



TRIBUTAÇÃO:

PASSADO,
PRESENTE E
futuro

A evolução dos aspectos teóricos e práticos do planejamento tributário à luz da jurisprudência do CARF

Prof. Dra. Ana Cláudia Akie Utumi

ana.utumi@utumilaw.com

Prof. Dra. Ana Cláudia Akie Utumi

ana.utumi@utumilaw.com

@prof_ana_utumi



@Ana_Utumi



<https://www.linkedin.com/in/anautumi/>



Membro do Practice Committee do International Tax Program da New York University School of Law. Membro do Conselho de Administração e Chair-Elect do Financial Planning Standards Board (FPSB), entidade responsável pela certificação CFP®. Vice-Chair do Global Committee do Women of IFA – International Fiscal Association – Network (WIN). Foi membro, entre 2010-2017, do Comitê Científico Permanente da IFA. Diretora da ABDF/IFA Brasil. Chair da filial brasileira do STEP – Society of Trust and Estate Practitioners.

Professora do Mestrado Profissional do IBDT e do LL.M in International Tax da University of Zurich. Professora convidada de cursos de pós-graduação, incluindo, MBAs da FIPECAFI, e Especialização em Direito Tributário do IBET.

Doutora em Direito Econômico-Financeiro (USP). Mestre em Direito Tributário (PUC/SP, 2001. MBA em Finanças (IBMEC/SP, 1996). Graduada em Direito (USP) e Administração de Empresas (FGV). Certified Trust and Estate Practitioner (“TEP”). Certified Financial Planner (“CFP”).

Frequentemente incluída entre os profissionais de maior destaque na Área Tributária por publicações especializadas. Premiada em 2015 como Best Female Tax Lawyer in Latin America (Euromoney America’s Women in Law Awards).

Planejamento tributário

Do que estamos falando?

Atos lícitos praticados antes do fato gerador que impliquem redução de carga tributária

Liberdade de organização dos negócios pelo contribuinte

Porém, essa liberdade é ilimitada?

Planejamento tributário

Influências internacionais

Já há quase 90 anos os EUA aplicam as análises da chamada “substância econômica” e do propósito negocial - Caso Gregory v. Helvering (1935)

Esse caso, ao longo dos anos, influenciou a análise do planejamento tributário não apenas nos EUA, mas em diversos países que, a partir dos anos 70, passaram a fazer a análise econômica e de negócios em relação às situações que implicam redução da carga tributária, mediante a implementação de legislações sobre o tema, em especial leis gerais antielisivas

Ao longo dos anos, formaram-se alguns conceitos comuns a diversos países em relação à análise do planejamento tributário, conceitos esses revisitados e detalhados com o surgimento, em 2013, do Projeto BEPS

Evolução do planejamento tributário na jurisprudência do Conselho de Contribuintes/CARF

Até o início dos anos 2000 – prevalência da forma jurídica sobre a substância – rechaço à análise de objetivos pretendidos pelo contribuinte ou aspectos econômicos

Com o advento da Lei Complementar 104 (inclusão do Parágrafo Único ao Artigo 116), apesar de a LC não ter sido regulamentado, aos poucos o CC/CARF passou a analisar outros aspectos além da regularidade formal das transações

Decisões do CC/CARF passaram a considerar aspectos econômicos/negociais para decidir sobre a regularidade ou não de atos que implicaram redução da carga tributária

Exemplo de decisão do CC privilegiando a forma jurídica – Operação “casa-e-separa”

IRPF - Ex(s): DE 1990. IRPF - GANHOS DE CAPITAL - SIMULAÇÃO - Para que se possa caracterizar a simulação, em atos jurídicos, é indispensável que os atos praticados não pudessem ser realizados, fosse por vedação legal ou por qualquer outra razão. **Se não existia impedimento para a realização de aumentos de capital**, a efetivação de incorporação e decisões, tal como realizadas e cada um dos atos praticados não é de natureza diversa daquele que de fato aparenta, isto é, se de fato e de direito não correram atos diversos dos realizados, não há como qualificar-se a operação de simulada. **Os objetivos visados com a prática dos atos não interferem na qualificação dos atos praticados**, portanto, se os atos praticados eram lícitos, as eventuais consequências contrárias ao fisco devem ser qualificadas como casos de elisão fiscal e não de evasão ilícita. (...) Recurso provido. (106-09.343, Decisão 18/09/97, DOU 28/04/98)





Exemplo de decisão do CC privilegiando a forma jurídica

- “IRPJ – CSLL – SIMULAÇÃO – OPERAÇÃO DE SWAP. Para que se possa caracterizar a simulação relativa é indispensável que o ato praticado, que se pretende dissimular sob o manto do ato ostensivamente praticado, **não pudesse ser realizado por vedação legal ou qualquer outra razão.** Se as partes queriam e realizaram negócio sob a estrutura de swap para atingir indiretamente economia de tributos não restou caracterizada a declaração enganosa de vontade, essencial na simulação.” (Ac. nº 101-93.616; 20/09/2001)
- 

Parágrafo Único do Artigo 116 do CTN, LC 104/2001 – “Lei Geral Antielisiva” ??

- *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.*

Parágrafo Único do Artigo 116 do CTN, LC 104/2001 – O que é a “desconsideração”?

É o CANCELAMENTO ou ANULAÇÃO do negócio jurídico?

NÃO! A desconsideração tributária NÃO implica mudança no negócio jurídico praticado do ponto de vista da existência e validade

DESCONSIDERAÇÃO - procedimento de interpretação

Desconsidera-se PARA FINS DE DETERMINAÇÃO DO FATO GERADOR o que formalmente (o que está refletido nos documentos, contratos, etc.) ocorreu

CONSIDERA-SE o que a autoridade administrativa entende que DE FATO OCORREU

Parágrafo Único do Artigo 116 do CTN, LC 104/2001

ADI 2.446, Relatora Min. Carmen Lúcia, suspenso por vista do Min. Dias Toffoli

Constitucional

Min. Carmen Lúcia (Relatora), acompanhada dos Ministros Marco Aurélio Mello, Edson Fachin, Gilmar Mendes e Luiz Fux

Inconstitucional, entendendo que desconsideração de atos ou negócios jurídicos somente pode se dar pelo Judiciário

Min. Ricardo Lewandowski e Min. Alexandre de Moraes

Voto – Min. Carmen Lúcia

*Não se comprova também, como pretende a autora, retirar incentivo ou estabelecer proibição ao planejamento tributário das pessoas físicas ou jurídicas. **A norma não proíbe o contribuinte de buscar, pelas vias legítimas e comportamentos coerentes com a ordem jurídica, economia fiscal, realizando suas atividades de forma menos onerosa, e, assim, deixando de pagar tributos quando não configurado fato gerador cuja ocorrência tenha sido lícitamente evitada.***



Que aspectos econômicos/negociais passaram a ser levados em conta pelo CC/CARF na análise de planejamento tributário?

Análise da substância econômica

Com prevalência da substância sobre a forma jurídica

Análise do propósito negocial

Com rechaço a operações não justificadas pelas necessidades dos negócios

Aspectos que passaram a ser considerados pelo CC/CARF na análise de planejamentos tributários

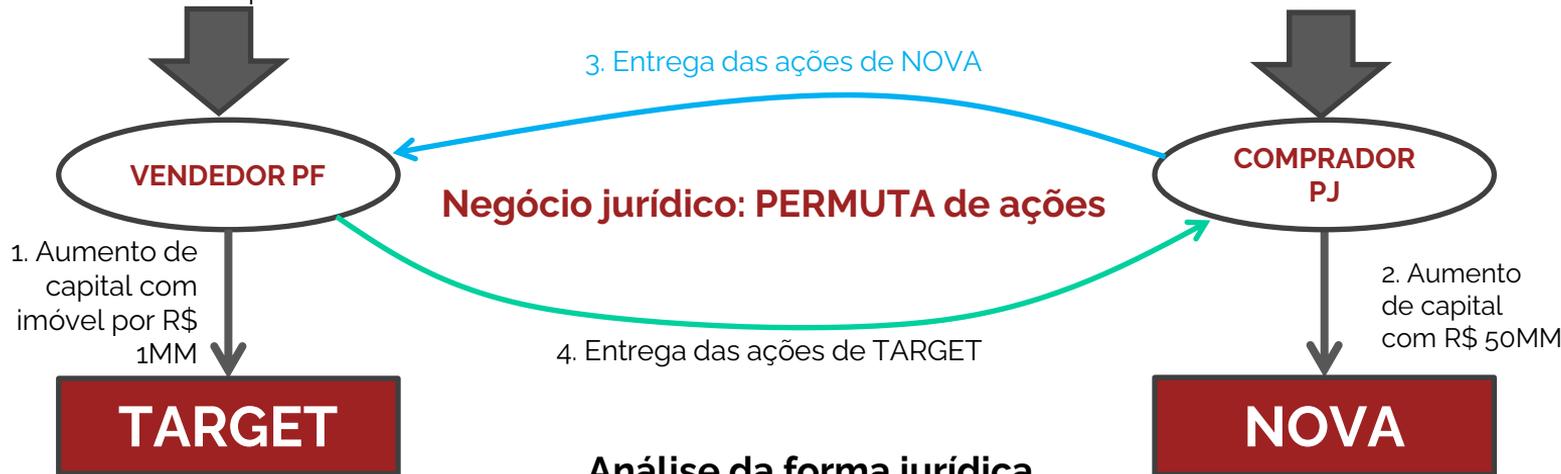
O que é a prevalência da substância sobre a forma?

- Enquanto na prevalência da FORMA sobre a substância a análise é quanto à legalidade de cada um dos passos adotados pelo contribuinte para a economia tributária...
- Quando se privilegia a **SUBSTÂNCIA**, há a análise do ponto de partida – ou seja, situação inicial – e do ponto de chegada – resultado/conteúdo econômico dos atos praticados
 - independente da análise do passo-a-passo e das formas jurídicas adotadas
- Contabilidade com base em IFRS privilegia a análise da substância econômica para os registros contábeis

Exemplo – Análise da forma x Análise da substância

5. Registra as ações de NOVA na DIRPF a custo e não reconhece ganho de capital

6. Registra as ações de TARGET no balanço pelo valor contribuído ao capital da NOVA, registrando mais-valia do imóvel da TARGET



Análise da forma jurídica
constituição de empresas, aumentos de capital e permuta de ações

Análise do conteúdo econômico
troca de imóvel por recursos financeiros

Aspectos que passaram a ser considerados pelo CC/CARF na análise de planejamentos tributários

- Quais são os propósitos/objetivos da operação / transação / providência que resulta em economia tributária?
 - Quais os propósitos/objetivos independentemente da economia tributária?
 - Mesmo se não houvesse a economia tributária, a operação / transação / providência se justificaria?



“Of course you have a purpose in life. You pay taxes, don’t you?”

Aspectos que passaram a ser considerados pelo CC/CARF na análise de planejamentos tributários

- Análise do propósito comercial / “causa jurídica” / motivos
 - Se único objetivo for economia tributária
 - Economia tributária “ilegítima”
 - Negócio “sem causa”?
 - Economia tributária teria que ser **consequência**, e não causa para a prática dos atos
 - Se for a causa, significa que a economia tributária é o único ou principal objetivo dos atos praticados

Aspectos que passaram a ser considerados pelo CC/CARF na análise de planejamentos tributários

Problemas das análises de substância econômica e propósito comercial

Falta de legislação

- não há uma verdadeira norma geral antielisiva
- Com isso, faltam parâmetros para estabelecer as situações que, de fato, devem ser desconsideradas
- **Insegurança jurídica para o contribuinte**

Utilização de conceitos demasiados amplos para justificar a desconsideração de atos praticados pelos contribuintes e adoção da multa agravada (150%)

- Inicialmente, utilizou-se o conceito de “simulação”, evoluindo para o uso do conceito de “abuso de direito” isoladamente ou combinado com “simulação” – conceitos do Código Civil

Adoção do conceito de “simulação” para desconsideração dos atos praticados pelo contribuinte

- CC, 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.



Adoção do conceito de “simulação” para desconsideração dos atos praticados pelo contribuinte

- “Operação Ágio” e “Casa e Separa” - Acórdão nº 101-94.771 (11/11/2004)

DESCONSIDERAÇÃO DE ATO JURÍDICO. Devidamente demonstrado nos autos que os atos negociais praticados deram-se em direção contrária à norma legal, com intuito doloso de excluir ou modificar as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária (art. 149 do CTN), cabível a desconstituição do suposto negócio jurídico realizado e a exigência do tributo incidente sobre a real operação.

SIMULAÇÃO/DISSIMULAÇÃO. Configura-se como simulação o comportamento do contribuinte em que se detecta uma inadequação ou inequivalência entre a forma jurídica sob a qual o negócio se apresenta e a substância ou natureza do fato gerador efetivamente realizado, ou seja, dá-se pela discrepância entre a vontade querida pelo agente e o ato por ele praticado para exteriorização dessa vontade, ao passo que a dissimulação contém em seu bojo um disfarce, no qual se encontra escondida uma operação em que o fato revelado não guarda correspondência com a efetiva realidade, ou melhor, dissimular é encobrir o que é.

Adoção do conceito de “simulação” para desconsideração dos atos praticados pelo contribuinte

- Casa-Separa - Acórdão CARF n.º 101-96.087 (29/03/2007)

“As operações estruturadas, realizadas em prazo ínfimo, de aporte de capital com ágio, capitalização e alienação, **constituem-se em simulação relativa, cujo ato verdadeiro dissimulado foi a alienação das ações.** Seu único propósito foi evitar a incidência de ganho de capital.”



Abuso e sua utilização como meio de descon sideração de negócios jurídicos

Código Civil, TÍTULO III Dos Atos Ilícitos

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.**

“Abuso de Direito” e sua utilização como meio de descon sideração de negócios jurídicos

Diversos julgados aceitam a argumentação do fisco de qualificar como “abusivos” os atos do contribuinte que resultem em redução da carga tributária, considerando a economia tributária como um motivo abusivo para a prática dos atos jurídicos

Nos casos em que a acusação de abuso foi aceita, os julgadores consideraram que os contribuintes se valeram de atos formalmente perfeitos, porém materialmente eivados de abuso de forma e que este tipo de situação não poderia ser qualificada como planejamento tributário, mas sim, como evasão fiscal

Abuso e sua utilização como meio de descon sideração de negócios jurídicos

- Acórdão CSRF n.9101002.880, ELISÃO FISCAL ABUSIVA. PREVALÊNCIA DA SUBSTÂNCIA SOBRE A FORMA.

Embora seja lícito aos contribuintes perseguirem a redução de sua carga tributária, tal objetivo não pode ser levado a efeito mediante a prática de atos abusivos que, embora formalmente válidos, não o sejam em sua substância. Segundo o disposto no art. 187 do Código Civil os atos assim praticados são qualificados como ilícitos e, por conseguinte, não são oponíveis ao Fisco. Considera-se abusiva a economia tributária levada a efeito mediante a transferência, a outra pessoa jurídica do mesmo grupo econômico, de parte das atividades que vinham sendo exercidas pelo sujeito passivo, quando restar provado que a outra pessoa jurídica sequer possuía as condições materiais necessárias para efetivamente desenvolver as atividades que, por contrato, lhe foram transferidas. Neste caso a tributação deve ser realizada abstraindo-se da existência formal da outra pessoa jurídica, prevalecendo a realidade substancial, conseqüentemente não são dedutíveis as despesas" relativas a serviços cuja efetiva realização não foi comprovada pelo sujeito passivo."

Algumas outras decisões do CARF sobre planejamento tributário

- Acórdão CSRF n. 9101002.795

CONSTRUÇÕES ARTIFICIAIS. BUSCA DESVIRTUADA DE REGIME DE TRIBUTAÇÃO MAIS FAVORÁVEL.

Uma coisa é uma organização societária, entre empresas do mesmo grupo, optar por constituir uma empresa (ou mais) para importação de insumos e fabricação de produtos, e vender tais produtos para uma outra empresa (ou mais), para revender os produtos para o mercado. Optou por segregar, em empresas diversas, o ciclo da produção e venda dos produtos. A essência da liberdade negocial, sob a perspectiva dos fundamentos da Lei Maior, resta atendida. Situação completamente diferente é essa mesma organização societária, que poderia funcionar como apenas uma empresa, aproveitar-se da segregação do ciclo de produção e venda e criar várias empresas para se valer de regimes de tributação diferenciados visando especificamente redução da carga tributária. É artificial construção no qual se concentram os dispêndios do grupo econômico em uma empresa criada sob o regime de tributação do lucro real a ponto de tornar a apuração deficitária, e se direcionam receitas em empresas com regime de tributação do lucro presumido, com base de cálculo sobre o faturamento reduzida. Pessoas jurídicas devem fabricar produtos, e não despesas artificiais.

Algumas outras decisões do CARF sobre planejamento tributário

- Acórdão nº 9101-004.506 – CSRF / 1ª Turma

(...) DESVIRTUAMENTO. BUSCA DE INCIDÊNCIA ARTIFICIAL DO ART. 22 DA LEI Nº 9.249, DE 1995. OPERAÇÃO SEPARA-SEM-SEPARAR. NOVA VERSÃO DO CASA-SEPARA.

I - Há desvirtuamento da norma prevista no art. 22 da Lei nº 9.249, quando se busca deliberadamente a incidência artificial mediante operações societárias visando exclusivamente se esquivar integral ou parcialmente do ganho de capital, concretizando-se a operação "separa-sem-separar", uma nova versão da antiga operação "casa-separa".

II - O ativo objeto de alienação da pessoa jurídica é transferido para o sócio retirante (ou seja, há uma separação entre o ativo e a pessoa jurídica), por meio de uma devolução de capital social artificial, sem se demonstrar a efetiva ocorrência de situação de perdas irreparáveis ou capital excessivo em relação ao objetivo da sociedade empresária.

III - Precisamente esse ativo que foi objeto de separação da pessoa jurídica, na devolução de capital, é alienado para o adquirente pelo sócio retirante, que tem uma tributação mais favorável do que a pessoa jurídica antes detentora do ativo. Na realidade, o ativo nunca se "separou" da pessoa jurídica. Foi transferido artificialmente para que pudesse ser alienado por um sujeito passivo com tributação mais favorável. De fato, nunca se separou da pessoa jurídica de fato. Separou-se da pessoa jurídica sem ter efetivamente se separado, porque a transação se deu, efetivamente, entre a pessoa jurídica que originariamente detinha o ativo e o adquirente, e não entre o sócio retirante e o adquirente.

Algumas outras decisões do CARF sobre planejamento tributário

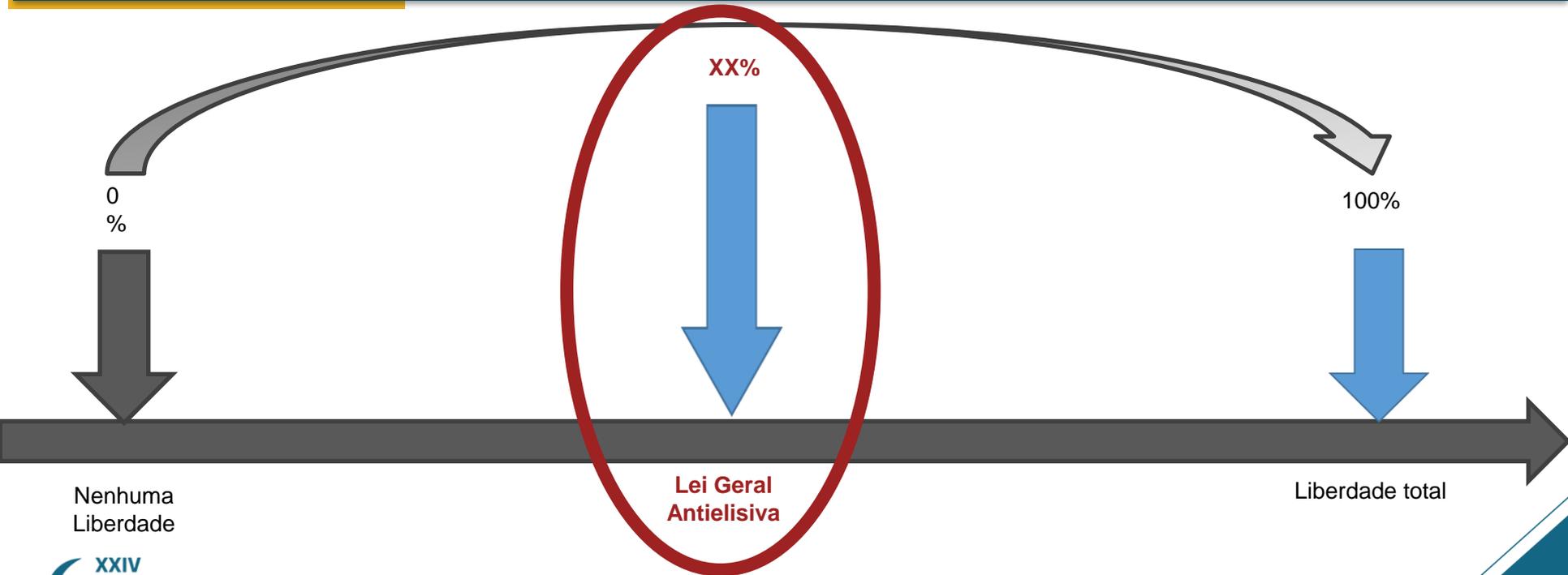
Acórdão 9101-005.761 – CSRF / 1ª Turma, de 08 de setembro de 2021

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2007, 2008, 2009 MULTA DE OFÍCIO. INOCORRÊNCIA DE SONEGAÇÃO, FRAUDE OU CONLUÍO. ABUSO DE DIREITO. FRAUDE À LEI. INSTITUTOS CIVIS. IMPOSSIBILIDADE DE QUALIFICAÇÃO DA MULTA. Não havendo comprovação da ocorrência de sonegação, fraude ou conluio, não se sustenta a qualificação da penalidade. **Tanto o abuso de direito quanto a fraude à lei são institutos previstos na lei civil, com características próprias, mas não foram eleitos pelo legislador tributário como razão para qualificação da penalidade.** Tratando-se de planejamento tributário, ainda que abusivo, não resta caracterizado o dolo apto a ensejar a qualificação da penalidade, mormente quando não há ocultação da prática e da intenção final dos negócios levados a efeito.

Quais os limites da escolha do contribuinte??



Quais os limites da escolha do contribuinte??



Por que ter lei geral antielisiva?

- Estabelecimento de LIMITES CLAROS para atuação de contribuintes e das autoridades, por lei complementar para valer para todos os níveis da Federação
- Afastar conceitos demasiados amplos e indeterminados para estabelecer obrigação tributária
 - Hoje – conceitos do Código Civil
- Aumento da segurança jurídica
 - Melhoria do ambiente de negócios

Conclusões

- Não se pode querer voltar à era da prevalência da FORMA, com a exclusão dos aspectos econômicos
 - Tendência nacional e internacional é a prevalência da forma e a necessidade de propósitos de negócio claros e comprováveis, que NÃO sejam a REDUÇÃO DE CARGA TRIBUTÁRIA
- Porém, não se pode aplicar, SEM LEI ESPECÍFICA, interpretações adotadas em outros países
 - Definição de abuso é muito ampla para ser utilizada em matéria tributária
- Há que se ter PARÂMETROS claros em LEI

Conclusões

- Parágrafo único do Artigo 116 não é suficiente para merecer a denominação de “Lei Geral Antielisiva”
- Necessária uma LGA que venha por Lei Complementar para que seja aplicável a todos os níveis de governo
- LGA pode reduzir os futuros contenciosos entre fisco e contribuinte, na medida em que os parâmetros e limites fiquem claros para os dois lados



TRIBUTAÇÃO:
PASSADO,
PRESENTE E
futuro

HOMENAGEM AO PROFESSOR
JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES