

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

MURILLO LO VISCO

**PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO REALIZADO COM OBJETIVO DE
APROVEITAMENTO DE ÁGIO GERADO EM REORGANIZAÇÕES
SOCIETÁRIAS INTRAGRUPO**

Florianópolis
2014

**PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO REALIZADO COM OBJETIVO DE
APROVEITAMENTO DE ÁGIO GERADO EM REORGANIZAÇÕES
SOCIETÁRIAS INTRAGRUPO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para a obtenção do
grau de Bacharel em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina.

Orientador: Prof. Dr. Ubaldo Cesar Balthazar

Florianópolis
2014
MURILLO LO VISCO



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO REALIZADO COM OBJETIVO DE APROVEITAMENTO DE ÁGIO GERADO EM REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS INTRAGRUPO, elaborada pelo acadêmico MURILLO LO VISCO e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 18/07/2014.



Ubaldo Cesar Balthazar



José Sérgio da Silva Cristóvam



Carolina Sena Vieira

RESUMO

O planejamento tributário continua sendo bastante estudado e debatido. Ainda assim, talvez seja o tema mais carente de conclusões definitivas em Direito Tributário. Se, de um lado, restou frustrada a tentativa de estabelecer uma disciplina legislativa sobre o tema, de outro, a iniciativa teve o mérito de despertar o debate. Foram muitos os trabalhos produzidos sobre o assunto desde a inserção do parágrafo único do art. 116 do CTN pela Lei Complementar nº 104, de 2001. Tal interesse não é puramente acadêmico. A quantidade de planejamentos tributários executados pelos contribuintes, associada ao crescente interesse e especialização da fiscalização tributária, tiveram como consequência a proliferação de casos concretos ocupando a pauta de julgamento, principalmente, do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda, o CARF, revelando o aspecto prático do tema. Ainda há muito a ser debatido, e é importante avançar para estabelecer contornos mais precisos, menos fluídos, para o tema. A definição de limites mais claros para o planejamento tributário, desvendando o ponto a partir do qual se penetra no terreno da abusividade, é importante para conferir maior segurança jurídica para os agentes econômicos e, ao mesmo tempo, maior eficiência para a Administração Tributária. De toda sorte, parece haver um consenso em torno da ideia de abusividade do planejamento tributário executado mediante simulação. Nesse plano tem se situado as autuações fiscais relativas a um específico planejamento tributário, que se tornou conhecido como “ágio interno”. O referido planejamento tributário consiste na geração de ágio no contexto de complexas operações societárias realizadas dentro dos limites de um mesmo grupo econômico, para posterior aproveitamento da despesa com sua amortização para fins de redução da base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica.

Palavras-chave: Planejamento tributário. Ágio. Reorganizações societárias. Simulação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	3
Capítulo 1 – OS LIMITES DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO	6
1.1. Noções Gerais sobre Planejamento Tributário	6
1.2. A Legitimidade do Planejamento Tributário	16
1.3. A Tentativa de Regulação do Tema.....	22
1.4. Abusividade do Planejamento Tributário Executado Mediante Simulação	30
Capítulo 2 – TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DO ÁGIO ORIGINADO NA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS.....	38
2.1. Uma breve contextualização	38
2.2. Disciplina legal dos investimentos em participações societárias.....	39
2.3. Tratamento do ágio originado na aquisição de participações societárias	42
2.4. Disciplina legal do ágio em caso de fusão, cisão ou incorporação	46
Capítulo 3 – ANÁLISE DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO DENOMINADO “ÁGIO INTERNO”	52
3.1. Modelo genérico da operação denominada “ágio interno”	52
3.2. A estratégia colocada em prática – “Caso Altenburg”	58
3.3. Análise crítica da estratégia	59
CONCLUSÃO.....	70
REFERÊNCIAS	72

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo analisar a licitude de um planejamento tributário bem específico, colocado em prática por diversas empresas entre os anos de 2003 e 2005, conhecido pela denominação de “ágio interno”.

O planejamento tributário normalmente é associado à figura da elisão fiscal, que consiste na redução do ônus tributário sustentado pela escolha entre alternativas legalmente permitidas. Em sua concepção tradicional, o planejamento tributário se sustenta na liberdade de organização, e tem como objetivo a diminuição da carga tributária.

De outro lado, tem-se a evasão fiscal, tradicionalmente considerada sinônimo de sonegação, que pressupõe a ocorrência do fato gerador, combinada com a conduta dolosa do agente no sentido de mantê-lo à margem da tributação.

Muito tem se debatido acerca das diferenças entre os referidos institutos. De qualquer forma, uma coisa é certa: a diferença entre a elisão e a evasão é o abismo que separa o lícito do ilícito. O grande problema está na zona que se encontra entre a elisão e a evasão fiscal. Nela se situa o chamado “planejamento tributário abusivo”, também denominado elisão ilícita ou elusão fiscal.

Embora reste importante controvérsia, é comum o entendimento de que o parágrafo único do art. 116 do CTN contém a norma geral antielisiva do Sistema Tributário brasileiro. Trata-se de um mecanismo colocado à disposição da Administração Tributária para fins de combater o planejamento tributário abusivo. No entanto, a aplicação do parágrafo único do art. 116 do CTN demanda a publicação de lei ordinária que veicule procedimentos a serem observados pela autoridade fiscal para fins de desconsideração de atos ou negócios jurídicos dessa natureza. Em 2002, por meio da Medida Provisória nº 66, o Poder Executivo tentou, sem sucesso, disciplinar o parágrafo único do art. 116 do CTN. Embora diversas teorias sejam amplamente debatidas pela doutrina especializada, ainda há muitas divergências relativas à sua aplicação. Certamente, por essa razão o Congresso Nacional não acolheu a proposta de regulamentação do parágrafo único do art. 116 do CTN contida na MP nº 66/2002, de modo que os pressupostos do planejamento tributário ilícito não foram positivados. E, assim, o debate doutrinário continua.

De qualquer forma, ainda que o tema planejamento tributário seja vasto e envolva muitas questões a serem investigadas, a pesquisa que compõe o objeto do presente projeto terá como foco uma estratégia bem específica, denominada “ágio interno”.

Para alcançar o objetivo pretendido, no Capítulo 1, serão apresentados e analisados os conceitos fundamentais relacionados ao tema do Planejamento Tributário. Com essa finalidade, em um primeiro momento serão identificadas as relações entre planejamento tributário, evasão, elusão e elisão fiscal, evidenciando a possibilidade de haver, de um lado, planejamentos tributários legítimos, e de outro, planejamentos tributários abusivos. Em seguida, será objeto de análise a tentativa frustrada de regulação do tema, no sentido de parametrizar a abusividade do planejamento tributário. Por fim, a despeito das divergências ainda encontradas nos estudos sobre o assunto, será apontado um consenso em relação ao fato de que é abusivo o planejamento tributário executado mediante simulação.

No Capítulo 2, será apresentado o tratamento conferido pela lei tributária ao ágio originado em aquisição de participações societárias, tema essencial para a compreensão dos mecanismos envolvidos no planejamento tributário denominado “ágio interno”. Inicialmente, serão expostas e analisadas as disposições legais relativas às participações societárias avaliadas pelo método da equivalência patrimonial. Em um segundo momento, o objeto de análise será a disciplina legal relativa ao ágio originado em aquisição de participações societárias.

Por fim, no Capítulo 3, o planejamento tributário conhecido como “ágio interno” será descrito, e serão analisados os aspectos pertinentes à sua legitimidade. Restará evidenciado o fato de que a estratégia consiste na geração de ágio em decorrência da realização de operações societárias intragrupo, visando o posterior aproveitamento da despesa com sua amortização para fins de redução da base de cálculo do IRPJ. Considerando que a estratégia não produz qualquer efeito concreto para além da formalidade e, principalmente, considerando que, mesmo após a execução de diversas operações societárias, num curtíssimo lapso temporal, tudo volta a ser exatamente como no arranjo inicial, o caráter simulado desse específico planejamento tributário resta evidente. Além disso, como operações societárias são realizadas longe das forças de mercado, sem a interveniência de terceiros e sem a realização de qualquer pagamento, a rigor, no contexto desse específico planejamento, nem mesmo se pode considerar originado um verdadeiro ágio.

No desenvolvimento do trabalho será utilizado o método dedutivo de abordagem. O método de procedimento a ser utilizado será o monográfico. A temática será desenvolvida através da técnica de documentação indireta, envolvendo a pesquisa bibliográfica.

Capítulo 1 – OS LIMITES DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

Este capítulo é dedicado à investigação da base teórica relativa ao tema do planejamento tributário. Inicialmente, serão apresentados os conceitos e analisadas as diferenças entre elisão, elusão e evasão fiscal, e abordada a relação entre elisão fiscal e planejamento tributário. Em seguida, será analisado o conteúdo do parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional, por meio do qual o legislador buscou disciplinar a matéria. Por fim, será estudado o instituto da simulação, e identificadas consequências de sua utilização na execução do planejamento tributário.

1.1. Noções Gerais sobre Planejamento Tributário

O tributo faz parte da história da humanidade, e juntamente com ele nasceram os esforços para evitar seu pagamento.

São muitas as formas de evitar o pagamento dos tributos, podendo ser dispostas em um amplo espectro de alternativas. Em um dos extremos desse espectro, em momento anterior à própria criação da obrigação, encontra-se a tentativa de influenciar a decisão do soberano detentor do poder de tributar.

Nesse sentido, antes mesmo do surgimento dos modernos Estados de Direito, ainda durante a Idade Média, como forma de evitar a criação arbitrária de tributos pelo soberano, foi marcante a atuação dos barões ingleses que culminou com a edição da Magna Carta, na qual se inseriu o dever de o monarca somente instituir tributos com o consentimento dos obrigados ao seu pagamento, por meio de seus representantes, o que restou sintetizado pela célebre cláusula “*no taxation without representation*”¹.

Atualmente, a gestão de grupos organizados da sociedade junto aos representantes eleitos é ilustrativa dessa forma de evitar o pagamento de tributo, efetivada antes mesmo do momento em que a obrigação é instituída.

¹ Luciano Amaro destaca que esse evento se encontra na origem do princípio da legalidade tributária. De acordo com o Professor paulista, “esse princípio é multissecular, tendo sido consagrado, na Inglaterra, na Magna Carta de 1215, do Rei João Sem Terra, a quem os barões ingleses impuseram a necessidade de obtenção prévia de aprovação dos súditos para a cobrança de tributos” (**Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 111).

No extremo oposto do espectro de possibilidades para evitar o pagamento dos tributos, há a conduta pura e simples de ocultação de bens e rendas que serviriam para seu pagamento, no momento em que a obrigação já se encontra instituída e se tem por exigível. A título de exemplo, na própria história do Brasil são narrados os artifícios empregados pelos mineradores da segunda metade do século XVIII com o objetivo de desviar parte da produção de ouro e, com isso, evitar o pagamento de uma parcela dos impostos exigidos pela Coroa portuguesa².

Como facilmente se conclui, em torno da questão dos tributos sempre existiu um estado de tensão entre o poder soberano e seus súditos e, certamente, sempre existirá. Embora, na atualidade, coletivamente exista certo consenso em relação ao papel e à importância dos tributos na manutenção do Estado, justificando, inclusive, a defesa da existência de um verdadeiro “dever fundamental de pagar impostos”³, individualmente sempre haverá a motivação de evitar o seu pagamento, ainda que parcialmente.

Nesse contexto se insere o objeto do presente trabalho, o planejamento tributário, tema que tem sido muito debatido e que ainda é marcado por diversas questões controvertidas. Além do natural interesse teórico que o tema desperta nos estudiosos do Direito Tributário, com toda certeza pode-se afirmar que grande parte da atenção que tem sido dada ao planejamento tributário se deve à possibilidade de sua aplicação legítima produzir expressivos resultados financeiros para aqueles que o colocam em prática.

Planejamento tributário pode ser entendido como sendo “uma atividade ou uma técnica de prospecção de alternativas de redução da carga tributária suportada pelas pessoas e pelas empresas, sempre em consonância com o ordenamento jurídico em vigor”⁴. Trata-se, portanto, do procedimento destinado a orientar a realização de atos e negócios de modo a obter a redução, ou mesmo a eliminação, lícita do impacto de uma incidência tributária já instituída de modo geral e abstrato.

² Sobre esse aspecto da história da tributação no Brasil, Eliziane Mara de Souza, citando Fernando José Amed e José Labriola de Campos Negreiros, destaca que, mesmo com a existência das Casas de Fundição – criadas para arrecadar o quinto e transformar o ouro em barras identificadas com o selo real – e dos Registros – que funcionavam como locais de inspeção –, “o contrabando era feito por padres, comerciantes, funcionários, proprietários rurais, sob a vista grossa de alguns fiscais de tributos, com o uso de artifícios como os “santos do pau oco”, imagens de santos ocas onde se depositava o ouro” (**Aspectos destacados acerca da tributação no Brasil Colônia**. In: BALTHAZAR, Ubaldo Cesar (org.). *O Tributo na História: da Antiguidade à Globalização*. p. 97).

³ Nesse sentido: NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Lisboa: Almedina, 2004.

⁴ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Planejamento tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.7.

Por essa razão, é muito comum a associação do planejamento tributário à figura da elisão fiscal, que consiste na redução do ônus tributário sustentado pela adoção de “fórmula negocial alternativa e menos onerosa do ponto de vista fiscal, aproveitando-se de legislação não proibitiva”⁵, ou mesmo pela simples escolha entre alternativas legalmente permitidas.

Mas, desde logo, é importante esclarecer que, ainda que essa seja uma associação recorrente, não se pode tomar planejamento tributário como sinônimo de elisão fiscal. Embora seja certo que o resultado obtido com o planejamento tributário legítimo é a elisão fiscal, nem toda elisão fiscal resulta de um planejamento tributário. Nesse sentido, segundo esclarece MARCO AURÉLIO GRECO:

Quando se menciona “planejamento”, o foco da preocupação é a conduta de alguém (em geral, o contribuinte); por isso, a análise desta figura dá maior relevo para as qualidades de que se reveste tal conduta, bem como para os elementos: liberdade contratual, licitude da conduta, momento em que ela ocorre, outras qualidades de que se revista etc.

Quando se menciona “elisão”, o foco de análise é o efeito da conduta em relação à incidência e cobrança do tributo; por isso, sua análise envolve debate sobre os temas da capacidade contributiva, da isonomia etc.⁶

Diante da diferenciação acima exposta, se nem toda elisão fiscal resulta de um planejamento tributário, é porque existem outros meios de se chegar ao resultado elisivo.

Neste momento, impende esclarecer que entre os meios de alcançar a elisão fiscal não se pode incluir a conduta que consiste em simplesmente evitar a prática do ato que corresponde à própria hipótese de incidência tributária⁷, como no caso em que alguém deixa de comprar um automóvel porque o governo federal restabeleceu a alíquota do IPI incidente sobre o produto, antes reduzida a zero.

Tampouco podem ser incluídas entre as formas de elisão fiscal as meras *substituições materiais*, a exemplo da escolha de esquadrias de PVC em detrimento das produzidas em alumínio por conta da menor incidência do IPI sobre as primeiras, ou, na

⁵ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Evasão e elisão fiscal. O parágrafo único do art. 116 do CTN e o direito comparado**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 41

⁶ GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento tributário**. São Paulo: Dialética, 2004. p.74-75.

⁷ Em sua obra, Ricardo Lobo Torres denomina essa conduta de *evasão lícita* (**Planejamento tributário: elisão abusiva e evasão fiscal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 8).

mesma linha, a escolha pelo pagamento das compras no exterior com o cartão de débito, ao invés de utilizar, para o mesmo fim, o cartão de crédito. Nesses casos, para satisfazer a mesma necessidade humana, o sujeito escolhe a alternativa material que se encontre sujeita à menor incidência tributária, muitas vezes em resposta ao próprio estímulo extrafiscal gerado por certos tributos.

Em verdade, entre os meios de alcançar a elisão fiscal, que não por meio do planejamento tributário, estão as chamadas *opções fiscais* que, segundo MARCO AURÉLIO GRECO, “são alternativas criadas pelo ordenamento, propositadamente colocadas à disposição do contribuinte para que delas se utilize conforme sua conveniência”⁸.

Os exemplos de *opções fiscais* são muitos. Entre eles encontra-se a possibilidade de sujeição às regras do Simples Nacional, alternativa disponível para as microempresas ou empresas de pequeno porte, assim definidas em lei. Com a mesma natureza, pode-se mencionar a opção pelas deduções legais ou pelo desconto simplificado no momento de declarar os rendimentos anuais ao fisco federal ou, ainda, a opção pela declaração dos rendimentos do casal conjunta ou separadamente.

Em todos esses casos, as opções que são colocadas à disposição do sujeito passivo se referem aos possíveis tratamentos normativos para a mesma situação de fato. Diferentemente do que se verifica em relação às *substituições materiais*, em que varia o próprio objeto da tributação, no contexto das *opções fiscais* o objeto da tributação é o mesmo, e o que varia é a norma aplicável, segundo alternativas oferecidas pelo próprio legislador.

De qualquer forma, ainda que as *opções fiscais* possam ser consideradas meio eficaz de elisão fiscal, devido ao seu caráter singelo, elas não constituem planejamento tributário. Dessa forma, para as empresas altamente lucrativas, embora a opção pelo regime de tributação do Lucro Presumido possa ser relacionada como exemplo de elisão fiscal, não é possível afirmar que essa simples escolha seja o resultado de um planejamento tributário, por mais elaborada que seja a análise exigida para tomar essa decisão. Do ponto de vista normativo, o resultado elisivo resulta da simples opção entre as alternativas preconcebidas pelo próprio legislador.

⁸ Ibidem, p.92.

Essa conclusão é importante uma vez que contribui com a própria delimitação do que neste trabalho se entende por planejamento tributário. Isso porque, uma das formas de definir um objeto é justamente esclarecer o que com ele não se confunde.

Para os objetivos deste trabalho, planejamento tributário é “um verdadeiro procedimento, ou seja, um conjunto de atos concatenados que levam a um resultado efetivo, seguindo um roteiro de métodos pré-determinados”⁹.

Um exemplo de planejamento tributário simples, mas que ainda assim contribui para evidenciar o caráter mais complexo do que a mera escolha entre opções oferecidas pelo próprio legislador, é o caso do comerciante que, ao invés de conceder descontos financeiros para os clientes que paguem suas duplicatas em dia, ofereça a esses mesmos clientes um desconto comercial na próxima compra. Com isso, além de fidelizar o cliente e gerar um resultado negocial concreto, com esse procedimento o comerciante consegue evitar parte do pagamento de tributos como o ICMS, a Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins, incidentes sobre o valor correspondente ao desconto, haja vista que o desconto comercial, diferentemente do financeiro, constitui hipótese de exclusão da base de cálculo dos referidos tributos¹⁰.

Reorganizações societárias que tenham fundamento econômico também são exemplos de planejamento tributário. Nesse sentido, a cisão de grandes empresas, justificada pela separação de atividades especializadas, pode gerar a redução da incidência tributária total em decorrência da opção por regimes fiscais mais adequados a cada atividade. Da mesma forma, a fusão de empresas motivada pelo aproveitamento de sinergias operacionais pode também implicar a economia tributária em decorrência, por exemplo, do aproveitamento de certas despesas, conforme exposição encontrada no Capítulo 2 deste trabalho.

Portanto, ainda que planejamento tributário não possa ser tomado como sinônimo de elisão fiscal, conforme restou esclarecido, trata-se de uma maneira de alcançar a elisão fiscal, por meio de uma estratégia mais elaborada do que a mera escolha entre alternativas legalmente disponíveis.

Uma vez esclarecida a relação entre planejamento tributário e elisão fiscal, é importante fazer o mesmo quanto à evasão fiscal.

⁹ ABRAHAM, Marcus. **O planejamento tributário e o direito privado**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 277.

¹⁰ A mesma conclusão se aplica ao IRPJ e à CSLL no caso de optantes pelo regime do Lucro Presumido.

A evasão fiscal, tradicionalmente, é considerada resultante de uma conduta ilícita. Nesse sentido, RICARDO LOBO TORRES esclarece que:

A palavra evasão, com sentido de ilícito fiscal, largamente empregada nos países de língua inglesa, entrou no Brasil pela obra de Sampaio Dória e foi adotada por grande parte da doutrina. Compreende a sonegação, a simulação, o conluio e a fraude contra a lei, que consistem na falsificação de documentos fiscais, na prestação de informações falsas ou na inserção de elementos inexatos nos livros fiscais, com o objetivo de não pagar o tributo ou de pagar importância inferior à devida (Lei nº 4.502/1964 – arts. 71, 72 e 73). É, também, crime definido pela lei penal.¹¹

Como se nota, a evasão fiscal normalmente é associada à figura jurídica da sonegação. Para bem esclarecer o sentido dessa associação, é oportuno transcrever o conceito legal de sonegação, contido na Lei nº 4.502, de 1964:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

De acordo com a própria definição legal, nota-se que a sonegação pressupõe a ocorrência do fato gerador, combinada com a conduta dolosa do agente no sentido de mantê-lo (o fato gerador) à margem da tributação.

Por isso mesmo, pode-se dizer que, em regra, a evasão fiscal se materializa após a ocorrência do fato gerador, enquanto que a elisão fiscal, também em regra, se verifica antes da ocorrência do fato gerador¹².

Mas é preciso dizer “em regra”, afinal, conforme visto acima, a elisão que consiste em uma opção fiscal pode se materializar após a ocorrência do fato gerador, como no

¹¹ TORRES, Ricardo Lobo. **Planejamento tributário: elisão abusiva e evasão fiscal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p.92.

¹² Sobre essa diferenciação, Miguel Delgado Gutierrez afirma que, para a maioria dos autores, a principal distinção entre elisão e evasão fiscal deve ser feita sob o aspecto temporal. Se o contribuinte, tendo o intuito de se esquivar da obrigação tributária, agiu ou se omitiu antes da ocorrência do fato gerador, ocorre a elisão fiscal. Se o contribuinte agir ou se omitir no instante em que ou depois que se manifestou o pressuposto de incidência do tributo, dá-se a evasão ou fraude fiscal. (**Planejamento Tributário: Elisão e Evasão Fiscal**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 76)

caso da opção pelo desconto simplificado no momento de declarar os rendimentos da pessoa física. Da mesma forma, não é incomum verificar que a conduta determinante para qualificação da evasão fiscal seja praticada antes mesmo da ocorrência do fato gerador. Para ilustrar tal situação, pode ser tomada como exemplo a constituição de pessoa jurídica mediante utilização de interpostas pessoas, normalmente humildes (chamados “laranjas”), com a intenção deliberada de não recolher os tributos devidos. A realização de negócios sob essa circunstância – mediante procuração outorgada pelo “laranja” ao verdadeiro titular do empreendimento –, sem o recolhimento dos respectivos tributos, é prática dolosa que se enquadra no conceito de sonegação, haja vista que pretende esconder da fiscalização a identidade do verdadeiro contribuinte, deixando o fisco sem ter de quem cobrar os tributos devidos, enquanto essa identidade não for revelada.

De qualquer forma, uma coisa é certa: a diferença entre a elisão (*tax avoidance*) e a evasão (*tax evasion*) é o abismo que separa o lícito do ilícito¹³.

Por outro lado, considerando que em relação aos temas aqui estudados nem sempre são claros os limites entre a licitude e a ilicitude, o grande problema se revela na qualificação de procedimentos que se situam na zona intermediária que se encontra entre a elisão e a evasão fiscal. Nela se situa o chamado “planejamento tributário abusivo”, também denominado de elisão fiscal ilícita ou elusão fiscal¹⁴.

O planejamento tributário abusivo normalmente abrange um conjunto encadeado de atos que, embora se utilizem de formas lícitas para alcançar o objetivo de redução do ônus tributário, mostram-se desprovidos da essência negocial que neles se espera encontrar, revelando um forte indício de que pode se tratar de uma estratégia ardilosa, empreendida unicamente para burlar a incidência tributária.

¹³ Para fins de esclarecimento dos termos *tax avoidance* e *tax evasion*, André Mendes Moreira (Elisão e Evasão Fiscal – limites ao planejamento tributário. **Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário** Belo Horizonte, Vol. 21, mar.-abr. 2003, p. 11-17) reproduz o seguinte excerto do **International Tax Glossary**. Amsterdam: IBFD, 1988, p. 22 e 101: **Tax avoidance**. *This term is used to denote the reduction of tax liability by legal means. It often has pejorative overtones, where for example it is used to describe avoidance achieved by artificial arrangements of personal or business affairs to take advantage of loop-holes, anomalies or other deficiencies of tax law. (..). In contrast with avoidance, tax evasion is the reduction of tax by illegal means. Tax evasion*. *The term applied to the avoidance of tax by unlawful means, including the omission of taxable income or transactions from tax declarations, or the reduction of the amount properly due by fraudulent misstatement or misrepresentation.*

¹⁴ Marcus Abraham (2007, p. 238) se refere à elusão fiscal como termo adotado por Heleno Taveira Tôres (Direito Tributário e Direito Privado: Autonomia Privada, Simulação e Elusão Tributária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P 188-189) para designar negócios jurídicos atípicos ou indiretos, organizados através de simulação ou fraude à lei, desprovidos de uma causa, no sentido de obter uma vantagem tributária.

Normalmente isso ocorre por meio da formalização de negócios jurídicos absolutamente lícitos em sua aparência, mas que, em essência, não existem. Com sua realização, o que se pretende é apenas evitar ou reduzir a tributação, de modo completamente artificial.

Portanto, uma vez caracterizado como abusivo, o planejamento tributário é ilícito e tende para o lado da evasão, de modo que deve ser combatido pela Administração Tributária. Por outro lado, o planejamento tributário legítimo permanece no terreno da elisão e, por conseguinte, é oponível ao fisco.

Diante da possibilidade de o planejamento tributário se revelar abusivo, a pergunta que naturalmente surge é a seguinte: por que se referir a uma nova figura (planejamento tributário abusivo ou elusão), e não simplesmente enquadrar a conduta como evasão? A pergunta é bastante pertinente, e a sua resposta conduz o raciocínio à necessária diferenciação entre elusão e evasão fiscal.

A elisão fiscal é uma conduta lícita, em todos os sentidos, tanto nos meios quanto nos resultados. Por seu turno, a elusão fiscal é uma conduta que se utiliza de meios lícitos, mas que produz um resultado ilícito. Nesse ponto, a elusão se aproxima da evasão, mas, ainda assim, não pode ser simplesmente equiparada à evasão. Para evidenciar a razão de não ser possível tal equiparação, muito adequada é a sistematização proposta por PAULO CALIENDO, nos seguintes termos:

DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE ELUSÃO E EVASÃO

Os dois conceitos apresentam as seguintes distinções:

- a) *Modo de descumprimento*: a evasão se constitui no descumprimento direto da norma tributária, enquanto que a elusão é o descumprimento indireto da norma;
- b) *Natureza dos atos negociais*: a evasão é decorrente da prática de atos vedados pelo ordenamento (ex.: deixar de emitir nota fiscal); enquanto que a elusão é justamente a prática de atos permitidos pelo ordenamento que conduzem a resultados ilícitos;
- c) *Momento da conduta*: a evasão é o descumprimento do dever tributário após a ocorrência do fato gerador; enquanto que a elusão é o descumprimento independente do momento cronológico do fato gerador, podendo ser praticada antes mesmo da sua ocorrência;

- d) *Natureza da violação*: a evasão ocorre pela ofensa ao comando normativo (fazer ou não fazer algo), enquanto que a elusão é o manejo de formas que oculta o verdadeiro conteúdo da operação;
- e) *Quanto à causa negocial*: na evasão a causa do negócio é ilícita, enquanto que na elusão a ausência de causa deve ser depreendida da verificação da cadeia negocial envolvida. Vistos individualmente cada negócio ou ato jurídico contém uma presunção de licitude, na forma e conteúdo; somente a análise ordenada dos atos e de sua coerência negocial é que permite verificar a inexistência de causa.¹⁵

Na sistematização acima reproduzida, apenas a análise quanto ao critério do momento da conduta não parece integralmente adequado. Ali se afirmou que “a evasão é o descumprimento do dever tributário após a ocorrência do fato gerador”. No entanto, essa afirmativa somente é válida em regra, pois a conduta determinante para a configuração da evasão pode se materializar antes mesmo da ocorrência do fato gerador.

Para fins de esclarecer a razão da discordância, cabe recuperar uma noção há pouco referida. Para isso, tome-se o caso de duas pessoas jurídicas comerciais, ‘A’ e ‘B’. Ambas realizam vendas e, conseqüentemente, auferem faturamento e apuram algum lucro. Portanto, ambas praticam o fato gerador dos vários tributos que incidem sobre as atividades empresariais. Ainda que as duas declarem os tributos devidos e escretem regularmente os livros contábeis e fiscais, como simplesmente deixam de recolher os tributos devidos, ambas se encontram em situação de inadimplência perante os fiscos federal e estadual. Nesse caso, em que tudo se assemelha, como é possível afirmar que uma se encontra numa situação de mera inadimplência, enquanto que a outra se encontra no campo da evasão fiscal? É possível fazer essa distinção quando um dado, antes desconhecido, é inserido no problema: como forma de impedir o conhecimento da identidade dos verdadeiros titulares do empreendimento ‘B’, a constituição formal da pessoa jurídica foi fraudada, valendo-se os verdadeiros sócios da interposição de pessoas desprovidas de qualquer capacidade econômica.

Com essa explanação, pretendeu-se apenas mostrar que o critério “momento da conduta” deve ser relativizado quando a tarefa envolve a diferenciação entre evasão e elusão fiscal.

¹⁵ CALIENDO, Paulo. Planejamento tributário e tributação da liberdade econômica. In: TORRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito Tributário e Ordem Econômica: Homenagem aos 60 anos da ABDF**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 327.

Mas isso de modo algum tira o mérito da sistematização proposta por PAULO CALIENDO. Nela se destacam conclusões importantes, como a que afirma ser a elusão a prática de atos permitidos pelo ordenamento, mas que conduzem a resultados ilícitos.

Nesse momento, mais uma vez surge uma inquietante indagação. Como é possível um resultado ilícito ser produzido pela prática de atos lícitos? O grande mérito da sistematização proposta por PAULO CALIENDO está no fato de que ela própria oferece a resposta a essa indagação até certo ponto perturbadora. O resultado da prática de atos lícitos pode ser ilícito quando a estratégia tomada em conjunto mantém oculto o verdadeiro conteúdo da operação.

Por essa razão, a avaliação da natureza lícita ou ilícita do planejamento tributário deve ser conduzida a partir da verificação da cadeia de atos negociais que ele encerra. No planejamento tributário abusivo, ainda que cada negócio ou ato jurídico mantenha uma inabalável aparência de licitude, a análise do resultado obtido com a sequência ordenada dos atos praticados, muitas vezes realizados no intervalo de poucos dias – o que impede a própria verificação de consequências práticas no mundo concreto da atividade empresarial –, expõe uma incoerência negocial reveladora da inexistência de causa, própria dos arranjos artificiosos.

Dessa forma, mais uma vez parece que tem razão MARCO AURÉLIO GRECO¹⁶ quando afirma que, na análise do planejamento tributário, a perspectiva estática, quadro a quadro, foto a foto, pode conduzir a uma conclusão completamente diversa da que decorre da análise do mesmo arranjo sob uma perspectiva dinâmica, como um filme.

Talvez, neste momento, ainda não esteja muito clara a possibilidade de uma análise do planejamento tributário sob a perspectiva estática conduzir a uma conclusão diversa da que resulta da análise sob a perspectiva dinâmica. Mais adiante, no item 1.4, quando forem expostos e analisados alguns exemplos mais sofisticados de planejamento tributário, essas diferentes perspectivas certamente ficarão mais claras.

Mas essa não é a única forma de analisar o problema. Para responder o que torna abusivo o planejamento tributário, os estudiosos do Direito Tributário têm avançado na análise do tema e desenvolvido teses importantes. A relevância desse esforço parece clara. A definição de limites mais ou menos claros para que se considere legítimo o planejamento

¹⁶ Greco, 2004, p. 112.

tributário trará benefícios para todos os interessados. Regras claras implicam previsibilidade e maior qualidade ao controle e mensuração de risco, aspectos essenciais para os agentes econômicos. Do ponto de vista da Administração Tributária, a definição de limites claros para o planejamento tributário legítimo certamente irá contribuir com ganhos de eficiência em diversas áreas, entre elas, a seleção de contribuintes a serem fiscalizados e a própria atividade de fiscalização. Até mesmo nos órgãos julgadores o ganho de eficiência poderá ser percebido, na medida em que seja reduzida a quantidade e a complexidade dos litígios envolvendo o tema.

Antes de avançar para o próximo tópico, parece ser oportuno sistematizar as várias figuras apresentadas até o momento, da seguinte forma:

LÍCITO		ILÍCITO	
Substituições materiais	Elisão Fiscal Opções fiscais Planejamento tributário	Elusão Fiscal Planejamento tributário abusivo	Evasão Fiscal

1.2. A Legitimidade do Planejamento Tributário

Para muitos servidores fazendários, é bem provável que a simples menção ao planejamento tributário deva provocar, em suas mentes, uma automática associação aos maus contribuintes. No entanto, é imperioso reconhecer que nem todo planejamento tributário é abusivo, nem mesmo quando o único objetivo da estratégia levada a efeito pelo contribuinte é a economia tributária.

Em verdade, conforme restará esclarecido adiante, para que possa ser considerado abusivo, o planejamento tributário tem que apresentar algum vício que lhe retire a legitimidade. Por outro lado, quando for possível atestar a existência concreta do arranjo elaborado pelo contribuinte, sem que estejam presentes quaisquer dos vícios do negócio jurídico, o planejamento tributário não pode ser desconsiderado pelas autoridades fazendárias.

Para corroborar as afirmações acima, serão apresentados dois casos concretos envolvendo planejamento tributário com formatação semelhante, mas que tiveram desfechos completamente distintos, justamente por conta da verificação de simulação em um deles. Trata-se de duas autuações lavradas por Auditores Fiscais da Receita Federal e apreciadas por

órgãos julgadores da esfera administrativa. O primeiro litígio ficou conhecido como “Caso Kiwi Boats”, e foi julgado em 23 de janeiro de 2008 pelo então Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF)¹⁷. O segundo litígio foi julgado pelo CARF em 8 de outubro de 2013, e aqui será referido como “Caso Sierra Móveis”¹⁸.

Em ambos os casos, os contribuintes segregaram suas atividades em duas empresas e, conseqüentemente, entre elas repartiram as receitas operacionais que antes eram auferidas apenas por uma delas. Com essa estratégia, buscaram legitimar a opção por regime fiscal mais vantajoso, cujo acesso é restrito a pessoas jurídicas com receita bruta anual inferior a determinado montante definido em Lei. Em cada um dos casos, a fiscalização tributária federal entendeu que uma das empresas tinha existência apenas “no papel”, e que as receitas registradas na empresa considerada inexistente de fato pertenceriam, na verdade, à empresa autuada, inviabilizando a pretendida opção pelo regime fiscal mais vantajoso.

No primeiro caso, o Estaleiro Kiwi Boats foi excluído do Simples Federal e às suas receitas foram somadas as que estavam formalmente registradas na contabilidade do Estaleiro Schaefer Yachts, este último considerado inexistente de fato. Como consequência, a Kiwi Boats foi tributada segundo as normas do Lucro Arbitrado.

De acordo com a autoridade fazendária, a existência da Schaefer Yachts constituía uma simulação. Para fundamentar sua conclusão, aduziu que na sede social da Kiwi Boats também funcionava a Schaefer Yachts, com objeto social complementar ao da Kiwi Boats e quadro societário formado por pessoas ligadas (parentes) aos sócios da autuada. Constatou, ainda, que à Kiwi Boats cabia a emissão da nota fiscal de venda do casco da lancha por ela produzida, enquanto que a Schaefer Yachts era responsável pela emissão da nota fiscal de prestação de serviços de montagem da embarcação.

¹⁷ Nos termos do art. 48 da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, o Primeiro, o Segundo e o Terceiro Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, bem como a Câmara Superior de Recursos Fiscais, foram unificados no órgão denominado Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), colegiado, paritário, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, com competência para julgar recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância, bem como recursos especiais, sobre a aplicação da legislação referente a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

¹⁸ Os acórdãos que serviram de base para a análise feita neste trabalho encontram-se disponíveis para consulta pública na página eletrônica do CARF (carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/index.jsf), referindo-se ao processo nº 11516.002462/2004-18 (Caso Kiwi Boats) e ao processo nº 11020.722075/2011-94 (Caso Sierra Móveis).

No julgamento administrativo de primeiro grau, a conclusão da autoridade fiscal foi ratificada, razão pela qual a autuada Kiwi Boats recorreu ao Conselho de Contribuintes. Depois de discorrer sobre a teoria da simulação, o Conselheiro Relator concluiu que o arranjo adotado pela contribuinte é legítimo. Segundo o Relator, os fatos apontados como indícios de simulação podem ser considerados como “desdobramento da atividade antes exercida por uma delas, objetivando racionalizar as operações e minorar a carga tributária”. No caso, entendeu ser legítimo que a uma delas fique reservada a fabricação do casco e, à outra, os serviços de montagem da embarcação vendida a um mesmo comprador. Ainda segundo o Conselheiro Relator:

A conclusão diversa chegaria se a fiscalização comprovasse que a empresa desqualificada não mantinha registros e inscrições fiscais próprias, que não possuía quadro próprio de empregados, que não celebrava negócios, que não emitia documentação, que não mantinha escrituração fiscal relativa a seus negócios.

O argumento de que o desmembramento das atividades operacionais teve por único escopo obter economia tributária não é suficiente, por si só, para a desconsideração dos atos e negócios jurídicos realizados com amparo legal.

Como se nota, o Conselheiro Relator considerou insuficientes os elementos apontados pela autoridade fiscal para qualificar a constituição do Estaleiro Schaefer Yachts como uma simulação. Em seu voto, deixou consignado que apenas a segregação das atividades, ainda que motivada exclusivamente pela economia tributária, não poderia fundamentar a desconsideração dos atos e negócios jurídicos realizados pelos contribuintes. Na visão do Conselheiro Relator, para que restasse caracterizada a simulação, a autoridade fiscal deveria colher mais elementos.

Entre os elementos que, segundo o Relator, poderiam ser carreados ao processo para confirmar a prática de simulação, foram citadas a eventual inexistência de registros e inscrições fiscais, a falta de escrituração fiscal e a omissão na emissão de documentação pelo contribuinte fiscalizado. Neste ponto, cumpre observar que todos esses são elementos de caráter meramente formal, de modo que não contribuem de maneira determinante para a solução do problema. De um lado, como são facilmente atendidos até mesmo pelos contribuintes que simulam negócios jurídicos, o cumprimento de tais requisitos não é suficiente para atestar a existência concreta de uma sociedade. De outro, o desatendimento a esses requisitos formais também não contribui para a conclusão no sentido contrário, de

inexistência da sociedade, como deu a entender o Relator, até mesmo porque a falta de registros, de documentos e de escrituração fiscal não afasta a possibilidade de existir uma sociedade não personificada, nos moldes do que é definido pelos arts. 986 e seguintes do Código Civil brasileiro¹⁹.

No entanto, no voto do Relator também há referência a elementos que, caso não fossem concretamente verificados, poderiam conduzir à conclusão pela inexistência de fato do Estaleiro Schaefer Yachts, afinal, não é razoável supor que um estaleiro não mantenha funcionários e nem celebre negócios com clientes. Nesse sentido, caso a fiscalização tivesse demonstrado a inexistência de tais elementos, sua conclusão ganharia consistência, conforme revelou o Conselheiro Relator.

Portanto, segundo o Relator, embora funcionasse no mesmo logradouro do Estaleiro Kiwi Boats, o Estaleiro Schaefer Yachts poderia manter quadro de funcionários próprios e, principalmente, celebrar negócios de maneira autônoma. Desse modo, ainda que seja pouco provável que um cliente adquirisse apenas o casco da Kiwi Boats e o levasse para montagem dos demais equipamentos náuticos em outro estaleiro, nada impede que isso realmente pudesse acontecer, considerando a estruturação que aparentemente foi dada às atividades das duas empresas. Em outras palavras, aos olhos do Conselheiro Relator, a sujeição do Estaleiro Schaefer Yachts às forças de mercado, de maneira isolada, denota sua existência concreta.

Também merece destaque o fato de que, para o Conselheiro Relator, “o argumento de que o desmembramento das atividades operacionais teve por único escopo obter economia tributária não é suficiente, por si só, para a desconsideração dos atos e negócios jurídicos realizados com amparo legal”. Ou seja, ainda que os titulares do empreendimento tenham decidido desenvolver suas atividades por meio de duas sociedades com o único objetivo de se aproveitar de vantagens tributárias, o fato de a estratégia produzir resultados verificáveis no mundo concreto dos negócios empresariais é motivo suficiente para o reconhecimento da legitimidade do planejamento tributário adotado.

Por fim, cabe registrar que o recurso da Kiwi Boats foi provido por unanimidade pela Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes.

¹⁹ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Art. 986. Enquanto não inscritos os atos constitutivos, rege-se a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples.

Seguindo adiante na análise, fazendo um contraponto ao “Caso Kiwi Boats”, passa-se agora ao “Caso Sierra Móveis”. Trata-se de litígio que possui contornos semelhantes, envolvendo a Sierra Móveis (a autuada) e a Madero Móveis (considerada inexistente de fato). De acordo com a autoridade fiscal que efetuou o lançamento, a pessoa jurídica Madero Móveis foi constituída com o único objetivo de obter vantagens tributárias indevidas. Ainda segundo a autoridade fiscal, a Madero Móveis se confunde com a Sierra Móveis constituindo, na realidade, um único empreendimento, e não duas pessoas jurídicas distintas.

Para demonstrar sua conclusão, a autoridade fiscal se fundamentou nos seguintes fatos: (i) no período fiscalizado, a Madero e a Sierra tinham o mesmo quadro societário; (ii) a Madero atuava como loja de fábrica dos produtos produzidos pela Sierra; (iii) a Madero encontrava-se instalada em estabelecimento alugado pela Sierra e, inclusive, a despesa de aluguel era registrada na escrituração da Sierra; (iv) as lojas eram apresentadas ao público, na internet ou fisicamente, mediante letreiros e slogans afixados nos estabelecimentos, como se fossem a própria Sierra, sem qualquer referência à Madero; (v) nos estabelecimentos da Madero apenas a marca Sierra era exposta; (vi) as notas fiscais da Madero continham a logomarca da Sierra; (vii) a Sierra pagava as contas de água e luz consumidas nos imóveis ocupados pela Madero; (viii) diversas vendas da Madero tinham como transportador a própria Sierra, sem que tivesse havido qualquer pagamento por conta desse serviço que teria sido prestado pela Sierra; (ix) a Madero efetuou vultosas vendas em um de seus estabelecimentos sem que ali estivesse trabalhando qualquer de seus empregados; (x) na contabilidade da Madero, não havia qualquer registro de pagamento ao escritório de advocacia que lhe representava em ações judiciais, mas havia registro de pagamentos feitos a este escritório na contabilidade da Sierra; (xi) o profissional que prestava serviços de contabilidade à Madero era funcionário da Sierra, e assumiu esse encargo durante anos sem nunca receber da Madero qualquer contraprestação pelos serviços prestados; (xii) os contratos celebrados entre a Madero e a Sierra eram assinados pela mesma pessoa natural, que representava as duas sociedades, revelando a manifestação de uma única vontade.

Em sua defesa, a Contribuinte arguiu, entre outras alegações, que: (i) a Sierra e a Madero integram um grupo econômico; (ii) como a Madero vende produtos que adquire da Sierra, ela tem todo o interesse em divulgar a marca; (iii) na legislação nacional, não há qualquer dispositivo que proíba identidade de sócios em sociedade diferentes, ou que a identidade de sócios possa presumir fraude; (iv) na legislação nacional não há qualquer dispositivo que proíba identidade de endereço de sociedade diferentes, principalmente quando

se trata de empresas do mesmo grupo econômico; (v) é natural que empresas do mesmo grupo econômico, em determinado momento, acabem por arcar com despesas uma da outra; (vi) é natural que empresas do mesmo grupo econômico partilhem não só estruturas, mas também, colaboradores, tais como contadores e advogados; (vii) não está entre as atribuições da fiscalização desconsiderar a personalidade jurídica de qualquer contribuinte, eis que tal providência é prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário; (viii) não existem provas de que a recorrente teria agido de forma simulada.

Diante desse quadro fático, o Conselheiro Relator concluiu que a constituição da Madero Móveis era simulada, tendo sido acompanhado, neste ponto, por todos os demais Conselheiros membros da Turma. Em determinado momento, o Conselheiro Relator identificou o que, no seu entendimento, era o motivo subjacente à estratégia levada a efeito pela Sierra Móveis:

Fica claro também que a constituição da Madero e a celebração de tais contratos com a Sierra teve (sic) a finalidade de transferir receitas para aquela e, despesas para essa. Ou seja, transferia-se (sic) receitas para a Madero, que era tributada pelo lucro presumido, logo havia um ônus tributário menor, já que a Sierra era tributada pelo lucro real; por sua vez, transferia-se (sic) despesas para a Sierra, já que, com isso, aumentava-se o lucro contábil da Madero, possibilitando uma maior distribuição de lucros aos sócios (valores não tributados nos sócios, por força do disposto no art. 10 da Lei 9.249/95) e um menor lucro real em Sierra, sem que se alterasse o lucro presumido da Madero (já que, nesta modalidade, as despesas efetivamente incorridas não entram no cálculo da base tributável).

E na parte que interessa à presente análise, o acórdão da Turma responsável pelo julgamento do “Caso Sierra Móveis” apresenta a seguinte ementa:

**RESULTADOS OPERACIONAIS NÃO DECLARADOS.
SIMULAÇÃO DEMONSTRADA.**

Perfeitamente demonstrado o descompasso entre a vontade real e a vontade declarada nos contratos celebrados, os quais dissimulavam a redução indevida do ônus tributário pela transferência de receitas da recorrente para outra pessoa jurídica do grupo, a qual era tributada pelo lucro presumido; enquanto as despesas eram reconhecidas na recorrente, a qual era tributada pelo lucro real.

Portanto, diferentemente do que se observou com o Estaleiro Schaefer Yachts, do Caso Kiwi Boats, no Caso Sierra Móveis não restou comprovada a existência concreta da sociedade Madero Móveis. Em consequência, ainda que o planejamento tributário colocado

em prática pela Sierra Móveis tenha contornos semelhantes ao que fora implementado pela Kiwi Boats, o lançamento fiscal lavrado em face da Sierra Móveis foi mantido pelo CARF sob o fundamento da ocorrência de simulação.

Comparando esses dois casos, pode-se concluir que, mesmo quando o planejamento tributário tenha como único objetivo a economia fiscal, ele será legítimo se o arranjo que dele decorrer contiver traços de realidade, de existência concreta para além da mera formalidade, revelando elementos caracterizadores da essência negocial envolvida e afastando a possibilidade de a estratégia constituir uma simulação. Por outro lado, o caráter exclusivamente formal e notadamente artificial do arranjo resultante do planejamento tributário é um sinal bastante forte de sua abusividade, indicativo da possibilidade de o arranjo envolver a prática de simulação.

1.3. A Tentativa de Regulação do Tema

No item anterior, na apresentação do “Caso Sierra Móveis”, ficou bem evidenciada a divergência entre as posições assumidas pelo fisco federal e pela contribuinte, que podem ser assim sintetizadas: de um lado, a partir de uma análise global da situação fática, o agente do fisco entendeu que a Madero Móveis era uma sociedade existente apenas “no papel”, sem substância econômica, de modo que desconsiderou os atos e negócios jurídicos por ela praticados; e de seu lado, a contribuinte alegou exercer seu direito à livre organização empresarial, uma vez que não existe qualquer norma jurídica que proíba a identidade de sócios ou de sede social, ou mesmo o compartilhamento de instalações ou de colaboradores, entre outros argumentos na mesma linha.

A análise desses argumentos revela a dificuldade normalmente encontrada nos casos concretos envolvendo o planejamento tributário. Enquanto a fiscalização tributária se opõe ao resultado produzido pelo arranjo observado em seu conjunto, por considerá-lo abusivo, o contribuinte fundamenta a legitimidade de sua conduta na licitude de cada ato praticado, isoladamente considerado.

Nesse contexto, se ao particular é lícito fazer tudo o que não for vedado em lei, e uma vez que inexiste lei proibindo a execução de cada um dos atos que normalmente compõem a estratégia implementada pelo contribuinte, é natural indagar o que pode tornar abusivo o planejamento tributário e qual norma jurídica dá respaldo à objeção oposta pela

fiscalização tributária. Esses questionamentos são representativos da complexidade inerente ao tema do planejamento tributário.

Com o objetivo de suprir essa lacuna, em outubro de 1999, o Presidente da República encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar nº 77/1999, por meio do qual pretendeu introduzir no Código Tributário Nacional (CTN) uma norma que viabilizasse o combate ao planejamento tributário abusivo.

Depois de tramitar no Congresso Nacional, o PLP nº 77/1999 foi aprovado, dando origem à Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, que introduziu no CTN um parágrafo único no art. 116, assim redigido:

Art. 116. [...]

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.

Como se nota, o parágrafo único do art. 116 do CTN dispõe sobre a desconsideração de atos ou negócios jurídicos, e não sobre a sua desconstituição. Trata, portanto, da possibilidade de serem recusados os efeitos de certos atos ou negócios, apenas para fins de tributação. Nota-se, ainda, que à própria autoridade fiscal foi atribuída a prerrogativa de desconsiderar atos ou negócios jurídicos, sem a necessidade de antes submeter suas conclusões à autoridade judiciária. Dessa forma, é norma que claramente atua no plano da eficácia dos negócios jurídicos perante a Fazenda Pública, e não no seu plano de validade²⁰. Também se verifica que, segundo o parágrafo único do art. 116 do CTN, os atos ou negócios jurídicos passíveis de desconsideração são aqueles praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária. Por fim, há que se registrar que o dispositivo não é autoaplicável, haja vista que demanda a definição de procedimentos por meio de lei ordinária.

²⁰ Sobre os planos de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos, é oportuno reproduzir a lição de Custódio da Piedade Ubaldino Miranda: “Dissemos que sem declaração de vontade o negócio *não existe*, que é esta um elemento essencial do próprio conceito do negócio, no sentido de que, sem a declaração, não se pode sequer conceber a figura do negócio. Mas não basta que o negócio exista para que, uma vez formado, produza todos os efeitos que se propõe: é necessário, além disso, em primeiro lugar, que seja um negócio *válido* e, em segundo lugar, que seja *eficaz*. Só um negócio existente, válido e eficaz perfaz todo o seu ciclo e só então produz os efeitos jurídicos a que se destina.” (**Teoria geral do negócio jurídico**, São Paulo: Atlas, 1991. p. 57).

Tão logo foi publicado, o parágrafo único do art. 116 do CTN foi alvo de diversas críticas por parte da doutrina especializada, situação que permanece até os dias de hoje. Antes de discorrer sobre essas críticas, é oportuno reproduzir um excerto da Exposição de Motivos nº 820 do Ministro da Fazenda²¹, que acompanhou o PLP nº 77/1999 remetido ao Congresso Nacional, na parte relativa à inovação legislativa ora analisada:

A inclusão do parágrafo único ao art. 116 faz-se necessária para estabelecer, no âmbito da legislação brasileira, norma que permita à autoridade tributária desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com finalidade de elisão, constituindo-se, dessa forma, em instrumento eficaz para o combate aos procedimentos de planejamento tributário praticados com abuso de forma ou de direito.

Portanto, segundo a Exposição de Motivos do PLP nº 77/1999, o parágrafo único do art. 116 do CTN teria introduzido no ordenamento uma norma antielisão de caráter genérico e, de fato, assim ficou conhecida²². No entanto, são vários os tributaristas que discordam da qualificação do parágrafo único do art. 116 do CTN como norma geral antielisiva.

Segundo ALBERTO XAVIER²³, com o emprego das normas gerais antielisivas pretende-se viabilizar a incidência tributária sobre atos ou negócios efetivamente realizados, mas que, na verdade, não se enquadram no tipo legal tributário. O fundamento subjacente a esse mecanismo de incidência é o fato de os atos ou negócios não tipificados pela lei tributária produzirem efeitos econômicos equivalentes aos produzidos pelos atos ou negócios típicos. Como exemplo, o autor cita a norma geral antielisiva de Portugal, segundo a qual “são ineficazes os atos ou negócios jurídicos quando se demonstre que foram realizados com o único ou principal objetivo de redução ou eliminação dos impostos que seriam devidos em virtude de atos ou negócios jurídicos de resultado equivalente, caso em que a tributação recai sobre esses últimos”.

²¹ Mensagem nº 1.459 anexa à Exposição de Motivos nº 820 do Ministro da Fazenda, disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD16OUT1999.pdf#page=47>.

²² Nesse sentido, Ricardo Lobo Torres (2012, p. 125) entende que “a dissimulação prevista no art. 116, parágrafo único, do CTN refere-se à hipótese de incidência ou ao fato gerador abstrato, o que caracteriza elisão e jamais simulação”.

²³ XAVIER, Alberto. **Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva**. São Paulo, Dialética: 2001. p.85.

Portanto, sob essa ótica, as cláusulas gerais antielisivas são normas que viabilizam a tributação não pelo clássico e disseminado caminho da subsunção à hipótese de incidência²⁴, mas sim pela via da equivalência dos efeitos econômicos em relação aos atos ou negócios tipificados pela lei tributária. Devido a essa peculiaridade, as normas gerais antielisivas implicam a incidência tributária por analogia, razão pela qual provocam manifestações de repúdio de grande parte da doutrina brasileira.

De qualquer forma, ainda que não tipificados pela norma de incidência tributária, os atos ou negócios que constituem o objeto das normas gerais antielisivas são reais, concretos, não simulados e, portanto, efetivamente realizados pelos contribuintes. No entanto, não parece ser esse o escopo do parágrafo único do art. 116 do CTN, que faz expressa referência a “atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular”. Dissimulação, segundo a teoria geral do Direito Privado e conforme será aprofundado adiante, corresponde à figura da simulação relativa, hipótese em que as partes realizam um negócio diverso daquele que efetivamente pretendem. Por essa razão, diversos tributaristas brasileiros entendem que, embora a Exposição de Motivos do PLP nº 77/1999 se refira à finalidade antielisiva, em verdade o parágrafo único do art. 116 do CTN contém norma antissimulação. Nesse sentido se manifestou ALBERTO XAVIER:

O novo parágrafo único no art. 116 do Código Tributário Nacional refere-se à figura da *simulação*, considerada na teoria geral do Direito como um dos vícios que afetam o elemento *vontade* dos atos ou negócios jurídicos, a par do erro, do dolo, da coação e da reserva mental.

Não se trata, como é evidente [...] de uma “cláusula geral antielisiva”, pois esta atua, não no domínio dos atos simulados ou dissimulados (*sham transactions*, *Scheingeschäfte*), mas no dos atos verdadeiros não previstos na norma tributária, mas produtores de efeitos econômicos equivalentes (*avoiance transactions*), preconizando a tributação de tais atos verdadeiros por analogia.²⁵

Referindo-se ao esforço de interpretar a norma positivada no parágrafo único do art. 116 do CTN a partir do conteúdo da Exposição de Motivos do PLP nº 77/1999, bastante contundente é a crítica formulada por SACHA CALMON NAVARRO COELHO:

²⁴ Sobre o tema: ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária** – 6.ed. Malheiros: São Paulo, 2000. p. 69.

²⁵ *Ibidem*, p. 52.

Equivoca-se gravemente quem, ao pretexto de descrever o alcance do parágrafo único do art. 116 do CTN, passa a uma análise típica de normas antielusivas, considerando abuso de direito, abuso de formas ou interpretação econômica, fim negocial, prevalência da substância sobre a forma e outros métodos adotados, cada um segundo a realidade jurídica de diversos países, para o controle dos atos de elusão tributária. Nada disso se aplica ao caso em apreço. Da mesma forma, não prospera qualquer tomada de posição sobre o cabimento ou descabimento das teorias ora assinaladas (abuso de direito, fraude à lei, *business purpose*, prevalência da substância sobre a forma), à luz do direito brasileiro, porque isso não vai além de uma confusão conceitual e desvirtuamento da realidade, valendo, quando muito, *de lege ferenda*. Por isso, ao ler a exposição de motivos da LC nº 104/01, vê-se o quanto se confundiu o redator da lei, ao falar de ‘dissimulação’, a pretexto de instituir uma ‘norma geral antielusão’. De qualquer sorte, há quem ainda queira conhecer o alcance do parágrafo único do art. 116 do CTN a partir daquele texto pré-jurídico. É a consagração da banalidade de métodos pouco rigorosos aplicada aos domínios jurídicos.²⁶

Considerando que o dispositivo em apreço não é autoaplicável, o Presidente da República pretendeu regulamentá-lo por meio da publicação da Medida Provisória nº 66, de 29 de agosto de 2002. No entanto, além de estabelecer normas procedimentais, conforme demandado pelo parágrafo único do art. 116 do CTN, alguns dispositivos da referida MP pretenderam esclarecer as próprias hipóteses materiais de desconsideração, nos seguintes termos:

PROCEDIMENTOS RELATIVOS À NORMA GERAL ANTI-ELISÃO

Art. 13. Os atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência de fato gerador de tributo ou a natureza dos elementos constitutivos de obrigação tributária serão desconsiderados, para fins tributários, pela autoridade administrativa competente, observados os procedimentos estabelecidos nos arts. 14 a 19 subseqüentes.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não inclui atos e negócios jurídicos em que se verificar a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Art. 14. São passíveis de desconsideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

²⁶ Coêlho, 2006, p.68.

§ 1º Para a desconsideração de ato ou negócio jurídico dever-se-á levar em conta, entre outras, a ocorrência de:

I - falta de propósito negocial; ou

II - abuso de forma.

§ 2º Considera-se indicativo de falta de propósito negocial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato.

§ 3º Para o efeito do disposto no inciso II do § 1º, considera-se abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado.

Desse modo, ainda que os dispositivos acima reproduzidos não tenham sido incluídos na lei resultante da conversão da MP 66/02 pelo Congresso Nacional (Lei nº 10.637, de 2002), a tentativa do Poder Executivo é bastante esclarecedora. Nota-se, no texto da MP 66/02, a referência à “falta de propósito negocial”, ao “abuso de forma”, ao “negócio jurídico indireto”, além do próprio “negócio jurídico dissimulado”. Também cabe mencionar que, na Exposição de Motivos que acompanhou a MP 66/02²⁷, o Ministro da Fazenda deixou consignado que “os conceitos adotados no projeto guardam consistência com os estabelecidos na legislação tributária de países que, desde algum tempo, disciplinaram a elisão fiscal”.

Mais uma vez, diversas críticas foram dirigidas a essa tentativa de regulamentação, dentre as quais destaca-se a seguinte, formulada por JAMES MARINS:

Mas há sérios problemas na compatibilização entre a norma do parágrafo único do art. 116 do CTN e sua regulação federal pela MP 66/02. Pois o CTN ao cuidar de *dissimulação* restringiu seu plexo de incidência à conceituação material e à disciplina formal da simulação, simulação relativa, conhecida pela doutrina como dissimulação. Laborando em outro campo completamente distinto, a MP 66/02 disciplina hipótese de abuso de direito, utilizando-se de conceitos como abuso de formas e *business purpose test*. Nesse caso, registra-se insustentável relação antinômica entre o CTN, lei complementar *ratione materiae* e a medida provisória em apreço. Se realmente o propósito legislativo da Lei Complementar nº 104/01 ao inserir o parágrafo único no art. 116 do CTN foi o de criar uma “norma geral antielisão” pode-se, no mínimo, afirmar que se houve o legislador com grande infelicidade, pois confundiu antielisão com anti-simulação. Parece ter havido um erro monumental que se tenta corrigir através da

²⁷ Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Exm/2002/211-MF-02.htm. Acesso em 20 de junho de 2014.

MP 66/02. Só que, no sistema jurídico brasileiro, medida provisória ou lei ordinária não se prestam para consertar lei complementar.²⁸

Seguindo essa linha de raciocínio, considerando que no parágrafo único do art. 116 do CTN restou gravada uma cláusula antissimulação, é forçoso concluir que o dispositivo é inócuo, haja vista que os efeitos da simulação na seara tributária já se encontram previstos no próprio CTN desde a sua publicação, em 1966, em especial no inciso VII do art. 149, ensejando o lançamento de ofício. Nesse sentido, mostra-se oportuno reproduzir as conclusões de ALBERTO XAVIER:

Perguntar-se-á da oportunidade e alcance da introdução do novo parágrafo único do art. 116 do CTN.

Valeria a pena ter explicitado “cláusula anti-simulação”, aceite pela unanimidade da doutrina e aplicada desde sempre, sem a menor objeção de princípio, na prática quotidiana da Administração Fiscal?

Para aqueles que aspiravam à ampla e inovadora consagração de uma cláusula geral antielisiva a Lei Complementar nº 104/01, restrita à figura clássica da simulação foi, como na fábula de HORÁCIO, retomada por LA FONTAINE, a montanha que pariu um rato (*parturiunt montes, nascitur ridiculus mus*).²⁹

Antes de encerrar este item relativo à análise do parágrafo único do art. 116 do CTN, há que se apresentar um importante contraponto à tese de que a norma ali contida seria restrita aos casos de simulação. Com esse objetivo, é fundamental analisar o entendimento de MARCO AURÉLIO GRECO³⁰, para quem a norma ali contida apresenta um escopo mais amplo, e não se confunde com as hipóteses previstas no inciso VII do art. 149 do CTN. Mas, ainda que discorde da tese de alcance restrito do parágrafo único do art. 116 do CTN aos casos de simulação, o autor enfatiza que o objetivo da norma, simplesmente, “é autorizar que seja afastada a ‘máscara’ (a dissimulação), para permitir atingir o fato gerador que tenha efetivamente ocorrido”.

Dessa forma, fica claro seu entendimento de que “a norma em questão não autoriza a exigência de tributo em relação a hipótese que não configure fato gerador”. Nesse sentido, para MARCO AURÉLIO GRECO, no parágrafo único do art. 116 do CTN não há consagração da analogia, e muito menos autorização para utilização de interpretação

²⁸ MARINS, James. **Elisão tributária e sua regulação**. São Paulo: Dialética, 2002. p.57.

²⁹ Ibidem, p. 156-157.

³⁰ Greco, 2004, p.407-409.

econômica. Segundo o autor, na verdade, o Código simplesmente autoriza o desvelamento da realidade pelo afastamento de uma cobertura, e neste aspecto não parece discordar dos autores supra citados. Em verdade, o refinamento da tese proposta por MARCO AURÉLIO GRECO, que a diferencia das acima analisadas, está no fato de que, no seu entendimento, a dissimulação prevista no parágrafo único do art. 116 do CTN pode decorrer de outras circunstâncias, que não apenas a simulação. Em outras palavras, para MARCO AURÉLIO GRECO, a “dissimulação” referida no dispositivo em apreço tem conteúdo mais amplo do que simplesmente a simulação relativa³¹.

O desenvolvimento do raciocínio em torno dessa maior amplitude do termo “dissimular” encontrado no parágrafo único do art. 116 do CTN foge aos objetivos deste trabalho. Aqui cabe apenas destacar que também MARCO AURÉLIO GRECO entende que, tratando-se de simulação, o Código já oferece solução desde a sua publicação, em 1966, conforme resta evidenciado nos seguintes excertos de sua obra:

Havendo dolo, fraude ou simulação aplica-se diretamente o inciso VII do artigo 149 do CTN, com a realização do lançamento de ofício. Não são casos do artigo 116, parágrafo único.

[...]

Como uma das possibilidades é “dissimulação” equivaler a “simulação”, mas como aquela comporta outros significados, e como o CTN passou a se utilizar de ambos os termos, concluo que o sentido de “dissimular” no parágrafo único do artigo 116, abrange o “simular”, mas tem maior amplitude semântica que este. Porém, tratando-se de “simulação”, o artigo 149, VII do CTN, prevê ser esta hipótese de lançamento de ofício o que afasta a aplicação do artigo 116, parágrafo único.

[...]

Em suma, para deflagrar as consequências pertinentes às patologias dos negócios jurídicos (simulação, abuso de direito e fraude à lei) não havia necessidade do parágrafo único do artigo 116 do CTN. A inclusão do parágrafo único ao artigo 116 do CTN tornou a figura da elisão uma categoria tributária não dependente das patologias; ainda

³¹ Sacha Calmon Navarro Coêlho (2006, p.58) não concorda com essa amplitude do termo “dissimular” encontrado no parágrafo único do art. 116 do CTN: “*O termo dissimular do parágrafo acrescido ao art. 116 do CTN foi utilizado em sua acepção técnica. Assim, a Fazenda Pública poderá desconsiderar tão-somente os atos dissimulados praticados pelo contribuinte, nos termos da lei que regulará este procedimento. Dissimulação, em direito tributário, equivale à prática ilícita do contribuinte que, para se evadir ao pagamento de tributo devido, utiliza-se de um negócio jurídico que implique menor ou nenhuma tributação para camuflar o negócio verdadeiramente praticado.*”

que os negócios jurídicos não padeçam de qualquer vício, o dispositivo abre espaço para aferir a sua conformidade ao princípio da capacidade contributiva, daí a necessidade de procedimentos especiais para tanto.³²

Ante o exposto, independentemente da tese adotada, parece ser de ampla aceitação o fato de que, ainda que não tenha sido regulamentado o parágrafo único do art. 116 do CTN, em casos de simulação o fisco pode recusar a eficácia dos negócios simulados e alcançar os negócios dissimulados que se enquadrarem na hipótese de incidência tributária, tudo com fundamento no inciso VII do art. 149 do CTN.

Chegando ao final deste tópico, cumpre reconhecer que todo esse esforço foi empreendido apenas para deixar claro que a ausência de regulamentação do parágrafo único do art. 116 do CTN não representa qualquer obstáculo à atuação do fisco nos casos em que restar demonstrada a prática de simulação. Cumpre, agora, analisar o instituto da simulação.

1.4. Abusividade do Planejamento Tributário Executado Mediante Simulação

Nos termos do inciso VII do art. 149 do CTN, o lançamento tributário é efetuado de ofício pela autoridade administrativa quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com simulação.

De acordo com os ensinamentos de CLÓVIS BEVILÁQUA, “diz-se que há simulação quando o ato existe apenas aparentemente, sob a forma em que o agente faz entrar nas relações da vida”³³. Com isso, pode-se inferir, desde logo, que a marca essencial da simulação é a falta de existência concreta do ato simulado, pois ele “existe apenas aparentemente”. Nessa linha, prossegue o civilista afirmando que o ato simulado:

É um ato fictício, que encobre e disfarça uma declaração real de vontade, ou simula a existência de uma declaração que não se fez. É uma declaração enganosa da vontade, visando a produzir efeito diverso do ostensivamente indicado.³⁴

Na lição acima reproduzida, datada do início do século XX, ficam bem evidenciados os contornos da simulação: é a declaração feita com o objetivo de enganar, seja porque sob o seu manto não há qualquer vontade real, ou porque, na verdade, sob o seu manto

³² Ibidem, p. 407, 415, 418.

³³ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Campinas: Servanda Editora, 2007. p. 310.

³⁴ Ibidem, mesma página.

há outra vontade que não aquela que o ato simulado representa. Por essa razão, a simulação é enunciada, frequentemente, como sendo a divergência entre a vontade real e a declarada. Mas, ainda assim, é importante registrar que não se trata de um vício da vontade. Nesse sentido, bastante esclarecedoras são as palavras de FRANCISCO AMARAL:

Simulação é uma declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado. Não é vício da vontade, pois não a atinge em sua formação. É antes uma disformidade consciente da declaração, realizada de comum acordo com a pessoa a que se destina, com o objetivo de enganar terceiros.³⁵

Portanto, diferentemente do erro, do dolo e da coação, que constituem vícios que atingem a própria formação da vontade, na simulação as partes consciente e efetivamente desejam o que praticam³⁶. E praticam com a finalidade de enganar terceiros.

Uma visão bastante interessante do fenômeno simulatório é oferecida por CUSTÓDIO DA PIEDADE UBALDINO MIRANDA, que se diz filiado à visão unitária, segundo a qual:

[...] a simulação é um procedimento complexo a que as partes recorrem para a criação de uma aparência enganadora. Nesse procedimento, mediante uma só intenção, as partes emitem duas declarações: uma destinada a permanecer secreta e a outra com o fim de ser projetada para o conhecimento de terceiros, isto é, do público em geral. A declaração destinada a permanecer secreta, consubstanciada numa contradecaração ou ressalva, constata a realidade subsistente entre os simuladores³⁷.

Marcante nessa formulação é a ideia de que a simulação envolve apenas uma intenção, qual seja, a de enganar. Para atingir esse fim, são emitidas duas declarações, uma que é exteriorizada por meio do ato ou negócio simulado, e outra que é mantida sob o conhecimento exclusivo dos agentes. Dessa forma, tomando como exemplo o caso da venda fictícia formalizada unicamente para frustrar futuras execuções, a intenção é uma só, enganar os credores; a declaração exteriorizada é a compra e venda; e a declaração mantida sob o

³⁵ AMARAL, Francisco. **Direito civil – introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 536.

³⁶ Neste ponto, sobre a simulação, Sílvio de Salvo Venosa afirma: “Trata-se do chamado vício social, por diferir dos vícios da vontade. No erro, o declarante tem representação errônea da realidade, induzindo-o a praticar negócio não desejado; daí a disparidade da vontade. No dolo, o erro é induzido por outrem. Na coação, a violência condiz a vontade. Na simulação, as partes em geral pretendem criar na mente de terceiros falsa visão do pretendido” (**Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 516).

³⁷ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 115.

conhecimento exclusivo das partes é consubstanciada pelo ajuste de que, na verdade, não há venda alguma sendo realizada.

É importante notar que a visão unitária, acima exposta, se coaduna com a ideia de que a simulação não constitui um vício da vontade. Como visto, de acordo com essa formulação, na simulação a vontade única de enganar é consciente e colocada em prática mediante a emissão de duas declarações distintas, a ostensiva (enganadora) e a oculta (real). Desse modo, as indagações acerca da simulação e, conseqüentemente, as preocupações relativas à comprovação da natureza simulada de um negócio jurídico, devem se concentrar não somente no caráter artificial da declaração exteriorizada, mas também há que se demonstrar a vontade de enganar, o que é perfeitamente possível por meio da revelação da vantagem ou resultado que emerge da realização do negócio da forma como se deu. Em outras palavras, para perquirir a natureza simulada de um negócio jurídico, ao invés de perguntar qual a vontade real e a vontade aparente das partes, passa a ser relevante indagar qual a causa do negócio jurídico exteriorizado ou, em outros termos, por que o negócio foi realizado da forma que aparenta³⁸. Assim, por exemplo, ao invés de debater acerca da vontade real, ou não, de constituir uma pessoa jurídica, passa a ser relevante indagar por que uma pessoa jurídica é constituída e logo depois incorporada, sem nunca realizar quaisquer das atividades relacionadas no contrato social. Se a resposta a essa pergunta revelar um motivo incompatível com a causa naturalmente esperada para um ato dessa espécie e, mais importante, se revelar que em decorrência desse ato um terceiro restou prejudicado, demonstrada restará a simulação.

Quanto às classificações propostas pela doutrina civilista, a mais importante para os objetivos deste trabalho é a que diferencia a simulação absoluta da relativa. Assim, se as partes exteriorizam um negócio quando, na verdade, não querem realizar negócio algum, tem-se configurada a *simulação absoluta*. Nesse caso, só existe um negócio, o simulado. É o que se verifica no citado exemplo da venda fictícia de um bem, formalizada apenas para evitar futuras execuções. De acordo com UBALDINO MIRANDA:

A simulação absoluta destina-se, em regra, a frustrar direitos de terceiros (credores ou não), isto é, tem escopo fraudulento, sendo

³⁸ Essa conclusão é corroborada pela importância que o Código Civil vigente confere ao motivo do negócio jurídico, em especial no inciso III do art. 166, segundo o qual é nulo o negócio jurídico quando o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito.

pacífico na doutrina o entendimento de que ela não pode constituir meio de violar a lei³⁹.

Em outros casos, as partes exteriorizam um negócio quando, efetivamente, desejam realizar outro. Nessa hipótese, tem-se configurada a *simulação relativa*, ou *dissimulação*. Desta vez, há dois negócios: um aparente ou *simulado*, e outro oculto, realmente pretendido pelas partes, o *negócio dissimulado*. É o caso da compra e venda que serve para ocultar uma doação.

No Código Civil, a simulação é causa de nulidade do negócio jurídico, e encontra-se assim disciplinada:

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

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

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

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

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

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

No campo tributário, a simulação tem sido objeto de especial atenção, principalmente por conta dos estudos relativos ao planejamento tributário. Aqui, mais uma vez, recorre-se à lição de ALBERTO XAVIER, para quem a simulação fiscal pode incidir sobre o fato gerador, a base de cálculo ou o sujeito passivo⁴⁰. Quanto ao fato gerador, a simulação é sempre relativa, já que a vontade real de praticar o negócio abrangido pela hipótese de incidência tributária é encoberta pelo manto do negócio aparente que não se enquadra no tipo tributário. Nesse contexto, ALBERTO XAVIER enumera diversos exemplos:

Se a lei fiscal tributa por qualquer forma o mútuo, os simuladores aparentam uma doação, pactuando paralelamente, às ocultas, contra-declaração pela qual o donatário aparente se obriga a restituir os valores aparentemente doados. Se a lei fiscal tributa a doação por alíquota superior à da compra e venda, os simuladores ostentam às

³⁹ Ibidem, p. 118.

⁴⁰ Xavier, 2001, p.56.

claras uma compra e venda, combinando na sombra o perdão da dívida de preço. Se a lei fiscal tributa o mútuo concedido a pessoa jurídica, as partes efetuam à luz do sol um aumento de capital, enquanto na penumbra ajustam uma subsequente redução de capital acrescida de juros. E os exemplos podem multiplicar-se ao infinito.⁴¹

Quanto à base de cálculo, a simulação pode ser absoluta ou relativa, visando reduzir ou mesmo eliminar o elemento que dimensiona a matéria tributável. Nesse caso, um exemplo de simulação absoluta encontrado com alguma frequência envolve a contratação fictícia de serviços de consultoria prestados a pessoa jurídica tributada pelo Lucro Real, e supostamente realizados por pessoa física que tenha renda inferior ao limite de isenção da tabela progressiva do Imposto de Renda, caso em que despesa dedutível é gerada artificialmente para a pessoa jurídica, e nenhum pagamento de imposto é devido pela pessoa física. Tratando, agora, de simulação relativa que afeta a base de cálculo dos tributos, um caso bastante comum é a formalização de contrato de trabalho com remuneração inferior ao ajustado e efetivamente pago, como forma de reduzir o montante dos encargos sobre a folha de pagamentos.

Por fim, a simulação que incide sobre o sujeito passivo compreende os casos, também bastante comuns, de interposição de pessoas, como forma de ocultar a identidade do verdadeiro titular do empreendimento, efetivo beneficiário dos resultados econômicos da atividade de interesse fiscal.

Por vezes, a conduta simulada é tão grosseira que não resta muita dúvida acerca de sua afronta ao direito. Como exemplo, na seara tributária, pode-se citar o caso da simulação do pagamento de pensão alimentícia, com vistas à dedução da base de cálculo do Imposto de Renda, em que os valores descontados a esse título prontamente retornam para o alimentante por meio de transferência bancária originada na conta do alimentando⁴². Há, inclusive, casos em que, mesmo residindo sob o mesmo teto, ascendente e descendente provocam o Poder Judiciário para obter a homologação judicial de acordo para pagamento de pensão alimentícia, unicamente com o objetivo de reduzir o valor Imposto de Renda devido⁴³.

Em outros casos, a simulação praticada se insere em um arranjo mais sofisticado, de modo que sua constatação não é tão evidente. Trata-se da simulação praticada no âmbito

⁴¹ Ibidem, mesma página.

⁴² Nesse sentido: Acórdão nº 2201-002.275, proferido pelo CARF em 19 de novembro de 2013, no processo nº 10907.001933/2009-19.

⁴³ Nesse sentido: Acórdão do TJ/DF na Apelação Cível nº 2003 01 1 041757-3.

do planejamento tributário. Nesses casos, a verificação concreta da simulação depende da apreciação de um conjunto de atos e negócios jurídicos. Aqui se retoma a noção de que a artificialidade de um arranjo pode ser revelada a partir de uma análise realizada sob a perspectiva dinâmica. Para ilustrar essa possibilidade, toma-se como exemplo um caso concreto envolvendo o IRPJ, julgado pelo Primeiro Conselho de Contribuintes em 25 de maio de 2006, e que aqui será denominado de “Caso Molicar”⁴⁴.

O caso envolvia uma sequência de operações que empregavam formas lícitas para, segundo a fiscalização, produzir o efeito que seria obtido com uma única operação, mas que tinha o inconveniente de ser tributado. Segundo a tese da autoridade fiscal, acolhida pelo Conselho de Contribuintes, o verdadeiro negócio pretendido correspondia a uma alienação de participação societária. Como a formalização do negócio pretendido envolveria a apuração de ganho de capital para a pessoa jurídica alienante, tributado nos termos da legislação do IRPJ, a fiscalização entendeu que, para evitar essa incidência, as partes elaboraram a estratégia abaixo descrita:

- em 27/04/2000, MOLICAR SERVIÇOS constitui a sociedade MOLICAR SISTEMAS e integraliza seu capital mediante aporte de equipamentos no valor de R\$ 162.498,00;
- em 30/04/2000, um laudo avaliou o ativo da recém criada MOLICAR SISTEMAS em mais de R\$ 12 milhões;
- em 09/06/2000, a Assembleia Geral de MOLICAR SISTEMAS aprovou:
 - ✓ aumento de R\$ 40.625,00 no valor do capital, passando de R\$ 162.498,00 para R\$ 203.123,00;
 - ✓ a admissão de novo sócio (a sociedade AUDATEX) que integralizou o aumento de capital de R\$ 40.625,00 mediante o pagamento de R\$ 8.934.502,99, caracterizando um ágio de R\$ 8.893.877,99, todo destinado à conta de reserva de capital da MOLICAR SISTEMAS (sem passar por conta contábil de resultado);
- nesse caso, a MOLICAR SERVIÇOS, que avaliava seu investimento na MOLICAR SISTEMAS pelo valor de patrimônio líquido, registrou um ganho de equivalência patrimonial (não tributado);

⁴⁴ Trata-se do Acórdão 101-95.552, exarado no processo nº 10882.002039/2003-98.

- em 20/06/2000 (onze dias depois da admissão da AUDATEX), nova Assembleia Geral foi realizada na MOLICAR SISTEMAS, em que se decidiu o seguinte:
 - ✓ aumento do capital social de R\$ 203.123,00 para R\$ 9.097.000,99, sem emissão de novas ações, mediante capitalização da Reserva de Ágio;
 - ✓ redução do capital social (no mesmo dia), de R\$ 9.097.000,99 para R\$ 1.819.400,60, mediante a extinção de todas as ações detidas pela MOLICAR SERVIÇOS, que se retirou da sociedade com R\$ 7.277.600,39.

Apesar de a alienação pura e simples corresponder ao caminho mais natural, direto e descomplicado, para atingir o mesmo resultado as partes optaram pela adoção de uma longa cadeia de atos e negócios jurídicos, valendo-se de uma estratégia que a doutrina especializada denomina de “casa e separa”.

E qual seria a razão para empreender essa estratégia? Segundo a fiscalização, as partes se valeram de formas jurídicas válidas para, no conjunto, ocultar o negócio verdadeiro que ficaria sujeito à tributação sobre o ganho de capital na MOLICAR SERVIÇOS. Nesse caso, o ganho de capital que deixou de ser contabilizado pela MOLICAR SERVIÇOS, no montante de R\$ 7.115.102,00, corresponderia à diferença entre o valor recebido da AUDATEX (R\$ 7.277.600,39), e o valor de seu ativo integralizado na MOLICAR SISTEMAS (R\$ 162.498,00).

Portanto, em menos de sessenta dias, foram realizados vários atos e negócios, empregando formas lícitas quando isoladamente consideradas, ao invés de ser praticado, de uma só vez, o verdadeiro negócio pretendido, qual seja, a alienação da participação societária em MOLICAR SISTEMAS, da MOLICAR SERVIÇOS para a AUDATEX.

Para convencer os julgadores, a fiscalização teve que demonstrar que as partes nunca tiveram a intenção de manter uma sociedade, de modo que as diversas operações societárias foram realizadas unicamente para iludir a Administração Tributária e evitar a incidência de impostos e contribuições. Segundo a tese da fiscalização, as partes teriam praticado simulação: formalizaram vários atos e negócios, e mantiveram oculto o negócio verdadeiro. De se registrar que a tese da fiscalização, de ocorrência de simulação, foi acolhida pelos Conselheiros por unanimidade.

Com esse exemplo, pretende-se demonstrar que a verificação concreta de simulação já é suficiente para considerar a abusividade do planejamento tributário colocado em prática pelo contribuinte. Essa conclusão se obtém sem prejuízo das demais teses envolvendo outros defeitos do negócio jurídico, desenvolvidas pela doutrina especializada e muitas vezes aplicadas pelos órgãos julgadores, e que fogem ao escopo limitado deste trabalho.

Para encerrar a análise relativa à simulação, resta discorrer sobre os efeitos de sua constatação, no âmbito das relações jurídico-tributárias. Na esfera civil, sabe-se que o terceiro prejudicado pela simulação deve requerer a declaração judicial de nulidade, de acordo com os arts. 167 e 168 do Código Civil. Por outro lado, com base no inciso VII do art. 149 do CTN, uma vez constatada a simulação e desde que não extinto o direito da Fazenda Pública, a autoridade fiscal pode (e deve) efetuar o lançamento tributário. Mas é preciso destacar que esse procedimento da fiscalização tributária não se situa no plano de validade dos negócios jurídicos, afinal, a declaração de nulidade é reservada ao Poder Judiciário. Na verdade, o ato da fiscalização equivale à negação da eficácia dos negócios simulados perante a Fazenda Pública ou, em outros termos, trata-se de caso de inoponibilidade dos atos ou negócios simulados perante o fisco⁴⁵. De toda sorte, cabe ao fisco a prova da simulação, obtida por meio da demonstração inequívoca da artificialidade do arranjo exteriorizado e da vontade de enganar, demonstrável por meio da evidenciação dos motivos subjacentes à estratégia.

Neste ponto se encerra a análise dos aspectos gerais relativos ao planejamento tributário. O próximo passo, antes de analisar a específica estratégia que constitui o objeto do presente trabalho, é a apresentação do tratamento tributário conferido ao ágio originado na aquisição de participações societárias. Conhecer as linhas gerais dessa disciplina legal é requisito essencial para a compreensão dos mecanismos envolvidos no planejamento tributário denominado “ágio interno”.

⁴⁵ Alberto Xavier (2001, p.68-73) discorda da possibilidade de atuação do fisco antes de obter um provimento judicial no sentido da invalidade dos negócios jurídicos investigados. Nesse sentido, o autor entende que a atuação direta do fisco, representando uma declaração unilateral de inoponibilidade de negócios simulados, somente é possível após a regulamentação do parágrafo único do art. 116 do CTN.

Capítulo 2 – TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DO ÁGIO ORIGINADO NA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS

O objetivo deste capítulo é apresentar a disciplina legal relativa aos investimentos que as sociedades empresárias realizam em participações no capital de outras sociedades. A exposição se inicia com a análise das disposições da legislação societária sobre a classificação e a avaliação de investimentos dessa natureza, com destaque para o método da equivalência patrimonial. Em seguida, será apresentado o tratamento conferido pela legislação tributária à contrapartida do ajuste no valor do investimento em decorrência da aplicação do método da equivalência patrimonial e, em especial, ao ágio pago na aquisição de participações societárias.

2.1. Uma breve contextualização

A Contabilidade é a ciência dedicada ao controle do patrimônio das entidades, fornecendo informações sobre sua composição e esclarecendo as razões de sua variação. Sem dúvida, um dos grandes objetivos da Contabilidade é revelar o valor do patrimônio controlado, auxiliando, dessa forma, a tomada de decisão. Mas, apesar de todo o instrumental desenvolvido ao longo da história dessa ciência e da constante evolução ainda experimentada, fato é que nem sempre os assentamentos contábeis refletem o efetivo valor econômico do patrimônio da entidade. As razões para isso são as mais diversas. Entre elas, destaca-se a existência de direitos intangíveis de difícil mensuração econômica, e de atributos da empresa, como o aviamento⁴⁶, que não constituem objeto de controle pela Contabilidade.

Por essa razão, no universo das aquisições de participações societárias, dificilmente o valor negociado corresponde ao valor patrimonial das quotas ou ações adquiridas. É nesse contexto que surge a figura do ágio, objeto do presente estudo, que corresponde à diferença positiva entre o custo de aquisição e o valor patrimonial da participação societária adquirida. Trata-se, portanto, de um sobrepreço que o investidor aceita pagar para adquirir ações ou quotas que compõem o capital de uma sociedade. Dessa forma, objetivamente, o ágio corresponde a uma parte do custo de aquisição para o novo investidor, e

⁴⁶ Segundo Fábio Ulhoa Coelho, aviamento é a perspectiva de lucratividade que a empresa pode gerar no futuro em razão da racional organização dos bens corpóreos e incorpóreos que integram o estabelecimento empresarial (**Curso de direito comercial – vol. 1: direito de empresa** – 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 169).

sua contrapartida representa um ganho para o alienante. Portanto, considerando que a contrapartida do ágio representa uma variação patrimonial positiva para o alienante e uma parcela de custo para o adquirente, é natural o interesse do legislador tributário no tema, haja vista que esses elementos têm influência direta sobre o aspecto quantitativo da obrigação tributária relativa ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ).

Mas antes de iniciar a exposição do tratamento tributário dado ao ágio, cumpre informar que a matéria foi objeto de recente alteração legislativa, e que entrará em vigor a partir de 1º de janeiro de 2015⁴⁷. No entanto, considerando que o objetivo deste trabalho é a análise de um tipo bem determinado de planejamento tributário, colocado em prática com altíssima frequência na década passada, que restou questionado pelo fisco e que, atualmente, ocupa de maneira importante a pauta de julgamentos do CARF, importa aqui apresentar a disciplina legal do assunto conforme estabelece a legislação atualmente em vigor, que somente será completamente revogada em 2015.

2.2. Disciplina legal dos investimentos em participações societárias

De acordo com o art. 179 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das SA), as participações permanentes em outras sociedades, não classificáveis no ativo circulante e que não se destinem à manutenção da atividade da empresa, devem ser classificadas pela sociedade em conta de “investimentos”, no ativo não circulante (atual denominação do grupo de contas que, até 2007, era denominado de ativo permanente).

Também de acordo com a Lei das SA, as participações no capital social de outras sociedades devem ser avaliadas pelo custo de aquisição (art. 183) ou pelo método da equivalência patrimonial (art. 248), a depender da relevância do investimento. No contexto dos investimentos avaliados pelo custo de aquisição não há individualização de eventual ágio pago pelo adquirente, razão pela qual este método não será objeto de análise no presente trabalho. Em verdade, mantendo-se fiel aos objetivos deste trabalho, aqui interessa a análise do método da equivalência patrimonial.

A norma que estabelece o dever de avaliar os investimentos pela equivalência patrimonial foi alterada pela Lei nº 11.638, de 2007, e, posteriormente, também pela Medida

⁴⁷ Cf. art. 119 da Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014. Entretanto, há que se ressaltar a possibilidade de o contribuinte optar pela antecipação do início da vigência das novas regras, de acordo com o art. 75 da referida lei.

Provisória nº 449, de 2008, convertida na Lei nº 11.941, de 2009. Considerando que, no contexto deste estudo, o ágio somente se origina na aquisição de participações avaliadas pela equivalência patrimonial, os investimentos que constituem o objeto do presente trabalho são, necessariamente, avaliados por esse método, razão pela qual não cabe aqui tecer maiores considerações acerca das circunstâncias que dão origem ao dever de adotá-lo. Apenas para bem contextualizar o problema, cumpre mencionar que, de acordo com a atual redação do art. 248 da Lei das SA, devem ser avaliados pela equivalência patrimonial os investimentos em coligadas⁴⁸, em controladas⁴⁹ e em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo, ou que estejam sob controle comum.

De acordo com o método da equivalência patrimonial, o valor do investimento deve ser registrado pela investidora segundo o valor de patrimônio líquido da sociedade investida, na proporção de sua participação no capital da investida. Tal valor é determinado mediante a aplicação do percentual de participação no capital social da investida, sobre o valor do patrimônio líquido da mesma (Lei das SA, art. 248, inciso II). Dessa forma, a título de ilustração, se a sociedade ALFA possui investimento permanente em 60% do capital da sociedade BETA, caso o balanço de BETA revele um patrimônio líquido de R\$ 100 milhões ao final de um determinado exercício social, com a aplicação do método da equivalência patrimonial o investimento deve ser registrado no ativo não circulante da investidora ALFA pelo valor de R\$ 60 milhões.

O referido método deve ser aplicado no momento da aquisição da participação societária e, posteriormente, a cada balanço patrimonial. Para tanto, o valor do patrimônio líquido da investida deve ser determinado com base em balanço patrimonial levantado na mesma data ou, no máximo, até sessenta dias antes da data do balanço da investidora (Lei das SA, art. 248, inciso I). Portanto, em decorrência da equivalência patrimonial, a cada novo balanço as variações no patrimônio líquido da investida são refletidas no valor do investimento registrado no ativo da investidora.

⁴⁸ Nos termos do § 1º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, coligadas são as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa. E de acordo com o § 4º do mesmo artigo, há influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la. Em razão do critério cronológico, e também em razão da especialidade, para fins de verificação do dever de utilização do método da equivalência patrimonial, deve prevalecer a previsão da Lei nº 6.404, de 1976, e não o disposto no art. 1099 do Código Civil.

⁴⁹ Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores (Lei nº 6.404, de 1976, art. 243, § 2º). Aqui cabe reiterar o que se afirmou na nota anterior, agora em relação ao art. 1098 do Código Civil.

Muito embora as disposições até este ponto apresentadas sejam encontradas na Lei das Sociedades por Ações, para fins de tributação, esses preceitos devem ser observados até mesmo pelas pessoas jurídicas organizadas segundo outros tipos societários. É o que se depreende a partir do art. 21 e do inciso X do art. 67, ambos do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, que dispõe sobre a legislação do Imposto de Renda.

No mesmo diploma legal, encontra-se previsto o tratamento tributário que deve ser dado ao ajuste no valor do investimento em decorrência da aplicação do método da equivalência patrimonial. Nesse sentido, de acordo com o art. 22 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, a cada novo balanço a investidora deve ajustar o valor do investimento ao valor de patrimônio líquido da investida, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da própria conta de investimento. Portanto, em caso de aumento no valor do patrimônio líquido da investida, na investidora a conta do ativo “investimentos” recebe um lançamento a débito, aumentando o valor registrado do investimento, e a contrapartida, a crédito, é efetuada em conta de resultado, aumentando o lucro contábil, da seguinte forma:

Débito: Investimentos em participações societárias (ativo não circulante)

Crédito: Resultado positivo da equivalência patrimonial (receita)

Novamente a título de ilustração, recuperando o exemplo anterior, se o patrimônio líquido da sociedade BETA, antes registrado pelo valor de R\$ 100 milhões, após o encerramento de novo exercício social passar para R\$ 110 milhões, o investimento, que em ALFA se encontrava registrado por R\$ 60 milhões, deve ser ajustado para R\$ 66 milhões, de modo a refletir sua participação em 60% do capital de BETA. Desse modo, na escrituração da sociedade investidora ALFA, deve ser efetuado o seguinte lançamento contábil:

Débito: Investimento em BETA

Crédito: Resultado positivo da equivalência patrimonial R\$ 6 milhões

Analogamente, em caso de redução no valor do patrimônio líquido da investida, na investidora a conta do ativo “investimentos” recebe um lançamento a crédito reduzindo seu valor, e a contrapartida, a débito, é efetuada em conta de resultado, reduzindo o lucro contábil:

Débito: Resultado negativo da equivalência patrimonial (despesa)

Crédito: Investimentos em participações societárias (ativo não circulante)

Considerando que o ajuste decorrente da aplicação do método tem como contrapartida um lançamento em conta de resultado, a legislação tributária tratou logo de disciplinar a matéria. Assim, no art. 23 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, encontra-se estabelecido que a contrapartida do ajuste, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não deve ser computada na determinação da base de cálculo do IRPJ. Em outras palavras, a contrapartida do ajuste da equivalência patrimonial não deve influenciar a apuração do Imposto de Renda, de modo que resultados positivos da equivalência patrimonial não são tributáveis, e resultados negativos da equivalência patrimonial não são dedutíveis.

É importante perceber que, com esse tratamento tributário, o legislador conferiu neutralidade para os ganhos ou perdas decorrentes da equivalência patrimonial. E a justificativa para esse tratamento é bastante razoável. Segundo LUÍS EDUARDO SCHOUERI, “acaso pretendesse a legislação tributar os ganhos de equivalência patrimonial, então uma mesma realidade econômica estaria sujeita a múltipla incidência tributária”⁵⁰. Como bem observa o autor, as variações patrimoniais que, em razão do método da equivalência patrimonial, venham a ser registradas na sociedade investidora (holding), refletem uma única movimentação efetiva e que se verifica apenas na sociedade investida (operacional). Em outras palavras, o método simplesmente possibilita que um lucro (ou prejuízo), que foi auferido (ou incorrido) uma única vez, seja reconhecido em cada um dos diversos níveis de participação societária, em sentido ascendente. Portanto, diante da neutralidade tributária conferida aos ganhos ou perdas decorrentes da equivalência patrimonial, fica claro que, aos olhos do legislador, a cadeia de participação societária é composta por mais de uma pessoa jurídica, mas por apenas uma realidade econômica.

2.3. Tratamento do ágio originado na aquisição de participações societárias

Até este ponto, foi apresentada a disciplina legal relativa aos investimentos em participações societárias sem considerar eventual pagamento de ágio. No entanto, conforme já restou consignado neste trabalho, no universo das aquisições de participações societárias, dificilmente o valor negociado corresponde ao valor patrimonial das quotas ou ações adquiridas. Nesse contexto, tratando-se de investimento avaliado pelo método da equivalência

⁵⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários)*. São Paulo: Dialética, 2012. p. 53.

patrimonial, caso o custo de aquisição supere o valor patrimonial da participação adquirida, a diferença deve ser registrada como ágio⁵¹.

Curiosamente, o ágio, que é uma figura própria do universo empresarial, não foi conceituado pela lei societária. É na legislação tributária, mais precisamente no inciso II do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, que se encontra a definição legal de ágio (ou deságio):

Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e

II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:

a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

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

c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras a e b do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

No inciso I do caput do dispositivo acima reproduzido, a referência ao art. 21 diz respeito à determinação do valor do investimento segundo o método de equivalência patrimonial. Portanto, a norma estabelece que, no momento da aquisição de participação societária avaliada pela equivalência patrimonial, a sociedade investidora deve registrar o

⁵¹ Neste momento, é preciso ressaltar que a legislação tributária vigente, que será completamente revogada pela Lei nº 12.973/2014 somente em 1º de janeiro de 2015, não reflete os novos conceitos trazidos pelo processo de convergência da contabilidade com os padrões internacionais. De acordo com os novos padrões contábeis, correto seria falar em *mais valia* e em *goodwill*, e não mais simplesmente em ágio.

custo de aquisição desdobrando o valor do patrimônio líquido da investida e o valor do ágio eventualmente pago. Aproveitando, mais uma vez, o exemplo antes formulado, se a investidora ALFA aceita pagar um ágio de R\$ 10 milhões para adquirir 60% do capital da sociedade BETA que, no momento da aquisição possui patrimônio líquido de R\$ 100 milhões, nos seus assentamentos contábeis, em obediência ao art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, ALFA deve efetuar o seguinte lançamento:

Débito: Investimento em BETA	R\$ 60 milhões
Débito: Ágio na aquisição de BETA	R\$ 10 milhões
Crédito: Bancos	R\$ 70 milhões

No lançamento acima, fica evidenciado que o custo total de aquisição alcançou o montante de R\$ 70 milhões. Desse valor, uma parte (R\$ 10 milhões) se explica pelo sobrepreço que a adquirente aceitou pagar.

Além do desdobramento do custo de aquisição, a legislação tributária também exige a indicação do fundamento econômico que tenha servido como justificativa para pagamento do ágio, podendo ser: a) valor de mercado de bens do ativo da sociedade investida superior ao custo registrado na sua contabilidade; b) valor de rentabilidade da sociedade investida, com base em previsão de resultados nos exercícios futuros; ou c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. Em observância a essa exigência, é comum a contratação de serviço especializado na elaboração de laudo de avaliação econômica de ativos e de sociedades⁵².

Tanto o registro individualizado do ágio quanto a indicação de seu fundamento econômico são essenciais para o controle da amortização do ágio. Em poucas palavras, amortizar o ágio significa transferir seu saldo gradativamente para conta de resultado, como despesa. Tal procedimento deve ser realizado quando desaparecerem as razões que justificaram seu pagamento. Por essa razão é importante o registro do ágio acompanhado de seu fundamento econômico. Por exemplo, no caso do primeiro fundamento econômico encontrado no § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, qual seja, valor de mercado de bens do ativo da investida superior ao custo registrado na sua contabilidade, o ágio nele

⁵² Aqui não serão apresentadas maiores considerações acerca das características essenciais de cada um dos diferentes fundamentos econômicos do ágio, conforme previsão da lei tributária. Para esse aprofundamento, recomenda-se a leitura dos itens 2.2 e 2.3 da obra de Luís Eduardo Schoueri, **Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários)**, relacionada entre as referências bibliográficas ao final deste trabalho.

justificado deve ser amortizado na proporção em que o ativo é realizado na investida, por depreciação, amortização, exaustão ou baixa em decorrência de alienação ou perecimento desses bens ou do investimento⁵³.

Na contabilidade, a amortização do ágio é efetuada mediante débito em conta de resultado (despesa), e crédito na conta do ágio, da seguinte forma:

Débito: Despesa de amortização de ágio (conta de resultado)

Crédito: Ágio na aquisição de participação societária (conta do ativo)

Mais uma vez, tratando-se de uma despesa, o legislador tributário disciplinou a matéria. Nesse caso, nos termos do art. 25 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, a despesa que corresponde à contrapartida da amortização do ágio não deve ser computada na determinação da base de cálculo do IRPJ. Em outras palavras, a despesa amortização do ágio é indedutível para fins de apuração do Imposto. Novamente, LUÍS EDUARDO SCHOUERI oferece uma explicação bastante razoável para esse tratamento. Segundo o autor, como o ágio representa parte do custo incorrido na aquisição do investimento, a amortização dessa parcela de custo deve estar associada à receita que tem origem no respectivo investimento, e que nada mais é do que o resultado positivo da equivalência patrimonial. Partindo desse entendimento, LUÍS EDUARDO SCHOUERI assim apresenta sua conclusão:

Dessa forma, conclui-se que o ágio pago não pode deduzir o lucro tributável da empresa investidora, tendo em vista que a receita correspondente a esse ágio, qual seja, o resultado positivo da equivalência patrimonial, é receita operacional não tributável.⁵⁴

Portanto, enquanto os frutos do investimento forem percebidos pela sociedade investidora na forma de resultados positivos da equivalência patrimonial, a despesa com amortização do ágio não pode ser aproveitada para deduzir a base de cálculo do IRPJ. Essa é a disciplina a ser observada durante o ciclo de vida normal do investimento.

No entanto, como é inegável sua natureza de custo, existe um momento em que o ágio pago na aquisição do investimento pode ser aproveitado pelo investidor. Trata-se, justamente, do momento em que ocorre a alienação ou liquidação do investimento. Nesse caso, o art. 33 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, estabelece que, para efeito de determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de participação societária avaliada

⁵³ Nesse sentido: art. 14 da Instrução CVM nº 247, de 1996.

⁵⁴ Schoueri, 2012, p. 62.

pela equivalência patrimonial, o ágio pago na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, pode ser computado no valor contábil do investimento. Em outras palavras, o ágio pago na aquisição do investimento, ainda que integralmente amortizado, pode ser somado ao valor de patrimônio do investimento, para fins de determinação do seu valor contábil. Portanto, no momento da alienação ou liquidação do investimento, esse dispositivo legal autoriza o reconhecimento do ágio como parcela do custo de aquisição, aumentando o valor contábil do investimento e, conseqüentemente, contribuindo para a diminuição do ganho de capital tributável, ou para a ampliação do valor da perda dedutível, conforme o caso.

Em síntese, como a despesa com a amortização do ágio pago na aquisição de participação societária não é dedutível na apuração da base de cálculo do IRPJ, o valor integral desse mesmo ágio pode ser aproveitado como custo de aquisição no momento da alienação ou liquidação do respectivo investimento.

2.4. Disciplina legal do ágio em caso de fusão, cisão ou incorporação

Nos itens anteriores, ainda que apenas em linhas gerais, foi analisada a disciplina legal relativa ao ágio originado na aquisição de participações societárias, nos casos em que a investidora mantém o investimento e registra, apenas, os resultados da equivalência patrimonial. Agora, a questão que se coloca é a seguinte: o que deve ser feito com o ágio se, em virtude de fusão, cisão ou incorporação⁵⁵, a investidora absorver, no todo ou em parte, o patrimônio da investida? Esse é o objeto dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, abaixo reproduzidos:

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:

⁵⁵ Fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações (Lei nº 6.404, de 1976, art. 228). Cisão total é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida (Lei nº 6.404, de 1976, art. 229, primeira parte). Cisão parcial é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, dividindo-se o seu capital (Lei nº 6.404, de 1976, art. 229, parte final). Incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações (Lei nº 6.404, de 1976, art. 227).

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

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;

IV - deverá amortizar o valor do deságio 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 durante os cinco anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:

- a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;
- b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II do caput:

- a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;
- b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e

contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:

- a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;
- b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

Em análise aos dispositivos acima, pode-se concluir que, caso a investidora absorva o patrimônio da investida em virtude de fusão, cisão ou incorporação, o tratamento a ser dado ao ágio escriturado na investidora irá depender do fundamento econômico que justificou sua existência. Mas antes de avançar, é oportuno destacar que, nos termos do art. 8º da Lei nº 9.532, de 1997, também reproduzido acima, tudo o que será apresentado a seguir em relação à absorção do patrimônio da investida pela investidora, também se aplica à hipótese contrária, em que o patrimônio da investidora for absorvido pela investida, como no caso da “incorporação às avessas”, em que a controlada incorpora a controladora.

Quando o ágio estiver fundamentado em valor de mercado de bem ou direito, o tratamento que lhe deve ser dado depende da circunstância de o referido bem ou direito ser absorvido, ou não, no evento societário de fusão, cisão ou incorporação. Se o bem ou direito que deu causa ao ágio for absorvido pela sucessora, o valor do ágio deve ser integrado ao custo do referido bem ou direito, inclusive para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão (Lei nº 9.532/97, art. 7º, inciso I e § 1º). Por outro lado, se o bem ou direito que deu causa ao ágio não for absorvido pela sucessora, o valor do ágio deve ser registrado em conta de ativo intangível para posterior amortização (Lei nº 9.532/97, art. 7º, § 2º).

Na hipótese em que tiver se originado com fundamento em fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas, havendo fusão, cisão ou incorporação, o valor do ágio deve ser transferido para conta de ativo intangível não sujeita a amortização, podendo ser considerado como custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa, ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital (Lei nº 9.532/97, art. 7º, inciso II e § 3º, ‘a’). Além disso, no

encerramento das atividades da empresa, se nessa data for comprovada a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa, o ágio pode ser deduzido como perda (Lei nº 9.532/97, art. 7º, § 3º, 'b').

Resta, agora, analisar o tratamento conferido ao ágio originado com fundamento na expectativa de rentabilidade futura. Aqui há que se ter especial atenção, haja vista que é nesta hipótese que se sustenta o planejamento tributário que constitui o objeto do presente trabalho. Neste caso, quando o ágio tem fundamento na expectativa de rentabilidade futura, havendo absorção do patrimônio da investida pela investidora, ou do patrimônio da investidora pela investida, a sociedade sucessora tem o direito de aproveitar a despesa de amortização do ágio na apuração da base de cálculo do IRPJ à razão máxima de um sessenta avos, para cada mês do período de apuração (Lei nº 9.532/97, art. 7º, inciso III).

Desse modo, a partir do início da vigência dessa norma, em 1º de janeiro de 1998, nos casos de fusão, cisão ou incorporação, restou expressamente autorizada a dedução da despesa com amortização do ágio originado na aquisição de participação societária com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, à razão máxima de um sessenta avos ao mês ou, em outros termos, em quotas mensais ao longo do prazo mínimo de cinco anos. Quando se considera essa inovação, originalmente trazida pela Medida Provisória nº 1.602, de 1997, convertida na Lei nº 9.532, de 1997, e, ainda, quando se leva em conta que o Decreto-lei nº 1.598, de 1977, somente autoriza o aproveitamento do ágio no momento da alienação ou liquidação do investimento, muitos dos que se debruçaram sobre o tema se apressaram em dizer que o art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, contempla um benefício fiscal introduzido no ordenamento brasileiro para fins de fomentar o Programa Nacional de Desestatização⁵⁶. No entanto, não parece ser correto esse entendimento. Para justificar essa objeção, é necessário transcrever o excerto da Exposição de Motivos nº 644/MF⁵⁷, que acompanhou a Medida Provisória nº 1.602, de 1997, na parte relativa ao dispositivo que veio a compor os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997:

11. O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação

⁵⁶ Nesse sentido: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do Imposto de Renda**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 770; ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira, **Planejamento Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 270.

⁵⁷ Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional de 2/12/1997, à página 18021, disponível em <http://legis.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=14400>. Acesso em 21 de junho de 2014.

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", vêm 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.

Com 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 possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.

Como se nota, na Exposição de Motivos que acompanhou a Medida Provisória nº 1.602, de 1997, o então Ministro da Fazenda deixou claro que o objetivo das novas regras era restringir a utilização do ágio nos casos de planejamentos tributários que se utilizavam de expedientes “nada ortodoxos”. Portanto, ali não há nenhuma referência a qualquer intenção de incentivar o processo de privatizações que realmente estava em curso no País. E se essa não é a razão por trás das novas regras que expressamente passaram a autorizar o aproveitamento do ágio, qual seria essa razão? Na verdade, até o início da vigência das novas regras, como não havia regulamentação suficiente no Decreto-lei nº 1.598, de 1977, muitos contribuintes consideravam que os eventos societários de fusão, cisão ou incorporação representavam a realização do investimento, circunstância suficiente para autorizar o aproveitamento integral do ágio, como custo⁵⁸. Com isso, resta esclarecida a razão por trás das regras positivadas em 2007. Ao estabelecer que, nos casos de fusão, cisão ou incorporação, as despesas com amortização do ágio podem ser aproveitadas no prazo mínimo de cinco anos, fica evidente o tratamento mais restritivo imposto pela Medida Provisória nº 1.602, de 1997, compatível com o teor da Exposição de Motivos que a acompanhou.

Em resumo, mesmo após a publicação da Lei nº 9.532, de 1997, fica mantido o tratamento estabelecido desde 1977, em relação à impossibilidade de aproveitamento da despesa com amortização do ágio ao longo do ciclo de vida normal do investimento, conforme exposição encontrada no item 2.3 deste trabalho. A grande inovação trazida pelo

⁵⁸ Conforme esclarece Luís Eduardo Schoueri (2012, p.66), “anteriormente à Lei nº 9.532/1997, não havia na legislação tributária nacional regulamentação relativa ao tratamento que deveria ser conferido ao ágio em hipóteses de incorporação envolvendo a pessoa jurídica que pagou e a pessoa jurídica que motivou a despesa com ágio. O que ocorria, na prática, era a consideração de que a incorporação era, *per se*, evento suficiente para a realização do ágio, independentemente de sua fundamentação econômica”.

art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, refere-se à fixação de regras para antecipação do aproveitamento do ágio nos casos de fusão, cisão ou incorporação.

Nem é preciso dizer que essa forma de antecipação do aproveitamento do ágio, expressamente autorizada pela lei, deu fôlego ao mercado de fusões, cisões e incorporações de sociedades empresárias. Além disso, o novo regramento estimulou a criatividade de alguns agentes econômicos, principalmente a partir de 2003, conforme se verá no Capítulo seguinte.

Capítulo 3 – ANÁLISE DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO DENOMINADO “ÁGIO INTERNO”

Neste Capítulo, será analisada a legitimidade de um específico planejamento tributário, conhecido como “ágio interno”. Inicialmente, será apresentado um modelo genérico da estratégia. Na sequência, será apresentado um caso concreto envolvendo sua aplicação prática e, por fim, efetuada uma reflexão crítica de sua legitimidade à luz do ordenamento jurídico.

3.1. Modelo genérico da operação denominada “ágio interno”

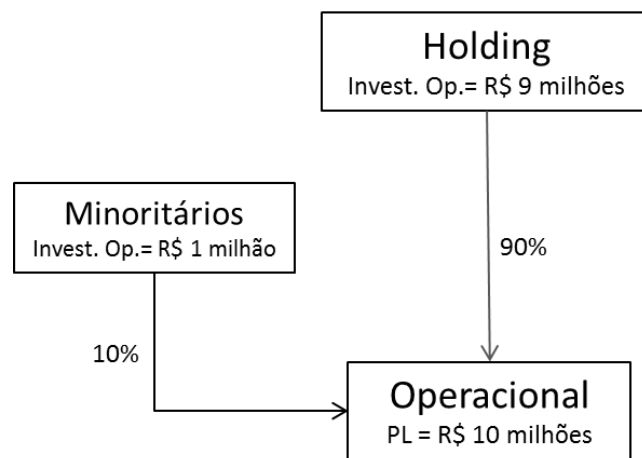
O objeto central do presente trabalho é um determinado tipo de planejamento tributário, colocado em prática com certa frequência na década passada, e que vem ocupando de maneira significativa a pauta de julgamentos do CARF⁵⁹. Trata-se do chamado “ágio interno”, estratégia que consiste na geração de ágio em operações societárias envolvendo pessoas jurídicas submetidas a um mesmo comando, com o posterior aproveitamento da despesa com a amortização mensal desse ágio, para fins de dedução da base de cálculo do IRPJ.

Antes de tecer maiores considerações acerca desse planejamento tributário, é oportuno apresentar uma descrição do modelo genérico da estratégia, que é composta, basicamente, de quatro etapas, muitas vezes executadas em um lapso temporal de poucos dias. Há que se ressaltar que, ainda que se trate de um modelo teórico, foram inseridas algumas cifras hipotéticas com finalidade meramente didática, apenas para o efeito de evidenciar e esclarecer os mecanismos da estratégia. Além disso, o modelo será descrito valendo-se da forma de ‘sociedade anônima’, referindo-se, portanto, a ‘ações’ e ‘acionistas’. No entanto, em casos reais, verifica-se que a estratégia é colocada em prática, inclusive, por meio de ‘sociedades limitadas’, quando então o correto seria fazer referência a ‘quotas’ e ‘sócios’. Passa-se, então, à descrição do modelo genérico de “ágio interno”.

⁵⁹ Pesquisando ementas de acórdãos na página eletrônica do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda (CARF), em 15 de junho de 2014, verificou-se que, nos últimos 24 meses, foram produzidos trinta acórdãos em cuja ementa havia a expressão “ágio interno”. Considerando os julgamentos que já foram realizados, mas que ficaram de fora do resultado da pesquisa porque ainda é aguardada a publicação das respectivas decisões, bem assim os inúmeros casos ainda não julgados, pode-se concluir que o tema tem ocupado de maneira significativa a pauta de julgamentos do CARF.

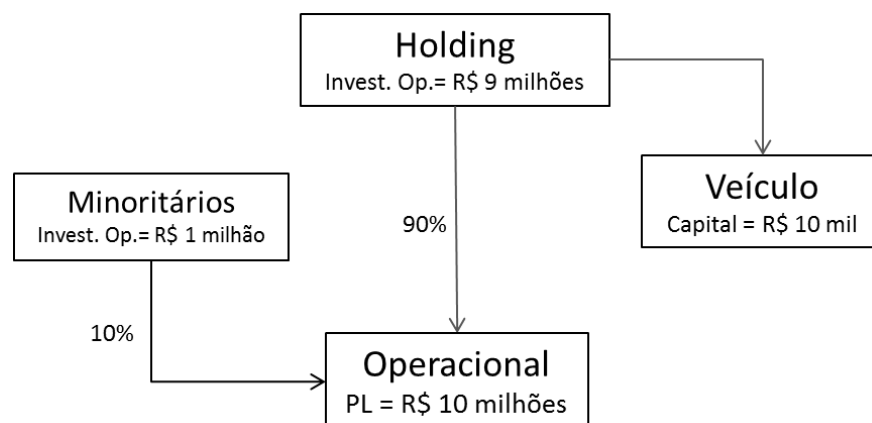
- **Situação inicial: a holding controla a sociedade operacional**

No arranjo inicial, uma sociedade investidora (Holding) detém o controle de uma empresa lucrativa (Operacional), situação bastante comum no universo empresarial. Além da ‘Holding’ que controla a ‘Operacional’, normalmente também há o investimentos de acionistas minoritários. Na representação abaixo, a título de ilustração, consta nos registros contábeis da ‘Operacional’ patrimônio líquido no valor de R\$ 10 milhões e, considerando que a ‘Holding’ detém 90% do capital social da ‘Operacional’, seu investimento encontra-se registrado no valor de R\$ 9 milhões, em respeito ao método da equivalência patrimonial:



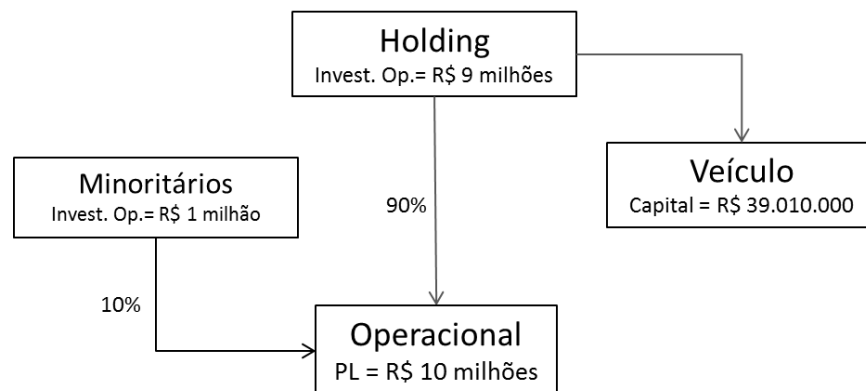
- **Primeira etapa: constituição da empresa veículo**

O primeiro passo é a criação de outra empresa pela ‘Holding’, com capital social bem modesto, normalmente em sociedade com a pessoa natural que controla a própria ‘Holding’. No modelo genérico abaixo representado, a empresa ‘Veículo’ foi constituída com capital social de apenas R\$ 10 mil:



- **Segunda etapa: aumento de capital na empresa veículo**

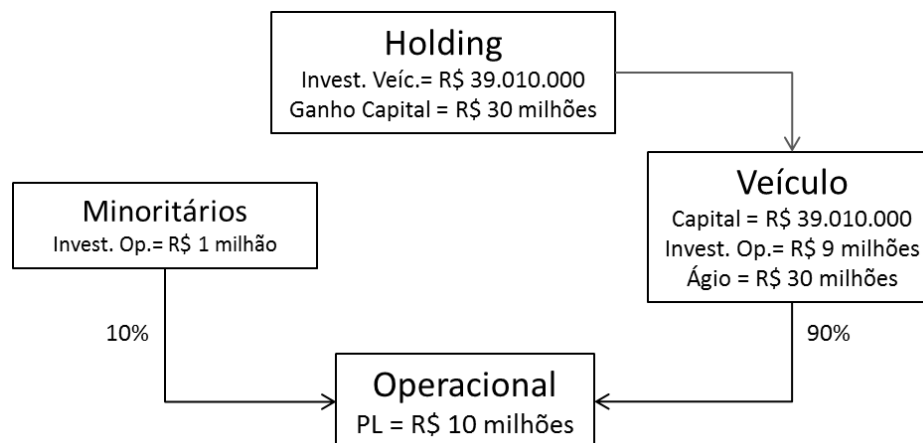
O próximo ato é a aprovação do aumento de capital na empresa ‘Veículo’. Em casos concretos, é possível encontrar situações com aumentos de capital espetaculares, na ordem de milhares de vezes. Também é muito comum verificar que o aumento de capital ocorre poucos dias após a própria constituição da empresa. Além disso, percebe-se que o valor do aumento de capital é “calibrado” de acordo com o tamanho da despesa mensal desejada com a amortização do ágio que será criado, embora ninguém se manifeste expressamente dessa forma. No modelo aqui representado, será considerado um aumento de capital de R\$ 39 milhões, passando o capital social da empresa ‘Veículo’ de R\$ 10 mil para R\$ 39.010.000, ainda não totalmente subscritos:



- **Terceira etapa: integralização do aumento de capital na veículo**

Seguindo com a execução da estratégia, a ‘Holding’ integraliza o aumento de capital na ‘Veículo’ com a conferência de suas ações da ‘Operacional’ e, com isso, a ‘Veículo’ passa a ser a controladora da ‘Operacional’. É neste momento que surge o ágio, em razão de o valor da integralização ser superior ao valor patrimonial das ações entregues em conferência de capital. E isso se faz com o respaldo de um laudo de avaliação econômica da participação societária na ‘Operacional’, encomendado pelos controladores do grupo, elaborado com observância de todas as formalidades legais, e que fundamenta a reavaliação da participação societária com base na expectativa de rentabilidade futura.

No modelo genérico aqui representado, a ‘Holding’ integraliza o aumento de R\$ 39 milhões no capital da ‘Veículo’ com a conferência de suas ações da ‘Operacional’ com valor patrimonial de R\$ 9 milhões, originando um ágio de R\$ 30 milhões, registrado na ‘Veículo’, que passou a ser a detentora do investimento na ‘Operacional’:



Aqui é importante registrar que, ao final dessa etapa, em contrapartida ao ágio originado, a 'Holding' percebe um ganho de capital também de R\$ 30 milhões, afinal, para integralizar capital de R\$ 39 milhões, bastou entregar ações com valor patrimonial de R\$ 9 milhões. Esse ganho de capital é tributável. No entanto, se houvesse a obrigação de pagar o IRPJ incidente sobre esse ganho de capital, não faria sentido colocar em prática a estratégia. E de fato, durante três anos (2003 a 2005), um dispositivo legal que autorizava o diferimento na tributação desse ganho de capital viabilizou a realização da estratégia. Trata-se do art. 36 da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, abaixo reproduzido:

Art. 36. Não será computada, na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido da pessoa jurídica, a parcela correspondente à diferença entre o valor de integralização de capital, resultante da incorporação ao patrimônio de outra pessoa jurídica que efetuar a subscrição e integralização, e o valor dessa participação societária registrado na escrituração contábil desta mesma pessoa jurídica.

§ 1º O valor da diferença apurada será controlado na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur) e somente deverá ser computado na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido:

I - na alienação, liquidação ou baixa, a qualquer título, da participação subscrita, proporcionalmente ao montante realizado;

II - proporcionalmente ao valor realizado, no período de apuração em que a pessoa jurídica para a qual a participação societária tenha sido transferida realizar o valor dessa participação, por alienação, liquidação, conferência de capital em outra pessoa jurídica, ou baixa a qualquer título.

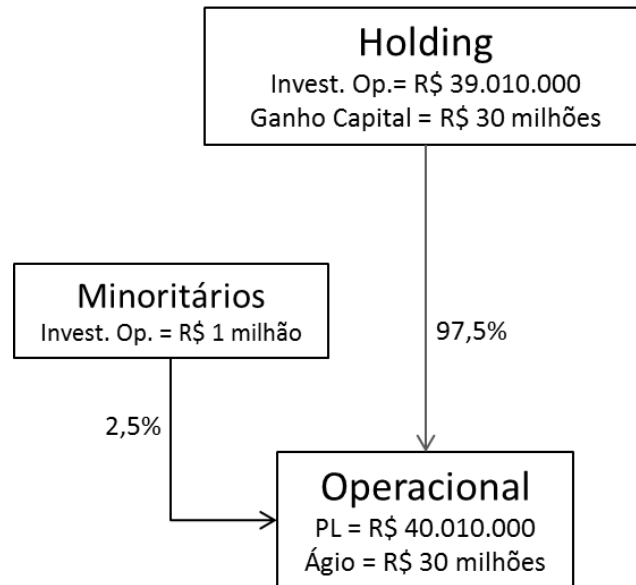
§ 2º Não será considerada realização a eventual transferência da participação societária incorporada ao patrimônio de outra pessoa jurídica, em decorrência de fusão, cisão ou incorporação, observadas as condições do § 1º.

Esse dispositivo entrou em vigor em 1º de janeiro de 2003, e foi revogado pela Lei nº 11.196, de 2005, a partir de 1º de janeiro de 2006. Portanto, durante três anos, encontrava-se autorizado o diferimento da tributação do ganho de capital representado pela diferença entre o valor de integralização de capital e o valor da participação societária utilizada nessa integralização. De acordo com o § 1º do dispositivo legal em análise, o ganho de capital deveria ser oferecido à tributação somente quando ocorresse a alienação, a liquidação ou a baixa da participação societária, o que dificilmente aconteceria, afinal, trata-se da empresa operacional do grupo. Além disso, o dispositivo deixa claro no § 2º que eventual fusão, cisão ou incorporação envolvendo a participação societária utilizada na integralização geradora do ganho de capital não implicaria sua tributação pela pessoa jurídica que realizou a integralização. Essa última disposição viabilizou a próxima etapa, o *grand finale*.

- **Quarta etapa: incorporação da veículo pela operacional**

Na etapa final, ocorre a incorporação às avessas, da controladora ‘Veículo’ pela controlada ‘Operacional’. Com isso, o ágio que estava registrado no ativo da ‘Veículo’ passa a integrar o patrimônio da ‘Operacional’. Nesse caso, como o ágio se originou a partir da “aquisição” da própria ‘Operacional’, pode-se afirmar que ela passa a contar, em seu patrimônio, com um ágio de si mesma. E com base nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, a ‘Operacional’ passa a se aproveitar da despesa de amortização à razão máxima de um sessenta avos ao mês.

No modelo aqui representado, a partir de um ágio de R\$ 30 milhões, a ‘Operacional’ passaria a se aproveitar de uma despesa mensal de R\$ 500 mil ao mês, ao longo de cinco anos. Por outro lado, o ganho de capital percebido pela ‘Holding’ continuaria com sua tributação diferida, nos termos do § 2º do art. 36 da Lei nº 10.637/2002. Ao final, a cadeia de controle assumiria a seguinte conformação:



Como se nota, ao fim e ao cabo, tudo volta a ser como antes, exceto pelo surgimento de um ágio dedutível e de um ganho de capital que, a depender dos controladores do grupo, nunca será tributado. Vale ainda dizer que, após a incorporação da ‘Veículo’, a depender de como venha a ser efetuada a substituição de suas ações por ações da ‘Operacional’, a participação dos minoritários pode ser significativamente alterada. Se for mantido o valor do investimento dos minoritários (R\$ 1 milhão), sua participação societária ficaria reduzida de 10% para 2,5%, conforme representado na figura acima. Por outro lado, se for mantida a participação societária dos minoritários no patamar anterior (10%), o valor de seu investimento sofreria um aumento considerável, em razão do aumento no valor do patrimônio líquido da ‘Operacional’. De qualquer forma, como se trata de uma questão envolvendo o direito de acionistas minoritários, matéria que foge ao escopo deste trabalho, aqui não serão feitas maiores considerações acerca desse tema.

Antes de encerrar este item, cumpre registrar que a estratégia acima apresentada não é a única possibilidade de geração de ágio em operações intragrupo. Na prática, verifica-se que há outras estratégias que se sustentam em ágio gerado em operações intragrupo⁶⁰, que não serão analisadas neste trabalho.

⁶⁰ Nesse sentido, recomenda-se a consulta ao texto de Marcos Shigueo Takata, **Ágio interno sem causa ou “artificial” e ágio interno com causa ou real – distinções necessárias**. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel. Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos). 3º volume. São Paulo: Dialética: 2012. p. 194-214.

3.2. A estratégia colocada em prática – “Caso Altenburg”

Para fins de demonstração do aspecto prático do planejamento tributário que constitui o objeto do presente trabalho, serão apresentados a seguir os fatos apurados pela fiscalização tributária federal no “Caso Altenburg”⁶¹, levado a julgamento no CARF em sessão realizada no dia 6 de novembro de 2012. Trata-se do auto de infração acostado ao processo nº 13971.003788/2009-17, lavrado em face da sociedade denominada Altenburg Indústria Têxtil Ltda., que a partir deste ponto será identificada, simplesmente, como ALTENBURG INDÚSTRIA.

Na situação inicial, em agosto de 2004, a ALTENBURG INDÚSTRIA possuía capital social de R\$ 8 milhões, distribuídos entre três sócios: a holding ALTENBURG PARTICIPAÇÕES LTDA. (99%), o patriarca da família (0,98%) e sua esposa (0,02%). Cabe destacar que o patriarca, de forma indireta, possuía a quase totalidade das quotas da ALTENBURG INDÚSTRIA, já que detinha 99,96% do capital da controladora ALTENBURG PARTICIPAÇÕES, com a diminuta participação restante pertencente a seus filhos (0,01% cada). Nesse sentido, a fiscalização constatou que se tratava de um grupo empresarial familiar, sob o comando exclusivo do patriarca, que também exercia o cargo de Diretor Presidente da holding ALTENBURG PARTICIPAÇÕES.

Como empresa veículo, foi utilizada a sociedade BOM SONO LTDA., empresa que até agosto de 2004 contava com capital social de apenas R\$ 10 mil, distribuídos entre dois sócios, filhos do patriarca.

Dando início à execução da estratégia, por intermédio de uma alteração contratual lavrada em 31/08/2004, o capital social da BOM SONO foi aumentado em R\$ 66.015.180,00, equivalente a cerca de 6.600 vezes o valor original. Para integralizar esse aumento de capital, a ALTENBURG PARTICIPAÇÕES transferiu a participação que possuía na ALTENBURG INDÚSTRIA, então registrada em valor patrimonial de R\$ 16.892.407,59, de modo que a BOM SONO passou a controlar a ALTENBURG INDÚSTRIA. Dessa forma, sem a interveniência de terceiros e sem qualquer desembolso de recursos, apenas com a formalização de alguns atos societários que representavam um único núcleo de interesses (da família Altenburg), foi originado um expressivo ágio, no montante de R\$ 49.122.772,41, que

⁶¹ As informações utilizadas na descrição do “Caso Altenburg” foram extraídas do Acórdão nº 1202-000.890, exarado pela 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da Primeira Seção de Julgamento do CARF, disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/index.jsf>. Acesso em 20 de junho de 2014.

foi registrado no ativo da BOM SONO. E como a integralização das quotas da ALTENBURG INDÚSTRIA foi realizada pelo valor reavaliado com base em laudo técnico, a ALTENBURG PARTICIPAÇÕES percebeu um ganho de capital no mesmo montante que o ágio gerado, mas com tributação diferida, nos termos do art. 36 da Lei nº 10.637/2002.

Apenas três meses depois, em 30/11/2004, a BOM SONO sofreu cisão parcial. Nessa operação, a controlada ALTENBURG INDÚSTRIA absorveu quase que todo o patrimônio da controladora BOM SONO. O valor transferido nessa operação coincidiu com o aumento de capital realizado três meses antes (R\$ 66.015.180,00) e era composto, unicamente, pela participação societária que a BOM SONO possuía na própria ALTENBURG INDÚSTRIA, registrado da seguinte forma: R\$ 16.892.407,59 a título de valor patrimonial das quotas vertidas; e R\$ 49.122.772,41 a título de ágio.

A partir desse momento, o arranjo do grupo retornou à conformação inicial, exceto pelo fato de que a ALTENBURG INDÚSTRIA passou a registrar em seu patrimônio um expressivo ágio de si mesma, e a ALTENBURG PARTICIPAÇÕES a manter um ganho de capital com tributação diferida. E como consequência de todas essas operações societárias, respaldando-se nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, a ALTENBURG INDÚSTRIA passou a deduzir, mensalmente, despesa com amortização do ágio de si mesma, inicialmente no montante de R\$ 584.794,91 a partir do mês de dezembro de 2004 até o final de 2007, e de R\$ 818.712,87 a partir de janeiro de 2008.

3.3. Análise crítica da estratégia

Nos itens anteriores, restou esclarecido o mecanismo do planejamento tributário conhecido como “ágio interno”. Como visto, terminada a execução da estratégia resta, de um lado, o registro de ágio no ativo da própria empresa que justificou seu surgimento e, de outro, um ganho de capital que nunca será tributado. Este último, certamente, é o aspecto vital para atingir o resultado esperado. Caso todas as etapas sejam percorridas, o ágio gerado e sua amortização viabilizada, de nada adiantaria se não fosse o diferimento do ganho de capital que constitui sua contrapartida. Por isso mesmo, essa estratégia, na forma como foi descrita no item 3.1, somente se mostrou viável entre os anos de 2003 e 2005, período de vigência do art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, dispositivo que autorizava o diferimento do ganho de capital decorrente da integralização de capital efetivada por meio da entrega de participação societária avaliada em montante superior ao seu valor patrimonial.

Na exposição de motivos⁶² que acompanhou a Medida Provisória nº 66, de 29 de agosto de 2002, convertida na Lei nº 10.637, de 2002, em relação a esse dispositivo (que na MP correspondia ao art. 39), consta apenas o seguinte:

O art. 39 estabelece, igualmente, a neutralidade tributária nas operações de reorganização societária e, ao mesmo tempo, adequado controle fiscal para o acompanhamento dessas operações.

Portanto, referindo-se a esse dispositivo, a Exposição de Motivos menciona “neutralidade”. Neutralidade que se compreende da seguinte forma: como o ganho de capital originado na operação está associado, na outra ponta, a um ágio que normalmente só é aproveitado, como custo, no momento da alienação ou baixa do investimento (cf. visto no item 2.3), o legislador considerou que este também deveria ser o momento de tributação do ganho de capital, de modo que autorizou seu diferimento. Aí estaria a pretendida neutralidade, obtida com a tributação do ganho de capital ocorrendo de modo contemporâneo ao aproveitamento do ágio. A intenção é boa e se justifica em relação ao ágio gerado com substância econômica, originado sob as forças de mercado, entre partes independentes e mediante negócio jurídico efetivamente oneroso. No entanto, logo se detectou uma maneira de utilizar a norma para uma finalidade que jamais seria admitida pelo legislador⁶³. Ainda assim, por mais que o legislador não tenha consignado, expressamente, que ágio não pode ser originado artificialmente, entre partes relacionadas, é possível extrair essa conclusão do próprio ordenamento jurídico, como se verá adiante.

Antes de avançar, é preciso esclarecer que se equivoca quem pensa que, com a revogação do art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, deixa de ser relevante estudar e debater o tema. Como as operações puderam ser realizadas ao abrigo do referido dispositivo até o final de 2005, e como deve ser observado o prazo mínimo de cinco anos para aproveitamento da amortização do ágio, é possível que ainda nos dias de hoje existam empresas se aproveitando dessa despesa para reduzir o Imposto devido. Além disso, considerando que os procedimentos de fiscalização motivados pelo “ágio interno” se concentraram entre os anos de 2009 e 2012, há diversos casos ainda tramitando no contencioso administrativo. Levando-se em conta a

⁶² Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Exm/2002/211-MF-02.htm. Acesso em 21 de junho de 2014.

⁶³ Cumpre ressaltar que, com a publicação da Medida Provisória nº 627, de 2013, convertida na Lei nº 112.973, de 2014, o legislador passou a autorizar, expressamente, o aproveitamento da despesa com amortização do ágio apenas nos casos em que ele tenha sido gerado na aquisição de participação societária entre partes não dependentes. Nesse sentido se encontram redigidos os arts. 20 e 22 da referida Lei.

possibilidade de esses mesmos casos serem levados ao Judiciário, é provável que na próxima década ações envolvendo esse específico planejamento tributário ainda estejam nas pautas de julgamento.

Mas o mau uso⁶⁴ do art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, nem de longe é o maior problema que se verifica nesse planejamento tributário. Considerando que o ágio tem natureza de custo de aquisição, terminada sua execução chega-se a um resultado bastante inusitado, em que uma empresa possui, em seu ativo, um custo amortizável “incorrido” para adquirir ela própria. E como visto, essa riqueza surge longe das forças de mercado, sem a interveniência de terceiros e sem a realização de qualquer pagamento. Tudo se desenvolve apenas “no papel”, sem substância alguma, num lapso temporal bastante exíguo e incomum para o tipo de operações societárias que se desenrolam, e muitas vezes sob o comando de uma única pessoa, que normalmente assina sozinha contratos tipicamente bilaterais, como representante legal das partes “contrapostas” nos vários negócios formalizados.

Apesar de os contribuintes terem todo o direito de se organizar da forma que entenderem mais adequada a seus interesses, mais do que nunca não se pode ignorar que há uma função social também a ser desempenhada pelas sociedades empresárias. Observando os casos concretos em que se verifica a execução desse específico planejamento tributário, nota-se que os agentes sempre são dotados de grande capacidade econômica. Ainda que o tema da capacidade contributiva não tenha sido abordado no marco teórico deste trabalho, é oportuno destacar que, caso essa estratégia fosse juridicamente admitida, cada grupo econômico do País passaria a deter poderes para decidir sobre o valor de suas obrigações tributárias relativas ao IRPJ. Se for verdade que o poder de tributar é um dos sustentáculos do Estado, admitir a legalidade da redução do resultado tributável mediante aproveitamento de despesas artificialmente criadas em operações intragrupo significaria colocar em risco esse mesmo sustentáculo, já que cada grupo econômico restaria legitimado para decidir sobre o quanto

⁶⁴ Sobre o mau uso do art. 36 da Lei nº 10.637/2002, assim se manifestou a Conselheira do CARF, Edeli Pereira Bessa, no Acórdão nº 1101-00.708: “Dizem Eliseu Martins e Jorge Vieira da Costa Junior que o artigo 36 da Lei nº 10.637/2002 permite que grupos econômicos, em operações de combinação de negócios, criem, artificialmente, ágios internamente, por intermédio da constituição de “sociedades veículo”, que surgem e são extintas em curto lapso temporal, ou pela utilização de sociedades de participação denominadas “casca”, com finalidade meramente elisiva. Mas, como visto, o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 deixa claro que não há renda tributável nestas operações, e determina o diferimento de eventual ganho de capital contabilizado. Para manter a coerência com este entendimento, o ágio eventualmente contabilizado em razão desta mesma operação não pode ser classificado como tal, nem ter os mesmos efeitos de uma mais-valia paga pela aquisição de um investimento entre partes não relacionadas”.

estaria disposto a contribuir, bastando, para isso, deliberar sobre o tamanho da despesa a ser gerada.

Atualmente, fala-se tanto em razoabilidade. Decide-se tanto com base na razoabilidade. Será que há razoabilidade em uma estratégia que, utilizando-se de dispositivos legais criados para outras finalidades, cria despesa dedutível artificialmente, sem qualquer limite ou controle? Considerando o papel do Estado no atual estágio da civilização e, mais importante, reconhecendo a supremacia da Constituição na atribuição da competência tributária, há que se concluir que é completamente irrazoável admitir a possibilidade de as sociedades empresárias decidirem, de modo artificial e unilateral, o *quantum* de suas obrigações tributárias. Por mais elaboradas que sejam as interpretações no sentido da legalidade dessas operações, é evidente que são inadmissíveis, em razão do absurdo que procuram legitimar.

Ademais, admitir a legitimidade dessas operações equivaleria a fazer tábua rasa do princípio constitucional da capacidade contributiva, que fundamenta o dever fundamental de pagar impostos⁶⁵, uma vez que são justamente os contribuintes com as maiores capacidades econômicas aqueles a quem essa estratégia se mostraria útil⁶⁶. De qualquer forma, é preciso reconhecer que essa vertente demanda maior reflexão, que pode ser levada a efeito em outra oportunidade.

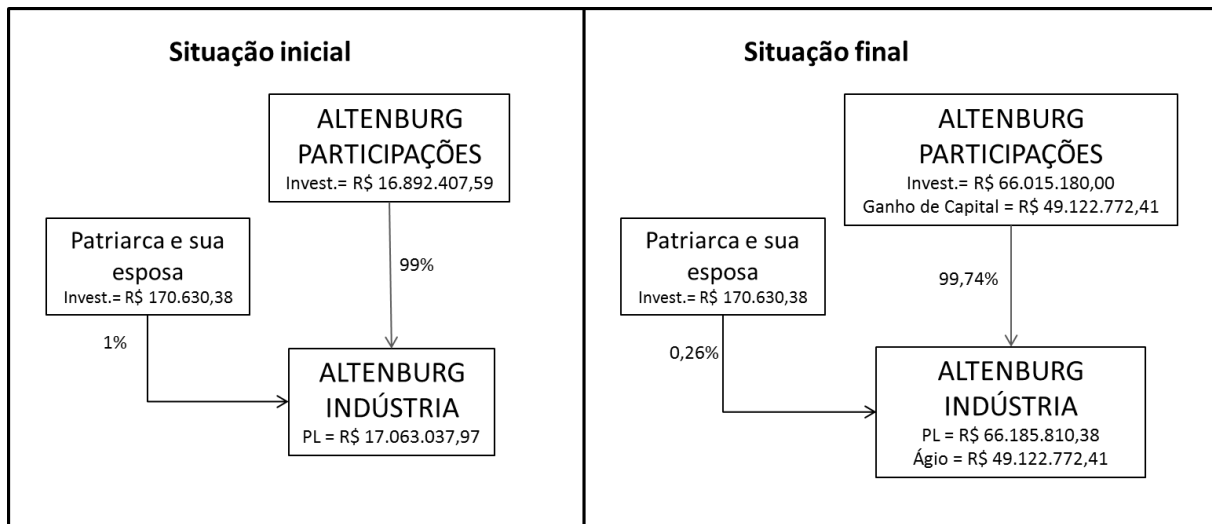
Além dessa argumentação de caráter mais principiológico, ainda que a discussão seja trazida para o plano da norma jurídica positivada, não há como admitir a existência de respaldo legal para estratégias dessa natureza.

Apesar de toda a aparência de licitude, o observador dotado de um olhar levemente crítico e descomprometido certamente se inquieta diante da estratégia estudada neste trabalho. Apesar de ser lícito constituir uma pessoa jurídica, aumentar seu capital social e promover eventos societários de fusão, cisão ou incorporação, o observador certamente se pergunta qual o fundamento econômico, ou mesmo jurídico, que justifica o aumento brutal no capital social de uma pessoa jurídica para, logo em seguida, extingui-la por meio de uma incorporação. Tal circunstância revela que nunca se pretendeu desenvolver qualquer atividade

⁶⁵ Sobre a relação entre a capacidade contributiva e o dever fundamental de pagar impostos recomenda-se a leitura da obra de José Casalta Nabais. **O dever fundamental de pagar impostos**. Lisboa: Almedina, 2004.

⁶⁶ Sobre a necessidade de ponderação entre o a liberdade de auto-organização e o princípio da capacidade contributiva, recomenda-se a leitura do Capítulo XIII – Terceira Fase do Debate: Liberdade com Capacidade Contributiva, da obra de Marco Aurélio Greco. **Planejamento Tributário**. São Paulo: Dialética, 2004.

por intermédio dessa empresa, estritamente artificial. Forçoso concluir que tudo não passa de uma grande simulação, no sentido jurídico do termo conforme estudado no Capítulo 1 deste trabalho, afinal, a constituição da empresa veículo e o aumento de seu capital social representam negócios jurídicos sem qualquer conteúdo, externalizados apenas com o objetivo de prejudicar interesse de terceiros, no caso, a Fazenda Pública. Trata-se de evidente simulação absoluta, pois os agentes exteriorizam negócios jurídicos quando, na verdade, não querem realizar negócio algum. A prova de que não querem realizar negócio algum é a perfeita identidade entre o arranjo organizacional inicial e o que resta depois de concluída a execução da estratégia. Para não restar qualquer dúvida, segue abaixo reproduzida, lado a lado, a representação das situações inicial e final no “Caso Altenburg”:



Aqui se confirma a lição de MARCO AURÉLIO GRECO⁶⁷, já mencionada neste trabalho, quando afirma que, na análise do planejamento tributário, a perspectiva estática, quadro a quadro, foto a foto, pode conduzir a uma conclusão completamente diversa da que decorre da análise do mesmo arranjo sob uma perspectiva dinâmica, como um filme. No planejamento tributário em análise, a observação isolada de cada ato realmente revela sua conformidade com o ordenamento jurídico. No entanto, quando o observador se afasta do plano mais próximo da execução de cada ato individualmente considerado, e ganha uma perspectiva mais ampla, do conjunto dos atos, percebe outra realidade. A estratégia como um todo desmorona pela carência de substância, pela evidenciação do caráter simulado do conjunto da obra.

⁶⁷ Greco, 2004, p. 112.

Mas essa forma de enxergar o problema não é pacífica. Por exemplo, analisando quadro a quadro uma estratégia bastante semelhante ao “Caso Altenburg”, MODESTO CARVALHOSA conclui pela inexistência de simulação e, conseqüentemente, pela legitimidade de planejamento tributário dessa natureza. Nesse sentido, destaca-se o seguinte excerto de sua obra:

Na hipótese em estudo, as partes submeteram-se à disciplina jurídica peculiar aos negócios adotados, bem como às suas funções e aos seus efeitos típicos.

Tanto o negócio de aumento de capital como a operação de cisão e a de incorporação atenderam a todas as normas legais pertinentes, produzindo cada qual seus efeitos típicos, que eram desejados pelas partes⁶⁸.

A despeito da defesa apresentada pela Contribuinte autuada, do voto que conduziu as deliberações no “Caso Altenburg” se destaca o seguinte trecho, em que o Conselheiro Relator demonstra o enquadramento da conduta da contribuinte às hipóteses de configuração da simulação, conforme previstas expressamente Código Civil:

Verifica-se, no caso concreto, que as operações realizadas com a participação de interposta pessoa vinculada (BOM SONO), da forma como efetuadas, aparentaram “*conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem*”, bem como as alterações contratuais elaboradas pelas empresas envolvidas continham “*declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira*”, em evidente afronta a regras e princípios, em especial o da boa fé, que regem o ordenamento jurídico brasileiro.

Na conclusão daquele julgamento, na parte relativa à simulação restou assim redigida a ementa do Acórdão:

SIMULAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. GÍCIO FICTÍCIO. INDEDUTIBILIDADE DA DESPESA.

A utilização de empresa veículo vinculada ao grupo econômico em uma sequência de operações de aquisições e cisões, com aparência de regulares, mas visando efeito diverso do demonstrado, denota simulação. A despesa fictícia gerada com o investimento artificialmente criado é indedutível na apuração do resultado tributável.

⁶⁸ CARVALHOSA, Modesto. **Estudos de direito empresarial**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 135-180.

Até este ponto, o planejamento tributário descrito neste trabalho foi analisado quanto à conformidade de seu resultado com o princípio da capacidade contributiva e, até mesmo, com a supremacia da Constituição na atribuição da competência tributária. Em seguida, foi analisada a questão da simulação envolvendo as diversas operações societárias que o compõem. Para encerrar esta análise, cabe apreciar outro aspecto relativo ao planejamento tributário em questão, que não deixa de estar ligado à questão da simulação, e que é importante para contrapor os que entendem que o art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, não veda o aproveitamento de ágio criado em operações intragrupo⁶⁹.

Parece lógico que, para se aproveitar de algo, é necessário que esse “algo” exista. Mas será mesmo que a diferença entre o valor de integralização no capital da empresa veículo, e o valor patrimonial da participação societária integralizada, tem natureza de ágio? Conforme visto no item 2.2, sobre a matéria, o art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, determina que o contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deve, por ocasião da aquisição, desdobrar o custo de aquisição em valor do patrimônio líquido e o eventual ágio na aquisição do investimento. Além disso, no lançamento do ágio nos assentos contábeis, deve indicar seu fundamento econômico. Mas, afinal, de que forma estaria aquela diferença conformada com a norma jurídica disposta no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977? Em outras palavras, que investimento é adquirido com ágio?

Observando atentamente os casos concretos, como tudo se passa sob um mesmo comando, percebe-se que, muitas vezes, uma mesma pessoa assina as alterações contratuais, representando, simultaneamente, a investidora e a investida, a incorporadora e a incorporada, e assim por diante. A mesma pessoa encomenda o laudo de avaliação revestindo-se da condição de adquirente e de alienante. Tratando-se de empresas e participações societárias que, em última instância, são de propriedade das mesmas pessoas, como considerar que há uma aquisição? Como é possível adquirir algo de si mesmo? E nesses casos, qual seria o custo de aquisição? Ora, se não há aquisição, também não há custo de aquisição. Isso fica patente quando se considera que não existe qualquer desembolso. Tudo se passa apenas no papel. Portanto, se não há custo de aquisição, também não há ágio. E não havendo ágio, não há como pretender seu aproveitamento para fins de dedução da base de cálculo do IRPJ.

⁶⁹ Nesse sentido, Edmar Oliveira de Andrade Filho, **Planejamento tributário**, p.271.

Nesse sentido concluíram os Conselheiros que acompanharam o Relator no “Caso Altenburg”. Na parte relativa à inexistência de ágio, restou assim redigida a ementa do Acórdão:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO GERADO INTERNAMENTE.
ARTIFICIALIDADE.

Nos casos de ágio gerado internamente, a artificialidade está na conduta de majorar o patrimônio apesar da inexistência de efetivo desembolso de recursos e de efetiva mudança de controle acionário, sendo incabível a apropriação de despesas que não foram incorridas, vez que não há aquisição de nova propriedade quando não há transferência de controle entre as empresas.

Nesse sentido também é o entendimento de LUÍS EDUARDO SCHOUERI, conforme se verifica no excerto abaixo reproduzido:

O que se condena é a simulação, a mentira, a operação que não existiu na realidade: assim, se não houve preço em uma relação entre partes relacionadas na qual se registrou ágio, tal operação deverá ser desconsiderada. Resta evidente, aí, que não houve uma compra e venda, uma aquisição de participação societária na qual poderia haver o pagamento do ágio. Comprovada a simulação plenamente justificável e autorizada a desconsideração do planejamento realizado⁷⁰.

Mas é importante ressaltar que, mesmo no âmbito do CARF, a tese de simulação não é pacífica. Tanto é que, no “Caso Altenburg”, foi por maioria de votos a decisão que confirmou a tese da fiscalização de que o planejamento tributário realizado pela contribuinte ocorreu mediante simulação. Em meio aos entendimentos divergentes, destaca-se o que foi proferido no voto vencedor do “Caso Gerdau”⁷¹.

O “Caso Gerdau” é mais complexo que o “Caso Altenburg”. No entanto, considerando que apresenta contornos semelhantes, é possível fazer uma análise dos argumentos refletidos na ementa do Acórdão, abaixo reproduzida na parte que interessa ao presente estudo:

⁷⁰ Schoueri, 2012, p. 112.

⁷¹ As informações relativas ao “Caso Gerdau” foram extraídas do Acórdão nº 1101-00.708, exarado em 11 de abril de 2012 pela 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da Primeira Seção de Julgamento do CARF, relativamente ao auto de infração acostado ao processo nº 10680.724392/2010-28. Acórdão disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/index.jsf>. Acesso em 20 de junho de 2014.

ÁGIO INTERNO.

A circunstancia da operação ser praticada por empresas do mesmo grupo econômico não descaracteriza o ágio, cujos efeitos fiscais decorrem da legislação fiscal. A distinção entre ágio surgido em operação entre empresas do grupo (denominado de ágio interno) e aquele surgido em operações entre empresas sem vínculo, não é relevante para fins fiscais.

ÁGIO INTERNO. INCORPORAÇÃO REVERSA. AMORTIZAÇÃO.

Para fins fiscais, o ágio decorrente de operações com empresas do mesmo grupo (dito ágio interno), não difere em nada do ágio que surge em operações entre empresas sem vínculo. Ocorrendo a incorporação reversa, o ágio poderá ser amortizado nos termos previstos nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

ART. 109 CTN. ÁGIO. ÁGIO INTERNO.

É a legislação tributária que define os efeitos fiscais. As distinções de natureza contábil (feitas apenas para fins contábeis) não produzem efeitos fiscais. O fato de não ser considerada adequada a contabilização de ágio, surgido em operação com empresas do mesmo grupo, não afeta o registro do ágio para fins fiscais.

DIREITO TRIBUTÁRIO. ABUSO DE DIREITO. LANÇAMENTO.

Não há base no sistema jurídico brasileiro para o Fisco afastar a incidência legal, sob a alegação de entender estar havendo abuso de direito. O conceito de abuso de direito é louvável e aplicado pela Justiça para solução de alguns litígios. Não existe previsão do Fisco utilizar tal conceito para efetuar lançamentos de ofício, ao menos até os dias atuais. O lançamento é vinculado a lei, que não pode ser afastada sob alegações subjetivas de abuso de direito.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. ELISÃO. EVASÃO.

Em direito tributário não existe o menor problema em a pessoa agir para reduzir sua carga tributária, desde que atue por meios lícitos (elisão). A grande infração em tributação é agir intencionalmente para esconder do credor os fatos tributáveis (sonegação).

ELISÃO.

Desde que o contribuinte atue conforme a lei, ele pode fazer seu planejamento tributário para reduzir sua carga tributária. O fato de sua conduta ser intencional (artificial), não traz qualquer vício. Estranho seria supor que as pessoas só pudessem buscar economia tributária lícita se agissem de modo casual, ou que o efeito tributário fosse acidental.

Primeiramente, nota-se que, segundo o entendimento que conduziu o voto vencedor no “Caso Gerdau”, para fins fiscais não é relevante a distinção entre o ágio surgido em operação entre empresas de um mesmo grupo e aquele surgido em operações entre empresas sem vínculo. Além disso, ali se afirmou que o fato de a conduta do contribuinte ser artificial não traz qualquer vício ao planejamento tributário. Portanto, com esses argumentos, são categoricamente negadas as lições de quase um século a respeito da simulação.

E ainda que sem uma análise adequada não seja possível concluir se a estratégia que constitui o objeto do presente trabalho apresenta, ou não, traços de abuso de direito, ao afirmar que não há base no sistema jurídico brasileiro para o fisco efetuar lançamentos de ofício sob a alegação de entender estar havendo abuso de direito, pode-se concluir que o voto vencedor no “Caso Gerdau” nega a unicidade do ordenamento jurídico, tendo em vista a positivação do abuso de direito pelo Código Civil⁷². Desse modo, como é possível admitir que uma conduta possa gerar efeitos oponíveis ao fisco em decorrência de eventos ocorridos no plano civil, se nem mesmo em âmbito privado tal conduta poderia produzir efeitos válidos, em razão da ilicitude expressamente reconhecida pelo próprio Direito Privado? Em outros termos, como admitir a eficácia tributária oponível ao fisco em relação a atos ou negócios jurídicos que não subsistem nem mesmo no plano privado? Ou ainda, como reconhecer os efeitos tributários de um negócio jurídico, se esse mesmo negócio é extirpado do mundo dos fatos pelo próprio Direito?

Também chama a atenção o argumento de que o fato de o ágio interno não ser reconhecido pela Ciência Contábil não afetaria a produção de efeitos tributários decorrentes desse mesmo ágio. Para fundamentar esse argumento, foi indicado o art. 109 do CTN, segundo o qual, os institutos, conceitos e formas do Direito Privado devem ser compreendidos conforme definidos pelo próprio Direito Privado, mas os efeitos tributários desses mesmos institutos, conceitos e formas decorrem de previsão da legislação tributária. Ora, se o art. 109 do CTN estabelece que os institutos, conceitos e formas do Direito Privado devem ser compreendidos conforme definidos pelo próprio Direito Privado, como algo que não é admitido como ágio na esfera privada pode produzir efeitos tributários próprios de ágio? Admitir essa possibilidade equivale a considerar legítimo que a legislação tributária altere o

⁷² BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

conteúdo de institutos e formas do Direito Privado, o que representa uma clara distorção do art. 109 do CTN.

Aqui cabe registrar que, do Acórdão proferido pelo CARF no “Caso Gerdau”, a Procuradoria da Fazenda Nacional recorreu à Câmara Superior de Recursos Fiscais, instância especial do contencioso administrativo federal, e o referido recurso encontra-se pendente de julgamento.

De qualquer forma, de um modo geral, a estratégia aqui estudada não tem sido admitida pelos conselheiros do CARF. Exceto quanto a alguns casos isolados, parece que esse específico planejamento tributário, notadamente quando realizado mediante simulação, tem sido rechaçado, inclusive no âmbito do CARF, órgão julgador de composição paritária.

CONCLUSÃO

Ainda que constitua um dos temas mais debatidos atualmente, o planejamento tributário segue carente de conclusões definitivas. Se, de um lado, restou frustrada a tentativa de estabelecer uma disciplina legislativa sobre a matéria, de outro, a iniciativa teve o mérito de despertar o debate. Foram muitos os trabalhos produzidos sobre o assunto desde a inserção do parágrafo único ao art. 116 do CTN pela Lei Complementar nº 104, de 2001. Ainda há muito a ser debatido, e é importante avançar para estabelecer contornos mais precisos, menos fluídos, para o tema.

De toda sorte, parece haver um consenso em torno da ideia de abusividade do planejamento tributário executado mediante simulação. Embora algumas vozes defendam que, mesmo nos casos de simulação, a atuação do fisco carece de prévio pronunciamento judicial de invalidação dos negócios viciados, parece predominar o entendimento de que, independentemente da necessidade de recorrer ao Judiciário, o fisco pode negar os efeitos do planejamento tributário executado mediante simulação, atuando, dessa forma, no plano da eficácia dos negócios jurídicos. Nesse plano tem se situado as autuações fiscais relativas a um específico planejamento tributário, que se tornou conhecido como “ágio interno”.

A estratégia consiste na geração de ágio em decorrência da realização de operações societárias intragrupo, visando o posterior aproveitamento da despesa com sua amortização para fins de redução da base de cálculo do IRPJ, longe das forças de mercado, sem a interveniência de terceiros e sem a realização de qualquer pagamento. Tudo se desenvolve apenas “no papel”, sem substância alguma, num lapso temporal bastante exíguo e incomum para o tipo de operações societárias que se desenrolam, e muitas vezes sob o comando de uma única pessoa que assina sozinha contratos tipicamente bilaterais.

Apesar da defesa promovida por muitos estudiosos, a estratégia não tem sido admitida pelos conselheiros do CARF. Exceto quanto a alguns casos isolados, parece que esse específico planejamento tributário, notadamente quando realizado mediante simulação, tem sido rechaçado, inclusive no âmbito do CARF, órgão julgador de composição paritária.

Embora seja possível questionar a conformidade de seu resultado com o princípio da capacidade contributiva e, até mesmo, com a supremacia da Constituição na atribuição da competência tributária, a execução desse específico planejamento tributário tem esbarrado na

questão da simulação das diversas operações societárias que o compõem. Além disso, tem se chegado à conclusão de que os procedimentos adotados para consecução da estratégia não se amoldam à previsão do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, de modo que é possível afirmar que, ao fim e ao cabo, nem mesmo se tem originado um verdadeiro ágio. E não havendo ágio, muito menos razão há em se pretender utilizar a dedutibilidade da despesa com sua amortização, nos termos do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997.

REFERÊNCIAS

- ABRAHAM, Marcus. **O planejamento tributário e o direito privado**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil – introdução – 7.ed.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro – 12.ed.** São Paulo: Saraiva, 2006.
- ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Planejamento tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária – 6.ed.** Malheiros: São Paulo, 2000.
- BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Campinas: Servanda Editora, 2007.
- CALIENDO, Paulo. Planejamento tributário e tributação da liberdade econômica. In: TORRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito Tributário e Ordem Econômica: Homenagem aos 60 anos da ABDF**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 321-349.
- CARVALHOSA, Modesto. **Estudos de direito empresarial**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COELHO Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial – vol. 1: direito de empresa – 17. ed.** São Paulo: Saraiva, 2013.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro. 9 ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. **Evasão e elisão fiscal. O parágrafo único do art. 116 do CTN e o direito comparado**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. **Teoria da Evasão e da Elisão em Matéria Tributária**. São Paulo, Dialética: 1998.
- GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento tributário**. São Paulo: Dialética, 2004.
- GUTIERREZ, Miguel Delgado. **Planejamento tributário: elisão e evasão fiscal**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário. 28 ed.** São Paulo: Malheiros, 2007.
- MARINS, James. **Elisão tributária e sua regulação**. São Paulo: Dialética, 2002.
- MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991.
- MOREIRA, André Mendes. **Elisão e Evasão Fiscal: limites ao planejamento tributário**. Revista da Associação Brasileira do Direito Tributário, Belo Horizonte, Vol. 21, mar.-abr. 2003, p 11-17.

- NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Lisboa: Almedina, 2004.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do Imposto de Renda**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- SOUZA, Eliziane Mara de. Aspectos destacados acerca da tributação no Brasil Colônia. In: BALTHAZAR, Ubaldo Cesar (org.). **O Tributo na História: da Antiguidade à Globalização**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. **Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários)**. São Paulo: Dialética, 2012.
- TAKATA, Marcio Shigeo. Ágio interno sem causa ou “artificial” e ágio interno com causa ou real – distinções necessárias. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel. **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. 3º volume. São Paulo: Dialética: 2012. p. 194-214.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Planejamento tributário: elisão abusiva e evasão fiscal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral** – 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- XAVIER, Alberto. **Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva**. São Paulo, Dialética: 2001.