

ANÁLISE DOS CRITÉRIOS DE VALIDAÇÃO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO EM OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS TÍPICAS SOB A ÓTICA DO CARF

Sofia Sarmiento Barros

Universidade De Brasília

Clesia Camilo Pereira

Universidade De Brasília

Resumo

Existe a discussão acerca dos limites em que uma operação de planejamento tributário é considerada válida ou inválida. Nesta pesquisa foram analisados acórdãos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) proferidos no ano de 2018, que decidiram sobre tentativas de planejamento tributário por meio de operações societárias típicas (cisão, fusão e incorporação), utilizando a metodologia de análise de conteúdo denominada Normative Systems. Os resultados demonstraram que a principal propriedade para a validade ou invalidade do planejamento tributário é a existência de motivação extra tributária na operação, sendo abordado em 96% dos acórdãos analisados. A propriedade referente à evidência de simulação também se mostrou relevante na análise, com incidência em 80% dos acórdãos. Há outras propriedades que, apesar de menos frequentes, também se apresentam como critério de validade das operações: o cumprimento de regras não tributárias e a existência de intervalo de tempo adequado entre as operações, respectivamente sendo analisadas em 43% e 54% dos acórdãos analisados. Adicionalmente, também foram analisadas as divergências e convergências entre os entendimentos do CARF e da SRFB, buscando no texto das autuações e das respectivas decisões proferidas pelo CARF os argumentos que os fundamentaram. Esta pesquisa colabora com o delineamento de tendência de opiniões proferidas pela SRFB e pelo CARF, provendo informações para a tomada de decisão prévia a operações societárias utilizadas como finalidade de planejamento tributário. O esclarecimento desses critérios de validade das operações pode contribuir para a redução de riscos inerentes a essas práticas, podendo auxiliar o gestor na escolha da estratégia mais viável para redução de tributos.

Palavras-chave: Planejamento Tributário; Operações Societárias; CARF; SRFB

**ANÁLISE DOS CRITÉRIOS DE VALIDAÇÃO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO
EM OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS TÍPICAS SOB A ÓTICA DO CARF****RESUMO**

Existe a discussão acerca dos limites em que uma operação de planejamento tributário é considerada válida ou inválida. Nesta pesquisa foram analisados acórdãos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) proferidos no ano de 2018, que decidiram sobre tentativas de planejamento tributário por meio de operações societárias típicas (cisão, fusão e incorporação), utilizando a metodologia de análise de conteúdo denominada *Normative Systems*. Os resultados demonstraram que a principal propriedade para a validade ou invalidade do planejamento tributário é a existência de motivação extra tributária na operação, sendo abordado em 96% dos acórdãos analisados. A propriedade referente à evidência de simulação também se mostrou relevante na análise, com incidência em 80% dos acórdãos. Há outras propriedades que, apesar de menos frequentes, também se apresentam como critério de validade das operações: o cumprimento de regras não tributárias e a existência de intervalo de tempo adequado entre as operações, respectivamente sendo analisadas em 43% e 54% dos acórdãos analisados. Adicionalmente, também foram analisadas as divergências e convergências entre os entendimentos do CARF e da SRFB, buscando no texto das autuações e das respectivas decisões proferidas pelo CARF os argumentos que os fundamentaram. Esta pesquisa colabora com o delineamento de tendência de opiniões proferidas pela SRFB e pelo CARF, provendo informações para a tomada de decisão prévia a operações societárias utilizadas como finalidade de planejamento tributário. O esclarecimento desses critérios de validade das operações pode contribuir para a redução de riscos inerentes a essas práticas, podendo auxiliar o gestor na escolha da estratégia mais viável para redução de tributos.

Palavras chave: Planejamento Tributário; Operações Societárias; CARF; SRFB.

1. INTRODUÇÃO

A esfera empresarial tem como característica essencial a finalidade de maximização dos lucros, que é traduzido como a máxima distância entre a receita total e o custo total (Rossetti, 2003). Como consequência há a busca pela maior economia de gastos, incluindo-se o âmbito de tributação. Nessa conjuntura observa-se uma constante tensão entre a obrigação tributária e uma tentativa de seu afastamento por parte dos contribuintes (Rocha *et al*, 2016). Essa relação pode ser ilustrada pela teoria da agência, que é definida por “uma relação contratual em que a propriedade e o controle do capital são destinados a figuras distintas (Principal e Agente), dando espaço à formação de conflitos resultantes da existência de interesses diferenciados entre os indivíduos” (Mendes, 2001).

Na relação entre fisco e contribuinte, o contribuinte tende a procurar formas de eliminar, diminuir ou postergar tributação a fim de maximizar seu lucro. O fisco, por sua vez, concentra esforços em coibir essas práticas. Seguindo a lógica da teoria da agência de maximização de utilidade, pode-se inferir que o fisco tem o interesse de que haja a maior incidência e recolhimento de tributos que for possível e por isso busca limitar as práticas que possam reduzir o que lhe é devido (Santos, 2016). Assim, cada uma das partes do contrato tende a agir de acordo com seus interesses, pois ambas são maximizadoras de utilidade (Jensen & Meckling, 1976).

É nesse contexto que surge a figura do planejamento tributário por parte dos contribuintes, devidamente amparados pela premissa de liberdade de auto-organização. Trata-se de uma prática lícita e faz parte do cotidiano financeiro das empresas, desde que sucedido dentro da legalidade (Amaro, 2014).

Contudo, esse planejamento está sujeito ao entendimento da autoridade fiscalizadora quanto à sua validade ou invalidade, pois essa tem legitimidade para reprimir as operações que são consideradas abusivas. O impasse tem-se uma vez que os atos considerados abusivos comumente são enquadrados como “simulação”, “fraude”, “abuso de forma ou de direito”, e outras formas jurídicas, porém essas denominações não são definidas de forma clara na norma (Martinez & Coelho, 2016).

Assim, os órgãos reguladores instituem mecanismos para coibir práticas de planejamento tributário tendo como limite de atuação as normas tributárias, e estes mecanismos se materializam na forma de autuações da Receita Federal do Brasil (RFB) em primeira instância ainda havendo a possibilidade de serem recorridas ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), como órgão de última instância na esfera administrativa.

Neste processo administrativo ainda há outra possibilidade de haver conflitos de agência, neste caso entre as duas instâncias que compõe o processo administrativo fiscal. O CARF é um órgão paritário composto igualmente por representantes dos contribuintes e representantes da Fazenda Nacional; alguns autores consideram a entidade como uma ferramenta utilizada pelas empresas autuadas, pois a parcela que é composta por contribuintes em sua maioria é integrada por representantes de confederações da indústria, comércio, instituições financeiras e outras empresas interessadas, em confronto com a quantidade de representantes de sindicato de trabalhadores- que representariam de fato a maioria dos contribuintes (Santos, 2015; Rezende, 2016). Assim, também é configurado o conflito de interesse entre as duas instâncias do processo administrativo fiscal.

Diante deste contexto, esse estudo busca compreender quais são os critérios mais relevantes para validade de planejamento tributário por meio de operações societárias típicas. Para tal consecução, tem-se como objetivo geral auferir quais os critérios mais relevantes para configuração de validade ou invalidade de operações societárias típicas para fins de planejamento tributário, tendo como base acórdãos proferidos pelo CARF no ano de 2018.

O direcionamento quanto aos critérios de validação de planejamento tributário é de interesse do mercado como um todo. Esse interesse se fundamenta pela contínua preocupação pela melhor performance empresarial, que abrange também o âmbito tributário. A busca pela menor tributação é intrínseca à prática empresarial e o planejamento tributário faz parte da estratégia de uma gama de empresas para alcançar esse objetivo (Martinez & Coelho, 2016).

O conhecimento de tendências de opiniões proferidas pela RFB e pelo CARF contribui para a redução de riscos inerentes a essas práticas, podendo auxiliar o gestor na escolha da estratégia mais viável para redução de tributos. Em termos práticos, ele se traduz em autuações proferidas pela RFB e, em casos de recorrência, às decisões emitidas pelo CARF. Essas duas entidades, apesar de se fundamentarem na mesma norma, o Código Tributário Nacional, podem divergir quanto a sua interpretação. Sem levar em contas as motivações políticas e interesses de cada ente

2. REFERENCIAL TEÓRICO

A teoria da agência foi utilizada na intenção de contextualizar a relação central da problemática da pesquisa e fundamentar seu surgimento. Além disso, se faz necessária a apresentação de definições concernentes ao tema, como planejamento tributário, evasão fiscal e elisão fiscal, além de expor os caminhos percorridos do processo administrativo fiscal que se inicia com a autuação da Secretaria da Receita Federal até chegar ao CARF.

2.1. Teoria da Agência

A teoria da agência de Jensen e Meckling (1976) é pautada no estudo da relação entre agentes econômicos envolvidos em um contrato. De acordo com Mendes (2001): “É uma relação contratual em que a propriedade e o controle do capital são destinados a figuras distintas (Principal e Agente), dando espaço à formação de conflitos resultantes da existência de interesses diferenciados entre os indivíduos”. Para Jensen e Meckling (1976), na dinâmica dessa

relação é denominado “principal” o ente controlador do capital, que então engaja o denominado “agente” para desempenhar alguma tarefa em seu favor.

Ao delegar a tomada de decisão, o Principal viabiliza também que o agente tenha influência em seus retornos ou no objetivo do contrato. Como regularmente os envolvidos são maximizadores de utilidade, ainda segundo Jensen e Meckling (1976), abre-se espaço para o surgimento dos chamados Conflitos de agência; conceituado como sendo o conflito que surge quando há um desvio do comportamento apresentado pelo agente em relação ao esperado pelo principal, fruto do desalinhamento de interesses entre os entes envolvidos.

Weston e Brigham (2004) apontam os dois principais conflitos de agência como sendo o conflito entre os acionistas e os administradores e o conflito entre os acionistas e os credores; foram essas relações, inclusive, que foram analisadas para a formulação da teoria original de Jensen e Meckling (1976). Além desses dois casos mais habituais, também é possível evidenciar essa relação de agência entre outras entidades, como entre o contribuinte e o estado (representado pela figura dos órgãos fiscalizadores).

Nesse caso, o conflito de agência se cria em virtude da tendência do contribuinte a procurar formas de eliminar, diminuir ou postergar tributação a fim de maximizar seu lucro; o fisco, por sua vez, concentra esforços em coibir essas práticas. Seguindo a lógica da teoria de Jensen e Meckling (1976) de maximização de utilidade, pode-se inferir que o fisco tem o interesse de que haja a maior incidência e recolhimento de tributos que for possível e por isso busca limitar as práticas que possam reduzir o que lhe é devido (Santos, 2016).

Explicitando essa relação no modelo da teoria da agência, o contribuinte assume a figura do principal e o estado assume a figura do agente; O contribuinte paga os tributos com a finalidade de efetiva e eficiente utilização do montante pelo Estado, entretanto o capital continua pertencendo ao contribuinte. O Estado, em sua posição de agente, tem interesse de maximizar sua utilidade. Com a pretensão de seguir essa finalidade, é possível que o Estado se afaste do interesse do contribuinte ao não aplicar os valores arrecadados de forma conveniente ao contribuinte ou na arrecadação.

2.2. Planejamento Tributário, Elisão e Evasão Fiscal

O termo “Planejamento Tributário” é o temos mais próximo na língua portuguesa equivalente à *taxavoidance*, porém nosso idioma não consegue absorver seu significado em sua totalidade. *Taxavoidance* tem um significado abrangente, enquanto “planejamento tributário” se refere a práticas em contexto de licitude (Martinez & Coelho, 2016). Em obras brasileiras, o termo planejamento tributário refere-se a comportamentos lícitos que tenham como objetivo alcançar a carga tributária menos onerosa possível. O conceito engloba ações, omissões e estratégias, com a finalidade de diminuir, afastar incidência ou postergá-la (Greco, 2011). Pontualmente, os autores brasileiros se referem a planejamento tributário no sentido de esforços lícitos, como no conceito exposto por Campos (2007): “Planejamento Tributário é a busca de alternativas de redução da Carga Fiscal por meios lícitos antes da ocorrência do fato gerador dos tributos”; e no conceito de Chaves (2008): “Planejamento Tributário é o processo de escolha de ação, não simulada, anterior à ocorrência do fato gerador, visando direta ou indiretamente à economia de tributos”.

Tôrres (2001) também entende planejamento tributário como sendo “Atitudes lícitas na estruturação ou reorganização de seus negócios tendo como finalidade a economia de tributos, seja evitando a incidência destes, seja reduzindo ou diferindo o respectivo impacto fiscal sobre as operações; corresponde à noção de legítima economia de tributos”. Assim, trata-se de uma escolha entre as distintas hipóteses lícitas de organização, com a premissa de liberdade de auto-organização.

Já o termo *taxavoidance*, no inglês, inclui as atividades lícitas ou ilícitas que buscam diminuição de tributos. No sentido semântico, ‘*avoidance*’ se refere ao ato de evitar algo; “*TaxAvoidance*” é, portanto, evitar a tributação.

Hanlon e Heitzman (2010) apresentam as duas peculiaridades intrínsecas ao termo *taxavoidance* e também ao próprio estudo do planejamento tributário em si: o primeiro fator é o termo *taxavoidance* como uma infinidade de práticas. O exemplo colocado no trecho é de um contínuo de estratégias colocadas em níveis, onde em uma ponta estariam os *municipal Bond investments* (em que as taxas tributárias são explicitamente baixas e, portanto, é perfeitamente legal), e em outra ponta estariam as figuras que chamamos de “sonegação”, “evasão fiscal”, “agressividade”. Uma estratégia de planejamento tributário pode estar qualquer ponto deste contínuo, dependendo da agressividade instaurada na ação.

O segundo fator é a subjetividade da operação em si do planejamento tributário, não apenas o termo; uma mesma prática pode ser considerada de alta agressividade para uns e para outros uma mera ação para afastamento de incidência tributária. A agressividade da operação é subjetiva e difere de acordo com a perspectiva.

Neste contexto, faz-se necessário distinguir os termos evasão e elisão fiscal, pois são classificações de condutas de planejamento tributário, ambas com afinidade de diminuição de incidência tributária, diferenciando-se pela legalidade dos atos praticados. A elisão fiscal refere-se a atos válidos e a evasão fiscal a atos abusivos. Na evasão fiscal busca-se a descaracterização do fato gerador do tributo em momento posterior à ocorrência do fato gerador; ou seja, buscam-se mecanismos de economia fiscal somente depois que a hipótese de incidência já se sucedeu. Diferente da evasão, a elisão fiscal é um procedimento legalmente autorizado, pois o afastamento da incidência se dá pelo fato de não ocorrência do fato gerador do tributo (Rocha *et al*, 2016).

Dória (2001) segrega evasão fiscal em categorias. Uma delas é a evasão omissiva, que se caracteriza pela abstenção à incidência ou inação, podendo ser intencional (no caso de sonegação ou falta de recolhimento) ou de forma não intencional (na hipótese de desconhecimento do dever fiscal). Há também a classificação da evasão fiscal como comissiva, que se caracteriza pela ação, como uma fraude ou simulação.

Um fator relevante na discussão é que, sendo Hanlon e Heitzman (2010), na prática, não é possível determinar a legalidade de tais estruturas tributárias com facilidade. Sendo assim, pode haver certa dificuldade no enquadramento das operações de planejamento tributário nos termos de evasão ou elisão, pela natureza complexa e subjetiva das operações.

2.3 Estudos Anteriores sobre o Tema

Diante do exposto, percebe-se uma discussão acerca do exato ponto em que uma operação de planejamento tributário seria considerada como elisão fiscal ou evasão fiscal. Com este escopo, os estudos de Shoueri e Freitas (2010) e Martinez e Coelho (2016) fizeram análises das decisões proferidas pelo CARF acerca de tentativas de planejamento tributário que utilizaram operações societárias. O primeiro estudo foi responsável por mapear possíveis critérios avaliados pelo CARF para determinar a validade ou invalidade da operação e fazer a análise de dados coletados até o ano de 2008.

A pesquisa de Martinez e Coelho (2016), por sua vez, utilizou da mesma metodologia de Shoueri e Freitas (2010), inclusive utilizando dos mesmos critérios de validade levantados pela pesquisa anterior; os autores optaram por restringir a delimitação amostral para apenas acórdãos que julgaram diretamente operações societárias típicas (fusão, cisão e incorporação), e a delimitação temporal: operações julgadas entre os anos de 2008 a 2013.

Entre os resultados da pesquisa, destaca-se a conclusão de que os critérios reconhecidos como mais relevantes no veredicto de validade ou invalidade da operação são: a existência de motivação extratributária nas operações, enquadramento como evento simulado e respeito às normas não tributárias, nessa ordem (Martinez & Coelho, 2016).

Considerando a evolução dinâmica da legislação e da jurisprudência, é relevante verificar se houve mudanças no entendimento do CARF ao longo dos anos acerca dos critérios de validade analisados nas operações societárias típicas para fins de planejamento tributário,

visto que há um espaço temporal de cinco anos entre o último ano analisado na pesquisa de Martinez e Coelho (2016) e o analisado nesta presente pesquisa.

Assim, será aplicada a metodologia idêntica, com a finalidade de haver comparabilidade razoável entre resultados obtidos nos estudos. Adicionalmente, diferenciando-se do estudo feito anteriormente, esta pesquisa se empenha a analisar as divergências e convergências entre a autuação da RFB e o resultado proferido pelo CARF, visando o mapeamento também dos pontos relevantes entre as duas instâncias do processo administrativo fiscal.

2.4. Processo Administrativo Fiscal

A Lei n. 5.172 (1966), comumente conhecido como Código Tributário Nacional (CTN), conta com a disposição acerca da fiscalização tributária entre seus conteúdos. No artigo 195 ele autoriza que os fiscais examinem “mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais”, com a finalidade de fiscalização, que pode ser a determinação da matéria tributável, verificação da ocorrência do fato gerador ou determinação da matéria tributável. O artigo 197 também do CTN complementa essa ideia ao obrigar os contribuintes a se colocarem a disposição à fiscalização.

O órgão responsável por essa fiscalização é a Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB), além de suas atribuições de normatização e arrecadação dos tributos federais. Os auditores fiscais da SRFB são os agentes do Estado legalmente constituídos para exercício da atividade fiscal (Biancoet *al*, 2010).

Ao término da investigação de fiscalização, o auditor fiscal da SRFB emite um termo de fiscalização documentando que não há inconformidade com a legislação e práticas tributárias ou, na hipótese de haver irregularidades, é emitido um auto de infração (Decreto n. 70.235, 1972, art.7º). O auto de infração não pode ser emitido arbitrariamente pelo auditor, ele precisa ser embasado em evidências suficientes da irregularidade. Esse documento precisa conter: a qualificação do autuado, o local, a data e a hora da lavratura, a descrição do fato, a disposição legal infringida e a penalidade aplicável, a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias, a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula (Decreto n. 70.235, 1972, art.10º).

Na conjectura de irregularidade apurada e consequente a lavratura do auto de infração, o contribuinte autuado tem direito de defesa ainda no âmbito administrativo se não concordar com a autuação, assim pode dar início ao chamado Processo Administrativo Fiscal (PAF), disposto no Decreto n. 70.235 (1972).

O PAF tem início com a impugnação por parte do autuado. Para ser válida, é necessário que a impugnação contenha os requisitos expostos no artigo 16 do decreto supracitado: a autoridade julgadora a quem a impugnação é dirigida; a qualificação do impugnante; os motivos em que o processo se fundamenta, pontos de discordância e provas que possui; as diligências e perícias que o impugnante entenda necessárias e os motivos que as justifiquem; e se a matéria impugnada foi submetida a apreciação judicial, devendo ser juntada cópia da petição.

O julgamento na primeira instância do PAF é de competência das Delegacias da Receita Federal de Julgamento (DRJs). A decisão proferida por ela conterà o resumo do processo, a decisão e sua fundamentação legal (Decreto n. 70.235, 1972, arts. 27-29).

As decisões das DRJs estão sujeitas a recurso, podendo ser de ofício ou voluntário. Os recursos de ofício são proferidos pela autoridade da primeira instância (Delegados), tendo sua obrigatoriedade disposta na Portaria do Ministério da Fazenda (MF) nº 63 (2017, art. 1º). Já o recurso voluntário é proferido pelo contribuinte se insatisfeito com o julgamento em primeira instância (MF, 2017, Art. 33).

A Segunda instância do PAF ocorre no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Essa instância não é mais disposta pelo Decreto 70.235 (1972), e sim pelo Regimento Interno do CARF (RICARF) (MF, 2015).

2.5. O CARF

O CARF é responsável por julgar recursos de ofício ou voluntários de decisão de primeira instância, ou recursos de natureza especial, referentes a tributos ministrados pela SRFB (Decreto nº 70.235, 1972, Art.1º). Outra função essencial observada atualmente para o CARF é a de formar jurisprudência sobre processos administrativos tributários (Martins, 2010). É um órgão colegiado e paritário. Tem a qualidade de ser Colegiado, sendo composto por três sessões, mais a Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) e o Pleno da CSRF. Cada sessão tem como escopo um grupo tributário e é composta por cinco Turmas Ordinárias e três Turmas Extraordinárias, além de serviço de assessoria técnica.

A primeira Seção é referente à IRPJ, CSLL, SIMPLES-Nacional, e às outras matérias contempladas pelas outras seções; a segunda Seção refere-se a IRPF, ITR e contribuições previdenciárias; a terceira, por fim, julga casos que tem como matéria PIS, COFINS, tributação sobre o Comércio Exterior (IE, II, Aduana), entre outros. A Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) e seu pleno entram em ação em casos que ainda não exista jurisprudência pacificada e julgam de forma definitiva os impasses. (<http://receita.economia.gov.br/orientacao/tributaria/julgamento-administrativo/recurso-voluntario-ao-conselho-administrativo-de-recursos-fiscais/informacoes-gerais/competencia-das-secoes-do-conselho-administrativo-de-recursos-fiscais>, recuperado em 6, setembro, 2019).

Além dos órgãos julgadores, o CARF conta com outras divisões e coordenações auxiliares, responsáveis pelo controle interno, planejamento e comunicação entre outros.

O CARF também é denominado como um órgão paritário por sua composição; metade dos membros é representante dos contribuintes e a outra metade representante da Fazenda Nacional. De acordo com a Portaria n. 343 do MF (2015), os representantes dos contribuintes são indicados por centrais sindicais e confederações representativas de categorias e precisam necessariamente ter notório saber técnico tributário; os representantes do Estado, segundo a mesma portaria, são escolhidos por uma lista tríplice elaborada pela RFB e tem como requisito serem Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil (AFRFB) há pelo menos 5 (cinco) anos.

3. METODOLOGIA

A seguir é apresentada a metodologia “*Normative Systems*”. A seguir, a definição das propriedades utilizadas no estudo e o procedimento para a coleta dos dados.

3.1. Normative systems

O *Normative systems* foi elaborado na tentativa de criar uma nova forma de análise de conteúdo jurídico. Essa técnica é eficaz para evidenciar padrões e inconsistências em sistemas jurídicos, como um conjunto de normas ou decisões acerca de temas semelhantes (Mets, 2018).

Ao organizar os enunciados jurídicos e agrupá-los em sistemas, busca-se simplificar o conteúdo e mapear propriedades estruturais e defeitos formais (Schoueri & Freitas, 2010). Essa esquematização se dá da seguinte forma, segundo Alchourron e Bulygin (1975): há a figura do Universo do Discurso (UD), que representa a propriedade em comum a todos os elementos. No UD há a figura do Universo das Ações (UA), que exprime o conjunto de ações comuns entre os elementos do UD. Há também o Universo de propriedades (UP) que retrata as propriedades contidas no UD que podem ou não estarem presentes em todos os elementos do UD.

Assim, no estudo de Alchourron e Bulygin (1972) foi definido o Universo das Ações com apenas uma opção: ‘Planejamento Válido’ (V). Esse universo abre possibilidade para duas respostas normativas, o planejamento válido (V), correspondente ao UA, e o inválido, que não se enquadra no UA. O Universo das Propriedades foi definido após uma pesquisa analítica dos elementos refletidos com maior frequência entre os acórdãos, implícita ou explicitamente, na discussão de validade ou invalidade das operações de planejamento tributário analisadas. As propriedades definidas foram replicadas no artigo de Martinez e Coelho (2016) e também serão replicadas nesse estudo.

Após a definição do UA, UD e UP, analisam-se os acórdãos e as propriedades que são aplicadas a cada um com a finalidade de chegar aos resultados “SIM” ou “NÃO”, considerando que as propriedades são representadas por perguntas. Ao final, o resultado das propriedades é confrontado com o resultado das decisões proferidas pelo CARF, com a finalidade de averiguar quais dessas propriedades são critérios decisivos para qualificar a operação do planejamento tributário como válido ou inválido.

Além de replicar a metodologia de Martinez e Coelho para análise dos critérios de decisão de validade no âmbito do CARF, este estudo propõe um breve comparativo entre as decisões proferidas pelo CARF e o argumentado nas autuações da Receita Federal do Brasil em instâncias anteriores, elencando as principais divergências e convergências. Essa análise tem como finalidade confrontar os argumentos usados pelos ASRFB para fundamentar as autuações e o entendimento do CARF a respeito da matéria.

3.2. Propriedades Analisadas

Como já citado, as propriedades utilizadas no UP foram fruto de uma pesquisa analítica de Schoueri e Freitas (2010), onde foram analisados todos os acórdãos do Conselho de Contribuintes (Denominação do CARF à época da análise) proferidos de 2002 a 2008 e que tinham como escopo condutas de *taxavoidance* (Schoueri & Freitas, 2010). Essa análise procurou mapear os critérios considerados na avaliação de atividades de *taxavoidance* e classificação quanto a sua validade. O conjunto de critérios reconhecidamente mais recorrentes nessa parte do estudo posteriormente resultou no conjunto de propriedades analisadas pela metodologia *normative systems*.

As propriedades analisadas por Schoueri e Freitas (2010) foram:

Propriedade 1: Um dos critérios percebidos para julgar válido o planejamento tributário é a inexistência de simulação. Não é necessário que esse conceito esteja explícito no acórdão, ele pode ser também expresso pela alegação de falta de propósito negocial ou qualquer argumentação que o julgador entenda que os fatos não ocorreram na realidade tais como descritos pelo contribuinte. (Schoueri & Freitas, 2010, p. 26). A pergunta correspondente a esta propriedade é: “P1: Não houve simulação?”

Propriedade 2: Outro fator observado pelos autores que foi elencado na discussão de validade do planejamento foi o enquadramento das práticas em regras não tributárias, como como normas no Banco Central do Brasil [BACEN], Comissão de Valores Mobiliários [CVM], entre outros. (Schoueri & Freitas, 2010, p. 26). Essa propriedade é representada pela pergunta: “P2: Regras não tributárias foram respeitadas?”

Propriedade 3: O CARF pode julgar como inválidas as operações que não tenham outro motivo além da economia tributária, ainda que em alguns casos a motivação do contribuinte a fazer tal escolha seja considerada irrelevante. Essa propriedade está relacionada ao conceito de ‘propósito negocial’ assim como a propriedade 1. “Esta teoria está muitas vezes associada ao ‘motivo subjetivo’ das partes, e são o parâmetro para desconsideração do planejamento tributário com base em figuras como o abuso do direito, abuso de formas ou a fraude à lei tributária.” (Schoueri & Freitas, 2010, p. 26). A pergunta para esta propriedade é: “P3: Há outra motivação além da tributária?”

Propriedade 4: As instituições julgadoras em algumas de suas argumentações pontuam o intervalo de tempo não usual entre as operações como indício de simulação e falta de propósito negocial. Um exemplo glosado pelos autores é o de operações societárias que regularmente levariam meses para ocorrer, e que nos casos autuados o intervalo é de dias ou até horas. (Schoueri & Freitas, 2010, p. 30). Essa propriedade é representada pela pergunta: “P4: Intervalo temporal é razoável?”

Propriedade 5: Essa propriedade diz respeito a operações efetuadas entre entidades com alguma relação, podendo ser empresas do mesmo grupo, sócios em comum, etc. A operações entre partes relacionadas não necessariamente levam à invalidade da operação e a

independência das partes também não significa a validade, porém é uma das evidências pontuadas pelos órgãos julgadores. (Schoueri & Freitas, 2010, p. 30). A pergunta para a propriedade é: “P5: Transação é feita com partes não relacionadas?”

Em cada um dos acórdãos são analisadas somente as propriedades a que os julgadores tenham se referido em sua argumentação, de forma explícita ou tácita. Deve-se, então, responder “Sim” ou “Não” às perguntas que correspondem às propriedades. Posteriormente as respostas às propriedades são confrontadas com a qualificação de cada prática quanto a sua validade (válido ou inválido) e analisa-se a influência de tais propriedades no o resultado da lide. As perguntas foram elaboradas intencionalmente para que a resposta “Sim” tendesse à validade da atividade em questão, ao passo que a resposta “Não” se relaciona com a invalidade do planejamento tributário (Martinez & Coelho, 2016).

3.3. Coleta de dados

A coleta dos acórdãos se deu a partir do banco de dados no portal “www.carf.fazenda.gov.br”, na seção de jurisprudência e opção “Acórdãos”, foram buscadas as palavras-chave relativas às operações societárias. Admitiu-se que todos os julgamentos referentes operações de planejamento tributário com uso de operações societárias típicas utilizaria as palavras-chave: “cisão”, “fusão”, “incorporação” e suas variações, além dos termos “reorganização societária” e “planejamento tributário”.

Na primeira etapa da análise foram examinadas as ementas das decisões ainda no próprio portal do CARF e descartados os casos que expressamente não versavam sobre os casos procurados nessa pesquisa. Os casos remanescentes tiveram os acórdãos analisados em sua integralidade e julgados quanto ao enquadramento na delimitação amostral para a sua permanência na análise. Assim como em Martinez e Coelho (2016), foram excluídas as contendas a respeito da “Trava dos 30%” de compensação de prejuízos, pois esse assunto é entendido pelos autores como uma inobservância da legislação e não um comportamento que tenha margem para ser compreendido como planejamento tributário.

O resultado final desta triagem foi uma amostra contendo apenas acórdãos que decidiram a legitimidade de operações societárias típicas (cisão, fusão e/ou incorporação de empresas) com a finalidade de planejamento tributário, julgados entre 1/01/2018 e 21/12/2018. Os 56 (cinquenta e seis) acórdãos da amostra estão expostos na Tabela 1 com uma breve exposição da matéria tratada.

Na coluna “Nº” é encontrado o ordenamento dos acórdãos selecionados na amostra, somando 56; a coluna “acórdão” refere-se ao número de decisão proferida pelo CARF e a referência na base de dados no portal; o “Ano” é referente ao(s) ano(s) em que foram identificadas as operações autuadas; e na coluna “matéria” está exposto qual a natureza da operação que foi autuada. Nesta última coluna foi considerada apenas a operação societária que sofreu a autuação, mesmo que tenha sido observado um conjunto de operações. Em geral, os relatórios da SRF citam uma série de operações societárias sequenciais para justificar a autuação.

Na Tabela 1 é possível observar que, das operações societárias consideradas para amostra, não houve autuação em operações de fusão. De acordo com Alves (2003), a fusão de empresas é um processo que vêm sendo considerado inusual pela complexidade jurídica e implicações fiscais. Assim, é natural que não seja uma operação comumente adotada para fins de planejamento tributário.

Também é possível observar uma tendência majoritária a operações de incorporação, tendo alta incidência nos julgamentos do uso das figuras jurídicas “incorporação reversa”, “ágio interno” e “empresa veículo”. As tentativas de operação societária são bem parecidas entre si, evidenciando que esse tipo de técnica de planejamento tributário é uma prática comum e, por serem reiteradamente alvo de autuação da SRF, podemos inferir que há uma linha de

pensamento de não validade neste órgão. Sobre a visão no CARF acerca dessas figuras, entretanto, não há consenso sobre sua validade ou não.

Tabela 1: Amostra final de Acórdãos Utilizados na Pesquisa

Nº	Acórdão	Ano	Matéria
1	1201-002.082	2011	Incorporação; Omissão de Ganho de capital e pagamento de IRPJ insuficiente.
2	1201-002.085	2012, 2013	Incorporação reversa; Ágio interno.
3	1201-002.148	2010	Incorporação com uso de empresa veículo; Aproveitamento fiscal do ágio.
4	1201-002.168	2005, 2006	Incorporação com uso de empresa veículo; Aproveitamento fiscal do ágio.
5	1201-002.169	2005	Incorporação com uso de empresa veículo; Aproveitamento fiscal do ágio.
6	1201-002.245	2014	Ágio interno; Incorporação com uso de empresa veículo; Aproveitamento fiscal do
7	1201-002.258	2004, 2005	Aproveitamento de bases negativa de CSLL de empresa incorporada.
8	1201-002.357	2011, 2012	Ágio interno. Aproveitamento fiscal do ágio.
9	1201-002.479	2005	Incorporação; Investidor tem origem no exterior.
10	1201-002.671	2007, 2012	Incorporação com uso de empresa veículo; Aproveitamento fiscal do ágio.
11	1301-002.208	2006, 2009	Incorporação reversa e aproveitamento fiscal do ágio.
12	1301-002.608	2008	Ágio interno. Aproveitamento fiscal do ágio.
13	1301-002.725	2008	Incorporação reversa com uso de empresa veículo; Aproveitamento fiscal do ágio.
14	1301-003.284	2009, 2010	Ágio interno. Aproveitamento fiscal do ágio.
15	1302-002.618	2008, 2009	Incorporação com uso de empresa veículo; Aproveitamento fiscal do ágio.
16	1302-002.724	2010, 2014	Incorporação com uso de empresa veículo; Aproveitamento fiscal do ágio.
17	1302-003.160	2011, 2012	Ágio interno. Aproveitamento fiscal do ágio.
18	1302-003.290	2008, 2011	Cisão parcial para permacener no lucro presumido.
19	1401-002.197	2007, 2009	Incorporação; Investidor tem origem no exterior.
20	1401-002.884	2011, 2012	Incorporação reversa com uso de empresa veículo.
21	1402-002-740	2009, 2010	Ágio interno. Incorporação com utilização de empresa veículo.
22	1402-002.827	2009, 2010	Ágio interno. Incorporação com utilização de empresa veículo.
23	1402-002.889	2011, 2012	Ágio interno. Incorporação com utilização de empresa veículo.
24	1402-003.116	2011, 2013	Incorporação com uso de empresa veículo; Aproveitamento fiscal do ágio.
25	1402-003.573	2013, 2015	Incorporação reversa; Aproveitamento fiscal do ágio.
26	1402-003.605	2010, 2014	Incorporação com uso de empresa veículo; Aproveitamento fiscal do ágio.
27	2301-005.261	2010, 2011	Incorporação; Omissão de Ganho de capital e pagamento de IRPJ insuficiente
28	2401-005.388	2005, 2006	Incorporação; responsabilidade tributária de sucessora.
29	2401-005.389	2005, 2008	Incorporação; responsabilidade tributária de sucessora.
30	3301-005.351	2009	Incorporação; responsabilidade tributária de sucessora.
31	9101-003.168	1999	Cisão parcial; finalidade de esquivar-se da tributação do ganho de capital;
32	9101-003.199	2010, 2011	Incorporação reversa e utilização de prejuízos acumulados.
33	9101-003.208	2005	Ágio interno. Incorporação com utilização de empresa veículo.
34	9101-003.222	2005, 2009	Ágio interno. Incorporação com utilização de empresa veículo.
35	9101-003.255	2008, 2009	Incorporação reversa com uso de empresa veículo; Aproveitamento fiscal do ágio.
36	9101-003.274	2008	Incorporação reversa com uso de empresa veículo; Aproveitamento fiscal do ágio.
37	9101-003.275	2009, 2011	Incorporação reversa com uso de empresa veículo; Aproveitamento fiscal do ágio.
38	9101-003.362	2009	Incorporação reversa com uso de empresa veículo; Aproveitamento fiscal do ágio.
39	9101-003.364	2006, 2009	Ágio interno. Incorporação com utilização de empresa veículo.
40	9101-003.374	2008, 2012	Ágio interno. Incorporação com utilização de empresa veículo.
41	9101-003.395	2007	Incorporação reversa com uso de empresa veículo; Aproveitamento fiscal do ágio.
42	9101-003.397	2006	Incorporação reversa com uso de empresa veículo; Aproveitamento fiscal do ágio.
43	9101-003.446	2007, 2009	Ágio interno; Cisão parcial e Incorporação. Aproveitamento fiscal do ágio.
44	9101-003.465	2004, 2008	Ágio interno. Incorporação com utilização de empresa veículo.
45	9101-003.468	2009, 2012	Incorporação reversa com uso de empresa veículo; Aproveitamento fiscal do ágio.
46	9101-003.532	2006, 2010	Incorporação reversa com uso de empresa veículo; Aproveitamento fiscal do ágio.
47	9101-003.533	2007, 2010	Incorporação reversa com uso de empresa veículo; Aproveitamento fiscal do ágio.
48	9101-003.536	2008	Cisão com versão do patrimônio para sociedade anônima (desmutualização).
49	9101-003.543	2004, 2007	Incorporação reversa com uso de empresa veículo; Aproveitamento fiscal do ágio.
50	9101-003.571	2006, 2008	Incorporação reversa com uso de empresa veículo; Aproveitamento fiscal do ágio.
51	9101-003.608	2006, 2009	Incorporação reversa com uso de empresa veículo; Aproveitamento fiscal do ágio.
52	9101-003.612	2007, 2009	Incorporação reversa com uso de empresa veículo; Aproveitamento fiscal do ágio.
53	9101-003.740	2007	Ágio interno. Incorporação com utilização de empresa veículo.
54	9101-003.871	2007, 2008	Ágio interno. Incorporação com utilização de empresa veículo.
55	9101-003.885	2004, 2007	Ágio interno. Incorporação com utilização de empresa veículo.
56	9101-003.396	2006, 2007,	Ágio interno. Incorporação com utilização de empresa veículo.

Fonte: Elaboração própria

4. ANÁLISE DE RESULTADOS

Nesta seção são apresentadas a análise das propriedades (item 4.1), seguida da análise comparativa entre as duas instâncias do PAF, SRFB e CARF (item 4.2).

4.1. Resposta às propriedades

Os acórdãos coletados na amostra foram lidos em sua integralidade e analisados conforme as propriedades estabelecidas por Schoueri e Freitas (2010). A conclusão está exposta na Tabela 2, onde o “N” é referente à ordem no rol de itens da amostra; “Acórdão” é a identidade da decisão referenciada no portal do CARF; o “Ano” é referente ao(s) ano(s) em que foram identificadas as operações autuadas; “P-1”, “P-2”, “P-3”, “P-4” e “P-5” referem-se às propriedades já elencadas no capítulo de metodologia deste estudo; na coluna “Resultado” a resposta “VÁLIDO” refere-se à operação societária que foi considerada válida pelo CARF, em contraposto com o resultado “INVÁLIDO” que a operação foi invalidada pelo órgão.

A Tabela 2 é referente apenas à parte do relatório em que há os acórdãos redigidos pelo CARF, o julgamento proferido por ele e a análise dos critérios no voto majoritário. Não foi considerada a porção do processo que continha os argumentos das instâncias anteriores da SRFB, ou julgamentos anteriores do próprio CARF ou os votos dos relatores que não foram acompanhados pela maioria dos conselheiros.

Tabela 2: Resultados da Análise das Propriedades no Voto Condutor dos Acórdãos

Nº	Acórdão	Ano	P-1	P-2	P-3	P-4	P-5	Resultado
1	1201-002.082	2011	Sim	-	Sim	Não	Não	Válido
2	1201-002.085	2012, 2013	Sim	-	Não	-	Não	Inválido
3	1201-002.148	2010	Sim	-	Não	-	Não	Inválido
4	1201-002.168	2005, 2006	Sim	-	Não	Não	Não	Inválido
5	1201-002.169	2005	Sim	-	Sim	Não	Não	Inválido
6	1201-002.245	2014	-	Não	Não	-	Não	Inválido
7	1201-002.258	2004, 2005	Sim	-	-	-	-	Válido
8	1201-002.357	2011, 2012	-	Sim	Sim	-	Não	Válido
9	1201-002.479	2005	-	Não	Sim	-	Não	Inválido
10	1201-002.671	2007, 2012	Sim	Não	Não	-	-	Inválido
11	1301-002.208	2006, 2009	Sim	Sim	Sim	-	-	Válido
12	1301-002.608	2008	Sim	-	Sim	-	Não	Inválido
13	1301-002.725	2008	Sim	-	Não	-	Não	Inválido
14	1301-003.284	2009, 2010	Sim	-	Não	-	Não	Inválido
15	1302-002.618	2008, 2009	Não	-	Não	-	-	Inválido
16	1302-002.724	2010, 2014	Sim	-	Não	-	Sim	Inválido
17	1302-003.160	2011, 2012	-	-	Não	-	Não	Inválido
18	1302-003.290	2008, 2011	Sim	-	Não	-	-	Válido
19	1401-002.197	2007, 2009	-	-	Não	Não	-	Inválido
20	1401-002.884	2011, 2012	-	-	Não	Não	-	Inválido
21	1402-002-740	2009, 2010	-	-	Não	Não	-	Inválido
22	1402-002.827	2009, 2010	-	-	Não	-	-	Inválido
23	1402-002.889	2011, 2012	Sim	-	Não	-	Não	Inválido
24	1402-003.116	2011, 2013	Não	-	Não	-	Não	Inválido
25	1402-003.573	2013, 2015	-	-	Sim	Não	Sim	Válido
26	1402-003.605	2010, 2014	Sim	-	Não	Não	Não	Inválido
27	2301-005.261	2010, 2011	Não	-	Sim	Não	-	Inválido
28	2401-005.388	2005, 2006	Sim	Sim	Sim	-	Sim	Inválido
29	2401-005.389	2005, 2008	Sim	Sim	Sim	-	Sim	Inválido
30	3301-005.351	2009	Não	-	Sim	Sim	Não	Inválido
31	9101-003.168	1999	Não	-	Não	Não	-	Inválido
32	9101-003.199	2010, 2011	Não	Não	Não	Não	Sim	Inválido
33	9101-003.208	2005	Sim	Não	Não	Não	-	Inválido
34	9101-003.222	2005, 2009	Não	Não	Não	Sim	Não	Inválido
35	9101-003.255	2008, 2009	Sim	Não	Sim	Não	Não	Inválido
36	9101-003.274	2008	Não	Sim	Não	Não	Não	Inválido
37	9101-003.275	2009, 2011	Não	-	Não	Não	Sim	Inválido
38	9101-003.362	2009	Não	-	Não	Não	Sim	Inválido

continua

Tabela 2: Resultados da Análise das Propriedades no Voto Condutor dos Acórdãos (continuação)

Nº	Acórdão	Ano	P-1	P-2	P-3	P-4	P-5	Resultado
39	9101-003.364	2006, 2009	Não	Não	Não	-	Não	Inválido
40	9101-003.374	2008, 2012	Não	Não	Não	Não	Sim	Inválido
41	9101-003.395	2007	Não	Não	Não	-	Sim	Inválido
42	9101-003.397	2006	Não	Não	Não	-	Sim	Inválido
43	9101-003.446	2007, 2009	Sim	Sim	Não	Não	Não	Inválido
44	9101-003.465	2004, 2008	Não	-	Não	Não	Sim	Inválido
45	9101-003.468	2009, 2012	-	Não	Não	Não	Sim	Inválido
46	9101-003.532	2006, 2010	Não	-	Não	-	Não	Inválido
47	9101-003.533	2007, 2010	Não	Não	Não	-	Não	Inválido
48	9101-003.536	2008	-	Não	-	-	-	Inválido
49	9101-003.543	2004, 2007	Não	-	Não	Não	Não	Inválido
50	9101-003.571	2006, 2008	Não	Não	Não	Não	Não	Inválido
51	9101-003.608	2006, 2009	Não	Não	Não	Não	Não	Inválido
52	9101-003.612	2007, 2009	Não	-	Não	Não	Não	Inválido
53	9101-003.740	2007	Não	-	Não	Não	Não	Inválido
54	9101-003.871	2007, 2008	Não	-	Não	Não	Não	Inválido
55	9101-003.885	2004, 2007	Não	Sim	Não	Não	Não	Inválido
56	9101-003.396	2006, 2007, 2008, 2009	Não	Não	Não	Não	Não	Inválido

Fonte: Elaboração própria

A Tabela 3 apresenta a distribuição dos acórdãos quanto a sua análise. A propriedade está exposta com a afirmação a que se refere; a coluna de análises representa o valor percentual do número de acórdãos que analisaram aquela propriedade e número total da amostra (56 acórdãos); a verificação é o percentual de “SIM” e “NÃO” com o recorte de determinada propriedade analisada.

Tabela 3: Distribuição da análise das propriedades

Propriedades	Análises	Verificação
Propriedade 1 (P-1) "Não houve Simulação?"	45 análises (80%)	20 Sim (44%) 25 Não (56%)
Propriedade 2 (P-2) "Regras não tributárias foram respeitadas?"	24 análises (43%)	7 Sim (29%) 17 Não (71%)
Propriedade 3 (P-3) "Existe motivação extratributária?"	54 análises (96%)	12 Sim (22%) 42 Não (78%)
Propriedade 4 (P-4) "Operações ocorreram em intervalo temporal razoável?"	30 análises (54%)	2 Sim (7%) 28 Não (93%)
Propriedade 5 (P-5) " Operações com partes independentes?"	43 análises (77%)	12 Sim (28%) 31 Não (72%)

Fonte: Elaboração própria

A Tabela 4 apresenta uma relação entre as propriedades e a validade ou invalidade das operações societária para fins de planejamento tributário, enumerando para cada propriedade a quantidade de “Sim” e “Não” para os casos em que as propriedades puderam ser observadas em acórdãos julgados válidos e inválidos.

Tabela 4: Relação propriedade x Validade da operação

Propriedades	Válidos		Inválidos	
	Sim	Não	Sim	Não
P-1	4	0	13	25
P-2	2	0	5	17
P-3	4	1	7	39
P-4	0	2	2	24
P-5	1	2	11	26

Fonte: Elaboração própria

Dos 56 acórdãos da amostra, 54 (96%) tiveram em sua discussão no CARF, direta ou indiretamente, matéria acerca da propriedade P-3 que se refere à motivação extra tributária na operação. É a ocorrência mais relevante percentualmente, refletindo uma tendência de

discussão acerca da problemática de propósito negocial nas operações societárias. Dessas, em apenas 22% dos acórdãos em que a propriedade foi analisada foi reconhecida motivação extra tributária; as outras 78% foram consideradas operações sem propósito negocial. A porcentagem de ocorrência da propriedade foi idêntica à alcançada na pesquisa de Martinez e Coelho (2016), que também foi a propriedade mais recorrente nos acórdãos, com 96% de incidência. No estudo de Martinez e Coelho (2016), contudo, a consideração de existência de motivação extra tributária (verificação como “SIM” na análise) foi de 60%, em contraponto com os 22% apurados nesta presente pesquisa.

Essa diminuição no percentual abre interpretação para duas hipóteses: 1) Entre os anos de 2013 (Último ano da amostra dos julgamentos analisados no estudo de Martinez e Coelho) e 2018 (Ano dos julgamentos analisados neste presente estudo) o CARF teve um movimento de restringir o entendimento de propósito negocial e assim menos situações se enquadram como válidas, ou 2) Os contribuintes compreenderam essa oportunidade de planejamento tributário e esse tipo de operação passou a ser usada com mais frequência, abrindo margem para ser aplicada de forma indiscriminada e legalmente equivocada.

Quanto às propriedades 1 e 5, estas também são pertinentes para avaliar a validade do planejamento tributário, visto que a P-1 foi analisada em 80% dos acórdãos analisados e a P-5 em 77% deles. Em 56% dos acórdãos analisados conforme a propriedade 1 foi constatado evidência de simulação (respondidos como “não”). Como exposto na Tabela 4, todas as estratégias de planejamento tributário que foram julgadas como simulação (ou seja, tendo a resposta “não” nesta propriedade) foram invalidadas pelo CARF. O contrário, porém, não é válido; ainda houve 13 (treze) acórdãos analisados em que descartou-se a hipótese de simulação, e ainda assim foram julgados como operações inválidas para fim de planejamento tributário.

Assim, é possível inferir que uma operação ser eivada de simulação não é requisito fundamental para ser julgada como válida pelo CARF. Na pesquisa de Martinez e Coelho (2016) foi apurado que em 84% dos acórdãos foram analisados a propriedade, e em 37% deles foi respondido como “sim” e em 17% como “não”. É relevante enfatizar o salto de 17% para 56% que foi constatado evidência de simulação na operação societária pelo CARF.

A propriedade 5 refere-se à operação com partes independentes. Das apenas 6 operações da amostra julgadas como válidas pelo CARF, 2 delas foram consideradas sendo com partes relacionadas (resposta “não” á propriedade) e 1 como sendo com partes independentes. É possível evidenciar que não é uma propriedade que sozinha valide ou desvalide uma operação, é necessário analisá-la em síncrono a outras propriedades e avaliar todo o contexto do planejamento tributário em questão. Em Martinez e Coelho (2016) essa propriedade foi identificada em 76% dos acórdãos (em contraponto com 77% apurados nesta presente pesquisa) e desses 37% foram considerados como partes independentes e 63% foram consideradas como operações com parte relacionada (28% e 72% respectivamente, os percentuais apurados nesta pesquisa). Houve uma sensível modificação nos percentuais, tanto na incidência de análise quanto nos percentuais percebidos como válidos e inválidos.

As propriedades P-2 e P-4 tiveram menor incidência de análise na amostra, respectivamente sendo pauta em 43% e 54% dos acórdãos. Naturalmente, há a dedução de que as características relacionadas à “regras não tributárias” e ao “intervalo de tempo adequado entre as operações” são as que apresentam menor expressividade para a validade ou invalidade de planejamento tributário dentre as propriedades analisadas. Em um comparativo com os resultados obtidos no estudo de Martinez e Coelho (2016), a P-2 foi analisada em 78% dos acórdãos e a P-4 em 42% dos casos. Houve diminuição do percentual em ambas e, por conexão, redução do interesse nas propriedades dentro da análise de mérito das operações de planejamento tributário.

De forma geral, os resultados obtidos nesta análise de propriedades em Martinez e Coelho (2016) e neste presente estudo mantiveram congruência entre si. Os pontos de observação são: 1) O percentual de acórdãos de que concluíram que houve simulação na operação (análise da propriedade 1), foi de 17% para 56%; 2) A propriedade referente ao respeito às normas não tributárias foi observada em 78% dos acórdãos analisados em Martinez e Coelho (2016) em contraponto com 43% apurados neste estudo; 3) A propriedade referente ao propósito negocial foi analisada de forma igual nos dois períodos analisados (ambos os estudos apuraram sua incidência em 96% dos acórdãos analisados), porém houve expressiva divergência quanto à percepção do propósito negocial pelo órgão julgador; No estudo de Martinez e Coelho (2016) 60% dos acórdãos analisados foram considerados com propósito negocial, em contrapartida aos 22% tratados nesta presente pesquisa.

4.2. Comparação das decisões entre SRFB e CARF

A Tabela 5 apresenta o resultado da comparação entre as decisões da SRFB na instância anterior e o que foi argumentado nas decisões proferidas pelo CARF.

Tabela 5: Comparação decisões SRFB x CARF

Nº	Resultado CARF	Divergências	Convergências
1	VÁLIDO	Simulação e falta de propósito negocial	Partes relacionadas, e curto espaço de tempo
2	INVÁLIDO	Simulação	Falta de propósito negocial
3	INVÁLIDO	-	Ausência de propósito negocial; Simulação
4	INVÁLIDO	Simulação	Falta de propósito negocial
5	INVÁLIDO	Simulação	Falta de propósito negocial
6	INVÁLIDO	Multa qualificada	Cálculo não é amortizável
7	VÁLIDO	Possibilidade de aproveitamento	Não houve convergência
8	VÁLIDO	Cálculo do ágio	Ágio não amortizável
9	INVÁLIDO	Multa qualificada	Ágio não amortizável
10	INVÁLIDO	Simulação, multa qualificada	Ágio não amortizável
11	VÁLIDO	Dedutibilidade do ágio	-
12	INVÁLIDO	Multa qualificada	Ágio não amortizável
13	INVÁLIDO	Simulação, multa qualificada	Ágio não amortizável
14	INVÁLIDO	Multa qualificada	Ágio não amortizável
15	INVÁLIDO	-	io não dedutível da BC, simulação
16	INVÁLIDO	Multa qualificada	Ágio não amortizável
17	INVÁLIDO	-	Ágio não amortizável
18	VÁLIDO	Validade da operação	-
19	INVÁLIDO	Multa qualificada	Validade da operação
20	INVÁLIDO	Multa de ofício	Operação inválida e ágio não dedutível
21	INVÁLIDO	Multa de ofício	Ágio não amortizável
22	INVÁLIDO	-	Ágio não amortizável
23	INVÁLIDO	-	Ágio não amortizável
24	INVÁLIDO	Multa qualificada	Operação inválida e ágio não dedutível
25	VÁLIDO	Validade da operação	-
26	INVÁLIDO	Uma das operações (Incorporação)	Uma das operações
27	INVÁLIDO	Multa qualificada	O pagamento de IR referente ao ganho de capital
28	INVÁLIDO	-	Sucessão tributária
29	INVÁLIDO	-	Sucessão tributária
30	INVÁLIDO	-	Sucessão tributária
31	INVÁLIDO	-	Invalidez da operação, dolo na conduta
32	INVÁLIDO	-	Ágio não amortizável
33	INVÁLIDO	Dolo na conduta, multa qualificada	Ágio não amortizável
34	INVÁLIDO	-	Ágio não amortizável
35	INVÁLIDO	-	Ágio não amortizável
36	INVÁLIDO	-	Ágio não amortizável
37	INVÁLIDO	-	Ágio não amortizável, invalidez da operação societária
38	INVÁLIDO	-	Ágio não amortizável, invalidez da operação societária
39	INVÁLIDO	-	Ágio não amortizável, invalidez da operação societária
40	INVÁLIDO	Multa qualificada	Ágio não amortizável, invalidez da operação societária
41	INVÁLIDO	-	Ágio não amortizável, invalidez da operação societária
42	INVÁLIDO	-	Ágio não amortizável, invalidez da operação societária
43	INVÁLIDO	Auto de infração complementar	Ágio não amortizável
44	INVÁLIDO	-	Ágio não amortizável

Tabela 5: Comparação decisões SRFB x CARF (continuação)

Nº	Resultado CARF	Divergências	Convergências
45	INVÁLIDO	-	Ágio não amortizável
46	INVÁLIDO	-	Ágio não amortizável
47	INVÁLIDO	-	Ágio não amortizável, invalidade da operação societária
48	INVÁLIDO	-	Incidência de tributação no valor da cisão
49	INVÁLIDO	-	Ágio não amortizável
50	INVÁLIDO	-	Ágio não amortizável
51	INVÁLIDO	-	Ágio não amortizável
52	INVÁLIDO	-	Ágio não amortizável, invalidade da operação societária
53	INVÁLIDO	-	Ágio não amortizável, invalidade da operação societária
54	INVÁLIDO	-	Ágio não amortizável, invalidade da operação societária
55	INVÁLIDO	-	Ágio não amortizável, invalidade da operação societária
56	INVÁLIDO	-	Ágio não amortizável, invalidade da operação societária

Fonte: Elaboração própria

Verifica-se que, de acordo com a Tabela 5, em 89% dos processos o CARF foi favorável ao fisco, ao ratificar o entendimento da Receita Federal; dos 56 (cinquenta e seis) acórdãos do CARF analisados na amostra, apenas 6 (seis) foram de encontro ao entendimento da SRFB quanto a validade das operações societárias.

Na tabela 5 são evidenciadas as principais divergências e convergências entre a autuação da Receita Federal e o decidido pelo CARF. A análise é de forma essencial em suas conclusões e sem seguir a lógica das propriedades de Martinez e Coelho (2016) como nas análises anteriores, de forma a tornar visível as refutações que ocorreram dentro PAF.

Nesta análise, foi possível visualizar uma relevante incidência do assunto de amortização de ágio, sendo um dos principais pontos de concordância entre RFB e CARF; 55% dos acórdãos analisados tratavam de tentativas de amortização do ágio que foram invalidadas pelas duas instâncias do processo administrativo fiscal.

Sobre este assunto, tem-se o histórico jurisprudencial exposto a seguir: O ágio por rentabilidade futura passou a ser considerado como amortizável para fins fiscais a partir do Decreto n. 3.000 [RIR/99] (1999), e apenas para os casos de fusão, cisão ou incorporação. A Lei n. 12.973 (2014) apresenta a amortização fiscal do ágio nos termos do RIR/99, inviabilizando a dedução do ágio gerado entre partes dependentes, conforme o artigo 25 da Lei n.º 12.973 de 2014. Essa medida, juntamente com a revogação do artigo 36 da Lei nº 10.637 (2002), visou impossibilitar situações de amortização de ágio gerado em operações de incorporação reversa com utilização de empresa veículo, visto que se configura situação que abre margem para operações artificiais com a única finalidade de economia tributária (Boito & Plastina, 2015).

Apesar de julgados no ano de 2018, todas as operações a que se referem os acórdãos são anteriores ao ano de 2015 e em razão disso não foram alcançados pelas modificações legislativas. A tendência é que as situações de planejamento tributário por meio de tentativa de amortização de ágio gerado em operações de incorporação reversa com uso de empresa veículo desapareçam do banco de processos do CARF visto que o assunto já estar pacificado por lei a partir de 2015.

Acerca das divergências entre CARF e SRFB, a de maior ocorrência (68%) é com relação à multa, sua incidência ou se cabe aplicação de multa qualificada (o que consequentemente interfere em sua porcentagem). Em termos doutrinários, há divergência quanto ao entendimento de objetos jurídicos como “fraude”, “simulação” e/ou quanto ao dolo da conduta. De forma prática, o CARF está de acordo com a autuação quanto à invalidade da conduta, porém se pronuncia contra a multa em questão por entender que não houve dolo apesar do vício da operação. Essa é a divergência com maior relevância entre CARF e SRFB sobre o assunto de planejamento tributário com uso de operações societárias.

Em 68% dos casos analisados, a SRFB aplicou em primeira instância a penalidade da multa qualificada (ou seja, reconheceu dolo na conduta), entretanto o CARF decidiu por afastar

a qualificação da multa e manter o percentual em 75%, que é aplicado em casos de ofício regulares. É possível inferir deste padrão de comportamento das decisões do CARF que este entende que, mesmo assumindo que as operações societárias não foram válidas para fins de planejamento tributário, uma maioria não tem erros decorrentes de condutas propositais, como sonegação, fraude ou conluio; Assim, subentende-se que no entendimento do CARF essas falhas foram provocadas por erros não intencionais, que podem ter sido causados por falta de informação ou de conhecimento técnico.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa tem como objetivo geral aferir quais os critérios mais relevantes para configuração de validade ou invalidade de operações societárias típicas para fins de planejamento tributário, tendo como base acórdãos proferidos pelo CARF no ano de 2018. Assim, propôs-se a trazer luz a esta questão mediante a análise de acórdãos do CARF julgados no ano de 2018, em contraponto com os resultados do estudo anterior de Martinez e Coelho (2016), que teve o mesmo escopo de análise com decisões proferidas entre os anos de 2008 e 2013. A metodologia utilizada foi a “*Normative systems*” de Alchourrón e Bulygin (1972). O resultado final dessa triagem foi uma amostra contendo 56 acórdãos, que foram submetidos à análise a partir dos mesmos critérios levantados por Schoueri e Freitas (2010), representados por perguntas, as quais são: 1-“P1: Não houve simulação?”; P2: Regras não tributárias foram respeitadas?”; “P3: Há outra motivação além da tributária?”; “P4: Intervalo temporal é razoável?”; “P5: Transação é feita com partes não relacionadas?”.

Esta comparação elucidou que, de forma geral, a proporção de incidência das propriedades nos acórdãos se manteve semelhante nos dois estudos. Foram observadas as seguintes alterações relevantes: 1) O percentual de acórdãos de que concluíram que houve simulação na operação (análise da propriedade 1), foi de 17% para 56%; 2) A propriedade referente ao respeito às normas não tributárias foi observada em 78% dos acórdãos analisados em Martinez e Coelho (2016) em contraponto com 43% apurados neste estudo; 3) A propriedade referente ao propósito negocial foi analisada de forma igual nos dois períodos analisados (ambos os estudos apuraram sua incidência em 96% dos acórdãos analisados), porém houve expressiva divergência quanto à percepção do propósito negocial pelo órgão julgador; No estudo de Martinez e Coelho (2016) 60% dos acórdãos analisados foram considerados com propósito negocial, em contrapartida aos 22% tratados nesta presente pesquisa.

Assim, tem-se como a principal propriedade para análise de validade do planejamento tributário a existência de motivação extra tributária na operação, tema que foi tratado em 96% dos acórdãos analisados. Dessas, em apenas 22% dos acórdãos em que a propriedade foi analisada foi reconhecida motivação extra tributária, as outras 78% foram consideradas operações sem propósito negocial. Das operações consideradas sem propósito negocial, apenas uma foi validada pelo CARF; as outras 39 operações analisadas sem propósito negocial foram consideradas inválidas. Com isso, é evidente a relevância do propósito negocial para a configuração de validade da operação.

A propriedade referente à evidência de simulação, também se mostrou relevante na análise, com incidência em 80% dos acórdãos. Todas as estratégias de planejamento tributário que foram julgadas como simulação foram invalidadas pelo CARF. O contrário, porém, não é válido; ainda houve 13 (treze) acórdãos analisados em que se descartou a hipótese de simulação, e ainda assim foram julgadas como operações inválidas para fim de planejamento tributário. Assim, é possível inferir que uma operação ser eivada de simulação não é requisito fundamental para ser julgada como válida pelo CARF.

A propriedade que versa sobre a operação ser com partes relacionadas ou independentes, teve incidência em 77% dos acórdãos, porém não se mostrou uma propriedade que sozinha valide ou desvalide uma operação, é necessário analisá-la em síncrono a outras propriedades e avaliar todo o contexto do planejamento tributário em questão.

Outras propriedades tiveram menor incidência de análise na amostra, referente à “regras não tributárias” e “intervalo de tempo adequado entre as operações”, respectivamente sendo analisadas em 43% e 54% dos acórdãos. Naturalmente, há a dedução de que as características relacionadas a elas são as que apresentam menor expressividade para a validade ou invalidade de planejamento tributário dentre as propriedades analisadas.

Em adendo, esta pesquisa também verificou as divergências e convergências essenciais entre os entendimentos do CARF e da SRFB, buscando no texto das autuações e das respectivas decisões proferidas pelo CARF os argumentos que os fundamentaram. Esta análise encontrou como ponto em comum às duas instâncias a invalidade de tentativas de amortização do ágio gerado em operações de incorporação reversa com utilização de empresa veículo, sendo o objeto de 55% dos julgamentos. A partir de 2015 já há veto legislativo a esse tipo de operação, e por isso a tendência é que este tipo de ocorrência desapareça do banco de processos do CARF nos próximos anos.

Adicionalmente, a maior divergência entre CARF e SRFB é acerca da multa ou sua qualificação. Em 68% dos casos analisados a Receita Federal aplicou multa qualificada de 150% e, posteriormente o julgamento do CARF afastou a incidência da multa, mantendo o percentual ordinário de ofício de 75%. Dá-se que a multa qualificada só é aplicada quando há evidente dolo na conduta, e a multa de ofício nos demais casos. Disto, depreende-se que o CARF afasta hipótese de dolo na maioria das operações, mesmo que tenha considerado-as como inválidas para fins de planejamento tributário. No entendimento do CARF essas falhas foram provocadas por erros não intencionais, aqueles causados por falta de conhecimento técnico, e não devido a erros decorrentes de condutas propositais, como sonegação, fraude ou conluio.

Este estudo trouxe esclarecimentos acerca do entendimento atual do CARF quando às propriedades determinadas em tentativas de planejamento tributário por meio de operações societárias. Adicionalmente aos estudos anteriores, trouxe a perspectiva da SRFB acerca do tema, completando a análise do PAF. Para uma análise desse processo em sua completude, tem-se como sugestão para estudos posteriores a análise dos acórdãos analisados nesse estudo fora da esfera administrativa, em acareações na esfera judicial e o devido tratamento dos temas.

REFERÊNCIAS

- Alchourrón, C. E., Bulygin, E. (1972). *Normative Systems*. New York: Springer.
- Alves, A. A. C. (2003). A legalidade da fusão, cisão e incorporação de empresas como instrumentos de planejamento tributário. *Jus Navigandi*, 8(61).
- Amaro, L. (2014). *Direito tributário brasileiro* (20a. ed). São Paulo: Saraiva.
- Bianco, M., Colbari, A., & Silva Neto, A. (2010). Secreteriat Of The Federal Revenue of Brazil Officers: Considerations about Professional identity construction. *Revista EBAPE*, 8(3), 453-467.
- Boito, A. L. M. & Plastina, P. E. G. (2015). O Aproveitamento Fiscal do ágio na incorporação: Alterações veiculadas na lei nº 12.973 de 2014. Trabalho de Conclusão de Curso ee Graduação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil.
- Campos, C. H. (2007). *Prática de Planejamento Tributário*. São Paulo: QuatierLatin.
- Chaves, F.C. (2008). *Planejamento tributário na Prática*. São Paulo: Atlas.
- Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972 (1972)*. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal. Diário Oficial da União, Brasília-DF.
- Dória, A. R. S. (2001). *Elisão e evasão fiscal* (2.a ed.). São Paulo: Bushatsky.
- Grego, M.A. (2011). *Planejamento Tributário* (3a. ed.). São Paulo: Dialética.
- Hanlon, M., & Heitzman, S. (2010). A Review of Tax Research. *Journal of Accounting and Economics*, 50(2–3), 127-178.
- Jensen, M., & Meckling, W. (1976). Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, 3(4), 305-360.

Lei Ordinária n. 4.502, de 30 de novembro de 1964(1964). Cria o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infra-Estrutura – REIDI (...) e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília-DF.

Lei Ordinária n. 5.172, de 50 de outubro de 1966(1966). Código Tributário Nacional, Diário Oficial da União, Brasília-DF.

Lei Ordinária n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996(1996). Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília-DF.

Lei Ordinária n. 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (2002). Dispõe sobre a não-cumulatividade na cobrança da contribuição para os Programas de Integração Social (PIS) e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep) e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília-DF.

Lei Ordinária n. 11.488, de 15 de junho de 2007 (2007). Cria o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infra-Estrutura – REIDI (...) e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília-DF.

Lei Ordinária n.12.973, de 13 de maio de 2014(2014). Dispõe sobre a alteração da legislação tributária federal relativa ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas – IRPJ e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília-DF.

Martinez, A. L., & Coelho, L. F. D. A. (2016). Planejamento tributário com operações societárias: critérios de validade utilizados pelo CARF. *Revista Contemporânea de Contabilidade*, 13(30), 193-213.

Martins, A.L. (2010). *Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: 85 anos de imparcialidade na solução dos litígios fiscais*. Rio de Janeiro: Ed. Capivara.

Mendes, A. P.S. (2001). *Teoria da Agência Aplicada à Análise de Relações entre os Participantes dos Processos de Cooperação Tecnológica Universidade-Empresa*. Tese de doutorado, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil.

Mets, A. (2018) Normativity of scientific laws: two kinds of normativity. *Problemas*, 93(1), 60-69.

Ministério da Fazenda. Portaria n. 63, de 9 de fevereiro de 2017(2017). Estabelece limite para DRJs, Diário Oficial da União, Brasília-DF.

Ministério da Fazenda. Portaria n. 343, de 9 de junho de 2015 (2015). Aprova o Regimento Interno do CARF e da outros provimentos, Diário Oficial da União, Brasília-DF.

Rezende, T. D. H. D. (2016). Da legitimidade democrática à efetividade social: análise do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF. *Revista Sociedade em Debate*, 22(1), 141-174.

Rocha, E., Barcelos, L., & Rocha, P. (2016). O planejamento tributário e a elisão fiscal. *Revista Controle*, 14(1), 203-226.

Rossetti, J. P. (2003). *Introdução à economia* (15a. ed.). São Paulo: Atlas.

Santos, D. R.P. (2015). Os auditores e a operação zelotes. *Revista Agente Fiscal- Sindifisco Nacional*, ano VI - Maio-Junho.

Santos, M. A. C. D. (2016). *Evasão tributária, probabilidade de detecção e escolhas contábeis: Um estudo à luz da teoria de agência*. Tese de doutorado, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil. 2016.

Schoueri, L.E, (Coord.)& Freitas, R.(Org.).(2010). *Planejamento Tributário e o “Propósito Negocial” – Mapeamento de Decisões do Conselho de Contribuintes de 2002 a 2008*. São Paulo: QuartierLatin.

Tôrres, H.T. (2001). *Direito Tributário Internacional: Planejamento Tributário e Operações Transnacionais* (1ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Weston, J. F.,& Brigham, E. F. (2004). *Fundamentos da Administração Financeira* (10a ed.). São Paulo: Pearson Makron Books.