

**Os Limites Jurídicos da Liberdade Fiscal e
a Amortização do Ágio de Si Mesmo:
Uma Proposta de Solução do Problema,
à Luz do Sistema Jurídico Brasileiro**

Altemo Gomes de Oliveira¹
Diego Galbinski²

I

Ninguém pode discordar que os limites das liberdades fundamentais, em especial da liberdade fiscal, constitui, atualmente, um dos principais problemas que preocupa a comunidade jurídica, notadamente a dogmática, no contexto do direito brasileiro. De um modo geral, esta questão tornou-se ainda mais importante, desde a introdução do parágrafo único, no artigo 116 do CTN, que levou a doutrina analisá-la, sob vários ângulos.

Dentre estes inúmeros ângulos, o presente trabalho examina, em particular, o problema dos limites da liberdade fiscal, no fenômeno da amortização do ágio de si mesmo. Do nosso ponto de vista, esta questão constitui, sem nenhuma sombra de dúvida, um típico caso difícil, à luz da teoria do direito contemporâneo.

Em linhas gerais, esse fenômeno jurídico ocorre quando uma sociedade anônima controlada exclui das bases de cálculo do imposto e da contribuição, incidentes sobre o lucro das pessoas jurídicas, o ágio da aquisição da participação societária que adquire da sociedade anônima controladora, mediante a realização de uma incorporação reversa.

¹ Ex-Auditor de Tributos Estaduais, Ex-Auditor de Tributos Federais, Professor Aposentado de Auditoria Fiscal, na Faculdade de Ciências Econômicas da UFRGS, Advogado e Contador em Porto Alegre.

² Pós-Graduado em Direito Tributário pela UFRGS, Mestrando em Instituições de Direito do Estado pela PUCRS, Advogado em Porto Alegre.

À primeira vista, todos nós poderíamos concluir que esse fenômeno não encontraria maiores problemas, pois a própria legislação o incentiva, no artigo 386 do RIR/99³. Ocorre que, nos últimos tempos, o ágio da aquisição da participação societária está sendo criado, muitas vezes, sem nenhum propósito negocial aparente, por meio da integralização do capital de companhias, com ações de outras empresas, todas do mesmo grupo econômico. Isto porque a legislação tributária diferiu a tributação do ganho de capital, oriundo da integralização do capital social, com a cessão de participações societárias, por meio do artigo 36 da Lei n.º 10.637/02⁴.

De acordo com este contexto, a questão que se põe, precisamente, é saber se a administração tributária pode, então, desconsiderar a eficácia

³ Cf. art. 386 do RIR/99: “Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei n.º.532, de 1997, art. 7º, e Lei n.º.718, de 1998, art. 10): I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do § 2º do artigo anterior, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa; II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso III do § 2º do artigo anterior, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização; III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração. § 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão (Lei n.º.532, de 1997, art. 7º, § 1º). § 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar (Lei n.º.532, de 1997, art. 7º, § 2º): I - o ágio em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III; II - o deságio em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV. § 3º O valor registrado na forma do inciso II (Lei n.º.532, de 1997, art. 7º, § 3º): I - será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital; II - poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa. § 4º Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos ou contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente (Lei n.º.532, de 1997, art. 7º, § 4º). § 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito (Lei n.º.532, de 1997, art. 7º, § 5º). § 6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei n.º 9.532, de 1997, art. 8º): I - o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor do patrimônio líquido; II - a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária. § 7º Sem prejuízo do disposto nos incisos III e IV, a pessoa jurídica sucessora poderá classificar, no patrimônio líquido, alternativamente ao disposto no § 2º deste artigo, a conta que registrar o ágio ou deságio nele mencionado (Lei n.º 9.718, de 1998, art. 11).”

⁴ Cf. art. 36. da Lei n.º 10.637/02: “Art. 36. Não será computada, na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido da pessoa jurídica, a parcela correspondente à diferença entre o valor de integralização de parcela correspondente à diferença entre o valor de integralização de capital, resultante da incorporação ao patrimônio de outra pessoa jurídica que efetuar a subscrição e integralização, e o valor dessa participação societária registrado na escrituração contábil desta mesma pessoa jurídica. § 1º O valor da diferença apurada será controlado na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur) e somente deverá ser computado na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido: I – na alienação, liquidação ou baixa, a qualquer título, da participação subscrita, proporcionalmente ao montante realizado; II – proporcionalmente ao valor realizado, no período de apuração em que a pessoa jurídica para a qual a participação societária tenha sido transferida realizar o valor dessa participação, por alienação, liquidação, conferência de capital em outra pessoa jurídica, ou baixa a qualquer título. § 2º Não será considerada realização a eventual transferência da participação societária incorporada ao patrimônio de outra pessoa jurídica, em decorrência de fusão, cisão ou incorporação, observadas as condições do § 1º.”

dos negócios societários que permitem a amortização desse ágio. O presente estudo pretende dar uma contribuição para este problema.

II

Todos nós sabemos que qualquer proposta de solução de problema, em torno dos limites da liberdade fiscal, exige, como ponto de partida, algumas reflexões sobre a licitude dos atos que o contribuinte realiza para a economia tributária. Entre os vários requisitos jurídicos, para o exercício da liberdade fiscal, ninguém duvida, hoje em dia, que os atos devem ser, pelo menos, lícitos.

No caso em exame, o microsistema das sociedades anônimas permite a integralização do capital de uma companhia, com ações de outra empresa. Conforme dispõe o artigo 7º da Lei n.º 6.404/76, “O capital social poderá ser formado com contribuições em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro.”

Na hipótese de integralização do capital de uma companhia, com ações de outra empresa, as partes do negócio devem, contudo, cumprir o complexo de deveres jurídicos que este microsistema prescreve, principalmente nos artigos 8º e 170 da Lei n.º 6.404/76⁵. Dentre esses deveres jurídicos, as ações devem ser avaliadas

⁵ “Art. 8º A avaliação dos bens será feita por três peritos ou por empresa especializada, nomeados em assembléia geral dos subscritores, convocada pela imprensa e presidida por um dos fundadores, instalando-se em primeira convocação com a presença de subscritores que representem a metade, pelo menos, do capital social, e em segunda convocação com qualquer número. § 1º Os peritos ou a empresa avaliadora deverão apresentar laudo fundamentado, com a indicação dos critérios de avaliação e dos elementos de comparação adotados e instruído com os documentos relativos aos bens avaliados, e estarão presentes à assembléia que conhecer do laudo, a fim de prestarem as informações que lhes forem solicitadas. § 2º Se o subscrito aceitar o valor aprovado pela assembléia, os bens incorporar-se-ão ao patrimônio da companhia, competindo aos primeiros diretores cumprir as formalidades necessárias à respectiva transmissão. § 3º Se a assembléia não aprovar a avaliação, ou o subscritor não aceitar a avaliação aprovada, ficará sem efeito o projeto de constituição da companhia. § 4º Os bens não poderão ser incorporados ao patrimônio da companhia por valor acima do que lhes tiver dado o subscritor. § 5º Aplica-se à assembléia referida neste artigo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 115. § 6º. Os avaliadores e o subscritor responderão perante a companhia, os acionistas e terceiros, pelos danos que lhes causarem por culpa ou dolo na avaliação dos bens, em prejuízo da responsabilidade penal em que tenham incorrido. No caso de bens em condomínio, a responsabilidade dos subscritores é solidária.”

“Art. 170. Depois de realizados três quartos, no mínimo, do capital social, a companhia pode aumentá-lo mediante subscrição pública ou particular de ações. § 1º O preço de emissão deverá ser fixado, sem diluição injustificada da participação dos antigos acionistas, ainda que tenham direito de preferência para subscrevê-las, tendo em vista, alternativa ou conjuntamente: I – a perspectiva de rentabilidade da companhia; II – o valor do patrimônio líquido da ação; III – a cotação de suas ações em Bolsa de

por uma empresa especializada, que deve apresentar um laudo fundamentado, com a indicação dos critérios de avaliação e com os documentos dos bens avaliados.

Além da integralização do capital de uma companhia, com ações de outra empresa, o microssistema das sociedades anônimas permite, também, a operação de incorporação de companhia controladora, por uma empresa controlada, sob a denominação de **incorporação reversa**. Segundo prescreve o artigo 264, § 4º, da Lei n.º 6.404/76, na redação da Lei n.º 10.303/01, “Aplicam-se as normas (da incorporação de companhia controlada) à incorporação de controladora por sua controlada, à fusão de companhia controladora com a controlada, à incorporação de ações de companhia controlada ou controladora, à incorporação, fusão e incorporação de ações de sociedade sob controle comum.” (grifou-se)

No caso de incorporação de companhia controladora, por uma empresa controlada, as partes do negócio devem, entretanto, cumprir o complexo de deveres jurídicos que este microssistema prescreve, sobretudo no artigo 264 da Lei n.º 6.404/76⁶. Dentre esses deveres jurídicos, a justificação da incorporação deve conter o cálculo das relações de substituições das ações, que os acionistas não controladores titularizam, com base nos patrimônios líquidos das companhias, avaliados segundo os

Valores ou no mercado de balcão organizado, admitido ágio ou deságio em função das condições do mercado. § 2º A assembleia geral, quando for de sua competência deliberar sobre o aumento, poderá delegar ao Conselho de Administração a fixação do preço de emissão de ações a serem distribuídas no mercado. § 3º A subscrição de ações para realização em bens será sempre procedida com observância do disposto no art. 8º, e a ela se aplicará o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 98. § 4º As entradas e as prestações da realização das ações poderão ser recebidas pela companhia independentemente de depósito bancário. § 5º No aumento de capital observar-se-á, mediante subscrição pública, o disposto no art. 82, e se mediante subscrição particular, o que a respeito for deliberado pela assembleia geral ou pelo Conselho de Administração, conforme dispuser o estatuto. § 6º Ao aumento de capital aplica-se, no que couber, o disposto sobre a constituição de companhia, exceto na parte final do § 2º do art. 82. § 7º A proposta de aumento do capital deverá esclarecer qual o critério adotado, nos termos do § 1º deste artigo, justificando pormenorizadamente os aspectos econômicos que determinaram a sua escolha.”

⁶ “Art. 264. Na incorporação, pela controladora, de companhia controlada, a justificação, apresentada à assembleia-geral da controlada, deverá conter, além das informações previstas nos arts. 224 e 225, o cálculo das relações de substituição das ações dos acionistas não controladores da controlada com base no valor do patrimônio líquido das ações da controladora e da controlada, avaliados os dois patrimônios segundo os mesmos critérios e na mesma data, a preços de mercado, ou com base em outro critério aceito pela Comissão de Valores Mobiliários, no caso de companhias abertas. § 1º A avaliação dos dois patrimônios será feita por 3 (três) peritos ou empresa especializada e, no caso de companhias abertas, por empresa especializada. § 2º Para efeito da comparação referida neste artigo, as ações do capital da controlada de propriedade da controladora serão avaliados, no patrimônio desta, em conformidade com o disposto no *caput*. § 3º Se as relações de substituição das ações dos acionistas não controladores, previstas no protocolo da incorporação, forem menos vantajosas que as resultantes da comparação prevista neste artigo, os acionistas dissidentes da deliberação da assembleia-geral da controlada que aprovar a operação, poderão optar, no prazo previsto no art. 230, entre o valor de reembolso fixado nos termos do art. 45 e o valor apurado em conformidade com o disposto no *caput*, observado o disposto no art. 137, inciso II. § Aplicam-se as normas previstas neste artigo à incorporação de controladora por sua incorporada, à fusão de companhia controladora com a controlada, à incorporação de ações de companhia controlada ou controladora, à incorporação, fusão e incorporação de ações de sociedade sob controle comum. § 5º O disposto neste artigo não se aplica no caso de as ações do capital da controlada terem sido adquiridas no pregão da Bolsa de Valores ou mediante oferta pública nos termos dos arts. 257 e 263.”

mesmos critérios – preço de mercado ou outro critério aceito pela CVM, no caso de companhias de capital aberto.

III

Tanto a permissão da integralização do capital, com ações de outra empresa, quanto a permissão da incorporação de controladora, por uma empresa controlada, não garantem, entretanto, a oponibilidade do efeito da amortização do ágio, nas bases de cálculo do imposto e da contribuição, que incidem sobre a renda, contra o sujeito ativo da relação tributária.

Realmente, dentre os inúmeros negócios, que uma parte da doutrina classifica, na categoria dos negócios preocupantes para a execução de planejamentos tributários, destaca-se, atualmente, o negócio de formação sucessiva examinado, que permite a **amortização do ágio de si mesmo**. A respeito do **ágio de si mesmo**, afirma essa parte da doutrina, “o ágio tem por objeto uma participação societária de titularidade da controladora, que representa fração do capital da pessoa jurídica controlada (...). Na medida em que a controlada incorpora a controladora, desaparece o sujeito jurídico titular da participação societária. Assim, caso preservado, o montante do ágio passaria a estar dentro da incorporadora (antiga controlada), possuindo como origem um elemento que agora integra a própria incorporadora. Seria um ‘ágio de si mesmo’, o que sugere uma preocupação quando se analisa caso concreto que apresente este feito.”⁷

⁷ GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. São Paulo, Dialética, 2004, p. 358.

Além da falta de propósito negocial, esta classificação do negócio jurídico, na categoria dos negócios preocupantes para a execução de planejamentos tributários, gira, também, em torno do exercício abusivo dos direitos, que a legislação tributária prescreve, no artigo 36 da Lei n.º 10.637/02 e no artigo 386 do RIR/99. À luz da idéia de funcionalização, que resgatou o conceito de direito, oriundo da tradição jurídica clássica, de um certo modo⁸, o sistema jurídico prescreve, atualmente, no artigo 187 do CCB, que “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.”

De fato, ao invés de criar o ágio, que pode ser amortizado, nas bases de cálculo do imposto e da contribuição, incidentes sobre o lucro das pessoas jurídicas, a legislação tributária brasileira diferiu, no artigo 36 da Lei n.º 10.637/02, a incidência da tributação do ganho de capital, oriundo da integralização do capital social, com a cessão de participações societárias, originalmente, “(para garantir) a neutralidade tributária nas operações de reorganização societária e, ao mesmo tempo, adequado controle fiscal para o acompanhamento dessas operações.”⁹ E, ao invés de permitir a amortização do ágio, oriundo da integralização do capital social, com ações de uma companhia, que incorpora reversamente a controladora, a legislação tributária brasileira permitiu, no artigo 386 do RIR/99, originalmente, apenas a amortização do ágio, oriundo de todo negócio jurídico, com o propósito de transferência da participação, em uma sociedade anônima.

IV

⁸ Sobre a idéia de funcionalização dos direitos, ver, por exemplo, REHBINDER, Manfred. *Sociologia del Derecho*. Madri, Ediciones Pirâmide, 1981.

⁹ Cf. Exposição de Motivos do Ministro da Fazenda, na Medida Provisória n.º 66/02.

De acordo com a nossa perspectiva, a administração tributária não pode, entretanto, desconsiderar a eficácia dos negócios societários, que permitem a amortização do ágio, na sociedade anônima controlada, em virtude do direito privado prescrever, atualmente, o abuso de direito em geral, como uma causa de ilicitude, nos atos e nos negócios jurídicos. Conforme dispõe o artigo 109 do CTN, “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.**” (grifou-se)

Do ponto de vista de parte da dogmática, a administração tributária poderia desconsiderar a eficácia de atos ou de negócios abusivos, na medida em que o direito privado brasileiro prescreve o abuso de direito em geral, como uma causa de ilicitude, no artigo 187 do CCB. Em linhas gerais, afirma essa parte da doutrina, em relação à questão, ainda discutida no direito brasileiro, “Desde a vigência do Código, abuso de direito implica evasão tributária; não é mais elisão porque o comportamento estará apoiado em ato ilícito. E a licitude dos atos é requisito indispensável para existir verdadeiro planejamento.”¹⁰

Essa parte da dogmática jurídica, que permite à administração tributária desconsiderar os atos ou os negócios jurídicos dos contribuintes, em virtude da ilicitude do abuso de direito, no direito privado brasileiro, não leva em consideração, porém, a relatividade da unidade dos sistemas jurídicos, no contexto dos estados democráticos de direito¹¹. Enquanto o direito privado tem, atualmente, uma concepção interna de justiça que gira em torno de valores sociais, tais como a função social, a solidariedade social e a boa-fé objetiva, o direito tributário tem, tradicionalmente, uma concepção interna de justiça que gravita ao redor de valores individuais, tais como a segurança jurídica, a liberdade fiscal e a previsibilidade das relações.

¹⁰ GRECO, Marco Aurélio. *Op. cit.*, 472.

¹¹ Sobre a relatividade da unidade dos sistemas jurídicos, ver, por exemplo, ERIKSSON, Lars. *Tendencias Conflictivas en el Derecho Moderno*. in AARNIO, Aulus (et al). *La Normatividad del Derecho*. Barcelona, Gedisa, 1997.

À luz da relatividade da unidade dos sistemas, soa ao menos perigoso afirmar que a administração pode desconsiderar, sem a mediação de uma norma tributária, os atos e os negócios jurídicos dos contribuintes, em virtude da ilicitude do abuso de direito, no direito privado brasileiro¹², na medida em que “*los sistemas parciales pertenecientes al orden jurídico posen diferentes concepciones de justicia. Los sistemas parciales pueden, por tanto, ser desarrollados (...) en direcciones diferentes y conflictivas entre sí. (...)*”¹³.

V

De acordo com esta circunstância, podemos afirmar, sem dúvida, que o problema ora examinado é, sob a perspectiva da teoria do direito, especialmente da teoria do direito contemporâneo, um caso difícil¹⁴. Como os outros casos difíceis, nenhum enunciado da legislação tributária “*proporciona una respuesta clara*”¹⁵, para a desconsideração dos negócios societários, que permitem a amortização do ágio, denominado de **ágio de si mesmo**¹⁶.

À semelhança de outros sistemas que integram a família romano-germânica, a legislação tributária brasileira prescreve, atualmente, uma cláusula geral, que limita o exercício da liberdade fiscal, no artigo 116, parágrafo único, do

¹² Sobre a mediação de norma tributária, para a desconsideração dos atos e dos negócios, realizados com fraude à lei, que constitui outra causa de ilicitude, ao lado do abuso de direito, no direito privado brasileiro, ver, por exemplo, GODOI, Marciano Seabra de. *A Figura da Fraude à Lei Tributária na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. in RDDT 79:75.

¹³ AARNIO, Aulis (*et al*). *Op. cit.*, p. 117.

¹⁴ Sobre o tema dos casos difíceis, ver, a título de exemplo, AARNIO, Aulis. *Lo Racional Como Razonable: Un Tratado Sobre La Justificación Jurídica*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madri, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Colonia Del Carmen, 2002. ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica (Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros)*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. Landy, São Paulo, 2002. DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Trad. de Marta Guastavino. Barcelona, Ariel, 2002.

¹⁵ AARNIO, Aulis. *Op. cit.*, p. 123.

¹⁶ Sobre o ágio de si mesmo, ver, a título de exemplo, GRECO, Marco Aurélio. *Op. cit.*

CTN¹⁷. De acordo com essa cláusula, que poderá ser aplicada retroativamente, depois da instituição do procedimento administrativo, chamado **procedimento para a desconsideração dos atos**, “A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.”¹⁸

Para a perspectiva da dogmática jurídica, essa cláusula geral veicula, contudo, um enunciado normativo ambíguo, que permite várias interpretações. Dentre essas várias interpretações, a dogmática jurídica destaca, atualmente, dois pontos de vista interpretativos, que divergem radicalmente um do outro¹⁹.

Segundo o primeiro ponto de vista, essa cláusula geral permitiria à administração tributária desconsiderar, exclusivamente, os atos ou os negócios jurídicos dos contribuintes, realizados com simulação e dissimulação²⁰. Já conforme o segundo ponto de vista, essa cláusula geral permitiria à administração tributária desconsiderar, também, os atos ou os negócios jurídicos dos contribuintes, realizados com abuso de direito, com abuso de formas, com fraude à lei e sem nenhum propósito negocial²¹.

VI

O primeiro ponto de vista interpretativo, que permite à administração tributária desconsiderar, exclusivamente, os atos ou os negócios jurídicos

¹⁷ Sobre o tema das cláusulas gerais, ver, a título de exemplo, ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. de João Baptista Machado. 7ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. de José Lamego. 3ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1997.

¹⁸ GRECO, Marco Aurélio. *Op. cit.*

¹⁹ Sobre os pontos de vista interpretativos, ver, a título de exemplo, GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo*. Barcelona, Gedisa, 1997. AARNIO, Ailius (*et al*). *Op. cit.*

²⁰ XAVIER, Alberto. *Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva*. São Paulo, Dialética, 2001.

²¹ GRECO, Marco Aurélio. *Op. cit.*

dos contribuintes, realizados com simulação e dissimulação, fundamenta-se, de um modo geral, no **princípio constitucional da legalidade tributária**, que tutela o valor da liberdade fiscal, entre outros valores individuais²².

De acordo com esta perspectiva, que podemos chamar simplesmente de **conservadora**, uma parte da doutrina afirma que a legislação tributária brasileira prescreveria, no artigo 116, parágrafo único, do CTN, **uma cláusula geral antievasiva**, pois “a liberdade fiscal (...) é precisamente a garantia de que as opções alternativas no terreno do Direito Privado têm como únicas conseqüências tributárias aquelas que resultam taxativamente da lei (princípio da tipicidade), com exclusão de quaisquer outras”²³.

Ao contrário do primeiro ponto de vista, o segundo ponto de vista interpretativo, que permite à administração tributária desconsiderar, também, os atos ou os negócios jurídicos dos contribuintes, realizados com abuso de direito, com abuso de formas, com fraude à lei e sem propósito comercial, fundamenta-se, de um certo modo, no **princípio constitucional da capacidade contributiva**, que tutela o valor da justiça fiscal, entre outros valores sociais²⁴.

De acordo com esta perspectiva, que podemos chamar simplesmente de **progressista**, outra parte da doutrina sustenta que a legislação tributária brasileira prescreveria, no artigo 116, parágrafo único, do CTN, **uma cláusula geral antielisiva**, porque “Na medida em que a lei qualificou uma determinada manifestação de capacidade contributiva como pressuposto de incidência de um tributo, só haverá isonomia tributária se todos aqueles que se encontrarem na mesma condição tiverem de suportar a mesma carga fiscal. Se, apesar de existirem idênticas manifestações de capacidade contributiva, um contribuinte puder se furtrar ao imposto

²² Cf. art. 150, I, da CRFB/88: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

²³ XAVIER, Alberto. *Op. cit.*, p. 32.

²⁴ Cf. art. 145, § 1º, da CRFB/88: “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...) § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes.”

(ainda que lícitamente), esta atitude estará comprometendo a igualdade, que tem a mesma dignidade e relevância que a proteção à propriedade (CF, artigo 5º).”²⁵

VII

Ninguém pode discordar que o segundo ponto de vista segue, à luz do valor da justiça fiscal, a atual tendência do direito comparado, no tratamento do fenômeno do planejamento tributário. De fato, parte da doutrina tenta transplantar, mediante interpretação da legislação tributária, vários modelos de antielisão fiscal, que outros sistemas jurídicos, especialmente o francês, o alemão e o espanhol, consagraram na forma de cláusula geral.

Apesar de acompanhar a tendência atual, que o direito comparado tem observado, inclusive na família da *common law*, para o tratamento do fenômeno do planejamento tributário, esse ponto de vista interpretativo, todavia, não constitui a melhor proposta para a interpretação da cláusula geral, que a legislação tributária prescreve, no artigo 116, parágrafo único, do CTN, sob o atual sistema jurídico brasileiro.

É claro que, na interpretação de enunciados ambíguos, a hermenêutica jurídica contemporânea ensina que os intérpretes não devem buscar **a única resposta correta**, que estaria, misticamente, oculta “*en algún lugar dentro del ordenamiento jurídico*”²⁶. No sentido da inviabilidade prática da única resposta, para a interpretação dos enunciados normativos ambíguos, tem afirmado a hermenêutica jurídica, “*una única respuesta correcta para cada caso (samente) podría admitirse recurriendo a cinco idealizaciones, a saber: 1) tiempo ilimitado, 2) información ilimitada, 3) claridad lingüística conceptual ilimitada, 4) capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles y 5) carencia de prejuicios ilimitada*”²⁷.

²⁵ GRECO, Marco Aurélio. *Op. cit.*, p. 186.

²⁶ AARNIO, Aulus. *Op. cit.*, p. 24.

²⁷ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 23.

Entretanto, a hermenêutica jurídica ensina que, na interpretação dos enunciados normativos ambíguos, os intérpretes devem buscar a **melhor resposta possível**, que é aquela que “não resolve todas as (...) dificuldades, mas (constitui) o melhor modo de enfrentá-las”²⁸. No sentido da viabilidade prática da melhor resposta, para a interpretação dos enunciados normativos ambíguos, sustenta a hermenêutica jurídica contemporânea, “(o intérprete jurídico deve construir) as soluções mais compatíveis (com o sistema), sem excluir ou usurpar o papel do legislador”²⁹.

VIII

Para nós, o segundo ponto de vista interpretativo não constitui a melhor proposta para a interpretação da cláusula geral, na medida em que, em primeiro lugar, rompe **com o sentido literal do enunciado**, que a legislação tributária brasileira prescreve, no artigo 116, parágrafo único, do CTN. Sobre as funções do sentido literal, na interpretação jurídica em geral, afirmava **KARL LARENZ**, “o sentido literal a extrair do uso lingüístico geral ou, sempre que ele exista, do uso lingüístico especial da lei ou do uso lingüístico jurídico geral, serve à interpretação, antes de mais, como uma primeira orientação, assinalando, por outro lado, enquanto sentido literal possível – quer seja segundo o uso lingüístico de outrora, quer seja segundo o actual –, o limite da interpretação propriamente dita. Delimita, de certo modo, o campo em que se leva a cabo a ulterior actividade do intérprete.”³⁰

Ao invés de transplantar os modelos antielisivos, que outros sistemas consagraram, sob a forma de cláusula geral, para a legislação tributária brasileira, o artigo 116, parágrafo único, do CTN prescreve, realmente, apenas a competência da administração tributária, para desconsiderar os atos ou os negócios dos contribuintes, realizados com simulação e dissimulação. “A autoridade administrativa

²⁸ FREITAS, Juarez. *Interpretação Sistemática do Direito*. 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995, p. 139.

²⁹ FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 139.

³⁰ LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 457.

poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.”³¹

Como se pode perceber, o artigo 116, parágrafo único, do CTN prescreve um enunciado muito diferente, por exemplo, da cláusula geral antielisiva alemã, que consagrou o modelo do abuso de formas, no artigo 42 da *Abgabenordnung* (“A lei tributária não pode ser fraudada através do abuso de formas jurídicas. Sempre que ocorrer abuso, a pretensão do imposto surgirá, como se para os fenômenos econômicos tivesse sido adotada a forma jurídica adequada”³²). E, também, muito diferente da cláusula geral antielisiva espanhola, que consagrou o modelo da fraude à lei, no artigo 24 da *Ley General Tributaria* (“Para evitar el fraude de ley se entenderá que no existe extensión del hecho imponible cuando se graven hechos, actos o negocios jurídicos realizados en el propósito de eludir el pago del tributo, amparando-se en el texto de normas dictadas com distinta finalidad, siempre que produzcan un resultado equivalente al derivado del hecho imponible.”³³)

Por isso, na ADI n.º 2446-9/600, o Procurador-Geral da República, **CLÁUDIO FONTELES**, afirmou, em seu parecer, que “o parágrafo único do art. 116 do CTN, introduzido pela Lei Complementar n.º 104/2001 constitui norma antievasiva, que pretende coibir a evasão fiscal nas suas mais variadas formas.” Para deduzir esta conclusão, o Chefe do Ministério Público Federal concordou que “a norma do parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional não guarda relação com qualquer das teses acima mencionadas. (...) o planejamento tributário – processo de escolha de ação ou omissão que visa à economia de tributos – e a prática da elisão fiscal – conduta lícita que impede o surgimento da obrigação tributária – não estão ameaçados pela norma do parágrafo único do art. 116, do CTN; pois tanto um quanto o outro ocorrem em momento anterior à ocorrência do fato gerador; e a norma em questão trata da possibilidade de desconsideração de ato ou negócio jurídico praticado posteriormente ao fato gerador, com o propósito de dissimular sua ocorrência.”

³¹ GRECO, Marco Aurélio. *Op. cit.*

³² *Apud* TORRES, Ricardo Lobo. *Normas Gerais Antielisivas*. FDT 1:104.

³³ *Apud* TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.*, p. 105.

IX

Além de romper com o sentido literal, o segundo ponto de vista interpretativo não constitui, para nós, a melhor proposta, para a interpretação da cláusula geral, pois não media adequadamente este enunciado de direito tributário, com o sistema jurídico brasileiro, especialmente com o princípio da legalidade. De acordo com este princípio, que veda a ocorrência da tributação, mediante a aplicação de cláusulas gerais, normas de reenvio, conceitos indeterminados e integração analógica, a legislação tributária brasileira deve, necessariamente, prescrever enunciados casuísticos, completos, precisos e expressos³⁴.

Como todos nós sabemos, as determinações das normas tipo princípio, na perspectiva da teoria do direito contemporâneo, não são determinações absolutas, mas determinações relativas, na medida em que devem ser aplicadas, segundo as circunstâncias de fato e de direito. A propósito da aplicação dos princípios, afirma **ROBERT ALEXY**, sob influência de **RONALD DWORKIN**, que estas normas devem ser “*cumplidas em diferente grado (...) la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas (...) determinado por los principios y reglas opuestos*”³⁵.

Ao invés dos outros sistemas, que consagraram os modelos antielisivos, sob a forma de cláusula geral, no sistema jurídico brasileiro, particularmente, o princípio da legalidade tributária tem, entretanto, grau hierárquico de norma constitucional. De acordo com esta circunstância, goza da supremacia das normas constitucionais, que exige, em geral, que “(a) todas as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas no sentido mais concordantes com a Constituição (princípio da interpretação conforme à Constituição); (b) as normas de direito ordinário desconformes com a Constituição são inválidas, não podendo ser aplicadas pelos tribunais e devendo ser anuladas pelo Tribunal Constitucional; (c) salvo

³⁴ XAVIER, Alberto. *Op. cit.*, p. 29.

³⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 86.

quando não exequíveis por si mesmas, as normas constitucionais aplicam-se directamente, mesmo sem lei intermediária, ou contra ela ou no lugar dela”³⁶.

Isto não significa, todavia, que a liberdade fiscal constitua uma liberdade individual ilimitada. Obviamente que não. Ninguém discorda que as liberdades fundamentais são, no contexto dos estados democráticos de direito, limitadas³⁷. Realmente, além dos limites imanescentes, tais como a simulação e a dissimulação, a legislação pode prescrever enunciados casuísticos, completos, precisos e expressos, que desconsideram proporcionalmente a eficácia de negócios, realizados para a economia fiscal. Foi o caso, por exemplo, do artigo 33 do Decreto-lei n.º 2.341/87, que prescreveu, expressamente, que “A pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão não poderá compensar prejuízos fiscais da sucedida.”

X

De acordo com a nossa perspectiva, o primeiro ponto de vista constitui, no contexto do sistema jurídico brasileiro, portanto, a melhor interpretação da cláusula geral, que a legislação tributária brasileira prescreve, no artigo 116, parágrafo único, do CTN. Segundo esse ponto de vista, essa cláusula geral permitiria à administração tributária desconsiderar, exclusivamente, os atos ou os negócios jurídicos dos contribuintes, realizados com simulação e dissimulação.

Conseqüentemente, esta cláusula não criou outros limites para a liberdade fiscal, já que a legislação tributária prescrevia, antes da sua instituição, a inoponibilidade jurídica dos atos simulados, perante o sujeito ativo da relação tributária, no artigo 149, VII, do CTN. Prescreve este enunciado que “O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa (...) quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação”.

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra, 1991, p. 45.

³⁷ Sobre os limites dos direitos fundamentais, ver, por exemplo, VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2002.

No sistema jurídico brasileiro, a liberdade fiscal integra, tradicionalmente, a categoria jurídica das liberdades fundamentais, que permite a escolha de várias opções, em especial “a construção de um modelo de ação (...) que poderá consistir (...) numa escolha (...) de negócios mais favoráveis, para obter o resultado desejado, de eliminação ou de redução do tributo devido.”³⁸ Este modelo de ação causa, na maioria das vezes, o **surgimento do fenômeno do planejamento tributário**, que gira em torno da “desde a chamada reorganização societária até a celebração de negócios jurídicos especialmente desenhados para aproveitar as vantagens e os vazios existentes nas leis tributárias.”³⁹

No plano da experiência propriamente dito, o exercício da liberdade fiscal tem, entretanto, uma densa zona de penumbra, que envolve dois fenômenos:

- i) o fenômeno jurídico do negócio indireto, que a liberdade fiscal tutela; e
- ii) o fenômeno jurídico da simulação relativa, que a liberdade fiscal não tutela.

XI

Em linhas gerais, o negócio indireto constitui, tradicionalmente, uma modalidade de negócio jurídico, “que as partes celebram para através dele atingir fins diversos dos que representam a estrutura típica daquele esquema negocial”⁴⁰. De acordo com este conceito, os contribuintes utilizam o negócio indireto, geralmente, “(...) para realizar um fim distinto do que corresponde à sua causa-função objetiva: daí a referência dos autores ao seu caráter ‘indireto’ ou oblíquo, anômalo ou inusual”⁴¹.

³⁸ TÔRRES, Heleno. *Direito Tributário e Direito Privado: Autonomia Privada, Simulação e Elusão Tributária*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 175.

³⁹ XAVIER, Alberto. *Op. cit.*, p. 32.

⁴⁰ XAVIER, Alberto. *Op. cit.*, p. 59.

⁴¹ XAVIER, Alberto. *Op. cit.*, p. 59.

Dentre os inúmeros negócios indiretos, que os contribuintes podem realizar, no exercício jurídico da liberdade fiscal, destacam-se os negócios de formação sucessiva, denominados *step by step transactions*, que, *grosso modo*, são “uma pluralidade de atos autônomos, (...), um sucedendo ao outro, de tal forma que a finalidade última só pode ser alcançada com a prática seriada de todos.”⁴² Neste sentido, afirmava ASCARELLI, “Preliminarmente, devemos perguntar: é o negócio indireto um negócio único, ou resulta, ele, da combinação de mais negócios, economicamente conexos, mas juridicamente distintos? (...) Penso que no âmbito dos negócios indiretos, podemos encontrar quer negócios únicos, quer pluralidade de negócios que permitem às partes alcançar, através da sua combinação, o escopo indireto visado”⁴³.

Ao contrário do negócio jurídico indireto, a simulação constitui o defeito dos negócios, que se origina da “divergência entre a vontade (vontade real) e a declaração (vontade declarada), procedente de acordo (...) e determinada pelo intuito de enganar terceiros”⁴⁴. Conforme a doutrina e a jurisprudência brasileira, a simulação teria duas espécies:

i) a simulação absoluta, denominada simplesmente de **simulação**, que ocorre “quando a declaração de vontade exprime aparentemente um ato jurídico, não sendo intenção das partes efetuar ato algum”⁴⁵. A simulação absoluta caracteriza-se, de um certo modo, “pela completa ausência de qualquer realidade”⁴⁶, isto é, o negócio jurídico simulado reflete “uma simples aparência, uma sombra vã, um corpo sem alma”⁴⁷; e

⁴² XAVIER, Alberto. *Op. cit.*, p. 66.

⁴³ ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo, Saraiva, 1945, pp. 113 e 114.

⁴⁴ XAVIER, Alberto. *Op. cit.*, p. 52.

⁴⁵ BARROS MONTEIRO, Washington. *Curso de Direito Civil*. 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1968, Parte Geral, p. 220.

⁴⁶ BARROS MONTEIRO, Washington. *Op. cit.*, p. 220.

⁴⁷ BARROS MONTEIRO, Washington. *Op. cit.*, p. 220.

ii) a simulação relativa, denominada simplesmente de **dissimulação**, que ocorre “quando há efetivamente intenção de realizar algum ato jurídico, mas êste (...) é de natureza diversa daquele que, de fato, se pretende ultimar, (...) não é efetuado entre as próprias partes, aparecendo então o testa-de-ferro, o prestanome, ou a figura de palha (...) não contém elementos verdadeiros, ou melhor, seus dados são inexatos.”⁴⁸

As diferenças entre as duas espécies de simulação giram, normalmente, em torno das seguintes características, de acordo com a dogmática jurídica:

“(...) na simulação, faz-se aparecer o que não existe, **na dissimulação oculta-se o que é**; a simulação provoca uma crença falsa num estado não real, a **dissimulação oculta ao conhecimento dos outros uma situação existente**; aquela procura uma ilusão externa, busca esta uma ocultação interna (dissimula-se o ódio, o rancor). Mas, em ambas, o agente quer o engano; na simulação, quer enganar sobre a existência de situação não verdadeira, **na dissimulação, sobre a inexistência de situação real**. Se a simulação é um fantasma, a **dissimulação é uma máscara**.”⁴⁹

XI

De um modo geral, em relação à simulação relativa, o negócio indireto distingue-se, no plano da teoria propriamente dito, com uma certa facilidade. Por outro lado, no plano da experiência, a distinção dos dois fenômenos envolve, contudo, uma zona cinzenta, em torno dos fins dos contribuintes:

i) selecionar o meio mais vantajoso fiscalmente; ou

⁴⁸ BARROS MONTEIRO, Washington. *Op. cit.*, p. 220.

⁴⁹ BARROS MONTEIRO, Washington. *Op. cit.*, p. 224.

ii) dissimular a ocorrência do fato gerador.

De acordo com esta circunstância, a jurisprudência brasileira distingue, atualmente, o negócio indireto e a simulação relativa, no exercício jurídico da liberdade fiscal, mediante o critério da **violação à lei**. Conforme este critério jurídico:

i) o sujeito passivo da relação tributária realiza, geralmente, **um negócio jurídico indireto**, quando não viola nenhuma norma, que veda a realização do ato; enquanto

ii) o sujeito passivo da relação tributária realiza, geralmente, **um negócio jurídico simulado**, quando viola um norma, que veda a realização do ato.

Segundo este critério objetivo, a jurisprudência brasileira julgou recentemente, por exemplo, que o contrato de arrendamento mercantil dissimularia o contrato de compra e venda, no exercício jurídico da liberdade fiscal, quando “estiver contemplado em uma das situações de repúdio, previstas na Lei 6.099/74 (artigos 2º, 9º, 11, § 1º, 14 e 23)”⁵⁰. Conforme este *leading case*, apenas nas hipóteses expressas da lei, “é que se tem autorização legal para a descaracterização do arrendamento mercantil e imputação das conseqüências.”⁵¹

De acordo com este precedente, “Não havendo nenhum dispositivo legal considerando como cláusula obrigatória para a caracterização do contrato de *leasing* a que fixe valor específico de cada contraprestação, há de se considerar como sem influência, para a definição de sua natureza jurídica, o fato das partes ajustarem valores diferenciados ou até mesmo simbólicos para efeitos da opção de compra.”⁵²

⁵⁰ REsp n.º 390.286, STJ, 2ª T, Rel. Min. Eliana Calmon, v.u., DJU de 21.10.02.

⁵¹ REsp n.º 390.286, STJ, 2ª T, Rel. Min. Eliana Calmon, v.u., DJU de 21.10.02.

⁵² REsp n.º 310.368, STJ, 1ª T, Rel. Min. José Delgado, v.u., DJU de 27.08.01, p. 232.

XII

Para o problema ora examinado, o sistema jurídico brasileiro permite, no microssistema das sociedades anônimas, a integralização do capital de uma companhia, com ações de outra empresa. Conforme foi exposto anteriormente, o artigo 7º da Lei n.º 6.404/76 prescreve que “O capital social poderá ser formado com contribuições em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro.”

Além da integralização do capital de companhia, com ações de outra empresa, este microssistema permite, também, a operação de incorporação de companhia controladora, por uma empresa controlada, sob a denominação de **incorporação reversa**. Segundo foi exposto anteriormente, o artigo 264, § 4º, da Lei n.º 6.404/76, na redação da Lei n.º 10.303/01, prescreve que “Aplicam-se as normas (da incorporação de companhia controlada) à incorporação de controladora por sua controlada, à fusão de companhia controladora com a controlada, à incorporação de ações de companhia controlada ou controladora, à incorporação, fusão e incorporação de ações de sociedade sob controle comum.”

A ocorrência de violação de norma jurídica, que veda a realização do ato, constitui, entretanto, o critério objetivo da jurisprudência brasileira, para a distinção da simulação relativa, na zona de penumbra da liberdade fiscal. Por via de consequência lógica, a administração não pode desconsiderar, *a priori*, a eficácia jurídica dos negócios societários, que permitem a amortização do ágio de si mesmo, dentro da companhia controlada.

Vejam que a inclusive a jurisprudência administrativa tem, reiteradamente, aplicado este critério jurídico, em inúmeros precedentes jurisprudenciais, tais como nos seguintes, por exemplo:

“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 ocorreram 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. (...).**”⁵³ (grifou-se)

“(...) IRPJ - SIMULAÇÃO NA INCORPORAÇÃO.- Para que se possa materializar é **indispensável que o ato praticado não pudesse ser realizado, fosse por vedação legal** ou por qualquer outra razão. **Se não existia impedimento para a realização da incorporação tal como realizada** e o ato praticado não é de natureza diversa daquela que de fato aparenta, isto é, se de fato e de direito não ocorreu ato diverso da incorporação, **não há como qualificar-se a operação de simulada. Os objetivos visados com a prática do ato não interferem na qualificação do ato praticado. portanto, se o ato praticado era lícito, as eventuais consequências contrárias ao fisco devem ser qualificadas como casos de elisão fiscal e não de evasão ilícita. (Ac. CSRF/01-01.874/94).**”⁵⁴ (grifou-se)

“IRPJ- CSLL- SIMULAÇÃO – OPERAÇÕES 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.**”⁵⁵ (grifou-se)

⁵³ Ac. n.º 106-09343, 1º CC, 6ª C, Rel. Cons. Genésio Deschamps, m.v., j. em 18.09.97.

⁵⁴ Ac. n.º 1 01-92164, 1º CC, 1ª C, Rel. Cons. Sebastião Rodrigues Cabral, v.u., j. em 14.07.98.

⁵⁵ Proc. n.º 16327.002725/99-11, 1º CC, 1ª C, Rel. Cons. Sandra Maria Faroni, v.u., j. em 20.09.01.

De uma forma geral, a jurisprudência administrativa aplica, atualmente, o critério objetivo da violação à lei, devido à inadequação da **teoria da vontade**, na fundamentação jurídica da simulação dos negócios. A intenção das partes de economizar tributos não influenciaria, afirma a jurisprudência administrativa federal, na “qualificação do ato praticado. (...) se o ato praticado era lícito, as eventuais conseqüências contrárias ao fisco devem ser qualificadas como casos de elisão fiscal e não de evasão ilícita. (Ac. CSRF/01-01.874/94).”⁵⁶

Em linhas gerais, a **teoria da vontade** constitui a teoria jurídica de direito privado, que fundamenta a simulação dos negócios jurídicos, conforme a intenção das partes contratantes. De acordo com esta teoria, “no caso de haver alguma divergência entre a vontade real, interna, e a declarada, deveria prevalecer aquela vontade interna sobre a exteriorizada”⁵⁷, em virtude da noção tradicional, oriunda do contexto dos estados liberais, segundo a qual, geralmente, “O ato jurídico seria, na sua essência, um ato de vontade, porquanto aquilo que o direito realiza e dota de conseqüências jurídicas nada mais é do que a intenção individual, o querer do indivíduo.”⁵⁸

A teoria da vontade não constitui, porém, a teoria jurídica de direito privado, que fundamenta adequadamente a simulação dos negócios, pois seu conceito pressupõe, atualmente, no direito privado brasileiro, a teoria denominada **teoria da declaração**. Segundo esta teoria jurídica, “a declaração emitida por uma pessoa com capacidade produz efeitos jurídicos, sem se considerar se o que foi declarado foi querido ou não, realmente.”⁵⁹

⁵⁶ Ac. n.º 101-92164, 1º CC, 1ª C, Rel. Cons. Sebastião Rodrigues Cabral, v.u., j. em 14.07.98.

⁵⁷ TÔRRES, Heleno. *Op. cit.*, p. 284.

⁵⁸ TÔRRES, Heleno. *Op. cit.*, p. 284.

⁵⁹ TÔRRES, Heleno. *Op. cit.*, p. 287.

Ao contrário da teoria da vontade, “não obstante (parta) do mesmo paradigma – divergência entre vontade real e vontade declarada – (a teoria da declaração toma) orientação oposta, de feição objetivista, ao conferir prevalência à declaração formalizada. (Importa), assim, identificar a vontade declarada e não buscar a qualificação de uma vontade interna dos declarantes.”⁶⁰

XIV

Tanto a integralização do aumento do capital, quanto a operação de incorporação reversa, devem, contudo, realmente acontecer no plano dos fatos, sobretudo com a coincidência das declarações com os registros contábeis e fiscais. Por outro lado, as partes dos negócios devem, também, cumprir os inúmeros deveres jurídicos, que o microsistema das sociedades anônimas prescreve, sobretudo nos artigos 8º, 170 e 264 da Lei n.º 6.404/76.

Por exemplo, no julgamento do recurso voluntário n.º 124.045, a jurisprudência administrativa federal desconsiderou a eficácia jurídica de operação de incorporação, pois a companhia incorporada tinha sido quem, no plano dos fatos, incorporara a empresa incorporadora. De acordo com este precedente, “A incorporação de empresa superavitária por outra deficitária, embora atípica, não é vedada por lei, representando um negócio jurídico indireto, na medida em que, subjacente a uma realidade jurídica, há uma realidade econômica não revelada. Para que os atos jurídicos produzam efeitos elisivos, além da anterioridade à ocorrência do fato gerador, necessário se faz que revistam forma lícita, aí não compreendida hipótese de simulação relativa”⁶¹.

⁶⁰ TÔRRES, Heleno. *Op. cit.*, p. 287.

⁶¹ Ac. n.º 103-21047, 1º CC, 3ª C, Rel Paschoal Raucci, v.u., j. em 16.10.02.

No julgamento daquele caso concreto, a jurisprudência administrativa federal provou a inoocorrência da incorporação no mundo dos fatos, a partir de dois indícios, de um modo geral:

i) “a empresa incorporadora (...) já havia, de fato, encerrado suas atividades em 1994, subsistindo apenas nominalmente”⁶²; além disso,

ii) houve “renúncia dos membros do Conselho de Administração da Incorporadora, para que assumissem os membros do Conselho de Administração da incorporada”⁶³, “troca da razão social da incorporadora pela denominação da incorporada”⁶⁴; e, finalmente, “mudança de domicílio da incorporadora para o então detido pela incorporada”⁶⁵.

XIV

Como tivemos a oportunidade de demonstrar, ao longo do presente trabalho, o problema dos limites da liberdade fiscal, no fenômeno da amortização do ágio de si mesmo, é um caso difícil. Para apenas lembrar, nenhum enunciado da legislação “*proporciona una respuesta clara*”⁶⁶, para a desconsideração dos negócios societários, que permitem a realização desse fenômeno.

Do nosso ponto de vista, a administração não pode, entretanto, desconsiderar aprioristicamente a eficácia dos negócios, que permitem a amortização do ágio de si mesmo, dentro da companhia controlada, porque a ocorrência de violação de norma, que veda a realização do ato, constitui, atualmente, o critério objetivo da jurisprudência brasileira, para a distinção da simulação relativa, na zona de penumbra da liberdade fiscal.

⁶² Ac. n.º 103-21047, 1º CC, 3ª C, Rel Paschoal Raucci, v.u., j. em 16.10.02.

⁶³ Ac. n.º 103-21047, 1º CC, 3ª C, Rel Paschoal Raucci, v.u., j. em 16.10.02.

⁶⁴ Ac. n.º 103-21047, 1º CC, 3ª C, Rel Paschoal Raucci, v.u., j. em 16.10.02.

⁶⁵ Ac. n.º 103-21047, 1º CC, 3ª C, Rel Paschoal Raucci, v.u., j. em 16.10.02.

⁶⁶ AARNIO, Aulis. *Op. cit.*, p. 123.

Sob a nossa perspectiva, a administração tributária não pode desconsiderar a eficácia dos negócios societários, que permitem a amortização do ágio, na sociedade anônima controlada, em virtude do direito privado prescrever o abuso de direito em geral, como uma causa de ilicitude dos atos e dos negócios jurídicos, de acordo com o artigo 109 do CTN. Noutro lado, para nós, o artigo 116, parágrafo único, do CTN veicula uma cláusula geral, que permite à administração tributária desconsiderar, exclusivamente, os atos ou os negócios jurídicos dos contribuintes, realizados com simulação e dissimulação.