

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

ROGÉRIO GARCIA PERES

**Limites para o uso de Empresa-Veículo no Planejamento Tributário**

MESTRADO EM DIREITO

**São Paulo – SP**

**2019**



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

ROGÉRIO GARCIA PERES

**Limites para o uso de Empresa-Veículo no Planejamento Tributário**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Robson Maia Lins.

**São Paulo - SP**

2019



Nome: PERES, Rogério Garcia

Título: Limites para o uso de Empresa-Veículo no Planejamento Tributário

Aprovado em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

## **BANCA EXAMIDADORA**

Prof. Associado Dr. Robson Maia Lins (Orientador)

Instituição: PUC/SP

Assinatura: \_\_\_\_\_

Julgamento:

Prof. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Julgamento:

Prof. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Julgamento:



*Com amor, para Fernanda, Matheus, Bento,  
Jeni e Oswaldo*



## AGRADECIMENTOS

Desde meus primeiros passos na advocacia empresarial e mercado financeiro, fui presenteado com a oportunidade de conviver, trabalhar e aprender com aqueles a quem devo a inspiração em diferentes momentos da minha trajetória profissional. Agradeço imensamente aos meus queridos ex-chefes, André Franco, Carlos Pelá e Renata Robazzi, líderes e excelsos executivos jurídicos.

Agradeço aos meus familiares, queridos pais, irmãos e filhos, pela compreensão dos finais de semana ausentes da família, dedicados a este trabalho.

Não há palavras suficientes para agradecer a minha admirada, querida e amada Fernanda, companheira de todos os dias e para todas as horas, que tanto me incentiva a estudar. Sem ela, os dias seriam mais tristes e longos e a motivação para os estudos infinitamente menor.

Com carinho especial ao meu filho (agora advogado) Matheus, que me enche de orgulho, força e infinito amor, com quem tive muito boas discussões na fase de construção deste trabalho.

Ao meu bebê, Bento, que acabou de completar cinco meses, que trouxe mais luz e vem transformar nossa família como seu lindo sorriso.

Aos meus pais, Jeni e Oswaldo, por todo suporte e por me ensinar que o crescimento é praticar o bem todos os dias.

Agradeço ao professor doutor Robson Maia Lins, pela dedicação e competência na condução de minha orientação para a elaboração desta Dissertação apresentada ao programa de Mestrado em Direito Tributário da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Sou grato a Deus pela dádiva da vida e pela bênção de cada dia!



## RESUMO

PERES, Rogério Garcia. *Limites para o uso de Empresa-Veículo no Planejamento Tributário*. 2019. 203p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

O presente estudo pretende analisar criticamente os critérios utilizados pela jurisprudência dos tribunais administrativos fiscais, notadamente no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), para avaliar a validade do uso de “empresa-veículo” como meio para redução e diferimento de carga tributária no planejamento tributário. Inicialmente, serão abordadas questões propedêuticas de teoria do Direito como um sistema social referenciado pela linguagem. Em seguida, buscar-se-á definir o conceito de planejamento tributário, abordando as noções de elisão, elusão, e evasão fiscais, bem como a evolução da disciplina normativa relativa aos poderes das autoridades fiscais no combate ao planejamento tributário no Brasil, e, ainda, o estudo das figuras e institutos utilizados para desqualificar atos ou negócios jurídicos inválidos ou ilícitos realizados no âmbito do planejamento tributário. Assim, analisar-se-ão os elementos essenciais da empresa no Direito Privado, especialmente no Direito Comercial, a fim de definir quais os critérios determinam a validade e licitude da empresa, enquanto instituto jurídico. Por fim, verificar-se-á a validade dos argumentos e critérios utilizados pelo CARF no julgamento de planejamentos tributários que utilizam “empresas-veículo” como meio de redução ou diferimento de tributação.

**Palavras-chaves:** Direito tributário. Planejamento tributário. Elisão. Simulação. Empresa-veículo. Ágio.



## ABSTRACT

PERES, Rogério Garcia. *Stemming conduit companies in tax planning*. 2019. 203p. Dissertation (Master's in Law) – Faculty of Law, Catholic Pontifical University of São Paulo, São Paulo, 2019.

This study aims to critically analyze the criteria used by the Brazilian administrative tax courts, namely, the Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, to evaluate the legality of conduit companies as a means of stemming and deterring tax burden in tax planning. Initially, propaedeutic questions with regard to the Law Theory as a social system in which language has a referential function will be addressed. Furthermore, a concept of tax planning, addressing the notions of tax mitigation, tax avoidance and tax evasion, as well as the evolution of the legal norms regulating the powers of the tax authorities in tackling tax planning structures will be supported. In addition, the author analyzes some institutes created by case-law often used to disqualify structures or transactions carried out within the scope of tax planning. Additionally, some relevant comments will be made concerning the essential elements of a company in Private Law, especially in Commercial Law, in order to assess the criteria that determine the validity and lawfulness of the company as a legal entity. Finally, the validity of the arguments and criteria used by CARF in the judgment of tax planning using shell corporations as a means of curbing or deterring taxation will also be challenged.

**Keywords:** Tax Law. Tax planning. Tax avoidance. Sham transactions. Conduit companies. Goodwill.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>17</b>
1.1 METODOLOGIA.....	20
1.2 PLANO DE ESTUDOS .....	21
<b>2 BASES EPISTEMOLÓGICOS PARA SISTEMATIZAÇÃO DO TEMA .....</b>	<b>23</b>
2.1 RECORTE METODOLÓGICO .....	23
2.2 LINGUAGEM E COMPREENSÃO DO DIREITO .....	26
2.2.1 A linguagem das normas como selecionadora de propriedades dos eventos sociais .....	30
2.2.2 Os enunciados conotativos das normas gerais e abstratas .....	31
2.3 VERTENTES DA TEORIA DAS VERDADES NO DIREITO.....	33
2.3.1 Verdade por correspondência .....	34
2.3.2 Verdade pragmática .....	35
2.3.3 Verdade consensual .....	36
2.3.4 Verdade por coerência .....	37
2.4 CONSTRUÇÕES DE VERDADE NO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO .....	38
<b>3 PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO.....</b>	<b>41</b>
3.1 A EXPRESSÃO “PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO”.....	41
3.2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA DISCIPLINA NORMATIVA RELATIVA AO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO.....	45
3.3 AS ALTERAÇÕES DA LEI COMPLEMENTAR Nº 104/2004 E SUAS CONSEQUÊNCIAS .....	51
3.3.1 Interpretação da natureza jurídica do art. 116, parágrafo único, do CTN: entre norma antielisiva geral ou específica?.....	52
3.4 ANÁLISE DOS VÍCIOS E DEFEITOS DOS ATOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS DE DIREITO PRIVADO.....	54
3.4.1 Eficácia positiva da capacidade contributiva.....	57
3.4.2 Simulação e dissimulação .....	61
3.4.3 Abuso de direito.....	68
3.4.4 Abuso de formas .....	70
3.4.5 Fraude à Lei .....	73
3.4.6 Ato Anormal De Gestão .....	76
3.4.7 Negócio jurídico indireto.....	77

3.4.8	Propósito negocial.....	80
-------	-------------------------	----

## **4 SUBSTÂNCIA DAS ESTRUTURAS SOCIETÁRIAS E A TEORIA DA**

<b>EMPRESA .....</b>	<b>89</b>	
4.1	O DIREITO COMERCIAL E O SURGIMENTO DA TEORIA DA EMPRESA.....	89
4.2	O DIREITO COMERCIAL NO BRASIL .....	93
4.2.1	Código Comercial do Império (1850) e a Teoria dos Atos de Comércio .....	93
4.2.2	Da crise do objetivismo à adoção da Teoria da Empresa.....	96
4.3	O CONCEITO ECONÔMICO DE EMPRESA.....	102
4.4	O QUE É EMPRESA?.....	103
4.4.1	Teoria dos perfis de Alberto Asquini .....	103
4.4.2	Atividade.....	107
4.4.3	Economicidade.....	108
4.4.4	Organização.....	108
4.4.5	Finalidade.....	110
4.4.6	Dirigida ao Mercado .....	111
4.4.7	Conclusão: Qual a natureza jurídica da Empresa?.....	112
4.5	DIREITO SOCIETÁRIO: TIPOS DE SOCIEDADE EMPRESARIAL .....	113
4.5.1	Aspectos Introdutórios .....	114
4.5.2	Terminologia .....	116
4.5.3	Tipos de Sociedade .....	117
4.5.3.1	Sociedade Simples .....	118
4.5.3.2	Sociedade Limitada.....	119
4.5.3.3	Sociedade Anônima .....	121
4.6	ELEMENTOS DE UMA SOCIEDADE EMPRESARIAL .....	123
4.6.1	Elementos Gerais .....	123
4.6.1.1	Consenso.....	123
4.6.1.2	Objeto Lícito.....	126
4.6.1.3	Forma.....	127
4.6.2	Elementos Específicos .....	128
4.6.2.1	Contribuição para o Capital Social .....	128
4.6.2.2	Participação nos Lucros e Perdas.....	129
4.6.2.3	Affectio Societatis.....	130
4.6.2.4	A pluralidade de partes .....	134

4.7	A EMPRESA-VEÍCULO E O DIREITO SOCIETÁRIO.....	135
4.7.1	Aspectos Introdutórios.....	135
4.7.2	Elementos da Empresa-Veículo.....	136
4.7.3	Adequação da Empresa-Veículo aos elementos essenciais da Sociedade Empresarial.....	137
<b>5</b>	<b>ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO CARF SOBRE A VALIDADE DO USO DE EMPRESA-VEÍCULO COMO MEIO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO.....</b>	<b>143</b>
5.1	O COMBATE AO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO POR INTERMÉDIO DE EMPRESA- VEÍCULO NA JURISPRUDÊNCIA DO CARF .....	143
5.2	ANÁLISE DE CASOS PARADIGMÁTICOS DO CARF COM O USO DE EMPRESAS-VEÍCULO ...	144
5.2.1	Operação Casa e Separa.....	144
5.2.2	Investidor estrangeiro Resolução Bacen nº 4.373 e Treaty Shopping.....	153
5.2.3	Ganhos de capital de investidor não residente.....	167
5.2.4	Ágio e Empresa-veículo .....	176
5.3	SÍNTESE CONCLUSIVA: CRITÉRIOS DE VALIDADE DA EMPRESA-VEÍCULO NA JURISPRUDÊNCIA DO CARF.....	182
<b>6</b>	<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>185</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>191</b>



## 1 INTRODUÇÃO

No presente estudo, pretende-se analisar os limites para a utilização de “empresa-veículo” (*conduit companies*) em reestruturações societárias como instrumento para práticas elisivas, ou seja, empreendidas com o intuito de possibilitar redução ou postergação da tributação dentro das possibilidades normativas oferecidas pelos enunciados prescritivos do direito positivo, perante as autoridades fiscais. Assim, a ideia do presente trabalho é investigar a liberdade do contribuinte para empenhar-se na organização empresarial das suas atividades econômicas no contexto de elisão fiscal.

Faz-se desde já a ressalva de que o termo “empresa-veículo” não se trata de um conceito jurídico-positivo, mas de uma construção da doutrina e da jurisprudência. No âmbito do CARF, o termo se originou em julgamentos sobre as reestruturações societárias implementadas para fins de amortização contábil e dedução de ágio da base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL<sup>1</sup>.

No presente trabalho, contudo, o termo não se limitará a se referir a reestruturações societárias no contexto de planejamentos tributários relacionados com o aproveitamento das vantagens tributárias existentes quanto à dedução do ágio amortizado na tributação da renda. Pelo contrário, será utilizado em um sentido mais amplo, ou seja, sem o fim de determinar, à luz do Direito Privado, se uma sociedade utilizada como instrumento de planejamento tributário poderia ser considerada ato ou negócio jurídico simulado, sendo considerada ineficaz para fins tributários e inoponível ao Fisco.

O tema é bastante complexo e intrigante, uma vez que, seguramente, envolve profunda análise de determinados institutos de Direito Privado e de Direito Tributário, inclusive quanto a conceitos jurídicos sobre os quais há intenso debate doutrinário, resultando, por vezes, em posições diametralmente opostas entre autores respeitados na doutrina especializada. Muito se discute, nesse sentido, se o conjunto de atos praticados pelo Contribuinte no contexto de uma reorganização societária, com a utilização de “empresa-veículo” e intuito de reduzir ou postergar os efeitos tributários, que individual, formal e aparentemente são válidos e eficazes, ou se sua estruturação possa, em alguma medida, contrariar o ordenamento jurídico

---

<sup>1</sup> DIAS, Karem Jureidini; LAVEZ, Raphael Assef. “Ágio interno” e “empresa-veículo” na jurisprudência do CARF: um estudo acerca da importância dos padrões legais na realização da igualdade tributária. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães – FARO, Maurício Pereira (coord.). *Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL à luz da jurisprudência do CARF* – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. São Paulo: MP/APET, 2016, p. 333-334.

brasileiro<sup>2</sup>, em função seja de um vício material em sua formação, seja por violação aos limites materiais do direito à liberdade<sup>3</sup>.

Não se ignora que grande parte dos lançamentos tributários relacionando reestruturação societária e descon siderações de planejamentos tributários julgados pelo CARF referem-se à utilização de “empresa-veículo” e seu suposto caráter simulatório – o que, por si, afasta a análise do campo da elisão tributária e passando-se à evasão fiscal, assim entendida a prática de atos fraudulentos que não guardam respaldo no ordenamento jurídico –, falta de “propósito negocial” ou motivos extra tributários relevantes<sup>4</sup> – outro indicativo de simulação que não decorre de cadeia de positivação do legislador ordinário –, gerando considerável polêmica e inúmeras dúvidas quanto aos requisitos de validade de uma empresa, com especial atenção quando esta serviria preponderantemente para fins tributários deturpando-se a própria função da pessoa jurídica.

Deste modo, a ideia do presente trabalho decorre do relativo incômodo da comunidade tributária brasileira com o entendimento firmado em diversas decisões proferidas em tribunais administrativos fiscais pátrios, em especial o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, que tem reiteradamente decidido pela descon sideração do uso de “empresas-veículo” em planejamentos tributários, fundamentado em premissas e institutos importados de jurisprudência estrangeira para o Brasil de forma, a nosso ver, acrítica. Assim, um dos objetivos que se propõe neste trabalho, vale dizer, é desenvolver um estudo acerca das estruturas evasivas de “empresas-veículo” à luz dos fundamentos jurídicos domésticos, consistindo em analisar, criticamente, o emprego de institutos desenvolvidos nos precedentes que constroem a atual jurisprudência administrativa federal local.

Ao nosso ver, a figura da “empresa-veículo”, antes mesmo de se entender ser mero instrumento dirigido ao fim de redução ou diferimento de carga tributária (“veículo”), consubstancia-se a naquilo que se propôs no ramo do Direito de sua origem, isto é, uma empresa regida pelo Direito Privado, com finalidade específica, forma e natureza jurídicas próprias.

---

<sup>2</sup> YAMASHITA, Douglas. *Elisão e evasão de tributos* – planejamento tributário à luz do abuso de direito e da fraude à lei. São Paulo: Lex, 2005, p. 32.

<sup>3</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 221.

<sup>4</sup> MOSQUERA, Roberto Quiroga; BARRETO, Ana Paula S. Lui; FREITAS, Rodrigo de. Aspectos práticos e polêmicos da amortização do ágio e a jurisprudência do Carf. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2012. p. 327-347.

Existente e aceita no âmbito do Direito Privado, não cabe a sua desconsideração pelo Direito Tributário. Por força dos artigos 109 e 110 do Código Tributário Nacional<sup>5</sup>, o intérprete do direito tributário deve buscar o recheio e sentido dados pelo Direito Privado, na medida em que o Direito Tributário configura um direito de sobreposição em relação ao Direito Civil. E é assim, também, quanto ao Direito Empresarial. Fala-se em interdisciplinaridade na consideração dos diversos ramos do Direito como disciplinas jurídicas, isto é, dentro do próprio Direito (“intertextualidade jurídica”), uma vez que estas gozam de autonomia tão somente para fins didáticos, sendo um grave equívoco não reconhecer a perspectiva unitária do Direito<sup>6</sup>.

Portanto, será necessário definir o que é empresa no Direito Privado, notadamente no Direito Comercial, bem como os seus requisitos essenciais e indispensáveis, de caráter geral e específico, para determinar no que consiste a criação e atuação da empresa válida, lícita e eficaz<sup>7</sup>.

Assim, em um cenário no qual se rejeita e rechaça-se a utilização do termo “empresaveículo” como forma de planejamento tributário, e com a manutenção de exigências fiscais que não raro apresentam montantes vultosos, bem como a impossibilidade de se prestar garantia ao juízo em eventual medida judicial, necessário se faz ao Poder Judiciário avaliar os argumentos e critérios que foram utilizados pelo CARF em seu exame. Muitas vezes, resta ao contribuinte desistir dos seus questionamentos e promover a adesão a programas de parcelamento especiais, mesmo quando ainda há desconforto e incerteza jurídica quanto aos fundamentos utilizados pelas autoridades fiscais, sem serem apreciados pelo Poder Judiciário<sup>8</sup>.

Nesse diapasão, diante deste cenário intrigante, desconfortável e incômodo, marcado pela complexidade e atualidade do tema, é preciso analisar, detalhadamente, as dimensões dos limites do planejamento tributário e suas implicações nos critérios utilizados para avaliar a

---

<sup>5</sup> “Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

<sup>6</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008, p. 19.

<sup>7</sup> ASQUINI, Alberto. Profili dell’impresa. *Rivista di Diritto Commerciale*, v. XLI - Parte 1, 1943, p. 1 *apud* TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*. v. 1, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 37. Tradução livre de “il concetto di impresa e il concetto di un fenomeno economico poliedrico, il quale ha sotto l’aspetto giuridico non uno, ma diversi profili in relazione ai diversi elementi che vi concorrono.”

<sup>8</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. O Refis e a desjudicialização do planejamento tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n. 232, p. 103-115, jan. 2015.

validade da utilização de “empresa-veículo” como meio de redução e diferimento da tributação, de forma lícita e válida no contexto da execução de negócios com os esperados efeitos tributários, sem que esta represente mera interposição de pessoa jurídica. E, aqui, é mister reafirmar o compromisso metodológico deste trabalho quanto à utilização de argumentos pautados no ordenamento jurídico brasileiro, fundamentalmente em seus traços específicos e singulares, ultrapassando os limites do estudo de Direito Comparado, que deveria servir como meio comparativo.<sup>9</sup>

## 1.1 METODOLOGIA

Fixados os limites investigativos da pesquisa proposta, cumpre expor considerações sobre a metodologia que será empregada na análise de seu objeto: determinação dos critérios jurídicos válidos na avaliação do uso de “empresa-veículo” no planejamento tributário.

Qualquer estudo que se intitule científico requer, necessariamente, uma demarcação do sistema de referência do objeto investigado, de forma que se permita que os argumentos construídos e as conclusões deduzidas possam ser testados. Caso contrário, o discurso restará prejudicado não apenas quanto à sua consistência, como também diz à possibilidade de aferir-lhe coerência<sup>10</sup>.

Isso não quer dizer, no entanto, que a pesquisa proposta deva exaurir o tema por completo, pois, por mais limitado que seja o objeto, o estudo será sempre parcial, principalmente porque o mesmo objeto poderá ser investigado por outros ângulos e aproximações, ensejando novas conclusões que, igualmente, devem ser testadas<sup>11</sup>.

Inicialmente, como explica ROBERT ALEXY<sup>12</sup>, o que faz com que uma análise qualquer seja dogmática e, portanto, jurídica – isto é, que se orienta por aquilo que efetivamente é praticado na Ciência do Direito – é pouco claro. Não obstante, se isto é feito, é possível distinguir a dogmática jurídica em três dimensões bem definidas: uma analítica, uma empírica e uma normativa.

Em suma, no plano analítico, o estudo se refere à “análise de conceitos elementares, passando por construções jurídicas, até o exame da estrutura do sistema jurídico e da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais”; no plano empírico, busca-se o

---

<sup>9</sup> ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 67-88.

<sup>10</sup> BARRETO, Paulo Ayres. *Imposto sobre a renda e preços de transferência*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 11.

<sup>11</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 4.

<sup>12</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 32.

conhecimento do direito positivo, abrangendo principalmente as normas jurídicas produzidas pelas autoridades competentes, isto é, a jurisprudência; e, por fim, o plano normativo, “diz respeito à elucidação e à crítica da práxis jurídica, sobretudo da práxis jurisprudencial”<sup>13</sup>.

Embora seja forçoso que tais dimensões sejam tratadas conjuntamente e que todas elas possuam relevância para a dogmática jurídica, o enfoque abrangente em cada um dos três aspectos, simultaneamente, ultrapassaria o escopo deste trabalho. Assim, realizar-se-á corte metodológico, optando-se pelo enfoque normativo, o que implica analisar de forma crítica os critérios jurídicos utilizados pela jurisprudência e pela doutrina para delimitar a validade da “empresa-veículo” na elisão fiscal.

Neste ponto, vale recordar que nenhuma afirmação é inerentemente verdadeira ou falsa quando se trata de Ciência do Direito, mas poderá ser coerente ou incoerente com suas próprias premissas. Por isso que, antes de iniciar a análise do objeto principal deste trabalho, serão fixadas importantes premissas que servirão de base para que se possa consistentemente propor análise crítica a partir da jurisprudência do CARF sobre o tema.

## 1.2 PLANO DE ESTUDOS

O presente estudo se propõe a investigar os critérios jurídicos utilizados para consideração de “empresa-veículo” como meio de planejamento tributário.

Assim, no capítulo 2, busca-se estabelecer as premissas necessárias, para que seja possível, posteriormente, realizar incursão mais profunda no tema e que, da análise, a partir de um método analítico, de possa extrair uma proposta consistente de análise do ordenamento jurídico. Assim, a premissa que será desenvolvida como pilar do trabalho é o de que o Direito se consubstancia em um sistema social pautado pela utilização da linguagem como método de compreensão dos fatos sociais, em um processo redutor de complexidades.

Nesse contexto, a pesquisa deve, necessariamente, estabelecer de forma clara ao leitor qual será o sistema de referência a que se debruçará, bem como avaliar a construção de “verdades” no Direito a partir das premissas adotadas como Teoria da “Verdade”. Essa questão será especialmente relevante ao se analisar o confronto de “verdades” do contribuinte e do Fisco no contexto do planejamento tributário.

Depois de fixadas essas premissas, o trabalho empreenderá, no capítulo 3, firme debate em torno do planejamento tributário, sua conotação semântica, o histórico legislativo relacionado ao tema, bem como sobre as figuras de Direito Privado normalmente associadas

---

<sup>13</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 32-38.

às condutas dos contribuintes que têm por objetivo, exclusivamente, obter redução da carga fiscal.

Nesta oportunidade, serão traçadas as diferenças entre figuras comumente evocadas pelos tribunais administrativos e que, por vezes, não são devidamente definidos em seus contornos semânticos. Esse é o caso do uso frequente de termos como: simulação, dissimulação, negócio jurídico indireto, fraude à lei, abuso de direito, abuso de formas, ato anormal de gestão e propósito negocial, que, em que pese existir concordância dos Conselheiros do CARF quanto à possibilidade de utilizá-los como razão de decidir, constata-se que não há uma concordância explícita ou unanimidade semântica no uso dos referidos institutos.

Além de críticas ao uso indiscriminado e acriterioso de tais figuras, serão abordadas neste trabalho as divergências doutrinárias e jurisprudenciais decorrentes da utilização e da (falta de adequada) compreensão desses institutos, como limitadores aos planejamentos tributários.

No capítulo 4, após terem sido estabelecidos os limites interpretativos em torno das figuras do Direito Privado que normalmente são correlacionadas ao planejamento tributário, serão investigadas as particularidades do instituto da “empresa” no Direito Privado, notadamente no Direito Comercial, a partir do estudo da evolução legislativa e das inspirações de Direito Comparado que cunharam a delimitação da figura no Direito brasileiro.

Demonstrar-se-á aqui que o termo “empresa-veículo” possui sentido bem menos particular que aquele cunhado e rechaçado pela jurisprudência dos tribunais administrativo-fiscais, no entanto sem haver um sentido denotativo de invalidade ou ilicitude da estruturação empresarial aprioristicamente. Ademais, em não havendo qualquer ato simulatório ou fraude, a forma jurídica utilizada pelo contribuinte deveria ser protegida não apenas por seus parceiros comerciais, como também pelas autoridades fiscais na qualificação dos seus efeitos.

Por fim, no capítulo 5, analisar-se-á criticamente alguns dos principais precedentes do CARF, selecionados por envolverem constituição societária por intermédio do uso de “empresas-veículo”, como forma de reduzir ou diferir a consequência tributária, avaliando-se os critérios e argumentos que fundamentaram tais decisões.

Após minuciosa análise, será sustentado no presente trabalho que a utilização de empresa-veículo não pode ser o fator determinante para a qualificação de uma operação como abusiva, podendo servir tão somente como indício, devendo a fiscalização se aprofundar e produzir provas necessárias para desconsideração das atividades do contribuinte, diante da ausência de norma geral antielisiva no ordenamento jurídico brasileiro.

## 2 BASES EPISTEMOLÓGICAS PARA SISTEMATIZAÇÃO DO TEMA

No presente capítulo, busca-se estabelecer uma premissa necessária, para que seja possível, posteriormente, realizar incursão mais profunda no tema, qual seja, a de que o Direito é um sistema social pautado pela utilização da linguagem como método de compreensão dos fatos sociais, em um processo redutor de complexidades. Devemos, necessariamente, estabelecer o sistema de referência a que nos debruçaremos, bem como avaliar a construção de “verdades” no Direito a partir das premissas adotadas como Teoria da “Verdade”, como é o caso do confronto de “verdades” do contribuinte e do Fisco no contexto do planejamento tributário.

Assim, com base nos ensinamentos advindos da teoria do construtivismo lógico-semântico, passaremos a expor as bases teóricas desta pesquisa.

### 2.1 RECORTE METODOLÓGICO

Diante dessa multiplicidade de perspectivas que poderiam ser empregadas para se estudar qualquer fenômeno social, é imperioso que se façam alguns cortes metodológicos, permitindo uma adequada análise do objeto de estudo proposto. Não por outro motivo que ensina JOÃO MAURÍCIO ADEODATO que “o que distingue de fato o conhecimento filosófico-científico é a *postura (approach, Einstellung)*, a forma de aproximação perante o objeto e de transmissão de conhecimentos”<sup>14</sup>.

No mesmo sentido, TÁREK MOUSSALLEM diz que “todo saber científico pressupõe um corte metodológico para que se torne possível o estudo do objeto; caso contrário, estudar-se-ia *tudo* em um regresso *ad infinitum*, o que seria incompatível com a pretensão científica”<sup>15</sup>. Fazer delimitações, cortes e buscar um método adequado são requisitos necessários de qualquer trabalho que se proponha científico, sob pena de ele incorrer em demasiada superficialidade na sua análise.

Portanto, verifica-se ser essencial ao discurso jurídico a eleição de um método, que permita uma análise científica de seu objeto. Conhecer determinado objeto é reduzir-lhe as

---

<sup>14</sup> ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade e à ética na ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 160, grifos do autor.

<sup>15</sup> MOUSSALLEM, Tárék Moysés. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 11, grifos do autor.

complexidades, em um processo contínuo de aproximação<sup>16</sup>. Sobre o tema, são elucidativas as lições de AURORA TOMAZINI:

Por método científico, entende-se a forma lógico-comportamental investigatória na qual se baseia o intelecto do pesquisador para buscar os resultados que pretende (construir suas proposições científicas – ou seja, o objeto). O método, no entanto, pode consubstanciar-se em diferentes técnicas, informações reunidas e associadas instrumentalmente para realizar operações intelectuais. Com o intuito de aproximar-se do objeto, o cientista vale-se de outras teorias e de seu conhecimento em diversos setores, aplicando tais informações para construir formalmente seu objeto e testar suas proposições, tudo isso dentro de uma forma lógico-comportamental própria. Assim, método e técnica não se confundem. Uma teoria pode ter um método próprio, mas valer-se de diferentes técnicas para reduzir as complexidades de seu objeto.<sup>17</sup>

O método que será utilizado no presente trabalho é o constructivismo lógico-semântico, pelo qual se propõe a análise linguística do direito positivo, em seus planos sintático, semântico e pragmático.

Para isso, é inevitável que se assuma, como premissa do trabalho, o princípio da autorreferência do discurso (alinhando-se, assim, à teoria retórica), de modo que, como ensina PAULO DE BARROS CARVALHO, implica “ver a linguagem como não tendo *outro fundamento além de si própria*, não havendo *elementos externos à linguagem* (fatos, objetos, coisas relações) *que possam garantir sua consistência e legitimá-la*”<sup>18</sup>.

Não por outro motivo que FABIANA DEL PADRE TOMÉ exalta o relevante papel que a linguagem ocupa na construção/constituição da realidade social, objetiva do ser cognoscente, no caso do intérprete do direito:

A proposição de Wittgenstein quer mostrar que é pela linguagem e somente por ela que a realidade social é construída. A linguagem não cria o mundo-em-si, como objeto fenomênico, mas sim a sua compreensão, realidade objetiva do ser cognoscente [...] Veja-se o quão importante é a linguagem. Além de criar o real, é a única capaz de desconstituí-lo. São as teorias que criam a nossa realidade. São as teorias, também, que a destroem, vindo a construir uma realidade diversa. Não são os eventos que se rebelam contra determinada teoria, demonstrando sua inadequação a eles. Apenas uma

<sup>16</sup> BARRETO, Paulo Ayres. *Contribuições: regime jurídico, destinação e controle*. São Paulo: Noeses, 2006, p. 3; e cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008, p. 502.

<sup>17</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. O constructivismo lógico-semântico como método de trabalho na elaboração jurídica. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.); CARVALHO, Aurora Tomazini de (org.). *Constructivismo lógico-semântico*. v. 1. São Paulo: Noeses, 2014, p. 22-23.

<sup>18</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25, grifos do autor.

linguagem é capaz de destruir outra linguagem; somente uma teoria, portanto, pode refutar outra teoria.<sup>19</sup>

No mesmo sentido, as precisas lições de ROBSON MAIA LINS, para quem,

É preciso salientar ainda que alinhemos o pensamento com a premissa de que é o processar em forma de linguagem que constrói a realidade, ou seja, é o ato de interpretar que recorda a continuidade fenomênica do evento e permite sua inteligência por meio dos fatos. O fato não está no meio pronto para ser colhido é, ao contrário, construído linguisticamente pelo intérprete.<sup>20</sup>

A partir dessa abordagem, adota-se uma postura de reconhecimento do fenômeno jurídico necessariamente dentro de um processo comunicacional, no qual há inúmeras intersecções de linguagem, entre todos os atores do fenômeno jurídico (intérprete, legislador, juízes, etc.). Afinal, “somente por meio da linguagem é possível o conhecimento, em seu sentido pleno, como algo objetivado”<sup>21</sup>.

Nessa linha, como ensina PAULO DE BARROS CARVALHO:

Mantêm-se de pé os ideais do giro linguístico, em que se toma a realidade como constituída pela linguagem, conjunto de signos utilizados para a comunicação ou potencialidade humana para comunicar-se. A totalidade dos signos, organizados por meio de regras de formação e de transformação, no seu feitiço estático, é a língua, vista aqui pela perspectiva sistêmica ou institucional. Entra em exercício mediante os *atos de fala* que inauguram o *factum* da comunicação.<sup>22</sup>

Tal é a importância dessa metodologia criada pelo ilustre professor, que TÁCIO LACERDA GAMA assim se pronuncia:

Como defendido na época, o modelo preconizado pelo Prof. Paulo de Barros Carvalho oferecia uma intensa renovação metodológica para o direito tributário brasileiro, mas também para a Teoria Geral do Direito e para a própria Filosofia Jurídica. Já se tratava de um sistema complexo, perfeitamente delineado e estabelecido. Porém, nestes pouco mais de 11 anos, a sua intensa aplicação a centenas e centenas de teses, dissertações e monografias, além de muitos congressos e livros especializados, faz como que o “Constructivismo Lógico-Semântico” progressivamente se transformasse numa experiência paradigmática, a ser compreendida e

<sup>19</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. O Direito como linguagem criadora da realidade jurídica. In: CARVALHO, Paulo de Barros; ROBLES MORCHÓN, Gregório (coord.). *Teoria Comunicacional do Direito: Diálogo entre Brasil e Espanha*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 104.

<sup>20</sup> LINS, Robson Maia. As normas jurídicas e o tempo jurídico. In: CARVALHO, Paulo de Barros; ROBLES MORCHÓN, Gregório (coord.). *Teoria Comunicacional do Direito: Diálogo entre Brasil e Espanha*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 483.

<sup>21</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre, *op. cit.*, p. 105.

<sup>22</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Algo sobre o constructivismo lógico-semântico. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.); CARVALHO, Aurora Tomazini de (org.). *Constructivismo lógico-semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014, p. 8, grifos do autor.

estudada por todos aqueles que queiram saber o principal modo de se estudar direito no Brasil contemporâneo.<sup>23</sup>

Por fim, é importante registrar que o presente trabalho se circunscreverá aos limites do próprio direito positivo, uma vez que é justamente este o objeto da Ciência do Direito.<sup>24</sup> Nessa linha de ideias, a análise sobre a possibilidade de utilização de empresas-veículo no planejamento tributário será realizada estritamente em linha com os princípios e regras positivados em nosso ordenamento jurídico.

## 2.2 LINGUAGEM E COMPREENSÃO DO DIREITO

Conhecer é a representação de um objeto, isto é, consubstancia-se na apreensão do objeto mediante ato específico e forma correspondente, normalmente um ato/procedimento de consciência.

A adoção de um sistema de referência é condição essencial do conhecimento, porquanto o conhecimento só existe se verdadeiro. Daí porque PAULO AYRES BARRETO, citando HESSEN, afirma se tratar de uma inevitável tautologia, porquanto o conhecimento somente é conhecimento se verdadeiro, caso o contrário configura mero erro ou ilusão.<sup>25</sup>

Neste sentido, afirma AURORA TOMAZINI que “não há conhecimento sem sistema de referência, pois o ato de conhecer se estabelece por meio de relações associativas, condicionadas pelo horizonte cultural do sujeito cognoscente e determinadas pelas coordenadas de tempo e espaço em que são processadas”<sup>26</sup>. Haja vista que é infinita a gama de linguagem que compõe qualquer sistema de referência, é praticamente impossível ter conhecimento pleno sobre algum objeto, uma vez que implicaria conhecer todas as relações associativas possíveis dentro de uma determinada camada de linguagem.

Cite-se, nessa linha, as lições de TÁREK MOUSSALLEM:

O conhecimento é a relação entre linguagens-significações. O conhecimento é um fato complexo que ocorre dentro de um processo comunicacional. É a relação que se dá entre: (i) a linguagem do sujeito cognoscente e (2) a

<sup>23</sup> GAMA, Tácio Lacerda. Competências comunicativas e o tema da validade no direito. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.); CARVALHO, Aurora Tomazini de (org.). *Constructivismo lógico-semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014, p. 276.

<sup>24</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito*. O construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2009, p. 140.

<sup>25</sup> BARRETO, Paulo Ayres. Comunicação, linguagem e direito. In: ROBLES MORCHÓN, Gregório; CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). *Teoria comunicacional do direito: diálogo entre Brasil e Espanha*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 390.

<sup>26</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de, *op. cit.*, p. 21.

linguagem do sujeito destinatário sobre a (3) linguagem do objeto-enunciado.<sup>27</sup>

Feitas essas considerações, é necessário que se afaste a distinção clássica entre teoria e prática (costuma-se caracterizar aquela como o conjunto de informações cujo escopo seja o fornecimento de informações para se explicar determinada realidade, e esta como a realidade por aquela explicada, da forma como ela se apresenta para nós). Nessa linha de ideias, a prática seria o objeto, ao passo que a teoria a linguagem que versaria sobre ela.

Contudo, tal distinção não procede a partir do giro-linguístico, sendo teoria e prática apenas fatores diferentes de um mesmo objeto. Daí PAULO DE BARROS CARVALHO, com base nas lições de PONTES DE MIRANDA, afirmar que não existe diferença entre teoria e prática, ambos seriam formas de aproximação do objeto que se pretende estudar.<sup>28</sup>

AURORA TOMAZINI DE CARVALHO é incisiva ao afastar a distinção clássica, afirmando inexistir prática sem teoria e vice-versa. À míngua de um conjunto de proposições que explique e torne inteligível um caso concreto, este não poderá ser conhecido ou resolvido. De igual sorte, não existe proposição sem um objeto ao qual possa se referir.<sup>29</sup> Ambos, como fatores de um mesmo objeto, só existem conjuntamente, nunca isoladamente.

Contudo, a linguagem teórica e a linguagem prática não se comunicam, sem que haja necessariamente a intermediação pela linguagem da experiência, que permita a interligação de ambas as camadas de linguagem. Daí o papel fundamental do jurista, como ponto de intersecção, mediante a sua experiência, entre a teoria e a prática, tornando possível o verdadeiro conhecimento da ciência jurídica.

Com efeito, a experiência atua com primazia para a formação do conhecimento, que ocorre em três etapas: (i) “saber de”, consistente na interpretação rudimentar oriunda do acúmulo sensações e da repetição de objetos; (ii) “saber como”, consistente na interpretação baseada em associações de causa e efeito; e (iii) “saber que”, consistente na interpretação, mediante o pensar, o inferir, etc., que permite efetivamente o conhecimento de algo<sup>30</sup>.

Essa gradação do conhecimento, a nosso ver, é fruto da experiência; é apenas conforme a evolução dela e a intensificação da aproximação entre a teoria e prática que o conhecimento, em sentido estrito, vai se formando.

---

<sup>27</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 5-6.

<sup>28</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26.

<sup>29</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito*. O construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2009, p. 4.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 8.

Assim, conhecer determinado objeto significa compreender a linguagem que a ele se refere ou ele representa, bem como a interseção dessa linguagem com uma série de outras linguagens e sistemas comunicacionais aplicáveis. Tratando-se de linguagens distintas, assim como em qualquer língua, não há espaços para se cogitar tradução perfeita, podendo haver, no máximo, aproximação entre as realidades criadas. Para Flusser, a tradução é, em regra, impossível, podendo haver alguma aproximação em determinados casos. Daí que a tradução entre os três níveis de linguagem estudados (linguagem social, do direito positivo e da ciência do direito) é sempre aproximada, nunca perfeita.

A linguagem social (linguagem-objeto) serve de suporte físico à linguagem do direito positivo (metalinguagem), enquanto a linguagem jurídica somente existe para preordenar a sociedade, razão pela qual a linguagem jurídica toma por base a linguagem social e sempre está de olho nela.

Assim, o Direito – e sua respectiva linguagem jurídica – busca regular condutas intersubjetivas, constituindo o plano da facticidade jurídica (linguagem prescritiva), consubstanciando uma forma de metalinguagem em relação à linguagem do direito positivo, porquanto sua principal função é descrever o seu objeto, conferindo-lhe feições harmônicas e coerência sistemática (linguagem descritiva).

Nesse sentido, no âmbito da teoria dos objetos, tal qual proposta por Edmund Husserl, existem as quatro regiões ônticas, em cujo centro (na confluência das regiões) o ser humano se localiza, como ponto de referência, a saber: (i) objetos naturais; (ii) objetos ideais; (iii) objetos metafísicos; e (iv) objetos culturais. Vale recordar, ainda, que um determinado objeto poderá pertencer a duas ou mais classes regionais. Considerando que o direito possui como função precípua a regulação das condutas intersubjetivas, a nosso ver, apenas os objetos culturais poderiam ser objeto do conhecimento jurídico.

É apenas essa categoria de objetos que possui, a um só tempo, afirmativamente, os três caracteres possíveis das regiões ônticas, isto é, são reais (existem no tempo e no espaço), estão na experiência e são valiosos, positiva ou negativamente.

Com efeito, o Direito, como instrumento para regular relações (condutas) intersubjetivas, somente opera dentro do campo do possível, do real, sendo uma contradição uma norma jurídica que vise a regular objetos irrealis. Igualmente, viu-se que a experiência é a camada de linguagem que realiza a intersecção entre teoria (linguagem teórica) e prática (linguagem prática), permitindo, efetivamente, o conhecimento. Por fim, a existência de valores, positivos ou negativos, é essencial para o Direito, porquanto, toda regulação de condutas visa à realização de um valor, isto é, aponta para uma determinada direção, tida

como socialmente desejada, sendo objeto de uma norma jurídica e ocupando lugar no antecedente de uma norma jurídica.

Assim, a Ciência do Direito, consoante as lições de PAULO DE BARROS CARVALHO, é uma sobrelinguagem (linguagem de sobrenível), localizada acima da linguagem do direito positivo, mas sobre esta discorrendo, emitindo, sob este mister, proposições descritivas acerca de seu objeto: o conjunto de normas válidas dentro de um determinado sistema, em determinado contexto histórico (direito positivo).

Não há que confundi-los, sendo significativas duas diferenças, a saber: em relação ao objeto, o direito positivo possui as normas jurídicas que válidas e vigentes do país como objeto de seu estudo; enquanto que a Ciência do Direito tem como objeto o próprio direito positivo. Quanto à linguagem empregada, o direito positivo se utiliza da linguagem prescritiva, impondo condutas e regulando as relações intersubjetivas; a Ciência do Direito, por sua vez, utiliza-se da linguagem descritiva, utilizando uma linguagem ideal à transmissão de conhecimentos, descrevendo o direito positivo (seu objeto), sendo, dessarte, uma sobrelinguagem; ademais, a linguagem do direito positivo é técnica, assentadas no discurso natural, ainda que se utilize de termos científicos, enquanto que a Ciência do Direito se utiliza de linguagem científica. No tocante aos enunciados, o direito positivo se vale da lógica deôntica, sendo seus enunciados válidos ou não válidos, isto é, permite que haja contradição entre seus enunciados, sendo que, neste caso, apenas um será válido; já a Ciência do Direito utiliza a lógica clássica, ou seja, seus enunciados são verdadeiros ou falsos, inadmitindo contradições, pois estas acarretam na inconsistência de seu discurso.

Importa frisar que o Direito consiste em um objeto (conferindo-lhe consistência e substantividade), entre os objetos do nosso mundo circundante. Tal característica impõe que o Direito tenha sua consistência própria, um conjunto de características essenciais que lhe conferem unidade. Assim, define o conceito de Direito como uma síntese lógica dos elementos necessários do objeto jurídico: a normatividade, a coercibilidade e o intuito de regular uma conduta humana

A partir das premissas adotadas, não cabe falar em realidade sem linguagem e, conseqüentemente, de linguagem sem texto. Importa lembrar, ainda, que “palavra não é só materialização do pensamento, é o próprio pensamento”<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> MOUSSALLEM, Tarék Moysés. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 6.

### 2.2.1 A linguagem das normas como selecionadora de propriedades dos eventos sociais

Segundo a concepção filosófica do “giro linguístico”, as normas jurídicas são manifestações linguísticas, de modo que “onde houver normas jurídicas haverá sempre uma linguagem (no caso do “direito brasileiro, uma linguagem manifesta, necessariamente, na forma escrita)”, com o intuito de regular as condutas intersubjetivas entre os cidadãos.<sup>32</sup>

Nesse ponto, conforme ensina FABIANA DEL PADRE TOMÉ, “o estudo linguístico, nos tempos atuais, reveste-se de extraordinária importância, principalmente no que diz respeito ao conhecimento científico. Somente por meio da linguagem é possível o conhecimento”<sup>33</sup>.

E, em aprofundado estudo, prossegue a referida professora:

A concepção da teoria comunicacional do direito tem como premissa que o direito positivo se apresenta na forma de um sistema de comunicação. Direito é linguagem, pois é a linguagem que constitui as normas jurídicas. Essas normas jurídicas, por sua vez, nada mais são que resultados de atos de fala, expressos por palavras e inseridos no ordenamento por veículos, introdutores, apresentando as três dimensões sógnicas: suporte físico, significado e significação.<sup>34</sup>

Relevante, neste ponto, definir pelo que se entende o signo “linguagem”. Linguagem, como define Tácio Lacerda Gama, configura a

[...] capacidade humana de emitir e receber informações pelo uso de signos. Pode ser percebida de duas formas distintas. Numa delas, de feição restrita, é instrumento da comunicação, algo que medeia e propicia o vínculo entre sujeito e objeto. Noutra, a linguagem é mais que instrumento, podendo ser compreendida como condição de possibilidade de todo e qualquer conhecimento. É o meio que torna possível qualquer tipo de entendimento.<sup>35</sup>

Afirmar que o direito é um sistema comunicacional, conforme ensina AURORA TOMAZINI DE CARVALHO, significa tomar como premissa que o direito é um objeto cultural que se manifesta em linguagem, por intermédio de textos.

É um sistema em que o legislador é o emissor e o destinatário da norma o receptor, o qual receberá uma mensagem (prescrições normativas), sob um canal específico (regras do próprio direito) e sob um código próprio (lícito/ilícito).

<sup>32</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. O constructivismo lógico-semântico como método de trabalho na elaboração jurídica. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.); CARVALHO, Aurora Tomazini de (org.). *Constructivismo lógico-semântico*. v. 1. São Paulo: Noeses, 2014, p. 19.

<sup>33</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. O Direito como linguagem criadora da realidade jurídica. In: CARVALHO, Paulo de Barros; ROBLES MORCHÓN, Gregório (coord.). *Teoria Comunicacional do Direito: Diálogo entre Brasil e Espanha*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 103.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 111.

<sup>35</sup> GAMA, Tácio Lacerda. *Competência Tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009, p. L.

O reconhecimento do direito como sistema comunicacional, construído a partir da linguagem, afasta a ideia de verdade objetiva, implementando-se o princípio da autorreferibilidade da linguagem, e confere ao ser humano, dentro de seus próprios limites linguísticos, papel de protagonismo, pois a comunicação só é possível entre dois seres humanos. O Direito é, pois, um sistema que opera para regular estritamente condutas e relações jurídicas intersubjetivas.

Não há de se esquecer, conforme brilhantemente apontado por TÁCIO LACERDA GAMA, que o fluxo contínuo da linguagem “não se submete ao controle de quem quer que seja. Seu desenvolvimento se dá como uma instituição formada sob o influxo de fatores culturais os mais diversos”<sup>36</sup>.

Ou seja, os enunciados estão em constante interação (“diálogo”) com outros enunciados do sistema, de modo que a construção das significações, a construção e o entendimento da mensagem pressupõem não a leitura isolada, mas uma leitura que leve em consideração essa interação entre enunciados linguísticos que compõem o direito.

Assim, no sistema comunicacional do direito, os enunciados não devem ser interpretados isoladamente, mas a partir das relações de coordenação e subordinação existentes entre eles. A significação do enunciado é mera etapa do processo de construção de sentido da mensagem, da norma jurídica em sentido estrito, que pressupõe a consideração dos diversos enunciados e normas jurídicas em sentido amplo existente no sistema.

### **2.2.2 Os enunciados conotativos das normas gerais e abstratas**

O direito é uma sobrelinguagem ou linguagem de sobrenível, “cortando a realidade social com a incisão profunda da juridicidade”, assim separando, pois, o setor juridicizado daquele não juridicizado no domínio do real-social.<sup>37</sup>

A importância do estudo da norma jurídica em sentido estrito, para a construção de uma teoria do direito, se evidencia, pois apenas com os juízos é que atribuímos características ao objeto de estudo e passamos a poder conhecer as suas propriedades, de modo que sem o

---

<sup>36</sup> GAMA, Tácio Lacerda. Uma proposta dialógica para os atributos de unidade, coerência e consistência do sistema jurídico. In: CARVALHO, Paulo de Barros; ROBLES MORCHÓN, Gregório (coord.). *Teoria Comunicacional do Direito: Diálogo entre Brasil e Espanha*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 345-384.

<sup>37</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33.

juízo não se alcança, de forma plena, o conhecimento.<sup>38</sup> Como se vê, a formação de juízo é passo fundamental para alcançar o conhecimento, em sua acepção estrita.

E não é só. A afirmação de que a norma jurídica é “o mínimo irreduzível de manifestação do deôntico” impõe o estudo dos elementos fundamentais que compõem a estrutura do ordenamento jurídico na sua forma de juízo (no caso, hipotético-condicional). Busca estudar as estruturas que compõem o direito positivo em sua forma mais simplificada, mas de modo a não a desnaturalizar como expediente de regulação de condutas intersubjetivas.

Neste ponto, está bastante claro que as “normas jurídicas” se diferem dos “textos de lei”, “enunciados prescritivos”, “proposições jurídicas”. Os “textos de lei” são meros suportes físicos, que contém símbolos/códigos, a partir dos quais surgirá a sua interpretação. O relato em linguagem daquilo que foi lido se dá pelo processo de enunciação, cujos produtos são os “enunciados”. Tornam-se prescritivos no momento em que o processo de enunciação é realizado pela autoridade credenciada pelo ordenamento jurídico, por intermédio de um procedimento igualmente competente. Desta forma, os “enunciados prescritivos” são enunciados utilizados pelo ordenamento positivo com todo o teor de prescritividade inerente a sua linguagem. A significação desses enunciados dará origem as “proposições jurídicas”, que se consubstancia no conteúdo significativo que aqueles enunciados exprimem.

Não obstante isto, tal teor prescritivo, por si, não basta como mínimos deônticos completos, necessitando de integrações com outros enunciados prescritivos para formar a norma jurídica em sentido estrito, na sua integridade constitutiva, que terá o condão de expressar o sentido cabal dos mandamentos da autoridade competente para produzir normas jurídicas, como observa PAULO DE BARROS CARVALHO. Por fim, a norma jurídica surge, então, como um juízo hipotético condicional do intérprete, pelo qual, por meio da atividade cognoscitiva, organiza aqueles enunciados ou proposições prescritivas, em uma estrutura mínima irreduzível do deôntico detentora de sentido completo.

Cumpra consignar que utilizamos o termo em seu sentido estrito. Contudo, há de dizer que “norma jurídica” é termo que encontra mais de um uso corrente no campo jurídico, e, ainda que algum deles não corresponda ao rigor científico necessário, não poderá nenhum ser desprezado, tendo em vista a consolidação de, no mínimo, dois significados distintos para o referido termo.

---

<sup>38</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito*. O construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2009, p. 9.

Por um lado, há quem se utilize do termo “norma jurídica” como sinônimo de enunciado prescritivo ou, ainda, como sinônimo do suporte físico (veículos normativos) em que os enunciados prescritivos se encontram. Eis o sentido amplo de norma jurídica, que abrange os enunciados prescritivos, as proposições jurídicas e os textos de lei. Por outro giro, a norma jurídica em sentido estrito é a significação atribuída aos enunciados prescritivos, encontrados no suporte físico do direito positivo, a qual, pela atividade cognoscitiva, o intérprete reúne as várias proposições jurídicas e a estrutura na forma de um juízo hipotético-condicional, em seu mínimo irreduzível de manifestação do deôntico.

### 2.3 VERTENTES DA TEORIA DAS VERDADES NO DIREITO

Para os fins a que se propõe a presente pesquisa, importante destacar o papel da verdade no Direito, em especial no Direito Tributário. Isto é, haveria apenas uma única verdade no relato dos fatos no contexto de um planejamento tributário ou, de outro modo, existem diversas verdades por meio da forma como os fatos são construídos partindo das premissas do intérprete.

FÁBIA DEL PADRE TOMÉ esclarece que “a verdade é metafísica”, pois seu conteúdo não pode ser solucionado tão somente pelo método empírico, qual seja, a experimentação prática do método visando resultados hipotéticos. Em verdade, metafísica corresponderia à locução *após* a física ou “aquilo que está além da física, que a transcende”<sup>39</sup>. A autora afirma ainda que não é por ser metafísica que a verdade não seria passível de cognoscibilidade. Bem verdade que a verdade pode ser compreendida, ainda que não por métodos empíricos, mas a partir da corrente teórica ou filosófica adotada.<sup>40</sup>

Portanto, verifica-se que a verdade não se trata de algo que é aferível por si, de existência própria e isolada, mas algo que se constrói a partir de premissas filosóficas bem definidas e coerentes.

Assim é que PAULO AYRES BARRETO identifica a veracidade de uma proposição pode significar (i) uma correspondência à realidade concreta referida – verdade por correspondência; (ii) um consenso entre os membros de uma determinada comunidade cultural – verdade consensual; (iii) composição das verdades como partes de um ordenamento de caráter sistemático, sem contradições internas, na qual as proposições verdadeiras específicas são deduzidas de verdades mais gerais, ou vice-versa – verdade por coerência;

<sup>39</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 10.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 11.

(iv) a verdade deve ter utilidade para aquele que a sustenta, sendo que a sua própria utilidade asseguraria sua credibilidade – verdade pragmática.<sup>41</sup>

Passaremos a tratar, portanto, das vertentes e teorias da verdade e, em seguida, sua influência no tema do planejamento tributário.

### 2.3.1 Verdade por correspondência

A partir da chamada teoria da verdade por correspondência, um fenômeno pode ser considerado verdadeiro quando se pode constatar, comprovar ou certificá-lo na realidade. Exige-se identidade entre a proposição afirmativa ou negativa de algo a realidade por ela referida<sup>42</sup>.

Segundo AURORA TOMAZINI CARVALHO, a correspondência tem sua referência na premissa firmada pela comunicação (linguagem) na construção da versão dos fatos, pelo que somente seria viável confirmar a correspondência entre enunciado e realidade se houver, *a priori*, uma linguagem comum entre os sujeitos<sup>43</sup>.

Apenas a linguagem possui a aptidão de permitir a interação consensual das impressões pessoais no que tange ao objeto verificado.

Partindo desta premissa, podem-se fazer duas críticas: primeiramente, a verdade por correspondência ignora o fato de que a complexidade do mundo fenomênico e empírico não pode ser descrita em linguagem de forma completada, uma vez que, enquanto o mundo real é infinitamente complexo e dinâmico, a linguagem opera como um método redutor de complexidades por meio de recortes metodológicos, sendo a visão do intérprete meramente parcial; em seguida, lembre-se que os objetos-em-si só são objetos cognoscíveis pelo intérprete a partir do momento em que são vertidos em linguagem competente, não sendo conhecidos, portanto, antes disto.<sup>44</sup>

Os sentidos do intérprete limitam o alcance da realidade e sugerem a necessidade da redução de suas complexidades a partir de recortes metodológicos por meio de linguagem. KANT sustentava que o ser humano, marcado por limites sensoriais, somente acessa aquilo

---

<sup>41</sup> BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário: limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 10-11.

<sup>42</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 11.

<sup>43</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito*. O construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2009, p. 25.

<sup>44</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre, *op. cit.*, p. 11-12.

que ele designou de fenômenos (realidade cognoscível), mas não as essências das coisas. Portanto, a coisa em si (verdade pura) é inalcançável e impenetrável aos humanos<sup>45</sup>.

Portanto, mesmo a verdade por coerência não está imune a críticas. Pelo contrário, a partir de uma consideração do Direito enquanto um sistema comunicacional, fundado em linguagem, não há como assumir a existência de algo (uma verdade) que não tenha sido necessariamente convertida em linguagem competente. Nada existe para além da linguagem. A verdade seria uma construção a partir de determinadas coordenadas do sistemas comunicacional de referência, até porque o objeto só pode ser aferido e compreendido a partir da linguagem de seu intérprete.

Assim, por mais tentadora que seja a ideia de uma verdade extralinguística, o evento em si, sem a interpretação humana, nada constrói e nada significa para o intérprete. E se o evento não é convertido em linguagem jurídica competente, constituindo-se um fato jurídico tributário, sequer se pode afirmar a sua existência dentro das premissas deste estudo.

### 2.3.2 Verdade pragmática

A verdade pragmática é também conhecida como “verdade como utilidade”, considera que determinado fenômeno é tido como verdadeiro somente se tiver efeitos práticos que o sustentem, sendo, portanto, útil.<sup>46</sup>

A verdade não teria valor meramente teórico, mas apenas uma expressão que deveria designar, na prática, o quão útil esta será ao sujeito. Neste sentido é que filósofos da corrente pragmatista fundaram a máxima de que “verdadeiro é o nome de algo que, por si mesmo, é bom enquanto crença”<sup>47</sup>.

Assim, segundo NIETZSCHE, verdadeiro “significa apenas o que é apropriado à conservação da humanidade. O que me faz perecer quando lhe dou fé não é verdade para mim: é uma relação arbitrária e ilegítima do meu ser com as coisas externas”<sup>48</sup>.

No entanto, a crítica que pode ser feita a esta vertente da verdade é que a confusão entre verdade e utilidade geraria uma carência de cientificidade<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Tradução de Lucimar A. Gochi Anselmi e de Fulvio Lubisco. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 37.

<sup>46</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 14.

<sup>47</sup> JAMES, William. *Pragmatism*. New York: Dover Publications, 1995, p. 30.

<sup>48</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Alfredo Bose e Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, s.v. *verdadeiro*.

<sup>49</sup> FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 42.

Transpondo os ensinamentos de MARCELO NEVES, relativos aos estudos interdisciplinares de Direito (que também podem ser utilizados na confusão entre “verdade” e “pragmática”), o autor atribui diferentes sentidos ao termo “interdisciplinaridade”: (i) enciclopedismo, assim entendido o somatório de diversos conhecimentos, gerador de um superficialismo generalizado, de reduzida relevância, seja da perspectiva prática, seja sob um prisma teórico; (ii) imperialismo disciplinar, em que, sob o manto da interdisciplinaridade, subordinam-se critérios científicos à racionalidade de outras ciências; (iii) metadisciplinaridade, no sentido de uma metanarrativa impositiva a partir de um plano superior, de limites e formas de intercâmbio entre as áreas do saber relacionadas com o direito; e (iv) espaço de comutação discursiva entre os diversos campos do saber, respeitada a autonomia disciplinar, sem a qual haveria “uma miscelânea resultante de um ecletismo estéril”<sup>50</sup>.

Dessa forma, transpor a definição de verdade para o campo pragmático é extremamente questionável e sujeito às críticas já expostas.

### 2.3.3 Verdade consensual

A teoria da verdade consensual prega que a veracidade decorre do consenso ou acordo entre indivíduos de determinada cultura ou comunidade.<sup>51</sup> Nessa vertente, dentre os vários enunciados possíveis, seria verdade aquele que implicasse em maior credibilidade e aceitação por parte da comunidade.

Exemplificando tal corrente de pensamento, GREGORIO ROBLES MORCHÓN afirma que a verdade histórica possui nítido caráter consensual e ensina que “só podemos estar seguros de que determinado texto não se ajusta à verdade escrevendo outra história que demonstre a falsidade do texto criticado. Dificilmente essa demonstração proporcionará certeza suficiente, porque não existe uma prova histórica conclusiva. Podemos dizer que a *communis opinio* dos historiadores será o sinal decisivo dos conhecimentos alcançados”<sup>52</sup>.

FABIANA DEL PADRE TOMÉ, analisando a lição de Gregorio Robles Morchón acima, demonstra que a verdade por consenso é, em qualquer hipótese, sempre relativa, podendo ser

---

<sup>50</sup> NEVES, Marcelo. Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 3, p. 207-214, 2005.

<sup>51</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 13.

<sup>52</sup> ROBLES MORCHÓN, Gregorio. *O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manoela, 2005.

substituída por outra que inspire mais opiniões comuns, dominantes e merecedoras de credibilidade.<sup>53</sup>

Esclarecedor é o pensamento de LÚCIA MARIA DE CARVALHO ARAGÃO, que, ao se valer da filosofia de JÜRGEN HABERMAS, sustenta ser a verdade consensual dependente da linguagem para atingir seu objetivo.

Sem linguagem não há possibilidade de interação comunicacional entre os indivíduos. Sem interação comunicacional não há entendimento e, portanto, não há consenso; logo, não há verdade. Será a linguagem que levará os sujeitos à interação e mútua compreensão, ao consentimento recíproco ou à concordância sobre o que deve ser aceito como verdade.<sup>54</sup>

Esta concepção oferece o potencial risco de instabilidade da verdade, sobretudo em um contexto de ausência de concordâncias, de unanimidades, de consensos.

#### 2.3.4 Verdade por coerência

Quanto à teoria da verdade por coerência, a realidade seria um conjunto de um todo coerente, no sentido que as proposições, em sua totalidade, não podem ser contraditórias entre si. Desse modo, a verdade é um enunciado identificável pela coerência interna do discurso, pela observância à lei lógica de não contradição de proposições entre si e internamente ao conjunto coerente.<sup>55</sup>

Pode-se dizer, portanto, que as verdades “gerais” poderiam ser extraídas por indução das proposições mais específicas de um todo sistemático; ao contrário, as verdades “particulares” poderiam ser extraídas por dedução de proposições mais genéricas; e, ainda, por dedução negativa, poder-se-ia afirmar o que definitivamente não pertenceria ao conjunto sistemático e coerente e, portanto, não seria tido como verdadeiro<sup>56</sup>.

Portanto, qualquer afirmação ou negação extraída fora do conjunto sistemático e coerente não poderia ser tida como verdadeira. Entendemos que se trata da vertente filosófica de verdade que melhor se aplica ao ordenamento jurídico.

<sup>53</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 14.

<sup>54</sup> ARAGÃO, Lúcia Maria de Carvalho. *Razão Comunicativa e Teoria Social Crítica em Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 82-9.

<sup>55</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre, *op. cit.*, p. 12-13.

<sup>56</sup> BARRETO, Paulo Ayres. Ordenamento e sistema jurídico. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.); CARVALHO, Aurora Tomazini de (org.). *Constructivismo lógico-semântico*. v. 1. São Paulo: Noeses, 2014, p. 249-269.

Ainda assim, esta concepção não escapou de críticas ao transformar as verdades em razões anacrônicas, desvinculadas da realidade, em virtude do fechamento cognoscitivo, e não somente operacional, cuja interpretação equivocada da teoria pode ocasionar.

Afirma-se, nessa linha de raciocínio, que as contribuições da teoria dos sistemas ensinam que a interlocução entre áreas do conhecimento humano possui limites e cada ciência é autônoma enquanto disciplina. Isso não significa, contudo, o isolacionismo do Direito em relação às demais ciências humanas. Como ensina NIKLAS LUHMANN, entendemos que os estudos das disciplinas científicas devem ser “um sistema normativamente fechado, e cognitivamente aberto”<sup>57</sup>, isto é, a disciplina cria sua própria realidade por meio de um processo de autorreferenciação, no entanto continua sendo influenciada externamente por outras realidades, contribuintes para sua evolução e o desenvolvimento de uma maior adequação social do sistema considerado.

#### **2.4 CONSTRUÇÕES DE VERDADE NO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO**

No âmbito do Direito, as verdades são construídas a partir da demonstração de indícios e provas que incluam o contribuinte no âmbito de incidência de uma norma desejada. Haverá, no entanto, aqueles que consideram que, pelos fatos provados, o indivíduo não se inclui no escopo de determinada norma, mas, por outro lado, se inclui no escopo da norma indicada ou sequer se inclui em alguma norma.

Tal fato não é diferente no âmbito do planejamento tributário: enquanto o contribuinte tenta demonstrar que sua conduta está abarcada por norma tributária que não onera ou onera em menor grau a carga tributária de sua operação; de outro modo, o Fisco deverá comprovar que o contribuinte se inclui no âmbito de incidência de outra norma, seja pela interpretação equivocada na norma jurídico-tributária, seja pela realização de negócio jurídico simulado, errado ou doloso, a fim de se incluir ilicitamente em situação mais econômica no ponto de vista tributário.

Portanto, trata-se de diálogo que se opera dentro da Teoria das Provas, cabendo, de um lado, o contribuinte construir a sua versão dos fatos mediante a linguagem competente, autorizada pelo sistema jurídico (como, por exemplo, a emissão de notas fiscais, escrituração e livros fiscais, contratos assinados, registros de transação comercial etc.).

---

<sup>57</sup> LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Trad. Klaus A. Ziegart. Oxford: Oxford University, 2004, p. 357-380.

De outro lado, caso haja indícios de que referida linguagem não reflete adequadamente um evento ocorrido no mundo fenomênico, havendo intrínseca falha na constituição do fato jurídico tributário, caberá ao Fisco constituir nova linguagem, igualmente a partir de faculdades e documentos permitidos no Direito, que tenha aptidão de infirmar a versão dos fatos dos contribuintes e, ainda, demonstrar o real fato jurídico tributário efetivamente ocorrido, mas possivelmente acobertado pelo contribuinte.

Ou seja: o Código Tributário Nacional estabeleceu como limites ao planejamento tributário a fraude, o dolo e a simulação, no seu artigo 149, inciso VII<sup>58</sup>, e a dissimulação, por sua vez, no parágrafo único do seu artigo 116<sup>59</sup>. Desse modo, a revisitação do fato jurídico-tributário relatado pelo contribuinte só deve ser realizada, para fins de requalificação do fato jurídico, caso restem devidamente comprovadas, em consonância com a teoria das provas, a simulação ou a dissimulação.

A requalificação dos fatos dissimulados deve pautar-se, essencialmente, nas provas apresentadas. O Fisco tem o dever de demonstrar, de forma suficiente, que o negócio jurídico qualificado pelo contribuinte não se consumou, provando, para tanto, a existência do ato que fora ocultado para fugir da tributação.

Nessa toada, as provas afiguram-se essenciais na construção da materialidade lícita que atrai a incidência da norma tributária, pois, como ensina PAULO DE BARROS CARVALHO:

[...] fatos jurídicos não são simplesmente os fatos do mundo social, constituídos pela linguagem de que nos servimos no dia a dia. Antes, são **enunciados proferidos na linguagem competente do direito positivo, articulados em consonância com a teoria das provas**. Quem quiser relatar com precisão os fatos jurídicos, nomeando-lhes os efeitos, que use a teoria das provas, responsável pelo estilo competente para referência aos acontecimentos do mundo do direito.<sup>60</sup>

É indispensável, portanto, o emprego da linguagem das provas para a reconstrução da verdade no contexto do planejamento tributário. E, no caso de simulação – em especial a

<sup>58</sup> “Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

[...]

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

<sup>59</sup> “Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

[...]

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

<sup>60</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 143, grifo nosso.

simulação relativa ou dissimulação –, há dois fatos vertidos em linguagem: o simulado, construído pelo contribuinte; e o dissimulado, que deverá ser construído, em consonância com a teoria das provas, por aquele que pretende provar a existência de dissimulação no caso concreto.<sup>61</sup>

Nesse embate de linguagens, o contribuinte pretende, por meio de enunciados linguísticos, comprovar a subsunção da sua conduta à norma geral e abstrata que resulte em um ônus tributário menos gravoso, ao passo que o Fisco procura infirmar a ocorrência do fato tal qual descrito pelo contribuinte, por meio de enunciados linguísticos que constituem um fato jurídico tributado de forma mais onerosa.

Assim, é importante concluir que, dentro da sistemática própria do Direito e da nossa premissa de que o Direito é necessariamente um sistema comunicacional, a verdade é resultado do enunciado linguístico produzido de acordo com as regras do sistema, ou seja, devidamente vertido em linguagem em conformidade com todas as regras aplicáveis.

Especificamente no caso do planejamento tributário, a verdade decorre do enunciado linguístico vencedor no confronto entre as pretensões opostas do Fisco e do contribuinte. A decisão administrativa ou judicial que reconhece a verdade de um dos fatos, afirma, simultaneamente, a inveracidade do outro, produzindo a verdade lógica do sistema, que prevalecerá e servirá de base para a constituição do fato jurídico tributário, em um processo inequivocamente comunicacional do Direito.

---

<sup>61</sup> BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário: limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 205-206.

### 3 PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO

O planejamento tributário ou a elisão tributária são expressões que remetem, nas manifestações doutrinárias brasileiras e da doutrina especializada de outros países, a diversas vertentes ideológicas ou significações possíveis.

Nesse aspecto, os estudiosos do Direito Tributário, no Brasil e mundo afora, enfrentam dificuldades exegéticas substantivas na determinação dos limites à atuação do contribuinte na otimização da carga tributária por meio do uso de condutas lícitas; que em relação a elas inexistem uma solução prévia e expressamente positivada pelo legislador tributário acerca de sua licitude ou de sua ilicitude perante o ordenamento jurídico de referências.

Contudo, mesmo diante de tal dificuldade, é imperioso que se defina o conceito de elisão fiscal, distanciando-a de outras figuras tematicamente correlatas, mas semanticamente diametralmente opostas.

Como ensina PAULO AYRES BARRETO, faz-se menção à “elisão tributária” como figura que, usualmente, seria antagônica ao instituto da “evasão fiscal”, tendo em consideração a licitude da conduta do contribuinte – o que determinaria a natureza meramente elisiva da atuação do contribuinte – ou sua ilicitude, momento em que nos depararíamos com uma conduta evasiva.<sup>62</sup>

Não obstante, nem mesmo esta dualidade encontra consenso doutrinário, como será possível demonstrar. Cabe dizer que, neste capítulo, apontar-se-á o problema semântico e demonstrar-se-á, com base na evolução histórica da legislação tributária e jurisprudencial sobre os temas do planejamento tributário, a positivação do tema no ordenamento jurídico brasileiro para, em seguida, tratar das questões relativas às figuras correlatas – entretanto não aplicáveis no sistema brasileiro – ao planejamento tributário, quais sejam, a simulação, dissimulação, fraude à lei, abuso de direito e de forma, ato anormal de gestão e propósito negocial, com especial atenção no Direito Tributário brasileiro, com o escopo de determinar os limites normativos decorrentes da elisão tributária.

#### 3.1 A EXPRESSÃO “PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO”

O estudo do planejamento tributário, bem como a análise de suas figuras correlatas, envolve, necessariamente, os conceitos de elisão, evasão e elusão, amplamente difundidos e estudados pelos doutrinadores nacionais e internacionais.

---

<sup>62</sup> BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário: limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 256-260.

Há, inequivocamente, um problema semântico com relação ao signo “elisão tributária”, pois, ao analisar a doutrina, inúmeras são as variações terminológicas encontradas para definir tal instituto. Por esse motivo, faz-se essencial a exposição dos principais critérios que diferenciam as significações costumeiramente utilizadas, de modo a buscar uma melhor compreensão do fenômeno elisivo.

Ainda, é importante destacar que, apesar de haver certa dificuldade semântica e diferentes posições doutrinárias com relação aos conceitos de elisão, evasão e elusão, o presente trabalho adotará, após terem sido elencadas as diferenças conceituais, uma terminologia específica, a fim de facilitar o entendimento da posição aqui defendida.

Em relação à elisão tributária, ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA, em obra vanguardista sobre o tema, propõe separá-la em duas espécies: a elisão induzida pela lei e a elisão resultante de lacunas da lei. Na primeira espécie, a própria lei deseja, por razões extrafiscais, favorecer determinadas situações, tributando-as de modo menos oneroso ou até mesmo excluindo-as do campo de incidência da norma tributária<sup>63</sup>.

Para SAMPAIO DÓRIA, tais medidas não se caracterizariam como verdadeira elisão tributária, mas como elisão imprópria, pois, nesses casos, o contribuinte não precisa alterar a estrutura negocial para obter melhores resultados econômicos, uma vez que a previsão legal, por si só, quer beneficiá-lo<sup>64</sup>. Ou seja, referem-se a hipóteses em que o tratamento tributário favorável foi desejado pelo legislador, permitindo um tratamento mais favorecido ao contribuinte, seja de forma vinculante (como em uma situação de isenção) ou, ainda, facultativa (na hipótese de regimes mais benéficos opcionais, como o lucro presumido e o simples nacional). Essa espécie de situação se assemelharia às denominadas “opções fiscais” relatadas por MARCO AURÉLIO GRECO, que são estímulos criados pelo próprio legislador tributário em prol da opção menos onerosa do ponto de vista fiscal.<sup>65</sup>

Assim, embora todas sejam formas de elisão tributária, a noção de planejamento tributário não se limita ao cumprimento literal da lei e ao aproveitamento os benefícios fiscais expressamente concedidos pelo legislador. Por vezes, o planejamento tributário é aquele que resulta de lacunas da lei – sem, no entanto, descumprir o ordenamento jurídico –, ou seja, que decorre de espaços vazios presentes no ordenamento, devidamente preenchidos pelos

---

<sup>63</sup> DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Elisão e Evasão Fiscal*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 49-54.

<sup>64</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>65</sup> GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 104-107.

contribuintes que buscam não se sujeitar à tributação nessas ocasiões em que o legislador deixa “malhas e fissuras no sistema tributário”<sup>66</sup>.

Sob outra perspectiva, falando da figura oposta, da evasão fiscal, SAMPAIO DÓRIA apresenta duas possíveis manifestações diferentes do instituto, que serão estruturadas de acordo com o comportamento do indivíduo que se vê diante de uma obrigação tributária real ou potencial. Assim, o autor separa a evasão tributária em omissiva (intencional ou não intencional) e comissiva (sempre intencional)<sup>67</sup>.

A evasão comissiva, embora sempre decorra de conduta intencional do contribuinte, é subdividida em lícita e ilícita. Dentro dessa subdivisão, a evasão ilícita é entendida como aquela derivada de ação consciente e voluntária do indivíduo que, por meios ilícitos, elimine, reduza ou retarde o pagamento do tributo devido. A evasão lícita, em contrapartida, decorre de condutas perpetradas pelo contribuinte que, por meios lícitos, organiza-se para eliminar, reduzir ou retardar a ocorrência do fato jurídico-tributário.

Dentre premissas e determinações conceituais estabelecidas, ao tratar da evasão legítima, o autor dará preferência, para traduzir as condutas lícitas do contribuinte, ao termo “elisão fiscal”, pois, ao seu ver, a expressão “evasão lícita” representaria uma verdadeira contradição e redundância, tendo em vista que algo não pode ser legal e ilegal ao mesmo tempo. Ademais, considerando que o termo “evasão” sugere, de imediato, uma fuga artilosa da obrigação tributária, pareceria ser impossível, por isso, acrescentar-lhe os adjetivos ilegal e legal, vez que, no primeiro caso, seria pleonástico e, no segundo, totalmente incompatível.<sup>68</sup>

Existem, no entanto, outras manifestações na doutrina que evidenciam outras posições divergentes quanto às terminologias no âmbito de estudo do planejamento tributário. BRANDÃO MACHADO, por exemplo, defendia que “elusão (*avoidance*) é a palavra portuguesa adequada para traduzir a ideia de desvio, fuga, evitação, e que corresponde aos vocábulos, também de origem italiana, que ocorrem nas línguas românicas (francês: *élusion*; italiano: *elusione*; espanhol: *elusión*)”<sup>69</sup>.

Por sua vez, RUBENS GOMES DE SOUSA, depois de afirmar que fraude fiscal é “toda a ação ou omissão destinada a evitar ou retardar o pagamento de um tributo devido, ou a pagar

<sup>66</sup> BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário: limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 226-227.

<sup>67</sup> DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Elisão e Evasão Fiscal*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 32.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>69</sup> MACHADO, Brandão. Nota do autor. In: LENZ, Raoul. Elusão fiscal e apreciação econômica dos fatos. In: TAVOLARO, Agostinho Toffoli; MACHADO, Brandão; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Princípios tributários no direito brasileiro e comparado*. Estudos jurídicos em homenagem a Gilberto Ulhôa Canto. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 586.

tributo menor que o devido”<sup>70</sup>, sustentava que a evasão também era caracterizada por uma ação ou omissão da mesma natureza. A distinção precípua residiria no fato de que a “fraude fiscal constitui infração da lei e, portanto, é punível, ao passo que a evasão não constitui infração da lei e, portanto, não é punível”<sup>71</sup>.

ALBERTO XAVIER não adota a expressão “elisão” (ou *elusão*) tributária<sup>72</sup>, mas apenas faz menção a negócio jurídico indireto.

De outro modo, HUGO DE BRITO MACHADO entende que a expressão “evasão” deve ser utilizada para designar condutas lícitas, enquanto o termo “elisão”, por sua vez, deve ser utilizado para qualificar condutas ilícitas. Segundo sua linha de pensamento:

Se tivermos, porém, de estabelecer uma diferença de significado entre esses dois termos, talvez seja preferível, contrariando a preferência de muitos, utilizarmos evasão para designar a conduta lícita, e elisão para designar a conduta ilícita. Realmente, elidir é eliminar ou suprimir, e somente se pode eliminar ou suprimir, o que existe. Assim, quem elimina ou suprime um tributo, está agindo ilicitamente, na medida em que está eliminando ou suprimindo a relação tributária já instaurada. Por outro lado, evadir-se é fugir, e quem foge está evitando, podendo a ação de evitar ser preventiva. Assim, quem evita pode estar agindo licitamente.<sup>73</sup>

É possível perceber, assim, que a doutrina brasileira atribui ao termo “planejamento tributário” e aos seus correlatos – elisão, evasão, *elusão*, *etc.* – diferentes conotações, que, em geral, se diferenciam conforme a licitude/ilicitude da conduta, havendo, contudo, opiniões relevantes que identificam a possibilidade de práticas elisivas serem classificadas como ilícitas (elisão ineficaz)<sup>74</sup> ou mesmo que se situem em uma posição mediana, entre licitude e ilicitude, refutando a dualidade “elisão/evasão”<sup>75</sup>.

Não obstante a pluralidade de posicionamentos tenha contribuído para o avanço da teoria do planejamento tributário no Brasil, será atribuído à expressão “planejamento tributário” o sentido de “elisão fiscal”, em conformidade com a lição de Sampaio Dória, sempre para determinar este instituto, designando-se, portanto, condutas lícitas, que decorrerem da atuação do contribuinte na busca de espaços legais na legislação tributária, que

<sup>70</sup> SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Financeiras, 1954, p. 99.

<sup>71</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>72</sup> XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 60.

<sup>73</sup> MACHADO, Hugo de Brito. A Norma Antielisão e outras alterações no CTN. *IOB – Repertório de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. v. 7. São Paulo: IOB, 2001, p. 199.

<sup>74</sup> PEREIRA, César Guimarães. *Elisão tributária e função administrativa*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 211.

<sup>75</sup> GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 371-374.

evitem, de modo legítimo, a subsunção dos seus atos e negócios jurídicos às hipóteses de incidência tributária, e que resultem, ao final, em uma economia legítima de tributos<sup>76</sup>.

Ainda assim, permanece o grande desafio de delimitar os campos terminológicos das expressões “elisão” e “evasão” fiscal. Nesse âmbito, dentro da zona de incerteza dentre o que é legal e do que é ilegal, surge a já referida “elusão fiscal”, estudada de maneira mais profunda na doutrina brasileira por HELENO TAVEIRA TORRES<sup>77</sup>.

A elusão tributária é tratada pelo autor como a realização de atos aparentemente lícitos no âmbito do direito privado, mas desprovidos de causa, com fraude à lei ou simulação, quando vistos sob o viés da legislação tributária, o que, no fim das contas, deslocaria o instituto da elusão no campo da ilicitude. Aprioristicamente, por sua aparência legal, as condutas elusivas fazem crer que se trata de atuação lícita por parte do contribuinte. No entanto, embora sua conduta seja aparentemente lícita, as consequências práticas decorrentes, especialmente em face da legislação fiscal, são de escapar da aplicação da lei tributária, por meio da utilização ilícita de formas negociais.

Sobre o tema, adverte JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES que a elisão tributária deve ser analisada a partir do direito positivo<sup>78</sup> e, portanto, tem de encontrar parâmetro com a ordem jurídica positiva. Assim, identificar a “elusão fiscal” em um espaço intermediário de incerteza entre o lícito e o ilícito desafia a lógica binomial do próprio direito positivo, que preceitua que uma proposição normativa não pode ser, ao mesmo tempo, válida e não válida.<sup>79</sup>

Deste modo, trabalharemos com o tema do “planejamento tributário” sempre à luz do antagonismo entre elisão tributária, designada como a conduta lícita do contribuinte com o intuito de reduzir sua carga tributária, e, ao contrário, evasão tributária, quando decorrer de atividade ilícita.

### **3.2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA DISCIPLINA NORMATIVA RELATIVA AO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO**

O advento do Código Tributário Nacional trouxe em seu artigo 149, VII, do texto aprovado pela Lei nº 5.172/1966, a autorização para que o lançamento tributário fosse

<sup>76</sup> SILVA, Rômulo Cristiano Coutinho da. A efetiva natureza jurídica do parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Malheiros, n. 120, dez. 2013, p. 225.

<sup>77</sup> TORRES, Heleno Taveira. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação, elusão tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 110-190.

<sup>78</sup> BORGES, José Souto Maior. A norma antielisão, seu alcance e as peculiaridades do sistema tributário nacional. *Anais do Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal*. Brasília: ESAF, 2002, p. 213.

<sup>79</sup> VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 44.

revisado de ofício pela autoridade administrativa quando restar comprovado que o sujeito passivo da obrigação tributária, ou terceiro interessado, tenha agido com dolo, fraude ou simulação. Segundo PAULO AYRES BARRETO, a inovação estreou verdadeiro “limite objetivo à estruturação de negócios jurídicos, com referência a causas civis de invalidade do negócio jurídico”<sup>80</sup>.

Passados vinte anos da edição do CTN, a Lei nº 7.450/95 pretendeu alterar disposições relativas ao imposto sobre a renda, no entanto pretendia editar dispositivo com o seguinte teor:

Art. 51 - Ficam compreendidos na incidência do imposto de renda todos os ganhos e rendimentos de capital, qualquer que seja a denominação que lhes seja dada, independentemente da natureza, da espécie ou da existência de título ou contrato escrito, bastando que decorram de ato ou negócio, que, pela sua finalidade, tenha os mesmos efeitos do previsto na norma específica de incidência do imposto de renda.

Diversas manifestações doutrinárias criticaram o dispositivo, sob o argumento de que este introduziria uma cláusula antielisiva no ordenamento jurídico brasileiro que, em virtude dos princípios gerais de Direito Tributário, deveria ser considerada inconstitucional.

IVES GANDRA MARTINS defendia que ou o dispositivo seria inútil princípio programático, ou seria notória sua inconstitucionalidade<sup>81</sup>. Por sua vez, GERD WILLI ROTHMANN e GEATANO PACIELLO defenderam que, caso o dispositivo fosse entendido como uma cláusula de caráter antielisivo, seria forçoso “concluir pela sua manifesta inconstitucionalidade por violar o princípio da estrita legalidade tributária, que exige uma ‘*lex certa*’, e a conformidade da tributação com o fato gerador descritor pela lei em todos os seus elementos constitutivos da obrigação tributária”<sup>82</sup>.

PAULO AYRES BARRETO propugna que o dispositivo não se coadunava com os princípios gerais de Direito Tributário e não se coadunava como contribuição à formação da regra-matriz de incidência do imposto de renda. Nos seus dizeres:

De rigor, tratava-se de enunciado prescritivo, inserto na legislação do imposto sobre a renda, que, por sua generalidade e abstração, nenhum efeito relevante haveria de produzir na conformação da regra-matriz de incidência. Não teve o condão de inserir norma geral antielisiva em nosso sistema

<sup>80</sup> BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário: limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 160.

<sup>81</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. Elisão e evasão fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Caderno de pesquisas tributárias: elisão e evasão fiscal*. v. 13. São Paulo: Resenha Tributária, 1988. p. 141-146.

<sup>82</sup> ROTHMANN, Gerd Willi; PACIELLO, Gaetano. Elisão e evasão fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra (coord.). *Caderno de pesquisas tributárias: elisão e evasão fiscal*. v. 13. São Paulo: Resenha Tributária, 1988, p. 419.

jurídico. Não seria o vínculo normativo adequado para realizar tal intento. Se a norma dessa natureza guardasse compatibilidade com princípios e regras constitucionais que regem a tributação no País [...] não haveria de ser vinculada por lei ordinária.<sup>83</sup>

Outra relevante alteração foi trazida com o advento da Lei Complementar nº 104/2001. Segundo relata a doutrina, o Projeto de Lei nº 77/1999 (PLP 77/1999), que deu origem à LC nº 104/2001, compunha um pacote de medidas legislativas que tinham por objetivo aumentar a arrecadação de tributos federais, em especial o imposto sobre a renda. Supostamente, havia um incômodo por parte da Secretaria da Receita Federal do Brasil em razão de grandes grupos empresariais que apresentaram, por sucessivos exercícios, prejuízos fiscais, nada tendo a recolher a esse título. Assim, o projeto original pretendia alterar o *caput* do artigo 43 do CTN, para incluir a mera obtenção de receita como fato gerador do imposto sobre a renda<sup>84</sup>. Felizmente, a medida não prosperou.<sup>85</sup>

Algumas alterações substanciais também ocorreram na tributação de resultados auferidos no exterior<sup>86</sup> e na tentativa de estabelecer novas medidas de combate à elisão tributária. Dentre estas medidas, o artigo 116 do CTN foi alterado para constar a seguinte redação:

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. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001).

<sup>83</sup> BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário: limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 161-162.

<sup>84</sup> “Art. 43. O imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de receita ou de rendimento proveniente, a qualquer título, do capital, do trabalho ou da combinação de ambos.

§ 1º Constituem também fato gerador do imposto de que trata o *caput*, os acréscimos patrimoniais, de qualquer natureza.

§ 2º O imposto não incidirá sobre os acréscimos de que trata o parágrafo anterior, quando forem decorrentes de receita ou de rendimento sujeitos à tributação nos termos do *caput*.

§ 3º A incidência do imposto independente da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.

§ 4º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo. Art. 44. A base de cálculo do imposto é o montante: I – da receita ou do rendimento, ou da soma de ambos, deduzidos os valores admitidos em lei, observados os limites por ela fixados em função da atividade econômica; e II – do acréscimo patrimonial, de qualquer natureza.

§ 1º A lei especificará as hipóteses e as condições em que se admitirá seja a base de cálculo do imposto determinada de forma presumida ou arbitrada.

§ 2º A base de cálculo presumida não poderá ser superior ao valor apurado na forma do *caput*, determinado em função dos limites ali referidos.”

<sup>85</sup> BARRETO, Paulo Ayres, *op. cit.*, p. 52-66.

<sup>86</sup> Sobre o tema: *Id.*. Imposto sobre a renda e os lucros auferidos no exterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. v. 6. São Paulo: Dialética, 2002, p. 333-346.

Tal dispositivo foi tratado por muitos como sendo o marco legislativo da introdução de uma norma antielisiva, que visaria coibir condutas dos contribuintes que, apesar de lícitas, resultariam em redução “injustificada” da carga tributária das operações.

Sem examinar a compatibilidade do dispositivo com a Constituição Federal, passa-se a analisar o histórico legislativo relativo à tentativa de introdução de uma norma antielisiva no ordenamento jurídico brasileiro, de forma a demonstrar que, em todas as oportunidades que o Congresso Nacional tratou de forma ampla e democrática da temática, sua resposta foi negativa no que se refere à introdução do instituto no sistema jurídico tributário nacional.

PAULO AYRES BARRETO fala, inclusive, em “quádrupla refutação do Congresso Nacional às pretensões de ampliar os Poderes da Administração para a refutação de negócios jurídicos tributários”, demonstrando o protagonismo do Poder Legislativo na rejeição às medidas de desconsideração de negócios jurídicos lícitos para fins de combate ao planejamento tributário. Assim é que, em pelo menos quatro oportunidades, propostas de ampliação dos poderes da fiscalização tributária em desconsiderar estruturas negociais dos contribuintes foram rejeitas pelo Poder Legislativo. São elas: (i) a discussão e aprovação do Código Tributário Nacional; (ii) a minuta do projeto que daria origem à Lei Complementar nº 104/2001, originariamente proposta pela Receita Federal do Brasil; (iii) a rejeição do Capítulo da Medida Provisória nº 66/2002, referente aos “procedimentos relativos à norma geral antielisão”; (iv) rejeição dos artigos da Medida Provisória nº 685/2015 ao dever declaração de planejamentos tributários à Receita Federal do Brasil<sup>87</sup>.

Quanto à primeira refutação, ressalte-se que no projeto de lei que culminou na edição do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/1966) já restavam evidentes as tentativas de introdução de instrumentos de combate à elisão fiscal, isto é, a atuação lícita do contribuinte visando à otimização da carga tributária. O artigo 74 do projeto original do diploma possuía a seguinte redação:

Art. 74. A interpretação da legislação tributária visará sua aplicação não só aos atos, fatos ou situações nela nominalmente referidos, como também àqueles que produzam ou sejam suscetíveis de produzir resultados equivalentes.

O dispositivo visava utilizar o raciocínio analógico para incluir no âmbito da tributação situações que, conquanto não estivessem previstas na regra-matriz de incidência tributária, gerariam uma redução de carga tributária “desmotivada”, “em desconformidade

---

<sup>87</sup> BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário: limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 163-164.

com outras prescrições constantes do mesmo texto, mas, sobretudo, com princípios e regras de superior hierarquia, em absoluto descompasso com o sistema constitucional então vigente”<sup>88</sup>. Por tal motivo, o Congresso Nacional suprimiu da redação original do CTN esta primeira tentativa de ampliação dos poderes da Administração Tributária, não tendo sequer constado na redação aprovada.

A segunda refutação à tentativa de introdução de uma norma antielisiva ocorreu com o resultado das discussões entre a Secretaria da Receita Federal do Brasil e a Presidência da República quanto ao alcance do Projeto de Lei Complementar nº 77/1999, que culminou na Lei Complementar nº 104/2001, antes de seu envio ao Congresso Nacional. PAULO AYRES BARRETO relata episódio ocorrido em reunião do Conselho de Altos Estudos de Finanças e Tributação da Associação Comercial do Estado de São Paulo, no qual o então Secretário da Receita Federal do Brasil, Everardo Maciel, esclarece que divergências entre os dois órgãos culminaram em alterações significativas do parágrafo único do artigo 116 em sua redação originária do PLC nº 77/99, reduzindo significativamente os poderes das autoridades fiscais a partir da aplicação do instituto que, originalmente, pretendia desconsiderar negócios jurídicos lícitos que produzissem efeitos de redução da carga tributária de forma “injustificada”<sup>89</sup>.

Em seguida, a terceira refutação decorreu da rejeição parcial, por parte do Congresso Nacional, do Projeto de Conversão da Medida Provisória nº 66/2002, posteriormente convertida na Lei nº 10.637/2002. Os artigos 13 a 19 do diploma legal estabeleciam o procedimento a ser obedecido pelas autoridades administrativas fiscais para desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados pelos contribuintes com o intuito de dissimular a ocorrência do fato gerador, na mesma ideia geral trazida pelo atual art. 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

Ocorre, no entanto, que o artigo 14, § 1º, incisos I e II, da MP nº 66/2002 estabelecia que, sob o pretexto de regulamentação do procedimento, as autoridades administrativas deveriam levar em conta a ocorrência da “falta de propósito negocial” ou o “abuso de forma jurídica”<sup>90</sup>. O § 2º, por sua vez, dispunha que a opção pela forma mais complexa ou mais

<sup>88</sup> BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário: limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 164.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 165.

<sup>90</sup> “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.

§ 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”.

onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato, deveria ser considerada indicativo da chamada “falta de propósito negocial”<sup>91</sup>. Ainda, previa-se que a determinação de “abuso de forma jurídica” decorreria da prática de negócio jurídico indireto que produzisse mesmo resultado que o ato ou negócio dissimulado.<sup>92</sup>

Desse modo, ao tentar introduzir os conceitos de propósito negocial e de abuso de forma jurídica no escopo da aplicação de norma antielisiva de combate à dissimulação, o legislador ultrapassou o limite semântico deste último instituto. Por esse motivo, os artigos 13 a 19 da Medida Provisória nº 66/99 não foram convertidos em lei, tendo mais uma vez o Poder Legislativo brasileiro se manifestado no sentido de que não pode ser menosprezada a proposta de interpretação do artigo 116, parágrafo único do Código Tributário Nacional.<sup>93</sup>

A quarta refutação é representada pela rejeição dos dispositivos da Medida Provisória nº 685/2015, que pretendia instituir a obrigação de divulgação de planejamentos tributários pelos contribuintes, chamado Declaração de Planejamento Tributário – DEPLAT, nos artigos 7º a 12 do diploma. O *caput* do art. 7º determinava que o conjunto de operações envolvendo atos ou negócios jurídicos que acarretassem supressão, redução ou diferimento de tributo fosse declarado à Secretaria da Receita Federal do Brasil, nas hipóteses previstas nos incisos, quais sejam, (i) os atos ou negócios jurídicos praticados não possuíssem razões extratributárias relevantes; (ii) a forma adotada não fosse usual, utilizasse de negócio jurídico indireto ou contivesse cláusula que desnaturasse, ainda que parcialmente, os efeitos de um contrato típico; ou (iii) tratasse de atos ou negócios jurídicos previstos em ato da Secretaria da Receita Federal do Brasil<sup>94</sup>.

Em que pesem alguns defenderem que a inspiração da MP nº 685/2015 teria sido a Ação 12 do Projeto BEPS (“*Mandatory Disclosure Rules*”), que, em relatório produzido pelo Grupo de Trabalho nº 11 da OCDE, trouxe um panorama geral das regras de divulgação obrigatória, opções para elaboração das regras de divulgação obrigatória e recomendações

---

<sup>91</sup> “§ 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.”

<sup>92</sup> “§ 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.”

<sup>93</sup> BARRETO, Paulo Ayres. Planejamento tributário: perspectivas jurisprudenciais. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2011. p. 292-323.

<sup>94</sup> Sobre o tema: OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. *A obrigação de divulgação de planejamentos tributários agressivos no ordenamento brasileiro: uma análise à luz do Projeto BEPS da OCDE/G20*. São Paulo: Quartier Latin; IBDT, 2018, p. 283.

específicas para esquemas internacionais, *etc.*<sup>95</sup>, fato é que sua implementação utilizou termos de aplicabilidade duvidosa no Direito Tributário, como “negócio jurídico indireto”, “razões extratributárias relevantes”, entre outros, e ainda aplicou sanções administrativas e criminais rigorosas pelo descumprimento de suas disposições, o que levava a crer que o instrumento serviria muito além de suas intenções originais.

Mais uma vez, o Poder Legislativo se posicionou contra a introdução de ferramentas que ampliassem os poderes das autoridades administrativas para desconsiderar os atos ou negócios jurídicos utilizados pelos contribuintes, demonstrando que o Congresso Nacional assumiu firme posição no que concerne ao tema.

Este desenvolvimento histórico é tratado com previsão por PAULO AYRES BARRETO, ao lembrar a manifestação do Poder Legislativo nas oportunidades de alargamento dos poderes da Administração Tributária:

Em síntese, em quatro oportunidades, num interregno de aproximadamente 50 anos, o legislador nacional foi instado a se posicionar sobre a dilatação de limites para atuação das autoridades administrativas na apreciação dos fatos que dão origem às incidências tributárias e, em todas as oportunidades, rejeitou as propostas que caminhavam nessa direção. Não há silêncio por parte do legislativo nessa matéria. Ao revés, há, de um lado, regramento específico no Código Tributário Nacional (art. 116, parágrafo único, e 149, VII) e há, de outro, refutação do poder competente em relação às tentativas de estabelecer outros limites à elisão tributária.<sup>96</sup>

Uma vez demonstrado o histórico da postura legislativa quanto ao aumento dos poderes administrativos de combate à elisão fiscal – sempre em sentido negativo e em prol de prestigiar a liberdade negocial do contribuinte –, resta determinar quais as efetivas consequências normativas das alterações promovidas pela Lei Complementar nº 104/2001 na forma como foi aprovada.

### **3.3 AS ALTERAÇÕES DA LEI COMPLEMENTAR Nº 104/2004 E SUAS CONSEQUÊNCIAS**

A Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, introduziu profundas alterações no Código Tributário Nacional. Dentre elas, tem suscitado muito debate a regra do parágrafo único do artigo 116, que tem sido vista como consagradora de uma norma geral para combater práticas elisivas.

<sup>95</sup> OECD. Mandatory Disclosure Rules. In: OECD. *Public Discussions Draft – BEPS Action 12*. Paris: OECD, 11 May 2015. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/aggressive/discussion-draft-action-12-mandatory-disclosure-rules.pdf>. Acesso em: 15 maio 2019.

<sup>96</sup> BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário: limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 168.

Debates sobre o sentido e alcance desta norma têm surgido, como poderá ser observado nos próximos tópicos do presente capítulo. Desse modo, passaremos a tratar da natureza do dispositivo polêmico e qual seu alcance e escopo normativo.

### **3.3.1 Interpretação da natureza jurídica do art. 116, parágrafo único, do CTN: entre norma antielisiva geral ou específica?**

Como visto anteriormente, a alteração do artigo 116 do Código Tributário Nacional, pela inclusão de seu parágrafo único, promoveu substancial alteração legislativa no que diz respeito ao estabelecimento de novos limites à elisão tributária.

De um lado, há quem diga que tal alteração representou verdadeiro “marco legislativo revolucionário”<sup>97</sup> e um “divisor de águas no direito tributário brasileiro”<sup>98</sup>, uma vez que estar-se-ia introduzindo verdadeira “norma geral antielisiva”. Por outro lado, há quem defenda também que não teria havido qualquer inovação no ordenamento jurídico tributário, porquanto já haveria normas voltadas ao combate da evasão.<sup>99</sup> Estes dois posicionamentos serão mais bem explorados a seguir.

Analisando a exposição de motivos da Lei Complementar nº 104/2001, são identificadas as seguintes justificativas para a alteração do artigo 116 do Código Tributário Nacional:

6. A inclusão do parágrafo único do art. 116 faz-se necessária para estabelecer, no âmbito da legislação tributária brasileira, norma que permita à autoridade tributária desconsiderar atos ou negócios jurídicos 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.<sup>100</sup>

---

<sup>97</sup> “O que há, então, de ‘revolucionário’ no dia 10 de janeiro (de 2001 ou de 2002, tanto faz)? A conclusão inafastável de o legislador pátrio pretender dar efetividade ao art. 1º da Constituição Federal, em que a república Federativa do Brasil constitui-se não apenas em Estado de direito, mas, muito mais do que isso, em Estado *Democrático* de Direito” (cf. LIBERTUCI, Elisabeth Lewandowski. Reflexões quanto à pertinência da norma antielisão (parágrafo único do art. 116 do CTN) e sua relação com o novo Código Civil. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Curso de direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1075).

<sup>98</sup> ANTONELLI, Leonardo Pietro. *Evasão, elisão e dissimulação do Art. 116, do CTN*. In: GOMES, Marcus Lívio; ANTONELLI, Leonardo Pietro (coords.). *Curso de direito tributário brasileiro*. v. 3, 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 474.

<sup>99</sup> OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Lucros de coligadas e controladas no exterior e aspectos de elisão e evasão fiscal no direito brasileiro e no internacional. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n. 102, mar. 2004, p. 100.

<sup>100</sup> MALAN, Pedro. *Mensagem 1.459*. Brasília: Diário da Câmara dos Deputados, 16 out. 1999, p. 48931. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD16OUT1999.pdf#page=42>. Acesso em: 25 maio 2019.

A intenção do legislador não parece ter sido evidenciada de forma tão clara no texto do dispositivo. Surgem, portanto, algumas dúvidas decorrentes da incoerência entre a exposição de motivos da Lei Complementar nº 104/2001 e o conteúdo normativo do artigo 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional:

O cotejo entre a exposição de motivos e o conteúdo normativo inserido no ordenamento jurídico brasileiro, advêm diversas questões:

- Qual a relevância da exposição de motivos no processo interpretativo?
- Em resposta a: que acepção o signo elisão foi mencionado?
- Abuso de forma e abuso de direito, expressões referidas na exposição de motivos, foram positivados?
- Qual o conteúdo semântico do signo dissimular, constante do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional?<sup>101</sup>

A leitura da exposição de motivos da Lei Complementar nº 104/2001 demonstra que a motivação pela inclusão do parágrafo único do artigo 116 do CTN, em sua redação originária, decorreria da intenção de instituir uma medida de combate à elisão fiscal, autorizando as autoridades administrativas a desconsiderar atos ou negócios jurídicos válidos, mas que gerassem o efeito de redução de carga tributária.

Essa intenção é evidenciada pela utilização de expressões como “planejamento tributário abusivo”, “norma antielisiva”, “abuso de forma”, “abuso de direito”, entre outras, que, à rigor, revelam ao mesmo tempo o desconhecimento dos parlamentares sobre o significado dos termos e a intenção de introduzir uma norma geral antielisiva no ordenamento jurídico tributário brasileiro.

Não foi isso, contudo, que restou aprovado pelo Congresso Nacional e constou na redação do texto aprovado parágrafo único do artigo 116 do CTN.

Mesmo que a exposição de motivos faça menção ao combate à elisão e à possibilidade de desconsiderar planejamentos tributários com abuso de forma e abuso de direito, a redação legal do parágrafo único do art. 116 do CTN possui um escopo muito diferente e bem mais restrito: prescreve o poder de desconsideração de atos praticados com a finalidade de dissimular ocorrência do fato gerador. Dissimular, não é demais lembrar, é signo que tem amplitude semântica distinta dos conceitos de abuso de direito e abuso de forma. Enquanto o ato dissimulado e a própria elisão tributária se encontram no âmbito da licitude, existe uma certa indeterminação sobre qual seria o conteúdo do chamado abuso de forma ou de direito.<sup>102</sup>

<sup>101</sup> BARRETO, Paulo Ayres. Planejamento tributário: perspectivas jurisprudenciais. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2011, p. 298.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 299.

A incoerência e contrariedade entre textos legais e as exposições de motivos que os justificam é usual no Direito<sup>103</sup> e costumam ser gerados pela diferente abordagem utilizada nas discussões parlamentares em relação ao “design” normativo empregado na formulação do texto positivado.

Deve-se lembrar, contudo, que, a partir do processo de enunciação<sup>104</sup>, ingressam no sistema jurídico os chamados enunciados-enunciados<sup>105</sup> e que o confronto entre os dois deve favorecer sempre estes últimos<sup>106</sup>, pois eles representam o efetivo suporte físico do qual o processo de geração de sentido normativo se iniciará e, obrigatoriamente, deverá ter em vista como ponto de chegada.

Portanto, independentemente das discussões que precederam a positivação do referido enunciado normativo, pouco importa se a intenção subjetiva do legislador era inserir uma norma geral antielisiva no ordenamento jurídico. Normativamente não o fez e tampouco conseguiu, nessas duas décadas que sobrevieram após sua publicação, inserir modificações na legislação. Diante do quadro normativo existente, ao intérprete cabe construir a norma jurídica a partir do texto positivo, dos enunciados normativos, que devem ser tomados em sua exata extensão para que se inicie o processo exegético. Embora haja a inesgotabilidade semântica do enunciado prescritivo, ele deve ter como ponto de partida e de chegada o próprio conteúdo semântico possível daquele texto legal.

### **3.4 ANÁLISE DOS VÍCIOS E DEFEITOS DOS ATOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS DE DIREITO PRIVADO**

MARCOS BERNARDES DE MELLO ensina que as irregularidades dos atos e negócios jurídicos estão classificadas, sob a égide do Código Civil/2002, por sua contrariedade ao Direito, dentre as quais destacaremos duas formas em especial: (i) a invalidade, que implica em nulidade ou anulabilidade do ato ou negócio jurídico inválido, a depender do vício tratado;

---

<sup>103</sup> Como no caso do desacordo entre a exposição de motivos da Lei nº 9.430/96 e os enunciados prescritivos inseridos no sistema, no regramento de preços de transferência, por exemplo (cf. BARRETO, Paulo Ayres. *Imposto sobre a renda e preços de transferência*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 153).

<sup>104</sup> O processo de enunciação é entendido como “o exame dos fatos que fazem nascer regras jurídicas introdutoras” (cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 19. ed. São Paulo, Saraiva: 2007, p. 50).

<sup>105</sup> Os enunciados-enunciados seriam definidos como os comandos prescritivos efetivamente inseridos no sistema, ao cabo de um processo enunciativo (cf. MOUSSALLEM, Tarék Moysés. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 147).

<sup>106</sup> BARRETO, Paulo Ayres. Segurança jurídica no planejamento tributário. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. v. 14. São Paulo: Dialética, 2010, p. 274.

e (ii) a ilicitude, que gera a nulidade do ato ou negócio jurídico ilícito, em virtude de sua contrariedade ao ordenamento jurídico posto.<sup>107</sup>

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA afirma que tanto os atributos de invalidade (nulidade ou anulabilidade) quanto ilicitude (típica ou atípica) são espécies que compõem o gênero dos fatos contrários ao Direito<sup>108</sup>, portanto os atos ou negócios jurídicos ilícitos (*stricto sensu*) e inválidos podem ser todos classificados como atos ou negócios jurídicos ilícitos *lato sensu*.<sup>109</sup>

Em relação ao primeiro instituto, a invalidade pode ser verificada quando “as condições formais e materiais de sua produção e consequente integração ao ordenamento”<sup>110</sup> forem descumpridas. No Código Civil de 2002, essas hipóteses são definidas como, por exemplo, incapacidade do agente, ilicitude, impossibilidade, indeterminação do objeto do negócio, ilicitude do motivo, inobservância de formas e solenidades previstas em lei, fraude à lei imperativa, descumprimento de vedação expressa em lei (artigo 166)<sup>111</sup>; simulação (artigo 167)<sup>112</sup>; além de incapacidade relativa, erro, ignorância, dolo coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores (artigo 171)<sup>113</sup>.

<sup>107</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 221.

<sup>108</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 654.

<sup>109</sup> MELLO, Marcos Bernardes de, *op. cit.*, p. 250.

<sup>110</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: decisão, técnica e dominação*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 203.

<sup>111</sup> “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.”

<sup>112</sup> “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.”

<sup>113</sup> “Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente;

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.”

As consequências da invalidade podem variar entre anulabilidade e nulidade<sup>114</sup>, que são conceitos que se diferenciam conforme a capacidade de produção de efeitos no ordenamento jurídico.

A nulidade é atributo que se aplica à norma que, tendo entrado no ordenamento jurídico, não produz efeitos desde o momento de sua vigência, em decorrência de defeito essencial de formação. De outro modo, a anulabilidade é atributo de norma que, tendo vigorado no ordenamento jurídico, produz efeitos e continua produzindo, até que haja requerimento formulado expressamente e acolhido por parte interessada.<sup>115</sup> Da mesma forma em relação aos atos ou negócios jurídicos anuláveis ou nulos.

Em especial no que concerne aos atos ou negócios jurídicos ilícitos, estes podem ser classificados entre ilícitos típicos e ilícitos atípicos.<sup>116</sup> Neste viés, quando for praticado comportamento contrário a um comando obrigatório, consubstanciado em norma jurídica, dotado de relações jurídicas circunscritas nos modais deôntico “obrigatório” ou “proibido” e prescritiva de sanção correlata, este seria classificado como um ilícito típico.<sup>117</sup>

Por sua vez, os ilícitos atípicos baseiam-se em ideia – bastante controversa, diga-se – de que, se as condutas contrárias a regras estariam no plano das ilicitudes, seriam também ilícitas as condutas que contrariassem princípios.<sup>118</sup>

HELENO TAVEIRA TÔRRES define os ilícitos atípicos como comportamentos que não caracterizam violação a um comando normativo imperativo, mas cujo resultado ou efeito afronta um princípio do sistema jurídico ou uma regra geral que contém uma diretiva ou critério genérico ou abstrato.<sup>119</sup>

Conquanto tal concepção não gere maiores problemas no Direito Privado, onde o dogma da completude do Direito é aceito e, muitas vezes, defendido com vigor, não se pode falar o mesmo quanto à sua aplicação no Direito Tributário. Ao revés, no Direito Tributário vigora o dogma da incompletude do Direito, em homenagem à estrita legalidade e a vedação à

---

<sup>114</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 94.

<sup>115</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: decisão, técnica e dominação*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 217.

<sup>116</sup> MIRAGEM, Bruno. *Abuso de direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 51.

<sup>117</sup> TORRES, Heleno Taveira. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação, elusão tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 197.

<sup>118</sup> YAMASHITA, Douglas. *Elisão e evasão de tributos – planejamento tributário à luz do abuso de direito e da fraude à lei*. São Paulo: Lex, 2005, p. 61.

<sup>119</sup> TORRES, Heleno Taveira, *op. cit.*, p. 197.

analogia, razão pela qual não pode o intérprete/aplicador estender hipóteses normativas para além do quadro de sentidos possíveis.<sup>120</sup>

Desse modo, passamos a analisar os argumentos utilizados para sustentar a ocorrência de vícios de atos ou negócios jurídicos no contexto do planejamento tributário.

### 3.4.1 Eficácia positiva da capacidade contributiva

O artigo 145, § 1º, do Código Tributário Nacional traz a seguintes prescrições:

[...] sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”. Tal enunciado inaugura o chamado Princípio da Capacidade Contributiva, que é considerado diretriz geral, informadora da tributação no Brasil. Tanto assim é, que o Supremo Tribunal Federal tem entendido que “todos os tributos submetem-se ao princípio da capacidade contributiva [...], ao menos em relação a um de seus três aspectos (objetivo, subjetivo e proporcional), independentemente de classificação extraída de critérios puramente econômicos.<sup>121</sup>

Não obstante a importância do Princípio da Capacidade Contributiva no ordenamento jurídico nacional, enquanto critério de aplicação da isonomia em matéria tributária, diversas dúvidas surgem a respeito de seu conteúdo, mandamentos que decorrem de seu âmbito de aplicação ou, ainda, em quais situações este pode ser afastado (se é que o pode).

Revisitando o tema do Princípio da Capacidade Contributiva no debate acerca dos limites do planejamento tributário, MARCO AURÉLIO GRECO entende que o arbítrio dos contribuintes de ordenar seus negócios de forma a otimizar a carga tributária potencialmente incidente não encontra limite apenas na lei, mas também nos princípios da igualdade e da capacidade contributiva, ambos informados pelo princípio da solidariedade social.<sup>122</sup> Na busca deste espaço de intercessão entre os referidos princípios, o autor resume em clara lição:

[...] acrescenta-se um outro ingrediente que é o princípio da capacidade contributiva que – por ser um princípio constitucional tributário – acaba por eliminar o predomínio da liberdade, para temperá-la com a solidariedade social inerente à capacidade contributiva.

<sup>120</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. O planejamento tributário e o buraco do real. Contraste entre a completabilidade do Direito Civil e a vedação da completude no Direito Tributário. In: FERREIRA, Eduardo Paz; TORRES, Heleno Taveira; PALMA, Clotilde Celorico (org.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier: Economia, Finanças Públicas e Direito Fiscal*. v. 2. Coimbra: Almedina, 2013, p. 399-414.

<sup>121</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 406.955/MG*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgamento: 04 out. 2011. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJE, 21 out. 2011.

<sup>122</sup> GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 225-226.

Ou seja, mesmo que os atos praticados pelo contribuinte sejam lícitos, não padeçam de nenhuma patologia; mesmo que estejam absolutamente corretos em todos os seus aspectos (licitude, validade) nem assim o contribuinte pode agir da maneira que bem entender, pois sua ação deverá ser vista também da perspectiva da capacidade contributiva.<sup>123</sup>

Assim, o autor vê no Princípio da Capacidade Contributiva verdade na função de colmatação de lacunas, isto é, mesmo nos campos onde a lei tributária não alcança situação além daquela prevista em lei, este princípio e o princípio da igualdade operam em conjunto com eficácia positiva “em todos os momentos de concreção dos preceitos constitucionais: legislação, execução e jurisdição”<sup>124</sup>. Eis, nas suas palavras, a ideia de eficácia positiva do princípio da capacidade contributiva:

Na medida em que se identifique, quando menos, o caráter programático da norma do § 1º do artigo 145 da CF/88, não se pode deixar de reconhecer que – ainda assim – o princípio da capacidade contributiva espraia-se por todo ordenamento tributário e atua como enriquecedor dos seus preceitos, além de servir de critério de compreensão das suas normas, atuando com a função de iluminar o ordenamento seja na criação das leis tributárias, seja na sua interpretação e aplicação pelos interessados e pelo juiz.<sup>125</sup>

Ressalte-se que é preciso compatibilizar a perspectiva apresentada por MARCO AURÉLIO GRECO para que este conteúdo seja efetivamente atribuído ao Princípio da Capacidade Contributiva, uma vez que tal proposta interpretativa não poderia desconsiderar, sem maiores justificativas, os direitos e garantias fundamentais do contribuinte, em harmonia com o estado democrático de direito na execução dos negócios e seus efeitos tributários.

JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO afirma que

[...] a expressão ‘sempre que possível’ não pode significar, jamais, uma porta aberta para o legislador que, num comportamento parcial, omissivo ou negligente, venha a instituir impostos totalmente divorciados da específica realidade tributária, sem qualquer vínculo ou conexão com o agente passivo, desprezando o efetivo gravame patrimonial.<sup>126</sup>

Em mesmo sentido, ao analisar o Princípio da Capacidade Contributiva, ALCIDES JORGE COSTA ensina que

A norma é programática no sentido de que o legislador ordinário deve buscar a personalização dos impostos e sua graduação segundo a capacidade econômica do contribuinte, sempre que possível. A possibilidade depende do

<sup>123</sup> GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 319.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 343.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 344-345.

<sup>126</sup> MELO, José Eduardo Soares de. Capacidade contributiva. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Caderno de pesquisas tributárias: capacidade contributiva*. v. 14. São Paulo: Centro Extensão Universitária; Resenha Tributária, 1989, p. 148.

juízo do legislador ordinário. De qualquer modo, o dispositivo em causa vincula o legislador no sentido de limitar sua discricionariedade, impedindo-o de erigir em fato gerador de tributo comportamentos sociais que não constituem manifestação de riqueza.<sup>127</sup>

Ainda no tema, FERNANDO AURÉLIO ZILVETI identifica uma obrigação do legislador no conteúdo do Princípio da Capacidade Contributiva um dever do legislador em graduar corretamente a base de cálculo e alíquota do tributo, sob pena de o contribuinte adquirir o direito de questionar a constitucionalidade da lei. Nesse sentido:

A questão debatida entre os críticos e os defensores do princípio da capacidade contributiva é de que este princípio seria apenas um mandamento programático ou, numa visão mais simplista, um argumento que o contribuinte poderia usar para furtar-se da obrigação de contribuir para as despesas do Estado.

Este princípio, ao contrário, é um instrumento de grande valor para – caso o legislador não o tenha observado na elaboração da lei, a graduação correta da base de cálculo e da alíquota que recaem sobre o sujeito passivo – o contribuinte possa insurgir-se contra a lei.<sup>128</sup>

MORIS LEHNER pondera que, mesmo uma interpretação teleológica do Princípio da Capacidade Contributiva, na qual se observem os valores subjacentes desse princípio no processo interpretativo, i.e., na construção de seu significado, somente pode ser feita no campo de aplicação próprio desta norma, o qual não compreende aquele em que a lei tributária tem uma finalidade arrecadatória *per se*, mas tão somente no qual o contribuinte auferir contribuições independentes de contrapartida, como meio de cobrir as necessidades financeiras do Estado.<sup>129</sup>

Neste condão, vê-se que a doutrina, de forma geral, enxerga no Princípio da Capacidade Contributiva uma verdadeira limitação ao poder de tributar exclusivamente eficácia negativa, pela qual não se autoriza a tributação de todo e qualquer fato revelador de capacidade econômica. Não basta, portanto, a mera manifestação de riqueza sob a perspectiva econômica para ensejar a incidência da norma jurídica tributária. É impositivo que haja lei expressa prevendo, em linguagem competente, aquele fato econômico no antecedente

<sup>127</sup> COSTA, Alcides Jorge. Capacidade contributiva. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 55, jan./mar. 1991, p. 301-302.

<sup>128</sup> ZILVETI, Fernando Aurélio. Capacidade contributiva e mínimo existencial. In: COSTA, Alcides Jorge et al. *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética; IBDT, 1998, p. 39.

<sup>129</sup> LEHNER, Moris. Consideração econômica e tributação conforme a capacidade contributiva. Sobre a possibilidade de uma interpretação teleológica de normas com finalidades arrecadatórias. In: COSTA, Alcides Jorge et al. *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética; IBDT, 1998, p. 145.

normativo da norma de incidência tributária, sendo necessário que, em qualquer cenário, tal lei respeite a garantias a direitos individuais do contribuinte.

É nesse sentido que PAULO AYRES BARRETO consigna que o Princípio da Capacidade Contributiva é uma garantia individual do contribuinte, ensejando o direito subjetivo de (i) não ser alcançado por tributos em relação aos fatos que não revelem tal capacidade; e (ii) não sofrer incidência tributária em relação a fatos que, conquanto reveladores de capacidade contributiva, não estejam previstos no antecedente da regra-matriz de incidência tributária.<sup>130</sup>

Qualquer incursão em argumentos que não se restrinjam aos limites normativos do Princípio da Capacidade Contributiva e da Legalidade representam a apropriação de conceitos extrajurídicos, provenientes de outras ciências, que não podem ser considerados válidos perante o Direito Tributário, ainda que sob uma perspectiva interdisciplinar.<sup>131</sup>

Assim é que JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO tece crítica contundente sobre o tema da interpretação com bases econômicas:

[...] objetivando compreender a norma jurídica, a declaração do seu sentido, de conformidade com o ordenamento jurídico, o hermeneuta só deveria utilizar instrumental jurídico, tendo em vista que os fatos (sociais, econômicos, etc.) foram captados pelo legislador (político) e juridicizados, em razão de que não poderia servir-se de elementos, conceitos e critérios pertinentes a outras ciências, nem considerar finalidades estranhas ao direito.<sup>132</sup>

A rigor, por meio de um método estritamente jurídico, a atividade administrativo-fiscal se resume ao processo de determinação do sujeito passivo, apuração de dívida tributária, por meio da constituição de norma individual e concreta. Como norma individual e concreta, é construída segundo o modelo da norma geral e abstrata, na dinâmica do processo de positivação do direito, que atinge o plano de conduta intersubjetivas, regulando-as pelo emprego dos modais deôntico (permitido, obrigatório e proibido).<sup>133</sup>

---

<sup>130</sup> BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário: limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 179.

<sup>131</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Interpretação dos fatos jurídicos e os avanços da interdisciplinaridade. In: TORRES, Heleno Taveira (coord.). *Direito tributário e ordem econômica: homenagem aos 60 anos da ABDF*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 279-296.

<sup>132</sup> MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de direito tributário*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 210.

<sup>133</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008.

Ainda que o lançamento parta de norma geral e abstrata, entendemos que as possibilidades interpretativas não são inesgotáveis, afinal a norma deve guardar referibilidade semântica com sua origem, isto é, o próprio texto normativo.<sup>134</sup>

Neste escólio, RICCARDO GUASTINI ensina que, do ponto de vista conceitual, a interpretação não pode ser entendida como qualquer atribuição de significado do texto interpretado, mas sim um significado que esteja dentro da moldura normativa (de amplitude variável) proveniente do texto legal de significados admissíveis.<sup>135</sup>

Partindo dessa premissa, é importante perquirir se a utilização de argumentos extrajurídicos não resulta em situação em que se está recorrendo à analogia para promover a tributação e, portanto, tributando-se além dos limites legais, em violação não só à legalidade tributária estrita, como também ao artigo 108, § 1º, do Código Tributário Nacional.<sup>136</sup>

O ordenamento jurídico brasileiro expurga a tese da eficácia positiva do Princípio da Capacidade Contributiva, conquanto este implique, imprescindivelmente, em desobediência ao Princípio da Legalidade e tributação por analogia de fatos do mundo fenomênico que não se enquadram na moldura legal do texto legal, que delimita as possibilidades interpretativas da norma jurídica.

### 3.4.2 Simulação e dissimulação

No Direito Tributário, os institutos da simulação e da dissimulação têm grande relevância em matéria de planejamento tributário, por várias razões, dentre as quais: (i) o parágrafo único do artigo 116 do CTN faz referência à dissimulação; (ii) é preciso determinar a relação entre simulação/dissimulação e os atos ou negócios jurídicos que visem otimizar a carga tributária do contribuinte; (iii) é controversa a sua classificação como evasão fiscal ou elusão fiscal<sup>137</sup> – lembre-se, contudo, que já adotamos a premissa de que a

<sup>134</sup> ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da Norma Tributária*. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 159.

<sup>135</sup> GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 76.

<sup>136</sup> “Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

[...]

§ 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei. 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.”

<sup>137</sup> Heleno Taveira Tôres sustenta que a simulação deve ser incluída no conceito de ato elusivo, com base no entendimento de que “tanto a *simulação absoluta* quanto a *simulação relativa* apresentam-se sob as vestes de um negócio lícito (ficto naquele e dissimulado neste, para encobrir a ocorrência de um outro) e somente com a respectiva desconsideração de tal ato aparente (lícito) é que se poderá identificar o ato simulado (também lícito), cuja ilicitude exsurge do *pactum simulationes* entre as partes” (cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito*

categorização de simulação como evasão fiscal, na medida em que a identificação da figura da “elusão”, desnaturaria a relação binomial lícito/ilícito, própria do Direito; (iv) o exame da simulação/dissimulação se faz imprescindível para a identificação dos limites negativos à conduta lícita e eficaz; (v) o próprio CTN elegeu a simulação como uma das hipóteses que autoriza a revisão do lançamento, nos termos do artigo 149, inciso VII; (vi) o Direito Tributário não oferece um conceito de simulação expresso, pelo que a doutrina diverge quanto à aplicação do disposto no artigo 167 do Código Civil de 2002 no âmbito do planejamento tributário.

De início, a doutrina especializada em Direito Civil diferencia a figura da simulação entre *absoluta* (simulação *stricto sensu*) e *relativa* (dissimulação). A simulação absoluta decorre da celebração de determinado negócio jurídico que, na realidade, sequer chegou a existir. Por outro lado, na simulação relativa, celebra-se um negócio jurídico aparentemente existente, para ocultar-se o negócio jurídico efetivamente desejado. Nesta última, há um negócio jurídico real que foi ocultado, por meio de um negócio jurídico simulado, exteriorizado por meio de declaração mentirosa. Assim é que, em célebre metáfora, diz-se que a simulação absoluta é representada pela figura do fantasma, enquanto a simulação relativa (dissimulação) é representada pela figura da máscara.<sup>138</sup>

Para CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA haveria simulação absoluta quando a declaração de vontade não tem eficácia alguma: o agente *aparentemente* quer, mas, na realidade, não quer; o agente *aparentemente* fez algo, todavia, na realidade, nada fez. A simulação relativa, conhecida como dissimulação, abrange tanto a situação em que o negócio jurídico tem por finalidade encobrir outro de natureza diversa, como nos casos em que se transmite ou confere direitos a pessoas diversas daquelas às quais efetivamente se efetua a transmissão.<sup>139</sup>

O autor ressalta que, na simulação *lato sensu*, o agente efetivamente faz a emissão da vontade, que existe e produz efeitos jurídicos, mas que decorre de declaração mentirosa, pois o objetivo visado pelo agente é diverso daquele que decorre normativamente do ato ou negócio jurídico realizado. Vê-se, portanto, que a razão determinante da subsistência do negócio jurídico não é a vontade das partes, mas sim os fins visados, conforme se extrairia de

---

*tributário e direito privado: autonomia privada, simulação, elusão tributária.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 180).

<sup>138</sup> FERRARA, Francesco. *A simulação dos negócios jurídicos.* São Paulo: Saraiva, 1939, p. 50.

<sup>139</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* v. 1, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 637.

uma interpretação conjunta dos artigos 167 e 170 do Código Civil de 2002.<sup>140</sup> Assim, para o exame dessa figura deve-se dar prioridade para os elementos que indicam o que realmente foi realizado pelas partes, e não o que elas quiseram realizar.<sup>141</sup>

Por fim, ressalte-se a questão da declaração de vontade, para definição da simulação absoluta ou relativa, as hipóteses de instrumento antedatado e pós-datado, e de ato ou negócio em que figure pessoa inexistente, fazendo referência à hipótese mais objetiva dentre aquelas contempladas pelo conceito de simulação.

Representante da corrente voluntarista, FRANCESCO FERRARA defende que nos atos e negócios jurídicos deveriam concorrer vontade e declaração, razão pela qual a simulação seria marcada por três circunstâncias relevantes: (i) declaração que não reflete a vontade; (ii) o descompasso entre declaração e vontade seria evidente entre as partes que acordam a edição do ato ou negócio jurídico simulado; (iii) os atos ou negócios jurídicos simulados seriam realizados com o objetivo de prejudicar terceiros.<sup>142</sup> Na mesma senda, MOREIRA ALVES ressalta critérios semelhantes para categorização da simulação.<sup>143</sup>

Assim, examinando as lições da doutrina civilista e o disposto no artigo 167 do Código Civil de 2002, pode-se afirmar que, em linhas gerais, é simulado o ato realizado com falsidade ou aparência não verdadeira, conceituação essa que, por sua amplitude, permite uma relativização. Diante disso, existem duas visões distintas para a conceituação de simulação<sup>144</sup>:

- a) Teoria voluntarista: sustenta que a simulação decorreria do negócio jurídico formado pela conjunção de dois elementos, quais sejam, a vontade interna e a declaração de vontade. A vontade interna seria a força criadora dos efeitos jurídicos, não passando a declaração de mera revelação da vontade perante terceiros<sup>145</sup>;
- b) Teoria causalista: a simulação decorreria de negócio jurídico caracterizado como uma declaração feita dentro dos moldes socialmente reconhecíveis como aptos a

<sup>140</sup> “Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

[...]

Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.”

<sup>141</sup> GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 609-610.

<sup>142</sup> FERRARA, Francesco. *A simulação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 1939, p. 30-31.

<sup>143</sup> Sobre o tema: ALVES, José Carlos Moreira. Figuras correlatas: abuso de forma, abuso de direito, dolo, negócios jurídicos simulados, fraude à lei, negócio jurídico indireto e dissimulação. In: *Anais do seminário internacional sobre Elisão Fiscal*. Brasília: ESAF, 2002, p. 64.

<sup>144</sup> GODOI, Marciano de Seabra de. Dois conceitos de simulação e suas consequências para os limites da elisão fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*. v. 11. São Paulo: Dialética, 2007, p. 275-277.

<sup>145</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 249.

produzir efeitos jurídicos. Assim, embora existente, o ato ou negócio jurídico poderá ser nulo ou anulável, ou não produzir efeitos, independentemente da vontade das partes.<sup>146</sup> Deste modo, o ato ou negócio jurídico simulado não conteria nenhum regulamento de interesses ou conteria um regulamento de interesses diversos daquele que as partes pretendem observar nas suas relações, procurando atingir um escopo divergente de sua causa típica.<sup>147</sup>

Uma vez abordadas as teorias civilistas sobre a simulação, cabe definir qual o conceito de simulação adotado pelo Código Civil brasileiro de 2002.

As lições de ALBERTO AURICCHIO, traçadas originariamente ao ordenamento italiano, podem ser transpostas para o caso brasileiro, ao sustentar que da literalidade das disposições legais não resulta que a simulação incida sobre a vontade ou sobre a causa. Contudo, a falta de uma definição legislativa não pode “levar a crer que se torne necessário, ou mesmo lícito, deduzir ou apresentar um conceito de simulação, argumentando com base no bom senso ou com belas imagens, ou tomando como fundamento tradições jurídicas que poderiam ser falsas ou gratuitas, embora tenham sido verdadeiras noutros tempos”. Portanto, a disciplina jurídica da simulação deve ser extraída da interpretação do texto legislativo.<sup>148</sup>

Sob a égide do Código Civil de 1916, a simulação era tratada no capítulo “Dos Defeitos dos Atos Jurídicos” e era considerada causa de anulabilidade do negócio, ao lado do erro, do dolo e da coação, conforme o antigo artigo 147, inciso II do diploma legal.<sup>149</sup>

Foi neste contexto que a doutrina majoritária brasileira disseminou a tese de que a ideia de simulação decorreria de vício subjetivo de consentimento, como divergência intencional entre vontade e declaração, com o propósito de enganar terceiros.<sup>150</sup> PONTES DE MIRANDA assevera que, em toda simulação, haveria divergência entre a exteriorização e a volição.<sup>151</sup> De outro, JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES fala de divergência entre a vontade

<sup>146</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. Atualizada de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 83.

<sup>147</sup> BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda, 2008, p. 566-567; AURICCHIO, Alberto. *A simulação no negócio jurídico: premissas gerais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1964, p. 13.

<sup>148</sup> AURICCHIO, Alberto. *A simulação no negócio jurídico: premissas gerais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1964, p. 37-38.

<sup>149</sup> “Art. 147. É anulável o ato jurídico:

[...]

II. Por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação ou fraude (art. 86 a 113).”

<sup>150</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. 6. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 520-521.

<sup>151</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral*. t. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 502.

interna e a vontade manifestada.<sup>152</sup> Ainda que com muitas variações, a fórmula considerada por grande parte da doutrina nacional.

Assim, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO afirma o seguinte:

Como o erro, a simulação traduz uma inverdade. Ela se caracteriza pelo intencional desacordo entre a vontade interna e a declarada, no sentido de criar, aparentemente, um ato jurídico que, de fato, não existe, ou então, oculta, sob determinada aparência, o ato realmente querido. Como diz Clóvis, em forma lapidar, é a declaração enganosa da vontade, visando a produzir efeito diverso do ostensivamente indicado.<sup>153</sup>

SILVIO RODRIGUES entoava o mesmo tom, da seguinte forma:

A simulação é, na definição de Beviláqua, uma declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado. Negócio simulado, portanto, é aquele que oferece uma aparência diversa do efetivo querer das partes. Estas fingem um negócio que na realidade não desejam.<sup>154</sup>

PAULO NADER, da mesma forma, ponderava que,

Na simulação, há desacordo intencional entre a vontade real e a declaração de consentimento. Dá-se o ato simulado quando duas ou mais pessoas, de conluio e visando a burlar terceiros ou a fraudar a lei, realizam negócio com o propósito de alcançar resultado jurídico diverso do aparentado.<sup>155</sup>

Até mesmo ORLANDO GOMES, defensor da teoria causalista da simulação, também ressalta a importância do fator subjetivo-voluntarista, mesmo a distinguindo dos vícios de consentimento e ressaltando a dominância do fator objetivo-causalista, isto é, a divergência entre o fim próprio do ato ou negócio jurídico e o objetivo efetivamente atingido pelo agente (vício de causa).<sup>156</sup>

Com o advento do Código Civil de 2002, a simulação passou a ser disciplinada no capítulo “Da Invalidade do Negócio Jurídico”, constituindo causa de nulidade:

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

<sup>152</sup> ALVES, José Carlos Moreira. As figuras correlatas da elisão fiscal. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte: Fórum, v. 1, n. 1, jan./fev. 2003, p. 11.

<sup>153</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil I*. Parte geral. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 263.

<sup>154</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Parte Geral*. 34. ed. atualizada e de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 294.

<sup>155</sup> NADER, Paulo. *Curso de direito civil – Parte geral*. v. 1, 7. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 445.

<sup>156</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 381.

Desse modo, as mudanças trazidas pela regulação do instituto da simulação pelo Código Civil de 2002 estimulou novas manifestações doutrinárias no que se refere às teorias subjetivista-voluntarista e objetivo-causalista. Apesar de alguns doutrinadores continuarem a refutar a concepção causalista dos atos e negócios jurídicos<sup>157</sup>, fato é que tal proposta se coaduna adequadamente com o Direito Posto sob a égide do Código Civil de 2002.

Isso porque, conforme ensina ITAMAR GAINO, a mudança promovida pelo artigo 167 do Código Civil de 2002 não se restringe à alteração do efeito do vício, de anulabilidade para nulidade, mas altera igualmente o próprio conceito de simulação:

Agora, conforme o Código de 2002, importa simplesmente a presença de um dos elementos objetivos referidos pela norma, para o efeito do reconhecimento da nulidade, não se devendo indagar sobre o aspecto subjetivo do acordo de vontades, qual seja, a intenção subjacente ao negócio; isto a despeito de a *ratio legis* compreender também a proteção dos terceiros de boa-fé contra os efeitos dos negócios simulados, como está no art. 167, § 2º.<sup>158</sup>

Por outro lado, FRANCISCO AMARAL, enfatiza que a simulação não pode ser considerada vício de vontade, porque não a atinge em sua formação:

É antes uma disformidade consciente da declaração, realizada de comum acordo com a pessoa a quem se destina, com o objetivo de enganar terceiros. Não existe defeito na vontade, mas ato concreto de sua declaração, para o fim de se obter efeito diferente do que lei estabelece, pelo que não se inclui essa figura no elenco de defeitos do negócio jurídico, juntamente com os vícios de consentimento, como fazia o Código de 1916 (arts. 102 a 105), mas sim nas hipóteses de nulidade que o Código atual (art. 168) estabelece. O Ato simulado é nulo porque a declaração das partes não corresponde ao que na realidade pretendem.<sup>159</sup>

Em mesma toada, LEONARDO MATTIETTO declara que

A escolha legislativa, passando a simulação de causa de anulabilidade para de nulidade, é respaldada na ideia de que tal figura, mais que restrita a atingir interesses privados, ofende o interesse público de correção e veracidade nas relações negociais. A questão não é puramente volitiva, de solução com base na vontade das partes, mas, muito pelo contrário, liga-se à causa do negócio jurídico, pois, como ensina Pugliatti, ‘o acordo simulatório priva o negócio de sua causa’ [...]

---

<sup>157</sup> GODOI, Marciano Seabra de. Uma proposta de compreensão e controle dos limites da elisão fiscal no direito brasileiro – estudo de casos. In: YAMASHITA, Douglas. *Planejamento fiscal à luz da jurisprudência*. São Paulo: Lex, 2007, p. 276-277.

<sup>158</sup> GAINO, Itamar. *A simulação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 27-28.

<sup>159</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil* – Introdução. 6. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 520.

A simulação não é vício do consentimento, mas defeito em que há incompatibilidade entre a causa típica do negócio e o intento prático das partes.<sup>160</sup>

A compreensão da teoria objetivista-causalista sobre a égide do Código Civil de 2002 é muito bem trabalhada por TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, para quem, no regime anterior, a simulação se encontrava baseada na estrutura da mentira, isto é, consistiria em um defeito ético decorrente da manifestação deliberada de uma vontade não seria pelas partes, com o objetivo de prejudicar terceiros.

O “novo” Código Civil, entretanto, rompeu com esta lógica: o negócio simulado não é mais inválido porque mentiroso ou porque não corresponde ao que as partes verdadeiramente queriam. É inválido porque o negócio simulado, objetivamente considerado, não cumpre os requisitos de validade impostos pela lei; apenas aparenta cumpri-los.<sup>161</sup>

Deste modo, as noções de aparência e de inveracidade do negócio simulado, referidas no parágrafo 1º do art. 167 do Código Civil de 2002, referem-se à inconsistência ou à inadequação entre a finalidade típica (causa abstrata) e o fim visado pelas partes (causa concreta).

Não é mais relevante a eventual contradição entre vontade real e a vontade declarada, mas a contradição entre o resultado econômico simulado e o resultado econômico efetivo. Isso porque as partes acabam por simular a finalidade lógica do ato ou negócio jurídico no âmbito factual. Logo, o uso inadequado do meio por vício de causa do negócio jurídico é verificado a partir das consequências efetivamente alcançadas pelas partes.<sup>162</sup>

Lembre-se que o conceito de simulação adotado pelo Código Civil de 2002 é relevante para fins de delimitação da abrangência do instituto, sobretudo para fins de Direito Tributário, notadamente para fins de desconsideração ou requalificação de atos ou negócios jurídicos utilizados fins de redução da carga tributária.

Com isso, concluímos que o artigo 167 do Código Civil de 2002 acolheu a teoria objetiva-causalista de simulação, isto é, aquela que decorreria da inadequação entre a finalidade típica e o fim visado pelas partes, sendo irrelevante – ou pelo menos, de pouca

<sup>160</sup> MATTIETTO, Leonardo. Negócio jurídico simulado (notas ao art. 167 do Código Civil). In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). *Novo Código Civil - Questões controvertidas*. v. 6. São Paulo: Método, 2007, p. 466, 479.

<sup>161</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Simulação e negócio jurídico indireto no direito tributário e à luz do novo código civil. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte: Fórum, v. 8, n. 48, p. 9-25, nov./dez. 2010.

<sup>162</sup> *Id.* Palestra sobre simulação e negócio jurídico indireto. *Ata da 1337ª Reunião da Mesa de Debates de Estudos e Casos de Direito Tributário do IBDT*. São Paulo: IBDT, 21 mar. 2013, p. 1-21. Disponível em: [http://ibdt.org.br/material/arquivos/Atas/Integra\\_21032013.pdf](http://ibdt.org.br/material/arquivos/Atas/Integra_21032013.pdf). Acesso em: 24 abr. 2019.

importância – a vontade dos agentes envolvidos no ato ou negócio jurídico supostamente simulado.

### 3.4.3 Abuso de direito

O abuso de direito, especialmente depois de ter sido expressamente previsto como ato ilícito no artigo 187 do Código Civil de 2002<sup>163</sup>, passou a ser entendido, no campo tributário, como uma forma de limitar o direito de auto-organização do contribuinte, resguardado na Constituição Federal nos direitos de propriedade e de livre-iniciativa.

MARCO AURÉLIO GRECO compreende que, a partir do novo Código Civil, o exercício do direito do contribuinte de compor a própria organização, que exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela sua boa-fé ou pelos bons costumes, descaracteriza a elisão tributária, implicando, na realidade, caso de evasão.<sup>164</sup>

É possível suscitar que o abuso de direito possa se prestar como um instrumento alternativo – mas sempre complementar – na comprovação do fato simulado ou dissimulado nos casos em que, eventualmente, o contribuinte elabore algo que culmine em “abuso” – no sentido muito específico, que se coadune com os princípios gerais de Direito Tributário. Contudo, isoladamente, não pode a autoridade administrativa utilizar-se desse instituto para requalificar os fatos relatados pelo contribuinte, sem que reste devidamente comprovada a ocorrência da simulação ou da dissimulação.

MIGUEL REALE ensina que o novo Código Civil foi criado sob a égide da eticidade, da socialidade e da operabilidade<sup>165</sup>, sendo estes verdadeiros paradigmas a serem seguidos pelo intérprete quando da construção da norma em matéria de Direito Privado. Assim é que a legislação civil faz menção, em diversas passagens, a conceitos mais abertos e flexíveis, que não proporcionam apenas mais discricionariedade no processo interpretativo, como exigem também que o intérprete tenha em consideração valores éticos, equidade, boa-fé e bons costumes na interpretação dos institutos de Direito Civil, privilegiando, em última instância, uma abordagem pragmática e responsiva aos problemas sociais.

---

<sup>163</sup> “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.”

<sup>164</sup> GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 207.

<sup>165</sup> REALE, Miguel. *Espírito da nova lei civil*. Estudos preliminares do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 36.

O Direito Tributário, por sua vez, é marcado pela rigidez e minuciosa repartição de competências tributárias impositivas<sup>166</sup>, pelo qual se delimitou o âmbito de atuação dos entes federativos em matéria tributária por meio da fixação de conceitos determinados como forma de repartir o poder de tributar. Deste modo, a apropriação do abuso de direito, que decorre de conceitos abertos e fluidos, no campo do Direito Tributário, deve ser feito com grandes ressalvas.

Assim é que HUMBERTO ÁVILA ressalta que o Código Civil – e, de forma geral, o Direito Privado –

[...] introduz um modelo de ‘concreção’. O que é socialidade? O julgador vai definir no caso concreto. O que é eticidade? O julgador vai definir no caso concreto. O que são bons costumes e boa-fé? O julgador vai decidir no caso concreto. Assim, esses conceitos indeterminados não têm um conceito mínimo anterior ao próprio processo de aplicação individual. Fazem parte de um modelo de concreção. Um modelo por meio do qual conhecemos as obrigações depois, não antes<sup>167</sup>.

Fato é que o sistema tributário constitucional não é um modelo de concreção *a posteriori*, mas sim um modelo de previsibilidade *ex ante*, ou ainda que não o seja com tanta certeza, ao menos uma espécie de previsibilidade *a priori*.

Assim, a inovação do “abuso de direito” como meio de combate ao planejamento tributário não se compatibiliza com uma estrutura de tributação baseada na segurança jurídica e justiça individual, razão pela qual a importação deste instituto de Direito Privado para o Direito Tributário não atenta à supremacia da Constituição e não guarda critérios minimamente objetivos de aplicação.

Aliás, ALFREDO AUGUSTO BECKER sustentava a impropriedade do termo “abuso de direito”, porquanto, uma vez verificado o uso abusivo de um direito, estaria caracterizada sua ilegalidade ou ilicitude, devendo tal conduta ser retirada do plano de atos em conformidade com o Direito. Ou seja, não haveria abuso de direito onde sequer existe direito. Assim dispõe:

[...] o direito cessa onde o abuso começa, e não pode haver uso abusivo de um direito qualquer, pela irrefutável razão de que um só e mesmo ato não pode ser, simultaneamente, conforme o direito e contrário ao direito<sup>168</sup>.

Neste entendimento, caso a conduta do contribuinte estivesse de acordo com o ordenamento jurídico, esta seria lícita; se ultrapasse os limites do mesmo ordenamento

<sup>166</sup> ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 38-39.

<sup>167</sup> ÁVILA, Humberto. Eficácia no Novo Código Civil na legislação tributária. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (coord.). *Direito tributário e o novo código civil*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2004, p. 78.

<sup>168</sup> BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 143.

jurídico, ela seria ilícita. Se o ato fosse ilícito, portanto, não haveria que se falar de exercício de um direito, não sendo viável aceitar uma classificação distinta do ato ilícito típico.<sup>169</sup>

Ademais, resta lembrar que inexistente direito do Fisco (objeto da relação jurídico-tributária) antes da ocorrência do fato gerador, razão pela qual não haveria sequer direito passível de violação por conduta abusiva<sup>170</sup>, e mesmo que assim não fosse, a aplicação da teoria do “abuso do direito” no âmbito do Direito Tributário causaria significativa insegurança jurídica.<sup>171</sup>

#### 3.4.4 Abuso de formas

No rol de institutos que costumam ser vistos como limite normativo à elisão tributária, se encontra a questão do abuso de formas. Segundo aqueles que defendem a existência da figura no sistema tributário brasileiro, o abuso de formas restaria configurado quando o contribuinte realiza determinada operação adotando forma jurídica incomum ou atípica na estruturação de negócio jurídico que, se tivesse sido celebrado por meio de sua forma normal, teria o tratamento fiscal mais oneroso.

Ocorre que, conforme dispõe a Constituição, o contribuinte possui o direito de optar livremente pela forma jurídica a ser adotada na realização de seus negócios. Não pode o Fisco, portanto, obstar a opção feita pelo contribuinte quando, diante de duas formas jurídicas possíveis, uma mais onerada e outra com menor carga tributária, este escolher aquela que mais lhe satisfaz sob o ponto de vista fiscal. LUCIANO AMARO sustenta a questão da seguinte forma:

Não se pode, por exemplo, obrigar alguém a utilizar a forma da compra e venda para transferir um imóvel para uma empresa se o indivíduo tem o direito de utilizar outra forma (igualmente lícita), que é a conferência do imóvel na integralização de capital da sociedade (operação não estaria sujeita ao imposto incidente na operação de venda).<sup>172</sup>

Veja que é por conta do manejo criativo das formas jurídicas, desde que lícitas e dentro das opções possíveis e presentes no ordenamento jurídico positivo, que o contribuinte molda sua atuação para alcançar a redução de custos tributários indesejáveis. A elisão fiscal

<sup>169</sup> YAMASHITA, Douglas. *Elisão e evasão de tributos – planejamento tributário à luz do abuso de direito e da fraude à lei*. São Paulo: Lex, 2005, p. 33-66.

<sup>170</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento tributário: limites à norma antiabuso. *Direito Tributário Atual*, v. 24, 2010, p. 348.

<sup>171</sup> XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 106-109.

<sup>172</sup> AMARO, Luciano da Silva. Planejamento Tributário (IR: limites da economia fiscal – Planejamento tributário). *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Malheiros, n. 71, 1996, p. 51.

ocorre, portanto, nas situações em que não há óbice legal para adoção de forma jurídica menos onerosa, não incorrendo o contribuinte em qualquer expediente ilícito, fraudulento, ilegal ou qualquer outro sentido pejorativo que se queira atribuir.

O Direito Tributário não positivou qualquer impedimento à realização de negócios jurídicos mediante a manipulação lícita de formas jurídicas. Diga-se: não se deve privilegiar a substância econômica, em prejuízo da forma jurídica, senão nos casos em que tiver restado comprovado o manejo ilegal das formas, por meio de simulação ou dissimulação.

São valiosas as lições de Fabiana del Padre Tomé sobre o tema:

Como visto, importa, para fins de aplicação do direito, a perfeita correspondência entre a hipótese de incidência posta na norma tributária e o fato concretizado pelo particular. Caso inoçorra esse enquadramento, não se admite, em nosso ordenamento, que se despreze a forma negocial adotada para, simplesmente, considerar seus efeitos econômicos, por serem semelhantes aos dos negócios previstos na hipótese normativa.<sup>173</sup>

A consideração econômica atribui ao intérprete as ferramentas necessárias para que o aplicador da lei alcance o conteúdo econômico subjacente à norma jurídica, simplificando a subsunção de fatos à norma interpretada.

Não é autorizado, entretanto, que os fatos eminentemente jurídicos sejam interpretados a partir de seu conteúdo econômico, com o intuito de aumentar o âmbito de incidência da norma jurídico-tributária prevista em lei. Conclui-se, portanto, que a consideração econômica é ferramental voltado à definição da finalidade normativa em si considerada, mas não serve como meio de aumento do espaço de aplicação da lei tributária.<sup>174</sup>

É importante que se diga que aspectos éticos e morais não podem justificar o combate a planejamentos tributários lícitos com o intuito de reduzir a carga tributária de forma legítima. Afinal, nos dizeres de ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA, “se a própria lei me possibilita a opção de *não* pagar, por que razão plausível hei de pagar o que *não* devo? [...] a ética não irá resolver o problema da elisão, mas apenas a pronta, decidida e adequada ação do legislador, instado pelo poder executivo”<sup>175</sup>.

<sup>173</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. Caso Kitchens: omissão de receitas por pessoas jurídicas distintas que operam como uma única empresa. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (coord.). *Planejamento tributário: análise de casos*. v. 3. São Paulo: MP, 2014, p. 241.

<sup>174</sup> LEHNER, Moris. Consideração econômica e tributação conforme a capacidade contributiva. Sobre a possibilidade de uma interpretação teleológica de normas com finalidades arrecadatórias. In: COSTA, Alcides Jorge et al. *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética; IBDT, 1998, p. 145.

<sup>175</sup> DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Elisão e Evasão Fiscal*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 124-128.

A única moral ou ética que importa para fins de aferição da validade de planejamentos tributários é aquela positivada em lei. Isto é, o contribuinte deve obediência à disciplina da lei tributária, e não a argumentos de cunho axiológico, de normatividade duvidosa. Nessa linha, sustentam Como bem apontam PAULO AYRES BARRETO e CAIO AUGUSTO TAKANO:

[...] a moralidade não é aquela que subjetivamente é encontrada no juízo do aplicador do direito, mas aquela objetivada na lei. Se o contribuinte deixou de realizar o negócio jurídico ou o fato que daria ensejo ao nascimento da obrigação tributária, não há qualquer imoralidade em sua atuação. Nesse sentido, moral é aquele que atua em consonância com as regras positivadas [...].<sup>176</sup>

LUÍS FLÁVIO NETO aponta que, no Brasil, a referência ao conceito de “abuso de formas” se mostra, muitas vezes, desvinculada de peculiaridades pertinentes aos ordenamentos jurídicos estrangeiros<sup>177</sup>, o que levaria a crer que este seja um dos motivos para a importação acrítica da expressão, no sentido de, a partir dela, justificar a atuação do Fisco em combate aos negócios jurídicos inovadores realizados por contribuintes.

A partir do estudo da doutrina estrangeira, AMÍLCAR FALCÃO admite o abuso das possibilidades de configuração reconhecidas pelo Direito, com base na concepção de fraude à lei. Para o autor, a “distorção da forma jurídica, uma atipicidade ou anormalidade desta última em confronto com a relação econômica que através dela se exterioriza”, autorizaria o intérprete tributário a fazer uma adequação da realidade econômica do caso concreto por meio da via exegética.<sup>178</sup>

Ocorre, no entanto, que a desconsideração dos efeitos tributários de atos e negócios jurídicos em função de sua *tipicidade* ou *anormalidade* é critério que não encontra amparo no Brasil.

LUÍS EDUARDO SCHOUERI aponta que a teoria do abuso de formas não encontraria abrigo no Direito Tributário brasileiro, por força da referida vedação ao emprego de analogia para cobrança de tributos (art. 108, § 1º, do CTN) e por falta de previsão legal em lei complementar, em observância o art. 146 da Constituição<sup>179</sup>.

---

<sup>176</sup> BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. Os desafios do planejamento tributário internacional na Era Pós-BEPS. In: CARVALHO, Paulo de Barros (org.). *XIII Congresso Nacional de Estudos Tributários - IBET*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 1023.

<sup>177</sup> NETO, Luís Flávio. *Teorias do “abuso” no planejamento tributário*. 2011. Dissertação (Mestrado. Em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 147.

<sup>178</sup> FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Fato gerador da obrigação tributária*. 7. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 46-47.

<sup>179</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty, shopping*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 75-79.

Com entendimento semelhante, GILBERTO DE ULHÔA CANTO sustenta que não seria viável definir uma conduta como abuso de formas jurídicas para efeitos tributários, que, de acordo com o Direito Privado seria legítima. Assim afirma:

O desacerto da teoria do abuso de formas de direito privado me parece evidente. Se as formas são de direito privado e elas não são legitimadas pelas normas desse ramo do direito, então estaremos diante de um caso comum de ilegalidade ou nulidade, pura e simples. Mas, se face ao direito privado tais formas são legítimas, não vemos como se possa acusar alguém de estar cometendo abuso dessas formas apenas para efeitos fiscais.<sup>180</sup>

Adotando a mesma conclusão, RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA ensina que somente seria possível se falar em abuso de forma nas hipóteses de simulação ou falsidade ideológica, na medida em que, nesses casos, haveria ocultamento da realidade concreta.<sup>181</sup> Isto é, simulação ou dissimulação, conforme já expusemos, entendido como o descompasso entre a estrutura empregada pelo contribuinte e os fins práticos por ele pretendido.

Por fim, cabe registrar que, assim como ocorre no caso de simulação, dissimulação, abuso de direito, até aqui expostos, o conceito de abuso de figura jurídica é impertinente à relação jurídico-tributária em sua acepção técnica, no que concerne à relação implicacional entre antecedente e consequente. No mesmo sentido, portanto, a figura do abuso de forma é relevante para qualificação da materialidade concreta a ser examinada pelo intérprete, mas não gera consequências no que se refere ao fenômeno da incidência tributária.

### 3.4.5 Fraude à Lei

A fraude à lei é prevista no artigo 166, inciso VI, do Código Civil de 2002, como causa de nulidade do negócio jurídico.<sup>182</sup> Tal dispositivo tem sido utilizado pelas autoridades fiscais como argumento de que o instituto da fraude à lei advindo do Direito Privado configuraria um limite ao planejamento tributário. Assim, uma vez que a referida figura está positivada no Código Civil, os negócios jurídicos celebrados com a única finalidade de afastar a tributação seriam nulos e, portanto, ineficazes perante o Fisco.

<sup>180</sup> ULHÔA CANTO, Gilberto de. Elisão e evasão fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Caderno de pesquisas tributárias*. Elisão e Evasão Fiscal. v. 13. São Paulo: Resenha Tributária, 1988, p. 17-18.

<sup>181</sup> OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Elisão e evasão fiscal*. In: Martins, Ives Gandra da Silva (coord.). *Caderno de pesquisas tributárias*. Elisão e Evasão Fiscal. v. 13. São Paulo: Resenha Tributária, 1988, p. 155.

<sup>182</sup> “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

[...]

VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa; [...].”

A fraude à lei tem como característica distintiva a violação indireta da lei, já que a fraude não ocorreria diretamente contra a disposição expressa da lei, mas em desfavor do seu espírito. Assim, o indivíduo, nesta situação, não deixaria de obedecer a lei em sua literalidade, mas busca um resultado que contrarie a sua *ratio*. Pode, ainda, ser compreendida como uma forma de violação ao sistema jurídico em que o contribuinte não age em contrariedade ao que está evidenciado de forma expressa ao enunciado de lei, mas utiliza-se de meios indiretos, mediante a prática de negócio jurídico aparentemente lícito, para atingir o resultado que deseja, que é justamente aquele que a norma fraudada busca evitar.

A doutrina diferencia as categorias de fraude à lei entre “fraude à lei imperativa” e “fraude à lei intrínseca”. Na primeira classificação, tem-se como requisito a existência de uma regra obrigatória ou proibitiva que seria contornada mediante a utilização de uma outra norma de cobertura. Haveria, desse modo, como pressuposto da fraude à lei imperativa, a presença de duas normas: uma de cobertura e uma fraudada.<sup>183</sup> Por outro lado, na segunda classificação, diferentemente, existiria uma regra permissiva ou uma norma que confere normatividade, e seu exercício, no caso concreto, quando se opusesse a sua finalidade lógica, seria considerado um ilícito atípico.<sup>184</sup>

Para LÍVIA DE CARLI GERMANO, a “fraude à lei imperativa” teria aplicabilidade duvidosa no Direito Tributário, uma vez que a norma tributária não ampara em sua estrutura a proibição da realização de qualquer fim, nem mesmo estabelece qualquer obrigação de alcance de um fim determinado.<sup>185</sup> Contudo, a “fraude à lei intrínseca” se aproximaria do conceito de simulação, já que o contribuinte poderia praticar atos desprovidos de causa, realizados com fins exclusivos de obter economia fiscal por meio de atos ou negócios jurídicos viciados.

MARCO AURÉLIO GRECO, por seu turno, afirma que há até mesmo a aplicação da fraude à lei imperativa em matéria tributária. Trata-se da situação em que contribuinte organiza determinada estrutura comercial que se enquadre na norma de contorno para, desse modo, “driblar” a norma fraudada. Com isso, o fim exclusivo desta manobra seria fazer com que a situação concreta seja regulada por norma de contorno, que afaste a aplicação de norma de incidência tributária (ou de tributação mais onerosa).<sup>186</sup>

---

<sup>183</sup> GERMANO, Livia de Carli. *Planejamento tributário e limites para a desconsideração dos negócios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 91-95.

<sup>184</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>185</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>186</sup> GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 251-253.

Uma leitura apressada do entendimento do referido autor quanto à aplicação da fraude à lei imperativa como limite ao planejamento tributário pode parecer, à primeira vista, eficiente como meio de combate às estruturas tributárias “abusivas”. Contudo, não parece adequado, já que o instituto em questão não representa, no atual ordenamento jurídico brasileiro, limite normativo à estruturação de negócios com o fim exclusivo de obter uma economia tributária.

Nesse sentido, para TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., no contexto do Direito Tributário, é duvidosa a possibilidade de fraudar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, já que, a teor do artigo 114 do CTN, estando a incidência da norma tributária condicionada à ocorrência do fato gerador, é impossível a violação da lei antes que o fato ocorra.<sup>187</sup>

Isto significa dizer que a norma tributária não é imperativa, vez que o contribuinte incorre no fato jurídico tributário. Por isso, só haveria que se falar em fraude à lei imperativa se houvesse qualquer tipo de obrigatoriedade legal que exigisse que o contribuinte realizasse conduta inserida dentro do campo de incidência tributária, e, caso não incorresse na referida conduta, estaria cometendo fraude ao determinado por força de lei. No entanto, a leitura correta que deve ser feita é a de que a norma tributária seria imperativa no sentido específico de que, tão somente na hipótese de ocorrência do fato gerador, o contribuinte tem o dever de cumprir as obrigações tributárias decorrentes dessa inserção no campo de incidência da norma.

Ainda que o contribuinte exerça seu direito de livre exercício da atividade econômica constitucionalmente assegurado e, contornando a norma de incidência tributária, se insere em lacuna normativa ou na hipótese de incidência de outra norma, resultando em carga tributária reduzida ou mesmo nenhuma carga tributária, e o faz utilizando atos ou negócios jurídicos praticados dentro dos limites de conformidade do Direito Tributário; o contorno da norma tributária deve ser, necessariamente, tido como legítimo.

Diante dessas considerações, dado que só caberia falar em fraude à lei imperativa no âmbito tributário apenas quando o comando da lei que impõe o recolhimento do tributo é frustrado por aquele que já cometeu o fato jurídico tributário. Assim é que TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. relembra a possibilidade de haver a chamada fraude à lei por meio de ocorrência de simulação. Nesse caso, com o intuito de burlar lei imperativa, o contribuinte utiliza dolosamente negócio jurídico aparentemente lícito para ocultar outro que caracteriza

---

<sup>187</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Simulação e negócio jurídico indireto no direito tributário e à luz do novo código civil. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte: Fórum, v. 8, n. 48, nov./dez. 2010, p. 20.

sonegação (ilegal).<sup>188</sup> Assim trata o autor: “Não se trata, portanto, de simplesmente descobrir um expediente negocial que *oculta* a existência de outro ato que provocaria a incidência de tributo (dissimulação), mas de expediente doloso que impede a percepção da sonegação”<sup>189</sup>.

Vê-se que na simulação não há negócio jurídico aparente que tente ocultar outro negócio jurídico dissimulado, porém válido. O que ocorre é que o negócio jurídico oculto é, na verdade, completamente ilícito, geralmente definido como fraude ou sonegação na seara tributária, o que a diferenciaria da mera dissimulação.

Não se trata tão somente de desnaturação de um dos elementos da causa típica do negócio jurídico escolhido e praticado, mas sim a intenção dolosa das partes de criar um negócio jurídico que parece legítimo, quando, de fato, se está regulando as relações jurídicas próprias para disfarçar as reais intenções do contribuinte.

O Fisco não deve confundir a intenção dolosa do contribuinte de acobertar, por meio de negócio jurídico aparentemente lícito, flagrante fraude contra a lei tributária, com a evidente intenção de contornar a lei com o único escopo de reduzir a carga tributária. Isso porque a primeira das situações enseja o direito das autoridades fiscais de revisar o lançamento tributário desde que comprovada a simulação, conforme o art. 149, inciso VII, do CTN; no entanto, no segundo caso, trata-se de mera conduta lícita do contribuinte em prol da economia tributária, que deve ser considerada válida e não evitada de vícios.

### 3.4.6 Ato Anormal De Gestão

A teoria do ato anormal de gestão se desenvolveu na França<sup>190</sup> e foi importada pelos estudiosos do Brasil; enfrentava o dilema decorrente do fato de que, a princípio, não cabe ao fisco julgar a qualidade ou os resultados da gestão financeiro ou comercial de uma empresa. Sob este argumento, no entanto, o fisco sustenta que é provável que se a empresa tivesse sido mais bem gerida, seus resultados seriam melhores e, portanto, sua arrecadação cresceria.

Retificando este entendimento errôneo do instituto, LUÍS EDUARDO SCHOUERI, com base nas lições de MAURICE COZIAN, ensina que o ato anormal de gestão se fundamenta na ideia de que a atividade dos administradores da sociedade deve ser ditada pelos interesses desta, não por seu interesse pessoal. É por este motivo, inclusive, que não se admite que sejam

---

<sup>188</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Simulação e negócio jurídico indireto no direito tributário e à luz do novo código civil. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte: Fórum, v. 8, n. 48, nov./dez. 2010, p. 21.

<sup>189</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*.

<sup>190</sup> GUTMANN, Daniel. *Droit fiscal des affaires*. 3<sup>ème</sup> éd. Paris: Montchrestien, 2012, p. 336-337.

consideradas, na determinação do lucro tributável da empresa, as despesas que, por princípio, não têm ligação com o interesse da empresa ou cujo valor se revele exagerado<sup>191</sup>.

Segundo BULHÕES PEDREIRA, a apuração do que seria anormal para fins de gestão empresarial se dá mediante observância do caso concreto. Isto é, se na análise imediata do caso em questão haveria uma relação de inerência entre a conduta perpetrada e o resultado visado.<sup>192</sup> Como tal teoria tem seu foco na dualidade de interesses que pode surgir entre a empresa e seus dirigentes<sup>193</sup>, havendo uma relação de viabilidade entre o fim visado e o meio escolhido, e não utilização da empresa para realização de interesses pessoais dos sócios e dirigentes, não há espaço para questionar atos gerenciais da entidade que resultem em economia tributária.

Em sentido diverso, MARCO AURÉLIO GRECO ressalta que “para caracterizar o ato anormal de gestão basta a inadequação entre o padrão de conduta geralmente aceito como adequado aquela determinada situação”<sup>194</sup>.

Não concordamos com esse posicionamento, pois não cabe ao Fisco, ainda que em situação não comumente adotada no contexto de administração de empresas, imiscuir-se na gestão da atividade econômica do contribuinte.

Qualquer interpretação contrária desestimularia os empresários e dirigentes a inovar na governança corporativa, violando a livre iniciativa e a livre concorrência, vez que o contribuinte se veria sujeito à discricionariedade das autoridades fiscais em lançar créditos tributários que foram reduzidos por mérito e eficiência dos próprios empresários.

### **3.4.7 Negócio jurídico indireto**

A causa do negócio jurídico, em linha com a teoria objetivo-causalista já exposta, corresponde à finalidade logicamente atribuída a um determinado negócio jurídico pela própria lei. Nada impede, no entanto, que, obedecidos os requisitos legais, as partes se submetam a outro determinado negócio jurídico que possui causa típica prevista pelo sistema jurídico brasileiro, sujeitando-se às suas consequências lógicas e práticas, mas que por outros motivos possuem relevância sob a ótica da vontade dos negociantes.

---

<sup>191</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Dedutibilidade de despesas com atividades ilícitas. In: ADAMY, Pedro Augustin; FERREIRA NETO, Arthur M. (coord.). *Tributação do Ilícito*: estudos em comemoração aos 25 anos do Instituto de Estudos Tributários – IET. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 155.

<sup>192</sup> BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Imposto de renda*. Rio de Janeiro: Justee Editora, 1971, p. 6-20.

<sup>193</sup> BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário*: limites normativos. São Paulo: Noeses, 2016, p. 220.

<sup>194</sup> GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 329.

Em estudo paradigmático sobre o assunto, TULLIO ASCARELLI afirma que há um negócio jurídico indireto quando as partes recorrem, em um caso concreto, a um negócio jurídico determinado, a fim de atingir por seu intermédio, conscientemente, fins diversos daqueles típicos da estrutura do negócio escolhido.<sup>195</sup> Para JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, no negócio jurídico indireto, as partes se utilizam de um negócio jurídico típico e desejado por estas, submetendo-se à sua disciplina formal e substancial, mas visando a um fim distinto daquele para qual o negócio jurídico foi positivado.<sup>196</sup>

Ainda nas lições de ASCARELLI, existiria uma grande diversidade de negócios jurídicos indiretos e, dentre eles, destacamos o negócio fiduciário. Para o autor, o negócio fiduciário tem como função típica uma transmissão de propriedade, cujo efeito de direito real seria evitado por uma convenção das partes em sentido contrário, evidenciando uma função atípica.<sup>197</sup> Assim é que HELENO TAVEIRA TÔRRES ensina:

[...] a fidúcia pode ter por finalidade a garantia (*fiducia cum creditore*) ou a administração (*fiducia cum amico*). A chamada *causa fiduciae* não é o fim do mandato ou da garantia, vistos isoladamente, mas como justificativa da transferência (meio que excede o fim) e reflete-se na relação obrigatória que mediatamente limita a própria transferência, concretizando-se no dever do fiduciário de realizar uma nova transferência em benefício do fiduciante ou de pessoa indicada por este.<sup>198</sup>

De fato, exemplo esclarecedor dos traços do negócio jurídico indireto é a celebração de contrato de compra e venda de imóvel com pacto de retrovenda, previsto no artigo 505 do Código Civil de 2002.<sup>199</sup> Comumente, tal negócio jurídico se refere a um contrato de compra e venda de imóvel com a adoção de cláusula que confere ao vendedor o direito de resgatar o imóvel dentro de um prazo de até três anos, se devolver o preço que ele recebeu, somado às despesas oriundas do contrato de compra e venda.

Segundo a lição de JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, o surgimento de contratos de compra e venda com pacto de retrovenda se justifica pela seguinte razão:

[...] para permitir que pessoas que necessitassem de dinheiro, mas não quisessem contrair empréstimos, nem perder, definitivamente, imóvel por

<sup>195</sup> ASCARELLI, Tullio. *O negócio jurídico indirecto*. Lisboa: Jornal do Fôro, 1965, p. 16.

<sup>196</sup> ALVES, José Carlos Moreira. As figuras correlatas da elisão fiscal. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte: Fórum, v. 1, n. 1, jan./fev. 2003, p. 15-16.

<sup>197</sup> TORRES, Heleno Taveira. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação, elusão tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 326.

<sup>198</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>199</sup> “Art. 505. O vendedor de coisa imóvel pode reservar-se o direito de recobrá-la no prazo máximo de decadência de três anos, restituindo o preço recebido e reembolsando as despesas do comprador, inclusive as que, durante o período de resgate, se efetuaram com a sua autorização escrita, ou para a realização de benfeitorias necessárias.”

uma certa afeição familiar, pudessem se utilizar dessa compra e venda com a possibilidade de reaver a coisa independentemente da vontade do comprador.<sup>200</sup>

Pela sugestão do autor, vê-se que as partes optam pelo contrato de compra e venda quando, na verdade, visam, indiretamente, à prestação de garantia. A escolha das partes por um negócio jurídico específico, mesmo com a finalidade de atingir objetivos de forma indireta, encontra como condição a prévia sujeição das partes não apenas à forma, mas também à disciplina jurídica do negócio praticado.<sup>201</sup> Neste caso, a realização do fim típico da compra e venda é efetivamente realizado, isto é, a própria transferência de propriedade, contudo constitui meio para constituir-se garantia.

TULLIO ASCARELLI ensina como o Direito atribui relevância para a causa típica e se esta é assumida pelas partes negociantes, não importando a vontade ou motivação delas na escolha do negócio jurídico praticado. Desde que lícita e conscientemente objetivada pelas partes negociantes, sempre deverá subsistir, mesmo quando a finalidade indireta e subjacente à sua prática seja guiada por motivos e vontades não coincidentes com a causa.<sup>202</sup>

O mesmo autor admite, no entanto, que, no âmbito de negócios jurídicos indiretos, seria possível encontrar negócios jurídicos únicos e uma multiplicidade de negócios jurídicos, por intermédio dos quais, combinando seus vários efeitos típicos, se alcançaria um fim indireto em comparação ao negócio jurídico individualmente considerado. ASCARELLI ressalva, no entanto, que, ao seu ver, apenas os negócios jurídicos únicos seriam, verdadeiramente, negócios jurídicos indiretos. Assim escreve:

O negócio jurídico indireto também pode decorrer da composição de vários negócios, o que a doutrina chama de negócio pluriformal. Este se caracteriza pela conexão de vários negócios individuais, com base numa unicidade de fontes ou de fins. Noutros termos, o negócio pluriformal é uma espécie de negócio jurídico indireto onde há um agrupamento de vários negócios conexos que têm fim próprio, distintos dos daqueles documentos simultâneos e sucessivos. Não é vislumbrada qualquer ilicitude nos negócios pluriformais, pois o meio escolhido pelo particular está de acordo com o ordenamento jurídico, não havendo proibição legal para sua instrumentalização.<sup>203</sup>

Este entendimento, no entanto, sofre críticas doutrinárias no sentido de que haveria possibilidade de caracterização, em acepção técnica, do negócio jurídico indireto por meio de

<sup>200</sup> ALVES, José Carlos Moreira. As figuras correlatas da elisão fiscal. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte: Fórum, v. 1, n. 1, jan./fev. 2003, p. 16.

<sup>201</sup> ASCARELLI, Tullio. *O negócio jurídico indirecto*. Lisboa: Jornal do Fôro, 1965, p. 10.

<sup>202</sup> *Ibid.*, p. 26-27.

<sup>203</sup> *Id.*. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2001, p. 170.

uma pluralidade ou conjunta de ato e negócios jurídicos concatenados de maneira evasiva com vistas à sonegação.<sup>204</sup>

Não obstante, fato é que, se os negócios jurídicos têm finalidades típicas e próprias, as partes podem negociar de forma a alcançar finalidades indiretas ou, pelo menos, não convencionais, que não decorreriam diretamente do negócio jurídico típico.<sup>205</sup> Assim é que ASCARELLI defende que a função do negócio jurídico indireto seria promover inovação, combatendo o “misoneísmo jurídico”<sup>206</sup>, não podendo se considerar a mera atipicidade do resultado visado pelo negócio jurídico indireto como um intuito abusivo.

### 3.4.8 Propósito negocial

Embora o parágrafo único do artigo 116 do CTN seja ineficaz, independentemente de sua constitucionalidade, conforme salientado anteriormente, o fato é que as autoridades administrativas brasileiras vêm se valendo do referido dispositivo para fins de desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados pelas sociedades empresárias sob o prisma da ausência de propósito negocial de tais operações, bem como o CARF passou, em alguns casos, a acatar os procedimentos realizados pelo Fisco com base na mesma premissa, conforme expõe LUÍS EDUARDO SCHOUERI.<sup>207</sup>

A exigência de propósito negocial na realização de atos ou negócios jurídicos, sobretudo nas operações societárias que proporcionam economia tributária, ganhou força com a redação do artigo 14 da Medida Provisória (MP) nº 66/2002, o qual apresentava como objetivo principal disciplinar os procedimentos para a aplicação do mencionado parágrafo único, do artigo 116, do CTN.

Porém, com a reprovação do referido artigo 14 (entre outros) pelo Congresso Nacional<sup>208</sup>, restou este sem qualquer validade jurídica. Inclusive, OLIVEIRA ressalta que

Isto evidencia que o ordenamento jurídico brasileiro não acolheu essa exigência como necessária para a validade da economia tributária, ou, por outras palavras, os negócios jurídicos praticados com a intenção de

---

<sup>204</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENEZES, Paulo Lucena de. Elisão fiscal. *Revista tributária e de finanças públicas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36, 2001, p. 231.

<sup>205</sup> ASCARELLI, Tullio, *op. cit.*, p. 172.

<sup>206</sup> *Ibid.*, p. 156.

<sup>207</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. O desafio do planejamento tributário. *In*: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Planejamento tributário e o “propósito negocial”*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 16-17.

<sup>208</sup> “É de se lembrar que a tentativa de se veicular a referida norma mediante os artigos 13 a 19 da MP nº 66/01 restou frustrada, uma vez que tais dispositivos foram rejeitados pelo Congresso Nacional, que não aprovou as mencionadas disposições, ao promulgar a Lei de conversão de Medida Provisória, ou seja, a Lei nº 10.637/2002” (MARTINS, Ives Gandra da Silva. Norma antielisão e o princípio da legalidade. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, v. 173, 2010, p. 97).

economia tributária não poderão ser desconsiderados por este único motivo, não apenas por falta de lei, mas também porque o dispositivo legal que previa tal tratamento foi rejeitado pelo Poder Legislativo<sup>209</sup>.

O artigo 14 da MP nº 66/2002 dispunha no seguinte sentido:

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.

§ 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 (grifo nosso).

Nos termos do citado artigo, seria considerada ausência de propósito negocial quando configurada a “finalidade de dissimular” a operação efetivamente realizada e quando o contribuinte optasse pela forma mais complexa ou mais onerosa do ato ou negócio jurídico para os envolvidos em detrimento de outra forma mais simples ou menos onerosa de realizar a mesma operação, conforme se depreende do parágrafo 2º do citado artigo 14 da MP nº 66/2002 e do parágrafo único do artigo 116 do CTN.

Nota-se, pela interpretação desses dispositivos legais, que a intenção do legislador era utilizar a ausência de propósito negocial para fundamentar a desconsideração do ato ou negócio jurídico pela autoridade fiscal, mas, para tanto, o artigo 14 da MP nº 66/2002 haveria de ter sido convertido em Lei, contudo não foi, conforme salienta HUGO DE BRITO MACHADO.<sup>210</sup>

Vale ressaltar os ensinamentos de ALBERTO XAVIER ao criticar a MP nº 66/2002, em especial os artigos 13 e 14, nos seguintes termos:

Ultrapassaram largamente o escopo da LC 104/2001 porque esta se limitou a autorizar a lei ordinária a *estabelecer os procedimentos* para a desconsideração dos atos jurídicos, mas não assim para alargar o círculo dos atos ou negócios suscetíveis de desconsideração. Ora, enquanto a LC

<sup>209</sup> OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Planejamento tributário, elisão e evasão fiscal, norma antielisão e norma antievasão. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Curso de direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 479.

<sup>210</sup> MACHADO, Hugo de Brito. A falta de propósito negocial como fundamento para exigência de tributo. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, v. 143, p. 48-53, ago. 2007, p. 50-51.

104/2001 tinha restringido tal círculo às hipóteses de *simulação*, como inequivocamente resulta da expressão *dissimular* (simulação relativa), o art. 13 da Medida Provisória 66/2002 chega ao absurdo de afirmar que o nele disposto não se aplica aos casos de dolo, fraude ou simulação. Ao invés, afirma serem passíveis de desconsideração atos em que se verifique, entre outros fundamentos não tipificados, a ocorrência de “falta de propósito negocial” ou “abuso de forma”, considerando-se indicativo de falta de propósito negocial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa para os envolvidos que duas ou mais formas para a prática de determinado ato e considerando abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado (art. 14).<sup>211</sup>

É de tal modo evidente o caráter exorbitante e contraditório da lei ordinária (medida provisória) em relação ao que estabelece a lei complementar que a invalidade das disposições em causa resulta direta e imediatamente de violação da hierarquia constitucional das fontes de produção jurídica.

Todavia, LUÍS EDUARDO SCHOUERI salienta que, ainda que o artigo 14 da MP nº 66/2002 não tenha sido convertido em lei, nasceu com ele a adoção, ao menos pelo Fisco, no direito brasileiro da doutrina do propósito negocial (*business purpose doctrine*) originária do direito americano, tornando-se recorrente sua exigência pela autoridade administrativa nas operações societárias que proporcionassem economia tributária.<sup>212</sup>

Para MARCUS ABRAHAM, independentemente de o artigo 14 da MP nº 66/2002 não ter sido convertido em lei, as autoridades administrativas podem exigir a existência de propósito negocial baseando-se em princípios e teorias do Direito Privado, tais como: da função social do contrato (artigo 421 do CC); da boa-fé objetiva (artigo 422 do CC); do equilíbrio econômico (artigo 478 CC); e da exigência de causa – motivos, do negócio jurídico (artigos 140, 145 e 166, inciso III, todos do CC)<sup>213</sup>.

Contudo, essa possibilidade de exigência do propósito negocial afronta o princípio da estrita legalidade tributária, na medida em que impõe a exigência (ou aumento) de tributo sem

---

<sup>211</sup> XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 111-149, grifos do autor.

<sup>212</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. O desafio do planejamento tributário. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Planejamento tributário e o “propósito negocial”*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 13-16.

<sup>213</sup> ABRAHAM, Marcus. Os 10 Anos da Norma Geral Antielisiva e as Cláusulas do Propósito Negocial e da Substância sobre a Forma Presentes no Direito Brasileiro. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, v. 192, 2011, p. 86.

lei que o estabeleça, conforme rechaça IVES GANDRA MARTINS<sup>214</sup>, acompanhado de diversos outros juristas.<sup>215</sup>

IVES GANDRA MARTINS<sup>216</sup> complementa que isso ocorre, pois, ao desconstituir o ato ou negócio jurídico (como uma operação societária), a autoridade administrativa, sem amparo legal, seja pela ausência de norma tributária que autorize a exigência de propósito negocial, seja pela imposição, com a desconsideração da operação, de fato gerador que não ocorreu, em flagrante desrespeito ao artigo 97, inciso III, do CTN.<sup>217</sup>

Importante mencionar os ensinamentos de HUGO DE BRITO MACHADO sobre a interpretação a respeito da doutrina do propósito negocial:

Temos sustentado que, a depender da interpretação que se dê à denominada norma geral antielisão, albergada pelo parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional, dita norma terá de ser considerada inconstitucional, ou inútil. Inconstitucional se interpretada de modo a amesquinhar o princípio da legalidade tributária. Inútil se interpretada dentro dos limites desse princípio, porque mesmo sem ela o Fisco já tem desconsiderado diversos atos ou negócios jurídicos por considerar que foram praticados com abuso de direito, e os tribunais têm apoiado essa atitude em todos os casos nos quais entende configurado o abuso de direito.<sup>218</sup>

Por sua vez, MARCO AURÉLIO GRECO, ao doutrinarem sobre o propósito negocial, ressalta a necessidade de distinguir o propósito negocial da motivação “extratributária”, nos seguintes termos:

Aqui cumpre fazer um desdobramento dessa idéia, pois quando menciono “motivo extratributário” às vezes isto gera confusão em que lê meus textos. **Não estou dizendo que precisa haver *business purpose*** (conceito que advém da experiência americana e que se vincula à ideia de empreendimento); **não estou dizendo que o único motivo que afasta o**

<sup>214</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. Norma antielisão e o princípio da legalidade. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, v. 173, 2010, p. 98-99.

<sup>215</sup> Comungam desse mesmo entendimento: Alfredo Augusto Becker, Rubens Gomes de Souza, Gilberto de Ulhôa Canto, Geraldo Ataliba, Alberto Xavier, Antonio Roberto Sampaio Doria, Paulo de Barros Carvalho, Sacha Calmon Navarro Coêlho, dentre outros (cf. ABRAHAM, Marcus. Os 10 Anos da Norma Geral Antielisiva e as Cláusulas do Propósito Negocial e da Substância sobre a Forma Presentes no Direito Brasileiro. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, v. 192, 2011, p. 84).

<sup>216</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva, *op. cit.*, p. 95-97.

<sup>217</sup> “Art. 97. Somente a lei pode estabelecer: I – a instituição de tributos, ou a sua extinção; II – a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65; III – a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo; IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65; V – a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas; VI – as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades. § 1º Equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso. § 2º Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo.”

<sup>218</sup> MACHADO, Hugo de Brito. A falta de propósito negocial como fundamento para exigência de tributo. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, v. 143, ago. 2007, p. 51.

**abuso é o propósito ligado à atividade econômica desenvolvida** ou à sua repercussão no mercado, estou dizendo que o motivo que afasta o abuso é o extratributário, vale dizer, pode ser uma razão familiar, política, de mudança do regime jurídico das importações, de alteração do quadro referencial em que se posicionava a atividade da empresa.<sup>219</sup>

Nesse contexto, não bastaria a simples justificativa de ausência de propósito negocial para autorizar o Fisco, arbitrária e discricionariamente, a desconstituir ato ou negócio jurídico, contumaz operações societárias lícitas que proporcionem economia tributária, mas sim, sendo a operação societária praticada válida e lícita, bastaria a existência de qualquer motivo “extratributário”<sup>220</sup> para validá-la.

HUGO DE BRITO MACHADO conclui, em referência ao entendimento de Marco Aurélio Greco, que exigir o propósito negocial para a validade de atos jurídicos lícitos e perfeitos constitui “limitação intolerável à liberdade do cidadão contribuinte, sendo rejeitada até pela doutrina mais favorável à Fazenda em matéria de planejamento tributário”<sup>221</sup>.

Acrescenta-se a isso que, prevalecendo o entendimento da necessidade de propósito negocial às operações societárias, o subjetivismo da autoridade administrativa afrontaria os princípios tributários, como o da estrita legalidade (artigo 97 c/c 114<sup>222</sup>, ambos do CTN), em favorecimento, por certo, à tributação.<sup>223</sup>

Isso porque a autoridade administrativa, a seu livre critério, definiria se existiu ou não propósito negocial ou quais operações julgou mais complexas ou onerosas, proporcionando grande insegurança jurídica na realização de operações societárias com efeitos tributários.

A jurisprudência administrativa, na esteira da divergência doutrinária, também não estabeleceu, a princípio, entendimento pacífico sobre a exigência de propósito negocial para as operações societárias, conforme se verifica nas ementas abaixo transcritas:

[...] SIMULAÇÃO – INEXISTÊNCIA – Não é simulação a instalação de duas empresas na mesma área geográfica com o desmembramento das

<sup>219</sup> GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 235-236, grifo nosso.

<sup>220</sup> “Temos de examinar se existe um motivo extratributário. Isto não é exigir necessariamente motivo econômico. Este é um dos motivos extratributários, mas não se exclui o abuso só com ele. O propósito econômico é uma das hipóteses para afastar o abuso, mas se tivermos também uma razão familiar ou de mercado, um fato imprevisto ou um acidente que aconteceu este pode ser afastado do abuso. Porém, não basta alegar como razão do ato a lucratividade para que ele esteja justificado” (cf. *ibid.*, p. 238).

<sup>221</sup> MACHADO, Hugo de Brito. A falta de propósito negocial como fundamento para exigência de tributo. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, v. 143, ago. 2007, p. 51.

<sup>222</sup> “Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência”.

<sup>223</sup> MARTINS, Rogério Lindenmeyer Vidal Gandra da Silva; MARONE, José Ruben. Comentários à lei complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Curso de direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1143.

atividades antes exercidas por uma delas, **objetivando racionalizar as operações e diminuir a carga tributária**<sup>224</sup>.

[...] IRPJ – ATO NEGOCIAL – ABUSO DE FORMA – A ação do contribuinte de procurar reduzir a carga tributária, por meio de procedimentos lícitos, legítimos e admitidos por lei revela o planejamento tributário. Porém, tendo o Fisco demonstrado à evidência o abuso de forma, bem como a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, cabível a desqualificação do negócio jurídico original, exclusivamente para efeitos fiscais, requalificando o segundo a descrição normativo-tributária pertinente à situação que foi encoberta pelo desnaturamento da função objetiva do ato.<sup>225</sup>

Entretanto, em recente julgado, proferido em 15 de agosto de 2018, o CARF fortaleceu sua jurisprudência no sentido de afastar a exigência do propósito negocial pelo fisco, em razão da inexistência de dispositivo legal que lhe institua, conforme segue:

[...] PRELIMINARES. SUPERAÇÃO EM RAZÃO DE APRECIÇÃO DE MÉRITO.

Nos termos do que dispõe o §3o. do art. 12 do RPAF, sendo possível o provimento no mérito, devem ser superadas preliminares de nulidade.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. MOTIVO DO NEGÓCIO. CONTEÚDO ECONÔMICO. PROPÓSITO NEGOCIAL. LICITUDE.

Não existe regra federal ou nacional que considere negócio jurídico inexistente ou sem efeito se o motivo de sua prática foi apenas economia tributária. Não tem amparo no sistema jurídico a tese de que negócios motivados por economia fiscal não teriam “conteúdo econômico” ou “propósito negocial” e poderiam ser desconsiderados pela fiscalização. O lançamento deve ser feito nos termos da lei.

SUBSIDIARIAMENTE. EXISTÊNCIA DE EFETIVA RAZÃO EXTRA TRIBUTÁRIA.COMPROVAÇÃO.<sup>226</sup>

No caso concreto, as Recorrentes comprovaram existir razões de ordem negocial e restrições impostas pela Resolução CMN 2.325/1996 que justificam as operações realizadas.<sup>227</sup>

Verifica-se aqui, claramente, que a divergência interpretativa criada pela doutrina e jurisprudência acerca da doutrina do propósito negocial afastou a aplicabilidade da teoria do propósito negocial (*business purpose theory*) americano do sistema jurídico brasileiro, pois observar-se na interpretação brasileira uma aproximação às hipóteses de abuso de direito e abuso de forma, como meios de evitar abusos das operações.

<sup>224</sup> Primeiro Conselho de Contribuintes. Processo nº 11516.002462/2004-18, Acórdão nº 103-23.357, Terceira Câmara, Brasília, DF, sessão de 23 de janeiro de 2008, grifo nosso.

<sup>225</sup> Primeiro Conselho de Contribuintes. Processo nº 10882.002039/2003-98, Acórdão nº 101-95.552, Primeira Câmara, Brasília, DF, sessão de 25 de maio de 2006, grifo nosso.

<sup>226</sup> CARF. Processo nº 16327.721148/2015-23, Acórdão nº 1401-002.835, Quarta Câmara, Primeira Turma Ordinária. Primeira Sessão, Brasília, DF, sessão de 15 de agosto de 2016.

<sup>227</sup> CARF. Processo nº 16327.721148/2015-23, Acórdão nº 1401-002.835, Quarta Câmara, Primeira Turma Ordinária. Primeira Sessão, Brasília, DF, sessão de 15 de agosto de 2016, grifo nosso.

Em que pese a consistência da construção em torno da doutrina do propósito negocial, dentro das suas próprias premissas, entretanto, além da inexistência de dispositivo legal que acolha referida teoria, seria, no mínimo, questionável afastar a legitimidade de as sociedades empresárias se organizarem de forma a obter uma melhor economia tributária, inclusive porque, como visto anteriormente, trata-se também de uma obrigação e um dever dos administradores dessas sociedades<sup>228</sup>, prevista na legislação societária, no art. 1011 do Código Civil<sup>229</sup> e nos arts. 153 e 154 da Lei 6.404/76<sup>230</sup>.

Embora inexista a exigência do propósito negocial em nosso ordenamento jurídico, indiscutivelmente a existência de outro objetivo real e comprovado, além da economia tributária, poderá contribuir para a validade e licitude da operação pretendida perante a autoridade administrativa e julgadores do CARF, assim salienta RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA<sup>231</sup>, especialmente em se tratando de reorganizações societárias que geram economia tributária para a companhia.

Por fim, não é demais repetir as lições de FABIANA DEL PADRE TOMÉ sobre o tema, com as quais concordamos integralmente:

<sup>228</sup> MARTINS, Rogério Lindenmeyer Vidal Gandra da Silva; MARONE, José Ruben. Comentários à lei complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Curso de direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1143.

<sup>229</sup> “Art. 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.

§ 1º Não podem ser administradores, além das pessoas impedidas por lei especial, os condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação.

§ 2º Aplicam-se à atividade dos administradores, no que couber, as disposições concernentes ao mandato.”

<sup>230</sup> “Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.

Finalidade das Atribuições e Desvio de Poder

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

§ 1º O administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres.

§ 2º É vedado ao administrador:

a) praticar ato de liberalidade à custa da companhia;

b) sem prévia autorização da assembléia-geral ou do conselho de administração, tomar por empréstimo recursos ou bens da companhia, ou usar, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou de terceiros, os seus bens, serviços ou crédito;

c) receber de terceiros, sem autorização estatutária ou da assembléia-geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício de seu cargo.

§ 3º As importâncias recebidas com infração ao disposto na alínea c do § 2º pertencerão à companhia.

§ 4º O conselho de administração ou a diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais.”

<sup>231</sup> OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Planejamento tributário, elisão e evasão fiscal, norma antielisão e norma antievasão. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Curso de direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 478-479.

A desqualificação do ato ou do negócio jurídico é feita quando as práticas que almejam a economia de tributos consubstancial consistem em *operações artificiais, que não condizem com as atividades efetivamente desempenhadas*. **Não tem sentido, desse modo, falar-se na exigência de propósito negocial de caráter econômico, consistente na presença de motivos de natureza comercial ou administrativa que superem os benefícios de eventual redução da carga tributária. o único “propósito negocial” suscetível de ser considerado em nosso ordenamento é aquele de caráter jurídico, significando a correspondência entre a operação realizada e as provas que sustentam essa operação, de modo que fique demonstrado que o negócio jurídico foi realmente praticado.** É perfeitamente possível a adoção de medidas que impliquem menor carga tributária, desde que estas sejam efetivamente implementadas.<sup>232</sup>

---

<sup>232</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. Caso Kitchens: omissão de receitas por pessoas jurídicas distintas que operam como uma única empresa. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (coord.). *Planejamento tributário: análise de casos*. v. 3. São Paulo: MP, 2014, p. 244, itálicos do autor, negritos nossos.



## 4 SUBSTÂNCIA DAS ESTRUTURAS SOCIETÁRIAS E A TEORIA DA EMPRESA

Neste capítulo, depois de tratadas as nuances do planejamento tributário, buscaremos analisar criticamente, a partir dos fundamentos do Direito Empresarial e do Direito Societário, as estruturas que são tuteladas por estes ramos do Direito com aquelas que são usualmente utilizadas para articular um planejamento tributário, sobretudo a denominada “empresa-veículo”.

A análise se inicia com a reconstrução histórica do conceito de empresa, passando pelo desenvolvimento histórico do Direito Comercial até chegar ao hodierno Direito Empresarial e a Teoria da Empresa (Código Civil Italiano de 1942), com a posterior depuração dos elementos gerais e essenciais que compõem o conteúdo e a natureza jurídica de uma empresa. Logo após, faremos uma incursão nos tipos de sociedades e na fixação de premissas importantes para a definição de uma sociedade empresarial.

Por derradeiro, após estabelecidos os pressupostos de análise, mormente o conteúdo e elementos da empresa e da sociedade empresária, vamos aplicá-los na investigação das estruturas com o uso de empresa-veículo, *i.e.*, analisaremos a compatibilidade das disposições da empresa-veículo com os conceitos de empresa e sociedade empresária.

### 4.1 O DIREITO COMERCIAL E O SURGIMENTO DA TEORIA DA EMPRESA

A origem histórica do Direito Comercial, isto é, o momento em que o homem iniciou uma produção normativa voltada para atos que envolviam a circulação de bens, é sempre um tema complexo e bastante controvertido entre os estudiosos.

Há aqueles que, diante da multiplicidade de eventos característicos, entendem o desenvolvimento do direito comercial a partir do próprio desenvolvimento da humanidade, sendo, portanto, conveniente estudá-lo a partir também das divisões tradicionais da história (Antiguidade Clássica, Idade Média, Moderna e Contemporânea).

Outros, no entanto, defendem que uma sistematização mais uniforme se deu somente após a Idade Média, mais precisamente com os *burgos italianos*, como aponta TÚLIO ASCARELLI:

É na civilização das comunas que o direito comercial começa a afirmar-se em contraposição à civilização feudal, mas também distinguindo-se do direito romano comum, que, quase simultaneamente, se constitui e se impõe. O direito comercial aparece, por isso, como um fenômeno histórico, cuja origem é ligada à afirmação de uma civilização burguesa e urbana, na qual

se desenvolve um novo espírito empreendedor e uma nova organização dos negócios. Essa nova civilização surge, justamente, nas comunas italianas.<sup>233</sup>

Conquanto tenham-se notícias que desde o Código de Hamurabi (1.700 a.C.) já existiam normas de conteúdo comercial, fato é que não havia uma sistematização ou mesmo a concepção da mercancia como um fato social juridicamente relevante, pois estava muito mais ligado à subsistência, e à noção de lucro era inexistente.

É mesmo a partir do final da Idade Média que o desenvolvimento do Direito Comercial ocorre substancialmente. A doutrina, sob a perspectiva legislativa, divide o desenvolvimento do Direito Comercial em três fases: a *histórica*, a *francesa* e a *italiana*.

A fase inicial, chamada de histórica ou subjetivo-corporativista, caracteriza-se por compreender o Direito Comercial a partir da perspectiva das corporações de ofício<sup>234</sup> que surgiram a partir do séc. XI e XII. Em razão do “fechamento” das corporações entre seus membros, que têm por finalidade obter o maior controle dos meios de produção de determinado ofício, o Direito Comercial surge pautado na resolução de conflitos de interesse entre os membros das corporações. Ilustra bem o fato de as contendas serem decididas por um magistrado (cônsul *mercatorum*) eleito pelos próprios mercadores de determinada companhia de ofício, onde se aplicavam normas escritas ou consuetudinárias elaboradas também pela própria corporação.

Temos, portanto, nesta primeira fase, como traço marcante, o Direito Comercial a serviço do comerciante (caráter subjetivista), isto é, aquelas normas eram aplicadas não em razão da atividade desenvolvida, mas em razão da pertença ou não a determinada corporação.

A segunda fase, chamada de francesa ou *objetiva*, é oriunda da continuidade do processo de desenvolvimento da atividade comercial, primeiramente impulsionado pelas

---

<sup>233</sup> Por todos, cf. ASCARELLI, Tullio. Origem do Direito Comercial. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35, v. 103, jul./set. 1996, p. 88.

<sup>234</sup> As *corporações de ofício* surgem no contexto da formação das grandes cidades (urbanização) na Europa. Em linhas gerais, foram congregações de ensino, que tinham por objeto desenvolver os conhecimentos fora das chamadas Sete Artes Liberais (*Trivium*: Gramática, Retórica Lógica e *Quadrivium*: Aritmética, Música, Geometria e Astronomia), como carpintaria, construção civil, padaria, comércio e outras, em um ambiente de crescente organização das pessoas em cidades (burgos), bem como visava ao fortalecimento e o incremento no controle dos meios de produção de determinado ofício entre seus membros. Isso terminou por criar novas demandas de bens e serviços, qualitativa e quantitativamente, permitindo o desenvolvimento de novas profissões e novos padrões de consumo e circulação de riqueza. Portanto, é nesse contexto de complexificação da sociedade que a atividade comercial se torna a força-motriz da economia dos recentes Estados Modernos, reclamando por regulação.

grandes navegações ou mercantilismo<sup>235</sup> dos séculos XVI e XVII e consolidada com a difusão das ideias econômico-liberais no século XVIII.

Acontece que, devido a ampliação do mercado consumidor através das colônias do além-mar e novas rotas comerciais, os mercadores começaram a praticar atos acessórios que inicialmente estavam dentro do contexto da atividade comercial, mas que logo se tornaram autônomos e as pessoas começaram a praticar essencialmente atos não comerciais. O exemplo mais ilustrativo são os títulos cambiários, que surgiram inicialmente para auxiliar as atividades comerciais, mas que logo foram se transformando em uma atividade paralela e dissociada da mercancia, como empréstimos, poupanças, outros títulos de crédito, em suma, a gênese da atividade bancária moderna.

Tais atos, por não serem típicos apenas dos comerciantes, mas de boa parte da população, impuseram uma objetivação do direito comercial, isto é, as normas passaram a ser aplicadas a atos objetivamente considerados, e não a pessoas.

Marco legislativo histórico dessa fase de transição, embora seja ainda de caráter eminentemente subjetivo, são as francesas *ordonnance* de comércio (1673) e *ordonnance* da marinha (1681), que já consagraram alguns poucos atos de comércio objetivamente.<sup>236</sup>

No entanto, a consolidação dos chamados “atos de comércio” na legislação comercial ocorre mesmo após a Revolução Francesa, em que há o rompimento com o passado feudal, sobretudo com a extinção em definitivo das Companhias de Ofício (Lei de Chapelier, 1791)<sup>237</sup>, assim como a difusão das ideias econômico-liberais e a ascensão política da burguesia; esses fatores formam o ambiente favorável à promulgação de um Código Comercial no período de ocupação Napoleônico: o *Code de Commerce* de 1804 ou Código Napoleônico.

É ele o primeiro diploma normativo a encampar a teoria objetiva dos atos de comércio, que traz à disciplina uma série de atos da vida econômica e jurídica, que não eram atos mercantis propriamente ditos, mas que necessitavam do mesmo regramento jurídico, como a facilidade de prova, prescrição breve, rapidez processual e competência técnica de magistrados. Todavia, o traço fundamental dessa fase não se cinge à mera disciplina desses

---

<sup>235</sup> Alguns entendem que essa seria uma fase autônoma ou de transição, chamada de *fase eclética* (por todos, cf. NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e empresa*. v. 1, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 48), porém nesta optamos por não adotar essa divisão, por entender que a história se desenvolve sempre com fases intermediárias ou de transição, que não necessariamente são fases autônomas. Portanto, nosso entendimento é de que a chamada fase eclética é, em verdade, o início da fase objetiva, dentro de um processo de mudança de paradigma, que tem variadas causas.

<sup>236</sup> ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de direito comercial*. v. 1, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 8.

<sup>237</sup> VERÇOSA, Haroldo M. Duclerc. *Curso de direito comercial*, v. 1, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 44.

atos, mas à extensão da jurisdição comercial a qualquer pessoa que praticasse os atos previstos, independentemente da qualificação pessoal.

Valiosas são as lições de MARLON TOMAZETTE:

O direito comercial passa a ser o direito dos atos de comércio, praticados por quem quer que seja, independentemente de qualquer qualificação profissional, ou participação em corporações. Tenta-se atingir a principal aspiração do direito mercantil, qual seja, a de disciplinar todos os atos constitutivos da atividade comercial.<sup>238</sup>

No entanto, o curso do desenvolvimento da atividade econômica demonstrou que a teoria dos atos de comércio era insuficiente para congregar todas as atividades econômicas possíveis e muito menos para acompanhar seu desenvolvimento. Várias atividades não eram contempladas pelos atos de comércio, tais como a prestação de serviços, a agricultura, a pecuária e a negociação imobiliária, mesmo quando prestadas de forma empresarial.

Não por outra razão, a doutrina expunha críticas a essa teoria, como bem aponta FÁBIO ULHÔA COELHO:

A teoria dos atos de comércio resume-se rigorosamente falando, a uma relação de atividades econômicas, sem que entre elas se possa encontrar qualquer elemento interno de ligação, o que acarreta indefinições no tocante à natureza mercantil de algumas delas.<sup>239</sup>

Não destoam a crítica a opinião abalizada de ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO:

O principal argumento contrário ao sistema objetivo é justamente a precariedade científica da base em que se assenta – uma enumeração casuística de atos de comércio, feita pelo legislador ao acaso (de acordo com aquilo que a prática mercantil considerava, à época, pertencer ao Direito Comercial). Com isso, sequer se consegue encontrar o conceito de seu elemento fundamental, o ato de comércio.<sup>240</sup>

Nessa linha, a mudança de paradigma era necessária e irrefreável. Chegamos, portanto, a última fase, chamada de italiana ou subjetivo-moderna, que, segundo RICARDO NEGRÃO, se encontra em pleno desenvolvimento.<sup>241</sup> Nesta fase, o objeto caracterizador do direito comercial se desloca dos “atos de comércio” para a atividade empresarial desenvolvida pelo empresário. Note-se, portanto, que há um retorno do direito à pessoa (caráter subjetivo), porém sem as amarras ou a limitação das corporações de ofício de outrora. Nesta fase, busca-

<sup>238</sup> TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*. v. 1, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 36.

<sup>239</sup> COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial: Direito de empresa*. v. 1, 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 31.

<sup>240</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Manual de Direito Comercial*. 2. ed. revisada e atualizada. Juruá: Curitiba, 2000, p. 47.

<sup>241</sup> NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e empresa*. v. 1, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 48.

se a compreensão de atividade econômica, isto é, o conjunto de atos destinados a um fim, a satisfação das necessidades do mercado geral de bens e serviços.<sup>242</sup>

Veremos com mais detalhes essa terceira fase adiante, quando abordarmos seus efeitos no Brasil. Antes, vamos traçar o caminho que o Direito Comercial Brasileiro percorreu, vinculado a cada uma das fases.

## 4.2 O DIREITO COMERCIAL NO BRASIL

O Direito Comercial brasileiro se desenvolveu de maneira gradual, marcado por forte interferência da doutrina estrangeira, que influenciou sobremaneira a determinação dos elementos essenciais da “empresa”, a partir de um desenvolvimento da “Teoria da Empresa”, alterada significativamente pelo Código Civil de 2002.

Não obstante, para a correta compreensão da figura da empresa atualmente, é imprescindível realizar levantamento histórico de como a temática se desenvolveu no Brasil.

### 4.2.1 Código Comercial do Império (1850) e a Teoria dos Atos de Comércio

Oficialmente, nosso primeiro diploma comercial é a Lei nº 556, de 25 de junho de 1850<sup>243</sup>, chamado de Código Comercial, sancionado ainda sob o Reinado de D. Pedro II (1840-1889).

Não obstante a oscilação na doutrina especializada, fato é que o Código Comercial brasileiro sofreu enorme influência do *Code de Commerce* francês (1807) e dos Códigos da Espanha (1829) e Portugal (1833). Não tardou muito e no mesmo ano de 1850 o Código foi regulamentado pelo Decreto nº 737/1850, tendo como timbre o rol dos Atos de Comércio, assim como a definição de “mercancia”:

**Art. 19.** Considera-se mercancia:

§ 1º A compra e venda ou troca de efeitos moveis ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma especie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso.

§ 2º As operações de cambio, banco e corretagem.

§ 3º As emprezas de fabricas; de com missões ; de depositos ; de expedição, consignação e transporte de mercadorias; de espectaculos publicos.

§4º Os seguros, fretamentos, risco, e quaesquer contratos relativos ao comercio maritimo.

<sup>242</sup> BARRETO FILHO, Oscar. Pela dignidade do direito mercantil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, ano 2, n. 6, set./dez. 1999, p. 301.

<sup>243</sup> Usamos o tempo verbal no presente, posto que o Código Comercial de 1850 ainda está vigente, tendo sido revogada, pelo Código Civil de 2002, apenas a primeira parte. A segunda, portanto, que trata do “comércio marítimo”, ainda está vigente, com poucas revogações realizadas por outros diplomas legais.

§ 5. ° A armação e expedição de navios

Nesse aspecto, o Regulamento nº 737, na tentativa de definir o que seriam os atos de comércio – o que é naturalmente tarefa árdua – terminou por positivar uma definição ainda muito ampla<sup>244,245</sup>. Não obstante essa fluidez, buscou-se, entre a doutrina, uma definição mais coesa dos atos de comércio. Nessa esteira, temos a definição de atos de comércio, proposta por VERA HELENA DE MELLO FRANCO, como sendo

[...] o ato jurídico, qualificado pelo fato particular de consubstanciar aqueles destinados à circulação da riqueza mobiliária, e, como tal, conceitualmente voluntário e dirigido a produzir efeitos no âmbito regulado pelo direito comercial.<sup>246</sup>

Esta definição tem o mérito de albergar todos os atos que vão desde a produção até o consumo, não cingindo-se apenas à circulação de mercadorias. Além disso, há uma aproximação da concepção de empresa, por conferir substância ao conjunto de atos e não se ater individualmente a cada um.

Por outro lado, tendo em vista a dificuldade da apreensão da ideia abrangida pelos atos de comércio, foram formuladas diversas classificações com finalidades didáticas. Não sendo mais simples que a formulação de uma definição, a classificação de atos de comércio não obteve uma uniformidade na doutrina.

A despeito disso, adotamos aqui a proposta de JOSE XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA – conquanto ela mesmo seja criticada por seu autor quanto à sua insuficiência<sup>247</sup> – que distinguiu três tipos de atos de comércio, quais sejam, (i) por natureza ou subjetivos, (ii) por dependência ou conexão e (iii) por força ou autoridade de lei.<sup>248</sup>

Os atos de comércio *por natureza* “são os negócios jurídicos referentes diretamente ao exercício normal da indústria mercantil”<sup>249</sup>. São aqueles atos nos quais pelo menos uma das partes atua como comerciante, no exercício da profissão. Logo, temos por traços

<sup>244</sup> TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*. v. 1, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 35.

<sup>245</sup> Não obstante a crítica, há quem veja como salutar essa tentativa, pois foi um dos distanciamentos da legislação francesa de tentar uma definição “pura” de Atos de Comércio (caráter objetivo) e trazer elementos como habitualidade (art. 4º do Código Comercial de 1850), isto é, elementos de caráter eminentemente subjetivo. Para mais, cf. VERÇOSA, Haroldo M. Duclerc. *Curso de direito comercial*, v. 1, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 53.

<sup>246</sup> FRANCO, Vera Helena de Mello. *Manual de direito comercial*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 35.

<sup>247</sup> CARVALHO DE MENDONÇA, Jose Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*. v. 1. Atualizado por Ricardo Negrão. Campinas: Bookseller, 2000, p. 214.

<sup>248</sup> *Ibid.*, p. 526.

<sup>249</sup> *Ibid.*, p. 527.

característicos dos atos de comércio por natureza ou subjetivos: a *habitualidade*, o *intuito de lucro* e a *intermediação*.<sup>250</sup>

A habitualidade advém da própria noção trazida pelo Código de 1850 quanto ao aspecto subjetivo de quem está numa atividade comercial, conforme inteligência do art. 4º<sup>251</sup>, ou seja, quem está praticando aquele ato não o faz esporadicamente. Também devem ser atos de intermediação, isto é, quem pratica o ato não pode estar praticando para si mesmo e, por fim, a prática daquele ato deve almejar o lucro.

Exemplo ilustrativo é a compra e venda, pois o ato de comprar uma mercadoria, caso seja para consumo próprio, está fora da definição. Ele deve ser, portanto, necessariamente para revenda (intermediação). E, se é para revenda, é coerente que a pessoa objetive lucrar com aquela revenda (lucro); caso contrário, será uma doação ou uma dilapidação patrimonial. Por fim, deve ser uma atividade habitual (habitualidade); caso contrário, será apenas um negócio jurídico esporádico e, por isso, não tutelado pelo Direito Comercial, mas pelo Direito Civil.

Os atos de comércio *por dependência ou conexão* são aqueles que *a priori* são atos civis – daí o entendimento de alguns autores de que não seriam uma outra categoria de atos de comércio<sup>252</sup> –, mas cuja finalidade está intimamente relacionada à atividade comercial, como a compra dos móveis para a loja, máquinas para uma indústria, uniformes para os funcionários, por exemplo. Logo, é a finalidade dos atos que os categorizará como sendo ou não atos de comércio por conexão ou dependência.

Por derradeiro, existem os atos de comércio por força ou autoridade de lei, os quais, independentemente de qualquer critério científico, também são considerados atos de comércio. O que lhes dá a qualidade de ato de comércio é a determinação legal – são atos de comércio todos aqueles enumerados pela lei como tais, não admitindo prova em contrário. Assim, temos como exemplos a construção civil e as atividades relacionadas às sociedades anônimas.

Não obstante essa classificação, como dito alhures, não abarque todos os aspectos do Código Comercial Brasileiro, ela se mostra muito útil porque salienta o caráter subjetivista que também estava presente no código. Nos atos por natureza, o elemento da essencialidade estampa a preocupação do legislador de voltar os olhos ao sujeito que pratica os atos de

<sup>250</sup> MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 80-81.

<sup>251</sup> “Art. 4 - Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia *profissão habitual*” (grifo nosso).

<sup>252</sup> MARTINS, Fran, *op. cit.*, p. 45.

comércio. Daí alguns autores<sup>253</sup> afirmarem que o Brasil adotou um sistema misto (objetivo e subjetivo), já iniciando um processo que seria consolidado anos depois com a migração para o sistema italiano.

#### 4.2.2 Da crise do objetivismo à adoção da Teoria da Empresa

A crise do objetivismo no Brasil, caso seja possível demarcá-la a partir de um fato, se inicia com a extinção dos Tribunais de Comércio em 1875, pelo Decreto nº 2.662, e com a transferências de suas funções administrativas para as Juntas Comerciais, muito embora desde a sanção do código já se discutisse a insuficiência da Teoria dos Atos de Comércio.

Porém, conquanto o sistema objetivo no Brasil tenha apresentado certa evolução – por isso chamá-lo de misto –, ele sempre foi objeto de duras críticas que no início do século XIX ganharam força, iniciando um processo efetivo de transição para o sistema subjetivo-moderno.

Como assinala MANUEL BROSETA PONT, há dois problemas fundamentais no sistema objetivo. O primeiro é a inviabilidade de unir numa única definição os atos ocasionais e aqueles que representam uma atividade profissional e, por isso, exigiriam o tratamento específico. Em segundo lugar, a submissão de algumas matérias que haviam se tornado comuns e já não necessitavam da tutela mercantil especial dispensada pelo Direito Comercial<sup>254</sup>.

Comunga da mesma opinião JOAQUÍN GUARRIGUES ao afirmar que as expressões de ato de comércio e direito comercial passaram a ser arbitrárias, sem guardar qualquer relação com o comércio.<sup>255</sup>

OSCAR BARRETO FILHO, compartilhando a orientação daqueles que criticam o sistema objetivo, afirma que,

Se compete à lei, em última análise, a definição de comerciante, ou de ato de comércio, e, por conseguinte, da matéria de comércio, conclui-se de modo irresistível que o Direito Mercantil é antes uma categoria legislativa, do que uma categoria lógica.<sup>256</sup>

---

<sup>253</sup> Por todos, VERÇOSA, Haroldo M. Duclerc. *Curso de direito comercial*, v. 1, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 51-54.

<sup>254</sup> BROSETA PONT, Manuel. *Manual de derecho mercantil*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 1994, p. 57.

<sup>255</sup> GARRIGUES, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*. t. I, v. 1, 7. ed. Bogotá: Temis, 1987, p. 12.

<sup>256</sup> BARRETO FILHO, Oscar. Pela dignidade do direito mercantil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, ano 2, n. 6, set./dez. 1999, p. 299.

Para ilustrar a insuficiência da teoria objetivista, podemos pensar numa imobiliária. À luz da Teoria dos Atos de Comércio, ela não seria considerada uma “empresa”, porquanto o ato praticado não seja previsto como sendo um ato de comércio, ainda que ela tivesse um faturamento relevante, praticasse com intuito de lucro, com habitualidade etc. Já na Teoria da Empresa o ato praticado torna-se irrelevante para a definição de empresa, mas busca-se o conceito em elementos essenciais da atividade empresarial – que veremos adiante em detalhes. Em outras palavras, poder-se-ia sintetizar essa mudança de paradigma em duas perguntas: na teoria objetivista, pergunta-se “*o que se está praticando?*”, enquanto que na subjetivista moderna, pergunta-se “*como se está praticando?*”.

Além das críticas pertinentes aludidas acima, já estava em curso nos países europeus um distanciamento da teoria objetivista, que se inicia com Código Alemão de Direito Comercial de 1897 (*Handelsgesetzbuch* – HGB) e, sem dúvida, se solidifica com o Código Civil Italiano de 1942, que unificou o direito das obrigações fazendo desaparecer o Código Comercial e inaugurando o que chamamos de Teoria da Empresa, quando são estabelecidas regras próprias não mais àquele que pratica com habitualidade e profissionalidade atos de comércio, mas à atividade definida em lei como empresarial.

Assim, desenvolveu-se uma teoria que tem por objeto uma ficção jurídica denominada de empresa, que já não mais está vinculada à prática de determinados atos comerciais, mas ao exercício de uma atividade com determinadas características por um sujeito: o empresário.

Não por outra razão, modernamente, surge uma nova concepção que qualifica o direito comercial como o direito das empresas, orientação maciçamente adotada na doutrina pátria<sup>257</sup> apesar de ainda existir alguma resistência<sup>258</sup>, calcada no argumento de que apenas houve a introdução de novas formas ao Direito Comercial, com a finalidade de acompanhar o desenvolvimento das atividades econômicas.

Fato é que, nesta nova fase, o direito comercial rediscute até sua justificação, na medida em que se passou da tutela do comerciante para a tutela do crédito e da circulação de bens ou serviços ou, dito de outra forma, deixou-se de proteger os agentes que exercem a atividade econômica e se passou a proteger as relações deles.<sup>259</sup>

<sup>257</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. v. 1, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 15; FRANCO, Vera Helena de Mello. *Lições de direito comercial*. 2. ed. São Paulo: Maltese, 1995, p. 51; COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 25; BULGARELLI, Waldirio. *Direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 17; BARRETO FILHO, Oscar. Pela dignidade do direito mercantil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, ano 2, n. 6, set./dez. 1999, p. 301.

<sup>258</sup> MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 80.

<sup>259</sup> FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 17.

Portanto, chama-se sistema subjetivo moderno, pois a concepção passa a ser, como já referimos, centrada na pessoa do empresário (que é aquele que exerce atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado). Daí falar-se em Direito Empresarial hoje em dia.

Como nos mostra FÁBIO ULHÔA COELHO, no Brasil, desde o início do século XIX, tentou-se a unificação do Direito Privado em uma única codificação, mas o fracasso foi retumbante. Isso, contudo, não obstou as mudanças que paulatinamente foram sendo implementadas na legislação e que claramente almejavam afastar o Direito Comercial brasileiro do paradigma objetivista e levá-lo ao italiano.<sup>260</sup>

Houve a introdução de novas legislações já com forte influência desse sistema, no que se refere à ideia de empresa e empresário, como a legislação falimentar, a sociedade limitada, a sociedade anônima, os títulos de crédito, por exemplo. Sobre esse fato também nos ensina ULHÔA COELHO:

Mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil, pode-se afirmar que o direito brasileiro já vinha adotando fundamentalmente a teoria da empresa. A evolução do nosso direito não ficou dependendo da reforma da codificação. Apesar da vigência de um Código Comercial ainda inspirado na teoria dos atos de comércio, a doutrina, jurisprudência e a própria legislação esparsa cuidaram de ajustar o direito comercial, para que pudesse cumprir sua função de solucionar conflitos de interesses entre os empresários por critérios mais adequados à realidade econômica do último quarto do século XX. Isto se pode afirmar não apenas em razão da doutrina e jurisprudência — ou mesmo de decisões de juízes de primeiro grau afinadas com as modernas concepções de disciplina privada da economia, de que era significativo exemplo a concessão de concordata preventiva aos pecuaristas em Minas Gerais —, mas sobretudo em função da própria legislação editada a partir dos anos 1990.<sup>261</sup>

Apenas com a aprovação do Código Civil de MIGUEL REALE — que, diga-se, tramitou por 27 anos — o Brasil conseguiu completar a transição do modelo francês para o modelo italiano. Ficamos ainda com as lições do ilustro professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná:

À semelhança do anteprojeto de 1965, de cujo livro III sobre a atividade negocial encarregou-se Sylvio Marcondes, o Código Civil inspira-se no *Codice Civile* e, adotando expressamente a teoria da empresa, incorpora o

<sup>260</sup> Há quem defenda que o Código Comercial de 1850 foi sendo esvaziado ao longo de sua vigência, pois, tendo em vista seu caráter estático, houve dificuldades de acompanhar as mudanças econômicas ocorridas no Brasil ao longo de um século e meio, o que resultou em alterações de conteúdo, mas, sobretudo, a inserção de leis especiais foi determinante para esse esvaziamento (cf. VERÇOSA, Haroldo M. Duclerc. *Curso de direito comercial*, v. 1, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 59).

<sup>261</sup> COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial: Direito de empresa*. v. 1, 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 43.

modelo italiano de disciplina privada da atividade econômica. A despeito de seu inegável envelhecimento precoce em muitos aspectos, trata-se de texto sintonizado com a evolução dos sistemas de tratamento da economia, pelo ângulo das relações entre os particulares.<sup>262</sup>

Com o advento do Código Civil de 2002, a parte I do Código Comercial – o núcleo normativo, digamos – foi revogada e passou a ser regulada pelo diploma civilista, nos artigos 966 a 1.195 (Livro II – Do Direito de Empresa).

É possível verificar que, de fato, o novo Código Civil, inspirado na legislação italiana de 1942, passou a adotar a Teoria da Empresa, substituindo a figura do comerciante pela figura do empresário e da sociedade comercial pela sociedade empresária.

O Código Civil de 2002 define empresário no art. 966, que assim dispõe:

**Art. 966.** Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Na comparação das definições, podemos ver a influência da doutrina ítalá no direito brasileiro, porquanto assim dispõe o art. 2.082 do *Codice Civile*:

**Art. 2082.** Imprenditore.

È imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata (2555, 2565) al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi (2135, 2195).

Do cotejo acima, salta aos olhos a utilização de determinadas palavras que têm o mesmo significado, como “profissionalmente”, “atividade econômica”, “organizada”, “produção” e “bens e serviços”. Ao tratar sobre o artigo do código estrangeiro, assim leciona TULLIO ASCARELLI:

O art. 2.082 não se refere simplesmente – já notamos – a uma atividade e a uma atividade autônoma, mas a uma atividade econômica, dirigida à produção ou à troca de bens ou serviços, organizada, exercida profissionalmente.

Ao fazer recurso aos mencionados termos, o Código os considera na sua corrente valorização social (menos exatamente se costuma dizer: no seu significado econômico). O art. 2.082 (assim como, na legislação ab-rogada, os arts. 3º e 4º do Código de Comércio) constitui, na verdade, uma norma qualificativa ou delimitativa, que, em substância, determina o âmbito no qual se aplicarão determinadas normas. A definição jurídica de empresário

<sup>262</sup> COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial: Direito de empresa*. v. 1, 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 31.

importa, por isso, o apelo a conceitos não definidos no sistema e cujo alcance deve valorar-se em relação à concepção social corrente.<sup>263</sup>

Já WALDIRIO BULGARELLI entende que não houve uma mudança radical na passagem de comerciante para empresário; ao revés, defende que há, na verdade, uma identidade entre eles, apenas tendo havido uma atualização e ampliação do conceito para equiparar os agentes econômicos. Vejamos a abalizada lição do mestre:

Concorda de maneira geral a doutrina italiana em que não houve mera substituição do comerciante pelo empresário e sim a adoção de um sistema dando preeminência a este e assim igualando os agentes das atividades econômicas da produção de bens ou serviços, sob a rubrica de empresário, mas, note-se, concebido este não como especulador, porém como responsável pela produção; desta forma, o comerciante antigo foi absorvido pela categoria de empresário, como titular da atividade intermediária. Há que se atentar, pois, por outro lado, que o empresário comercial corresponde de certa forma ao antigo comerciante e não ao empresário em geral, ou seja, há correspondência entre os dois, no que se refere ao fato de que ambos exercem uma atividade econômica organizada de intermediação, e há diferença, no fato de que é considerado empresário porque é agente de produção e não mero especulador.<sup>264</sup>

Nada obstante ao brilhantismo do mestre, estamos com aqueles que defendem uma mudança clara de paradigmas. Muito embora a discussão seja central, pois fato é que em ambas redações legais – Código Civil brasileiro e italiano – o que vemos é a natureza da atividade que qualifica o sujeito como empresário ou não.

Além disso, o nosso código exclui do conceito de empresário o exercente de atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, mesmo que conte com o suporte de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa. Esse dispositivo abarca o chamado *profissional liberal* (advogado, dentista, médico, engenheiro, arquiteto, contabilista etc.), que apenas se submete ao regime geral da atividade econômica se inserir a sua atividade específica numa organização empresarial (que a legislação chama de “elemento de empresa”, cujos detalhes veremos mais adiante). Caso contrário, mesmo que empregue terceiros, permanecerá sujeito somente ao regime próprio de sua categoria profissional.

Por fim, temos ainda os *empresários rurais*, que são dispensados de inscrição no registro de empresa e dos demais deveres impostos aos inscritos (art. 970)<sup>265</sup>. Não são, por

---

<sup>263</sup> ASCARELLI, Tullio. A atividade do empresário. Trad. Erasmo Valladão Novais França. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo: Malheiros, v. 42, n. 132, out./dez. 2003, p. 203.

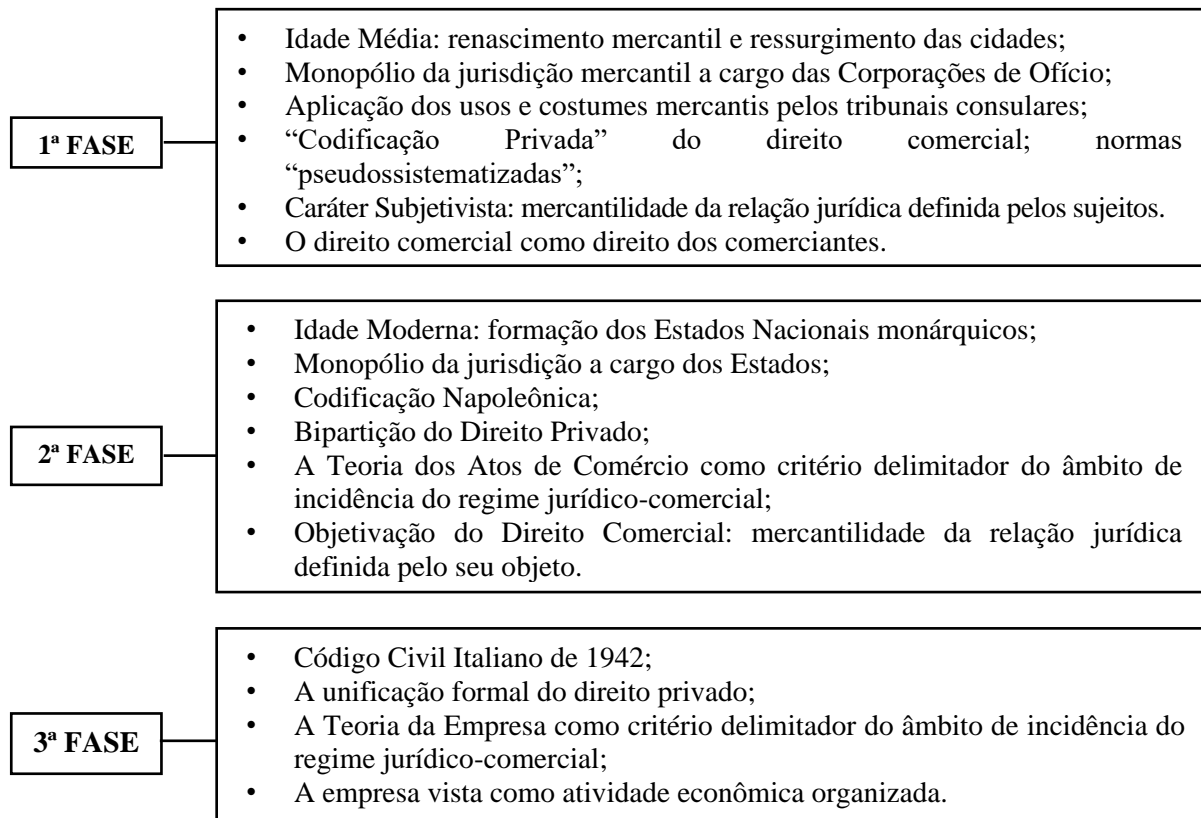
<sup>264</sup> BULGARELLI, Waldirio. *Tratado de Direito Empresarial*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 59.

<sup>265</sup> “Art. 970. A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes.”

evidente, excluídos do conceito de empresário, tal como os profissionais liberais, mas podem, por ato unilateral de vontade (inscrição no registro de empresa), ingressar ou não no regime geral de disciplina da atividade econômica.

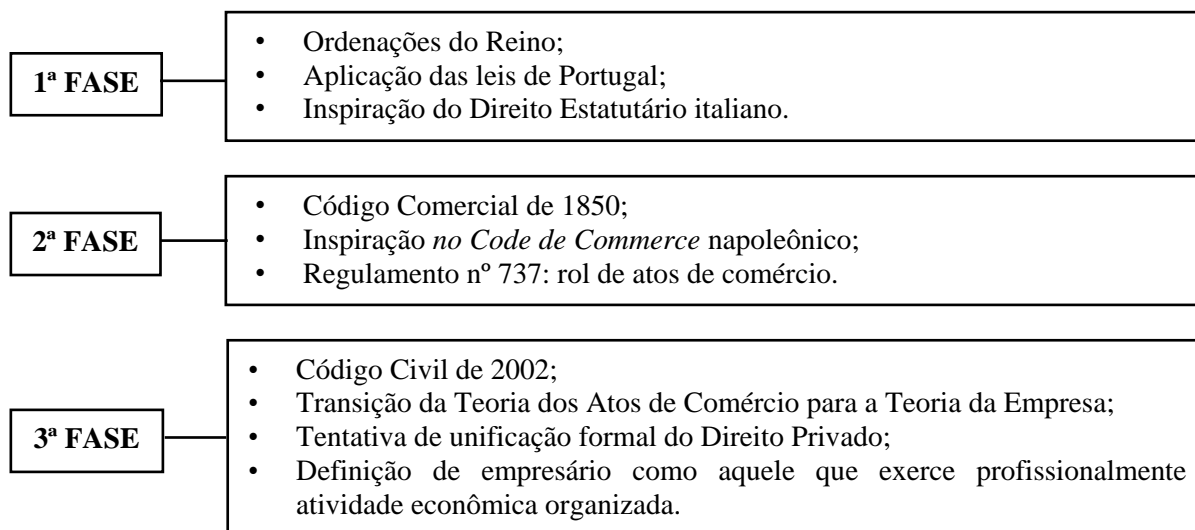
Enfim, podemos resumir e cotejar as fases de evolução do Direito Comercial, no mundo e no Brasil, a partir do esquema abaixo, cunhado por ANDRÉ LUIZ SANTA CRUZ RAMOS<sup>266</sup>:

### A EVOLUÇÃO DO DIREITO COMERCIAL NO MUNDO



<sup>266</sup> RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 45-46.

## A EVOLUÇÃO DO DIREITO COMERCIAL NO BRASIL



Agora, nós vamos nos debruçar sobre as origens do conceito de empresa, partindo da análise econômica.

### 4.3 O CONCEITO ECONÔMICO DE EMPRESA

O novo paradigma de empresa surge, sem dúvida, da própria difusão das ideias econômico-liberais concebidas no século XVIII e desenvolvidas no século XX, com expoentes como Escola Austríaca e de Chicago, pois, com finalidade de englobar toda uma plêiade de atividades que objetivam o lucro é que se pensa na ideia de empresário ou de empresa, propriamente dita, isto é, a noção inicial de empresa advém da economia, vinculada a ideia de organização dos fatores de produção (capital, trabalho, natureza), para a realização de uma atividade econômica.<sup>267</sup>

Nesse sentido, é assertiva a exposição de FÁBIO NUSDEO, para quem a “empresa é a unidade produtora cuja tarefa é combinar fatores de produção com o fim de oferecer ao mercado bens ou serviços, não importa qual o estágio da produção”.<sup>268</sup>

A seu turno, JOAQUÍN GARRIGUES não entende de modo diverso, asseverando que “economicamente a empresa é a organização dos fatores da produção (capital, trabalho) com o fim de obter ganhos ilimitados”.<sup>269</sup>

<sup>267</sup> TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*. v. 1, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 36.

<sup>268</sup> NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 285.

<sup>269</sup> GARRIGUES, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*. t. I, v. 1, 7. ed. Bogotá: Temis, 1987, p. 162.

A partir de tal acepção econômica é que se desenvolve o conceito jurídico de empresa, o qual não nos é dado explicitamente pelo direito positivo, nem mesmo naqueles países onde a teoria da empresa foi positivada inicialmente (*e.g.*, Itália).

Em virtude de o conceito ser essencialmente econômico, parte da doutrina optou apenas por negar sua relevância. Já uma outra parte optou por criar um conceito jurídico totalmente diverso e autônomo do econômico.

Todavia, os resultados foram insuficientes, pois, descolados da realidade econômica que envolve a empresa em todas as suas dimensões, o conceito jurídico padece de ineficácia. Sendo assim, prevaleceu a ideia de que o conceito jurídico de empresa deve repousar sobre seu conceito econômico, pois em qualquer fenômeno da realidade sempre prevalece alguma realidade, seja ela econômica, sociológica, política, religiosa, etc., sob a qual o direito deverá olhar e verter aquelas expressões em linguagem jurídica competente, isto é, em linguagem da ciência jurídica.<sup>270</sup>

Esse timbre econômico no direito da empresa, que já vinha sendo aplicado na Áustria e Alemanha do século XX, deseja que a realidade econômica encontre seu equivalente na disciplina jurídica. Destarte, vamos agora, após tratar de um conceito econômico de empresa, verificar como o Direito introduziu esse conceito econômico e buscar compreender o que vem a ser uma “empresa”.

#### **4.4 O QUE É EMPRESA?**

O Código Civil de 2002, com importante contribuição doutrinária e estudiosos do Direito Privado, notadamente do Direito Comercial, revelaram traços essenciais e definidores da figura empresarial típica, demonstrando o que consistiria em uma empresa válida, existente e eficaz, não eivada de vícios de vontade ou validade, que culminariam seu funcionamento regular.

Deste modo, resta necessário compreender os requisitos taxativos da empresa, à luz do Código Civil de 2002 e correlatas contribuições doutrinárias.

##### **4.4.1 Teoria dos perfis de Alberto Asquini**

Em razão da ausência de uma definição legal de empresa, tanto no Código Civil brasileiro como no código italiano, mas sim uma definição de seu titular, o empresário (art.

---

<sup>270</sup> BULGARELLI, Waldirio. *Tratado de Direito Empresarial*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 127.

966, CC/02), deixou-se uma lacuna conceitual, razão pela qual a doutrina especializada envidou esforços na busca de um conceito e uma natureza jurídica para empresa. Dentre esses estudiosos, destaca-se ALBERTO ASQUINI, com a sua *Teoria dos Quatro Perfis* ou *Teoria dos Perfis*.

Para ASQUINI, que estava observando a legislação italiana, havia uma pluralidade de perfis no conceito de empresa. Para ele, “o conceito de empresa é o conceito de um fenômeno jurídico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que ali concorrem”<sup>271</sup>.

Como nos recorda MARLON TOMAZETTE, essa teoria já se encontra hoje superada, mas “teve o mérito de trazer à tona vários conceitos, intimamente relacionados ao conceito de empresa, os quais traduziriam o fenômeno da empresarialidade”<sup>272</sup>. Para o autor italiano, não se deve pressupor que o fenômeno econômico polivalente da empresa, necessariamente, ingresse no direito por um esquema de unidade, tal como ocorre na ciência econômica. Ele dividia o conceito de empresa em quatro perfis: (i) *subjetivo*, (ii) *funcional*, (iii) *patrimonial* (ou objetivo) e (iv) *corporativo*.

O *perfil subjetivo* é inferido do próprio art. 2.082 do *Codice Civile*, onde vê-se a pessoa do empresário em superposição com a empresa, isto é, por ser o empresário que organiza os meios de produção de forma profissional e organizada com a finalidade de troca de bens ou serviços, ele mesmo se confundiria com a noção de empresa. Em outras palavras, a empresa seria uma pessoa.

Já o *perfil funcional*, o autor o concebe a partir da inteligência dada pelos arts. 2.084, 2.085, 2.196, 2.198, 2.203, 2.204 etc., do mesmo diploma, nos quais se utiliza o vocábulo “empresa” sob o aspecto funcional ou dinâmico, isto é, ele vislumbra que em certos momentos a empresa é concebida como uma potência autônoma, que é a atividade empresarial, sempre dirigida a uma finalidade produtiva que nunca é estática, ou, nas palavras do próprio autor: “a empresa aparece como aquela força em movimento que é atividade empresarial dirigida para um determinado escopo produtivo”<sup>273</sup>. Em suma, os atos que

---

<sup>271</sup> ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. *Rivista di Diritto Commerciale*, v. XLI - Parte 1, 1943, p. 1 *apud* TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*. v. 1, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 37. Tradução livre de “il concetto di impresa e il concetto di un fenomeno economico poliedrico, il quale ha sotto l'aspetto giuridico non uno, ma diversi profili in relazione ai diversi elementi che vi concorrono.”

<sup>272</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>273</sup> ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35, n. 104, p. 109-126, out./dez. 1996.

compõem o esforço de organização dos meios de produção para produção de bens ou serviços dariam esse conteúdo funcional à empresa.

Há ainda o *perfil objetivo* ou *patrimonial*, que relaciona a empresa ao conjunto de bens utilizados no exercício da atividade, desempenhada profissionalmente e de forma organizada. Note-se, contudo, que não é a totalidade do patrimônio que trata Asquini, mas apenas do patrimônio afetado para o exercício da atividade. Aquele patrimônio angariado com o exercício da atividade – “lucro” – seria de outra espécie.

Por derradeiro, haveria o *perfil corporativo*, pelo qual a empresa seria a instituição que reúne o empresário e seus colaboradores, ou seja, um núcleo organizado em função de um fim econômico. Nesse aspecto, a empresa é concebida como o resultado da organização pessoal, composta entre o empresário e seus colaboradores. Como aduz o próprio ALBERTO ASQUINI:

O empresário e seus colaboradores dirigentes, funcionários, operários, não são de fato, simplesmente, uma pluralidade de pessoas ligadas entre si por uma soma de relações individuais de trabalho, com fim individual; mas formam um núcleo social organizado, em função de um fim econômico comum, no qual se fundem os fins individuais do empresário e dos singulares colaboradores: a obtenção do melhor resultado econômico, na produção. A organização se realiza através da hierarquia das relações entre o empresário dotado de um poder de mando — e os colaboradores, sujeitos à obrigação de fidelidade no interesse comum.<sup>274</sup>

Enfim, esses são os perfis apresentados por Asquini que, como já referido alhures, já não encontra maiores adeptos no meio especializado, mas tem seus méritos, principalmente quanto aos três primeiros perfis que, em verdade, são imbricados e podem ser observados na realidade. Contudo, quanto ao último perfil, este foi devidamente rechaçado pela doutrina por ser uma expressão da influência do governo fascista de Mussolini que estava no poder naquele país, durante a elaboração do Código Civil italiano. Nesse sentido, é assertiva a lição de FÁBIO ULHÔA COELHO:

O perfil corporativo, por sua vez, sequer corresponde a algum dado de realidade, pois a ideia de identidade de propósitos a reunir na empresa proletários e capitalista apenas existe em ideologias populistas de direita, ou totalitárias (como a fascista), que dominava a Itália na época.<sup>275</sup>

No mesmo sentido está o escólio de MARLON TOMAZETTE:

---

<sup>274</sup> ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35, n. 104, p. 109-126, out./dez. 1996.

<sup>275</sup> COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial: Direito de empresa*. v. 1, 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 35.

Este perfil [o corporativo], na verdade, não encontra fundamento em dados, mas apenas em ideologias populistas, demonstrando a influência da concepção fascista na elaboração do Código italiano.<sup>276</sup>

Não destoia a opinião de WALDIRIO BULGARELLI:

Essa ideia de organização de pessoas, como corpo social, estruturada com base numa hierarquia em relação a uma ideia diretriz, capaz de manter sua integridade apesar das mutações em seus elementos, está contida também em Hauriou e seus seguidores. Mas, primeiro, é incontestável que se trata de visão sociológica; e segundo que dá relevo aos aspectos da organização estável que sobrevive e permanece independentemente das vicissitudes de seus membros, em razão de uma ideia a realizar. Nesse sentido é que é vista comumente, atribuindo-se essa designação às escolas, às sociedades, às fundações e ao próprio Estado. Mas, certamente, não tem correspondência às categorias jurídicas; referindo-se à instituição como um conjunto de regras estáveis, ou uma organização de pessoas e de bens, terá sua importância para influenciar o jurista ou o legislador, em termos axiológicos talvez, mas, sem dúvida, não permite sua qualificação entre as categorias jurídicas fundamentais.<sup>277</sup>

Como já dito anteriormente, a teoria de ASQUINI, embora tenha méritos, há muito foi superada pelas críticas em parte considerável da teoria, que a compreendeu não como um estudo teórico da empresa em si, mas um externalidade da imprecisão terminológica da legislação civil italiana, que confunde a noção de empresa.<sup>278</sup> Nessa toada, excepcionando-se o perfil *corporativo*, que é claramente orientado por um viés político ideológico, os demais (subjetivo, funcional e patrimonial) representam realidades que de alguma forma são concebíveis na teoria da empresa, como: empresa, empresário e estabelecimento.

Assim, suplantada as imprecisões terminológicas advinda do Códigos, há que se esclarecer de imediato o que vem a ser juridicamente a empresa.

Nas palavras de ULHÔA COELHO:

Empresa é a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Sendo uma atividade, a empresa não tem a natureza jurídica de sujeito de direito nem de coisa. Em outros termos, não se confunde com o empresário (sujeito) nem com o estabelecimento empresarial (coisa).<sup>279</sup>

A rigor, portanto, podemos dizer que essa definição equivale ao perfil *funcional* da teoria da ASQUINI.

<sup>276</sup> TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*. v. 1, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 38.

<sup>277</sup> BULGARELLI, Waldirio. *Tratado de Direito Empresarial*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 87-88.

<sup>278</sup> TOMAZETTE, Marlon, *op. cit, loc. cit.*

<sup>279</sup> COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial: Direito de empresa*. v. 1, 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 36.

Seguindo a mesma toada, GIUSEPPE VALERI, citado por TOMAZETTE, dá uma ênfase maior para a organização ao definir a empresa como “a organização de uma atividade econômica com o fim de produção de bens ou serviços, exercida profissionalmente”<sup>280</sup>.

Aproveitando o teor do artigo 966 do Código Civil de 2002, bem como do artigo 2.082 do Código Civil italiano de 1942, adotamos a definição de TOMAZETTE, para quem “a empresa é atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado”<sup>281</sup>.

Nesse caso, chamamos atenção que o conceito jurídico de empresa é de fato dinâmico, pois é substancialmente uma atividade. Ou seja, disso já podemos concluir, por uma definição negativa, os referentes que não compõem, isoladamente, ou seja, não se confundem com o conceito de empresa, como por exemplo, estabelecimento empresarial, o empresário, os empregados, as mercadorias ou a mão de obra, a personalidade jurídica etc., não obstante todos eles tenham participação no que é empresa, pois ela é uma atividade que reúne todos esses elementos em alguma medida.

Destarte, vamos analisar agora quais são os elementos essenciais que compõem esse conceito de empresa, tal como aqui defendido: *atividade, economicidade, organização, finalidade e dirigida ao mercado*.

#### 4.4.2 Atividade

Como dissemos anteriormente, adotamos neste trabalho o conceito dinâmico de empresa, isto é, que empresa significa uma atividade. Porém, essa atividade aqui tratada como elemento da empresa não se confunde com o conceito, pois aquela é restrita aos atos materialmente incorridos para o desenvolvimento, enquanto esta última é uma concepção *lato sensu*, isto é, traduz a conjunção de todos os elementos e ressalta o caráter dinâmico.

Portanto, atividade aqui trata-se do conjunto de atos destinados a uma finalidade comum<sup>282</sup>, que organiza os fatores da produção, para produzir ou fazer circular bens ou serviços. Não basta um ato isolado, é necessária uma sequência de atos dirigidos a uma mesma finalidade, para configurar a empresa. Por exemplo, o ato de comprar mercadoria para

<sup>280</sup> VALERI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. Firenze: Casa Editrice Dottore Carlo Cya, 1950, v. 1, p. 13 *apud* TOMAZETTE, Marlon, *op. cit.*, 2013, p. 38. Tradução livre de ‘*Torganizzazione di un’attività economica allo scopo della produzione di beni o di servizi, attuata professionalmente*’.

<sup>281</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>282</sup> ASCARELLI, Tullio. Origem do Direito Comercial. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35, v. 103, jul./set. 1996, p. 146.

o estoque, precificação, venda, recebimento, cobrança, celebração de contrato etc., todos são atos que compõem a atividade de uma empresa e que, isoladamente, são apenas atos comuns da vida civil.

Por isso, TULLIO ASCARELLI aduz que esse conjunto de atos deve ser valorado de maneira autônoma em relação aos atos considerados de maneira singular.<sup>283</sup> Em outras palavras, deve-se analisar o conjunto, e não cada ato isolado, de modo que a atividade pode ser ilícita mesmo que os atos sejam, a princípio, lícitos.

#### **4.4.3 Economicidade**

Todavia, não é qualquer tipo de atividade ou sequência de atos que constitui elemento da empresa. Esses atos devem ser colimados e capazes, abstratamente, de produzir novas riquezas, novas utilidades, isto é, que tais atos não se ultimem em mera fruição. Esse elemento, acoplado à atividade, chamamos de economicidade. Nessa criação de novas riquezas, pode-se transformar matéria-prima (indústria), como também pode haver a interposição na circulação de bens (comércio em sentido estrito), aumentando o valor deles.<sup>284</sup> Dentro dessa ideia encontram-se as atividades agrícolas, as industriais, as comerciais e as dos prestadores de serviços.

#### **4.4.4 Organização**

Prosseguindo, esse conjunto de atos que objetivam a produção de alguma espécie de riqueza ou utilidade também devem ser organizados a partir desta finalidade. Em outras palavras, a organização é a disposição dos meios necessários, coordenados entre si, para a realização de determinado fim.

Na empresa, a organização dos fatores de produção é um dos fatores que a diferencia de quaisquer outras empresas, isto é, de outras atividades, dado que será a finalidade produtiva que organizará esses fatores para consecução daquela determinada finalidade. Ressalta-se, contudo, que não será qualquer organização que pode ser considerada como elemento da empresa, mas tão somente aquela que é relevante para aquela atividade.

---

<sup>283</sup> ASCARELLI, Tullio. Origem do Direito Comercial. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35, v. 103, jul./set. 1996, p. 149.

<sup>284</sup> *Ibid.*, p. 162.

Por exemplo, no desenvolvimento da atividade de produção de carro, não será a organização administrativa que a diferenciá-la de outras atividades, mas será propriamente a compra de máquinas de linha de montagem, engenheiros automotivos etc.

Note-se que a organização administrativa muito provavelmente será essencial para o desenvolvimento da empresa – não se nega isto –, porém não serve para diferenciá-la de outras atividades, pois muitas empresas – leia-se: muitas atividades – diferentes necessitam de uma organização administrativa.

Outrossim, tal organização pode assumir feições variadas, ou seja, não existe um modelo preordenando de organização, mas ela deverá ser analisada no caso concreto a depender da atividade desenvolvida. Não por outra razão, GIAMPAOLO DALLE VEDOVE, ao tratar da organização da empresa, aduz que “seja a atividade que se exercita organizando o trabalho alheio, seja aquela que se exercita organizando um complexo de bens ou mais genericamente de capitais ou, como para o mais advém, aquela que se atua coordenando uns e outros”<sup>285</sup>.

Se não houver organização, haverá apenas o trabalho autônomo, e não empresa. MARLON TOMAZETTE deixa explícito que, “quando se fala em organização do trabalho, está se falando em organização do trabalho próprio e de terceiro sob uma determinada hierarquia, na qual o titular da empresa exercita necessariamente o trabalho organizativo”<sup>286</sup>. Todavia, é importante frisar que a utilização de terceiros pode ser potencial e não necessita ser efetivamente verificada.

Dizendo por outras palavras, haverá empresa quando a atividade não tiver um caráter exclusivamente *intuitu personæ* (personalíssimo ou pessoal), isto é, basta que pudesse haver o emprego de mão de obra de terceiros que já seria suficiente para a caracterização de empresa organizada. Ilustra bem o caso das micro e pequenas empresas, onde, conquanto, assaz vezes, desenvolvam por si a atividade, poderiam em abstrato aplicar a mão de obra de terceiros, ou seja, o fato de não aplicarem não os desnatura do *status* de empresa.

Um dos critérios que pode ser utilizado para verificar a eminência da organização é a padronização e objetivação da atividade.<sup>287</sup> Quanto mais padronizada for a atividade, mais

---

<sup>285</sup> VEDOVE, Giampaolo dalle. *Nozioni di diritto d'impresa*. Padova: CEDAM, 2000, p. 39. Tradução livre de “sia l’attività che si esercita organizzando il lavoro altrui, sia quella che si esercita organizzando un complesso di beni o più genericamente dei capitali, o, come per lo più avviene, quella che si attua coordinando l’uno e gli altri”.

<sup>286</sup> TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*. v. 1, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 40.

<sup>287</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito Falimentar e a nova lei de*

clara fica a condição secundária da atividade intelectual. Outrossim, para o consumidor há uma certa fungibilidade na atividade prestada, isto é, não interessa o prestador, mas apenas o serviço em si.

O Superior Tribunal de Justiça já afirmou a natureza empresarial de uma sociedade de médicos que desempenhava atividade de análise laboratorial, afirmando que a atividade desempenhada no caso concreto possuía nítido caráter empresarial e não pessoal.<sup>288</sup> No caso, reconheceu-se a proeminência da organização dos fatores de produção que tornavam o exercício daquela atividade um elemento de empresa, ou seja, preponderou a organização ao trabalho desenvolvido de forma pessoal, reforçando a importância da organização para a configuração ou não de um sujeito como empresário.

Por fim, defronte à necessidade de possuir essa organização, deve ser ressaltado ainda que as atividades relativas a profissões intelectuais, científicas, artísticas e literárias não são exercidas por empresários, a menos que constituam elemento de empresa (art. 966, parágrafo único, do CC/02). Essa conclusão se deve ao fato de que nessas atividades há uma prevalência da natureza individual e intelectual na organização, a qual é reduzida a um nível inferior. Portanto, mais uma vez, é a organização que dará as notas.

Tal constatação se deve ao fato de que em tais atividades prevalece a natureza individual e intelectual sobre a organização, a qual é reduzida a um nível inferior. Portanto, é a relevância dessa organização que diferencia a atividade empresarial de outras atividades econômicas.

#### **4.4.5 Finalidade**

A partir da análise histórica do conceito de empresa, depreende-se que a finalidade da empresa é a produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado. Por exemplo, na produção, temos a transformação de matéria-prima. Já na circulação temos a intermediação na negociação de bens. No que tange aos serviços, estes englobam toda obrigação de fazer em benefício de terceiros; é apta a suprir uma necessidade qualquer, desde que não consista em um simples escambo ou mera disposição, como o empréstimo gratuito (comodato).

Conquanto essa concepção esteja correta, ela se mostra insuficiente e não congloba todos os fenômenos de uma empresa.

---

*falências e recuperação de empresas*: Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 e LC. 118 de 9 de fevereiro de 2005. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 93.

<sup>288</sup> STJ – 2ª Turma – Resp 555.624/PB, Relator Ministro Franciulli Neto, DJ de 27/9/2004.

Em singelas palavras – pois trataremos mais profundamente à frente<sup>289</sup> – a finalidade de uma empresa não se encerra apenas numa finalidade material de produção de bens ou serviços, mas pode ser qualquer finalidade lícita, que seja potencialmente apta a atingir o fim em benefício do empresário ou sócios que terão fim comum. Por exemplo, uma *holding* patrimonial não encontra finalidade específica numa prestação de serviço ou produção de bens (material), mas sua criação pode ser exatamente para viabilizar um negócio jurídico de uma empresa estrangeira.

Em síntese, quer-se assentar, por enquanto, que finalidade, para fins de conceito de empresa, não se limita a uma concepção material.

#### 4.4.6 Dirigida ao Mercado

O elemento de empresa que prevê que a atividade deve estar voltada ao mercado, e não para uso pessoal, encerra uma concepção atrelada ainda à concepção material de finalidade. Por isso, afirma TOMAZETTE:

[...] só se deve falar em empresa quando a organização for dirigida ao mercado, e não para uso pessoal, isto é, deve ser destinada à satisfação de necessidades alheias, sob pena de não configurar empresa. Pois, caso contrário, seria apenas fruição de patrimônio próprio. Assim, não é empresa a atividade daquele que cultiva ou fabrica para o próprio consumo, vale dizer, nas palavras de Tullio Ascarelli, ‘o titular da atividade deve ser diverso do destinatário último do produto’.<sup>290</sup>

Essa concepção, para ficar consentânea à noção proposta neste trabalho, conquanto seja correta, é também insuficiente pelas mesmas razões já aduzidas anteriormente.

Ainda que se esteja falando de uma empresa que não produz materialmente nada, essa direção ao mercado ainda pode ser encontrada na finalidade, *i.e.*, se nos voltarmos à finalidade pretendida deverá ele ser exteriorizar um desígnio que transcende a atividade em si, utilizando ainda o exemplo da *holding* patrimonial que explora aluguel e venda de imóveis.

No caso, não há produção material de bens e serviço propriamente dito, porém na finalidade o objeto social da empresa está sendo dirigido ao mercado (são vendidos e alugados para terceiros os imóveis).

---

<sup>289</sup> Ver subtópico 4.5.3.

<sup>290</sup> TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*. v. 1, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 41.

#### 4.4.7 Conclusão: Qual a natureza jurídica da Empresa?

A empresa, entendida como a atividade econômica organizada, não se confunde nem com o sujeito exercente da atividade, nem com o complexo de bens por meio dos quais se exerce a atividade, que representam outras realidades distintas. Atento à distinção entre essas três realidades, WALDIRIO BULGARELLI nos fornece um conceito analítico descritivo de empresa, nos seguintes termos: “[Empresa é a] atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens”<sup>291</sup>.

O conceito defendido pelo autor vai muito bem em distinguir três ideias essenciais sem confundi-las, quais sejam, a *empresa*, o *empresário* e o *estabelecimento*, pois, sem diferenciá-los, não há como compreender a natureza jurídica dos institutos e seus efeitos.

A personalidade jurídica não é intrínseca à empresa, com ela não se confunde nem pertence ao conceito, razão pela qual a empresa não pode ser entendida como sujeito de direito, pois ela é a atividade econômica que se contrapõe ao titular dela, isto é, ao exercente daquela atividade.<sup>292</sup> O titular da empresa é o que chamaremos de empresário.

RUBENS REQUIÃO, MARCELO BERTOLDI e JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA andam muito bem ao rechaçar a noção de sujeito de direito, mas não concluem, a nosso ver, de forma acertada ao falar em objeto de direito.<sup>293</sup>

Ora, não se pode conceber uma atividade como objeto de direito ou não se pode vislumbrar a empresa como matéria dos direitos subjetivos, principalmente dos direitos reais, vale dizer, a atividade *de per se* não pode ser transferida<sup>294</sup>. Como alguém poderia ter uma atividade em seu patrimônio? Como poderia aliená-la?

Assim, não se pode forçadamente enquadrar determinado sujeito em institutos que não guardam pertinência com os elementos dados da realidade. Buscar enquadrar uma atividade como um “sujeito” ou “objeto” não guarda relação de pertinência com a realidade dinâmica de empresa que é uma “atividade”

---

<sup>291</sup> BULGARELLI, Waldirio. *Tratado de Direito Empresarial*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 100.

<sup>292</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Atualizado por Humberto Theodoro Junior. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 205.

<sup>293</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. v. 1, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 60; BERTOLDI, Marcelo Marco. *Curso avançado de direito comercial*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 56; BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p. 27.

<sup>294</sup> ASCARELLI, Tullio. Origem do Direito Comercial. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35, v. 103, jul./set. 1996, p. 156.

Assim, a empresa deve ser enquadrada como um terceiro gênero, tal como proposto por WALDIRIO BULGARELLI, uma nova categoria jurídica, pois não se trata nem de sujeito nem de objeto de direito, enquadrando-se perfeitamente na noção de *fato jurídico em sentido amplo*.<sup>295</sup> Estamos com essa concepção, pois, ao tratar dos elementos da empresa, falamos em atividade, conjunto de atos (e não de atos isolados), organização e dirigida ao mercado, isto é, mais uma vez, trata-se de um fenômeno dinâmico que não se encerra na pessoa do empresário, na materialidade do estabelecimento e nem na singularidade dos atos, mas é a combinação de todos esses elementos de forma dinâmica.

Contudo, não é suficiente ressaltar que, não obstante o conceito de empresa conduza a uma concepção materialista no que se refere à atividade, finalidade e economicidade, isto é, induz à associação da existência de uma empresa à tangibilidade, como a necessidade de estabelecimento empresarial, existência de empregados, de uma atividade lucrativa *stricto sensu* (ex. compra e venda, produção, prestação de serviço etc.), por exemplo, porém, não é esse o conceito defendido neste trabalho.

Conforme vimos, o direito comercial passou a ser um direito empresarial, justamente por abandonar a concepção clássica de comércio, onde a tangibilidade e finalidade do comerciante eram patentes, para adotar a noção de uma *atividade* desenvolvida por um empresário.

Nesse sentido, descabe vincular o conceito de empresa a uma tangibilidade, posto que ela é uma *atividade*, ou seja, uma atividade que pode ser desenvolvida tanto a partir de uma estrutura material organizada (ex.: prestar serviços em geral requer aplicação de materiais, compra e venda de mercadoria, produção e industrialização etc.) como a partir de estruturas imateriais, igualmente organizadas para uma finalidade.

Mais adiante<sup>296</sup>, quando tratarmos da compatibilidade de estruturas societárias com o direito empresarial, mais precisamente com os elementos de uma sociedade empresária, aprofundaremos o argumento da (in)tangibilidade da empresa.

#### **4.5 DIREITO SOCIETÁRIO: TIPOS DE SOCIEDADE EMPRESARIAL**

Empresa é uma atividade e, como tal, reclama pela existência de um sujeito que a exerça, ou seja, o titular que desenvolve essa atividade: o empresário. Será ele quem exercerá

---

<sup>295</sup> BULGARELLI, Waldirio. *Tratado de Direito Empresarial*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 132.

<sup>296</sup> Ver subcapítulo 4.5.3.

profissionalmente a atividade economicamente organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, conforme inteligência do art. 966 do CC/02.

Conforme explicitado anteriormente, quando tratamos de empresa, é o empresário o sujeito de direito, que poderá exercer a atividade de modo individual pela sua pessoa física ou na condição de sociedade empresária através da pessoa jurídica, de modo que a sociedade empresária não se confunde com a empresa, mas é o empresário<sup>297</sup>.

Neste tópico serão abordados os tipos de sociedade empresarial albergados no sistema jurídico brasileiro.

#### 4.5.1 Aspectos Introdutórios

Empresa é uma atividade e, como tal, reclama pela existência de um sujeito que a exerça, ou seja, o titular que desenvolve essa atividade: o empresário. Será ele quem exercerá profissionalmente a atividade economicamente organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, conforme inteligência do art. 966 do CC/02.

Conforme explicitado anteriormente, quando tratamos de empresa, é o empresário o sujeito de direito que poderá exercer a atividade de modo individual pela sua pessoa física ou na condição de sociedade empresária através da pessoa jurídica, de modo que a sociedade empresária não se confunde com a empresa, mas é o empresário.<sup>298</sup>

A empresa desenvolvida na pessoa física trata-se da figura do empresário individual, como por exemplo a figura da EIRELI, que se trata da forma societária prevista para o exercício da empresa por um indivíduo apenas. Porém, o presente trabalho não tem por escopo tratar das empresas individuais, posto que elas não são, dentro da questão das estruturas societárias de empresas-veículo, utilizadas geralmente.

Assim, quando, todavia, a empresa for exercida por uma pessoa jurídica, isto é, por mais de uma pessoa, estaremos diante de uma *sociedade empresária*.

Não obstante no passado serem as atividades econômicas em geral desenvolvidas basicamente pelas pessoas físicas isoladamente, atualmente é incontestável que essa atuação se dá maciçamente por meio de sociedades empresárias, isto é, por meio de uma pessoa jurídica, porquanto nem sempre é possível que as pessoas sozinhas exerçam a atividade pretendida ou pela simples expansão e crescimento da empresa. Nesses casos, é necessária,

---

<sup>297</sup> TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*. v. 1, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 43.

<sup>298</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

portanto, a combinação de esforços ou recursos dessas pessoas para que a atividade pretendida seja exercida da melhor forma. Em outras palavras, é extremamente frequente a união dessas pessoas em sociedades para o exercício de atividades econômicas.

O Código de 1850 não trouxe um conceito de sociedades comerciais. No entanto, o Código Civil de 1916 trazia uma conceituação genérica de sociedade, no art. 1.363, no qual “celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos para lograr fins comuns”.

A partir desse conceito, a doutrina formulou um conceito de sociedade comercial. Vejamos o escólio de BORGES, que acrescenta tão somente a expressão “no exercício do comércio”<sup>299</sup>. Na mesma toada, RUBENS REQUIÃO propôs acrescer apenas a expressão “de natureza comercial”, para qualificar os fins comuns.<sup>300</sup> Tal linha de conceituação se deve ao fato de ainda ser necessária distinção entre sociedades civis e comerciais, enquanto não havia introdução positivada da Teoria da Empresa.

Isso, porém, não impediu que, antes mesmo do advento do Código Civil de 2002, houvesse o abandono da distinção entre sociedade civil e sociedade empresária. Nesse sentido, temos o contributo de MARCELO BERTOLDI, que abandonou a distinção entre sociedade civil e comercial, e nos apresentou um conceito de sociedade empresária, afirmando que

As sociedades empresárias são as organizações econômicas, dotadas de personalidade jurídica e patrimônio próprio, constituídas ordinariamente por mais de uma pessoa, que têm como objetivo a produção ou a troca de bens ou serviços com fins lucrativos.<sup>301</sup>

Após a promulgação do Código Civil de 2002 e a adoção da teoria da empresa, aperfeiçoou-se o conceito de sociedade, não sendo mais necessária a distinção em comerciais e civis, mas agora se distinguem as *sociedades empresárias* e as *sociedades simples*. O novo diploma legal dispõe que “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados” (art. 981).

Nesse sentido, para os fins desta pesquisa, faz-se necessário o detalhamento dos tipos de sociedades existentes. Mas antes, vamos esclarecer a imprecisão terminológica existente

---

<sup>299</sup> BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. v. 2, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 259-260.

<sup>300</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. v. 1, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 327.

<sup>301</sup> BERTOLDI, Marcelo Marco. *Curso avançado de direito comercial*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 166.

quando se trata dos tipos de sociedade, onde assaz vezes se confundem com porte da empresa, natureza da pessoa jurídica etc.

#### 4.5.2 Terminologia

A questão da terminologia, a nosso ver, é importante para depurar os termos que são comumente utilizados para se referir a sociedades empresariais.

A expressão mais comumente usada como sinônimo de sociedade é “empresa”, a qual, consoante já exposto, não pode ser confundida com aquela. A empresa é uma atividade econômica, não é um sujeito de direitos. A sociedade é um sujeito de direitos, aproximando-se do conceito de “empresário”, enquanto sujeito exercente da empresa. Portanto, a sociedade exerce a empresa, não sendo sinônimo de empresa.

Também é usual falar em firma, ao se referir a uma sociedade comercial, o que mais uma vez é incorreto. “Firma”<sup>302</sup> é uma expressão sinônima de assinatura e serve para designar o empresário individual no mundo jurídico (art. 1.156 do CC/02). No âmbito das sociedades é um tipo de nome, no qual é necessária a utilização do patronímico dos sócios (art. 1.157 do CC/02).

Menos comum é a utilização da expressão “associação”, que também representa uma realidade distinta, sendo a principal característica da associação, a inexistência de fins lucrativos (art. 22 do CC/16 e art. 53 do CC/02), ao passo que, nas sociedades, tal intuito é essencial, conforme já vimos (a empresa é também composta pelo conjunto de atos que visam à criação de riqueza). As sociedades sempre desenvolvem atividades econômicas, e as associações desenvolvem atividades ideais, ou seja, morais, pias, literárias, artísticas.<sup>303</sup>

Também não é acertada a utilização da expressão “companhia” como sinônimo de sociedade. A expressão “companhia” pode ser utilizada na razão social de algumas espécies societárias, e é tida como sinônimo de sociedade anônima<sup>304</sup>, não equivalendo, portanto, ao conceito de “sociedade” em geral.

Prosseguindo na depuração dos termos, um desses é mais raro de ser verificado, que é a expressão “fundação” como sinônimo de “sociedade. Apesar disso, é oportuno distinguir as duas realidades.

---

<sup>302</sup> PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph de. *Vocabulário Jurídico*. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, s.v. *firma*.

<sup>303</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 215.

<sup>304</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. v. 1, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 329.

A fundação, conforme a brilhante definição de FRANCISCO AMARAL, “é um complexo de bens que assume a forma de pessoa jurídica para a realização de um fim de interesse público de modo permanente e estável”<sup>305</sup>. Em outras palavras, a fundação está vinculada à universalidade de bens e aos fins estabelecidos pelos fundadores, ao passo que a sociedade está vinculada a uma vontade subjetiva e rege-se livremente, dentro da lei, pela vontade de seus membros (sócios). Como preleciona MONTEIRO, nas fundações o conjunto de bens é o fundamental, ao passo que nas sociedades é a reunião de pessoas em torno de um interesse econômico comum; nas fundações, a finalidade é preestabelecida pelos fundadores; enquanto na sociedade, as finalidades são deliberadas pelos sócios, com princípio de liberdade.<sup>306</sup>

### 4.5.3 Tipos de Sociedade

Antes da promulgação do novo Código Civil, três eram os diplomas legais que dispunham sobre as espécies societárias admitidas no Direito Comercial brasileiro: o Código Comercial de 1850; o Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919; e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. A matéria vem agora tratada nos arts. 40 a 52 e 981 a 1.141 do Código Civil de 2002, revogando expressamente os dispositivos societários constantes do Código Comercial e, tacitamente, do Decreto nº 3.708/19. Permanecem em vigor as disposições referentes às sociedades por ações, previstas na Lei nº 6.404/76. Pela nova legislação, o Direito Societário passa a compreender as seguintes sociedades, adotando-se a classificação de RICARDO NEGRÃO<sup>307</sup>:

- a) sociedade em comum — arts. 986 a 940;
- b) sociedade em conta de participação — arts. 991 a 996;
- c) sociedade simples — arts. 997 a 1.000;
- d) sociedade em nome coletivo — arts. 1.039 a 1.044;
- e) sociedade em comandita simples — arts. 1.045 a 1.051;
- f) sociedade limitada — arts. 1.052 a 1.087;
- g) sociedade anônima — arts. 1.088 e 1.089;
- h) sociedade em comandita por ações — arts. 1.090 a 1.092;
- i) sociedade cooperativa — arts. 1.093 a 1.096.

<sup>305</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil* – Introdução. 6. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 287.

<sup>306</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. v. 1, 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 112.

<sup>307</sup> NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e empresa*. v. 1, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 266-267.

Tendo em vista, no entanto, o escopo da presente pesquisa, vamos nos ater àqueles tipos societários mais difundidos na sociedade e, portanto, aqueles que são usualmente utilizados como tipo societário de uma empresa-veículo, quais sejam: as (i) sociedades simples; (ii) sociedades limitadas; e (iii) sociedades anônimas, nos seus aspectos mais relevantes, mormente quanto aos requisitos de validade de cada uma.

#### 4.5.3.1 *Sociedade Simples*

As sociedades simples estão disciplinadas nos artigos 997 a 1.038 do CC/02, e foi a partir da promulgação do Código que passou a existir uma dicotomia entre as sociedades simples e as sociedades empresariais. Não se discute que em ambas há o exercício de uma atividade econômica, mas as sociedades empresárias desempenham uma atividade própria de empresário e, portanto, se sujeitam ao registro em Junta Comercial, conforme disposto no art. 982 do *Codex*.<sup>308</sup> Já as sociedades simples exercem as atividades não empresariais, onde a atividade pessoal do sócio é mais importante que a organização da empresa ou atividade de empresário rural sem se registrar numa Junta Comercial, como atividades de cunho intelectual (advogados, arquitetos, contabilistas, engenheiros etc.), por exemplo.

Assim, podemos concluir que, resumidamente, é possível afirmar que o objeto social da atividade é que a definirá como uma *sociedade empresária* ou uma *sociedade simples*, e não os sócios. Porém, a forma jurídica, essa sim, é definida pelo empresário.

Sendo o objeto social definido, neste caso, como uma atividade de natureza não empresarial, então estar-se-á diante de uma sociedade simples quanto ao objeto. Mas essa sociedade poderá adotar qualquer uma das formas jurídicas destinadas às sociedades empresárias prevista no Código de 2002, quais sejam, a sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples e sociedade limitada, assim como pode não optar por nenhuma dessas e ficar com seu próprio regime (arts. 997 a 1.308 CC/02) ou a forma de cooperativa.

Em síntese, as sociedades simples podem ser: (i) simples com forma de limitada; (ii) simples com forma de sociedade em nome coletivo; (iii) simples com a forma de cooperativa; (iv) simples com forma de simples (ou simples “pura” ou “comum”).

---

<sup>308</sup> “Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.  
*Parágrafo único.* Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.”

Por fim, resta apenas destacar que, no Brasil, a forma jurídica mais adotada das sociedades simples é a de responsabilidade limitada. Isso porque é uma obviedade que as pessoas que desejam desenvolver uma atividade econômica tenham preferência de desenvolvê-la com maior segurança quanto ao seu patrimônio, numa empresa de responsabilidade limitada.

#### **4.5.3.2 Sociedade Limitada**

Até o século XIX, basicamente as formas societárias que existiam eram as sociedades de pessoas de simples constituição, que tinham por característica básica a responsabilidade ilimitada dos sócios, e as sociedades anônimas que tinham responsabilidade limitada, porém com uma constituição e funcionamento complexos.

Diante da ampliação da atividade econômica, houve a diversificação das empresas, que já não estavam somente em dois polos, ora muito pequenas, em que basicamente desenvolvia-se atividades de forma personalíssima, ora de grande porte, em que despontavam as indústrias pós-revolução industrial do século XVIII. Agora, aquelas pequenas empresas cresciam diante do aumento do consumo nas cidades e o vazio legislativo era empecilho ao desenvolvimento dessas pequenas e médias empresas.

Assim, no final do século XIX, em resposta às necessidades de pequenos e médios empresários, surge um novo tipo societário que conjuga as vantagens das sociedades de capitais e das sociedades de pessoas, isto é, assegura aos sócios responsabilidade limitada pelas obrigações sociais, sem a complexidade da sociedade anônima.<sup>309</sup> Logicamente, esta nova forma societária é a mais indicada aos pequenos e médios empreendimentos, dada a redução de formalidades e a proteção do patrimônio do empresário.

No Brasil, a sociedade limitada chega pelo Decreto nº 3.708/1919, que fazia remissão direta ao Código Comercial de 1850.<sup>310</sup>

Inicialmente, o Decreto nº 3.708/19 era muito conciso e deixava enormes lacunas, as quais eram normalmente supridas pela atuação dos próprios sócios. Todavia, nem sempre os sócios disciplinavam todos os assuntos necessários, dando margem a inúmeras discussões na doutrina sobre a solução para tais casos, demonstrando a imperfeição da disciplina de tão importante tipo societário.<sup>311</sup>

---

<sup>309</sup> BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades comerciais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 117.

<sup>310</sup> “Art. 1º - Além das sociedades a que se referem os arts. 295, 311, 315 e 317 do Código Commercial, poderão constituir-se sociedades por quotas, de responsabilidade limitada.

<sup>311</sup> MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 268.

Sob a égide do Código Civil de 2002, as sociedades limitadas recebem um novo tratamento, mormente quanto as lacunas, ao se afirmar, no art. 1.053<sup>312</sup>, que, no caso de omissões sobre as regras a serem observadas, incidem as regras sobre a sociedade simples, salvo se no contrato social os sócios optarem pela aplicação da lei das sociedades anônimas (Lei nº 6.404/76).

No entanto, a nova regulamentação não é livre de críticas por parte da doutrina, principalmente quanto à insuficiência da legislação para regular o tipo societário mais utilizado e a incompatibilidade entre as atividades desenvolvidas pelas sociedades simples e anônima com a limitada<sup>313</sup>, quer seja pela inadequação do objeto, quer seja pela exacerbação da complexidade e formalidade<sup>314</sup>.

Com efeito, portanto, a sociedade limitada pode ser regulada supletivamente pelas regras das sociedades simples ou anônimas, o que desemboca em controvérsia na doutrina sobre a classificação delas, se se revestiam da natureza de *sociedade de capital* ou de *sociedade de pessoas*.

Na opinião de JOÃO EUNÁPIO BORGES, as sociedades limitadas se enquadravam como uma sociedade de capitais, uma vez que o patrimônio dos sócios não era oferecido aos credores (responsabilidade ilimitada), ou seja, a definição foca na relação entre a empresa e o credor.<sup>315</sup>

Já FRAN MARTINS, ao contrário, conclui que as sociedades limitadas são sociedades de pessoas, em razão da forma contratual de sua constituição, ressaltando a relevância dos sócios, isto é, dá-se ênfase ao aspecto subjetivo da sociedade.<sup>316</sup> Da mesma forma, MIRANDA ressalta a natureza personalista da sociedade que, por deliberação dos sócios, pode restringir a transferência de quotas ou determinar a dissolução da sociedade pela morte de um deles, ou seja, denotando o caráter personalíssimo da empresa.<sup>317</sup>

Chega à mesma conclusão ROMANO CRISTIANO, embora por outro argumento: de que são uma sociedade de pessoas, conferindo relevância à forma solidária de integralização do

---

<sup>312</sup> “Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples. *Parágrafo único.* O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.”

<sup>313</sup> TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*. v. 1, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 344.

<sup>314</sup> WALD, Amoldo. *Comentários ao novo Código Civil*. v. XIV. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 327.

<sup>315</sup> BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. v. 2, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 56.

<sup>316</sup> MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 272-273.

<sup>317</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 49, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 362.

capital entre os sócios, fazendo com que a qualidade pessoal dos sócios seja relevante.<sup>318</sup> JORGE LOBO segue na mesma linha, ressaltando o caráter *intuitu personæ* dos sócios para a formação do capital social.<sup>319</sup> CAMPINHO vai além e destaca, além da natureza *intuitu personæ*, a constituição por contrato, a solidariedade entre os sócios, a alteração do contrato social nos casos de exclusão ou retirada, a dissolução parcial da sociedade no caso de quebra de *affectio societatis* e o condicionamento da cessão de quotas à não oposição de sócios que representam ¼ do capital social, salvo cláusula contratual em sentido contrário.<sup>320</sup>

Conquanto sejam fortes os argumentos apresentados, estamos com RUBENS REQUIÃO<sup>321</sup>, FÁBIO ULHÔA COELHO<sup>322</sup> e MARLON TOMAZETTE<sup>323</sup>, ao entender que a sociedade limitada tem natureza híbrida e que, em razão da liberdade conferida aos sócios, de estipular no contrato social qual o regime jurídico que será aplicado supletivamente (das sociedades simples ou anônimas), a natureza que prepondera só pode ser observada no caso concreto, a partir da análise das cláusulas do contrato social, isto é, são as estipulações feitas no contrato social que darão o timbre de uma sociedade personalista ou capitalista.

#### 4.5.3.3 *Sociedade Anônima*

As sociedades anônimas passaram por um longo processo de evolução até adquirirem as feições atuais, com as quais elas exercem um papel importantíssimo na moderna economia de mercado. Tal evolução pode ser dividida em três fases: *privilégio, autorização governamental e liberdade plena*.

A maior parte da doutrina vislumbra nas sociedades coloniais do início do século XVII as primeiras sociedades anônimas, reconhecendo na Companhia das Índias Orientais, de 20 de março de 1602, a primeira sociedade anônima<sup>324</sup>. A rigor, as sociedades anônimas surgem como empresas do Estado – embora com participação de capital privado –, isto é, empresas que eram rigorosamente controladas pelos entes estatais para o desenvolvimento de atividades como as navegações e exploração de colônias, por exemplo. Pelo fato de serem empresas controladas pelo Estado, elas gozavam de um regime privilegiado, com baixíssima ou

<sup>318</sup> CRISTIANO, Romano. *Sociedade limitada no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 32-33.

<sup>319</sup> LOBO, Jorge. *Sociedades limitadas*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 51.

<sup>320</sup> CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 163.

<sup>321</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. v. 1, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 411.

<sup>322</sup> COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 362-369.

<sup>323</sup> TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*. v. 1, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 346-347.

<sup>324</sup> ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2001, p. 452.

nenhuma regulação, legitimadas pela proximidade do poder soberano que era coparticipante ativo.

Com a Revolução Francesa e a proclamação de direitos amplos de liberdade de associação e comércio, inúmeros abusos foram praticados, o que fez o Código Civil Francês de 1807 alterar a legislação e passar a condicionar a constituição de uma sociedade a uma autorização governamental. Não se cogitava mais de um privilégio, de uma concessão arbitrária, mas de uma autorização que seria concedida diante da regularidade da constituição da sociedade.<sup>325</sup>

Por fim, temos ainda a transição para o regime de liberdade plena que chega ao Brasil em 1882. Neste regime, a constituição da sociedade depende da obediência a regras específicas, mas não mais a uma autorização governamental; vale dizer, cumpridas as formalidades prescritas em lei, a sociedade pode ser constituída, gozando dos privilégios inerentes à sociedade anônima.<sup>326</sup>

MODESTO CARVALHOSA define sociedade anônima como a “pessoa jurídica de direito privado, de natureza mercantil, em que o capital se divide em ações de livre negociabilidade, limitando-se a responsabilidade dos subscritores ou acionistas ao preço de emissão das ações por eles subscritas”<sup>327</sup>.

Destarte, nas sociedades anônimas, a natureza de sociedade de capitais é autoevidente quando se percebe as características que são inerentes às ações ou, dito de outro modo, quando se percebe a indiferença quanto aos sócios (ou acionistas) da empresa que podem livremente – conquanto haja restrição parcial em alguns casos específicos, mas nunca a total – negociar suas ações.

Ainda, outra característica marcante é a responsabilidade dos sócios (acionistas) que é limitada ao preço de emissão da ação, lembrando que o preço de emissão não guarda identidade com o preço nominal da ação, mas, de qualquer forma, não há risco do patrimônio pessoal.

Por fim, deve-se destacar como característica peculiar das sociedades anônimas a natureza sempre mercantil, qualquer que seja a atividade exercida por ela (art. 2º, § 1º, da Lei 6.404/76). Com o advento do Código Civil de 2002, abandona-se a distinção entre atividades civis e comerciais, para se chegar à distinção entre atividades empresariais e não empresariais.

---

<sup>325</sup> TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*. v. 1, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 395-397.

<sup>326</sup> BULGARELLI, Waldirio. *Manual das sociedades anônimas*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 64.

<sup>327</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 4.

Diante desse novo regime, as sociedades anônimas são sempre sociedades empresárias, não importando qual atividade é efetivamente desenvolvida por ela (art. 982, parágrafo único, do CC/02).

#### **4.6 ELEMENTOS DE UMA SOCIEDADE EMPRESARIAL**

Passando ao largo da celeuma sobre a natureza jurídica do ato constitutivo das sociedades, é certo que estamos diante de um ato jurídico, o qual, para ser válido, pressupõe a existência do consenso, do objeto lícito e da forma prescrita ou não proibida em lei, como requisitos essenciais de todo e qualquer ato jurídico. Portanto, esses elementos devem ser considerados essenciais às sociedades em geral.

Porém, sem dúvidas, são os elementos específicos que darão o timbre das sociedades empresariais. Aqueles elementos sem os quais não há a configuração da sociedade. Dentre esses elementos, podemos elencar (i) a contribuição dos sócios para o capital social; (ii) a participação dos sócios nos lucros e perdas; e (iii) o *affectio societatis*.

Vamos iniciar a análise pelos elementos gerais, que, nada obstante sua generalidade, isto é, aplicação para todos os atos jurídicos, são por isso mesmo dotados de importância fundamental para a análise da presente pesquisa. Depois, analisaremos os elementos específicos das sociedades empresariais. Vejamos.

##### **4.6.1 Elementos Gerais**

Conforme dito, todo e qualquer ato jurídico só é pleno de validade quando preenche determinados requisitos que são impostos pela legislação civil, conforme dispõe o art. 104 do CC/02. Note-se:

- Art. 104.** A validade do negócio jurídico requer:
- I - agente capaz;
  - II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
  - III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Passaremos agora a verificar cada um dos requisitos.

###### **4.6.1.1 Consenso**

Seja um contrato ou não – esse assunto foge aos lindes e objetivos desta pesquisa – é certo que a constituição de uma sociedade pressupõe um ato de vontade que deve ser livremente manifestada por quem seja capaz para tanto diretamente ou por meio dos representantes dos incapazes, quando permitida a participação deles. Todos os sócios devem

manifestar a vontade de ingressar na sociedade, e essa vontade deve ser isenta de vícios. Esse consentimento pode ser expresso ou implícito, mas deve ser exteriorizado de alguma forma.<sup>328</sup>

Importante notar que, no regime anterior, os incapazes em geral estavam, a princípio, excluídos das sociedades comerciais por força do artigo 308 do Código Comercial de 1850, que visava a proteger o menor dos riscos inerentes à responsabilidade ilimitada em tais sociedades.<sup>329</sup>

Já no Código Civil de 1916, todavia, já no bojo das sociedades anônimas e das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, diante da ausência de uma regra que proibisse, a inclusão de menores era admitida, desde que preenchidos certos requisitos que afastavam qualquer possibilidade de vinculação pessoal do incapaz por atos da sociedade, eliminando maiores riscos de dilapidação do seu patrimônio. Nesses casos, tratava-se de um ato de mera administração permitido aos representantes dos incapazes (art. 386 do Código Civil de 1916). Ademais, evitava-se que, no momento de um acerto com a sociedade, terceiros fossem prejudicados pela presença de incapazes, que não podem praticar atos que danifiquem seu patrimônio.<sup>330</sup>

No regime do Código Civil de 2002, não há expressamente a proibição dos sócios incapazes, mas o artigo 1.691 estabelece que os pais não podem contrair, em nome de seus filhos, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz. Diante de tal regra, acreditamos ser mantida a orientação doutrinária e jurisprudencial, consagrada no regime anterior, restringindo-se a possibilidade de o incapaz assumir a condição de sócio de sociedade empresária aos casos em que não haja risco de sua responsabilização direta, porquanto a assunção da condição de sócio deve ser sempre considerada um ato de administração extraordinária.<sup>331</sup>

Em suma, o incapaz não pode ser sócio em uma sociedade na qual assuma responsabilidade ilimitada pelo cumprimento das obrigações sociais. Há que se ressaltar que esta questão não se confunde com a assunção direta pelo incapaz do exercício da empresa, que é disciplinada nos artigos 972 a 980 do Código Civil de 2002.

---

<sup>328</sup> FURTADO, Jorge Henrique Pinto. *Curso de direito das sociedades*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 187.

<sup>329</sup> BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p. 42.

<sup>330</sup> MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 225-226.

<sup>331</sup> LOBO, Jorge. *Sociedades limitadas*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 76-77.

RICARDO NEGRÃO entende que seria possível o ingresso de menores em qualquer sociedade, na medida em que o próprio Código Civil permite que os incapazes continuem o exercício de empresa já anteriormente exercida.<sup>332</sup>

Ousamos discordar desse entendimento, porquanto o artigo 974, que permite a continuação da atividade anteriormente exercida por incapazes, é uma norma excepcional que visa a preservar a continuidade da atividade exercida, o que não se aplica no caso de ingresso em uma sociedade, uma vez que a atividade continuará sendo exercida mesmo sem o ingresso do menor. Nossa opinião não é alterada com a introdução do artigo 974, § 3º, do CC. A possibilidade de sócio incapaz desde que ele seja representado ou assistido, não tenha poder de administração e todo o capital social esteja integralizado só tem algum sentido na sociedade limitada, pois nas demais sociedades a integralização de todo o capital social não afeta a responsabilidade individual do sócio. Tal dispositivo deve ser interpretado com cuidado, apesar da sua colocação nas disposições mais gerais do livro do Direito de Empresa. Ele deve ser compatibilizado com a proteção ao patrimônio dos incapazes, de modo que ele não seja estendido para sociedades de responsabilidade ilimitada.

Além da capacidade, a vontade deve ser livremente manifestada, pois a existência de vícios de vontade (erro, dolo, coação) pode conduzir à invalidade do ato, nos termos da legislação civil.

A incapacidade de uma das partes, bem como a presença de vícios de vontade, não acarreta necessariamente a dissolução da sociedade, mas, via de regra, apenas conduz à invalidade do ato de adesão viciado, permanecendo íntegra a sociedade. Como aponta ANTÔNIO BRUNETTI, citado por Marlon Tomazette, a “nulidade e anulabilidade atuam sobre a relação particular, não se comunicam ao negócio inteiro e, por conseguinte, aos outros sócios sobre os quais o vício não atuou”<sup>333</sup>.

---

<sup>332</sup> NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e empresa*. v. 1, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 326-327.

<sup>333</sup> BRUNETTI, Antonio. *Tratado del derecho de las sociedades*. Tradução de Felipe de Solá Canizares. Buenos Aires: UTEHA, 1960, tomo I, p. 252 *apud* TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*. v. 1, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 37. Tradução livre de “nulidad y anulabilidad actúan sobre la relación particular, no se comunican al entero negocio y, por consiguiente, a los otros socios sobre los que el vicio no ha actuado”.

#### 4.6.1.2 Objeto Lícito

O art. 104, II, do Código Civil exige, em relação ao objeto, que este seja lícito, possível, determinado ou determinável. Entende-se, ainda, que as atividades desenvolvidas devem ser lícitas e de acordo com os bons costumes.

Nas normas que regem o Registro de Empresa encontra-se a proibição de arquivamento de “documentos que não obedecerem às prescrições legais ou regulamentares ou que contiverem matéria contrária aos bons costumes ou à ordem pública, bem como os que colidirem com o respectivo estatuto ou contrato não modificado anteriormente” (art. 35, I, da Lei n. 8.934/94).

O Código Comercial já trazia disposição semelhante nos arts. 287 e 129:

**Art. 287.** É da essência das companhias e sociedades comerciais que o objeto e fim a que se propõem seja lícito [...]

**Art. 129.** São nulos todos os contratos comerciais:

[...] 2 — que recaírem sobre objetos proibidos pela lei, ou cujo uso ou fim for manifestamente ofensivo da sã moral e bons costumes”.

Lícito é tudo aquilo que não contraria a lei e está conforme o ordenamento jurídico. Já as expressões “bons costumes e ordem pública” não são de tão fácil conceituação, embora encontradas na legislação pátria de forma abundante, por exemplo, no art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n. 4.657/42), nos arts. 18, I, 100, I, e 124, I, da Lei da Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96) e nos arts. 2º e 97 da Lei das Sociedades por Ações (Lei n. 6.404/76). Em todos esses casos veda-se a prática de ato que viole os bons costumes ou a ordem pública.

CLÓVIS BEVILÁQUA, comentando o dispositivo da Lei de Introdução, expressou-se, como de costume, magistralmente sobre a inconsistência das expressões:

A noção de ordem pública é uma das mais inconsistentes do direito. Mas o senso jurídico percebe-a, sem dificuldade, no momento em que ela deve reagir contra o elemento, que a perturba. É que ela se estende, tutelar, sobre toda a vida orgânica do Estado, e, por isso mesmo, variam, consideravelmente, as possibilidades de ofendê-la. Intervindo os exageros de sensibilidade de um lado e as tendências invasoras de outro, faz-se a perturbação nos espíritos. Por isso o instituto de direito internacional, há anos, fazia votos para que, em cada Estado, se definisse o que se devia entender por ordem pública. Leis de ordem pública são aquelas que, em um Estado, estabelecem os princípios, cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do direito. Por duas faces se manifesta a ordem pública, a interna e a externa. A ambas se refere o art. 17, porque, além das leis, atos e sentenças de outro país, considera as disposições particulares e os contratos, abrangendo não somente os atos jurídicos que os indivíduos pratiquem no estrangeiro, como os que se passarem no país. A ordem pública externa é considerada quando o artigo

afasta a eficácia de leis, atos e sentenças de outro país. As duas, interna e externa, quando se ocupa do testamento e outras declarações de vontade [...] Bons costumes são os que estabelecem as regras de proceder, nas relações domésticas e sociais, em harmonia com os elevados fins da vida humana. São preceitos da moral. Nem todos eles terão força para impedir a aplicação da lei estrangeira, a execução das sentenças, ou a eficácia das convenções. Têm-na, porém, os que se referem mais diretamente à honestidade das famílias, ao recato do indivíduo e à dignidade social, *quae loedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram*, como dizia Ulpiano. São duas noções um tanto flutuantes, a da ordem pública e a dos bons costumes, porém necessárias à regular aplicação da lei estrangeira.<sup>334</sup>

#### 4.6.1.3 Forma

O último elemento geral da sociedade é a forma, forma esta que era prescrita, a princípio, em lei, como escrita, mas não imposta de forma inafastável.

Com efeito, no regime anterior, o Código Comercial, no seu art. 300, afirmava que é da essência da sociedade comercial a forma escrita, seja este escrito público ou particular. Entretanto, na sequência, o art. 304 do mesmo Código afirmava que a existência da sociedade poderia provar-se por qualquer meio, inclusive por meio de presunção.

No regime do Código Civil de 2002, estabelece-se a obrigação de registro para o empresário (arts. 967-968), o que denotaria a obrigatoriedade da forma escrita. Todavia, o mesmo Código prevê, em relação à sociedade em comum, a possibilidade de os terceiros provarem sua existência por qualquer meio (art. 987 do CC/02). O confronto dos referidos dispositivos nos apresenta uma situação de aparente incompatibilidade, mas tão somente aparente, na medida em que deve ser feita uma interpretação que mantenha a unidade do diploma legal. Solucionando as dúvidas porventura existentes, REQUIÃO afirma que a forma escrita é exigida apenas para a sociedade gozar de certas vantagens na órbita tributária e mercantil.<sup>335</sup>

À guisa de conclusão, podemos afirmar que a forma das sociedades comerciais é livre, sendo imposta a forma escrita tão somente para o gozo de certas vantagens. Portanto, a constituição de uma sociedade pode decorrer de um acordo expreso ou tácito, verbal ou escrito, desde que presentes os elementos específicos da configuração de uma sociedade.

<sup>334</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Ed. histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975, p. 155-156.

<sup>335</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. v. 1, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 356.

## 4.6.2 Elementos Específicos

Além dos elementos gerais, atinentes aos atos jurídicos em geral, nas sociedades devem estar presentes elementos específicos, que darão o tom societário ao ato jurídico. Tais elementos são a contribuição para o capital social, a participação nos lucros e nas perdas e a *affectio societatis*. Alguns autores<sup>336</sup> indicam ainda como elemento essencial das sociedades a pluralidade de partes.

### 4.6.2.1 Contribuição para o Capital Social

Cada um dos sócios deve contribuir para a formação do capital social, segundo já preceituava o art. 287 do Código Comercial e repete o Código Civil (art. 1.004).

RUBENS REQUIÃO, destoando de doutrina clássica anterior, observa que

[...] o capital constitui o patrimônio inicial da sociedade comercial. Após o início das atividades, o capital permanece nominal, expresso na soma declarada no contrato, ao passo que o patrimônio social — ou fundo social — tende a crescer, se a sociedade for próspera, ou a diminuir, se tiver insucesso. Esse patrimônio é que gera, em última análise, o lucro, que é periodicamente dividido entre os sócios.<sup>337</sup>

No regime do Código Comercial, a lei era omissa em relação à forma de constituição do capital social, somente especificando a possibilidade de um sócio ingressar com sua indústria (art. 317), referindo-se aos sócios prestadores de serviço, na sociedade de capital e indústria, extinta com o advento do Código Civil.

No sistema atual, o capital deve ser expresso em moeda corrente, mas a contribuição pode ser realizada em dinheiro ou qualquer outro bem suscetível de avaliação pecuniária (art. 997, III, do Código Civil), conceito que inclui bens corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, direitos sobre coisas alheias etc., permitindo-se um leque de possibilidades que, muitas vezes, não apenas facilita a constituição da sociedade, mas, igualmente, presta-se à prática de fraudes por meio da empresa. Na sociedade simples, não empresária, é possível que a contribuição consista em serviços (arts. 1.006 e 997, V), sendo expressamente vedado seu emprego na sociedade limitada (art. 1.055, § 2º).

---

<sup>336</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. v. 1, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 357; COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 381.

<sup>337</sup> REQUIÃO, Rubens, *op. cit.*, p. 358.

#### 4.6.2.2 *Participação nos Lucros e Perdas*

Nas sociedades, exerce-se uma atividade econômica, que gera resultados. Nada mais lógico do que dividir esses resultados entre os sócios, entre todos eles. Não é essencial que todo o resultado seja dividido entre os sócios, mas é essencial que todos os sócios participem dos resultados. No Código Civil de 2002, considera-se nula apenas a cláusula que exclui algum sócio da participação nos lucros ou nas perdas, conforme depreende-se do texto do artigo 1.008 do CC/02<sup>338</sup>.

Trata-se de dispositivo relativo às sociedades simples, mas que se aplica subsidiariamente aos demais tipos societários. Neste particular, segue-se a orientação do direito italiano, que mantém a salvo o contrato de sociedade, gerando a nulidade apenas para a cláusula leonina.

Destinando-se à produção do lucro, nada mais lógico que a divisão desse lucro entre todos os membros. Tal divisão não precisa ser igualitária, pode e normalmente é feita de forma desigual, mas deve abranger todos os sócios, vale dizer, não pode ser feita apenas em benefício de alguns. Nesse sentido, ter a divisão de lucros como um requisito essencial, significa afirmar que o resultado da atividade social deve ser em benefício de todos os sócios, e não de alguns somente.

Tal participação não deve ser necessariamente igualitária, competindo ao ato constitutivo determinar a forma de tal divisão; em caso de silêncio, tal distribuição será feita de forma proporcional à participação no capital social (art. 1.007 do CC/02). No caso de contribuição para o capital em serviços, o sócio deve participar dos lucros pela média do valor das quotas.

Em contrapartida à participação nos lucros, todos os sócios devem participar também nas perdas, expressão essa a ser entendida com atenção. A participação nas perdas não significa que o sócio seja obrigado, diante de um prejuízo, a desembolsar novas quantias, mas significa tão somente que, pelo menos, a sua contribuição para o fundo social deve entrar para cobrir as perdas, vale dizer, todos os sócios devem assumir os riscos inerentes à atividade comercial, podendo perder ao menos sua contribuição. A participação nas perdas pode ser limitada.<sup>339</sup> “Se o fim da sociedade é a conjugação de bens e de esforços para a obtenção de um fim comum que, em termos pecuniários, é sempre um lucro a partilhar, esse fim deve ser

---

<sup>338</sup> “Art. 1.008. É nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas.”

<sup>339</sup> CARVALHO DE MENDONÇA, Jose Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*. v. 2, tomo 2. Atualizado por Ruymar de Lima Nucci. Campinas: Bookseller, 2001, p. 54.

perseguido mediante a participação de todos nos riscos inerentes a qualquer atividade econômica ou comercial”<sup>340</sup>.

FÁBIO ULHÔA COELHO, apesar de se utilizar de uma organização diferente da matéria, não trata da participação nas perdas como requisito específico de validade da sociedade.<sup>341</sup> Na mesma linha, FERRI nega expressamente que tal elemento seja essencial às sociedades.<sup>342</sup> MAMEDE, por sua vez, nega tal elemento no que tange aos sócios que contribuem em serviços.<sup>343</sup>

Ousamos discordar dos referidos mestres, para nos filiaros à proposta defendida por MARLON TOMAZETTE, para quem a participação nas perdas é elemento essencial e específico das sociedades, como contrapartida necessária à participação nos lucros. Não se trata de uma não limitação da responsabilidade, mas apenas da possibilidade de perda da sua contribuição, presente inclusive quando a contribuição for em indústria. Neste caso, o risco assumido é a perda da remuneração do trabalho prestado em benefício da sociedade.<sup>344</sup>

A vedação do pacto leonino (art. 1.008 do CC/02 e no mesmo sentido o art. 2.265 do Código Civil italiano) deve abranger tanto a participação nos lucros quanto a participação nas perdas, uma vez que as duas são correlativas. A participação nas perdas é a outra face da participação nos lucros.

#### 4.6.2.3 *Affectio Societatis*

Quando falamos de sociedade empresarial, um dos elementos específicos que é mais sedimentado na doutrina e jurisprudência é, sem dúvida, o *affectio societatis* ou, em outras palavras, a vontade de constituir uma sociedade, a vontade de cooperação entre os sócios ou a vontade de atingir um fim comum. Conquanto esses termos possam parecer indicativos de um mesmo estado de coisas, a doutrina expõe que entre eles há sutilezas que escapam aos olhos incautos.

---

<sup>340</sup> BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. v. 2, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 29.

<sup>341</sup> COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 380-381.

<sup>342</sup> FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 4. ed. Torino: LJTET, 1976, p. 222 *apud* TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*. v. 1, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 210.

<sup>343</sup> MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*. v. 2. São Paulo: Atlas, 2004, p. 104.

<sup>344</sup> TOMAZETTE, Marlon, *op. cit.*, p. 210.

Primeiramente, retomando origem histórica do termo, a  *affectio societatis* tem origem no direito romano, em texto de Ulpiano (150-228 d.C.)<sup>345</sup>, onde ele não aparece como um elemento exclusivo das sociedades, mas relativo à comunhão e os condomínios. Porém, explica FÁBIO KONDER COMPARATO a respeito de como ocorreu a transição desse conceito para o conceito de elemento das sociedades:

[...] uma certa doutrina resolveu, posteriormente, tomá-lo por diferença específica do contrato de sociedade, perdendo-se em falsos caminhos que não deixaram de ser denunciados pelos autores contemporâneos: a  *affectio societatis* confundir-se-ia com os demais elementos do contrato social, vale dizer, a contribuição dos sócios com esforços ou recursos para a consecução de determinado resultado, visando à partilha dos lucros ou perdas. Não se pode, porém, tomar a expressão, no contexto da sentença de Ulpiano, por mais do que ela aí significa. Se a  *affectio societatis* é apresentada como elemento distintivo em relação ao estado de comunhão, nem por isso se pode daí inferir que ela só existiria, enquanto  *affectio*, no contrato de sociedade. Ao contrário, as fontes empregam o mesmo vocábulo, tanto em matéria de matrimônio quanto de posse. Como explicou Arangio-Ruiz, a  *affectio* é um  *consensus*, mas não instantâneo e sim prolongado; um estado de ânimo continuativo, a perseverança no mesmo acordo de vontades.<sup>346</sup>

Ocorre, então, que a noção de  *affectio*, sedimentada na doutrina brasileira, está muito vinculada à essa concepção doutrinária construída numa premissa que remonta à origem da  *affectio societatis*, mas que, além de não ter evoluído, se equivoca ao não perceber que esse significado era um dentre aqueles possíveis – e nem era o principal, dado que essa noção de sociedade para fins econômicos, conforme explorado no início deste capítulo, ainda era muito rudimentar na Roma Antiga. Não é por outra razão que a noção de  *affectio* no direito brasileiro oscila apenas entre o elemento essencial para constituição de uma sociedade, ora para diferenciar de outros institutos, ora para compreensão dos deveres dos sócios, mais ainda na primeira hipótese.

Para MARLON TOMAZETTE, o elemento da  *affectio societatis* “não se trata do simples consenso comum aos contratos em geral, mas de uma manifestação expressa de vontade no sentido do ingresso na sociedade e na consecução de um fim comum. Exige-se um  *plus* em relação à simples vontade de conclusão do contrato”<sup>347</sup>. Mais ainda, para VICENZO BUONOCORE, citado por TOMAZETTE, para que a sociedade possa existir, “não é suficiente a

<sup>345</sup> Dig., L. 17, Tit. II, 31  *apud* COMPARATO, Fábio Konder.  *Restrições a circulação de ações em companhia fechada: nova et vetera*. Novas Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

<sup>346</sup>  *Ibid.*, p. 37-38.

<sup>347</sup> TOMAZETTE, Marlon.  *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*. v. 1, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 211.

contribuição de duas ou mais pessoas para a realização de um determinado resultado econômico, é necessário que o resultado seja perseguido conjuntamente”<sup>348</sup>.

Não destoam o abalizado ensinamento de VERA HELENO DE MELLO FRANCO, para quem o “*affectio societatis* significa confiança mútua e vontade de cooperação conjunta, a fim de obter determinados benefícios”<sup>349</sup>.

Contudo, como o termo “*affectio societatis*” é impreciso – começa que é um termo em latim que, se traduzido livremente, não tem muito sentido –, o intérprete pode preenchê-lo com nuances que distam entre si, mas cujos elementos sedimentados na doutrina brasileira e importada em alguma medida da jurisprudência dos tribunais franceses podemos identificar, como nos recorda o Prof. ERASMO VALLADÃO:

Por fim, prevaleceu na doutrina e nos tribunais franceses o entendimento de que a *affectio societatis* seria ‘o desejo, a vontade, a intenção de colaboração voluntária e ativa, interessada e igualitária’. De acordo com esta visão, os caracteres voluntário e ativo serviriam para diferenciar a sociedade: (i) da indivisão, situação involuntária e de sujeição; e (ii) de diversos contratos com cláusula de participação nos lucros (mútuo, comissão ou mandato, seguro e certas combinações de venda do estabelecimento empresarial). Além disso, o caráter igualitário se prestaria a afastar, da sociedade, o liame de subordinação, que é da essência do contrato de trabalho e serve justamente para recusar a qualidade de sócio ao simples empregado comissionado.<sup>350</sup>

Fato é que essa concepção não contempla os aspectos que são efetivamente necessários à sociedade, principalmente porque não traduz a realidade hodierna das sociedades empresariais. Por exemplo, a noção de colaboração ativa em nada se coaduna com a figura de um acionista (sócio) que em nada participa das decisões, não ajuda a desenvolver o objeto social da sociedade etc., *i.e.*, não há colaboração ativa, senão, quando muito, pode-se discutir se o capital investido é uma colaboração passiva.

Outro exemplo é a questão da igualdade entre os sócios. Ora, nem todas as sociedades têm esse caráter igualitário entre os sócios. Há os sócios majoritários e minoritários, que têm atribuições, deveres e direitos diversos, há o sócio que ingressa com a mão de obra, outro que ingressa com o capital, outro que ingressa com os bens do ativo imobilizado, por exemplo, outros que ingressam com ativos intangíveis (por exemplo, expectativa de contratos, marca, patente etc.).

<sup>348</sup> BUONOCORE, Vincenzo. *Le società*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 100 *apud ibid.*, 2013, p. 211.

<sup>349</sup> FRANCO, Vera Helena de Mello. *Lições de direito comercial*. 2. ed. São Paulo: Maltese, 1995, p. 133.

<sup>350</sup> VALLADÃO, Erasmo; ADAMEK, Marcelo. *Affectio Societatis*: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo: Malheiros, v. 149/150, p. 108-130, 2008, p. 112.

Enfim, uma série de arranjos na formação da sociedade que denotam que esse caráter igualitário é meramente contingente, e não necessário.

Doutra banda, é possível, ao analisarmos as sociedades, apoiados na doutrina segura de ERASMO VALLADÃO, que são dois os elementos que sobressaem quando tratamos de *affectio societatis*: a intenção dos agentes de (a) união e de (b) aceitação de áleas comuns.

Destrinchando mais esses elementos, temos que a união implica numa organização coletiva e, ao mesmo tempo, uma conjunção de interesses em determinado fim, que não necessariamente produzirá resultados de forma igualitária entre os sócios. Já a aceitação de áleas comuns é relativa à produção e partilha de lucros e prejuízos, e não a relação entre os sócios.

Enfim, temos então que as sociedades (em sentido amplo) são sempre *societates finalísticas*. Esse é verdadeiramente o traço marcante e indispensável a qualquer que seja a associação entre pessoas, qualquer que seja seu período, lucratividade, faturamento ou outros critérios que poderiam ter sido utilizados em nome da boa aplicação do princípio da capacidade contributiva.

Sempre, em todo lugar, as pessoas se associam para alcançar determinada finalidade, quer seja para fins econômicos (art. 981, CC<sup>351</sup>), quer não (art. 53, *caput*, CC<sup>352</sup>). A questão diferirá sobre: qual a finalidade? Como se organiza para aquela finalidade? Qual o sentido da finalidade? Quem quer alcançar aquela finalidade?

Por isso, está com a razão ERASMO VALLADÃO, quando afirma que, “em sentido amplo, o fim comum abrange o escopo-meio (objeto) e o escopo-fim (objetivo)”. E mais, ainda, continua o ilustríssimo professor, em trecho que merece a transcrição em razão do poder de síntese de todas as colocações feitas acima:

Analisando as funções que o fim comum em sentido amplo exerce nas organizações societárias – equivalente ao sinalagma nos contratos bilaterais –, a doutrina aponta ter ele eficácia constitutiva e eficácia funcional. Diz-se que tem eficácia constitutiva (*konstituierende Wirkung*), na medida em que o fim comum é elemento constitutivo das organizações societárias: não há sociedade ou associação sem fim comum próprio, que não se confunde com o fim comum individual porventura perseguido pelos seus integrantes (o qual não conflita nem exclui aquele fim comum). **O fim social é o motor da união entre duas pessoas, porque duas pessoas fazem melhor do que uma. As partes são livres para estabelecer o fim social, que pode ser econômico, ideal, passageiro, duradouro, etc. Também são**

<sup>351</sup> “Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, **para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados**” (grifo nosso).

<sup>352</sup> “Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para **fins não econômicos**” (grifo nosso).

livres para estabelecer as contribuições, que podem ser das mais variadas espécies de bens ou até, em certos casos, serviços. Pouco importa o fim que cada um persegue individualmente: isso não interfere com a finalidade comum a todos. Serve o fim social, desse modo, para a definição da forma jurídica da organização societária (se associação ou sociedade) e, portanto, para a definição das disposições normativas aplicáveis.

[...]

Sendo elemento constitutivo da organização societária, a ele se refere o legislador, tanto ao tratar da constituição da sociedade (CC, arts. 53, 981, 997, II e VII; LSA, art. 22), como de sua dissolução (CC, arts. 51, § 22, e 1.034, II; eLSA, art. 206, II, b) – o que permite afirmar que, **como elemento constitutivo da sociedade, o fim comum serve de parâmetro dissolutório da sociedade ou dos vínculos individuais que unem os seus membros aos demais e a organização societária.**<sup>353</sup>

Isto posto, temos que o conceito de *affectio societatis*, tal como desenvolvido no Brasil, ainda está arraigado em uma concepção histórica, que não se coaduna com a dinâmica econômica atual. Assim, o traço distintivo para toda e qualquer sociedade, quanto ao *affectio societatis*, é seu fim social, não sendo restringível por critérios de modo, periodicidade, espécie, lucratividade etc., bem como o fim de uma sociedade está intimamente ligado à ausência de fim comum ou fim social.

#### 4.6.2.4 A pluralidade de partes

Do próprio conceito de sociedade pode-se extrair a necessidade de pelo menos duas partes, uma vez que é contraditório ser sócio de si mesmo. Assim, prevalece como regra geral a obrigatoriedade da existência de pelo menos dois sócios para a configuração de uma sociedade, em oposição ao empresário individual que exerce a atividade sozinho.

Entretanto, tal regra é excepcionada pelo atual direito brasileiro, que admite a figura da sociedade subsidiária integral (art. 251 da Lei 6.404/76), uma sociedade tendo por única sócia uma sociedade brasileira. Além disso, admite-se temporariamente a unipessoalidade nas sociedades anônimas (art. 206 da Lei 6.404/76) e nas demais sociedades (art. 1.033, IV, do CC/02), a fim de preservar a atividade que vinha sendo desenvolvida, evitando a extinção da empresa e, conseqüentemente, protegendo os vários interesses envolvidos (trabalhadores, comunidade, fisco, etc.).<sup>354</sup>

<sup>353</sup> VALLADÃO, Erasmo; ADAMEK, Marcelo. *Affectio Societatis*: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo: Malheiros, v. 149/150, p. 108-130, 2008, p. 119, grifo nosso.

<sup>354</sup> Não é escopo do presente trabalho esgotar as matérias, mormente quanto a sociedades unipessoais, pois não há pertinência imediata com a finalidade da pesquisa, que foca mais nas sociedades empresariais. Para maior detalhamento, conferir as obras: ULMER, Peter. *Principios fundamentales del derecho alemán de sociedades*

No próximo tópico, analisaremos, sob o prisma bibliográfico e jurisprudencial, o que são as empresas-veículo, os principais elementos que compõem essa realidade em cotejo com o Direito Societário, isto é, se as características das empresas-veículo se coadunam com os elementos de empresa.

#### **4.7 A EMPRESA-VEÍCULO E O DIREITO SOCIETÁRIO**

Sem dúvida, o debate sobre a denominada empresa-veículo sofreu substancial alteração ao longo dos últimos 15 anos, ao ponto de se tornar atualmente um dos temas de maior repercussão no âmbito do CARF, e já de forma incipiente na esfera judicial.

A rigor, não há uma definição de empresa-veículo<sup>355</sup>, muito menos jurídico-positiva, mas o termo foi sedimentado na doutrina e, principalmente, na jurisprudência administrativa federal nos julgamentos dos chamados planejamentos tributários, sobretudo aqueles que se utilizaram o expediente das reorganizações societárias.

Nesse sentido, a pesquisa tem o escopo de verificar, a partir dos conceitos teóricos até aqui desenvolvidos, quais são os elementos que usualmente são encontrados nas empresas-veículo e refletir criticamente a partir do direito societário, mais especificamente analisar se a estrutura de uma empresa-veículo é consentânea aos requisitos ou elementos essenciais de uma sociedade empresarial.

##### **4.7.1 Aspectos Introdutórios**

Com efeito, não havendo definição de empresa-veículo<sup>356</sup>, e considerando-se ser o conceito de pessoa jurídica uma invenção do direito, deve-se, para se entender a amplitude e extensão do tema, buscar nos contornos dados pelo direito empresarial, os requisitos e critérios para que não se perpetue a deturpação da própria pessoa jurídica para fins fiscais. É certo que a empresa se constituindo somente como “veículo” sem a necessária vestimenta de um empreendimento poderá não produzir perante as autoridades fiscais os efeitos tributários desejados e esperados quando da execução dos negócios empresariais. Vale dizer que não é, a nosso ver, o requisito de tempo de sua existência essencial para esta análise, mas o se este veículo é de fato instrumento de captação de recursos e congregação de interesses e esforços

---

*de responsabilidad limitada*. Traducción de Jesús Alfaro Aguila-Real. Madrid: Editorial Civitas, 1998, p. 45; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 75.

<sup>355</sup> SCHOUERI, Luis Eduardo. *Ágio em reorganizações societárias: aspectos tributários*. São Paulo: Dialética, 2012, p. 103.

<sup>356</sup> *Ibid.*, loc. cit.

comuns como os atributos de verdadeira pessoa jurídica e não se fundamente na interposição de pessoa como mero cadastro com o cumprimento de requisitos para registros formais.

#### 4.7.2 Elementos da Empresa-Veículo

Como dito anteriormente, não há objetivamente um conceito ou uma definição do que vem a ser uma empresa-veículo, mas sim há uma construção doutrinária e, sobretudo, jurisprudencial, desenvolvida no âmbito do CARF, que, ao julgar casos de planejamentos tributários, envolvendo principalmente reestruturações societárias, olhava para certas estruturas que, no entender dos conselheiros, eram desprovidas dos elementos básicos de uma sociedade empresarial e objetivam apenas uma economia tributária, chamando-as de “empresas-veículo”.

Insta dizer, entretanto, que não é propósito deste capítulo analisar as questões acerca da licitude dos planejamentos tributários que objetivam com exclusividade ou não a economia tributária.<sup>357</sup>

Note-se, ainda, que a chamada empresa-veículo não está restrita a um certo tipo de planejamento, como ágio, mas ela é utilizada em diversas outras hipóteses de (re)estruturações além do ágio, por exemplo, “casa e separa”, o fenômeno da “pejotização” das pessoas físicas, *holdings*, sociedades de propósito específico etc., muito embora as autuações mais vultosas do passivo tributário discutido no CARF envolvam casos de ágio.<sup>358</sup>

Em face da multiplicidade de casos envolvendo as empresas-veículo, nosso intuito inicial é, a partir dos acórdãos em que houve a utilização do termo “empresa-veículo” pelos conselheiros, nos diferentes tipos de planejamentos e reestruturações, extrair os elementos comuns dessas empresas em tais planejamentos e analisá-los à luz do direito societário.

Ressaltamos antes, contudo, que não se analisará o mérito dos julgamentos por enquanto<sup>359</sup>, mas apenas se verificará as características comuns apontadas para denotar a empresa-veículo nas diversas situações.

Vamos tomar como exemplo os casos de formação e aproveitamento do ágio dada importância em razão dos altos valores de contingências tributárias decorrentes das autuações e as consequências jurídico-tributárias implicadas.

---

<sup>357</sup> Ver capítulo 3.

<sup>358</sup> Exemplificativamente, cf. Acórdãos nº. 1402-00802 (Caso Santander), 1101-000962 (Caso Santander 2), 1301-00711 (Caso Tele Norte), 1101-000899 (Caso Listel), 1101-000936 (Caso Ticket), 1401-000850 (Caso Sustentare), 1301-001309 (Caso Mineração Belocal), 1401-001240 (Caso CSN).

<sup>359</sup> Ver Capítulo 5.

Exemplificativamente, do Acórdão nº 1301-003.655<sup>360</sup>, que trata do aproveitamento de ágio nos anos-calendário de 2010 e 2011, é possível extrair algumas características da estrutura chamada de empresa-veículo, sem qualquer análise do mérito: (a) ausência de uma finalidade econômica *stricto sensu* (propósito negocial); (b) existência meramente formal; e (c) lapso temporal curto entre a constituição e as operações societárias que resultam no “desaparecimento” da empresa criada. É bem ilustrativo, nesse sentido, a passagem do voto do ilustre Relator:

Assim, se a empresa já **‘nasceu’ para ‘morrer’** em tão pouco tempo e não teve **nenhuma atividade própria**, essa é a maior prova de que sua existência era inútil, servindo apenas para **propiciar as condições puramente formais para a dedutibilidade do ágio, em total falta de propósito negocial**. Não houve tempo hábil para que se tomassem decisões empresarias, mas sim mero formalismo para a contabilização e utilização do ágio.” – fls. 28 (grifos do autor).

Ademais, é propícia a definição do Conselheiro MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA no julgamento do caso “Santander”:

O termo ‘empresa-veículo’ é empregado pelas autoridades fiscais e estudiosos do Direito Tributário para definir a pessoa jurídica, sem propósito negocial, cuja finalidade não é a produzir bens e serviços, mas servir de meio para dar uma aparência de regularidade a uma situação que assim não é.<sup>361</sup>

Isto posto, temos então, mais uma vez, que as características comuns no caso das empresas-veículo são:

- a) ausência de uma finalidade econômica *stricto sensu* (propósito negocial);
- b) existência meramente formal; e
- c) lapso temporal curto entre a constituição e as operações societárias que resultam no “desaparecimento” da empresa criada.

Vamos agora analisar se essas três características, de algum modo, estão dissonantes dos elementos essenciais de uma sociedade empresarial.

#### **4.7.3 Adequação da Empresa-Veículo aos elementos essenciais da Sociedade Empresarial**

Das características comuns às empresas-veículo, podemos vislumbrar um entrechoque, *a priori*, com certos requisitos da sociedade empresária. Sendo assim, vamos analisar a compatibilidade das características comuns em contraposição ao elemento da sociedade.

<sup>360</sup> Acórdão nº 1301-003.655 - 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária – julg. 22 jan. 2019.

<sup>361</sup> Acórdão 1402-00.802 – 4ª Câmara / 2º Turma Ordinária – julg. em 21 out 2011.

Em primeiro lugar, temos a *ausência de uma finalidade econômica stricto sensu, i.e.*, nas palavras encontradas na jurisprudência, a empresa-veículo não se destina à produção de bens e serviços, mas tem objetivo único de viabilizar uma estruturação societária com fins de reduzir a carga tributária de algum modo, em contraposição está o próprio *conceito de empresa*, a saber, “atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens”<sup>362</sup>.

Conforme apontamos alhures<sup>363</sup>, conquanto o conceito de empresa, acima exposto, possa induzir a uma concepção de empresa atrelada a uma espécie de tangibilidade, no sentido de que só haveria empresa quando, por exemplo, também houvesse um estabelecimento físico, as atividades fossem desenvolvidas em tal estabelecimento, colaboradores etc., fato é que isto não corresponde ao real conceito de empresa.

Calcados na premissa de que empresa é uma *atividade, i.e.*, um conjunto de atos destinados a uma finalidade, não há correlação imediata com a existência de uma tangibilidade, pois para desenvolver uma atividade não é estritamente necessária a existência de meios materiais – leia-se, tangíveis –, mas apenas a existência de atos que colimam para uma finalidade, que pode ser uma vantagem econômica, uma facilitação operacional, um cumprimento de exigências regulatórias etc.

Sendo assim, para o conceito de empresa, para além dos atos formais de constituição, deve-se prestar atenção à questão da finalidade. Pode-se chegar a essa conclusão a partir do próprio tratamento que a lei confere a determinadas sociedades empresárias que não possuem essa tangibilidade, como as *holdings*, por exemplo.

Nesse ponto são precisas as lições de MODESTO CARVALHOSA:

**As *holdings* são sociedades não operacionais** que têm seu patrimônio composto de ações de outras companhias. **São constituídas ou para o exercício do poder de controle ou para a participação relevante em outras companhias**, visando nesse caso, constituir uma coligação. Em geral, essas sociedades de participação acionária **não praticam operações comerciais**, mas apenas a administração de seu patrimônio. Quando exerce o controle, a holding tem uma relação de dominação com as suas controladas, que serão suas subsidiárias.<sup>364</sup>

---

<sup>362</sup> BULGARELLI, Waldirio. *Tratado de Direito Empresarial*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 100.

<sup>363</sup> Ver subcapítulo 4.4.7.

<sup>364</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. t. 2, v. 4. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 14, grifo nosso.

Notemos que o ordenamento jurídico brasileiro confere *status* de empresa a estruturas que não têm essa tangibilidade, como é o caso das *holdings*, nos termos do art. 2º, parágrafo 3º da Lei nº 6.404/76:

Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

[...]

§ 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.

Assim, concluímos que os autos de infração lavrados em face de reorganizações societárias com fins de planejamento tributário, que sejam calcados apenas em argumentos de ausência de tangibilidade da empresa (que podem vir sob a indumentária linguística de ausência de “substância”, “propósito comercial”, “substância material mínima” etc.), não devem prevalecer, pois este não é requisito necessário da sociedade empresária, mas apenas contingente.

Tampouco a exigência de uma finalidade econômica *stricto sensu*, *i.e.*, o desempenho de uma atividade que vise à produção de uma riqueza para posterior obtenção de lucros, pois não é apenas a esta finalidade econômica que uma empresa se destina; por isso, também é contingente, mas há diversas formas de vantagens e/ou necessidades que podem conferir tal “substância” ou “propósito” ao ato.

Outra característica encontrada nos acórdãos que versam sobre a definição de empresa-veículo é o argumento de que se trata de uma empresa meramente formal ou *pro forma*, *i.e.*, que apenas foram cumpridos os atos de constituição formais, mas a empresa não “existe de fato” ou “que sua existência é apenas no papel”.

Esse argumento assaz vezes é aduzido em conjunto com o argumento anterior, como decorrência daquele, pois, se não há uma tangibilidade ou uma finalidade – na acepção da fiscalização –, logo a empresa é meramente “um número de CNPJ”.

Sobre este ponto, pode-se aduzir, em síntese, as mesmas razões antes apontadas para rechaçar o fundamento anterior, dado que há uma implicação mútua entre os dois. O fisco geralmente aponta a inexistência ou a precariedade da estrutura societária para argumentar a existência meramente *pro forma* da empresa, ou seja, utilizando os mesmos vocábulos, não haveria substância.

Porém, aprofundando o argumento, podemos ainda confrontá-lo com os elementos essenciais da sociedade empresária especificadamente, como a contribuição para o Capital Social, por exemplo.

Retomando brevemente a questão da contribuição para o Capital Social, temos que os sócios (aqui fala-se em sócios, pois se trata de uma sociedade empresária, em que um dos elementos é a pluralidade de partes<sup>365</sup>) devem contribuir para a formação do capital social da empresa, sem que seja necessária a divisão igualitária dos esforços, tanto em sentido quantitativo (quanto se contribui) como em qualitativo (com o que se contribui).

Isso tudo para dizer que, nos autos de infração em que se considere uma ausência de substância, *i.e.*, do elemento necessário à constituição de uma sociedade, sob o *único* argumento de que não houve a colaboração igualitária dos sócios quantitativamente (ex., há um sócio com 99% das cotas e outro com apenas 1%) e/ou qualitativamente (ex., um sócio ingressou com toda a estrutura do estabelecimento e dinheiro, e outro contribuiu muito pouco ou apenas com mão de obra, de forma comprovada), ou, ainda, em razão de uma distribuição desproporcional de lucros e dividendos, não pode o auto subsistir, porquanto essas disposições estão no âmbito da livre iniciativa (art. 1º, inc. IV e 170, *caput* da CF) e do direito de estruturar o negócio da forma que melhor aprouver aos sócios; portanto, estão em perfeita consonância com o direito empresarial e societário, ou seja, não desnaturam o elemento essencial da sociedade empresária.

Por fim, mas não menos importante, esta a característica da empresa-veículo que mais é apontada como prova cabal de sua existência, em termos indicativos de simulação ou dissimulação: o diminuto lapso temporal entre a criação e a extinção da empresa (geralmente, por meio de incorporação por outra empresa).

Em linhas gerais, a curta “vida” da empresa seria o fato preponderante para demonstrar que não havia *affectio societatis* entre sócios, isto é, que a empresa foi constituída sem a pretensão de existir indefinidamente a partir da finalidade comum entre os sócios ou, ainda, que nunca houve a intenção de associar-se para atingir fins econômicos. Sobre isto cabe uma breve digressão àquilo que estabelecemos alhures<sup>366</sup> como a concepção de *affectio societatis*.

Conforme assentamos, a *affectio societatis*, na doutrina e jurisprudência brasileira, ainda está arraigada numa noção histórica em que prevalece o entendimento de que se trata de um *animus* de congregar esforço entre duas ou mais pessoas para a consecução de um fim comum, por tempo indeterminado e de forma igualitária. Ocorre que essa formulação se mostra insuficiente para a dinâmica moderna das empresas. Primeiro, não há necessidade de

---

<sup>365</sup> Ver subcapítulo 4.6.1.4.

<sup>366</sup> Ver subcapítulo 4.6.1.3.

que seja uma forma igualitária entre os sócios, conforme os argumentos já expostos linhas acima.

Em segundo lugar, o *animus* de associar-se prescinde de um prazo indeterminado, exatamente por duas razões: primeiro, o problema da vagueza e indeterminação – desculpando a redundância – no sentido de que não há como definir objetivamente ou em um grau satisfatório o que seria constituir uma empresa com *animus* de continuidade.

Em exemplo singelo, uma empresa que fosse constituída e iniciasse suas atividades, mas devido à ineficiência e má-prestação de serviços viesse a falir em pouco mais de um mês, se observarmos apenas o dado objetivo de diminuto lapso temporal, chegamos à conclusão teratológica de que os sócios não lograram êxito em constituir uma sociedade. De outro lado, se uma empresa cujos sócios não têm nenhuma pretensão de continuidade, mas apenas montaram a empresa para ser uma interposta, mas mantêm a empresa por 1 (um) ano, poderíamos dizer que, nesse caso, houve o *animus* de continuidade. Com efeito, os exemplos demonstram que o elemento psicológico não constitui critério adequado para aferição da *affectio societatis*.

Por esta razão, a proposta defendida neste trabalho é que a *affectio societatis* pode ser aferida com base no critério da (i) união e (ii) aceitação de áleas comuns. A união, em poucas palavras, seria a congregação dos sócios para alcançar um fim comum, sem que esse fim seja necessariamente a execução de uma atividade *stricto sensu* (leia-se, produção de bens e serviços), mas que seja uma atividade que atenda aos requisitos gerais de todo e qualquer ato jurídico: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104, CC).

E a aceitação das áleas comuns é inerente ao risco de ser sócio e desempenhar qualquer atividade (*lato sensu*), que também pode ser entendido como o requisito de participação nos lucros e perdas.

Os meios de aferição da ausência de *affectio societatis* seria a inexistência de fim comum<sup>367</sup> ou fim social, na dicção de ERASMO VALLADÃO<sup>368</sup>, sendo possível atestá-lo de forma objetiva a partir de determinados atos, previstos ou não na legislação, como a hipótese

---

<sup>367</sup> “Art. 1.034. A sociedade pode ser dissolvida judicialmente, a requerimento de qualquer dos sócios, quando: **II - exaurido o fim social**, ou verificada a sua inexecutabilidade” (grifo nosso).

<sup>368</sup> VALLADÃO, Erasmo; ADAMEK, Marcelo. *Affectio Societatis*: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo: Malheiros, v. 149/150, p. 108-130, 2008, p. 112.

de falência do sócio e não reposição de outro em 180 dias (art. 1.033, inc. IV, CC<sup>369</sup>), quando há consenso pela liquidação da sociedade (art. 1.033, inc. II, CC<sup>370</sup>) ou quando um dos sócios pratica ato contrário ao fim social da sociedade, desde que previsto em Contrato Social e comprovado em juízo (art. 1.035, CC<sup>371</sup>), por exemplo.

Isto posto, concluímos que o lapso temporal, quando utilizado isoladamente para comprovação de que não há *affectio societatis* e que, portanto, a empresa deve ser desconsiderada, não tem lastro jurídico, assim como tem por pressuposto uma concepção ultrapassada de *affectio societatis*, que necessita de reflexão e amadurecimento por parte da doutrina e da jurisprudência, sobretudo na esfera administrativa.

---

<sup>369</sup> “Art. 1.033. Dissolve-se a sociedade quando ocorrer: IV - a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias; [...]”.

<sup>370</sup> “Art. 1.033. [...] II - o consenso unânime dos sócios; [...]”.

<sup>371</sup> “Art. 1.035. O contrato pode prever outras causas de dissolução, a serem verificadas judicialmente quando contestadas.”

## **5 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO CARF SOBRE A VALIDADE DO USO DE EMPRESA-VEÍCULO COMO MEIO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO**

Neste quinto e último capítulo, debruçar-nos-emos sobre o tratamento dado pela jurisprudência do CARF com base em análise crítica de alguns precedentes paradigmáticos que discutem o tema do planejamento tributário envolvendo a reestruturação societária por intermédio de “empresas-veículo”, como forma de reduzir ou diferir a tributação, avaliando os critérios, limites e condições utilizados que fundamentaram tais decisões.

É, portanto, um capítulo que objetiva utilizar as premissas, balizas, pressupostos e fundamentos pormenorizados nos capítulos anteriores, e, com esse ferramental, ponderar as posturas adotadas pela jurisprudência administrativa, bem como fixar uma posição crítica no tocante à utilização de empresas-veículo para implementação de negócios, reorganizações societárias e operações das quais derivaram planejamentos tributários.

### **5.1 O COMBATE AO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO POR INTERMÉDIO DE EMPRESA-VEÍCULO NA JURISPRUDÊNCIA DO CARF**

A expressão “empresa-veículo” costuma ser associada aos casos concretos que envolvem a amortização e dedução fiscal do ágio, talvez dada a repercussão econômica que alcançaram nos últimos anos. Adotando-se o conceito de empresa-veículo delimitado no capítulo 4<sup>372</sup>, porém, verifica-se que o instituto é utilizado em uma miríade de estruturas empresariais e situações concretas, ainda que não expressamente se use este termo, como por exemplo: “operações casa e separa”; investimento no Brasil suspostamente perpetrados por brasileiros através de veículos constituídos no exterior para aproveitamento do regime especial previsto na Resolução Bacen nº 4.373; utilização da rede brasileira de tratados (*treaty shopping*); alienação de entidades localizadas no exterior com ativos no Brasil sem apuração e recolhimento de imposto sobre a renda sobre ganho de capital, etc.

Neste capítulo, verificaremos os fundamentos utilizados pelas autoridades fiscais para questionar a qualificação jurídica dessas operações, se fundamentados dos defeitos apresentados nas estruturas empresariais (o que indicaria eventual simulação, fraude à lei, abuso de direito), ou por carência de motivos e fins suficientes destas e que pudessem ser oponíveis ao Fisco, como a ausência de propósito negocial.

---

<sup>372</sup> Empresas cujas características comuns são: a) ausência de uma finalidade econômica *stricto sensu* (propósito negocial); b) existência meramente formal; e c) lapso temporal curto entre a constituição e as operações societárias que resultam no “desaparecimento” da empresa criada.

Nos próximos subitens, passaremos à análise de tais casos concretos, descrevendo a operação em caráter abstrato, para então verificar o posicionamento do CARF em relação à matéria, testando a qualidade e critérios carreados nos argumentos aduzidos em face das premissas adotadas por este trabalho.

## **5.2 ANÁLISE DE CASOS PARADIGMÁTICOS DO CARF COM O USO DE EMPRESAS-VEÍCULO**

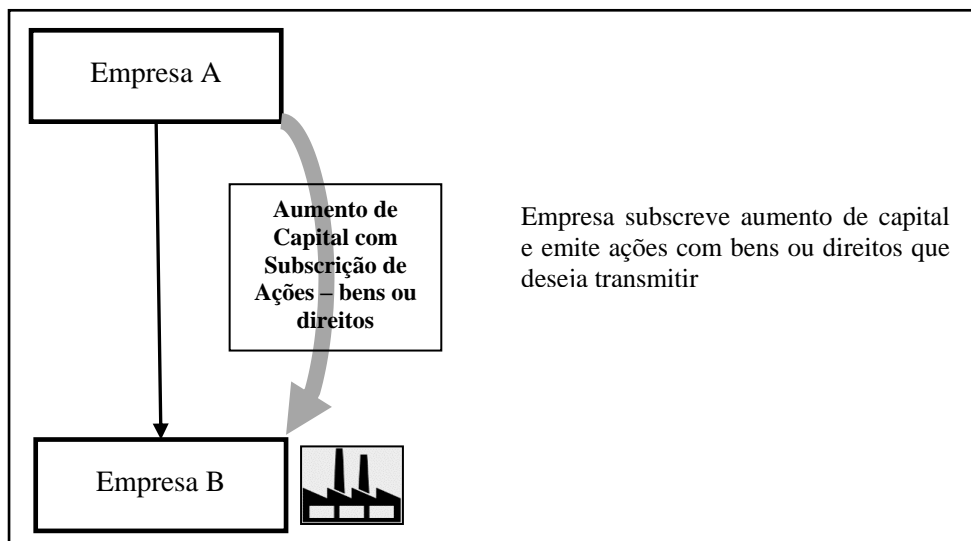
A experiência no campo do planejamento tributário por intermédio das denominadas “empresas-veículo” evidencia que, não raro, surgem casos em que são desenhadas determinadas transações que exigem uma particular atenção do intérprete antes de se emitir um pronunciamento quanto à sua oponibilidade ou não à Fazenda.

No âmbito do CARF – antigo Conselho de Contribuintes –, há várias decisões administrativas em que se menciona a figura da “empresa-veículo”; no entanto, há poucos casos se faz uma análise rigorosamente técnico-jurídica dos fatos e sua qualificação jurídica.

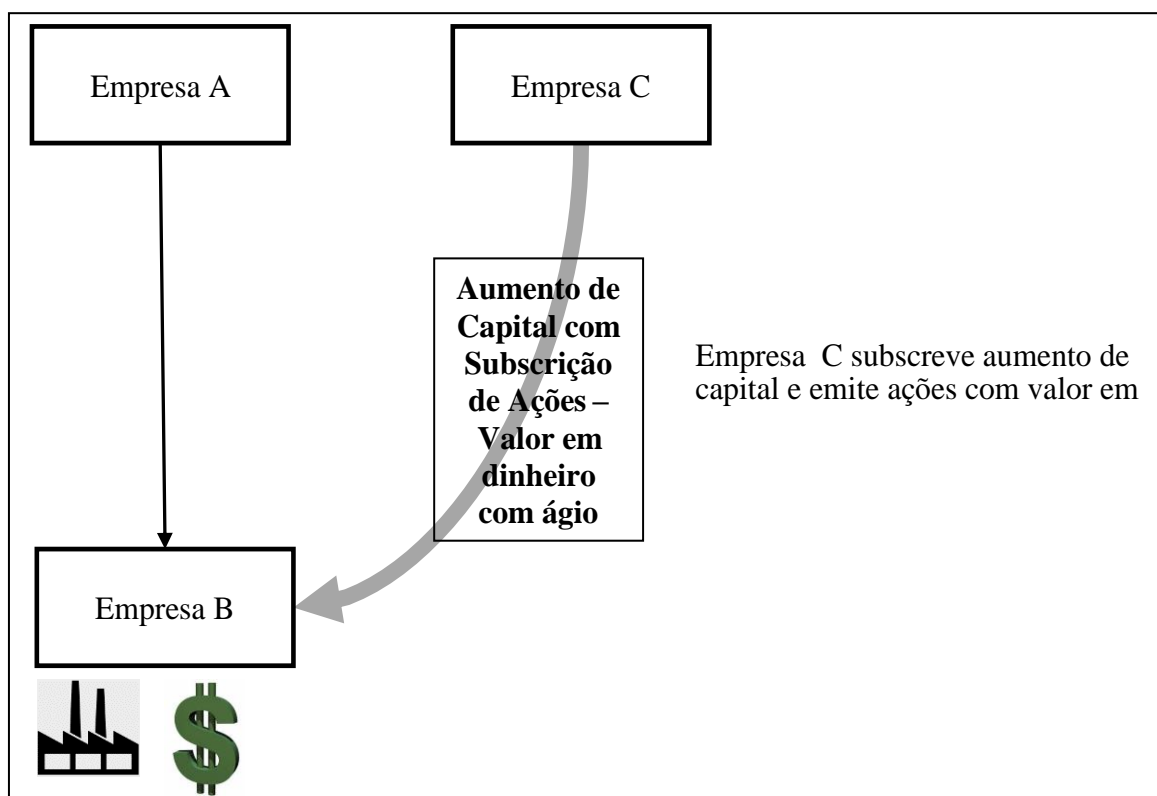
Não obstante as conclusões dependerem de provas apresentadas em concreto, existem algumas situações que, por si só, recomendam especial atenção quanto ao propósito ou causa jurídica relacionada ao uso das “empresas-veículo”, que é o que passaremos a analisar no próximo tópico, isto é, como CARF tem analisado os planejamentos tributários configurados com a roupagem ou estrutura jurídica de “empresa-veículo”.

### **5.2.1 Operação Casa e Separa**

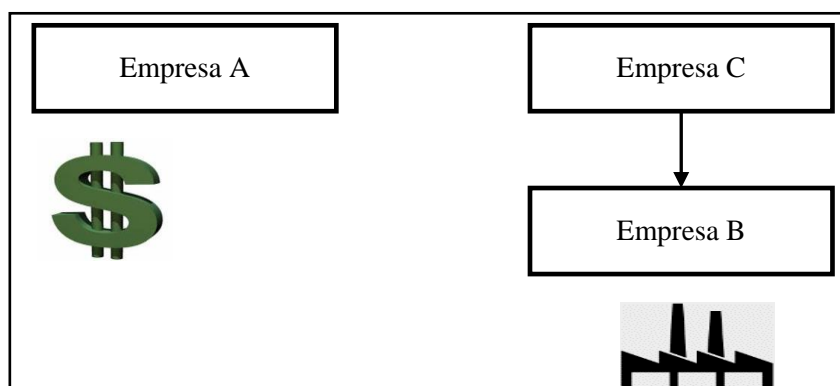
Nesta operação, normalmente se utilizava de empresa-veículo para operacionalizar transferência de bens ou direitos para terceiros sem a apuração de ganhos de capital. Em uma primeira fase, a empresa A subscrevia aumento de capital com emissão de ações na empresa-veículo B:



Em seguida, a empresa C, no caso adquirente, subscrevia novo aumento de capital em dinheiro com emissão de novas ações, correspondendo ao valor do bem subscrito pela empresa A, normalmente com ágio:



No passo seguinte, a empresa B readquiriria as ações da empresa A, devolvendo-lhe não o bem, mas o capital subscrito pela empresa C, mantendo as ações em tesouraria para posterior cancelamento. Por fim, a empresa C restava como única sócia da empresa B, adquirindo os bens ou direitos que antes pertenciam à empresa A:



Nas palavras do Conselheiro WALDIR WEIGA ROCHA, a operação casa e separa pode ser assim descrita:

Ao analisar as operações como um todo, o Colegiado concluiu estar diante de situação que a doutrina e outros julgamentos deste CARF têm denominado “casa-separa”. Tal é o contexto, quando o possuidor de determinado ativo (no caso concreto, participações societárias) resolve dele se desfazer. No entanto, em vez de aliená-lo em simples operação de compra e venda, com a apuração de ganho de capital, engendra complexas alterações societárias com entrada de novo sócio com recursos financeiros e posterior retirada de sócio, de tal forma que o resultado final é que o “novo sócio”, que havia ingressado na sociedade com recursos financeiros, nela permanece com o ativo (objeto da alienação) e o “antigo sócio”, até então dono do ativo, se retira da sociedade com recursos financeiros. O ativo muda de mãos, também os recursos financeiros, tal e qual se daria em operação de compra e venda, mas aqui sem a apuração de ganho de capital. **O apelido “casa-separa” vem da constatação de que nunca houve qualquer intenção de constituir uma sociedade, sendo certo que os “sócios” já sabiam de antemão que nunca haveriam de explorar um negócio de forma conjunta** e que a entrada de um sucederia inevitavelmente a saída do outro.<sup>373</sup>

A análise da jurisprudência do CARF demonstra que em um momento inicial as operações de casa e separa foram reputadas como lícitas e eficazes sob o prisma tributário; somente a partir de 2004, com a segunda fase do planejamento tributário, é que tais casos passaram a ser considerados inoponíveis ao Fisco em razão de mudança de interpretação quanto à qualificação jurídica dos atos praticados, seja por ausência de propósito negocial, seja porque foram considerados simulação.<sup>374</sup> Na mesma linha, relata PAULO ROBERTO RISCADO JÚNIOR que,

<sup>373</sup> Processo administrativo nº 11080.731774/2011-11, acórdão nº 1302-001.331, sessão de 11 de março de 2014, grifo nosso.

<sup>374</sup> Segundo levantamento: **2001** Acórdão 101-93704: planejamento **válido** (legalidade), **2003** Acórdão 101-94340: planejamento **válido** (legalidade), **2004** Acórdão 101-94771: planejamento **inválido** (legalidade: simulação), Acórdão 101-95018: planejamento **inválido** (ausência de **business purpose**), **2006** Acórdão 104-21498: planejamento **inválido** (ausência de **business purpose**), Acórdão 104-21675: planejamento **inválido**

Nas primeiras vezes em que aquele colegiado se debruçou sobre esse tipo de planejamento, que visa reduzir a zero o imposto de renda sobre o ganho com a venda de participações societárias, por meio de uma **operação de aumento e posterior redução de capital** em benefício do adquirente das participações, **ao invés da compra e venda direta**, não colocou em dúvida o negócio jurídico declarado pelo contribuinte.<sup>375</sup>

De fato, ao julgar os autos do processo administrativo nº 11075.000547/00-02, acórdão nº 101-93.704, a Primeira Câmara do antigo Primeiro Conselho de Contribuintes decidiu pela validade da operação por entender que, “se todas as operações que precederam a alienação do investimento estão efetivamente comprovadas, foram operações independentes e possíveis de serem realizadas, não pode o Fisco ignorá-las para considerar que tivesse ocorrido um único negócio”. Naquela oportunidade, a relatora SANDRA FARONI, com escólio nas lições de ALBERTO XAVIER, sustentou que se tratava de negócio jurídico indireto.<sup>376</sup>

Nos anos seguintes se verificou uma guinada no entendimento, primeiro no entendimento do Conselho de contribuintes e, posteriormente, no âmbito do CARF, quando essas operações passaram a ser rechaçadas com maior frequência.

O ainda Conselho dos Contribuintes, ao julgar o processo administrativo nº 11065.001589/2004-67, acórdão nº 101-95.537<sup>377</sup>, decidiu-se pela incompatibilidade entre a

(ausência de **business purpose**), Acórdão 101-95818: planejamento **inválido** (legalidade: simulação), 2007 Acórdão 104-22250: planejamento **inválido** (legalidade: simulação).

<sup>375</sup> RISCADO JÚNIOR, Paulo Roberto. Abuso de direito, abuso de formas jurídicas e falta de propósito negocial – impacto das decisões do CARF. In: OLIVEIRA, Francisco Marconi de; GOMES, Marcus Lívio; VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira (coord.). *Estudos Tributários do II Seminário CARF*. Brasília: CNI, 2017, p. 40, grifo nosso.

<sup>376</sup> O presente caso enquadra-se perfeitamente na caracterização de negócio indireto descrita pelo Professor Alberto Xavier. Efetivamente, as partes queriam e realizaram negócios jurídicos (aumento de capital na Camil Alimentos pela Rice com registro de ágio na investida e subsequente alienação do investimento da Cooperativa na Camil Alimentos à RICE) para atingir indiretamente economia de tributos. O fim típico do aumento de capital na CAMIL Alimentos pela RICE foi efetivamente querido, só que se limitou a funcionar como condição ulterior de economia de tributos, essencial na determinação volitiva das partes. Não restou caracterizada a *declaração enganosa de vontade*.

<sup>377</sup> “OPERAÇÃO ÁGIO — SUBSCRIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO COM ÁGIO E SUBSEQÜENTE CISÃO — VERDADEIRA ALIENÇÃO DE PARTICIPAÇÃO — Se os atos formalmente praticados, analisados pelo seu todo, demonstram não terem as partes outro objetivo que não se livrar de uma tributação específica, e seus substratos estão alheios às finalidades dos institutos utilizados ou não correspondem a uma verdadeira vivência dos riscos envolvidos no negócio escolhido, tais atos não são oponíveis ao fisco, devendo merecer o tratamento tributário que o verdadeiro ato dissimulado produz. Subscrição de participação com ágio, seguida de imediata cisão e entrega dos valores monetários referentes ao ágio, traduz verdadeira alienação de participação societária. PENALIDADE QUALIFICADA — INOCORRÊNCIA DE VERDADEIRO INTUITO DE FRAUDE — ERRO DE PROIBIÇÃO — ARTIGO 112 DO CTN — SIMULAÇÃO RELATIVA - FRAUDE À LEI — Independentemente da patologia presente no negócio jurídico analisado em um planejamento tributário, se simulação relativa ou fraude à lei, a existência de conflitantes e respeitáveis correntes doutrinárias, bem como de precedentes jurisprudenciais contrários à nova interpretação dos fatos pelo seu verdadeiro conteúdo, e não pelo aspecto meramente formal, implica em escusável desconhecimento da ilicitude do conjunto de atos praticados, ocorrendo na espécie o erro de proibição. Pelo mesmo motivo, bem como por ter o contribuinte registrado todos os atos formais em sua escrituração, cumprindo todas as obrigações acessórias cabíveis, inclusive a entrega de declarações quando da cisão, e

operação econômica e o negócio declarado, que implicaria em simulação. Percebe-se que o voto vencedor se pautou na ausência de *affectio societatis*, vejamos:

**Não há qualquer desejo de associação verdadeira.** Ou se existir, pela remanescente participação, de fato o que se quer é conferir participação maior ao adquirente daquela que ele mesmo conferiu inicialmente, em percentual sempre ínfimo, pois o restante de sua inversão se faz através de ágio, não tributável, cuja contabilização no patrimônio líquido, em conta diversa da do capital, beneficia a todos os antigos proprietários da empresa. Há sempre abuso na utilização do ágio como instrumental, haja vista que a não tributação dessa parcela tem como raiz a continuidade da sociedade, fomentando os negócios que lhes são próprios. No entanto, a parcela do dinheiro entregue à sociedade é sempre ato contínuo transferida ao antigo sócio, mediante cisão ou outra forma de retirada da sociedade (grifo nosso).

Interessante notar ainda que neste julgamento a multa qualificada foi afastada, pois se entendeu que o Contribuinte seguia entendimento doutrinário e jurisprudencial presente há época dos fatos:

Perceba-se a justificativa que tem um contribuinte, ao pesquisar a **jurisprudência vacilante** e a doutrina divergente, em considerar que estava agindo licitamente. Há pouco tempo, inclusive, prevalecia o entendimento de que a adoção de formas lícitas era suficiente para garantir a economia tributária visada com a seqüência de atos, independentemente do seu tempo ou ausência de qualquer outro propósito negocial (grifo nosso).

Este posicionamento em relação à redução da multa qualificada, entretanto, foi objeto de revisão pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, que, em alguns julgados, decidiu pela qualificação da multa, como foi o caso do processo administrativo nº 11080.008088/2001-71, acórdão nº 9101-00.483, de relatoria do Conselheiro Antônio José Praga de Souza<sup>378</sup> e, mais

---

assim permitindo ao fisco plena possibilidade de fiscalização e qualificação dos fatos, aplicáveis as determinações do artigo 112 do CTN. Fraude à lei não se confunde com fraude criminal. Recurso provido parcialmente.”

<sup>378</sup> “PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. Ano-calendário: 2001. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, O Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, tal qual os Regimentos anteriores dos Conselhos de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, não restringe a interposição de embargos pelo Delegado da Receita Federal apenas a questões relacionadas à execução do Acórdão, ainda que a Procuradoria da Fazenda Nacional tenha interpostos embargos com efeitos infringentes, rejeitados pelo presidente da CSRF. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, Constatado que, partindo de premissa equivocada, o colegiado incorreu em omissão na apreciação de fundamentos e provas da acusação fiscal, cumpre acolher os embargos com efeitos modificativos para sanar os vícios do julgado. IRPJ, SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES COM ÁGIO E SUBSEQUENTE CISÃO - ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA - SIMULAÇÃO, Os negócios jurídicos envolvendo as reorganizações societárias de que tratam os fatos, com subscrição de ações com ágio, seguida de imediata cisão e entrega dos valores monetários referentes ao aumento de capital, precedida de pacto simulatório, e sem vivência dos riscos do negócio jurídico, revelam uma verdadeira alienação de participação societária e caracterizam a simulação, nos termos do art. 102, e seu inciso II, do Código Civil de 1916, uma vez que os atos formais são apenas aparentes e diferem do negócio efetivamente praticado. Tais atos não são oponíveis ao fisco, e nessa situação é devido o tributo incidente sobre o ganho de capital obtido com a alienação do investimento. MULTA QUALIFICADA - A ocorrência de simulação, tendente a impedir ou retardar o conhecimento do fato gerador

recentemente, do processo administrativo nº 11080.731774/2011-11, acórdão nº 9101-004.097, de relatoria da Conselheira Livia de Carli Germano.<sup>379</sup>

Frise-se que alteração da teoria do negócio jurídico indireto para a afirmação de uma verdadeira simulação acaba sendo bem evidenciada quando se cotejam votos vencedor e vencido proferidos nos autos do processo administrativo nº 19515.001895/2007-11, acórdão nº 1401-000.155, julgado em 28/01/2010.<sup>380</sup> Neste, além do voto do relator, ainda se encontram presentes declarações de voto de outros dois conselheiros em que claramente se vê a divergência em torno do tema.

Se, de um lado, o relator concluiu que se tratava de hipótese de simulação; de outro, há duas declarações de voto, uma em que se entende que se está diante de negócio jurídico indireto não oponível ao fisco<sup>381</sup> e outra em que se sustenta que se está diante de negócio

ou de aspectos deste autoriza a cominação da multa de ofício qualificada (Art, 44, II, da Lei nº 9.430/96). Embargos Acolhidos. Recurso Especial da Fazenda Nacional Provido, Crédito Tributário Restabelecido Integralmente.”

<sup>379</sup> “ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. Ano-calendário: 2006, 2007. RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA CARACTERIZADA. QUALIFICAÇÃO DA MULTA. O dissenso jurisprudencial que viabiliza o processamento do recurso especial deve se dar em relação a questões de direito, tratando os precedentes da mesma legislação aplicada a uma mesma situação fática. Nos casos de imposição de multa qualificada, a situação fática que caracteriza o precedente como um acórdão paradigma não necessariamente precisa tratar do mesmo tipo de planejamento tributário, mas sim do mesmo contexto utilizado como base para a exasperação da penalidade. MULTA QUALIFICADA. CASA E SEPARA. DOLO. SONEGAÇÃO. A multa qualificada pode ser exigida quando demonstrado o dolo do contribuinte em operação ‘casa-separa’.”

<sup>380</sup> “PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO, SIMULAÇÃO. NEGÓCIO JURÍDICO INDIRETO. A simulação existe quando a vontade declarada no negócio jurídico não se coaduna com a realidade do negócio firmado, Para se identificar a natureza do negócio praticado pelo contribuinte, deve ser identificada qual é a sua causalidade, ainda que esta causalidade seja verificada na sucessão de vários negócios intermediários sem causa, na estruturação das chamadas step transactions. Assim, negócio jurídico sem causa não pode ser caracterizado como negócio jurídico indireto. O fato gerador decorre da identificação da realidade e dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos, e não de vontades formalmente declaradas pelas partes contratantes ou pelos contribuintes, SIMULAÇÃO A subscrição de novas ações de uma sociedade anônima, com a sua integralização em dinheiro e registro de ágio, para subsequente retirada da sociedade da sócia originária, com resgate das ações para guarda e posterior cancelamento caracteriza simulação de venda da participação societária. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. MULTA, No planejamento tributário, quando identificada a convicção do contribuinte de estar agindo segundo o permissivo legal, sem ocultação da prática e da intenção final dos seus negócios, não há como ser reconhecido o dolo necessário à qualificação da multa, elemento este constante do caput dos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64. JUROS SOBRE MULTA. A multa de ofício, segundo o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430/96, deverá incidir sobre o crédito tributário não pago, consistente na diferença entre o tributo devido e aquilo que fora recolhido, Não procede o argumento de que somente no caso do parágrafo único do art. 43 da Lei nº 9.430/96 é que poderá incidir juros de mora sobre a multa aplicada. Isso porque a previsão contida no dispositivo refere-se à aplicação de multa isolada sem crédito tributário. Assim, nada mais lógico que venha dispositivo legal expresso para fazer incidir os juros sobre a multa que não torna como base de incidência valores de crédito tributário sujeitos à incidência ordinária da multa. MULTA ISOLADA E MULTA ACOMPANHADA DE TRIBUTO. AUSÊNCIA DE CONCOMITÂNCIA. Por se referirem a inflações distintas, a multa de ofício exigida isoladamente sobre o valor do imposto apurado por estimativa no curso do ano-calendário, que deixou de ser recolhido, é aplicável concomitantemente com a multa de ofício calculada sobre o imposto devido com base no lucro real.

<sup>381</sup> Conselheiro Antônio Bezerra Neto: Tenho para mim que o caso concreto não se trata de simulação propriamente dita, mas sim de negócio jurídico indireto, mas que no caso não pode ser oponível ao fisco para

jurídico indireto de forma que não há que se falar nos efeitos tributários pretendidos pelo fisco.<sup>382</sup>

Cabe chamar atenção ainda para a utilização do “*business purpose doctrine*” ou da necessidade de razão extratributária que justifique ou motive suficientemente a operação estruturada. Por exemplo no Processo administrativo nº 11080.008023/2004-78, acórdão nº 104-21.498, de relatoria da Conselheira MARIA HELENA COTTA CARDOZO, julgado em 23/03/2006, consignou-se expressamente na ementa que

PAF - NULIDADE DO PROCEDIMENTO - AUSÊNCIA DE CIENTIFICAÇÃO NA FASE PRELIMINAR AO LANÇAMENTO - Não há que se confundir procedimento administrativo fiscal com processo administrativo fiscal. O primeiro tem caráter apuratório e inquisitorial e precede a formalização do lançamento, enquanto que o segundo somente se inicia com a impugnação do lançamento pelo contribuinte, resguardadas nesta fase as garantias do contraditório e da ampla defesa.

SIMULAÇÃO - CONJUNTO PROBATÓRIO - **Se o conjunto probatório evidencia que os atos formais praticados (reorganização societária) divergiam da real intenção subjacente (compra e venda), caracteriza-se a simulação**, cujo elemento principal não é a ocultação do objetivo real, mas sim a existência de objetivo diverso daquele configurado pelos atos praticados, seja ele claro ou oculto.

OPERAÇÕES ESTRUTURADAS EM SEQUÊNCIA - O fato de cada uma das transações, isoladamente e do ponto de vista formal, ostentar legalidade, não garante a legitimidade do conjunto de operações, **quando fica comprovado que os atos praticados tinham objetivo diverso daquele que lhes é próprio.**

AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO EXTRATRIBUTÁRIA - **O princípio da liberdade de auto-organização, mitigado que foi pelos princípios constitucionais da isonomia tributária e da capacidade contributiva, não mais endossa a prática de atos sem motivação comercial**, sob o argumento de exercício de planejamento tributário.

OMISSÃO DE GANHOS DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA - SIMULAÇÃO - MULTA QUALIFICADA - Constatada a prática de simulação, perpetrada mediante a articulação de operações com o intuito de evitar a ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda, é cabível a exigência do tributo, acrescido de multa qualificada (art. 44, inciso II, da Lei nº. 9.430, de 1996) (grifo nosso).

---

fins apenas de economia de tributos, por fraudar a lei do imposto de renda que comanda a tributação do ganho de capital na alienação. [...] Diversos negócios, portanto, concatenados cujas funções se conjugam para a produção dos efeitos de um negócio de cuja forma se desejou esquivar, exclusivamente por motivos tributários. Por outras palavras, como já se demonstrou as escâncaras, tratou-se de uma sucessão de negócios jurídicos típicos produzindo um efeito atípico, de fraudar as leis do Imposto de Renda, usando “norma de cobertura” sem propósito comercial algum que protegeria a conduta realizada, isentando-a do pagamento dos tributos devidos, com fins meramente de economia tributária”.

<sup>382</sup> “Conselheiro João Francisco Bianco: No caso dos autos, não há simulação porque todas as cláusulas do negócio jurídico realizado são verdadeiras. Não há simulação na adoção da entrada e saída de sócios da sociedade, mas sim puro e simples negócio jurídico indireto. Não há mentira na adoção de estrutura jurídica típica mas não usual, desde que todas as cláusulas do negócio sejam verdadeiras. E a entrada do sócio na sociedade foi verdadeira; a subscrição das ações e a integralização em dinheiro foram verdadeiras; e a saída do antigo sócio também foi verdadeira. Não há mentira na adoção da estrutura jurídica.”

DECADÊNCIA - Caracterizado o evidente intuito de fraude, o termo inicial do prazo decadencial para a constituição do crédito tributário passa a ser o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (arts. 150, § 4º, e 173, inciso I, do CTN).

JUROS SELIC - INCONSTITUCIONALIDADE - Não compete aos Conselhos de Contribuintes a discussão acerca da suposta inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, cabendo ao Poder Judiciário manifestar-se sobre o tema.

Preliminares rejeitadas.

Recurso negado (grifo nosso).

Ainda assim, quando se lê o voto condutor, percebe-se que a Conselheira já havia confirmado a existência de simulação, o que seria o suficiente para confirmar a autuação, sendo desnecessária qualquer alusão à ausência de motivação extratributária.<sup>383</sup>

Reforce-se que um dos fundamentos da decisão para caracterizar a simulação foi a ausência de *affectio societatis*.<sup>384</sup> Esse acórdão nos traz especial atenção, pois adere expressamente às lições de MARCO AURÉLIO GRECO, sopesando o princípio da legalidade com os princípios da isonomia, da capacidade contributiva e do interesse público, dando prevalência aos últimos, ao se entender que finalidade dos atos baseou-se em motivos predominantemente tributários.

Por fim, quando do julgamento dos autos do processo administrativo nº 11516.721989/2015-90<sup>385</sup>, a referenda 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção decidiu

<sup>383</sup> “Ao contrário do que defende o contribuinte, a simulação, figura em torno da qual gravita a autuação, constitui espécie de infração cujo conjunto probatório é, por excelência, indiciário e indireto, já que, se o intento das partes é travestir a sua real intenção, dificilmente haverá prova direta da verdadeira motivação que norteou os atos praticados. Assim, se o conjunto probatório, ainda que composto de algumas provas indiciárias, conduz à clara conclusão acerca do intuito de fraude, não há que se falar em violação do princípio da verdade material. Ademais, no caso em apreço, o contrato que serviu de base para a realização das operações objeto da autuação, como será melhor analisado quando do exame do mérito, constitui na verdade uma prova direta do intuito de fraude via simulação.

[...]

O recorrente entende que a autuação deveria ter comprovado a ocorrência do fato gerador, o pagamento do preço e a tradição do bem. Ora, se o caso é de simulação, o que a fiscalização teria de provar - e efetivamente comprovou - é que o contribuinte empreendeu ações no sentido de impedir dolosamente a ocorrência do fato gerador. Dolosamente porque o pagamento do preço foi travestido de “aumento de capital por subscrição de ações com ágio”, do comprador na empresa dos vendedores; da mesma forma, a tradição do bem foi travestida por uma cisão parcial e seletiva, por meio da qual os vendedores se retiraram da empresa vendida, levando o preço pago pelo comprador, que em contrapartida ficou com o total controle da empresa vendida.”

<sup>384</sup> Essa conclusão, óbvia e preliminar, coloca as transações efetuadas no campo das “operações preocupantes” mencionadas por Marco Aurélio Greco (Planejamento Tributário, p. 359, São Paulo: Dialética, 2004), uma vez que não se verifica a disposição efetiva das partes, no sentido de compor uma sociedade (*affectio societatis*). Na obra citada, o autor trata de situação idêntica à dos autos.

<sup>385</sup> “SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO. (i)LEGITIMIDADE. (in)OBSERVÂNCIA ESCRITURAÇÃO NOS TERMOS ART.254, RIR. Muito embora a existência da sociedade em conta de participação independa de qualquer formalidade e possa provar-se por todos os meios de direito tem-se que para fins tributários é imprescindível que as operações estejam devidamente contabilizadas de forma a identificar que se referem a essa sociedade não personificada; ônus do qual o contribuinte não de desincumbiu pela simples juntada de balancetes que não permitem identificar precisamente a contabilidade

não haver “propósito negocial” na integralização de capital social com bens imóveis, em empresa integrante do mesmo grupo econômico, tributada pelo lucro presumido, em sucessivas operações cujo único fim teria ido a redução da carga tributária incidente sobre operações imobiliárias.

Consignou-se expressamente que a empresa “não exerceu qualquer atividade, prestando-se apenas a funcionar como empresa “veículo”, na medida em que, afora os eventos da subscrição e integralização de capital, sua escrita registra apenas dois fatos contabilizados, sob valores pífios e não relacionados à execução de atividade do objeto social”.

Neste caso, segundo se extrai do relatório, os motivos para desconsideração das operações carreadas pelos contribuintes foram as seguintes: (i) distrato supostamente fictício; (ii) documentos contraditórios sobre a rescisão do contrato de parceria; (iii) ausência de propósito negocial e substrato econômico; (iv) descompasso nos valores atribuídos aos bens integralizados; (v) curto lapso de tempo entre as operações contratuais processadas – 60 dias; (vi) ajuste prévio de todo o rito para a concretização do negócio; (vii) cláusulas avençadas desalinhadas com a aparência dada; e (viii) inconsistências na escrituração dos eventos.

No caso em análise, o relator Conselheiro LUCAS BEVILACQUA entendeu que havia se configurado a simulação. Em suas palavras:

**O primeiro aspecto que gostaria de pontuar são os as supostas ausência de Propósito Negocial e Substrato Econômico.** Como já registrado ao longo do voto e venho defendendo, o propósito negocial não tem previsão legal e serve apenas como indício para que se verifique um dolo, fraude ou simulação nos termos do art. 149 do CTN. Mas ainda que se aceitasse a necessidade de um propósito negocial, as operações realizadas se justificariam no contexto em que ocorreram. **Afinal, o embargo judicial da obra que acabou por frustrar a operação inicial seria causa aceitável para que as partes buscassem outro meio para garantir o contrato, porém, jamais seriam suficientes e legítimos para montagem de toda**

---

de cada uma das SPCs indicadas no “Termo de Ratificação de Constituição de SCP.” ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS- PERMUTA VIA OPERAÇÃO SOCIETÁRIA “CASA-E-SEPARA”- SIMULAÇÃO. Não há “propósito negocial” na integralização de capital social, por meio de imóveis, em empresa integrante do mesmo grupo econômico, tributada pelo lucro presumido, em sucessivas operações cujo único fim foi a redução da carga tributária incidente sobre operações imobiliárias. SIMULAÇÃO. PROVA ROBUSTA. Comprovada a simulação através de vasto acervo indiciário convergente, cabível a identificação da verdade dos fatos e a exigência dos tributos devidos. A não edição da lei a que se refere o parágrafo único do art. 116 do CTN não constitui óbice para o lançamento fiscal decorrente da prática da simulação. Antes das alterações normativas implementadas pela Lei Complementar nº 104, de 2001, o CTN já previa a hipótese da autoridade administrativa efetuar o lançamento de ofício nos casos em que comprovada a existência de atos ou negócios jurídicos simulados (art. 149, VII). A dissimulação prevista no art. 116, parágrafo único, é uma hipótese nova e distinta da simulação. MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. A multa de ofício será qualificada, no percentual de 150%, conforme estabelece a lei, sempre que houver o intuito de fraude, devidamente caracterizado em procedimento fiscal, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL Por decorrência, o mesmo procedimento adotado em relação ao lançamento principal estende ao reflexo.”

**uma operação casa-e-separa com vistas a furtrar-se do recolhimento de impostos.**

Fora só a suposta ausência de propósito negocial e de substrato econômico a razão que motivou a lavratura do auto, não haveria razão para sua manutenção, mas os fiscais que o lavraram apontaram ainda como fundamento, lastreados em análise da documentação apresentada pela Recorrente, para verificação da simulação, e que não foram em nenhum momento impugnados pelo ora Recorrente: (a) atribuição aos bens de valores inferiores aos que teriam no mercado; (b) lapso de tempo entre as operações processadas de apenas 60 dias; (c) Ajuste Prévio de Todo o Rito para a Concretização do Negócio; (d) a presença de Cláusulas Avençadas Desalinhadas com a Aparência Dada; e (e) Inconsistências na Escrituração dos Eventos (grifo nosso).

Como se verifica na evolução jurisprudencial do antigo Conselho de Contribuintes e no atual CARF, a operação difundida como casa e separa foi em um primeiro momento sendo considerada como negócio jurídico indireto, mas hoje é quase unânime o entendimento de que se trata de simulação, principalmente pela ausência de *affectio societatis*, o que pode ser demonstrado pelas autoridades fiscais de diversas formas.

### **5.2.2 Investidor estrangeiro Resolução Bacen nº 4.373 e Treaty Shopping**

O Banco Central do Brasil regula duas formas de investimento estrangeiro no país, quais sejam: Investimento Estrangeiro Direto (IED)<sup>386</sup> e Investimento em portfólio.<sup>387</sup> A tributação incidente sobre investimentos de estrangeiros no Brasil dependerá da modalidade de investimento adotada para registro junto ao Banco Central. A Lei 4.131/64 regula o investimento direto em participações societárias de empresas não listadas ou imóveis realizados pelos investidores não residentes (INR).

A Resolução Bacen nº 4.373/14, por sua vez, disciplina as aplicações dos Investidores não residentes no Brasil, nos mercados financeiro e de capitais do país e lhes confere regime especial (Investidor Qualificado - 4373). O regime não é aplicável nos casos em que o investidor estiver localizado em jurisdição com tributação favorecida, hipótese em que este deve receber o mesmo tratamento fiscal aplicável aos residentes locais.

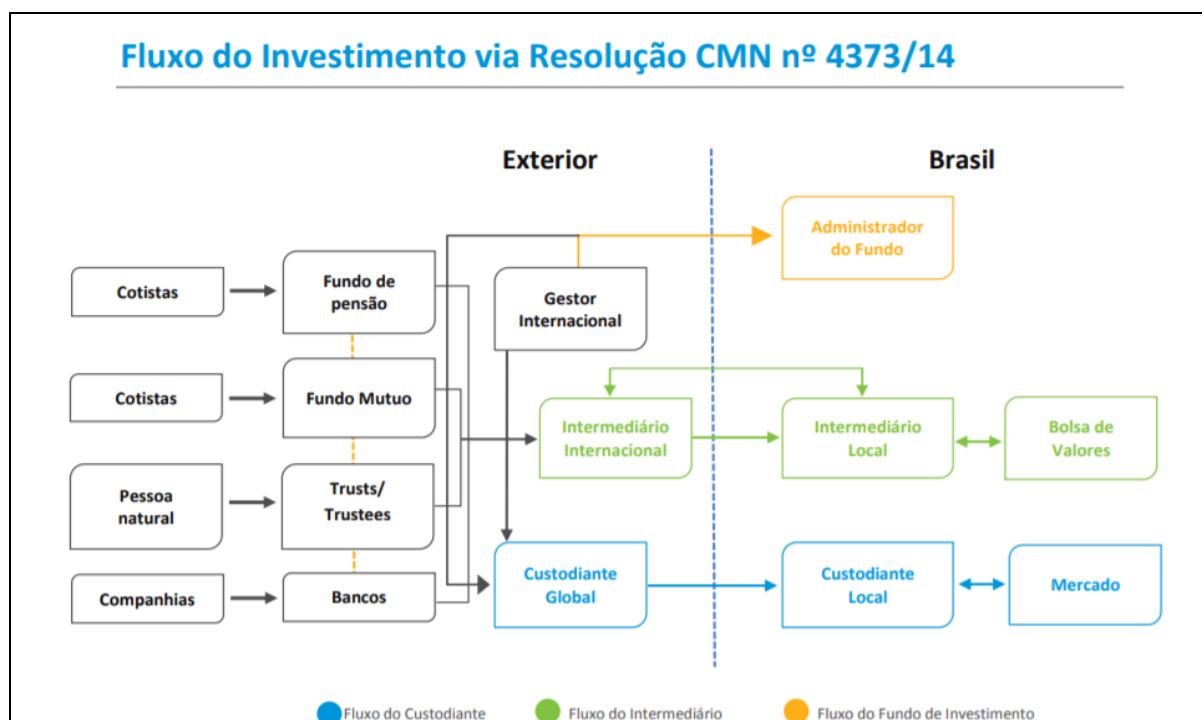
<sup>386</sup> “Investimento de interesse duradouro cuja exploração ocorre em outro país que não o do investidor, com o objetivo de influir efetivamente na gestão da empresa e envolver a participação, direta ou indireta, de pessoa física ou jurídica, residente, domiciliada ou com sede no exterior, em empresa constituída no Brasil.”

<sup>387</sup> “Transferência do e para o exterior em moeda nacional ou estrangeira, referentes a investimento no exterior, por fundos de investimento. Ao contrário do IED, não se destina diretamente ao circuito produtivo local. O valor das transferências deve obedecer aos limites e normas prescritos pela CVM no exercício de suas atribuições. Trata-se de títulos, ações, derivativos, debêntures.”

Segundo relatório da Anbima<sup>388</sup>, caso o INR “venha a investir seus recursos nos mercados financeiro e de capitais do Brasil, nos termos da sistemática prevista na Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 4.373/14 (“Resolução CMN 4373”), o INR deverá contratar os seguintes prestadores de serviço locais”:

- (i) Representante legal e tributário, nos termos da Instrução Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) nº 560/14 (“Instrução CVM 560”), Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil (“RFB”) nº 1585/15 e Lei nº 8.981/95;
- (ii) Intermediário Local (Broker), autorizado a prestar os serviços de intermediação regulados pela Instrução CVM nº 505/11 (“Instrução CVM 505”), caso o INR tenha interesse em operar ativos financeiros e valores mobiliários negociados em mercados que exijam atuação do intermediário; e
- (iii) Custodiante de ativos financeiros e valores mobiliários, devidamente autorizado pela Instrução CVM nº 542/13.

Isso acaba sendo representado graficamente como:



Da perspectiva tributária, estas seriam as principais vantagens obtidas:

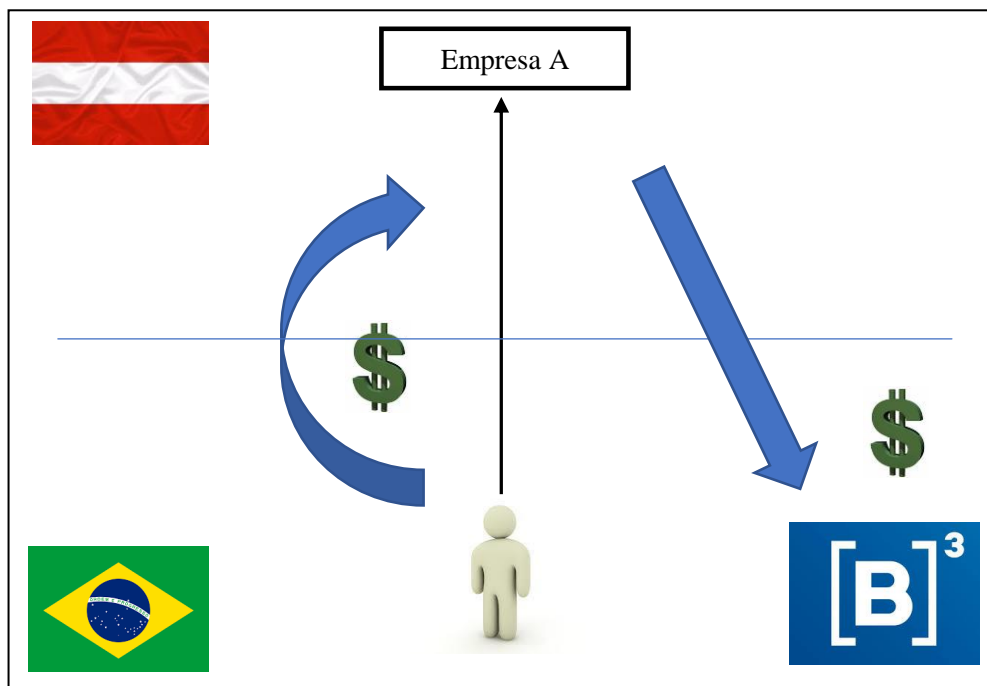
<sup>388</sup> ANBIMA. Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais. *Fluxo do Investimento via Resolução CMN nº 4.373/14*. Rio de Janeiro; São Paulo: Anbima, [2016?]. Disponível em: <http://www.anbima.com.br/data/files/57/A4/22/C6/C8EF06106CA98D06A8A80AC2/Fluxo-Investimento-CMN-n-437314.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019, p. 3-4.

Rendimento/Modalidade	Investidores Brasileiros	Investidores Estrangeiros Via 4373
	Pessoas Físicas/Pessoas Jurídicas	Residentes fora de Paraíso Fiscal
	<b>IRRF</b>	<b>IR</b>
<b>Aplicações Financeiras de Renda Fixa</b>	<b>Alíquota:</b> 22,5% à 15%, conforme o prazo <b>Momento:</b> Pagamento ou crédito da receita; <u>ou</u> alienação do investimento	<b>Alíquota:</b> 15% <b>Momento:</b> Pagamento ou crédito da receita; <u>ou</u> alienação do investimento
<b>Títulos Governamentais</b>	<b>Alíquota:</b> 22,5% à 15%, conforme o prazo <b>Momento:</b> Pagamento ou crédito da receita; <u>ou</u> alienação do investimento.	<b>Alíquota:</b> 0% (alíquota zero)
<b>Valores Mobiliários Agrícolas/Imobiliários</b>	<b>Alíquota:</b> <b>(i) Regra Especial para Pessoas Físicas:</b> (i.1.) Remuneração: isenção; (i.2.) Ganho de Capital: 22,5% à 15%, conforme o prazo <b>(ii) Pessoas Jurídicas:</b> regra geral, i.e., 22,5% à 15%, conforme o prazo <b>Momento:</b> Pagamento ou crédito da receita; <u>ou</u> alienação do investimento	<b>Alíquota:</b> <b>(i) Regra Especial para Pessoas Físicas:</b> Isenção <b>(ii) Pessoas Jurídicas:</b> regra geral, i.e., 15% <b>Momento:</b> Pagamento ou crédito da receita; <u>ou</u> alienação do investimento

Rendimento/Modalidade	Pessoas Físicas/Pessoas Jurídicas	Residentes fora de Paraíso Fiscal
		<b>IRRF</b>
<b>JCP</b>	<b>Alíquota:</b> 15% <b>Momento:</b> Pagamento ou crédito do JCP para o beneficiário	<b>Alíquota:</b> 15% <sup>1</sup> <b>Momento:</b> Pagamento, crédito, emprego, remessa de JCP para investidor estrangeiro
<b>Dividendos</b>	<b>Alíquota:</b> Isento <b>Momento:</b> -	<b>Alíquota:</b> Isento <b>Momento:</b> -

Rendimento/Modalidade	Pessoas Físicas/Pessoas Jurídicas		Residentes fora de Paraíso Fiscal (4373)
	IRRF	IR sobre Ganhos Líquidos <sup>1</sup>	IR
<b>Swap</b>	<b>Alíquota:</b> 22,5% à 15%, conforme o prazo <b>Momento:</b> Pagamento do rendimento na liquidação ou cessão do contrato	-	<b>Alíquota:</b> 10% <b>Momento:</b> Pagamento do rendimento na liquidação ou cessão do contrato
<b>Ganho Líquido no Mercado de Ações em Bolsa de Valores</b>	<b>Alíquota:</b> 0,005% <b>Momento:</b> (i) Mercado à Vista: Venda do ativo (ii) Mercado de Opções: Pagamento do prêmio (iii) Mercado Futuro: Encerramento da posição ou vencimento do investimento	<b>Alíquota:</b> 15% <b>Momento:</b> Mensalmente	<b>Alíquota:</b> Isenção (qualquer transação efetivamente realizada em bolsa de valores)
<b>Day-Trade</b>	<b>Alíquota:</b> 1% <b>Momento:</b> Pagamento do ganho (resultado positivo) no fechamento do day-trade	<b>Alíquota:</b> 20% <b>Momento:</b> Mensalmente	<b>Alíquota:</b> (i) Em Bolsa: Isenção (ii) Fora de Bolsa: 15% <b>Momento:</b> Pagamento do ganho (resultado positivo) no fechamento do day-trade
<b>Futuros ou Outras Operações com Derivativos Realizadas no Mercado de Balcão</b>	<b>Alíquota:</b> 0,005% <b>Momento:</b> (i) Mercado Futuro: Encerramento da posição ou vencimento (ii) Mercado a Termo: Vencimento do Contrato (iii) Mercado de Opções: Pagamento do Prêmio	<b>Alíquota:</b> 15% <b>Momento:</b> Mensalmente	<b>Alíquota:</b> 10% <b>Momento:</b> Pagamento do ganho (resultado positivo)

A impossibilidade de brasileiros se valerem deste regime especial pode dar margem a planejamentos tributários em que o residente no Brasil constitui ou participa de empresa localizada no exterior para investir no Brasil, com proveito dos benefícios fiscais:



A questão foi identificada pela Receita Federal do Brasil, segundo notícia veiculada pelo jornal *Valor Econômico*:

A delegada Márcia Cecília Meng, da Delegacia Especial de Maiores Contribuintes, disse ao Valor que foi realizada uma fiscalização preliminar, em uma amostra de **mil contribuintes declarados como não residentes e com recursos em duas instituições financeiras e um grupo específico de veículos de investimento. Em 100% dos casos não se comprovou que eles sejam, de fato, estrangeiros.**

Hoje, informou Márcia Cecília, há cerca de 30 mil investidores não residentes atuando em diferentes segmentos do mercado no Brasil. De acordo com informações da bolsa, os estrangeiros são responsáveis por 23% do volume total de investimentos em ações. Segundo o Tesouro Nacional, os não residentes representam 12,5% dos detentores dos títulos públicos da dívida interna. **“Estamos preocupados porque, com as diligências, constatamos que as instituições financeiras não estão sendo capazes de identificar os investidores”**, afirmou.<sup>389</sup>

Essa questão restou ainda bem evidenciada quando no relatório de investimento direto no Brasil de 2018, apresentou as operações de *Boxe Round-tripping*, ou seja, estas se referem à canalização por um país estrangeiro de investimento direto cujo destino final é o próprio país de origem. Nessa toada, elas podem ser identificadas pela verificação de que o

<sup>389</sup> GRANER, Fabio; PUPO, Fábio. Investidor se passa por não residente para burlar Receita. *Valor Econômico*, Rio de Janeiro: Grupo Globo, 30 out. 2017. Disponível em: <https://www.valor.com.br/financas/5175644/investidor-se-passa-por-nao-residente-para-burlar-receita>. Acesso em: 30 maio 2019, grifo nosso.

controlador final do grupo econômico, responsável último pelo investimento direto, é residente no Brasil.<sup>390</sup> Ainda segundo o relatório,

Apesar do total da posição de IDP oriundo de round-tripping ter se reduzido a partir de 2010, **o número de empresas receptoras de investimento direto cujos controladores finais são residentes no Brasil aumentou, passando de 732 empresas, em 2010, para 1.506 empresas, em 2015.** Em ambas as posições, essas empresas estavam engajadas principalmente em atividades de serviços financeiros e fabricação de produtos químicos no país. Os países canalizadores de round-tripping foram majoritariamente Estados Unidos e Países Baixos.<sup>391</sup>

É importante notar que a questão foi objeto de preocupação específica no plano de fiscalização de 2019.<sup>392</sup> Acrescente-se, ainda, a movimentação da Receita Federal do Brasil que, já em 2016, se municiava de instrumentos para fiscalizar essa espécie de operação ao prever, por intermédio da Instrução Normativa- IN RFB nº 1634, matéria atualmente regulamentada pela IN nº 1863/2018<sup>393</sup>, a necessidade de identificação e reporte do beneficiário final.

<sup>390</sup> BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Relatório de Investimento Direto no País - 2018*. Brasília: BCB, 2018. Disponível em <https://www.bcb.gov.br/Rex/CensoCE/port/RelatorioIDP2016.pdf>. Acesso em: 25 maio 2019, p. 17.

<sup>391</sup> *Ibid.*, p. 18, grifo nosso.

<sup>392</sup> Com vistas a estimular investimentos externos, ganhos em determinados investimentos tiveram redução a zero da alíquota de imposto de renda, nos termos do art. 3º da Lei nº 11.312, de 27 de junho de 2006, desde que satisfeitos os requisitos previstos na norma legal. Todavia, a Receita Federal já identificou situações de não atendimento de alguns requisitos e buscou orientar os responsáveis tributários, papel usualmente exercido por instituições financeiras. A partir dessa ação inicial, constatou-se elevação no valor de recolhimento espontâneo. Novas situações estão sob análise e há indícios de irregularidades tributárias (RECEITA FEDERAL DO BRASIL. *Plano Anual da Fiscalização da Receita Federal do Brasil para 2019 e Resultados de 2018*. Brasília: Ministério da Fazenda, 2018. Disponível em: [http://receita.economia.gov.br/dados/resultados/fiscalizacao/arquivos-e-imagens/2019\\_05\\_06-plano-anual-de-fiscalizacao-2019.pdf](http://receita.economia.gov.br/dados/resultados/fiscalizacao/arquivos-e-imagens/2019_05_06-plano-anual-de-fiscalizacao-2019.pdf). Acesso em: 20 jul. 2019, p. 47).

<sup>393</sup> “Art. 8º As informações cadastrais relativas às entidades empresariais e às entidades a que se referem os incisos V, XV, XVI e XVII do caput do art. 4º devem abranger as pessoas autorizadas a representá-las, bem como a cadeia de participação societária, até alcançar as pessoas naturais caracterizadas como beneficiárias finais ou qualquer das entidades mencionadas no § 3º. § 1º Para efeitos do disposto no caput, considera-se beneficiário final: I - a pessoa natural que, em última instância, de forma direta ou indireta, possui, controla ou influencia significativamente a entidade; ou II - a pessoa natural em nome da qual uma transação é conduzida. § 2º Presume-se influência significativa, a que se refere o § 1º, quando a pessoa natural: I - possui mais de 25% (vinte e cinco por cento) do capital da entidade, direta ou indiretamente; ou II - direta ou indiretamente, detém ou exerce a preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da entidade, ainda que sem controlá-la. § 3º Excetuam-se do disposto no caput: I - as pessoas jurídicas, ou suas controladas, constituídas sob a forma de companhia aberta no Brasil ou as pessoas jurídicas, ou suas controladas, cujas ações sejam regularmente negociadas em mercado regulado por entidade reguladora reconhecida pela CVM em jurisdições que exigem a divulgação pública dos acionistas considerados relevantes pelos critérios adotados na respectiva jurisdição e que não sejam residentes ou domiciliados em jurisdições com tributação favorecida ou estejam submetida a regime fiscal privilegiado de que tratam os arts. 24 e 24-A da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; II - as entidades sem fins lucrativos que não atuem como administradoras fiduciárias e que não estejam constituídas em jurisdições com tributação favorecida ou submetidas a regime fiscal privilegiado de que tratam os arts. 24 e 24-A da Lei nº 9.430, de 1996, desde que reguladas e fiscalizadas por autoridade governamental competente; III - os

Esclareça-se que a existência de algum residente no Brasil como beneficiário final de fundo estrangeiro que invista no País não implica necessariamente em ilegalidade, mesmo se o investimento tiver sido realizado por intermédio de *holding* financeira detida no exterior pelo residente no Brasil, regularmente constituída e declarada. Nesse sentido, para FRASCINO e CHIMELLI:

Assim, uma entidade no exterior controlada por residentes no Brasil não deve ser desconsiderada como investidor não residente, desde que presentes alguns requisitos. A pessoa jurídica estrangeira deve ser regularmente declarada às autoridades brasileiras, ter personalidade jurídica própria e ter carteira diversificada de ativos em diferentes países, além de possuir escrituração contábil própria e preparar demonstrações financeiras por meio de contador habilitado no país de sua constituição. Em um grau ideal – exigível apenas se suas operações o demandarem –, a pessoa jurídica deveria ter também instalações físicas e empregar pessoal próprio no exterior.

A legislação tributária também não veda a participação de residentes no Brasil em investimentos feitos por fundos e sociedades estrangeiras nos mercados financeiro e de capitais brasileiros sob o regime da Resolução nº 4.373/14, do Conselho Monetário Nacional (CMN). A legislação que concede benefício fiscal a esses investimentos apenas requer que o investidor direto seja não residente e não localizado em paraíso fiscal. Se a intenção do legislador fosse negar este tratamento aos investimentos indiretos de brasileiros, haveria de ter indicado isto de modo expresso.

---

organismos multilaterais ou organizações internacionais, bancos centrais, entidades governamentais ou fundos soberanos, e as entidades por eles controladas; IV - as entidades de previdência, fundos de pensão e instituições similares, desde que reguladas e fiscalizadas por autoridade governamental competente no País ou em seu país de origem; V - os fundos de investimento nacionais regulamentados pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), desde que seja informado à RFB, na e-Financeira, o Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou o CNPJ dos cotistas de cada fundo por eles administrado; VI - os fundos de investimentos especialmente constituídos e destinados, exclusivamente, para acolher recursos de planos de benefícios de previdência complementar ou de planos de seguros de pessoas, desde que regulados e fiscalizados por autoridade governamental competente em seu país de origem; e VII - veículos de investimento coletivo domiciliado no exterior cujas cotas ou títulos representativos de participação societária sejam admitidos à negociação em mercado organizado e regulado por órgão reconhecido pela CVM ou veículos de investimento coletivo domiciliado no exterior: a) cujo número de investidores, direta ou indiretamente por meio de outros veículos de investimento coletivo, seja igual ou superior a 100 (cem), desde que nenhum destes possua influência significativa, nos termos do § 2º, excetuado o investimento realizado no país em fundo de investimento em participações; b) cuja administração da carteira de ativos seja feita de forma discricionária por administrador profissional registrado em entidade reguladora reconhecida pela CVM; c) que seja sujeito à regulação de proteção ao investidor de entidade reguladora reconhecida pela CVM; e d) cuja carteira de ativos seja diversificada, assim entendida aquela cuja concentração de ativos de um único emissor não caracterize a influência significativa nos termos do § 10 do art. 19, excetuado o investimento realizado no país em fundo de investimento em participações. § 4º Para as entidades citadas no § 3º, as informações cadastrais devem abranger as pessoas naturais autorizadas a representá-las, seus controladores, administradores e diretores, se houver, bem como as pessoas físicas ou jurídicas em favor das quais essas entidades tenham sido constituídas, devendo ser informadas no Quadro de Sócios e Administradores (QSA). § 5º Aplica-se o disposto no caput aos cotistas de fundos domiciliados no exterior, sendo necessário identificar como beneficiário final aqueles que atendam ao disposto no § 1º. § 6º Os administradores das entidades estrangeiras requerentes do cadastro no CNPJ, ainda que detenham ou exerçam a preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores das entidades, não se caracterizam como beneficiários finais e deverão ser informados apenas no QSA. § 7º Para as entidades domiciliadas no exterior, o preenchimento das informações cadastrais de que trata o § 4º será realizado na forma prevista nos arts. 19 a 21.”

Para que o Fisco questione operação assim estruturada e possa impor tributação diferenciada a residentes no Brasil, as entidades domiciliadas no exterior deveriam ser desprovidas de existência real e sua estrutura deveria gerar redução ou ausência de tributação em comparação com investimentos feitos no mercado brasileiro diretamente por residentes no Brasil.

Isto posto, verifica-se a preocupação que se coloca em relação às operações de *boxe round-tripping*, que, em alguma medida, se assemelham às de *treaty shopping*.

O *treaty shopping* pode ser definido como a interposição de pessoa para ter acesso aos benefícios do TDT.<sup>394</sup> Segundo relata LEONARDO FREITAS DE MORAES E CASTRO, o termo “*treaty shopping*” nasceu nos Estados Unidos, a partir do que se conhecia como fórum *shopping* e para a sua caracterização:

[...] a estrutura negocial pode ser bilateral ou triangular, sendo mais comuns os casos de uso de empresas-canais (*conduit companies*) e empresas trampolins (*stepping stone companies*), que consistem em sociedades intermediárias (*holding companies*) interpostas entre o Estado da Fonte e o terceiro Estado do investidor. A diferença básica entre essas duas estruturas reside no fato de que, na primeira (canalização) a empresa interposta não está sujeita a tributação em sua sede, ao passo que na segunda (trampolim) esta está sujeita a tributação, razão que justifica a transferência dos benefícios do acordo de bitributação, como despesas, erodindo a base de cálculo tributável.<sup>395</sup>

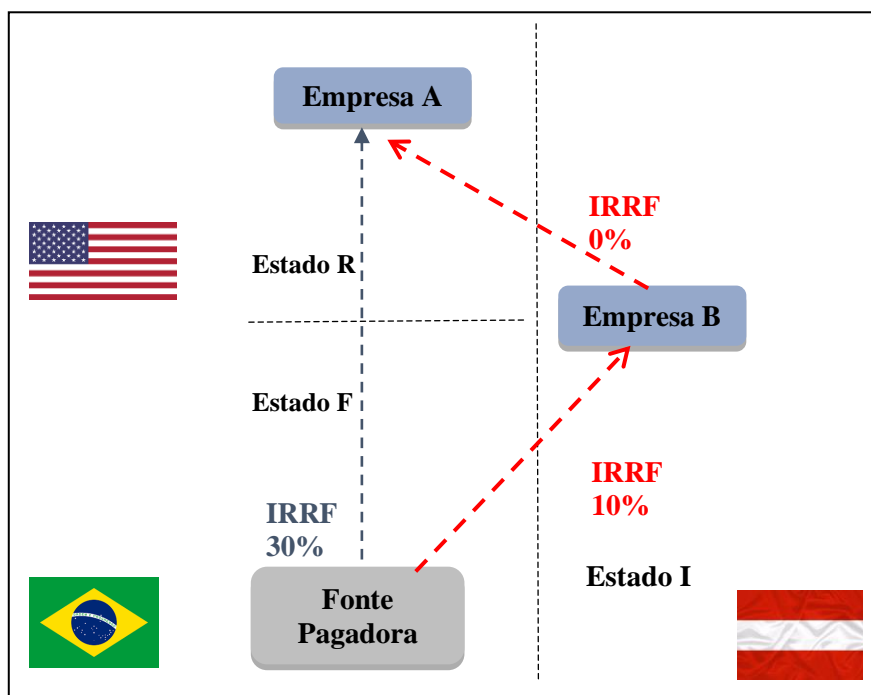
AVI-YONAH, de sua parte, sustenta que são três os requisitos básicos para identificar estruturas de *treaty shopping*: (i) o beneficiário efetivo da entidade que pratica o *treaty shopping* não é residente no Estado em que ela foi constituída; (ii) a entidade interposta possui atividade econômica mínima na jurisdição em que foi constituída; (iii) a renda auferida pela entidade interposta está sujeita a baixa ou nenhuma tributação em seu país de residência.<sup>396</sup>

Graficamente se teria o seguinte:

<sup>394</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty, shopping*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 20-21.

<sup>395</sup> CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. Cláusulas de limitações de benefícios (*LOB clauses*): exame comparativo entre Modelo Norte-Americano de Tratados, Convenção Modelo OCDE e acordos internacionais contra a bitributação celebrados pelo Brasil. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, Belo Horizonte, ano 11, n. 61, jan./fev. 2013, p. 128.

<sup>396</sup> No original: “(1) the beneficial owner (Company P) of the treaty-shopping entity (Company S) does not reside in the country where the entity is created; (2) the interposed company (Company R) has minimal economic activity in the jurisdiction in which it is located; and (3) the income is subject to minimal (if any) tax in the country of residence of the interposed company” (AVI-YONAH, Reuven; PANAYI, Christiana Hji. Rethinking treaty shopping: lessons for the European Union. *Public Law and Legal Theory*. Ann Harbor: Michigan Law School, 2010, p. 5).



A utilização de empresas-veículo para canalizar investimentos estrangeiros diretos não é nova, tendo inclusive sido identificada pelo Banco Central do Brasil quando da formulação do relatório de investimentos estrangeiros diretos.<sup>397</sup> Como se percebe do relatório, grande parte do investimento direto no país é realizado através de países com os quais o Brasil possui acordo para evitar a dupla tributação:

<sup>397</sup> Observa-se, nas últimas décadas, a ascendência de corporações transnacionais constituídas por complexas estruturas organizacionais, envolvendo controle e influência de inúmeras empresas. Fatores como organizações produtivas em cadeias globais de valor, diferenças de tributação e incentivos à criação de empresas em diversos países têm afetado a maneira como as empresas alocam seus investimentos. **Nesse sentido, verificam-se cada vez mais estruturas de investimentos nas quais relações entre matrizes e subsidiárias são intermediadas por outras empresas do grupo econômico, como *holdings* financeiras ou sociedades de propósito específico (SPE). Tais empresas, normalmente situadas em países de baixa tributação, funcionam como veículos financeiros (*financial conduits*) ou de passagem (*pass-through*) para a alocação de investimento direto** (BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Relatório de Investimento Direto no País - 2018*. Brasília: BCB, 2018. Disponível em <https://www.bcb.gov.br/Rex/CensoCE/port/RelatorioIDP2016.pdf>. Acesso em: 25 maio 2019, p. 12, grifo nosso).

**Tabela 1 – Posições de IDP em 2016**

Participação no Capital e Operações Intercompanhia por regiões investidoras – Critério de país investidor imediato

2016 – US\$ bilhões	IDP total	%	Participação no capital	%	Operações intercompanhia	%
<b>Posição total</b>	703		481		222	
<b>Europa</b>	480	68%	311	65%	168	76%
<b>dos quais</b>						
Países Baixos	202	29%	114	24%	87	39%
Luxemburgo	60	9%	41	8%	19	9%
Espanha	59	8%	54	11%	5	2%
Suíça	39	6%	17	3%	22	10%
França	28	4%	24	5%	4	2%
Reino Unido	26	4%	18	4%	8	4%
Alemanha	15	2%	10	2%	5	2%
Bélgica	10	1%	5	1%	5	2%
Itália	10	1%	9	2%	1	0%
Áustria	9	1%	1	0%	8	4%
<b>América do Norte</b>	133	19%	106	22%	27	12%
<b>dos quais</b>						
Estados Unidos	106	15%	87	18%	19	9%
<b>Ásia</b>	35	5%	30	6%	5	2%
<b>dos quais</b>						
Japão	24	3%	21	4%	2	1%
<b>Caribe</b>	29	4%	14	3%	15	7%
<b>dos quais</b>						
Ilhas Cayman	11	2%	3	1%	8	4%
Ilhas Virgens Britânicas	8	1%	5	1%	4	2%
<b>América do Sul</b>	21	3%	16	3%	6	3%
<b>dos quais</b>						
Chile	11	2%	10	2%	1	1%
<b>Outras<sup>1/</sup></b>	6	1%	5	1%	1	0%

<sup>1/</sup> África, América Central, Oceania e posições compostas por menos de três empresas

No próprio relatório essa estrutura fica perceptível, senão vejamos:

A comparação das posições de IDP revela que alguns países em particular detêm posições significativamente maiores quando compiladas sob a ótica de país investidor imediato, comparativamente ao conceito controlador final. **É o caso de Países Baixos e Luxemburgo, países sedes de empresas intermediárias, que atuam na canalização de investimento direto de países dos controladores finais para os países de destino.**

Os Países Baixos, conforme mostra a Tabela 2, detinham em 2010 posição investida no Brasil de US\$163 bilhões sob a ótica de país investidor imediato, mas apenas US\$15 bilhões sob a ótica de controlador final. Em 2015, a posição investida sob a ótica de país imediato totalizou US\$90 bilhões, enquanto a posição correspondente ao país de controlador final totalizou US\$13 bilhões.

Alguns países, por outro lado, exibem posições de IDP maiores quando compiladas sob a ótica de país do controlador final. É o caso de Bélgica,

Estados Unidos, China, Itália, Reino Unido, Alemanha, Suíça e França, que canalizam seus investimentos diretos para o Brasil por países intermediários. No caso dos Estados Unidos, a posição investida em 2010 sob a ótica do investidor imediato somou US\$108 bilhões, comparativamente a US\$110 bilhões sob a ótica do controlador final. Em 2015, a posição imediata totalizou US\$69 bilhões, enquanto a posição de controlador final atingiu US\$77 bilhões (grifo nosso).

**Tabela 2 – Posições de IDP – 2010 e 2015**  
País investidor imediato e controlador final

US\$ bilhões	2010				2015			
	Investidor imediato	%	Controlador final	%	Investidor imediato	%	Controlador final	%
Países Baixos	163	28%	15	3%	90	25%	13	4%
Bélgica	4	1%	50	9%	4	1%	40	11%
Luxemburgo	30	5%	13	2%	27	7%	11	3%
Estados Unidos	108	18%	110	19%	69	19%	77	21%
China	1	0%	8	1%	1	0%	9	2%
Itália	5	1%	18	3%	4	1%	11	3%
Reino Unido	16	3%	42	7%	16	4%	22	6%
Alemanha	14	2%	30	5%	8	2%	12	3%
Suíça	10	2%	13	2%	11	3%	15	4%
França	29	5%	31	5%	18	5%	21	6%
Bermudas	8	1%	9	2%	3	1%	5	1%
Chile	7	1%	4	1%	7	2%	5	1%
Espanha	72	12%	85	15%	39	11%	37	10%

Diante desse cenário, é importante se entender o propósito negocial e a razão jurídica das estruturas que envolvem a interposição de empresas-veículo para se viabilizar o investimento estrangeiro direto no país.

Os principais argumentos contrários à sua utilização fundamentam-se que sua prática seria contrária ao objetivo dos acordos, na medida em que viola sua reciprocidade e o equilíbrio das concessões entre os Estados, contrária ao princípio da pertinência econômica (*economic allegiance*), desincentiva a celebração de novos acordos com o Estado da fonte, além de acarretar em perda indesejada de arrecadação fiscal no Estado da fonte.<sup>398</sup>

De outro lado, os defensores dessa prática sustentam que nem todas as estruturas no exterior são artificiais e sem substância, que os DTT não são efetivamente recíprocos, pois as negociações acabam influenciadas por relações econômicas: a existência de divergência entre acordos com alíquotas distintas continua incentivando o “*treaty shopping*”; por fim, que não

<sup>398</sup> CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. Cláusulas de limitações de benefícios (*LOB clauses*): exame comparativo entre Modelo Norte-Americano de Tratados, Convenção Modelo OCDE e acordos internacionais contra a bitributação celebrados pelo Brasil. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, Belo Horizonte, ano 11, n. 61, jan./fev. 2013, p. 129-130.

há evidência empírica de que “*treaty shopping*” atrai investimentos para países em desenvolvimento.

Em que pesem os debates doutrinários circunscrevendo a matéria, na prática é extremamente difícil se identificar a utilização de *treaty shopping* pelos grupos multinacionais, não sendo certo ainda qual posicionamento os países, principalmente aqueles em desenvolvimento, deveriam adotar em relação à prática. Se, de um lado, conforme relata PEGORARO<sup>399</sup>,

[...] a OCDE recomenda, em primeiro lugar, a inclusão, no título e no preâmbulo dos acordos de bitributação, de uma declaração clara de que os Estados Contratantes, por ocasião da celebração do tratado internacional, têm a intenção de evitar a criação de oportunidades de não tributação ou redução da tributação, através de evasão ou elisão fiscal, incluindo *treaty shopping*. Em segundo lugar, recomenda-se a inclusão, nos acordos de bitributação, de regra antiabuso específica, baseada nas cláusulas de LOB incluídas nos tratados internacionais concluídos pelos Estados Unidos e por alguns outros países. Essa regra específica englobará um grande número de situações de *treaty shopping*, a partir da natureza jurídica, do controle societário e das atividades gerais de um residente em um dos Estados Contratantes. Em terceiro lugar, a fim de abordar outras formas de *treaty abuse*, incluindo formas de *treaty shopping* que não estão cobertas pela cláusula de LOB acima descrita, é recomendado adicionar nos acordos de bitributação uma cláusula geral antiabuso, que permite a investigação do propósito principal das transações ou operações praticadas pelo contribuinte (the principal purposes test - PPT rule).

De outro lado, a Suprema Corte da Índia, ao julgar o caso *Union of India v. Azadi Bachao Andolan*, negou a aplicação de uma cláusula implícita de combate ao *treaty shopping* no acordo contra a bitributação celebrado entre Índia e Ilhas Maurício, ao decidir que países em desenvolvimento, como a Índia, necessitam atrair investimentos estrangeiros e as oportunidades geradas por meio do *treaty shopping* podem ser fatores adicionais para atraí-los.

Em acórdão verdadeiramente paradigmático, ali restou consignado que o *treaty shopping* pode ser um instrumento de incentivo à atração de investimentos estrangeiros e tecnologia, essenciais ao desenvolvimento econômico nacional, ao invés de uma prática prejudicial e abusiva (*harmful and abusive practice*).

---

<sup>399</sup> PEGORARO, Andressa. O Combate ao Treaty Shopping nos Acordos de Bitributação Celebrados pelo Brasil e a Influência do Projeto Beps (Base Erosion and Profit Shifting) - o Futuro das Cláusulas de Limitação de Benefícios (LOB). *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 237, p. 7-27, jun. 2015, p. 11.

Nesse contexto deve ser dada razão a LUÍS EDUARDO SCHOUERI, que, em seu clássico estudo sobre o tema, já demonstrava que o combate ao *treaty shopping* se revela mais uma decisão política do que eminentemente jurídica.<sup>400</sup>

A questão foi enfrentada pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção do CARF, ao julgar o processo administrativo nº 16643.720066/2013-17. Nesta oportunidade se discutia se os lucros das controladas devem ser apurados na controladora da *holding*, isto é, no Brasil, considerando que o tratado Brasil-Dinamarca não ampara a não tributação no Brasil dos lucros auferidos por suas controladas fora da Dinamarca.

Na oportunidade, a turma decidiu pela inaplicabilidade da norma CFC prevista no art. 74 da Medida Provisória 2.158-35/2001, em acórdão nº 1302-002.014 – pendente recurso para Câmara Superior, assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ  
Ano-calendário: 2008

ABUSO DO TRATADO. TRATADO PARA EVITAR DUPLA TRIBUTAÇÃO -ADT.

O efeito de uma norma anti-abuso, em regra, é apenas de negar a aplicação de qualquer norma do ADT, para quem dele estiver abusando. Não é cabível que um signatário aplique unilateralmente uma norma anti-abuso de lege ferenda, para desconsiderar a personalidade jurídica de uma holding constituída no outro país signatário.

HOLDING. ATIVIDADE ECONÔMICA SUBSTANTIVA

**“Uma holding que desenvolve atividade econômica substantiva é aquela que possui, na jurisdição de seu domicílio, capacidade operacional compatível para exercer a gestão do grupo econômico. Especialmente para tomar decisões relativas à administração de seus ativos e de suas participações societárias”.**

**“A capacidade operacional é mensurada pela existência de instalações físicas e de número de empregados qualificados para exercer a administração do grupo de forma compatível com a complexidade das funções exercidas”.**

INVESTIDA INDIRETA. RECONHECIMENTO DA RECEITA NA PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS.

No balanço individual da investidora só há registro, como ativo, das investidas nas quais a investidora tenha alguma participação direta, razão pela qual o resultado de uma investida indireta só impacta indiretamente o resultado da investidora, ou seja, após compor o resultado da investida que as intermedeia.

ART. 395, § 6º, DO RIR/99. APLICAÇÃO.

O § 6º do art. 395 do RIR/99 não se aplica em caso de lançamento de ofício, primeiro porque dirigida para um ato espontâneo do contribuinte, segundo, porque, em lançamento de ofício, a participação no lucro auferido no exterior é sempre computada na base de cálculo brasileira do próprio ano de sua apuração (grifo nosso).

<sup>400</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty, shopping*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 171.

Apesar de ilustrar parte da discussão, a compatibilidade entre normas CFC e tratados não esgota a questão, pois se limita a operações entre partes relacionadas, nos termos da legislação doméstica. Ainda assim, é importante recordar que, em caso semelhante, a Câmara Superior de Recursos Fiscais entendeu pela compatibilidade entre as normas.<sup>401</sup>

---

<sup>401</sup> Processo administrativo nº 16327.000530/2005-28, acórdão nº 9101-002.589, relator André Mendes de Moura, julgado em 14/03/2017: “Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ. Ano-calendário: 2002. CONTROLE DIRETO E INDIRETO. LEGISLAÇÃO SOCIETÁRIA. A legislação societária permite a construção de estruturas conforme a necessidade do grupo econômico e tutela pela transparência das informações da rede de empresas mediante métodos de avaliação de investimentos (MEP) e consolida institutos para o exercício do poder e controle de cada ente empresarial. Nesse contexto, o controle pode ser exercido de maneira direta ou indireta, pois o que importa é o poder dos investidores para deliberar sobre o destino dos negócios do grupo. LUCROS NO EXTERIOR. CONTROLADAS DIRETAS OU INDIRETAS. APURAÇÃO INDIVIDUALIZADA. PROPORÇÃO DA PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA. Para evitar a bitributação, ao se apurar os resultados de controladas ou coligadas de maneira individualizada, deve se afastar os resultados auferidos de investimentos dessas controladas e coligadas por meio de equivalência patrimonial. APURAÇÃO DOS LUCROS E OUTROS RESULTADOS NO EXTERIOR. O art. 1º da IN SRF nº 213, de 2002, com base na legislação tributária (art. 25 da Lei nº 9.249, de 1995 e 16 da Lei nº 9.430, de 1996), e na legislação empresarial dispo de sobre o conceito de controladas (arts. 116 e 243 da Lei nº 6.404, de 1976 e art. 1098 do Código Civil), estabelece procedimentos para apurar os lucros de controladas e coligadas e resultados de outras participações societárias. O rito previsto nos §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 5º da instrução normativa operacionaliza a apuração dos lucros (1) das controladas no exterior (diretas ou indiretas), que serão adicionados ao lucro líquido da controladora no Brasil, (2) das coligadas, que serão adicionados ao lucro da investidora, e (3) das filiais e sucursais que serão adicionados ao lucro líquido da matriz no Brasil, que será, para os três casos, considerado de forma individualizada, por filial, sucursal, controlada ou coligada, vedada a consolidação dos valores. O § 6º dispõe sobre tributação residual, que diz respeito a resultados não abrangidos pelos parágrafos anteriores, auferidos por outros investimentos. ART. 74 DA MP Nº 2.158-35, DE 2001. TRATADO PARA EVITAR DUPLA TRIBUTAÇÃO DE RENDA. MATERIALIDADES DISTINTAS. **Não se comunicam as materialidades previstas no art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001, e as dispostas na Convenção Brasil-Espanha para evitar bitributação de renda. Os lucros tributados pela legislação brasileira são aqueles auferidos pelo investidor brasileiro na proporção de sua participação no investimento localizado no exterior, ao final de cada ano-calendário. São diferentes os lucros dos residentes na Espanha e os lucros auferidos pelos investidores no Brasil.** OPERACIONALIZAÇÃO DA NEUTRALIDADE DO SISTEMA E SUPERAÇÃO DO DIFERIMENTO DA TRIBUTAÇÃO. A neutralidade do sistema de tributação quando investidor e investida estão localizadas no Brasil opera-se mediante a exclusão dos resultado positivo da investida apurado via Método de Equivalência Patrimonial no lucro real da investidora, porque os lucros da investida já foram tributados no Brasil pela mesma alíquota que seriam se o fossem pela investidora. Estando investidor no Brasil e investida no exterior, se a alíquota no exterior é menor do que a brasileira, quebra-se a neutralidade do sistema, e viabiliza-se diferimento por tempo indeterminado da tributação, caso a investidora, que detém poder de decisão sobre a investida, decida não distribuir os lucros. Por isso, o art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001, ao determinar que os lucros sejam auferidos pelo investidor brasileiro, na medida de sua participação, ao final de cada ano-calendário, dispo de sobre aspecto temporal, evitou o diferimento, e, ao mesmo tempo, o art. 26 da Lei nº 9.249, de 1995, autorizou a compensação dos impostos pagos no exterior, viabilizando a neutralidade do sistema. ART. 74 DA MP Nº 2.158-35, DE 2001. TRATADO DE BITRIBUTAÇÃO. **NÃO REPERCUSSÃO NAS PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS DO PAÍS CONTRATANTE. Ao ser interpretar quem seriam os sujeitos de um tratado de bitributação, o país da fonte é o país em que deve se encontrar a empresa onde efetivamente são desempenhadas as atividades produtivas. Tais atividades podem ser produzidas pela própria empresa, ou mediante investimentos, desde que naquele país contratante. Pode ser até mesmo uma holding, desde que concentre investimentos que desempenhem atividades produtivas localizados no mesmo país, e não um mero “hub”, um centralizador de investimentos localizados em países não signatários de acordos com o Brasil. O tratado de bitributação deve ser aplicado em situações no qual, efetivamente, as empresas se localizam nos países contratantes. Alargar o conceito da empresa situada no país da fonte para qualquer empresa que concentre auferimento de renda de outras empresas, independente das circunstâncias ou da localização dos investimentos, subverte a finalidade e o objetivo dos tratados internacionais. Não há**

Além desses casos em que se discute a compatibilidade das normas CFC com tratados, questão esta que tende a perder espaço diante da previsão específica de controle das controladas indiretas pela Lei nº 12.973/2014, ressalte-se que a discussão sobre o uso de empresa-veículo no exterior, com o emprego de disposições dos tratados para fins de otimização da base fiscal do grupo controlador no exterior ou no Brasil, foi poucas vezes levada à apreciação do CARF.

Nas vezes em que se discutiu o abuso do tratado, normalmente se deu à luz da aplicabilidade do tratado Brasil-Japão em casos envolvendo a remessa de juros para não residentes em razão da inexistência de cláusula de beneficiário efetivo nos artigos 10, 11 e 12 desse tratado, por exemplo, como no julgamento do processo administrativo nº 10680.004023/2005-58.

Com efeito, o lançamento fiscal realizado em face da Maxitel S.A., uma operadora de telefonia móvel celular do grupo TIM, posteriormente denominada TIM Nordeste S.A. Segundo consta nos autos, a autuada realizou a emissão de *eurobonds*, na modalidade de *floating rate notes*, tendo como agente pagador o Chase Trust Bank e o J.P. Morgan Trust Bank Ltd., ambos situados no Japão.

A empresa brasileira realizava o pagamento de juros aos bancos japoneses, em períodos semestrais e com base em taxas flutuantes, os quais realizavam até o dia seguinte o pagamento aos investidores finais.

Em 2005, a TIM-Nordeste foi autuada pelo recolhimento a menor do Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), com acréscimo de multa de ofício e juros. No entendimento da autoridade fiscal, a alíquota correta aplicável à remessa de juros seria de 15%, e a companhia aplicou a alíquota de 12,5%, em razão de previsão específica contida no Tratado Brasil-Japão. Para o Fisco, o Tratado Brasil-Japão não se aplicava à hipótese, pois o beneficiário efetivo do pagamento não se encontrava no Japão.

Ao julgar a questão, o antigo Conselho de Contribuintes, acertadamente, a nosso ver, decidiu pela manutenção da alíquota reduzida, mas consignou-se expressamente que “na emissão de *eurobonds*, o agente pagador exerce funções bem definidas, não se podendo dizer que tenha sido incluído na operação apenas para ensejar a aplicação do Tratado Brasil-Japão”,

---

que se conceber que dois países se reúnam para dar amparo a sistemas paralelos de tributação [...]” (grifo nosso).

além de que o art. 116, § único, do CTN<sup>402</sup> não se aplicaria em razão da ausência de previsão legal expressa.<sup>403</sup>

Diante dessa possibilidade de uso de empresa-veículo, com menor ou sem substância, por exemplo *holding companies*, vê-se que a discussão se dá quanto à sua operacionalidade, especificamente com a verificação da existência de atividades operacionais, como motivo real e suficiente com densidade própria, e existência de propósito negocial, entendido como a razão ou causa jurídica para a realização do negócio ou reestruturação societária.

### 5.2.3 Ganhos de capital de investidor não residente

Os ganhos de capital auferidos por não residentes são regulados pelos arts. 18<sup>404</sup> da Lei nº 9.249/1995, 26<sup>405</sup> e 47<sup>406</sup> da Lei 10.833/2003, de acordo com os quais os não residentes

<sup>402</sup> “Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

[...]

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

<sup>403</sup> “Processo administrativo nº 10680.004023/2005-58, acórdão nº 102-49.480, relator Conselheiro Alexandre Naoki Nishioka, julgado em 04/02/2009: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE – IRRF. Ano-calendário: 1999, 2000, 2001. IRRF. REMESSA DE JUROS DECORRENTES DE EURO BONDS (FLOATING RATE NOTES). AGENTE PAGADOR RESIDENTE NO JAPÃO. TRATADO BRASILJAPÃO. APLICABILIDADE. O tratado para evitar a dupla tributação celebrado entre Brasil e Japão é aplicável às remessas de juros efetuadas a agentes pagadores residentes no Japão, ainda que o beneficiário efetivo esteja localizado em outro país. Não há, no referido tratado, cláusula que estabeleça a necessidade de o residente no Japão ser o beneficiário efetivo dos juros, como aquelas contidas em várias convenções celebradas pelo Brasil. Hipótese em que a remessa foi realizada a título de juros a agente pagador residente no Japão, nos exatos termos dos contratos de câmbio e dos certificados de registro de capital estrangeiro acostados aos autos. Na emissão de eurobonds, o agente pagador exerce funções bem definidas, não se podendo dizer que tenha sido incluído na operação apenas para ensejar a aplicação do Tratado Brasil-Japão. Ainda que se pudesse entender hipoteticamente que teria havido abuso de formas jurídicas, o parágrafo único do artigo 116 do CTN somente poderá ser aplicado após a promulgação da lei ordinária nele mencionada, ao contrário do que ocorre nas hipóteses de dolo, fraude e simulação, inexistentes no caso dos autos. IRPF. MULTA ISOLADA DECORRENTE DE RECOLHIMENTO EM ATRASO. MEDIDAS PROVISÓRIAS 303/2006 E 351/2007 E LEI 11.488/2007. APLICAÇÃO RETROATIVA, NOS TERMOS DO ARTIGO 106, II, “C”, DO CTN. RETENDIDA EXIGÊNCIA DE JUROS DE MORA, COM BASE NO ARTIGO 61 DA LEI 9.430/96. IMPOSSIBILIDADE. Nos termos do art. 44 da Lei 9.430/96, dependendo do caso, são devidas apenas as multas de 75% e 50%, esta última exigida isoladamente. A multa de mora incide nos termos do artigo 61 da Lei 9.430/96, desde que não haja lançamento de ofício. Uma vez efetuado o lançamento de ofício, a incidência da multa deve obedecer ao disposto no artigo 44 da mesma lei, que, em situações como a dos autos, não mais prevê a multa isolada. Recurso parcialmente provido.”

<sup>404</sup> “Art. 18. O ganho de capital auferido por residente ou domiciliado no exterior será apurado e tributado de acordo com as regras aplicáveis aos residentes no País.”

<sup>405</sup> “Art. 26. O adquirente, pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, ou o procurador, quando o adquirente for residente ou domiciliado no exterior, fica responsável pela retenção e recolhimento do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital a que se refere o art. 18 da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, auferido por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior que alienar bens localizados no Brasil. (Produção de efeito)”

<sup>406</sup> “Art. 47. Sem prejuízo do disposto no art. 10 da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e no art. 7o da Lei no 9.959, de 27 de janeiro de 2000, o ganho de capital decorrente de operação, em que o beneficiário seja

sofrem a tributação na modalidade fonte. Para essas pessoas, o último ato legal referido imputa a um responsável, residente no Brasil, o dever de recolher o tributo auferido e devido pelo não residente.

Vale ressaltar que o tratamento fiscal aplicável aos não residentes desautoriza qualquer desconto da base de cálculo do rendimento, com exceção dos rendimentos auferidos com alugueres. Nas hipóteses de ganho de capital, a base de cálculo é a mesma vigente para o residente, ou seja, o valor de venda subtraído do custo de aquisição.

O imposto será devido quando ocorrer *o pagamento, o creditamento, o emprego, a remessa ou a entrega* do rendimento ou do ganho de capital ao não residente.

Segundo GERD WILLI ROTHMANN, o art. 26 da Lei nº 10.833/2003 engloba duas questões distintas:

- 1) O adquirente do bem localizado no Brasil é pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, enquanto o alienante, beneficiário do ganho de capital, é pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Exterior;
- 2) Tanto o adquirente como o alienante, ou seja, ambas as partes do negócio jurídico de que decorrer o ganho de capital, são pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior.<sup>407</sup>

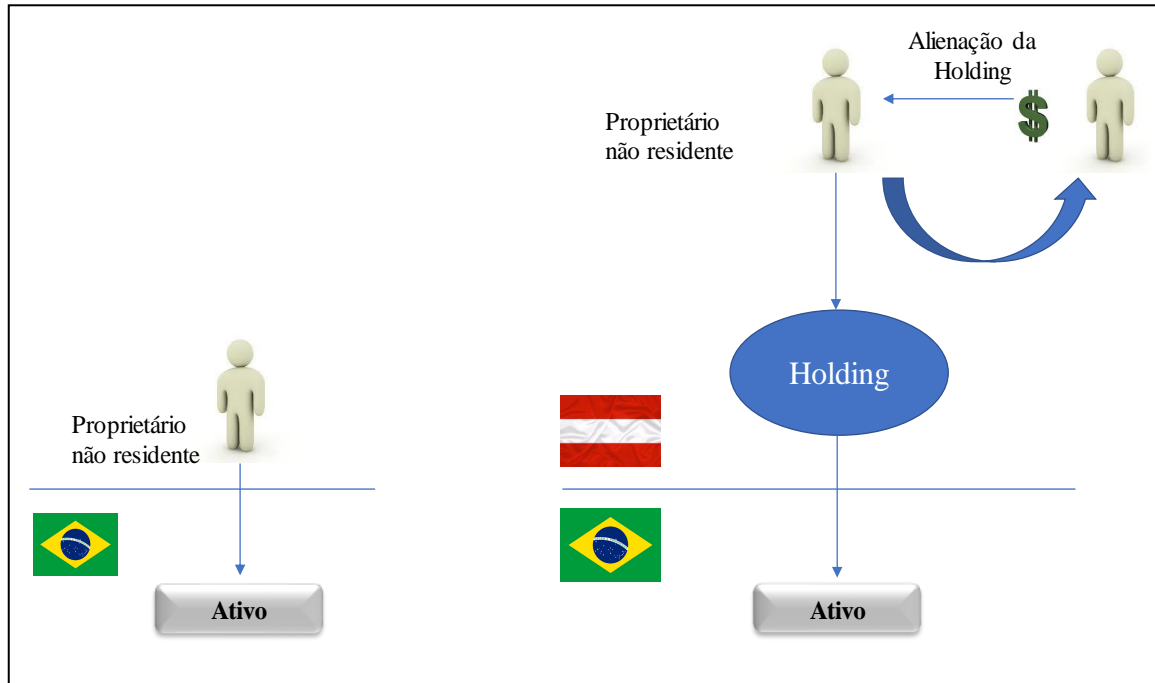
Na visão do GERD ROTHMANN, a segunda situação não teria lógica, pois almeja a tributação de operação realizada no exterior, por pessoas localizadas no exterior, tão somente porque o ativo objeto da transação está aqui localizado. A questão merece maiores aprofundamentos, diante da possível utilização de empresa-veículo como forma de se escapar à aplicação do disposto no art. 26 da Lei nº 10.833/03.

Em tese, bastaria ao contribuinte brasileiro constituir empresa no exterior, integralizando-se bens como ativo no Brasil, para sua posterior alienação sem a incidência do imposto sobre a renda na modalidade de ganho de capital:

---

residente ou domiciliado em país ou dependência com tributação favorecida, a que se refere o art. 24 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, sujeita-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento).”

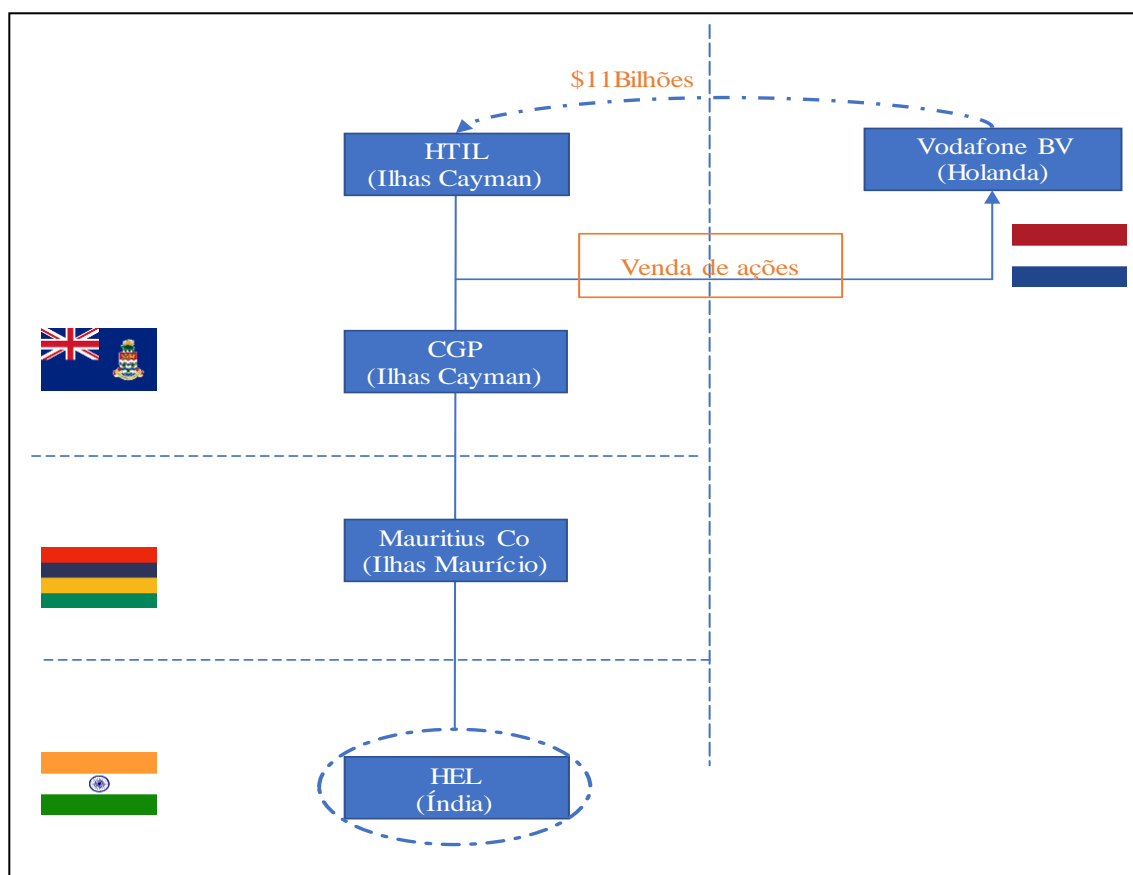
<sup>407</sup> ROTHMANN, Gerd Willi. Tributação internacional sem sujeito passivo: uma nova modalidade do imposto de renda sobre ganhos de capital? In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. v. 10. São Paulo: Dialética, 2006, p. 106-107.



A questão parece estar longe da realidade, mas, na Índia, em caso semelhante, verificou-se a tentativa de tributação em decorrência da alienação de empresa localizada no exterior cujo único ativo se localizava naquele país.

Como bem relata Castro, a Suprema Corte da Índia proferiu decisão afastando a tributação na fonte sobre o ganho de capital apurado na venda de ações de uma sociedade sediada nas Ilhas Cayman que indiretamente possuía participação societária em uma sociedade indiana.<sup>408</sup>

<sup>408</sup> CASTRO, Leonardo Freitas de Mores e. Caso Vodafone: ganho de capital de não residente decorrente de alienação indireta de participação societária em sociedade na Índia e reflexões sobre eventual aplicabilidade no Brasil. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (coord.). *Tributação internacional: análise de casos*. São Paulo: MP Editora; APET, 2015, p. 25.



O fundamento legal da decisão, afirma o ilustre estudioso, foi de que a alienação indireta de ações, quando realizada entre dois não residentes, estava fora da competência territorial tributária da Índia.<sup>409</sup>

A questão foi enfrentada pelas cortes administrativas no Brasil em duas oportunidades. Nos autos do processo administrativo nº 19515.003180/2005-22, discutia-se a tributação de ganhos de capital decorrentes da alienação de empresa localizada no Uruguai, cujo único ativo era empresa de mineração localizada no Brasil. Em resumo, apurou-se o seguinte:

9. Que, efetivamente a CCRG remeteu para sua controlada Tijuca a importância de R\$30.000.000,00, comprovando a origem de recursos e efetuando as devidas contabilizações, em ambas as empresas.

10. Que, conforme Contrato de Venda e Compra de Ações da Givors-Uruguai SA, datado de 15/12/2000, celebrado entre Tijuca e Roseburg, esta vendeu para a empresa Tijuca suas ações da empresa Givors-Uruguai, representando 100% (cem por cento) do capital social, integralizadas, livres, e desembaraçadas de qualquer ônus ou gravames, pelo preço fechado de R\$30.000.000,00 (trinta milhões de reais), cujo pagamento foi efetuado através das Ordens de Débitos dos dias 08/12/00, docto. 200918364, no

<sup>409</sup> CASTRO, Leonardo Freitas de Mores e. Caso Vodafone: ganho de capital de não residente decorrente de alienação indireta de participação societária em sociedade na Índia e reflexões sobre eventual aplicabilidade no Brasil. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (coord.). *Tributação internacional: análise de casos*. São Paulo: MP Editora; APET, 2015, p. 25.

valor de R\$2.050.000,00 (empréstimo concedido, ora cancelado em pagamento) e 19/12/00, docto. 200918714, no valor de R\$27.950.000,00, ambos a débito da conta no.0385986, agência 01500, da empresa Tijuca, aberta em 07/12/2000,00 Banco Safra SA.

11. Por sua vez, em 14/12/2000, 01 (um) dia antes dessa operação, a empresa Givors-Uruguai passou a ser a controladora da empresa brasileira Mineração Marulis Ltda, CNP' 04.007.338/0001-26 (Marulis), adquirindo 100% (cem por cento) do Capital Social desta Ltda, por R\$1.159.714,00 (hum milhão, cento e cinquenta e nove mil, setecentos e catorze reais), conforme 2a. Alteração do Contrato Social da Mandis (protocolo Jueesp 75439/01-3).

**12. Acrescente-se ao fato de que a empresa Marulis teve o seguinte Histórico e Capital Social (CS): foi constituída pelos sócios Ulisses e Marco Sabará, em 09/08/00, com CS de R\$2.000,00; em 04/12/00 aumentou seu Capital Social para R\$61.000,00, com o recebimento da Jazida de Calcário (Mina) pelo valor, contabilizado na empresa Sabará por R\$59.000,00 (29.500,00 cada sócio), totalizando R\$61.000,00, em 14/12/00, os sócios venderam, por R\$1.159.714,00, a totalidade de suas cotas para a Givors-Uruguai, conforme demonstrado no anexo de fls. 01/02 ao presente termo. Neste ato, os dois sócios retirantes apuram o Ganho de Capital (R\$1.159.714,00-61.000,00/2), e o lançaram nas suas Declarações de IR Pessoa Física.**

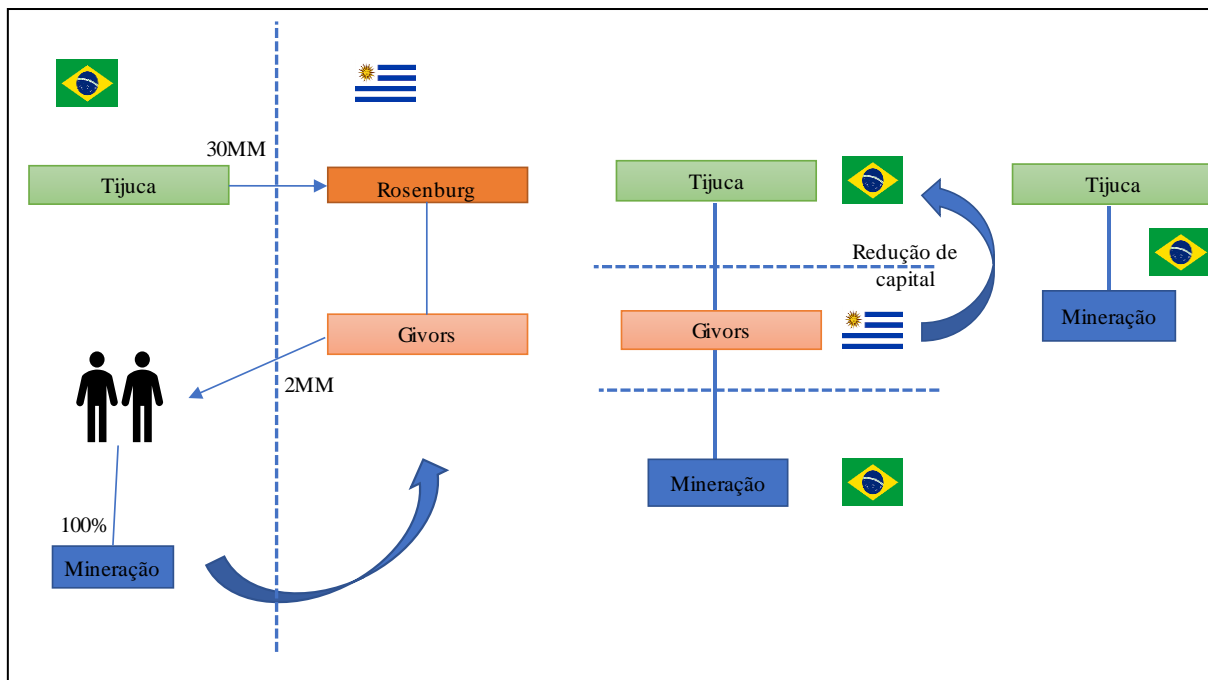
13. Na Alteração de CS da Marulis de 31/12/00, com Arquivamento Jucesp em 02/04/01, amparada no Contrato de Venda e Compra de Ações da Givors-Uruguai SA, datado de 15/12/2000, celebrado entre Tijuca e Roseburg, a Givors-Uruguai e a Tijuca. RESOLVEM aprovar (no item 1) a avaliação dos direitos minerários (Mina) conforme Laudo de Avaliação datado de 01/12/2000, e registrar em conta de Ativo e de Reserva de Reavaliação na empresa Marulis. No item 2, a Givors-Uruguai efetiva a transferência das cotas para a empresa Tijuca.

**14. Se, com base no Laudo de Avaliação datado de 01/12/2000 a Tijuca reconheceu seu valor de R\$30.000.000,00 (29.998.000,00, ativo permanente imobilizado + 2.000,00, caixa) - cujos peritos só poderiam ter avaliado a Jazida de Calcário (Mina), Localizada em Paulinos, Município de Guapiara/SP, com o consentimento/conhecimento dos donos da própria Jazida, Srs. Ulisses e Marco Sabara, sócios comum das empresas Sabara (proprietária da concessão) e Marulis, até por uma questão física para adentrar nas terras/fazendas -, impossível pensar na ingenuidade dos sócios em vendê-la regularmente para a Givors-Uruguai, por R\$1.159.714,00, ao invés poder vender por R\$30.000.000,00, para a própria solicitante da Avaliação, no caso a Tijuca. Impossível ainda pensar que a empresa Tijuca pague R\$30.000.000,00, para uma empresa estrangeira, por urna Jazida de Calcário, situado no Brasil, se efetivamente poderia comprar diretamente dos sócios da Sabara/Marulis, Titulares da Concessão, empresas brasileiras, que, no caso venderiam por R\$1.159.714,00, a referida Mina.**

15. Observemos ainda que a Jazida de Calcário (Mina) representada praticamente 100% do seu Capital Social da Marulis, conforme podemos ver na Declaração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (DIPJ) retificadora, anualidade 2000, arquivada na RFS sob o no. 1220990, sendo: Ativo Circulante caixa R\$2.000,00 e Ativo Permanente Imobilizado R\$29.998.000,00, perfazendo o Total do Ativo de R\$30.000.000,00, e, no Capital de Domiciliado no País R\$61.000,00 [R\$2.000,00cx + (R\$44.000,00 + R\$2.889,00 + R\$1.000,00 + R\$11.111,00 cf. Certidão de escritura, livro 7829, fls. 177)] e no PL\_Reservas (Reavaliação) R\$29.939.000,00 (ou

29.929.000.00CSI), perfazendo o Total do Passivo R\$30.000.000,00 (grifo nosso).

Ou graficamente:



A autoridade fiscal autuante entendeu que na realidade a empresa Rosenberg foi utilizada apenas para que as ações da entidade Marulis fossem transferidas para a empresa Tijuca, sob a máscara de aquisição de empresa estrangeira e, portanto, livre da tributação do ganho de capital no Brasil. Em um primeiro momento, a Delegacia Regional de Julgamento no Rio de Janeiro decidiu que se tratava de simulação e que a operação estaria sujeita à tributação no Brasil pela apuração de ganhos de capital. No CARF, a decisão foi reformada em razão da ilegitimidade passiva da autuada Tijuca, quando deveriam ter sido as pessoas físicas dos seus sócios.

Mais recentemente, no ano de 2015, a questão voltou a ser objeto de análise do CARF quando da aquisição pelo Grupo Cosan das quotas da Esso Brasileira de Petróleo Ltda., pertencentes às sociedades holandesas Exxonmobil International Holdings B.V. e Exxonmobil Brazil Holdings B.V. Segundo se extrai dos autos são esses os fatos relevantes:

Evento	Data	Operação
1º	19/03/2008	Constituição da sociedade COSANPAR PARTICIPAÇÕES LTDA. (COSANPAR), com a integralização do capital social no valor de R\$ 1.000,00 pelas sociedades USINA DA BARRA S/A AÇÚCAR E ÁLCOOL (USINA) [99,90%] e AGRÍCOLA PONTE ALTA S/A (AGRÍCOLA) [0,10%].
2º	23/04/2008	Contrato de Compra e Venda de participações em duas cooperativas ainda não criadas que deteriam 100% das ações da ESSO Brasileira de Petróleo, firmado entre EXXONMOBIL INTERNATIONAL HOLDINGS B.V. (EXXONMOBIL INTERNATIONAL) e EXXONMOBIL BRAZIL HOLDINGS B.V. (EXXONMOBIL BRAZIL) [subsidiária integral da anterior], na qualidade de Fornecedoras, e COSAN S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO (COSAN) e USINA, na qualidade de compradoras. O contrato foi posteriormente alterado para a retirada da COSAN do negócio, ingressando em seu lugar a empresa-veículo COSANPAR.
3º	03/10/2008	Transferência de 458.848 quotas emitidas pela ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO LTDA. (ESSO) da sua controladora anterior – EXXONMOBIL BRAZIL – para a EXXONMOBIL INTERNATIONAL (a primeira era subsidiária integral da segunda). Até então, a antiga controladora detinha 99,99% do capital social da investida. Na mesma data a EXXONMOBIL INTERNATIONAL e a EXXONMOBIL BRAZIL transferem suas quotas de participação na ESSO às recém criadas cooperativas holandesas – BRAZIL INTERNATIONAL HOLDINGS COOPERATIEF U.A. (BIH) e a BRAZIL HOLDINGS COOPERATIEF U.A. (BHC) – passando estas últimas a possuírem 482.998 [participação no capital social da ESSO equivalente a R\$ 139.359.412,94] e 2 quotas [participação no capital social da ESSO de R\$ 577,06], respectivamente. O capital social da ESSO passou a ser de R\$ 139.359.990,00, dividido em 483.000 quotas no valor de R\$ 288,53 cada uma, sendo 482.998 quotas [R\$ 139.359.412,94], equivalentes a 99,99958% do total, subscritas e integralizadas pela BIH e 2 quotas [R\$ 577,05], equivalentes a 0,00042% do total, subscritas e integralizadas pela BHC.
4º	06/10/2008	Transformação da COSANPAR PARTICIPAÇÕES LTDA. em Sociedade Anônima com aumento do capital social em R\$ 557.378.790,00, integralizado pela COSAN. A AGRÍCOLA se retira do investimento da COSANPAR, e a sociedade passa a ser controlada pela COSAN, tendo como outro sócio minoritário a USINA. Ressalta-se que as pessoas físicas Rubens Ometto Silveira Mello e Pedro Isamu Mizutani eram diretores/presidentes tanto das sócias/acionistas da COSANPAR PARTICIPAÇÕES S/A [USINA DA BARRA S/A AÇÚCAR E ÁLCOOL e AGRÍCOLA PONTE ALTA S/A] quanto da COSAN S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO
5º	13 e 14/10/2008	<b>Registro dos CNPJ das “cooperativas sediadas na Holanda” [Empresas-Veículo], 10 dias após a transferência das cotas para as cooperativas holandesas.</b>
6º	07/11/2008	Deliberação dos acionistas da COSANPAR (a COSAN detinha 99,999% de suas ações), para aquisição das participações societárias representativas da totalidade do capital social de duas sociedades cooperativas sediadas na Holanda, as quais detinham os ativos de comercialização e distribuição de combustíveis da EXXONMOBIL no BRASIL (representados pela ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO LIMITADA, cuja razão social foi posteriormente alterada para COSAN LUBRIFICANTES E ESPECIALIDADES S/A) no sentido de autorizar ordens de pagamento, a realização de remessas para o exterior, a título de disponibilidades ou outro título, bem como todos os atos e pagamentos correlatos, até o valor de US\$ 989.000.000. Na mesma data, foi celebrado o contrato de alienação fiduciária das quotas da ESSO em favor dos titulares das notas promissórias de 1ª emissão da COSAN com aditamento no dia seguinte. O contrato foi celebrado entre a COSAN e a PENTÁGONO S/A DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS.

7º	17/11/2008	Na escrituração da COSANPAR foram integralizados os valores de R\$ 49.400.000,00 e R\$ 1.100.000.000,00, sendo o primeiro valor em contrapartida a AFACEMPRESAS LIGADAS e o segundo a BANCO BRADESCO. Tal integralização foi realizada pela sua controladora – COSAN.
8º	25/11/2008	Alteração do contrato original firmado em 23/04/2008 entre EXXONMOBIL INTERNATIONAL e COSAN, de forma que a COSAN transforma-se em sociedade anônima e passa a denominar-se COSAN COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES S.A (COSAN COMBUSTÍVEIS).
9º	01/12/2008	Contratos de Transferência de Participação de uma Cooperativa e escritura, sendo: Em relação à BIH, a transferência da participação da EXXONMOBIL BRAZIL HOLDINGS BV e da EXONMOBIL INTERNATIONAL HOLDINGS BV, para, respectivamente, as cessionárias USINA AS BARRA S.A. AÇÚCAR E ÁLCOOL e a COSANPAR PARTICIPAÇÕES S.A. Em relação à BHC, a transferência da participação da EXXONMOBIL BRAZIL HOLDINGS BV e da EXONMOBIL INTERNATIONAL HOLDINGS BV, para, respectivamente, as cessionárias USINA AS BARRA S.A. AÇÚCAR E ÁLCOOL e a COSANPAR PARTICIPAÇÕES S.A.
10º	04/12/2008	Ratificação da transferência de numerário realizada, em 04/12/2008, no valor de R\$ 70.885.000,00 da conta da COSANPAR PARTICIPAÇÕES S/A para sua controladora COSAN S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO. Autorização para transferências do valor individual por transferência de até R\$ 250.000.000,00, nos próximos seis meses, igualmente da COSANPAR para sua controladora COSAN S/A.
11º	08/12/2008	Trigésima Sétima Alteração do Contrato Social da ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO LIMITADA, na qual consta a resolução das suas únicas sócias são BIH e a BHC, de alienarem fiduciariamente a totalidade das quotas de emissão da ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO LIMITADA, bem como os direitos dela decorrentes, em favor dos titulares das notas promissórias da 1ª emissão da COSAN S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO.
12º	18/12/2008	Liquidação das cooperativas BIH e BHC.
13º	19/01/2009	Alteração de Contrato Social para a Transformação de Sociedade Limitada em Sociedade por Ações, permitindo que COSANPAR agora controlasse diretamente, e não mais indiretamente, a ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO. Nesse mesmo instrumento, a ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO LTDA. Transforma-se em sociedade anônima e passa a denominar-se COSAN COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES S.A.
14º	23/06/2009	Deliberação sobre a incorporação da COSANPAR pela COSAN COMBUSTÍVEIS (antiga ESSO) – incorporação reversa, na qual a sociedade controlada COSAN COMBUSTÍVEIS incorporou sua controladora COSANPAR. Na operação, foi transferido para COSAN COMBUSTÍVEIS (atualmente COSAN LUBRIFICANTES E ESPECIALIDADES, a Fiscalizada) o ágio em Investimentos, gerado originalmente em sua controladora COSANPAR, quando da aquisição, por esta, das participações societárias nas “cooperativas holandesas”. O ágio transferido passou a ser deduzido do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido nos anos subsequentes.

Da leitura dos eventos relevantes, percebe-se que, no quinto evento, as autoridades fiscais expressamente consideraram as empresas como “veículos”. Ao analisar a operação sob o viés da simulação, afirmou o relator:

a) As cooperativas holandesas BIH e BHC sequer existiam à época em que foi celebrado o contrato de compra e venda entre o Grupo EXXONMOBIL e o Grupo COSAN, em 23 de abril de 2008. Elas somente foram constituídas no curso da negociação, em 03 de outubro de 2008, conforme expressamente registrado no contrato de compra e venda. Até 03 de outubro, a

EXXONMOBIL INTERNATIONAL HOLDINGS B.V. e EXXONMOBIL BRAZIL HOLDINGS B.V eram as “únicas sócias da ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO”, conforme registra a Trigésima Sexta alteração contratual da ESSO (fl. 615 a 623). **Em 25 de novembro a COSAN se retira do negócio, sendo substituída pela COSANPAR, que, assim como as cooperativas, era uma empresa veículo.**

**b) O contrato de compra e venda assinado pelas partes não se refere à compra ou venda de uma holding ou das cooperativas, como alega a recorrente. Seu conteúdo está relacionado a uma empresa operacional, no caso a ESSO,** verdadeiro objeto do negócio. Isso fica claro no referido contrato em que são citados textualmente, entre outros, aspectos dos contratos de arrendamentos, como “em relação ao arrendamento de determinadas áreas incluídas na propriedade chamada Complexo Ilha do Governador”; na forma manutenção dos contratos; nas questões de garantia relacionadas à “Receita Líquida”; nos veículos laborais, como a garantia de, no mínimo 12 meses, dos benefícios aos funcionários; no aspecto fiscal, inclusive na defesa das “Questões de COFINS”; na propriedade de imóveis da ESSO; nas marcas registradas, pois era permitido no “Contrato de Licenciamento de Marca de Combustíveis e o Contrato Principal de Lubrificantes, o direito de continuar a usar no País coberto por essas Licenças durante um período com término 5 (cinco) anos e 10 (dez) anos, respectivamente, após a Data de Conclusão, as Marcas usadas nos negócios da Sociedade”. Nenhuma dessas obrigações poderia se referir às cooperativas, que foram extintas em 18 de dezembro de 2008.

c) O curto prazo de existência das cooperativas holandesas, criadas em três de outubro e transferidas ao Grupo COSAN em primeiro de dezembro para, em seguida, no dia 18 serem liquidadas – ou seja, com um funcionamento de pouco mais de dois meses e liquidadas logo após suas transferências.

[...]

De fato, foi isso que ocorreu. As transcrições reforçam o posicionamento defendido no lançamento, a partir da apuração realizada pela fiscalização, de que **o conjunto de operações societárias praticadas pelo Grupo COSAN visavam dar uma aparência diferente ao negócio jurídico, quando, na verdade, o objetivo era a aquisição da empresa ESSO, e não das cooperativas holandesas. A tentativa de se demonstrar que a operação fora efetuada desta forma para justificar eventuais benefícios auferidos pelo Grupo EXXONMOBIL, ao invés demonstrar o propósito negocial, robustece, ao contrário, o entendimento de que a simulação fora orquestrada entre as partes contratantes para proveitos comuns nas condutas, exclusivamente, fiscais, no Brasil e na Holanda, já que ambas colheriam frutos da situação (grifo nosso).**

Ao fim, o acórdão restou assim ementado<sup>410</sup>:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE IRRF.

Período de apuração: 30/11/2001 a 30/12/2001

IRRF. GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE BENS E DIREITOS SITUADOS NO BRASIL. SOCIEDADE ALIENANTE NO EXTERIOR. INTERPOSIÇÃO DE SOCIEDADES ESTRANGEIRAS.

É responsabilidade do adquirente, na condição de responsável tributário, a retenção e o recolhimento do Imposto de Renda Retido na Fonte incidente

<sup>410</sup> Processo administrativo nº 16682.720343/201325, acórdão nº 2201002.666, relator Francisco Marconi De Oliveira, j. 10/02/2015.

sobre o ganho de capital de residentes ou domiciliados no exterior na alienação de bens situados no Brasil. Devem ser desconsideradas as interposições de empresas no exterior, por meio de conduta planejada, para simular uma situação diferente da real alienação, sendo o ganho de capital apurado no momento em que a compra e venda foi definitivamente constituída.

**MULTA DE OFÍCIO. INCORPORAÇÃO. RESPONSABILIDADE DA SUCESSORA.**

Cabível a imputação da multa de ofício à sucessora, por infração cometida pela sucedida, quando provado que as sociedades estavam sob controle comum ou pertenciam ao mesmo grupo econômico. (Súmula CARF nº 47).

**MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICADA. INTERPOSIÇÃO DE SOCIEDADES ESTRANGEIRAS. NEGÓCIO. SIMULAÇÃO. APLICABILIDADE.**

Aplica-se multa qualificada quando as partes, adquirente no Brasil e alienante no exterior, utilizam-se, de forma planejada, de operações estruturadas para simular uma situação diferente da real, para afastar a tributação do Ganho de Capital auferido pela sociedade estrangeira na alienação de empresa sediada no Brasil.

**LANÇAMENTO DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.**

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem os juros de mora.

Recurso Voluntário Negado

Da leitura dos casos expostos, verifica-se que as autoridades fiscais tendem a considerar simulação a alienação indireta quando o controlador da empresa-veículo localizada no exterior é pessoa física ou jurídica localizada no Brasil.

Vale dizer que, após a edição do art. 26 da Lei. 10.833/03, ainda não existem precedentes sobre casos em que alienante (pessoa jurídica) e adquirente estejam efetivamente localizados no exterior para que se possa afirmar qual será a posição do CARF.

#### **5.2.4 Ágio e Empresa-veículo**

Os casos envolvendo a dedução da amortização do ágio na apuração das bases de cálculo do imposto sobre a renda das pessoas jurídicas e da contribuição social sobre o lucro líquido são frequentemente permeados pelos conceitos de empresa-veículo e propósito negocial.

Se o tratamento tributário do ágio foi especificado de forma geral desde o Decreto-Lei 1.598, de 1977, discussões envolvendo o uso de empresa-veículo e propósito negocial são relativamente recentes, quando da introdução pela Lei 9.532, de 1997, da possibilidade de aproveitamento como despesa das amortizações nos casos de absorção do patrimônio de uma pessoa jurídica por outra mediante operações societárias de incorporação, fusão ou cisão.

Com efeito, o Decreto-Lei 1.598/1977 determinava que as contrapartidas de amortização do ágio ou deságio, independentemente do seu fundamento, não seriam computadas na determinação do lucro real. Com o advento da Lei 9.532/1997 foi regulamentada a amortização fiscal do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura nas operações de incorporação, fusão ou cisão entre as empresas investidora e investida.

Especialmente em relação às operações envolvendo o aproveitamento de ágio, Schoueri explica que a expressão “empresas-veículo” denota um conceito, firmado pela jurisprudência administrativa, que reúne os seguintes traços:

- (i) Criada pela própria adquirente com seu investimento na empresa-alvo exclusivamente para a transferência do ágio;
- (ii) Sua criação não tem outro propósito econômico;
- (iii) É a empresa para qual é transferido o ágio;
- (iv) É controladora da empresa que restou após a incorporação e na qual passou a ser amortizado o diferido (hoje, equivalente a ativo intangível);
- (v) É extinta por conta da incorporação;
- (vi) Possibilita que sua controlada possa, ao fim e ao cabo, amortizar em ativo diferido (hoje, intangível), o referido ágio.<sup>411</sup>

De forma geral, a empresa-veículo pode ser descrita como aquela que recebe da investidora participação societária com ágio como forma de integralização de capital e passa por processo de fusão, cisão ou incorporação, de tal maneira a criá-las com o fim precípuo de atender aos requisitos legais para dedução das amortizações do ágio integrante do seu patrimônio.

Não raramente tais empresas são criadas para esse fim específico, têm vida curta e não apresentam atividade operacional ou até mesmo quadro de empregados. A empresa-veículo não participa do fato econômico original constitutivo do ágio, não integra nenhum dos polos, como investidora ou investida.

Apesar disso, o aplicador deve verificar se tais características estão presentes ou não à luz do caso concreto, havendo casos em que algumas não estarão presentes, mas, ainda assim, estará caracterizada a empresa-veículo, como no processo administrativo nº 10600.720097/2016-31, acórdão nº 1402-003.869, julgado em 17/04/2019, sob a relatoria do Conselheiro Evandro Correa Dias, por exemplo:

---

<sup>411</sup> SCHOUERI, Luis Eduardo. *Ágio em reorganizações societárias: aspectos tributários*. São Paulo: Dialética, 2012, p. 103.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA-VEÍCULO PARA CANALIZAR O INVESTIMENTO ORIUNDO DO EXTERIOR. A utilização de empresa veículo não é verificada apenas pelo tempo de constituição da empresa. **Confirmado o exíguo prazo entre o aporte dos recursos advindos do exterior e as operações societárias que deram origem ao ágio e à sua amortização fiscal, mostra-se correta a acusação fiscal de que o investidor de fato seria a sociedade remetente dos recursos do exterior.** FUNDAMENTO ECONÔMICO. RENTABILIDADE COM BASE EM PREVISÃO DE RESULTADO NOS EXERCÍCIOS FUTUROS DA INVESTIDA. LAUDO TÉCNICO PRODUZIDO POSTERIORMENTE À AQUISIÇÃO DO INVESTIMENTO. INEFICÁCIA. O laudo acostado aos autos, elaborado após a operação de aquisição dos investimentos, para amparar o registro contábil dos ágios com fundamento na previsão de resultado de exercícios futuros, não é contemporâneo aos fatos, e não fundamenta os ágios. A dedutibilidade do ágio com base em expectativa de rentabilidade futura exige que o valor de aquisição do investimento esteja lastreado em laudo prévio (grifo nosso).

Nessa linha é que KAREM JUREIDINI DIAS e RAPHAEL LAVEZ<sup>412</sup> sustentam, a partir da análise da jurisprudência administrativa, que as operações que envolvam “empresas-veículo” podem ser classificadas em quatro categorias conforme o propósito a que se destinam tais entidades: 1. “Empresas-veículo” destinadas à criação de ágio<sup>413</sup>; 2. “Empresas-veículo” para a alienação<sup>414</sup>; 3. “Empresas-veículo” para aquisição<sup>415</sup>; e 4. “Empresas-veículo” para a movimentação de ágio reconhecido e registrado.<sup>416</sup>

Em relação à primeira espécie, deve o intérprete estar ciente que esse tipo de operação não constitui modificação no controle dos investimentos; a sociedade controladora meramente

<sup>412</sup> DIAS, Karem Jureidini; LAVEZ, Raphael Assef. “Ágio interno” e “empresa-veículo” na jurisprudência do CARF: um estudo acerca da importância dos padrões legais na realização da igualdade tributária. *In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães – FARO, Maurício Pereira (coord.). Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL à luz da jurisprudência do CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.* São Paulo: MP/APET, 2016, p. 343.

<sup>413</sup> Nessa categoria, as “empresas-veículo” são destinadas exclusivamente ao reconhecimento e registro de ágio que jamais fora registrado ou reconhecido em nenhuma das demonstrações individuais das entidades pertencentes ao grupo.

<sup>414</sup> A “empresa-veículo” nessa hipótese não se destina à simples geração de ágio novo, mas, sim, a simplificar e viabilizar a realização de um determinado negócio, que, inclusive, costuma ser realizado entre partes não dependentes.

<sup>415</sup> Nesse caso é o comprador que constitui “empresa-veículo” para viabilizar a aquisição de participação societária em determinado segmento. Para tanto, via de regra, a matriz do grupo comprador realiza substancial aporte de capital em empresa *holding* a quem caberá adquirir a participação societária detida por terceiros, registrando o respectivo ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, cuja amortização importa despesas dedutíveis a partir da confusão patrimonial entre adquirente e adquirida, o que comumente se dá pela incorporação às avessas da “empresa-veículo”.

<sup>416</sup> A quarta e última modalidade de utilização de “empresa-veículo” é aquela na qual se utilizam sociedades, no mais das vezes de curta duração, com o propósito de movimentar dentre as sociedades do grupo o ágio originário de uma efetiva aquisição. Um exemplo dessa categoria de “empresas-veículo” pode ser encontrado em vários casos de privatização, nos quais, a despeito da utilização da empresa-veículo, indiscutível a existência da efetiva aquisição.

operacionaliza a troca de participações entre suas controladas direta e indireta, de sorte que não é possível identificar nessa operação específica efetiva alienação/aquisição, o que levou a jurisprudência a considerar a criação do ágio artificial.<sup>417</sup>

Em pesquisa ao sítio eletrônico do CARF, verifica-se que o acórdão nº 103-23.290, emitido na sessão de julgamento realizada em 05/12/2007, foi precursor nesta matéria ao ter a expressão “empresa-veículo” mencionada em sua ementa.<sup>418</sup> Neste caso, a Terceira Câmara do antigo Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso voluntário interposto pela recorrente, sob o fundamento de inexistência de propósito negocial, em razão de a pessoa jurídica incorporada constituir “mera” empresa-veículo utilizada para transferência de ágio à incorporadora.

Segundo relatório produzido por professores da Fundação Getúlio Vargas, em relação ao uso das empresas-veículo em operações de ágio, é possível concluir que:

Relacionada a essa questão é o uso das chamadas “empresas-veículo”, as quais podem ser classificadas em três espécies mais tipicamente utilizadas operações que envolvam aquisições entre partes não relacionada, conforme o propósito a que se destinam: (i) “empresas-veículo” para a alienação; (ii) “empresas-veículo” para aquisição; e (iii) “empresas-veículo” para a movimentação de ágio reconhecido e registrado (transferência). A utilização de “empresa-veículo” na primeira hipótese não tem sido considerada impeditiva para o reconhecimento do ágio de acordo com a jurisprudência do CARF, não se localizando acórdãos em que a glosa tenha se dado sob tal fundamento. Quanto ao segundo caso, era recorrente o cancelamento da glosa especialmente quando os controladores da adquirente são estrangeiros, desde que ausentes circunstâncias que efetivamente demonstrem a dissimulação na interposição, a despeito de, em alguns casos mais recentes, ter sido **mantida a glosa por se entender caracterizada a simulação do real adquirente ou a ausência de propósito negocial para interposição da “empresa-veículo”. Por fim, na hipótese de “empresas-veículo” para movimentação do ágio, predomina o entendimento da impossibilidade de sua amortização fiscal, já que a transferência do ágio demonstraria o não cumprimento do requisito da legislação fiscal, isto é, a confusão patrimonial entre investidora e investida, nada obstante a glosa tenha**

<sup>417</sup> TAKATA, Marcos Shiguelo. Empresa-veículo e a amortização fiscal do ágio: há um problema real? In: QUIROGA, Roberto Mosquera; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. v. 5. São Paulo: Dialética, 2014, p. 234.

<sup>418</sup> “INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE “EMPRESA VEÍCULO”. Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade negocial ou societária, especialmente quando a incorporada teve o seu capital integralizado com o investimento originário de aquisição de participação societária da incorporadora (ágio) e, ato contínuo, o evento da incorporação ocorreu no dia seguinte. Nestes casos, resta caracterizada a utilização da incorporada como mera “**empresa veículo**” para transferência do ágio à incorporadora” (grifo nosso).

**sido cancelada em alguns casos, especialmente quando demonstrada a efetividade e o propósito da reorganização.**<sup>419</sup>

Nessa linha, ainda que a Câmara Superior de Recursos Fiscais tenha se posicionado após o ano de 2005, contrariamente às operações de ágio envolvendo empresas-veículo (conforme relação de casos analisados abaixo), essa corte administrativa recentemente passou a sopesar as características do caso concreto:

<b>Câmara Superior de Recursos Fiscais (2016 - 2017)</b>			
<b>Contribuinte</b>	<b>Data da Sessão</b>	<b>Tipo de Veículo</b>	<b>Resultado</b>
CELPE	20/01/2016	Transferência	Desfavorável
Biosintética Farmacêutica	20/01/2016	Transferência	Desfavorável
Johnson Controls	20/01/2016	Transferência	Desfavorável
Columbian Chemicals	03/02/2016	Aquisição	Desfavorável
COSERN	06/04/2016	Transferência	Desfavorável
COSERN	06/04/2016	Transferência	Desfavorável
Termopernambuco	03/05/2016	Transferência	Desfavorável
Sul América Seguros	17/08/2016	Transferência	Desfavorável
Fábrica de Peças Delmar	21/11/2016	Aquisição	Desfavorável
Tokio Marine	22/11/2016	Aquisição	Desfavorável
Nacional Minérios	14/03/2017	Aquisição	Desfavorável
VRG Linhas Aéreas	10/05/2017	Aquisição	Desfavorável
Banco Itaucard	07/06/2017	Transferência	Desfavorável
Ticket Serviços	07/06/2017	Transferência	Desfavorável
AES Tiete	04/07/2017	Aquisição	Desfavorável
Atacadão	04/07/2017	Aquisição	Desfavorável
Banco Santander	04/07/2017	Transferência	Desfavorável
Banco Santander	04/07/2017	Transferência	Desfavorável
Ecisa Participações	08/07/2017	Aquisição	Desfavorável

Essa afirmação fica evidente quando analisamos o Processo Administrativo nº 18470.731968/2012-52, acórdão nº 9101-003.612, julgado em 05/06/2018, que restou assim ementado:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

**ÁGIO ORIUNDO DE AQUISIÇÃO COM USO DE RECURSOS FINANCEIROS DE OUTREM. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.**

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999 (que tem como base os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/1997), requer que participe da “confusão patrimonial” a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na “mais valia” do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição.

Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se a investidora real transferiu recursos a uma “empresa-veículo” com a específica finalidade de

<sup>419</sup> SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.). *Repertório analítico de jurisprudência do CARF*: Observatório do CARF. São Paulo: Max Limonad; FGV, 2016, p. 309-310, grifo nosso.

sua aplicação na aquisição de participação societária em outra empresa e se a “confusão patrimonial” advinda do processo de incorporação não envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsou os valores que propiciaram o surgimento do ágio, ainda que a operação que o originou tenha sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

Nesse caso, a operação se deu nas seguintes etapas:

- conforme exposto no Termo de Verificação anexo ao Auto de Infração, em setembro de 2006 a empresa BFL Participações e Empreendimentos S.A. (“BFL”) adquiriu a totalidade das quotas emitidas pela Recorrente, tornando-se sua controladora;
- na ocasião, a BFL e esta Recorrente não mantinham qualquer tipo de vinculação econômica ou jurídica, de modo **que a operação de aquisição foi firmada entre partes totalmente independentes** e, para fazer frente à participação societária adquirida, a BFL desembolsou R\$ 96.000.000,00 (noventa e seis milhões de reais), conforme se comprovou através da juntada do respectivo Instrumento Particular de Compra e Venda e Outras Avenças;
- **referido preço foi devido e efetivamente pago pela Compradora aos Vendedores** (então sócios da Recorrente), tal qual atestado pelos comprovantes de pagamento acostados à peça de Impugnação, portanto já integrantes dos presentes autos;
- o montante do preço pago pela BFL fora composto pelo valor da participação acionária adquirida (patrimônio líquido da Recorrente), adicionado de ágio estipulado pelos Vendedores, **o qual encontrou justificativa na fundada expectativa de rentabilidade futura, atestada por meio de laudo de avaliação econômica;**
- uma vez concluída a aquisição da participação societária, a Recorrente veio a incorporar a BFL, com fundamento em razões estratégicas e econômicas, quais fossem: (i) conferir maior capacidade financeira e patrimonial à incorporadora; (ii) racionalizar e simplificar sua estrutura societária e, conseqüentemente, consolidar e reduzir gastos e despesas operacionais combinadas; (iii) permitir a união de recursos empresariais e dos patrimônios envolvidos, possibilitando uma melhor utilização de recursos operacionais e beneficiando as atividades sociais desempenhadas; e (iv) simplificar a gestão para viabilizar a expansão dos negócios sociais combinados.
- ao analisar todos os documentos apresentados pela Recorrente, quando da resposta ao Termo de Início de Fiscalização, o Sr. Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil concluiu, expressamente, que **a operação tratada nos autos foi realizada no estrito cumprimento da legislação societária, inclusive das disposições das Instruções CVM nº 319/1999 e nº 349/01,** que tratam do ágio (grifo nosso).

Verifica-se que, mesmo em casos em que a empresa foi criada para mera transferência do ágio, ainda assim há significativa resistência da Câmara Superior de Recursos Fiscais em admitir a utilização da empresa-veículo.

A única hipótese em que a Câmara Superior tem admitido a utilização da empresa-veículo é nos casos em que seu uso é exigido por questões regulatórias, como bem se explicita nos autos do Processo administrativo nº 16561.720032/2015-02, acórdão nº 9101-003.609, julgado em 05/06/2018:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011

CONHECIMENTO. SIMILITUDE FÁTICA.

Sendo similares os fatos analisados pelo acórdão recorrido e paradigma, é conhecido o recurso especial.

ÁGIO TRANSFERIDO. EMPRESA VEÍCULO. DEDUTIBILIDADE.

**É legítima a transferência do investimento com ágio, notadamente quando existentes restrições societárias e regulatórias que orientaram a criação de empresa “veículo” (grifo nosso).**

No caso concreto, havia imposições da CVM e ANEEL que justificam – por questões societárias e regulatórias – a organização societária da forma procedida, isto é, a existência da “empresa-veículo”.

Em todos os demais casos, entende a Câmara Superior do CARF, de forma, a nosso ver equivocada, que não existe substância econômica ou propósito comercial na utilização de estrutura com “empresa-veículo” neste contexto apresentado.

### **5.3 SÍNTESE CONCLUSIVA: CRITÉRIOS DE VALIDADE DA EMPRESA-VEÍCULO NA JURISPRUDÊNCIA DO CARF**

As operações acima ilustram como o contribuinte pode estruturar seus negócios de forma lícita com a utilização de uma empresa ou fundo que servem como meio ou veículo para que o investimento alcance uma tributação mais eficiente em relação à que incidiria na espécie caso o investimento fosse feito de forma direta.

A análise jurisprudencial realizada demonstra que as empresas-veículo podem ser utilizadas como forma de o Contribuinte organizar seus negócios com várias finalidades, sem que se possa abstrair critérios claros para embasar sua validade “sem riscos”. Das decisões se pode extrair, contudo, critérios negativos; em outras palavras, o que não seria aceitável pelas autoridades administrativas.

Por exemplo, das operações de casa e separa e de ágio, verifica-se que o prazo de duração da empresa e mesmo o momento de sua criação em relação a operação econômica subjacente servem como indícios para que a estrutura seja aceita.

Outro ponto importante, embora ausente previsão legislativa, é a existência de propósito comercial, entendido como motivo ligado ao negócio celebrado, o que poderia, inclusive, ser verificado na inexistência da empresa fora do contexto da operação ou reorganização societária; significa dizer que, caso a operação em que a empresa-veículo foi utilizada não houvesse ocorrido, não haveria alguma outra forma e causa jurídica para se

efetuar a operação ou reorganização, o que não necessariamente exige razão econômica para a constituição daquela empresa.

Das decisões relativas a operações de ágio extrai-se que a necessidade da empresa para cumprimento de requisitos regulatórios também tem justificado a utilização da empresa-veículo, em que pese seja possível identificar decisões favoráveis e contrárias nesse sentido.

Ademais, cabe ressaltar que, embora o artigo 98 do CTN estabeleça a prevalência de tratados internacionais sobre a legislação doméstica, não é possível afirmar qual será a posição que a Receita Federal adotará em relação às operações de *treaty shopping* ou de interposição de empresas no exterior para fins de alienação de ativos no Brasil sem o *trigger* da tributação por ganhos de capital. Essa incerteza se verifica em razão do desprezo que as autoridades têm demonstrado em relação à aplicação de tratados internacionais, principalmente em casos envolvendo a legislação de tributação em bases universais e na aplicação de tratados em relação a remessa para o pagamento da prestação de serviços prestados por não residentes.

Como discorrido, procurou-se traçar o paralelo entre os precedentes e casos selecionados com preceitos do direito empresarial, em especial *affectio societatis* e tempo de duração das empresas-veículo, porém, como se viu, esses aspectos não foram relevantes para os julgamentos e formação da jurisprudência sobre o tema. Em todos os julgados analisados, o ponto mais relevante foi a falta de propósito comercial para a existências das sociedades-veículo, fundado no argumento de que elas não tinham outra finalidade senão a economia de tributos, embora tenham atendido os requisitos formais de constituição, como contribuição de capital, pluralidade de sócios e *affectio societatis*.

Por fim, propósito comercial deveria ser entendido como a existência de uma causa ou razão (por exemplo familiar, mercadológica, competitiva, estratégica, regulatória, etc.) que determine ou impulse na direção da realização do negócio jurídico celebrado, em sintonia com a variável tributária, e a constituição da sociedade-veículo funciona harmonicamente para a implementação e execução dos atos e negócios.



## 6 CONCLUSÕES

1. Neste estudo, adota-se uma postura de reconhecimento do fenômeno jurídico necessariamente dentro de um processo comunicacional, no qual há inúmeras intersecções de linguagem, entre todos os atores do fenômeno jurídico (intérprete, legislador, juízes, etc.). A verdade não é única, pois é um fenômeno metafísico, isto é, não depende de comprovação empírica, mas das premissas da teoria adotada.

2. A Ciência do Direito é uma sobrelinguagem (linguagem de sobrenível), localizada acima da linguagem do direito positivo, mas está discorrendo, emitindo, sob este mister, proposições descritivas acerca de seu objeto: o conjunto de normas válidas dentro de um determinado sistema, em determinado contexto histórico (direito positivo).

3. Segundo a concepção filosófica do “giro-linguístico”, as normas jurídicas são manifestações linguísticas, de modo que “onde houver normas jurídicas haverá sempre uma linguagem (no caso do “direito brasileiro, uma linguagem manifesta, necessariamente, na forma escrita)”, com o intuito de regular as condutas intersubjetivas dos cidadãos. Afirmar que o direito é um sistema comunicacional significa tomar como premissa que o direito é um objeto cultural que se manifesta em linguagem, por intermédio de textos.

4. O direito é sobre construção de verdades, que dependerá do referencial teórico e filosófico adotado pelo intérprete. Não há uma verdade ontológica e “pura”, pois implicaria reconhecer a existência de algo sem linguagem, o que é incompatível com as premissas adotadas no presente estudo.

4.1. A verdade por correspondência é a conexão do enunciado verdadeiro com a realidade, ou seja, uma correlação necessária e imprescindível. Tem como crítica o fato de que tanto a verdade será limitada aos sentidos dos seres humanos quanto a realidade, que é limitada e incompleta.

4.2. A verdade pragmática considera a veracidade a partir da utilidade, isto é, o quanto de efeitos práticos e vantagens a verdade traz em relação aos fenômenos. Tem como crítica a falta de cientificidade e a falta de autonomia como critério de construção da verdade.

4.3. A verdade consensual depende do grau de credibilidade que o argumento inspira na comunidade. Tem como crítica o fato de que a verdade pode ser de difícil determinação nos casos em que não haja consenso, concordância ou unanimidades.

4.4. A verdade por coerência decorre da ideia de que as verdades são extraídas por indução ou dedução das proposições gerais ou específicas de um conjunto sistemático e

internamente coerente. Tem como crítica o fato de que eventual fechamento cognitivo pode transformar as verdades em máximas anacrônicas e desvinculadas da realidade.

**5.** O planejamento tributário é um confronto de versões da verdade: enquanto o contribuinte tenta demonstrar que sua conduta está abarcada por norma tributária que não onera ou onera em menor grau a carga tributária de sua operação; de outro modo, o Fisco deverá comprovar que o contribuinte se inclui no âmbito de incidência de outra norma, seja pela interpretação equivocada na norma jurídico-tributária, seja pela realização de negócio jurídico simulado, errado ou doloso, a fim de se incluir ilicitamente em situação mais econômica no ponto de vista tributário.

**5.1.** É forçoso reconhecer existir uma linguagem positiva da construção das verdades, aferida a partir da apresentação de provas e argumentos válidos para se encaixar em uma ou em outra norma de incidência tributária.

**6.** A expressão “planejamento tributário” possui um problema semântico, abarcando três realidades distintas e que, por vezes, possuem limites de significado não muito bem construídos e definidos: elisão, evasão ou elusão fiscal.

**6.1** Nada obstante, diante do caráter binomial do direito, que atua necessariamente sobre o binômio “lícito/ilícito”, é de rigor a refutação da existência da elusão fiscal.

**6.2** Assim, dentro do binômio “lícito/ilícito”, é importante separar dois tipos de condutas possíveis que, genericamente, têm sido referidos como planejamentos tributários nas discussões do CARF: (i) a realização de atos e negócios jurídicos lícitos, que efetivamente constituem práticas elisivas; a (ii) realização de atos e negócios jurídicos inválidos ou ilícitos, que, por serem carregados de ilicitude, configuram formas de evasão fiscal.

**7.** Evolução legislativa da disciplina relativa ao planejamento tributário revela que, ao longo dos últimos anos, houve por parte do Poder Legislativo uma “quádrupla refutação” da introdução de uma norma geral antielisiva que aumentasse os poderes de requalificação de atos e negócios jurídicos válidos.

**8.** O art. 116, parágrafo único do CTN não configura norma geral antielisiva, tampouco norma específica antielisiva, seja porque seu conteúdo é limitado a situações envolvendo simulações relativas (dissimulação), seja porque não há, até hoje, legislação específica que pudesse regulamentar a matéria nos termos do referido dispositivo. Assim, é relevante concluir que não houve, no ordenamento jurídico brasileiro, a inserção de uma norma geral antielisiva no Brasil.

**9.** De outro lado, tendo em vista que os limites ao planejamento tributário no Brasil residem unicamente em práticas simulatórias (plenas ou parciais), a análise dos vícios e

defeitos de atos e negócios jurídicos de Direito Privado pode oferecer valiosa ajuda ao intérprete. Nesse sentido, os atos inválidos seriam aqueles nulos de pleno direito (vício de validade) ou anuláveis (vício de vontade), ou, ainda, atos ilícitos típicos (contrariedade à regra expressa) ou ilícitos atípicos (contrariedade à princípios jurídicos).

**10.** Nosso sistema jurídico é diferente de todos os outros. Enquanto no Direito Privado foi positivado um sistema de concreção *a posteriori* e normas abertas; no governo atual, sistema de concreção *a priori* e normas fechadas. A legalidade tributária evita que princípios justifiquem a incidência de normas onde não houver previsão expressa em lei.

**10.1.** Entretanto, o sistema de concreção *a priori* e normas ficam fechadas. A legalidade tributária evita que princípios justifiquem a incidência de normas onde não houver previsão expressa em lei.

**10.2.** A nosso ver, não há uma eficácia positiva da capacidade contributiva, na medida em que princípios jurídicos não possuem eficácia positiva, mas apenas negativa. Especificamente no caso do Direito Tributário, que se pauta tão fortemente na legalidade (inclusive sendo um dos poucos países do mundo que adita uma postura clara e positivada quanto à vedação à analogia e a prevalência da legalidade estrita sobre a isonomia), não tem a capacidade contributiva um caráter inclusivo e positivo, que possa justificar a tributação para além do âmbito semântico do antecedente de uma norma tributária.

**10.3.** O Direito Civil diferencia a figura da simulação entre *absoluta* (simulação *stricto sensu*) e *relativa* (dissimulação). A simulação absoluta decorre da celebração de determinado negócio jurídico que, na realidade, sequer chegou a existir. Por outro lado, na simulação relativa, celebra-se um negócio jurídico aparentemente existente, para ocultar o negócio jurídico efetivamente desejado. Nesta última, há um negócio jurídico real que foi ocultado por meio de um negócio jurídico simulado, exteriorizado por meio de declaração mentirosa.

**10.4.** Não há no Brasil as figuras do abuso de direito e abuso de formas. Inicialmente, além de não haver uma definição precisa do que se consiste “abuso”, muitas vezes a situação será classificável como simulação ou dissimulação.

**10.5.** Igualmente não cabe falar em fraude à lei no ordenamento jurídico pátrio. Não existe lei imperativa no Direito Tributário no sentido de precisar incorrer no fato gerador. Se, antes do fato gerador, o contribuinte evitar a realização da conduta prevista na hipótese normativa, não há imperatividade. O direito da Fazenda Pública para a obtenção do referido regime somente tem gênese com a ocorrência do fato gerador.

**10.6.** O mesmo raciocínio pode ser utilizado com outras figuras análogas frequentemente suscitadas no âmbito dos tribunais administrativos, como o ato anormal de

gestão, negócio jurídico indireto e de propósito comercial. Em todos os casos, além de não configurarem hipóteses que revelem um ilícito tributário, por si, igualmente não existe qualquer dispositivo legal positivado que pudesse, de alguma forma, desabonar a conduta do Contribuinte nos casos acima.

**11.** Não há incompatibilidade entre as características comuns das empresas-veículo (conforme a nomenclatura utilizada pela jurisprudência administrativa), isto é, os traços típicos com relação à ausência de substância material mínima, estrutura *pro forma* ou tempo diminuto existência da empresa, salvo em caso de efetiva simulação ou vício de existência da pessoa jurídica, conforme disposição do art. 104 do Código Civil, bem como a efetiva comprovação constitui ônus das autoridades fazendárias. Em outras palavras, essas características não conflitam com a legislação societária; portanto, não podem ser utilizadas para desconsiderar a realidade jurídica criada pelo Direito.

**12.** No entanto, ressaltamos a posição de que tais “vícios” alegados pelo fisco nos autos de infração, para fundamentar a desconsideração da existência da personalidade jurídica e assim desconsiderar os atos praticados pelas empresas-veículo, conquanto não sejam, *per se*, uma infração aos ditames do Direito Societário – e por isso defendemos que a chamada “empresa-veículo” mantém sua integridade jurídica como empresa –, eles podem figurar como indícios ou como elementos de uma realidade probatória que aponte à desnaturação dos elementos do negócio jurídico praticado, isto é, as características apontadas pelo fisco como elementos da empresa-veículo podem ser utilizados como indícios para a comprovação de um negócio jurídico simulado ou dissimulado, conforme disposto na seara do Direito Tributário.

**12.1.** Nesse sentido, temos que a personalidade jurídica da empresa, enquanto tal, permanece intacta quanto aos demais atos praticados. Apenas o negócio jurídico foi “desconsiderado” – que, por ser simulado, nunca produziu efeitos – e daí as repercussões tributárias inerentes serem totalmente cabíveis.

**12.2.** Para ilustrar, podemos considerar o exemplo de uma empresa cujos sócios, na verdade, nem sabiam que eram sócios de determinada pessoa jurídica (comumente chamados de “laranjas”). Ora, nesse caso há evidente vício tanto em um dos elementos gerais (*e.g.*, o consenso), como em um dos elementos específicos (*e.g.*, *affectio societatis*).

**12.3.** Hipótese semelhante é a do menor que fraudava documentos para poder constituir uma pessoa jurídica. Ora, nesse caso, haverá também vícios que maculam a existência da própria pessoa jurídica, implicando dizer que a pessoa jurídica nunca existiu e que seus atos são nulos, salvo em hipóteses muito específicas de boa-fé de terceiros que devem ser verificadas no caso concreto.

**12.4.** Utilizando para ilustrar agora uma situação oposta, seria o caso de operações chamadas de “casa e separa” ou de “ágio”; nesses casos, os elementos caracterizadores da chamada “empresa-veículo” não dizem respeito à existência da pessoa jurídica, mas sim do(s) negócio(s) jurídico(s) específico(s) praticado(s) por ela, em que, a partir de outros indícios e provas, se demonstre que se trata de negócio jurídico simulado ou dissimulado, conforme os ditames do CTN.

**12.5.** Permanece ainda apta para desenvolver seu objeto social, promover novos atos ou negócios jurídicos etc. Assim, *a priori*, não há incompatibilidade entre as características comuns das empresas-veículo com os requisitos civis-empresarias para a constituição de uma empresa.

**13.** Ainda assim, quando se investiga a jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, verifica-se equivocada utilização de conceitos na análise de operações envolvendo o uso de empresas-veículo para fruição de benefícios fiscais limitados a determinadas situações específicas.

**13.1.** Se, de um lado, as operações de “casa e separa” foram condenadas ao tratamento de simulação, fraude, ausência de propósito negocial; por outro lado, outras operações ainda apresentam espaço para contestação por parte do contribuinte. Nesse sentido, por exemplo, os casos de *treaty shopping*, em que pode ser que a fiscalização siga o exemplo da Índia e aceite o investimento indireto, por realizar um dos objetivos do tratado, que é o de atrair investimentos.

**13.2.** Menos provável, entretanto, é a aceitação do *boxe round-tripping*, na medida em que não se está incentivando o ingresso de novos capitais, o que se verifica é a confirmação de investimentos que já seriam feitos aqui, apenas expandindo-se as vantagens do investidor 4.373.

**14.** Da mesma forma, a existência de autuações fiscais mantidas e outras canceladas no estudo da jurisprudência administrativa, demonstra que, mesmo não havendo sólido posicionamento quanto à ineficácia para fins fiscais dos atos e negócios jurídicos, seja por parte dos julgadores administrativos no CARF ou no direito positivo, é inegável, de outro lado, que a Fiscalização está se preocupando com os seus motivos e finalidade, autorizando o uso consciente por parte dos Contribuintes para o exercício do seu poder de se organizar com a proteção dos efeitos tributários esperados.

**15.** Sustentamos ainda que a utilização de empresa-veículo não pode ser o fator determinante para a qualificação jurídica de uma operação como abusiva, podendo servir tão somente como indício, devendo a Fiscalização se aprofundar e produzir provas necessárias

para a interpretação dos atos e negócios jurídicos praticados pelo Contribuinte, ainda mais quando ausente norma geral antielisiva no ordenamento jurídico brasileiro.

**16.** Frisamos que Código Civil, e Direito Privado em geral, dá o corpo e a alma aos negócios jurídicos praticados. Corpo é a forma e a alma (como realidade da vida) é a substância. A substância é aquela dada pelo direito, como causa dos atos ou negócios jurídicos e que o Código Civil de 2002 estabelece como função, fim, finalidade dos atos ou negócios jurídicos.

**16.1.** Assim sendo, a substância não está fora do direito. A substância advém do direito e se confunde com a causa, que se manifesta através da realização do negócio jurídico, não interessando, assim, o motivo da realização do ato para verificação de sua validade. Em conformidade com o artigo 167 do Código Civil, fundamental para o exame dos planejamentos tributários evasivos, são manchados pela simulação que é a evidenciação de que o comportamento das partes que perpetraram as reorganizações societárias e negócios jurídicos está em desacordo com a causa ou finalidade ligada ao negócio. Ademais, economizar tributos não é falta de propósito, sendo certo que a eficiência fiscal não é motivo que se constitui em ato ilícito, mas sim um direito constitucional.

**16.2.** Nesse sentido, importante é examinar as contribuições trazidas pelo Direito Privado, que regula as relações das pessoas e seu conteúdo econômico, o que pode gerar manifestações de capacidade contributiva que podem interessar ao Direito Tributário.

**16.3.** Ante o exposto, verifica-se, por fim, que a qualificação jurídica das transações que envolvam o uso das denominadas empresas-veículo depende de exame de caso a caso, e os critérios que foram utilizados nos precedentes analisados, como visto, repousam na i) temporalidade da empresa-veículo em relação aos desígnios da operação (se já existia ou se foi criada exclusivamente para aquele propósito); sua ii) longevidade após a conclusão da operação (se continuou a existir e perpetrar a execução de suas atividades ou esvaiu-se), tendo funcionado para o convívio societário no alcance de interesses e esforços comuns; e iii) sua operacionalidade (exercia atividades operacionais ou constitui-se apenas como empresa só veículo, não tendo se consubstanciado em veículo de execução de vontades de seus sócios e de captação de recursos e da existência de propósito negocial, não entendido como insignificante presença econômica, mas sim como a causa ou razão do negócio jurídico.

## REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Alfredo Bose e Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ABRAHAM, Marcus. Os 10 Anos da Norma Geral Antielisiva e as Cláusulas do Propósito Negocial e da Substância sobre a Forma Presentes no Direito Brasileiro. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, v. 192, p. 79-93, 2011.
- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de direito comercial*. v. 1, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade e à ética na ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, José Carlos Moreira. Figuras correlatas: abuso de forma, abuso de direito, dolo, negócios jurídicos simulados, fraude à lei, negócio jurídico indireto e dissimulação. In: *Anais do seminário internacional sobre Elisão Fiscal*. Brasília: ESAF, 2002. p. 61-77.
- ALVES, José Carlos Moreira. As figuras correlatas da elisão fiscal. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte: Fórum, v. 1, n. 1, p. 11-20, jan./fev. 2003.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. 6. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- AMARO, Luciano da Silva. Planejamento Tributário (IR: limites da economia fiscal – Planejamento tributário). *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Malheiros, n. 71, p. 45-53, 1996.
- ANBIMA. Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais. *Fluxo do Investimento via Resolução CMN nº 4.373/14*. Rio de Janeiro; São Paulo: Anbima, [2016?]. Disponível em: <http://www.anbima.com.br/data/files/57/A4/22/C6/C8EF06106CA98D06A8A80AC2/Fluxo-Investimento-CMN-n-437314.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da Norma Tributária*. São Paulo: MP Editora, 2006.
- ANTONELLI, Leonardo Pietro. *Evasão, elisão e dissimulação do Art. 116, do CTN*. In: GOMES, Marcus Lívio; ANTONELLI, Leonardo Pietro (coord.). *Curso de direito tributário brasileiro*. v. 3, 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 473-495.
- ARAGÃO, Lúcia Maria de Carvalho. *Razão Comunicativa e Teoria Social Crítica em Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

ASCARELLI, Tullio. A atividade do empresário. Trad. Erasmo Valladão Novais França. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo: Malheiros, v. 42, n. 132, p. 203-215, out./dez. 2003.

ASCARELLI, Tullio. *O negócio jurídico indirecto*. Lisboa: Jornal do Fôro, 1965.

ASCARELLI, Tullio. Origem do Direito Comercial. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35, v. 103, p. 87-100, jul./set. 1996. Título original: Origine del Diritto Commerciale. In: ASCARELLI, Tullio. *Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962. p. 61-80).

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2001.

ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35, n. 104, p. 109-126, out./dez. 1996. Título original: Profili dell'Impresa. *Rivista del Diritto Commerciale*, v. 41, n. 1, p. 1-20, 1943.

ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

AVI-YONAH, Reuven; PANAYI, Christiana Hji. Rethinking treaty shopping: lessons for the European Union. *Public Law and Legal Theory*. Ann Harbor: Michigan Law School, 2010 (Working Paper Series, n. 182).

ÁVILA, Humberto. Eficácia no Novo Código Civil na legislação tributária. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (coord.). *Direito tributário e o novo código civil*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2004. p. 62-79.

AURICCHIO, Alberto. *A simulação no negócio jurídico: premissas gerais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1964.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. Atualizada de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Relatório de Investimento Direto no País - 2018*. Brasília: BCB, 2018. Disponível em <https://www.bcb.gov.br/Rex/CensoCE/port/RelatorioIDP2016.pdf>. Acesso em: 25 maio 2019.

BARRETO FILHO, Oscar. Pela dignidade do direito mercantil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, ano 2, n. 6, p. 297-305, set./dez. 1999.

BARRETO, Paulo Ayres. Comunicação, linguagem e direito. In: ROBLES MORCHÓN, Gregório; CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). *Teoria comunicacional do direito: diálogo entre Brasil e Espanha*. São Paulo: Noeses, 2011. p. 387-396.

BARRETO, Paulo Ayres. *Contribuições: regime jurídico, destinação e controle*. São Paulo: Noeses, 2006.

BARRETO, Paulo Ayres. Imposto sobre a renda e os lucros auferidos no exterior. *In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). Grandes questões atuais do direito tributário*. v. 6. São Paulo: Dialética, 2002. p. 333-346.

BARRETO, Paulo Ayres. *Imposto sobre a renda e preços de transferência*. São Paulo: Dialética, 2001.

BARRETO, Paulo Ayres. Ordenamento e sistema jurídico. *In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.); CARVALHO, Aurora Tomazini de (org.). Constructivismo lógico-semântico*. v. 1. São Paulo: Noeses, 2014. p. 249-269.

BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário: limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016.

BARRETO, Paulo Ayres. Planejamento tributário: perspectivas jurisprudenciais. *In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2011. p. 292-323.

BARRETO, Paulo Ayres. Segurança jurídica no planejamento tributário. *In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). Grandes questões atuais do direito tributário*. v. 14. São Paulo: Dialética, 2010.

BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. Os desafios do planejamento tributário internacional na Era Pós-BEPS. *In: CARVALHO, Paulo de Barros (org.). XIII Congresso Nacional de Estudos Tributários - IBET*. São Paulo: Noeses, 2016. p. 989-1028.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BERTOLDI, Marcelo Marco. *Curso avançado de direito comercial*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda, 2008.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Ed. histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. v. 2, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

BORGES, José Souto Maior. A norma antielisão, seu alcance e as peculiaridades do sistema tributário nacional. *Anais do Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal*. Brasília: ESAF, 2002. p. 211-246.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 406.955/MG*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgamento: 04 out. 2011. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJE, 21 out. 2011.

BROSETA PONT, Manuel. *Manual de derecho mercantil*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 1994.

BULGARELLI, Waldirio. *Direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

BULGARELLI, Waldirio. *Manual das sociedades anônimas*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades comerciais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

BULGARELLI, Waldirio. *Tratado de Direito Empresarial*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Imposto de renda*. Rio de Janeiro: Justee Editora, 1971.

CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CARVALHO DE MENDONÇA, Jose Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*. v. 1. Atualizado por Ricardo Negrão. Campinas: Bookseller, 2000.

CARVALHO DE MENDONÇA, Jose Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*. v. 2, tomo 2. Atualizado por Ruymar de Lima Nucci. Campinas: Bookseller, 2001.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito*. O construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2009.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. O constructivismo lógico-semântico como método de trabalho na elaboração jurídica. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.); CARVALHO, Aurora Tomazini de (org.). *Constructivismo lógico-semântico*. v. 1. São Paulo: Noeses, 2014. p. 13-40.

CARVALHO, Paulo de Barros. Algo sobre o constructivismo lógico-semântico. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.); CARVALHO, Aurora Tomazini de (org.). *Constructivismo lógico-semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014. p. 3-11.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 19. ed. São Paulo, Saraiva: 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. Interpretação dos fatos jurídicos e os avanços da interdisciplinaridade. In: TORRES, Heleno Taveira (coord.). *Direito tributário e ordem econômica: homenagem aos 60 anos da ABDF*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 279-296.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. t. 2, v. 4. São Paulo: Saraiva, 1998.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1997.

CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. Cláusulas de limitações de benefícios (*LOB clauses*): exame comparativo entre Modelo Norte-Americano de Tratados, Convenção Modelo OCDE e acordos internacionais contra a bitributação celebrados pelo Brasil. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, Belo Horizonte, ano 11, n. 61, p. 125-155, jan./fev. 2013.

CASTRO, Leonardo Freitas de Mores e. Caso Vodafone: ganho de capital de não residente decorrente de alienação indireta de participação societária em sociedade na Índia e reflexões sobre eventual aplicabilidade no Brasil. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (coord.). *Tributação internacional: análise de casos*. São Paulo: MP Editora; APET, 2015. p. 25-71.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial: Direito de empresa*. v. 1, 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *Restrições a circulação de ações em companhia fechada: nova et vetera*. Novas Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COSTA, Alcides Jorge. Capacidade contributiva. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 55, p. 297-302, jan./mar. 1991.

CRISTIANO, Romano. *Sociedade limitada no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 1998.

CVM. Comissão de Valores Imobiliários. *CVM edita norma que ajusta a regulamentação do FIP para fomentar investimentos em empresas de menor porte*. Brasília: CVM, 27 nov. 2013.

DERZI, Misabel Abreu Machado. O planejamento tributário e o buraco do real. Contraste entre a completabilidade do Direito Civil e a vedação da completude no Direito Tributário. In: FERREIRA, Eduardo Paz; TORRES, Heleno Taveira; PALMA, Clotilde Celorico (org.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier: Economia, Finanças Públicas e Direito Fiscal*. v. 2. Coimbra: Almedina, 2013. p. 399-414.

DIAS, Karem Jureidini; LAVEZ, Raphael Assef. “Ágio interno” e “empresa-veículo” na jurisprudência do CARF: um estudo acerca da importância dos padrões legais na realização da igualdade tributária. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães – FARO, Maurício Pereira (coord.). *Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL à luz da jurisprudência do CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais*. São Paulo: MP/APET, 2016. p. 327-353.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Elisão e Evasão Fiscal*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1977.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Fato gerador da obrigação tributária*. 7. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: decisão, técnica e dominação*. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Palestra sobre simulação e negócio jurídico indireto. *Ata da 1337ª Reunião da Mesa de Debates de Estudos e Casos de Direito Tributário do IBDT*. São Paulo: IBDT, 21 mar. 2013. Disponível em: [http://ibdt.org.br/material/arquivos/Atas/Integra\\_21032013.pdf](http://ibdt.org.br/material/arquivos/Atas/Integra_21032013.pdf). Acesso em: 24 abr. 2019.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Simulação e negócio jurídico indireto no direito tributário e à luz do novo código civil. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte: Fórum, v. 8, n. 48, p. 9-25, nov./dez. 2010.

FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Lições de direito comercial*. 2. ed. São Paulo: Maltese, 1995.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Manual de direito comercial*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FURTADO, Jorge Henrique Pinto. *Curso de direito das sociedades*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

GAINO, Itamar. *A simulação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAMA, Tácio Lacerda. *Competência Tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009.

GAMA, Tácio Lacerda. Competências comunicativas e o tema da validade no direito. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.); CARVALHO, Aurora Tomazini de (org.). *Constructivismo lógico-semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014. p. 271-296.

GAMA, Tácio Lacerda. Uma proposta dialógica para os atributos de unidade, coerência e consistência do sistema jurídico. In: CARVALHO, Paulo de Barros; ROBLES MORCHÓN, Gregório (coord.). *Teoria Comunicacional do Direito: Diálogo entre Brasil e Espanha*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 345-384.

GARRIGUES, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*. t. I, v. 1, 7. ed. Bogotá: Temis, 1987.

GERMANO, Livia de Carli. *Planejamento tributário e limites para a desconsideração dos negócios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GODOI, Marciano de Seabra de. Dois conceitos de simulação e suas consequências para os limites da elisão fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*. v. 11. São Paulo: Dialética, 2007. p. 272-298.

GODOI, Marciano Seabra de. Uma proposta de compreensão e controle dos limites da elisão fiscal no direito brasileiro – estudo de casos. In: YAMASHITA, Douglas. *Planejamento fiscal à luz da jurisprudência*. São Paulo: Lex, 2007, p. 276-277.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Atualizado por Humberto Theodoro Junior. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Manual de Direito Comercial*. 2. ed. revisada e atualizada. Juruá: Curitiba, 2000.

GRANER, Fabio; PUPO, Fábio. Investidor se passa por não residente para burlar Receita. *Valor Econômico*, Rio de Janeiro: Grupo Globo, 30 out. 2017. Disponível em: <https://www.valor.com.br/financas/5175644/investidor-se-passa-por-nao-residente-para-burlar-receita>. Acesso em: 30 maio 2019.

GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

GUTMANN, Daniel. *Droit fiscal des affaires*. 3<sup>ème</sup> éd. Paris: Montchrestien, 2012.

JAMES, William. *Pragmatism*. New York: Dover Publications, 1995.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Tradução de Lucimar A. Gochi Anselmi e de Fulvio Lubisco. São Paulo: Martin Claret, 2009.

LEHNER, Moris. Consideração econômica e tributação conforme a capacidade contributiva. Sobre a possibilidade de uma interpretação teleológica de normas com finalidades arrecadatórias. In: COSTA, Alcides Jorge et al. *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética; IBDT, 1998. p. 143-154.

LIBERTUCI, Elisabeth Lewandowski. Reflexões quanto à pertinência da norma antielisão (parágrafo único do art. 116 do CTN) e sua relação com o novo Código Civil. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Curso de direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1075-1107.

LINS, Robson Maia. As normas jurídicas e o tempo jurídico. In: CARVALHO, Paulo de Barros; ROBLES MORCHÓN, Gregório (coord.). *Teoria Comunicacional do Direito: Diálogo entre Brasil e Espanha*. São Paulo: Noeses, 2011. p. 481-501.

LOBO, Jorge. *Sociedades limitadas*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Trad. Klaus A. Ziegart. Oxford: Oxford University, 2004.

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

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

MACHADO, Hugo de Brito. A Norma Antielisão e outras alterações no CTN. *IOB – Repertório de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. v. 7. São Paulo: IOB, 2001.

MALAN, Pedro. *Mensagem 1.459*. Brasília: Diário da Câmara dos Deputados, 16 out. 1999, p. 48931. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD16OUT1999.pdf#page=42>. Acesso em: 25 maio 2019.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*. v. 2. São Paulo: Atlas, 2004.

MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Elisão e evasão fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Caderno de pesquisas tributárias: elisão e evasão fiscal*. v. 13. São Paulo: Resenha Tributária, 1988. p. 113-145.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Norma antielisão e o princípio da legalidade. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, v. 173, p. 95-101, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENEZES, Paulo Lucena de. Elisão fiscal. *Revista tributária e de finanças públicas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36, p. 219-236, 2001.

MARTINS, Rogério Lindenmeyer Vidal Gandra da Silva; MARONE, José Ruben. Comentários à lei complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Curso de direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1109-1162.

MATTIETTO, Leonardo. Negócio jurídico simulado (notas ao art. 167 do Código Civil). In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). *Novo Código Civil - Questões controvertidas*. v. 6. São Paulo: Método, 2007. p. 465-480.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELO, José Eduardo Soares de. Capacidade contributiva. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Caderno de pesquisas tributárias: capacidade contributiva*. v. 14. São Paulo: Centro Extensão Universitária; Resenha Tributária, 1989.

MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de direito tributário*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso de direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 49, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. v. 1, 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil I*. Parte geral. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOSQUERA, Roberto Quiroga; BARRETO, Ana Paula S. Lui; FREITAS, Rodrigo de. Aspectos práticos e polêmicos da amortização do ágio e a jurisprudência do Carf. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2012. p. 327-347.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil – Parte geral*. v. 1, 7. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e empresa*. v. 1, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NETO, Luís Flávio. *Teorias do “abuso” no planejamento tributário*. 2011. Dissertação (Mestrado. Em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

NEVES, Marcelo. Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 3, p. 207-214, 2005.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OECD. Mandatory Disclosure Rules. In: OECD. *Public Discussions Draft – BEPS Action 12*. Paris: OECD, 11 May 2015. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/aggressive/discussion-draft-action-12-mandatory-disclosure-rules.pdf>. Acesso em: 15 maio 2019.

OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. *A obrigação de divulgação de planejamentos tributários agressivos no ordenamento brasileiro: uma análise à luz do Projeto BEPS da OCDE/G20*. São Paulo: Quartier Latin; IBDT, 2018.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Elisão e evasão fiscal*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Caderno de pesquisas tributárias. Elisão e Evasão Fiscal*. v. 13. São Paulo: Resenha Tributária, 1988. p. 147-192.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Lucros de coligadas e controladas no exterior e aspectos de elisão e evasão fiscal no direito brasileiro e no internacional. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n. 102, p. 95-122, mar. 2004.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Planejamento tributário, elisão e evasão fiscal, norma antielisão e norma antievasão. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Curso de direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEGORARO, Andressa. O Combate ao Treaty Shopping nos Acordos de Bitributação Celebrados pelo Brasil e a Influência do Projeto Beps (Base Erosion and Profit Shifting) - o Futuro das Cláusulas de Limitação de Benefícios (LOB). *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 237, p. 7-27, jun. 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PEREIRA, César Guimarães. *Elisão tributária e função administrativa*. São Paulo: Dialética, 2001.

PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph de. *Vocabulário Jurídico*. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral*. t. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

REALE, Miguel. *Espírito da nova lei civil*. Estudos preliminares do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. *Plano Anual da Fiscalização da Receita Federal do Brasil para 2019 e Resultados de 2018*. Brasília: Ministério da Fazenda, 2018. Disponível em: [http://receita.economia.gov.br/dados/resultados/fiscalizacao/arquivos-e-imagens/2019\\_05\\_06-plano-anual-de-fiscalizacao-2019.pdf](http://receita.economia.gov.br/dados/resultados/fiscalizacao/arquivos-e-imagens/2019_05_06-plano-anual-de-fiscalizacao-2019.pdf). Acesso em: 20 jul. 2019.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. v. 1, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RISCADO JÚNIOR, Paulo Roberto. Abuso de direito, abuso de formas jurídicas e falta de propósito negocial – impacto das decisões do CARF. In: OLIVEIRA, Francisco Marconi de; GOMES, Marcus Lívio; VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira (coord.). *Estudos Tributários do II Seminário CARF*. Brasília: CNI, 2017. p. 35-51.

ROBLES MORCHÓN, Gregorio. *O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manoela, 2005.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Parte Geral*. 34. ed. atualizada e de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROTHMANN, Gerd Willi. Tributação internacional sem sujeito passivo: uma nova modalidade do imposto de renda sobre ganhos de capital? In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. v. 10. São Paulo: Dialética, 2006. p. 106-161.

ROTHMANN, Gerd Willi; PACIELLO, Gaetano. Elisão e evasão fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra (coord.). *Caderno de pesquisas tributárias: elisão e evasão fiscal*. v. 13. São Paulo: Resenha Tributária, 1988. p. 106-161.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.). *Repertório analítico de jurisprudência do CARF: Observatório do CARF*. São Paulo: Max Limonad; FGV, 2016.

SCHOUERI, Luis Eduardo. *Ágio em reorganizações societárias: aspectos tributários*. São Paulo: Dialética, 2012.

- SCHOUERI, Luís Eduardo. O desafio do planejamento tributário. *In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). Planejamento tributário e o “propósito negocial”*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 13-20.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. O Refis e a desjudicialização do planejamento tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n. 232, p. 103-115, jan. 2015.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty, shopping*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento tributário: limites à norma antiabuso. *Direito Tributário Atual*, v. 24, p. 345-370, 2010.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Dedutibilidade de despesas com atividades ilícitas. *In: ADAMY, Pedro Augustin; FERREIRA NETO, Arthur M. (coord.). Tributação do Ilícito: estudos em comemoração aos 25 anos do Instituto de Estudos Tributários – IET*. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 148-212.
- SILVA, Rômulo Cristiano Coutinho da. A efetiva natureza jurídica do parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Malheiros, n. 120, p. 222-238, dez. 2013.
- SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Financeiras, 1954.
- TAKATA, Marcos Shigueo. Empresa-veículo e a amortização fiscal do ágio: há um problema real? *In: QUIROGA, Roberto Mosquera; LOPES, Alessandro Broedel (coord.). Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. v. 5. São Paulo: Dialética, 2014, p. 222-242.
- TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*. v. 1, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2005.
- TOMÉ, Fabiana Del Padre. Caso Kitchens: omissão de receitas por pessoas jurídicas distintas que operam como uma única empresa. *In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (coord.). Planejamento tributário: análise de casos*. v. 3. São Paulo: MP, 2014. p. 229-248.
- TOMÉ, Fabiana Del Padre. O Direito como linguagem criadora da realidade jurídica. *In: CARVALHO, Paulo de Barros; ROBLES MORCHÓN, Gregório (coord.). Teoria Comunicacional do Direito: Diálogo entre Brasil e Espanha*. São Paulo: Noeses, 2011. p. 239-259.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação, elusão tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 110-190.

ULHÔA CANTO, Gilberto de. Elisão e evasão fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Caderno de pesquisas tributárias. Elisão e Evasão Fiscal*. v. 13. São Paulo: Resenha Tributária, 1988. p. 1-111.

ULMER, Peter. *Principios fundamentales del derecho alemán de sociedades de responsabilidad limitada*. Traducción de Jesús Alfaro Aguila-Real. Madrid: Editorial Civitas, 1998.

VALLADÃO, Erasmo; ADAMEK, Marcelo. *Affectio Societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social*. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo: Malheiros, v. 149/150, p. 108-130, 2008.

VEDOVE, Giampaolo dalle. *Nozioni di diritto d'impresa*. Padova: CEDAM, 2000.

VERÇOSA, Haroldo M. Duclerc. *Curso de direito comercial*, v. 1, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito Falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas: Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 e LC. 118 de 9 de fevereiro de 2005*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 63-118.

VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

WALD, Amoldo. *Comentários ao novo Código Civil*. v. XIV. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

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

YAMASHITA, Douglas. *Elisão e evasão de tributos – planejamento tributário à luz do abuso de direito e da fraude à lei*. São Paulo: Lex, 2005.

ZILVETI, Fernando Aurélio. Capacidade contributiva e mínimo existencial. In: COSTA, Alcides Jorge et al. *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética; IBDT, 1998. p. 36-47.