio relacionado à aquisição da participação societária, mas não há a “duplicação do ágio” – e sim a sua transferência para a “empresa-veículo”). Posteriormente, a “empresa-veículo” é incorporada na sociedade adquirida, iniciando-se o aproveitamento do ágio.

O ponto em comum dessas estruturas é a existência de uma “empresa-veículo” para efetuar o “transporte” (ou transferência) do ágio gerado na aquisição de participação societária para outra pessoa jurídica, diversa da que fez a aquisição da participação societária de forma inicial. A “empresa-veículo”, portanto, serve para “transporte” do ágio, e não para gerar.

Os principais argumentos utilizados nas decisões do CARF podem ser agrupados em três grandes grupos. Primeiro, que haveria ilicitude na constituição de uma sociedade que não exerce atividades operacionais. Segundo, que a “empresa-veículo” não seria a verdadeira adquirente da participação societária, seja por não ter atividades operacionais ou por ter recebido os recursos financeiros para efetuar a aquisição de outra sociedade. Terceiro, a que exige um “propósito negocial” para justificar o uso da “empresa-veículo.

O primeiro posicionamento nega a licitude da constituição de uma pessoa jurídica que não tenha empregados nem outras atividades operacionais, como se isso não fosse permitido pelo ordenamento. Como exemplo desse posicionamento, vide o seguinte trecho do voto proferido pela Conselheira Adriana Gomes Rego, no Acórdão nº 9101-002.802, que tratava de hipótese de aplicação de multa qualificada pelo uso de “empresa-veículo”:

“Pois bem, entendo que a qualificação da multa de ofício é devida no presente processo pois, em que pesem todos os fatos terem sido registrados e contabilizados, sob o aspecto tributário, não se tem dúvida de que todo o planejamento visou alterar as características do fato gerador da obrigação tributária, de modo a reduzir o montante do imposto devido, nos termos do art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964. Para tanto, conforme demonstrado nos autos, a aquisição da PRODESMAQ S/A pela CCL INC (negócio real) foi dissimulada pela interposição de uma empresa meramente escritural, como se fosse a verdadeira compradora (negócio fictício), a qual somente serviu para viabilizar o mecanismo de transferência do ágio para a PRODESMAQ S/A, tanto que desapareceu em poucos dias.

A artificialidade desse mecanismo é evidência suficiente, no meu entender, de uma simulação, conforme apontado pela fiscalização, pois qual a razão de ser de uma empresa como a CCL PAR, sem qualquer atividade econômica, sem qualquer

custo, sem qualquer dispêndio, a não ser carrear um ágio para ser deduzido no Brasil?”

Note-se que tal posicionalmente reflete uma visão ideológica que a criação de uma sociedade com a finalidade específica de viabilizar o aproveitamento do ágio deveria ser “combatida”, sem considerações adicionais esclarecendo porque não seria permitida a constituição de uma pessoa jurídica sem atividades operacionais. Mesmo com nenhuma fundamentação, a influência de tal posicionamento é tão grande que alguns autores, inclusive, buscam evitar a expressão “empresa-veículo” justamente para afastar a carga semântica negativa, falando em “holdings interpostas”. Não seguimos essa linha e mantemos a expressão de “empresa-veículo” por termos convicção de sua licitude.

O segundo posicionamento nega a amortização do “ágio com uso de empresa-veículo” ao argumento de que a “empresa-veículo” não seria a verdadeira adquirente da participação societária. Assim, a incorporação da chamada “empresa-veículo” na “sociedade adquirida” (ou vice-versa) não preencheria o requisito do artigo 7º da Lei nº 9.532/97. Curiosamente, quando a suposta “empresa-veículo” é uma sociedade com substância econômica (empregados, atividades operacionais, ativos etc.) muda-se o argumento para dizer que a sociedade não é a “real adquirente” porque ela recebeu os recursos financeiros de forma autônoma.

Diversos votos de conselheiros do CARF adotam esse raciocínio, descrevendo a “investidora originária” como a sociedade que constituiu a “empresa-veículo”. Exemplificativamente, apresentamos abaixo o trecho do voto do conselheiro André Mendes de Moura no Acórdão nº 9101-002.304, julgado em sessão de 06 de abril de 2016, porque faz referência tanto à “decisão” sobre a aquisição quanto à origem dos recursos. Confira-se:

“O ponto é que, independente da genialidade da construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada, a investidora originária prevista pela norma não perderá a condição de investidora originária. Quem viabilizou a aquisição? De onde vieram os recursos de fato? Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida? Quem tomou a decisão de adquirir um investimento com sobrepreço? Respondo: a investidora originária.”

Pode-se tratar a discussão entre “investidora originária” utilizando uma “empresa-veículo” e “real adquirente” como discussões autônomas. De fato, como bem apontam Luciana Rosanova Galhardo e Pedro A. do A. Abujamra Asseis, as decisões do CARF que utilizam o termo “real adquirente” focam na origem dos recursos financeiros e é possível perceber influência das normas contábeis (CPC 15 – Combinações de Negócios) que

dispõem que o “adquirente” para fins contábeis não será, necessariamente, a sociedade que consta como adquirente no contrato de aquisição de participação societária, especialmente nas chamadas “aquisições reversas”<sup>254</sup>.

Optamos por tratar de forma conjunta porque são reflexos de um posicionamento que busca a criação de critérios não previstos em lei para decidir que a sociedade que figurou no ato societário de aquisição de participação societária não seria a adquirente para fins jurídicos. Ora, se são critérios que sequer estão positivados – seja em lei ou instrução normativa – descabe falar do cabimento de sua aplicação. Os critérios devem ser eleitos pelo legislador e, como se viu, nem mesmo quando houve o legislador optou por criar uma nova disciplina do ágio inteiramente nova por meio da edição da Lei nº 12.973/14, houve qualquer limitação ao uso de “empresa-veículo” para transportar o ágio.

Em verdade, é nítido que novamente há uma posição ideológica de que a economia tributária gerada pelo regime de ágio da Lei nº 9.532/97 deve ser combatida, em parte reflexo dos princípios da solidariedade e capacidade contributiva, como abordamos no capítulo 1.3. Assim, as autoridades fiscais (e alguns julgadores que adotam tal posicionamento) “escolhem” quais dos dois argumentos terá mais chance de prevalecer: “empresa-veículo” ou “real adquirente”. Quando o caso envolve sociedade operacional, com empregados, e sem duração efêmera, distanciando-se do conceito de “empresa-veículo”, lança-se mão do critério do “real adquirente” para negar o aproveitamento do ágio.

A possibilidade de desconsiderar que a empresa que figurou nos atos societários como adquirente somente será possível nas hipóteses em que existir comprovação de que a aquisição de participação societária foi simulada. Um exemplo hipotético seria a celebração de um contrato de aquisição perfeito e acabado, com todas condições suspensivas satisfeitas. Posteriormente, por qualquer motivo, elabora-se um novo instrumento contratual com o mesmo objeto, data, valores, porém alterando-se a sociedade adquirente. É evidente que esse segundo instrumento contratual não configura um negócio jurídico válido de aquisição de participação societária e não pode embasar a formação do ágio.

A fragilidade do argumento do “real adquirente” é gritante. É que os recursos financeiros disponíveis em uma sociedade para efetuar a aquisição de participação societária podem ter três origens diferentes. Ou é capital próprio oriundo de contribuições dos sócios

---

<sup>254</sup> GALHADO, Luciana Rosanova; ASSEIS, Pedro A. A. Abujamra. In: Controvérsias jurídico-contábeis. Org: Alexandre Evaristo Pinto [et al.]. São Paulo: Atlas, 2020, p. 227-228.



(via aumento de capital), ou capital próprio derivado de sua própria geração de caixa ou capital de terceiros (empréstimos), cujos juros tendem a ser a ser pagos com a própria geração de caixa, inclusive combinados com a geração de caixa da “sociedade alvo”.

Ocorre que as pessoas jurídicas são sempre detidas, em suas cadeias societárias (ou de investimento) finais, por pessoas físicas ou pelo próprio Estado (no caso de empresas públicas ou fundos soberanos). No cenário empresarial altamente competitivo, pode-se afirmar que sociedade empresarial que possui solidez financeira para efetuar aquisição de participação societária de outra empresa certamente recebeu injeção de capital (de sócios fundadores ou investidores), de modo que até mesmo sua geração de caixa própria decorre indiretamente de aporte de capital dos sócios.

Assim, se fossemos adotar como critério que o verdadeiro (ou “real”) adquirente é quem “disponibiliza os recursos financeiros” chegaríamos ao resultado de sempre negar o aproveitamento fiscal do ágio, visto que recursos financeiros são fornecidos por pessoas físicas (ou pelo Estado), seja de forma direta ou indireta. Nunca será possível cumprir o requisito de incorporação da “sociedade adquirida” por quem disponibilizou os recursos financeiros, visto que não existe instrumento no Direito Privado que permita a incorporação de pessoas jurídicas por pessoas físicas (ou pelo Estado).

É regra geral de hermenêutica que uma interpretação de norma jurídica que retira toda a sua efetividade não pode prevalecer. Assim, somente pode ocorrer a desconsideração da pessoa jurídica que figurou como adquirente no negócio jurídico de aquisição de participação societária nas hipóteses de simulação, sendo irrelevante a origem dos recursos financeiros.

Ocorre que as decisões do CARF não seguem essa linha. Quando verificam que uma sociedade não-operacional efetuou a aquisição de participação societária, simplesmente argumenta-se que tal sociedade é uma “empresa-veículo” da “real investidora”, que seria a sociedade que constituiu a “empresa-veículo”. Como a “real investidora” não teria incorporado a sociedade adquirida (ou vice versa), não estaria satisfeito o requisito do artigo 7º da Lei nº 9.532/97.

O terceiro posicionamento busca diferenciar a “empresa-veículo” com propósito comercial e sem propósito. Utilizando tal critério, as decisões do CARF negam o aproveitamento do ágio no “caso -problema 1” porque entende-se que não há “propósito comercial” para justificar o uso de “empresa-veículo” porque a empresa estrangeira poderia adquirir diretamente a sociedade brasileira. Também se nega o aproveitamento fiscal do ágio

no “caso-problema 2” porque entende-se que não existia um “propósito negocial” para a transferência do ágio para a “empresa-veículo”.

A análise dessas decisões “favoráveis” ao contribuinte também servem para reforçar que há incoerência na aplicação dos critérios de uma suposta ilicitude no uso de “empresas-veículo” sem atividades operacionais e o critério do “real adquirente”. Nas três decisões favoráveis acima mencionadas, consta dos autos que as sociedades adquirentes não possuíam atividades operacionais e os recursos financeiros para carrear a aquisição. Ou seja, aplicando-se os demais critérios que vem sendo adotados pelo CARF, as conclusões seriam no sentido de se negar o aproveitamento fiscal do ágio.

Por todo o exposto, conclui-se que não se sustentam juridicamente nenhum dos argumentos utilizados pelas autoridades fiscais (e que vem sendo legitimados pelo CARF) para questionar a forma que as empresas se reestruturam para viabilizar o aproveitamento do ágio mediante o uso da “empresa-veículo”. Não há ilicitude na constituição de uma sociedade sem atividades operacionais, a empresa adquirente é a sociedade que celebra o contrato de aquisição de participação societária, salvo questionamentos de licitação. É completamente irrelevante se a “empresa-veículo” possui ou não motivação extratratária negocial, visto que não há aplicabilidade de tal instituto no Direito Brasileiro.

A título de arremate, note-se que o tema do “ágio com uso de empresa-veículo” também pode ser analisado sob os princípios da igualdade e da segurança jurídica. Segundo Humberto Ávila, o princípio da igualdade representa a relação estabelecida entre dois ou mais sujeitos, com base em um critério de comparação, aferido por meio de elemento indicativo, que servirá de instrumento para a realização de uma determinada finalidade<sup>255</sup>. Para o mesmo autor, o princípio da segurança jurídica.

Sob a ótica do princípio da igualdade, Luis Eduardo Schoueri e Ricardo André Galendi alertam que a consideração do uso de “empresa-veículo” como um ato abusivo per se implicaria uma discriminação que não encontraria qualquer justificativa econômica ou jurídico-tributária, violando o princípio da igualdade tributária que exige que a distinção não seja arbitrária<sup>256</sup>. Para Ramon Tomazela, ao se admitir que o uso da “empresa-veículo” seja um critério para autorizar o ágio, contribuintes que se encontram em situações equivalentes

---

<sup>255</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria da Igualdade Tributária. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 42.

<sup>256</sup> SCHOUERI, Luis Eduardo; GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. “As vicissitudes do Tratamento do Ágio na Jurisprudência Administrativa”. *Direito Tributário – Os 30 Anos do Sistema Tributário Nacional na Constituição – Estudos em Homenagem a Ricardo Lobo Torres*. Volume I. Coord. José André Wanderley Dantas e Paulo Rosenblatt. Recife: Edição dos Organizadores, 2018, p.351.

sob o enfoque capacidade contributiva seriam tributados de forma distinta, porque somente o que não fez uso da estrutura da “empresa-veículo” poderia utilizá-lo.

Sob a ótica do princípio da segurança jurídica, Elidie Palma Bifano e Bruno Fajersztajn, que tratam especificamente do “ágio com uso de empresa-veículo”. Os autores observam que a segurança jurídica, como um subprincípio decorrente do Estado de Direito, orienta a atividade do intérprete. Assim, não se pode admitir que surjam “teses criadas pelo fisco” em decisões do CARF proferidas anos depois da criação da Lei nº 9.532/97, representando interpretações inéditas da lei, que nunca foram antes divulgadas<sup>257</sup>.

Por esse motivo, sob qualquer ângulo que se analise, o único aspecto relevante da existência de uma “empresa-veículo” é a verificação se a aquisição da participação societária foi ou não simulada. Ou seja, o ponto relevante é a origem do ágio, sendo completamente irrelevante a forma adotada para “transporte” ou “transferência” do ágio, uma verdadeira “tese criada pelo Fisco (e referendada pelo CARF) que nunca tinha sido divulgada quanto os contribuintes estruturaram suas operações.

Com a mesma conclusão, Marcos Vinicius Neder e Lavínia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira analisam diversas operações em que há transferência de ágio com uso de *holdings* e concluem que a análise da validade dessas operações de aquisições societárias não se pode restringir a forma como as empresas se reestruturam para viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio, porque o critério relevante é a análise da “presença dos requisitos legais para a validade dos atos jurídicos praticados e à consistência das provas apresentadas no tocante à substância da operação”<sup>258</sup>.

Para a correta análise do tema, é necessário identificar quais seriam as possíveis acusações a serem efetuadas pelas autoridades fiscais, se corresponderiam à simulação absoluta ou dissimulação (simulação relativa) e quais seriam os critérios para se concluir pela simulação absoluta ou dissimulação em cada um dos casos.

No cenário-base 1 e 2, a acusação de que simulação absoluta dependerá da comprovação de que a aquisição de participação societária foi simulada. Como os critérios essenciais de um contrato de compra e venda são objeto e preço, existindo efetivamente a

---

<sup>257</sup> BIFANO, Elidie Palma; FAJERSTAJN. “O Pagamento de Ágio na Compra de Participações Societárias e a Segurança Jurídica”. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; BIANCO, João Francisco (coords.); CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; DUARTE FILHO, Paulo César Teixeira (orgs.). *Estudos de Direito Tributário em Homenagem ao Prof. Gerd Willi Rothmann*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 532.

<sup>258</sup> NEDER, Marcos Vinicius; JUNQUEIRA, Lavínia Moraes de Almeida Nogueira. “Análise do tratamento contábil e fiscal do ágio em estrutura de aquisição ou titularidade de sociedades quando há a interposição de *holding*”. In: *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*, 4º volume. Coordenadores: Roberto Quiroga Mosquera, Alessandro Broedes Lopes. São Paulo: Dialética, 2013, p. 181-182.

transferência da participação societária (objeto) e pagamento do preço (independente de fluxo financeiro), ao negócio jurídico terá preenchido todos os requisitos legais e será válido.

Caso o questionamento seja de que a “empresa-veículo” não é a verdadeira adquirente, o caso será de simulação relativa, como se a “empresa-veículo” fosse uma pessoa interposta. Nesse cenário, tal autuação não poderia estar fundamentada no artigo 149, VII do CTN, que trata apenas da simulação (absoluta). Somente será cabível tal acusação com base no artigo 116, parágrafo único do CTN, e apenas após este dispositivo vier a ser regulamentado.

A doutrina que se dedica ao tema aponta que estão sendo proferidas diversas decisões favoráveis ao contribuinte no tema do uso da empresa veículo<sup>259</sup>. A título de exemplo, cite-se a seguinte sentença prolatada no processo nº 5010311-02.2018.4.04.7205/SC:

“Outrossim, no caso de investidores estrangeiros (como no caso da MLGP), a criação de uma holding nacional se constitui em pressuposto para usufruir da prática de amortização do ágio, consoante bem ressaltado pela parte autora na petição inicial.

Uma empresa nacional, via de regra, não necessitaria criar uma ‘holding’ para efetivar a aquisição de outra, via incorporação, uma vez que poderia adquirir o investimento diretamente e se aproveitar do ágio ocorrido na operação. No caso dos investidores estrangeiros, entretanto, tal prática é inviável. A eles, restaria a possibilidade de realizar uma incorporação internacional (sendo que não haveria condições de usufruir das regras de ‘ágio’ estabelecidas pela legislação tributária brasileira), ou sua participação direta como sócios, aportando recursos de maneira pura e simples, igualmente impedidos de acessar as regras aplicáveis aos nacionais.

Ou seja: mais que uma faculdade, a criação da CREMERPAR se constituiu numa necessidade do investidor, para obter acesso isonômico ao mesmo tratamento tributário dispensável ao capital nacional.”

Note-se que tal decisão reconhece que o uso da “empresa veículo” tinha por objetivo evitar a necessidade de uma incorporação de sociedades internacional, exatamente o “caso-problema 1”, sendo confirmada a elisão tributária.

---

<sup>259</sup> ESTRADA, Roberto Duque; MUNIZ, Eduardo Barbosa. O ágio na visão dos tribunais: empresa veículo e ágio interno. In: *XVIII Congresso Nacional de Estudos Tributários*. São Paulo: Noeses, 2019.

### 4.3 – A otimização do uso de prejuízos fiscais

#### 4.3.1 – Prejuízos fiscais e o conceito constitucional de renda

O imposto de renda deve incidir apenas sobre a renda líquida, representada pela diferença entre receitas e ganhos e respectivos dispêndios (custos e despesas). Como as receitas/ganhos e dispêndios ocorrem de forma dinâmica na realidade empresarial, só é possível conceber a renda dentro de um período delimitado que, no caso da legislação atual, foi fixado em 12 meses para as pessoas jurídicas submetidas ao regime do lucro presumido, real ou arbitrado. As pessoas jurídicas possuem a opção de adotar o lucro real trimestral, em que a periodização da renda ocorre em bases trimestrais.

No regime do lucro real, a base de cálculo do IRPJ e da CSLL é calculada partindo-se do lucro contábil, sendo realizadas adições ao lucro líquido (aumentando a base de cálculo) e exclusões ao lucro líquido (reduzindo a base de cálculo), conforme determina ou autoriza a legislação tributária. Se o resultado da base de cálculo de IRPJ for negativo, usa-se a nomenclatura “prejuízo fiscal”. Se o resultado da base de cálculo da CSLL for negativo, usa-se a nomenclatura base de cálculo negativa de CSLL. Neste trabalho, utilizamos o termo “prejuízo fiscal” para se referir à base de cálculo negativa de IRPJ e CSLL, pois a diferença entre a base de cálculo de ambos os tributos não é relevante para o tema analisado.

O prejuízo fiscal, portanto, ocorre quando o somatório dos dispêndios (custos ou despesas) dedutíveis e exclusões permitidas pela legislação tributária supera o somatório das receitas/ganhos tributáveis e adições determinadas pela legislação tributária dentro do período de apuração.

A possibilidade de utilizar os prejuízos fiscais para reduzir lucros de períodos subsequentes foi admitida pela legislação, sofrendo algumas alterações ao longo das décadas. A lei nº 154/47 permitia que os prejuízos fiscais de um exercício fossem compensados com os lucros dos 3 (três) exercícios seguintes. O Decreto-lei nº 1.493/76 aumentou o período para 04 (quatro) anos, situação que vigorou, em seus aspectos relevantes, até 1995. Além disso, alguns dispositivos editados na década de 1980 e 1990 regulamentaram situações específicas de compensações mensais e semestrais<sup>260</sup>.

A regra geral atualmente em vigor foi prevista pelo artigo 15 da Lei nº 9.065/1995,

---

<sup>260</sup> OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do imposto de renda*. São Paulo, SP: IBDT, 2020, - v.2. p. 1072-1074.

que dispõe que o prejuízo fiscal apurado pelas pessoas jurídicas pode ser compensado com os lucros apurados nos períodos-base subsequentes, observado o limite máximo de 30% do lucro tributável do período em que ocorre a compensação<sup>261</sup>. Assim, a compensação de prejuízos fiscais constitui uma faculdade outorgada à pessoa jurídica, que poderá exercê-la ou não, a seu livre critério. Tendo em vista a limitação, foram excluídas as disposições relacionadas ao prazo decadencial.

Tal limitação é objeto de críticas doutrinárias. Misabel Derzi aponta que a vedação à dedução integral dos prejuízos fiscais torna por submeter a incidência do imposto sobre a renda sobre um lucro fictício que consistiria em mera recomposição ou recuperação de perdas anteriores<sup>262</sup>. Em sentido similar, apontando a relação umbilical entre dispêndios dedutíveis e prejuízo fiscal, Humberto Ávila afirma que “não se pode separar a renda de um ano dos prejuízos de anos anteriores, como se fossem eles – a renda e os prejuízos – conceitualmente dissociáveis”<sup>263</sup>.

Apesar das críticas doutrinárias, o STF já julgou a constitucionalidade da vedação da trava de 30% em duas oportunidades. Na decisão do RE nº 344.994-0/PR, de 25.03.2009, e no RE nº 591.340/SP, de 27.06.2019, este julgado em sede de repercussão geral, fixando-se a seguinte tese: “é constitucional a limitação do direito de compensação de prejuízos fiscais de IRPJ e da base de cálculo negativa da CSLL”.

Em tais julgamentos, o STF não se pronunciou sobre a aplicação da trava de 30% nas hipóteses em que a pessoa jurídica que possui os prejuízos fiscais é extinta. O STJ já proferiu decisões no sentido de que a trava de 30% também é aplicável na hipótese de extinção das pessoas jurídicas, mas as decisões não ocorreram na sistemática de recursos repetitivos, de modo que não podem ser vistas como definitivas.

Além dessa regra geral de limitação de compensação de 30%, existem três regras especiais que são relevantes para nossa análise. A primeira decorre do artigo 43 da Lei nº

---

<sup>261</sup> “Art. 15. O prejuízo fiscal apurado a partir do encerramento do ano-calendário de 1995, poderá ser compensado, cumulativamente com os prejuízos fiscais apurados até 31 de dezembro de 1994, com o lucro líquido ajustado pelas adições e exclusões previstas na legislação do imposto de renda, observado o limite máximo, para a compensação, de trinta por cento do referido lucro líquido ajustado. Parágrafo único. O disposto neste artigo somente se aplica às pessoas jurídicas que mantiverem os livros e documentos, exigidos pela legislação fiscal, comprobatórios do montante do prejuízo fiscal utilizado para a compensação.”

<sup>262</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. Princípio de cautela ou não paridade de tratamento entre o lucro e o prejuízo. In: CARVALHO, Maria Augusta Machado de (org.). *Estudos de Direito Tributário em homenagem à memória de Gilberto de Ullhôa Canto*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 265.

<sup>263</sup> ÁVILA, Humberto. *Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 4.

12.973/14 que prevê que perdas com alienação de investimento, imobilizado e intangível só podem ser compensados com lucros futuros de mesma natureza (também sujeitos à limitação de 30%)<sup>264</sup>. Tal vedação somente se aplica para compensação com lucros futuros, inexistindo vedação para que tais perdas sejam contrapostas a lucros tributáveis do mesmo dentro do mesmo período de apuração<sup>265</sup>.

Os outros enunciados estão no Decreto-lei nº 2.341/1987. O artigo 33 do Decreto-lei nº 2.341/1987<sup>266</sup> dispõe que a sucessora não poderá compensar prejuízos fiscais da sucedida. A norma jurídica que se constrói é que na ocorrência de evento societário de incorporação da sociedade que possui prejuízos fiscais em outra pessoa jurídica, os prejuízos fiscais da sociedade sucedida (a sociedade incorporada) devem ser baixados, sem possibilidade de que eles sejam transferidos para a sociedade sucessora (a sociedade incorporadora).

O artigo 32<sup>267</sup> dispõe que a pessoa jurídica não poderá compensar seus próprios prejuízos fiscais, se entre a data da apuração e da compensação houver ocorrido, cumulativamente, modificação de seu controle societário e do ramo de atividade. Há maior complexidade para construção de tal norma jurídica, até mesmo porque é necessário identificar o conteúdo semântico dos vocábulos “modificação”, “controle societário” e “ramo de atividade”.

Note-se que o aspecto temporal definido pelo legislador para verificação do preenchimento dos requisitos foi extremamente amplo: entre a data da apuração e da compensação. Exemplificativamente, se em janeiro de 2015 ocorre a modificação de controle societário e em janeiro de 2023 ocorre a modificação do ramo de atividade, todos

---

<sup>264</sup> “Art. 43. Os prejuízos decorrentes da alienação de bens e direitos do ativo imobilizado, investimento e intangível, ainda que reclassificados para o ativo circulante com intenção de venda, poderão ser compensados, nos períodos de apuração subsequentes ao de sua apuração, somente com lucros de mesma natureza, observado o limite previsto no art. 15 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica em relação às perdas decorrentes de baixa de bens ou direitos em virtude de terem se tornado imprestáveis ou obsoletos ou terem caído em desuso, ainda que posteriormente venham a ser alienados como sucata.”

<sup>265</sup> OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do imposto de renda*. São Paulo, SP: IBDT, 2020, - v.2. p. 1084-1086.

<sup>266</sup> “Art. 33. A pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão não poderá compensar prejuízos fiscais da sucedida.

Parágrafo único. No caso de cisão parcial, a pessoa jurídica cindida poderá compensar os seus próprios prejuízos, proporcionalmente à parcela remanescente do patrimônio líquido.”

<sup>267</sup> “Art. 32. A pessoa jurídica não poderá compensar seus próprios prejuízos fiscais, se entre a data da apuração e da compensação houver ocorrido, cumulativamente, modificação de seu controle societário e do ramo de atividade.”

os prejuízos fiscais formados antes do ano-calendário 2015 que não tenham sido aproveitados até janeiro de 2023 não poderão mais ser utilizados.

Assim, as normas jurídicas construídas com base em tais enunciados não podem ser muito amplas para tornar corriqueiras as situações em que a sociedade perderá o direito de utilizar os prejuízos fiscais. Caso contrário, restará violado o conceito constitucional de renda, representado pela glosa da dedutibilidade de dispêndios que formaram o prejuízo fiscal. Note-se que o fundamento da declaração de constitucionalidade pelo STF da limitação de compensação em 30% é o pressuposto de que o prejuízo fiscal será posteriormente utilizado pela sociedade.

Uma contextualização histórica do Decreto-lei nº 2.341/1987 auxilia na interpretação do dispositivo. Ricardo Mariz de Oliveira explica que o Decreto-lei nº 2.341/1987 teve por objetivo coibir a prática que havia se instalado de aquisição de pessoas jurídicas deficitárias, quase sempre inativas, por outras lucrativas com o único objetivo de aproveitar os prejuízos fiscais<sup>268</sup>. Em outras palavras, instalou-se um verdadeiro comércio de venda de pessoas jurídicas inativas cujo único ativo relevante era o saldo de prejuízos fiscais, inclusive com anúncios em jornais, em uma espécie de “venda de prejuízos fiscais”.

Ricardo Mariz de Oliveira também esclarece que a doutrina que analisou o tema à época logo identificou que a redação do artigo 32 do Decreto-lei nº 2.341/1987 era demasiado ampla para o objetivo pretendido pelo governo. Em amplo e influente estudo, Henry Tilbery propôs uma interpretação voltada à teleologia da norma, de modo que (i) sua aplicação deveria em consideração as circunstâncias específicas de cada caso e (ii) a mudança do “ramo de atividade” deveria ser entendida apenas como mudanças substanciais, no que foi acompanhado por trabalhos posteriores sobre o tema. Ricardo Mariz de Oliveira também adere expressamente a tal corrente<sup>269</sup>.

A interpretação o artigo 32 do Decreto-lei nº 2.341/1987 é bem complexa. Quanto ao vocábulos “controle societário” e “ramo de atividade”, firme com nossa premissa teórica sobre a incorporação *prima facie* dos conceitos de Direito Privado, o significado de tais vocábulos deve ser inicialmente buscado no Direito Privado. A transfiguração será admitida apenas se a sistemática do ordenamento assim o exigir, visto que não ocorreu uma nova definição para fins tributários.

---

<sup>268</sup> OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do imposto de renda*. São Paulo, SP: IBDT, 2020, - v.2. p. 1087.

<sup>269</sup> *Ibidem*, p. 1087-1092.



O conceito de “controle societário” no Direito Privado pode ser inferido pelo conceito de “acionista controlador”, previsto no artigo 116 da Lei das S/A<sup>270</sup>. Assim, terá o controle societário quem preencher cumulativamente dois requisitos (i) titularidade de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nos órgãos de deliberação colegiada e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia e (ii) uso efetivo do para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Registre-se que o pronunciamento técnico contábil CPC nº 36 (equivalente ao “*IFRS 10 Consolidated Financial Statements*”) traz critérios para definir se uma sociedade possui o controle de outra sociedade para fins de apresentação de demonstrações financeiras consolidadas. Por utilizar critérios diferentes, conceito de “controle” para fins contábeis pode distanciar-se do conceito jurídico de controle. Nesses casos, o conceito contábil não será aplicável, prevalecendo o conceito jurídico para fins de interpretação do artigo 32 do Decreto-Lei nº 2.341/1987.

Ricardo Mariz de Oliveira pondera que não pode ocorrer uma aplicação indiscriminada do conceito de controle para fins societários para interpretar o artigo 32 do Decreto-Lei nº 2.341/1987. Um exemplo dado pelo autor é quando a sociedade possui 5 (cinco) sócios, cada um com 20% das quotas. Se três deles sempre votarem em conjunto nas deliberações, seriam os controladores. Suponha-se que alguns anos depois, há novo alinhamento de interesses, e um dos antigos controladores começa a votar com os outros dois (que não participavam do primeiro “bloco de controle”). Para fins societários, haverá mudança de controle, mas não teve nenhuma alteração substancial na sociedade<sup>271</sup>.

Um exemplo ainda mais simples é pensar numa sociedade que tenha como controlador uma pessoa física. Quando falecer, passará a titularidade das suas quotas ou ações (que garantem o controle societário) para seus herdeiros. Mesmo que o processo de sucessão tenha sido cuidadosamente planejado e exista um acordo de acionistas (ou quotistas) e os herdeiros votem de forma conjunta, haverá mudança de controle. Como a

---

<sup>270</sup> “Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e  
b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.”

<sup>271</sup> OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do imposto de renda*. São Paulo, SP: IBDT, 2020, - v.2. p. 1087-1092, p. 1094.

morte é inevitável, tal interpretação resultaria que um dos requisitos para se aplicar o artigo 32 do Decreto-Lei nº 2.341/1987 seria sempre preenchido ao longo do tempo.

E se partirmos para exemplos complexos no mercado de capitais que geram controle societário disperso, as conclusões se mantêm. Por exemplo, considere-se um sócio controlador decide listar empresa na bolsa de valores e, ao final do processo, mantenha apenas 10% das ações, sendo que nenhum dos novos acionistas possui mais de 5% das ações. Não sendo celebrado acordo de acionistas como faculta o artigo 118 da Lei das S/A<sup>272</sup>, pode-se afirmar que a sociedade passou a ter controle disperso que, como explica Nelson Eizirik, ocorre quando nenhum acionista reúne, em caráter permanente, condições para ser apontado como acionista controlador.<sup>273</sup>

Alguns anos mais tarde, um fundo internacional de investimentos começa a comprar ações em bolsa e atinge um percentual de ações de 40%. Ademais celebra acordo de acionistas com outros acionistas que detém 11% das ações, criando um bloco de controle formado por acionistas que detém a maioria das ações e efetivamente exercem tal poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. Pode-se afirmar que a sociedade que não possuía controlador (porque o controle era disperso) agora passou a ter um bloco de acionistas controladores.

O exemplo simplificado pode trazer inúmeras repercussões de ordem societária, tais como interpretação de cláusulas que limitem o direito de votos (as chamadas “*poison pills*”) obrigações de *tag along*, preenchimento dos requisitos de validade do acordo de acionistas etc. Para fins de nosso estudo, não é relevante perquirir a melhor solução para esses casos, e sim analisar como ocorre o trânsito entre o Direito Privado e o Direito Tributário, que pode ser traduzido forma de duas perguntas.

Primeiro, tais situações (falecimento do controlador e formação de bloco de controle em sociedade que possuía o controle disperso) preenchem a condição do artigo 32 do Decreto-Lei nº 2.341/1987 que exige a “mudança de controle”? Segundo, se a resposta para a primeira pergunta for positiva, tal interpretação seria compatível o conceito constitucional de renda e coerente com as demais normas do ordenamento?

---

<sup>272</sup> “Art. 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede. (...)”

<sup>273</sup> EIRIZIK, Nelson. A Lei das S/A Comentada. Volume I. São Paulo: Quartier Latin, 2011. P. 671-673.

A resposta é negativa para ambas as perguntas, que estão interrelacionadas. Uma resposta adequada para a primeira pergunta é considerar a finalidade e o contexto histórico de edição do artigo 32 do Decreto-Lei nº 2.341/1987. Os cenários acima descritos - ainda que impliquem mudança de controle para fins societários - distanciam-se dos casos que o referido decreto-lei buscou endereçar, que tratavam de aquisições de sociedades com o único intuito de utilização de seus prejuízos fiscais.

A resposta a segunda pergunta evidencia que a construção de sentido da norma jurídica decorrente do artigo 32 do Decreto-Lei nº 2.341/1987 não pode ser feita de forma dissociada do conceito constitucional de renda muito menos das demais normas do sistema. Há relação umbilical entre dispêndios dedutíveis e prejuízos fiscais, de modo que as vedações ao seu aproveitamento representam violações ao conceito de renda, que precisam ser observadas pelo legislador na produção de enunciados prescritivos bem como na interpretação e aplicação da norma jurídica.

Tal interpretação sequer seria coerente. Todo o arcabouço brasileiro relacionado à tributação do IRPJ e CSLL pautou-se pela tributação individual das sociedades. Desse modo, violar o conceito de renda tributável por meio da vedação do aproveitamento de dispêndios dedutíveis da entidade (representados por seus prejuízos fiscais) por atos e negócios jurídicos praticados exclusivamente entre os sócios (ou seja, critérios exógenos ao contribuinte) desafia a coerência que se espera de um ordenamento, entendido como sistema.

Do exposto, conclui-se que o significado da expressão “mudança de controle” deve ter por ponto de partida o conceito de controle do Direito Privado, a ser construído com base no artigo 116 da Lei das S/A. Ao interpretar e aplicar a norma jurídica a um caso concreto (lembrando que a interpretação e aplicação da norma ocorrem simultaneamente), deve ser levado em consideração o conceito de renda e a própria coerência do ordenamento. Assim, podem existir casos que mesmo que ocorra a mudança de controle para fins societários, deve-se entender que o requisito do artigo 32 do Decreto-Lei nº 2.341/1987 não foi preenchido.

A investigação sobre o significado “mudança do ramo de atividade” é ainda mais complexa, porque não há definição legal no Direito Privado sobre “ramo de atividade”. As mesmas ponderações que já fizemos sobre “mudança de controle societário” são igualmente aplicáveis: (i) deve-se considerar finalidade do artigo 32 do Decreto-Lei nº 2.341/1987 e o contexto em que foi editado, (ii) violações ao aproveitamento de prejuízos fiscais representam violação ao conceito de renda, representando medidas de exceção e (iii) a interpretação e aplicação deve ser coerente com o ordenamento.

De início, com tais ponderações, já é possível afirmar que somente alterações significativas no “ramo de atividade” preenchem o requisito do na hipótese do referido dispositivo, também por força dos princípios constitucionais de renda. Ora, seria absurdo entender que uma mera inclusão ou exclusão de uma atividade secundária seria critério válido e coerente para negar a dedutibilidade de uma despesa (consubstanciada no saldo do prejuízo fiscal). Esse aspecto, pacífico em âmbito doutrinário, foi confirmado recentemente pela Receita Federal do Brasil<sup>274</sup>.

A doutrina não explorou o assunto. A única manifestação sobre o tema que encontramos foi feita por Ricardo Mariz de Oliveira, que propõe duas afirmações para elucidar o conceito: (i) indústria de um determinado produto é ramo de atividade distinto do simples comércio do mesmo produto e (ii) indústria de um determinado produto como gênero abrange todas as suas espécies<sup>275</sup>. As duas situações exemplificativas são passíveis de crítica.

A crítica à primeira afirmação é porque uma interpretação relacionada à finalidade da norma deve interpretar que as mudanças no “ramo de atividade” seriam as transações que revelam certo grau de artificialidade. E é justamente o contrário que ocorre nas transações entre empresas que industrializam/distribuem/comercializam o mesmo produto, pois é nesse caso que a sinergia decorrente da verticalização da cadeia produtiva são mais claros.

Existem inúmeros exemplos públicos: aquisição de redes de postos de combustíveis por indústrias de combustíveis, aquisição de redes de lojas por grupos industriais interessados em ter lojas próprias, aquisição de indústria de vestuário por grandes varejistas que querem ter melhor controle de produção, etc.

A crítica à segunda afirmação é que não fez elucidação do significado de “ramo de atividade”. Simplesmente houve troca de uma expressão com alto grau de abstração que tinha sido eleita pelo legislador (“ramo de atividade”) por outra expressão que também possui alto grau de abstração (“gêneros” e “espécies”).

A resposta mais adequada parece ser justamente evitar uma definição apriorística e adotar o critério proposto por Henry Tilbery, também corroborado por Ricardo Mariz de , para aplicação do artigo 32 do Decreto-Lei nº 2.341/1987. Deve-se levar em conta as circunstâncias específicas de cada caso, sempre tendo em vista que a limitação ao

---

<sup>274</sup> Brasil. Solução de Consulta COSIT nº 12 de abril de 2023.

<sup>275</sup> OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do imposto de renda*. São Paulo, SP: IBDT, 2020, - v.2. p. 1087-1092, p. 1097.

aproveitamento de prejuízos fiscais viola o conceito de renda ao negar a dedutibilidade de dispêndios consubstanciados no prejuízo fiscal, de modo que deve se limitar às transações artificiais que revelam uma mera “venda do prejuízo fiscal”.

#### **4.3.2– Reorganização societária para aglutinação de fontes produtoras**

Apresentamos abaixo dois “casos-problemas” em que uma reorganização societária típica pode ser utilizada para maximizar o aproveitamento de créditos de prejuízo fiscal.

O primeiro “caso-problema” ocorre quando um grupo empresarial é controlador de duas sociedades operacionais, ambas optantes pelo lucro real. Uma das sociedades exerce atividade empresarial deficitária, registrando sucessivos prejuízos fiscais, enquanto a outra sociedade exerce atividade empresarial lucrativa, registrando expressivos lucros tributáveis. Após alguns anos, a sociedade operacional deficitária acumula expressivos créditos de prejuízo fiscal decorrente de suas atividades operacionais, que acabam não sendo utilizados porque tal sociedade não registra lucros tributáveis.

Assim, o grupo empresarial decide combinar as atividades empresariais em uma única sociedade com o objetivo de reduzir a carga tributária global (sob a perspectiva do grupo empresarial) de IRPJ e CSLL. A redução da carga tributária decorre de dois aspectos principais. Primeiro, após a aglutinação das atividades empresariais, lucros futuros serão compensadas por perdas futuras advindas da atividade deficitária, o que não ocorria quando as atividades estavam segregadas em duas sociedades. Segundo, a depender da forma como a reorganização societária é efetuada, os prejuízos fiscais acumulados de anos anteriores são preservados e poderão ser utilizados.

Quanto ao primeiro ponto (compensação entre lucros e perdas oriundos de atividades empresariais diferentes), a economia tributária está respaldada pelo direito constitucional da autonomia empresarial e ausência de limitação na legislação tributária contraposição de perdas e lucros operacionais oriundos de atividades operacionais diferentes. Vale destacar que quando o legislador quis evitar a contraposição de perdas de determinadas atividades com lucros de outras atividades, o fez expressamente. São exemplos o artigo 25 §5 da Lei nº 9.249/95 que veda a contraposição de prejuízos auferidos com operações no exterior com lucros auferidos no Brasil e o artigo 72 da Lei nº 8.981/95 que limita a contraposição de perdas em operações em bolsa de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas com lucros da mesma natureza.

Quanto ao segundo ponto (preservação de créditos de prejuízos fiscais acumulados de anos anteriores), a questão é mais controversa. Como explicado no tópico anterior, o artigo 32 do Decreto-Lei nº 2.341/87 é aplicável nos casos em que há mudança de controle e do ramo de atividade, sendo que no “caso-problema” não houve alteração no controle, visto que ambas as sociedades estavam sob controle comum. Assim, não é relevante perquirir se houve ou não modificação no ramo de atividade. Será aplicável, no entanto, o artigo 33 do Decreto-Lei nº 2.341/87 que dispõe que a sociedade sucessora não poderá compensar prejuízos fiscais da sociedade sucedida.

Existem três formas de possíveis de executar a combinação das atividades empresariais por meio de reorganizações societárias típicas: (i) fusão de ambas as sociedades, que são extintas e seus patrimônios (ativos, passivos, direitos e obrigações) transferidos para uma terceira sociedade, (ii) incorporação da sociedade deficitária na sociedade lucrativa e (iii) incorporação da sociedade lucrativa na sociedade deficitária. O tratamento dos créditos de prejuízo fiscal acumulados de anos anteriores é diferente em cada uma das hipóteses pela aplicação do artigo 33 do Decreto-Lei nº 2.341/87.

Na fusão, ambas as sociedades são sucedidas por uma terceira sociedade (a ser criada ano ato societário), de modo que os créditos de prejuízo fiscal não são preservados. O mesmo ocorre na incorporação da sociedade deficitária na sociedade lucrativa, tendo em vista que a sociedade que possui os créditos de prejuízo fiscal é que será a “sociedade sucedida”. Somente na incorporação da sociedade lucrativa pela sociedade deficitária é que os créditos de prejuízos fiscais são preservados, e podem ser utilizados para compensar até 30% lucro tributável futuro desta sociedade.

Assim, o caminho a ser adotado pelo contribuinte – praticamente induzido pela legislação – é o da incorporação da sociedade lucrativa pela sociedade deficitária.

O segundo “caso-problema” é ligeiramente diverso e ocorre quando um grupo empresarial decide adquirir o controle de outra sociedade operacional que possua expressivos créditos de prejuízo fiscal. Posteriormente, nos mesmos moldes do “caso-problema” anterior, para preservar os prejuízos fiscais da sociedade adquirida, executa-se reorganização societária por meio da qual a sociedade adquirida incorpora outra sociedade operacional do grupo empresarial.

Note-se que o critério diferenciador deste “caso-problema” em relação ao “caso-problema” anterior é unicamente o fato de que a sociedade que possui os créditos de prejuízo fiscal foi adquirida de um terceiro. Como há mudança de controle, torna-se relevante o artigo

32 do Decreto-Lei nº 2.341/87, que dispõe que a pessoa jurídica não poderá compensar seus próprios prejuízos fiscais, se entre a data da apuração e da compensação houver ocorrido, cumulativamente, modificação de seu controle societário e do ramo de atividade. Caso ocorra a modificação do ramo de atividade, os prejuízos fiscais de anos-calendários anteriores não são preservados.

Assim, os dois “casos problemas” possuem pontos de aproximação e distanciamento. O ponto de aproximação de ambos os casos é a aplicação dos artigo 33 do Decreto-Lei nº 2.341/87, pois ambos envolvem uma sociedade ser incorporada. O ponto de distanciamento é que somente o segundo caso-problema envolve o artigo 32 do Decreto-Lei nº 2.341/87, porque ocorre mudança de controle societário, sendo necessário perquirir se há mudança do “ramo de atividade”.

Além disso, firme com nosso entendimento de que após o julgamento da ADI nº 2.446 ficou assentando que o artigo 149, VII do CTN só permite a requalificação nas hipóteses de simulação (absoluta), cabe investigar se seria cabível que o negócio jurídico praticado nos dois cenários poderia ser qualificado como hipótese de simulação (absoluta) ou dissimulação (simulação relativa).

A “simulação” (absoluta) é a hipótese de ato jurídico inexistente. Da mesma forma que afirmamos, no capítulo 4.2, que a criação de uma sociedade não pode ser objeto de simulação, visto que se trata de realidade construída pelo Direito, o “encerramento” de uma sociedade também não pode ser objeto de simulação. Uma vez que os atos societários de extinção da sociedade (via incorporação em outra sociedade) são arquivados na respectiva Junta Comercial, a sociedade (como centro de imputação de interesses) deixa de existir. O ordenamento traz formas de proteger o interesse de credores (e do próprio Fisco), sem deixar de reconhecer que a pessoa jurídica está extinta quando preenche os requisitos para tanto.

Isso pode ser melhor compreendido com um exemplo. Imagine-se que determinada sociedade empresarial de revenda de joias é encerrada, com o registro de sua dissolução na Junta Comercial. No entanto, os sócios continuam a exercer – em seu próprio nome (como pessoas físicas) – as atividades de revenda de joias, sem registrar uma nova sociedade, sem pagar nenhum tributo, e se valendo de alguns ativos que eram da pessoa jurídica baixada (carteira de clientes, relacionamento com fornecedores e maquinário para embalar as joias).

Neste exemplo, pode-se estar diante de nova sociedade “irregular” ou “de fato” por não ter sido objeto de registro prévio em juntas comerciais – como dispõe o artigo 967 do

Código Civil<sup>276</sup>. O fisco poderá exigir os tributos das pessoas físicas pelas atividades empresariais que estão sendo desenvolvidas, por força da equiparação à pessoa jurídica de firmas individuais do artigo 162, II do RIR/18<sup>277</sup>. Se a dissolução da sociedade foi feita com dolo para lesar credores, pode ser cabível a desconsideração da personalidade jurídica para atingir o patrimônio dos sócios nos termos do artigo 50 do Código Civil. Caso se verifique que a sociedade dissolvida possuía débitos tributários, o fisco pode incluir os sócios como responsáveis solidários por continuarem a atividade empresariais sob firma individual, nos termos do artigo 132, parágrafo único do CTN<sup>278</sup>.

Todos os mecanismos acima mencionados endereçam situações de proteção de credores e cumprimento de obrigações tributárias. Note-se que, mesmo quando eles são aplicados, a sociedade extinta não é reativada e volta a existir. O ordenamento busca a proteção dos credores (incluindo o Fisco) reconhecendo que a extinção da pessoa jurídica ocorreu na forma prevista no próprio ordenamento.

Assim, se a extinção da pessoa jurídica não pode ser objeto de simulação (absoluta), não cabe a acusação de que o ato societário de incorporação de sociedades foi simulado, porque isso negaria a própria extinção de uma das sociedades (como centro de interesses) reconhecida pelo ordenamento. Mesmo se a administração da sociedade continuasse tratando as atividades empresariais de forma apartada, independente, isso não mudaria o fato de que a sociedade incorporada deixou de existir juridicamente como um “centro de interesses”.

Uma vez afastada a possibilidade de simulação absoluta na extinção da pessoa jurídica, cumpre verificar se seria possível que o ato societário de incorporação de sociedades fosse objeto de dissimulação (simulação relativa) sobre qual a sociedade seria a incorporadora e qual seria a sociedade incorporada.

---

<sup>276</sup> “Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade”.

<sup>277</sup> “Art. 162. As empresas individuais são equiparadas às pessoas jurídicas (...)

II - as pessoas físicas que, em nome individual, explorem, habitual e profissionalmente, qualquer atividade econômica de natureza civil ou comercial, com o fim especulativo de lucro, por meio da venda a terceiros de bens ou serviços”.

<sup>278</sup> “Art. 132. A pessoa jurídica de Direito Privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de Direito Privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de Direito Privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.”



No nosso exemplo, isso significaria que o ato de incorporação de uma sociedade que já pertencia ao grupo empresarial (lucrativa) na sociedade recém adquirida (deficitária e com créditos de prejuízo fiscal) seria um ato aparente efetuado para dissimular a incorporação da sociedade adquirida na sociedade que já pertencia ao grupo empresarial.

Para o Direito Privado, a sociedade resultante é sucessora de direitos e obrigações e a base para troca de ações/quotas precisa ser aprovada pelos sócios ou acionistas de ambas as sociedades envolvidas, nos termos do artigos 227 da Lei das S/A<sup>279</sup> e artigos 1.116 e 1.117 do Código Civil<sup>280</sup>. Assim, mesmo que exista dissimulação sobre qual seria a sociedade incorporadora e incorporada, note-se que a sociedade resultante será responsável pelas obrigações das duas sociedades envolvidas e o percentual e participação societária de cada sócio ou acionista na sociedade resultante terá sido devidamente aprovado pelos sócios de ambas as sociedades. Assim, o tema parece ter pouca relevância prática no âmbito do Direito Privado, o que justifica a ausência de trabalhos científicos sobre o tema.

Para fins tributários, a discussão é relevantíssima. Como visto, a sociedade incorporada não transfere para a sociedade sucessora os créditos de prejuízo fiscal acumulado de anos anteriores, nos termos do artigo 33 do Decreto-Lei nº 2.341/87. Dessa forma, os contribuintes comumente adotam a estrutura de que a sociedade que possui os créditos de prejuízo fiscal é que será a sociedade incorporadora, para preservá-los. Assim, se há a acusação de dissimulação e que tal sociedade é que foi incorporada, os créditos de prejuízo fiscal devem ser baixados e não poderão ser aproveitados pela sociedade resultante.

Nas decisões do CARF que tratam do tema, as autoridades fiscais argumentam que os “papéis estariam trocados” nos atos societários: a sociedade que constou no ato societário como sociedade incorporada é que seria a verdadeira sociedade incorporadora e a sociedade que constou no ato societário que sociedade incorporadora é que teria sido a sociedade

---

<sup>279</sup> “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.

§ 1º A assembleia-geral da companhia incorporadora, se aprovar o protocolo da operação, deverá autorizar o aumento de capital a ser subscrito e realizado pela incorporada mediante versão do seu patrimônio líquido, e nomear os peritos que o avaliarão.

§ 2º A sociedade que houver de ser incorporada, se aprovar o protocolo da operação, autorizará seus administradores a praticarem os atos necessários à incorporação, inclusive a subscrição do aumento de capital da incorporadora.

§ 3º Aprovados pela assembleia-geral da incorporadora o laudo de avaliação e a incorporação, extingue-se a incorporada, competindo à primeira promover o arquivamento e a publicação dos atos da incorporação.”

<sup>280</sup> “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.”

“Art. 1.117. A deliberação dos sócios da sociedade incorporada deverá aprovar as bases da operação e o projeto de reforma do ato constitutivo.”

incorporada, devendo baixar os prejuízos fiscais nos termos do artigo 33 do Decreto-Lei nº 2.341/87.

Por envolver a acusação das autoridades fiscais de que houve uma “troca de papéis”, o tema é frequentemente denominado de “incorporação às avessas”. Esta nomenclatura se mostra equivocada. A qualificação “às avessas” possui como significado “do avesso”, “ao contrário”, de modo que sua adoção implica reconhecer que haveria uma forma correta a ser seguida na incorporação de sociedades.

Ocorre que a incorporação de sociedades é matéria regulada no Direito Privado, e não existe qualquer regra que determine qual sociedade deve ser a incorporadora e qual deve ser a incorporada, podendo até mesmo ser o caso que ambas as sociedades são incorporadas por uma sociedade recém-criada no mesmo ato societário (na hipótese de fusão).

As decisões do CARF acabam referendando o cerne da acusação e construíram uma diversidade de critérios para verificar se a sociedade que desempenha as atividades empresariais é efetivamente a sociedade que constou no ato societário como sociedade incorporadora. São exemplos de critérios construídos pelo CARF: se a sociedade incorporadora passou a adotar o mesmo objeto social, razão social ou endereço da sede, se há prova da sinergia na aglutinação das atividades empresariais em uma mesma sociedade e se o corpo de diretores da sociedade incorporada (extinta) continua exercendo funções de diretoria na sociedade incorporada.

Ocorre que todos esses critérios – ainda que fossem considerado válidos (o que não é o caso) – sempre tratam da hipótese de ocorrência da dissimulação (simulação relativa) nos atos societários de incorporação de sociedades. Ocorre que, como visto no Capítulo 2 e 3, após o julgamento da ADI nº 2.446 pelo STF em maio de 2022, restou assentando que o artigo 149, VII do CTN só permite a requalificação nas hipóteses de simulação (absoluta). Somente será possível a requalificação para fins fiscais em casos de dissimulação (simulação relativa) quando ocorrer a regulamentação do artigo 116 parágrafo único do CTN.

Isso significa que tal operação de reorganização societária pode configurar elisão tributária. No Cenário 01, não há espaço para discussão sobre a requalificação dos fatos praticados pelas autoridades fiscais, porque envolveria discussão sobre simulação relativa, que somente será cabível após a regulamentação do artigo 116, parágrafo único, do CTN. No Cenário 02, também não há espaço para requalificação dos fatos, mas pode ocorrer a baixa de prejuízos fiscais caso tenha ocorrido uma mudança substancial no ramo de atividade.

#### 4.4.2– Reorganização societária para segregação de fontes produtoras

A reorganização societária também pode ocorrer em sentido oposto ao descrito no item anterior. Em vez de se aglutinarem as fontes produtoras (ou atividades empresariais), o contribuinte pode efetuar uma cisão parcial de determinada sociedade e transferir uma determinada atividade para outra sociedade, inclusive que tenha sido recém criada no mesmo ato societário de cisão.

A elisão tributária não ocorre no evento de cisão parcial e sim em um segundo momento, relacionado às atividades empresariais. De maneira geral, a carga tributária global daquele grupo societário (i.e., considerando todas as atividades) pode ser menor. Isso pode ocorrer por uma multiplicidade de cenários e circunstâncias fáticas. Mas o exemplo mais simples – e por isso mais adequado pro nosso estudo, seria uma sociedade que cinde um imóvel que será objeto de locação para outra sociedade do grupo.

Como “caso-problema 1”, considere uma grande rede de concessionária de veículos com 3 (três lojas em imóveis próprios) cuja opção pelo lucro real é obrigatória, em razão do seu alto faturamento. Agora considere-se o cenário em que uma das lojas está localizado em um ponto super valorizado, e os administradores da sociedade percebem que será mais lucrativo encerrar as atividades de venda de carros naquela loja e locar o imóvel para uma empresa (independente) de serviços logísticos, que montará um centro de distribuição naquele imóvel pagando um aluguel de R\$ 5 milhões por mês..

Como será a tributação de IRPJ e CSLL de tal atividade? Como a sociedade é optante pelo lucro real anual, a receita obtida com a locação (R\$ 5 milhões por mês) será incluída na base de cálculo do IRPJ e CSLL. Poderão ser aproveitadas algumas despesas de depreciação do imóvel, de modo que a alíquota total será próxima de 34% sobre o valor da receita com o aluguel.

Agora, considere-se que a sociedade é objeto de uma cisão parcial e o imóvel é transferido para uma nova sociedade cujo objeto social será a locação de imóveis, sendo esse o único imóvel. Caso essa sociedade opte pelo lucro presumido, a tributação considerará um percentual de presunção de lucratividade de 32%, de modo que a carga tributária de IRPJ e CSLL será de cerca de 10,88% (dez virgula oitenta e oito por cento), gerando economia tributária.

Não há na legislação tributária nenhuma vedação para que essa sociedade opte pelo regime do lucro presumido (mesmo que os sócios controlem outra sociedade obrigada ao lucro real). Desse modo – e por esse motivo o exemplo é adequado – a única hipótese de questionamento é com base na requalificação dos fatos para dizer que a conduta é simulada.

De tudo que foi exposto nos tópicos anteriores, sabemos que não é possível existir a “simulação” da constituição de uma sociedade. Desse modo, a única linha de questionamento possível por parte das autoridades fiscais seria no sentido de que a sociedade que detém o imóvel atua de “forma conjunta” com a sociedade original, de modo que as suas receitas deveriam ser somadas.

Há um famoso caso julgado na década de 1980 que tratou de um caso similar.<sup>281</sup> De forma resumida, uma indústria constituiu 08 (oito) novas sociedades, optantes pela sistemática do Lucro Presumido, todas com o mesmo objeto social e com sede no mesmo endereço da Grendene S/A, além dessa ser a única fornecedora e cada uma das empresas possuir apenas um empregado. Concluiu-se que as empresas só existiam “no papel” e a receita de todas foram somadas para fins de cálculo do lucro presumido.

A questão que se coloca é a seguinte: quais os critérios para que uma empresa seja considerada operacional? É necessário que tenha empregados? Clientes diferentes? Sede diferente? Conforme exposto nos tópicos anteriores, entendemos que a análise da simulação deve considerar as particularidades de cada caso.

No exemplo do nossos “caso-problema”, nenhum desses requisitos é necessário, porque o contexto operacional da sociedade não envolve a necessidade de empregados, nem qualquer elemento que confira independência financeira, administrativa ou operacional.

Um caso similar foi julgado no CARF, no

Acórdão nº 1103-000.836, de 09 de abril de 2013, mantido pela CSRF no Acórdão nº 9101-002.429, de 18 de agosto de 2016. O contribuinte continuou a discussão em âmbito judicial, obtendo sentença favorável em 21 de maio de 2018, confirmada pela 2ª Turma do Tribunal Regional da 4ª região em 11 de dezembro de 2019.

No caso acima mencionado, o contribuinte transferiu, via cisão parcial, ativos imobiliários (campos e florestas) para uma nova sociedade que tinha por objeto a compra e

---

<sup>281</sup> Apelação Cível nº 115.478-RS), julgado em fevereiro de 1987 pelo já extinto Tribunal Federal de Recursos (TRF)

venda de imóveis, administração e incorporação de bens imóveis, florestamento, reflorestamento e comércio de produtos florestais.

Anos depois, esta sociedade, optante pelo lucro presumido, efetuou a venda dos ativos recebidos (via integralização de capital) aplicando os percentuais de presunção de lucratividade, distribuindo dividendos isentos aos sócios (que eram os mesmos da sociedade originalmente detentora dos ativos). A acusação fiscal foi de que o ganho de capital deveria ser tributado na sociedade detentora originária dos ativos, que era optante pelo lucro real no ano em que ocorreu a venda, porque a transferência teria sido efetuada “para encobrir o real fato gerador da obrigação tributária e o verdadeiro vendedor dos imóveis com o objetivo único e exclusivo de pagamento a menor de tributos na alienação desses bens e consequente recebimento de valores a título de rendimentos ou receita isentos na forma de lucros distribuídos”.

Um dos principais argumentos utilizados pela fiscalização para alegar a simulação foi que a sociedade que recebeu os imóveis não possuía nenhuma estrutura física (e.g., a sede, o telefone e endereço eletrônico eram os mesmos da sociedade originalmente detentora dos ativos) nem quadro de empregados compatível com as atividades desempenhadas.

Dentre os argumentos de defesa apresentados pelo contribuinte, inclui-se que tal reorganização societária buscou racionalizar a atividade empresarial de modo que cada sociedade se concentrasse em sua atividade principal, que os instrumentos utilizados eram lícitos, que a sociedade que recebeu os imóveis, em anos posteriores, adquiriu outros imóveis, que ainda não tinham sido alienados até a data do julgamento, o que confirmaria a efetiva existência de uma atividade empresarial imobiliária.

No CARF, prevaleceu o entendimento de que, apesar da regularidade formal das operações quando tomadas de forma individualizada, a transação vista globalmente buscava unicamente a redução da carga tributária “inexistindo outro propósito negocial relevante”. Destacou-se o fato de que a empresa que recebeu os imóveis não exerceu nenhuma atividade, seja de investimento ou reposição de estoques de imóveis.

Na CSRF, o auto de infração foi confirmado, destacando-se o fato de que a empresa que recebeu os imóveis não possuía nenhuma estrutura física nem quadro de empregados compatível com as atividades desempenhadas. Assim, a reorganização societária consistiria em uma “operação simulada”, o que seria reforçado pela suposta ausência de propósito negocial.

Assim, concluiu pela inexistência de simulação no caso concreto, inclusive pelo “longo decurso do lapso temporal de anos entre a integralização dos bens imóveis e a alienação pela pessoa jurídica imobiliária”.

Embora o referido conselheiro tenha restado vencido, sua provocação sobre a “inexistência de norma geral de reação a planejamentos tributários subjetivamente reputados ‘abusivos’” ecoou no Judiciário, tendo sido um elemento central da decisão da 2ª Turma do TRF da 4ª região, proferida em 11 de dezembro de 2019 no processo nº 5009900-93.2017.4.04.7107/RS, que confirmou a sentença que anulou o lançamento fiscal.

O voto do relator Desembargador Rômulo Pizzolati refere-se ao voto acima mencionado e questiona a própria necessidade de existência de um “propósito negocial” para que o “planejamento tributário” seja considerado lícito. Ao analisar os dispositivos do CTN, conclui inexistir *“uma autorização genérica, ampla, inespecífica, para que a fiscalização desconsidere atos, negócios ou operações com base em critérios por ela aleatoriamente introduzidos, como o tal ‘propósito negocial’”*.

Ainda de acordo com referido voto, a autoridade fiscal somente poderia desconsiderar planejamentos tributário nas hipóteses de fraude, dolo ou simulação. Inexistindo um conceito de simulação próprio do Direito Tributário, “o instituto deve ser empregado conforme os contornos dados pelo Direito Privado”.

Com base em tais premissas, concluiu pela inexistência de simulação pela “perfeita correspondência da substância dos operações com as formas que foram adotadas para a sua realização” visto que efetivamente houve a transmissão das propriedades (via cisão parcial) a sociedade que recebeu os ativos foi que efetuou a alienação.

Ademais, considerou que seriam irrelevantes as constatações da autoridade fiscal da existência de poucos empregados ou de inexistência de estrutura física “pela simples razão de o seu objeto social – transações imobiliárias - não exigir mais que singelas instalações e o trabalho dos seus sócios”.

Isso significa que tal operação de reorganização societária pode configurar elisão tributária, mesmo que a “nova sociedade” não possua empregados ou estrutura operacional, se eles não forem necessários para o exercício de seu objeto social.

## V. Conclusões

1. A Constituição Federal de 1988 consagra uma série de princípios e valores. Ainda que eles aparentem apontar em direções opostas em relação ao tema da elisão tributária, a livre-iniciativa consubstancia princípio cujo sentido é amplo, alcançando a liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação. No âmbito do Direito Tributário, consagra o direito à elisão tributária, que corresponde ao direito subjetivo de buscar a menor onerosidade tributária na condução de seus negócios, inclusive efetuando reorganizações societárias, desde que atue de forma lícita.

2. O princípio da capacidade contributiva reverte-se de dupla feição: (i) é diretriz a ser observada pelo legislador infraconstitucional e (ii) é garantia fundamental, assegurada ao cidadão para sua proteção, em relação à atividade impositiva dos entes políticos. Descabe, em face da estrutura do nosso ordenamento jurídico, admitir a influência do princípio da capacidade contributiva em lançamentos tributários que visem limitar o direito à elisão tributária.

2.1 O exposto acima não se limita aos casos em que o princípio da capacidade contributiva é utilizado expressamente como fundamento das autuações fiscais. Também abrange casos em que tenha influenciado tanto a qualificação dos fatos como a interpretação de dispositivos da legislação tributária.

3. A inserção do artigo 116 parágrafo único do CTN representou um ato de fala de caráter perlocucionário, que buscou solucionar um problema de eficácia social do art. 149, VIII do CTN. Após sua introdução, o artigo 149, VII passou a abranger a hipótese de simulação (absoluta). O artigo 116 parágrafo único abrange a hipótese de “dissimulação”, sendo necessária sua regulamentação via lei ordinária para que possa ser aplicado.

3.1. Essa interpretação – construída em ambiente doutrinário – foi confirmado pelo STF no julgamento da ADI 2446, concluído em abril de 2022.

4. A requalificação de fatos, por autoridade administrativa, só poderá acontecer se restar comprovada a ocorrência de “dolo”, “fraude” ou “simulação” (absoluta) ou “dissimulação” (simulação relativa).

4.1. O significado de tais termos deve ser construído com base no Direito Privado, tendo em vista que não houve conceituação diversa pra fins tributários e a interpretação que decorre do Direito Privado é compatível com o ordenamento jurídico. Descabe-, portanto, querer atribuir um significado autônomo para fins tributários para tais vocábulos como forma

de querer importar doutrinas estrangeiras, que sequer são compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro e foram expressamente rejeitadas pelo Congresso Nacional.

5. As decisões que vem sido proferidas pelo CARF sobre o tema refletem uma tomada de posição de que elisão tributária não seria permitida. Usa-se um rótulo genérico de “ausência de propósito negocial” que abarca diferentes institutos, tais como a ausência de motivação extratributária, simulação pela perspectiva causalista e critérios da substância sobre a forma. A adoção de tais critérios não se sustenta em face do ordenamento jurídico brasileiro, notadamente em face do julgamento da ADI 2446 que confirmou o direito à elisão tributária.

6. A única acepção possível em que podem ser utilizadas teorias como a do “propósito negocial”, “substância sobre a forma”, ou “abuso de direito” no ordenamento jurídico brasileiro, será como indício de uma conduta que se qualifique como uma conduta simulada (com base no artigo 149, VII do CTN) ou dissimulada (após regulamentação do artigo 116, parágrafo único).

6.1. A fundamentação da autuação deverá levar em conta, expressamente, a figura da simulação e dissimulação e comprovar sua caracterização no caso concreto.

7. O contribuinte possui o direito à elisão tributária por meio de reorganizações societárias (incorporação, fusão e cisão). Atualmente, como não há regulamentação do artigo 116, parágrafo único do CTN, a requalificação dos fatos só pode ocorrer por meio de demonstração de simulação absoluta.

7.1. Nas operações que envolvem o denominado “ágio interno” regidas pelo regime da Lei nº 9.532/97, só é possível cogitar da existência de simulação absoluta nas hipóteses em que o ágio sido formado em operação de subscrição de ações. Nesta hipótese, estando caracterizada a simulação no caso concreto por meio de provas admitidas em Direito, a conduta do contribuinte não se amolda à elisão tributária.

7.2. Nas operações que envolvem o denominado “ágio interno” regidas pelo regime da Lei nº 9.532/97 em que o ágio aproveitado fiscalmente tenha sido formado em operação de aquisição de participação societária em que houve objeto e preço definidos, não é cabível o argumento de simulação absoluta. Assim, tais operações configuram elisão tributária.

7.3. Nas operações que envolvem o aproveitamento fiscal do ágio formado entre partes independentes e com uso de “empresa-veículo”, os argumentos das autoridades fiscais de que o verdadeiro adquirente seria a “empresa-veículo” ou a sociedade que fornece os recursos financeiros para financiar a aquisição (o “real adquirente”), representam



requalificações com base em simulação relativa, o que somente será cabível após a regulamentação do artigo 116, parágrafo único do CTN. Assim, tais operações configuram elisão tributária.

7.4. Nas operações que envolvem a incorporação de sociedade lucrativa por sociedade que possui expressivos créditos de prejuízo fiscal (usualmente denominada de “incorporação às avessas”), a acusação fiscal de que sociedade que figurou no ato societário é a verdadeira sociedade incorporadora, é uma requalificação com base em simulação relativa, o que somente será cabível após a regulamentação do artigo 116, parágrafo único do CTN. A depender do contexto fático, pode ser aplicável o artigo 32 do Decreto-Lei nº 2.341/87 que prevê que o prejuízo fiscal deve ser baixado em caso de modificação do controle societário e alteração significativa do ramo de atividade. Fora dos casos que atraem a aplicação do artigo 32 do Decreto-Lei nº 2.341/87, tais operações configuram elisão tributária.

7.5. Nas operações que envolvem a cisão parcial de sociedade para segregar fontes produtoras em sociedades diversas para viabilizar a adoção do regime do lucro presumido, não caberá requalificação dos fatos para entender que as sociedades atuam de forma conjunta se possuem independência operacional compatível com o exercício de seu objeto social. Nestas hipóteses, tais operações tais operações configuram elisão tributária.

**BIBLIOGRAFIA**

ALCHOURRÓN, Carlos e BULYGIN, Eugenio. Sobre la existência de las normas jurídicas. México: Distribuciones Fontamara, 1997

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ANDRADE JÚNIOR, Luis Carlos. A simulação no Direito Civil. São Paulo: Malheiros, 2016.

ÁVILA, Humberto. Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_; Teoria da Igualdade Tributária. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_; Eficácia do Novo Código Civil na Legislação Tributária. In: GRUPPENMARCHER, Betina Treiger (coord.). *Direito Tributário e o Novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

BARRETO, Paulo Ayres. Planejamento Tributário: Limites Normativos. São Paulo: Noeses, 2016.

\_\_\_\_\_; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Os limites à autonomia conceitual em matéria tributária: uma análise dos arts. 109 e 110 do Código Tributário Nacional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; e COELHO, Sacha Calmon Navarro (Org.). *Direito Tributário contemporâneo*. São Paulo: RT, 2016..

\_\_\_\_\_; Ordenamento e Sistema Jurídicos. In: Paulo de Barros Carvalho. (Org.). *Construtivismo Lógico Semântico*. São Paulo: Editora Noeses, 2014, v. 1, p. 252

\_\_\_\_\_; *Imposto sobre a Renda e Preços de Transferência*. São Paulo: Dialética, 2001.

BECKER, Alfredo Augusto. Teoria geral do Direito Tributário. 3. Ed. São Paulo: Lejus, 1999.

BELLAN, Daniel Vitor. Artistas e esportistas: o artigo 17 da Convenção Modelo da OCDE e dos tratados brasileiros. *Revista de Direito Tributário internacional*. São Paulo: Quartier Latin, n.12, Ano 4, p. 77-134, 2009, p. 128.

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução: Servanda Editora. Campinas: Servanda Editora, 2008.

BEVILAQUA, Clóvis. Teoria Geral do Direito Civil. 2, ed, revista e corrigida. Campinas: Servanda, 2015.

BIANCO, João Francisco. “Ainda o Ágio Pago na Aquisição de Investimento”. *Controvérsias Jurídico-Contábeis*. Coord. Alexandre Evaristo Pinto et al. São Paulo: Atlas, 2020.

BIFANO, Elidie Palma; FAJERSTAJN. “O Pagamento de Ágio na Compra de Participações Societárias e a Segurança Jurídica”. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; BIANCO, João Francisco (coords.); CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; DUARTE FILHO, Paulo

César Teixeira (orgs.). *Estudos de Direito Tributário em Homenagem ao Prof. Gerd Willi Rothmann*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

BOZZA, Fábio Piovezan. Planejamento tributário e autonomia privada – Série Doutrina Tributária. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 7. ed. São Paulo: Noeses, 2018.

\_\_\_\_\_; *Curso de Direito Tributário*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. Entre a forma e o conteúdo na desconstituição dos negócios jurídicos simulados. *Revista Da Faculdade de Direito, Universidade De São Paulo*, v. 105,, 2010.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA, Alcides Jorge. A competência tributária e o Novo Código Civil. In: Eduardo de Carvalho Borges (Coordenador). *Impacto Tributário do Novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004

DORIA, Antonio Roberto Sampaio. *Elisão e Evasão Fiscal*. 2ª ed. São Paulo: Bushatskay, 1977.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Princípio de cautela ou não paridade de tratamento entre o lucro e o prejuízo. In: CARVALHO, Maria Augusta Machado de (org.). *Estudos de Direito Tributário em homenagem à memória de Gilberto de Ulhôa Canto*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

EIRIZIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada. Volume I*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ESTRADA, Roberto Duque; MUNIZ, Eduardo Barbosa. O ágio na visão dos tribunais: empresa veículo e ágio interno. In: XVIII Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2019.

FERRARA, Francisco. *La simulación de los negocios jurídicos*. Tradução por: Rafael Atard y Juan A. de La Puente. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1960.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Simulação e negócio jurídico indireto no Direito Tributário e a luz a do novo código civil. *Revista Fórum de Direito Tributário*, ano 8, n. 48.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1996.

GALHARDO, Luciana Rosanova; ASSEIS, Pedro A. A. Abujamra. In: *Controvérsias jurídico-contábeis*. Org: Alexandre Evaristo Pinto [et al.]. São Paulo: Atlas, 2020.

GERMANO, Livia de Carli. Planejamento Tributário e limites para a desconsideração dos negócios jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. Coordenador e atualizador Edvaldo Brito. Atualizadora Reginalda Paranhos de Brito. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. 4 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

HUCK, Hermes Marcelo. Evasão e elisão: rotas nacionais e internacionais do planejamento tributário. São Paulo: Saraiva, 1997.

KOURY, Paulo Arthur Cavalcante. Forma e substância no Direito Tributário. São Paulo: IBDT, 2021.

LEÃO, Martha Toribio. O direito fundamental de economizar tributos: entre legalidade, liberdade e solidariedade. São Paulo: Malheiros, 2018.

MACHADO, Luiz Tadeu Matosinho. A prova na demonstração do propósito negocial”. In: Gisele Bara Bossa [et al]. Eficiência probatória e atual jurisprudência do CARF. São Paulo: Almedina, 2020.

MACHADO, Brandão. Breve exame crítico do art. 43 do CTN. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Imposto de renda – conceitos, princípios e comentários*. São Paulo: Atlas, 1996.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Princípios tributários no direito brasileiro e comparado. Estudos jurídicos em homenagem a Gilberto de Ulhôa Canto. Rio de Janeiro: Forense, 1988

MARTINEZ, Antônio Lopo; OLIVEIRA, João Pedro Earl Galvêas. Novo CARF e planejamento tributário com operações societárias. *Revista Pensamento Contemporâneo em Administração (UFF)*, v. 13, 2019.

MARTINEZ, Antônio Lopo; COELHO, Luis Felipe de Almeida. Planejamento tributário com operações societárias: critérios de validade utilizados pelo CARF. *Revista Contemporânea de Contabilidade (UFSC)*, v. 13, 2016.

MARTINS, Eliseu e IUDÍCIBIS, Sérgio de. Ágio interno é um mito? In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (org.). *Controvérsias jurídico contábeis: aproximações e distanciamentos*. São Paulo: Dialética, 2013.

MCNAUGHTON, Charles William. Elisão e norma antielisiva: completabilidade e sistema tributário. São Paulo: Noeses, 2013.

MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. Teoria Geral do Negócio Jurídico. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOURA, André Mendes de; VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. “Ágio nas reorganizações societárias no âmbito da Lei nº 9.532, de 1997, e a jurisprudência atual do CARF”. *Revista Fórum de Direito Tributário* nº 93. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MUNIZ, Ian. *Fusões e Aquisições – Aspectos Fiscais e Societários*. 2ª Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

NEDER, Marcos Vinicius; JUNQUEIRA, Lavínia Moraes de Almeida Nogueira. “Análise do tratamento contábil e fiscal do ágio em estrutura de aquisição ou titularidade de sociedades quando há a interposição de *holding*”. In: *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*, 4º volume. Coordenadores: Roberto Quiroga Mosquera, Alexandro Broedes Lopes. São Paulo: Dialética, 2013.

NISHIOKA, Alexandre Naoki. *Planejamento fiscal e elusão tributária na constituição e gestão de sociedades: os limites da requalificação dos atos e negócios jurídicos pela administração*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

NETO, Luis Flavio. *Planejamento Tributário: a legitimidade da segregação operacional e societária de fontes produtoras de rendimentos*. In: *Planejamento Tributário: pressupostos teóricos e aplicação prática / José Antonino Marinho Neto (Org.); Valter de Souza Lobato (Coord.)*. Belo Horizonte: Fórum, 2021

\_\_\_\_\_. *Teorias do “abuso” no planejamento tributário*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

NOVAIS, Raquel; MARTINEZ, Bruna Marrara. “A Lei 12.973/2014, a Empresa-veículo e Outros Temas”. *Controvérsias Jurídico Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*. 6º Volume. Coord. Roberto Quiroga Mosquera e Alexandro Broedel Lopes. São Paulo: Dialética, 2015

OLIVEIRA, Ricardo Mariz. *Fundamentos do planejamento tributário*. *Revista de Direito Tributário Atual* n. 47. São Paulo: IBDT, 2021.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do imposto de renda*. São Paulo, SP: IBDT, 2020.

PONTES DE MIRANDA. *Trado de Direito Privado. Parte Geral, Tomo IV*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1954.

RAÓ, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais: o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. 4ª. ed. anotada, revista e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

ROCHA, Sergio Andre. *Planejamento tributário e liberdade não simulada: doutrina e situação pós ADI 2.446*. 2. Ed. Belo Horizonte, MG: Letramento; Casa do Direito, 2022.

\_\_\_\_\_. *Planejamento tributário na obra de Marco Aurélio Greco*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

\_\_\_\_\_. *Para que Serve o Parágrafo Único do Artigo 116 do CTN Afinal?*. In: Sergio André Rocha; Marciano Seabra de Godoi. (Org.). *Planejamento Tributário: Limites e Desafios Concretos*. 1ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018

\_\_\_\_\_. *O Controle do Planejamento Tributário na Obra de Ricardo Lobo Torres*. In: Sergio André Rocha; Silvia Faber Torres. (Org.). *Direito Financeiro e Tributário na Obra de Ricardo Lobo Torres*. 1ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020.

ROBLES, Gregorio. *O direito como texto: quatro estudos sobre a teoria comunicacional do direito*. Baureri: Manole, 2005;

SANTOS, Ramon Tomazela.. O desvirtuamento da teoria do propósito negocial: da origem no caso Gregory vs. Helvering até a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. In: Marciano Seabra de Godoi; Sergio Andre Rocha. (Org.). *Planejamento Tributário - Limites e Desafios Concretos*. 1 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

SCHOUERI, Luis Eduardo. O REFIS e a desjudicialização do planejamento tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário* 232/103-115. São Paulo, Dialética, janeiro/2015.

\_\_\_\_\_. Planejamento tributário e garantias dos contribuintes: entre a norma geral antielisão portuguesa e seus paralelos brasileiros. In: Daniel Freire e Almeida; Fabio Luiz Gomes; João Ricardo Catarino. (Org.). *Garantias dos contribuintes no sistema tributário*. 1ed.São Paulo: , 2012, v. 1.

\_\_\_\_\_. Juros sobre capital próprio: natureza jurídica e forma de apuração diante da “nova contabilidade”. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; e LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2012, vol. 3.

\_\_\_\_\_. O desafio do planejamento tributário. In *Planejamento tributário e o propósito negocial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

\_\_\_\_\_. Planejamento Tributário: limites à norma antiabuso. *Revista de Direito Tributário Atual*, v.24. São Paulo: Dialética, 2010.

\_\_\_\_\_. O Mito do Lucro Real na Passagem da Disponibilidade Jurídica para a Disponibilidade Econômica. In: QUIROGA MOSQUERA, Roberto; LOPES, Alexsandro (Coord.) *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*. Vol. 1. São Paulo: Dialética, 2010

SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Dedutibilidade de despesas com atividades ilícitas. In: ADAMY, Pedro Augustin; FERREIRA NETO, Arthur M. (Coord.). *Tributação do ilícito*. São Paulo: Malheiros, 2018.

SCHOUERI, Luis Eduardo; GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. “As vicissitudes do Tratamento do Ágio na Jurisprudência Administrativa”. *Direito Tributário – Os 30 Anos do Sistema Tributário Nacional na Constituição – Estudos em Homenagem a Ricardo Lobo Torres*. Volume I. Coord. José André Wanderley Dantas e Paulo Rosenblatt. Recife: Edição dos Organizadores, 2018.

SCHOUERI, Luis Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. “O Ágio Interno na Jurisprudência do CARF e a (Des)proporcionalidade do artigo 22 da Lei nº 12.973/2014”. In: Marcelo Magalhães Peixoto; Maurício Pereira Faro. (Org.). *Análise de Casos sobre Aproveitamento de Ágio: IRPJ e CSSL - à Luz da Jurisprudência do CARF - Conselho Administrativo de Recursos Fiscais*. 1ed.São Paulo: MP Editora, 2016.

SEABRA DE GODOI, Mauricio. Exercício de Compreensão Crítica do Acórdão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.446 (2022) e de suas Consequências Práticas sobre o Planejamento Tributário no Direito Brasileiro. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 52, 2022.

SILVA, Rômulo Cristiano Coutinho da. Planejamento Tributário e Segurança Jurídica. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

\_\_\_\_\_. “Ágio interno, intertextualidade normativa e limites interpretativos à luz da segurança jurídica”. In: Revista Direito Tributário Atual nº 42. São Paulo: IBDT, 2019.

SOUZA, Rubens Gomes de. Compêndio de legislação tributária. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1954.

TAKATA, Marcos Shigueo. “Ágio interno sem causa ou ‘artificial’ e ágio interno com causa ou real – distinções necessárias”. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; e LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos). São Paulo: Dialética, 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto; FIGUEIREDO, Helena Lanna. Negócio Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2021

TOMÉ, Fabiana Del Padre. A Prova no Direito Tributário. 4 ed. São Paulo: Noeses, p. 324-327.

TÔRRES, Heleno Taveira. Simulação de atos e negócios jurídicos – pacto simulatório e causa do negócio jurídico. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira (coord.); TÔRRES, Heleno Taveira (coord.); CARBONE, Paulo (coord.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010

\_\_\_\_\_. Direito Tributário e Direito Privado – autonomia privada, simulação e elusão tributária. São Paulo: RT, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. Planejamento Tributário: elisão abusiva e evasão fiscal, 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

\_\_\_\_\_. Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: Valores e Princípios Constitucionais Tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

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