QUESTÕES CONTROVERTIDAS NO **CARF**

ORGANIZAÇÃO
SERGIO ANDRÉ ROCHA MAURÍCIO PEREIRA FARO

VOLUME 2

CASA DO DIREITO

Comissão Especial de Assuntos Tributários (Ceat) | OABRJ

Copyright © 2025 by Editora Letramento

Diretor Editorial Gustavo Abreu
Diretor Administrativo Júnior Gaudereto
Diretor Financeiro Cláudio Macedo
Auxiliar de logística João Vitor Santiago dos Santos
Comunicação e Marketing Carol Pires
Assistente Editorial Maria Eduarda de Castro Santiago e Matteos Moreno
Assistente de Edição Ana Isabel Vaz
Designer Editorial Gustavo Zeferino e Luís Otávio Ferreira

Conselho Editorial Jurídico

Alessandra Mara de Freitas Silva	Edson Nakata Jr	Luiz F. do Vale de Almeida Guilherme
Alexandre Morais da Rosa	Georges Abboud	Marcelo Hugo da Rocha
Bruno Miragem	Henderson Fürst	Nuno Miguel B. de Sá Viana Rebelo
Carlos María Cárcova	Henrique Garbellini Carnio	Onofre Alves Batista Júnior
Cássio Augusto de Barros Brant	Henrique Júdice Magalhães	Renata de Lima Rodrigues
Cristian Kiefer da Silva	Leonardo Isaac Yarochewsky	Salah H. Khaled Jr
Cristiane Dupret	Lucas Moraes Martins	Willis Santiago Guerra Filho

Todos os direitos reservados. Não é permitida a reprodução desta obra sem aprovação do Grupo Editorial Letramento.

Q5 Questões controvertidas no CARF / Alexandre Evaristo Pinto ... [et al.] ; organizado por Sergio André Rocha, Maurício Pereira Faro. - Belo Horizonte : Casa do Direito, 2025.
648 p. : il. ; 23 cm.
v. 2
Inclui bibliografia.
ISBN 978-65-5932-718-8
1. CARF. 2. Direito tributário. 3. Contencioso administrativo. 4. Finanças públicas. 5. Imposto de renda. I. Pinto, Alexandre Evaristo. II. Rocha, Sergio André. III. Faro, Maurício Pereira. IV. Título.
CDU: 34:336.2
CDD: 343.05

Índices para catálogo sistemático:
1. Direito tributário 34:336.2
2. Direito tributário 343.05

GRUPO ED. LETRAMENTO

LETRAMENTO EDITORA E LIVRARIA
CAIXA POSTAL 3242 / CEP 30.130-972
av. Antônio Abrahão Caram / n. 430
sl. 301 / b. São José / BH-MG
CEP: 30275-000 / TEL. 31 3327-5771

CASA DO DIREITO
É o selo jurídico do Grupo Editorial Letramento

7 **A FUNDAMENTAÇÃO ECONÔMICA DO ÁGIO À LUZ DA DOUTRINA E DOS PRECEDENTES DO CARF**
Alexandre Evaristo Pinto

23 **QUESTÕES CONTROVERSAS RELATIVAS À DEDUTIBILIDADE DAS DESPESAS COM ROYALTIES**
Alexandre Evaristo Pinto
Fredy José Gomes de Albuquerque

57 **RESPONSABILIDADE CÍVEL E TRIBUTÁRIA NAS SOCIEDADES COOPERATIVAS**
Alexandre Evaristo Pinto
Henrique Nimer Chamas
Lucas Issa Halah

79 **RESPONSABILIDADE CÍVEL E TRIBUTÁRIA NAS SOCIEDADES COOPERATIVAS**
Alexandre Evaristo Pinto
Henrique Nimer Chamas
Lucas Issa Halah

101 **PIS E COFINS: CRÉDITOS DE SHIP OR PAY**
Aline Cardoso de Faria
Micaela Dominguez Dutra

115 **CONFORMIDADE COOPERATIVA FISCAL: O PAPEL DA REFORMA TRIBUTÁRIA SOBRE O CONSUMO**
Ana Luiza Leite
José André Wanderley Dantas de Oliveira

131 **A CUMULAÇÃO DE GLOSA DE DESPESAS COM PAGAMENTOS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL E DA BASE DA CSLL COM A EXIGÊNCIA DO IRRF PREVISTO NO ART. 61 DA LEI N. 8.981/1995**
André Severo Chaves
Daniel Ribeiro Silva

157 **O NOVO RICARF E A APROVAÇÃO DE SÚMULAS: IMPACTOS E PERSPECTIVAS NO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL**
Carlos Higino Ribeiro de Alencar
Fernando Brasil de Oliveira Pinto
Jorge Claudio Duarte Cardoso

185 **A ADI 2446 NAS DECISÕES DO CARF**
Cristiane Pires McNaughton
Charles W. McNaughton

191 **A PROVA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO ADUANEIRO: VALORAÇÃO PROBATÓRIA E EFETIVIDADE DAS GARANTIAS PROCESSUAIS**
Cynthia Elena de Campos

209 **COMPRAS ALAVANCADAS E DEDUTIBILIDADES NA JURISPRUDÊNCIA DO CARF: ÁGIO E DESPESAS FINANCEIRAS.**
Diljesse de Moura Vasconcelos

229 **REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DA MULTA QUALIFICADA DE 100% OU 150%, NOS CASOS DE SONEGAÇÃO, FRAUDE OU CONLUIO.**
Efigênio de Freitas Júnior

255 **PIS E COFINS SOBRE RECEITAS DE SUBVENÇÃO**
Gisela Pimenta Gadelha
Rodrigo Barreto de Faria Pinho

271 **EMPRESA-VEÍCULO E ÁGIO**
Gustavo Fossati
Cristiane McNaughton

283 **"EMPRESA VEÍCULO", "REAL ADQUIRENTE" – DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO– "BULLYING" TRIBUTÁRIO**
Heldo Jorge dos Santos Pereira Junior

297 **A NATUREZA JURÍDICA DAS PERDAS DE ENERGIA ELÉTRICA: O DEBATE SOBRE SUA DEDUTIBILIDADE NO CARF**
Itamar Artur Magalhães Alves Ruga

333 **A PRECLUSÃO, O DIREITO PROBATÓRIO E A VERDADE MATERIAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL**
Joana Guimarães

351 **CRÉDITOS INTEMPESTIVOS NA APURAÇÃO DO PIS/COFINS EM RELAÇÃO ÀS DESPESAS E CUSTOS RELACIONADOS A POÇOS SECOS**
Jorge Luís Cabral

381 **A NÃO INCIDÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES AO PIS E DA COFINS SOBRE OS RENDIMENTOS FINANCEIROS ATRELADOS AOS ATIVOS GARANTIDORES DAS RESERVAS TÉCNICAS: ASPECTOS JURÍDICOS E TRIBUTÁRIOS**
José Renato Pereira de Deus
Matheus Schwertner Zicarelli Rodrigues

397 **OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL DE ADEQUAÇÃO DO JULGADO À JURISPRUDÊNCIA SUPERVENIENTE E A QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA: UMA ANÁLISE APROFUNDADA DO CASO DA MULTA ISOLADA**
Laércio Cruz Uliana Junior

407 **A DEDUTIBILIDADE DE PERDAS COM OPERAÇÕES DE HEDGE NA APURAÇÃO DO PIS E DA COFINS: ANÁLISE CRÍTICA DO ACÓRDÃO Nº 3302-014.857**
Laura Baptista Borges
Marina Righi Rodrigues Lara

421 **SÚMULA CARF 210: PERSPECTIVAS DA RESPONSABILIDADE DE GRUPOS ECONÔMICOS**
Leonardo Nuñez Campos

441 **O ÁGIO FORMADO NOS INVESTIMENTOS DE PESSOAS JURÍDICAS BRASILEIRAS EM INVESTIDAS ESTRANGEIRAS**
Lucas Issa Halah
Henrique Nimer Chamas
Guilherme Adolfo dos Santos Mendes

459 **A RESPONSABILIDADE DO GRUPO ECONÔMICO & A SÚMULA CARF Nº 210**
Ludmila Mara Monteiro de Oliveira

477 **REFLEXÕES SOBRE PLANEJAMENTOS TRIBUTÁRIOS**
Luis Henrique Marotti Toselli

491 **COLETÂNEA VI QUESTÕES CONTROVERTIDAS CARF: O VALOR TRIBUTÁVEL MÍNIMO E O CONCEITO DE PRAÇA NA LEGISLAÇÃO DO IPI**
Marcos Roberto da Silva

503 **AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA POR INVESTIDOR ESTRANGEIRO: ANÁLISE COMPARATIVA DOS CRITÉRIOS PARA AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO COM UTILIZAÇÃO DE "EMPRESA-VEÍCULO" NA JURISPRUDÊNCIA DO CARF E DO STJ**
Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic

519 **DISTRIBUIÇÃO DE DIVIDENDOS E AJUSTE A VALOR JUSTO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**
Maurício Pereira Faro
Daniel Litwinczuk Lamarca

535 **REFORMA TRIBUTÁRIA SOBRE A RENDA E A BUSCA PELA EFICIÊNCIA ECONÔMICA E EQUIDADE TRIBUTÁRIA NO BRASIL**
Rachel Freixo

545 **O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E O CARF**
Ricardo Piza Di Giovanni

559 **CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ADUANEIRO NO BRASIL: ESPÉCIES, EVOLUÇÃO E PERSPECTIVAS**
Rosaldo Trevisan

587 **CONTRATO DE COMPARTILHAMENTO DE CUSTOS ENTRE MATRIZ AMERICANA E FILIAL SITUADA NO BRASIL. TRIBUTAÇÃO DOS REEMBOLSOS PARA O EXTERIOR**
Sergio André Rocha

621 **A NECESSÁRIA DIVULGAÇÃO DE PLANEJAMENTOS POTENCIALMENTE ABUSIVOS PELAS GRANDES EMPRESAS**
Sérgio Magalhães Lima

A FUNDAMENTAÇÃO ECONÔMICA DO ÁGIO À LUZ DA DOUTRINA E DOS PRECEDENTES DO CARF

ALEXANDRE EVARISTO PINTO

Ex-conselheiro julgador do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Conselheiro do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN). Ex-presidente da Associação dos Conselheiros Representantes dos Contribuintes no CARF (ACONCARF). Professor da Faculdade de Administração, Economia e Contabilidade da Universidade de São Paulo (FEA/USP) e da Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (EAESP/FGV). Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela USP. Doutorando em Controladoria e Contabilidade pela FEA/USP. Mestre em Direito Comercial pela USP. Especialista em Direito Tributário pela USP. Ex-julgador do Municipal de Tributos do Município de São Paulo (CMT/SP) e do Tribunal de Impostos e Taxas (TIT/SP).

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Regime Jurídico do Ágio até a edição do CPC 15 e da Lei n. 12.973/14; 3. A fundamentação econômica do ágio à luz da doutrina do Professor Marco Aurélio Greco; 4. Considerações críticas sobre o fundamento econômico do ágio; 5. Os fundamentos econômicos previstos na lei revogada eram excludentes?; 6. Conclusões

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo tratar de um dos temais mais relevantes discutidos no âmbito do CARF ao mesmo tempo que é uma homenagem a um dos juristas que mais tiveram impacto na formação dos precedentes deste órgão de revisão de lançamento tributário.

Nascido em São Paulo e no âmbito de uma família nitidamente com vocação docente, Marco Aurélio Greco foi profundamente influenciado por seus irmãos, especialmente Clemente, engenheiro e professor da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, cujas conversas acabaram por despertar nele o gosto pela análise dinâmica dos sistemas, visão esta que se traduziria mais tarde em sua abordagem funcionalista e sistêmica do Direito Tributário[1].

Formado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Marco Aurélio Greco teve como seus professores dois dos maiores publicistas brasileiros, Celso Antônio Bandeira de Melo e Geraldo Ataliba, sendo que o último viria a ser seu orientador no mestrado e doutorado. Sua dissertação de mestrado resultou na obra "Norma Jurídica Tributária" (1974), ao passo que sua tese de doutorado resultou na obra "Dinâmica da Tributação e Procedimento" (1979)[2].

No período transcorrido entre a defesa de sua dissertação de mestrado e a entrega de sua tese de doutorado, Marco Aurélio Greco esteve na Itália, onde teve a oportunidade de pesquisar junto aos Professores Gian Antonio Micheli e Massimo Severo Giannini, que o influenciaram fortemente em ter uma visão mais funcional do Direito[3].

Após período no qual atuou fortemente na advocacia tributária, Marco Aurélio Greco volta a publicar importantes trabalhos no final da década de 90, dentre os quais: "Planejamento Tributário e Interpretação da Lei Tributária", "Contribuições – uma figura sui generis", "Internet e Direito", dentre outros[4].

---

1 ROCHA, Sergio André. Planejamento Tributário na obra de Marco Aurélio Greco. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 163-178.

2 ROCHA, Sergio André. Planejamento Tributário na obra de Marco Aurélio Greco. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 163-178.

3 ROCHA, Sergio André. Planejamento Tributário na obra de Marco Aurélio Greco. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 163-178.

4 ROCHA, Sergio André. Planejamento Tributário na obra de Marco Aurélio Greco. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 163-178.

Seus trabalhos desta época tiveram importante repercussão nos meios acadêmicos e profissionais, sendo citados criticamente em milhares de decisões administrativas e judiciais, o que vem a evidenciar, por si só, a importância de sua doutrina.

Dentre os temas que foram objeto de seus estudos em artigos e pareceres, merece destaque a amortização fiscal do ágio, assunto que foi analisado em algumas dezenas de pareceres diante da importância dos processos administrativos sobre o tema.

Assim, no presente estudo, iremos destacar alguns pontos controversos da amortização fiscal do ágio no que tange especificamente à sua fundamentação econômica, destacando também os escritos do Professor Marco Aurélio Greco acerca do tema.

2. O REGIME JURÍDICO DO ÁGIO ATÉ A EDIÇÃO DO CPC 15 E DA LEI N. 12.973/14

A publicação da Lei nº 6.404/76 representou uma revolução para a contabilidade nacional, ao modernizar as práticas contábeis brasileiras, trazendo um capítulo específico dedicado à regulação das demonstrações financeiras[5].

Como decorrência de tais alterações contábeis e dos impactos delas sobre bases de mensuração como patrimônio, receita e lucro, havia a necessidade de adaptação da legislação do imposto de renda, de modo que no ano seguinte houve a publicação do Decreto-lei nº 1.598/77.

O Decreto-lei nº. 1.598/77 previu também como seria feita a contabilização de uma aquisição de participação societária avaliada pelo método de equivalência patrimonial. Nessa linha, a redação original do artigo 20 do Decreto Lei nº. 1.598/77[6] estabelecia que o contribuinte

---

5 MARTINS, Eliseu. Bulhões e Lamy: revolucionadores também da contabilidade brasileira. In: VENANCIO FILHO, Alberto; LOBO, Carlos Augusto da Silveira; ROSMAN, Luiz Alberto Colonna (Orgs.). Lei das S.A. em seus 40 anos. 1ed.Rio de Janeiro: Editora Forense - Grupo GEN, 2017, p. 607-636.

6 Decreto-Lei nº 1.598/77: *"Art 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:*

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

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

que avaliasse investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deveria, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em: (i) valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e (ii) ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de patrimônio líquido na época da aquisição.

Ainda é relevante salientar que o artigo 20, §2º, do Decreto Lei nº. 1.598/77[7] determinava que o registro contábil do ágio deveria ser feito conforme o seu fundamento econômico, dentre as seguintes possibilidades: (i) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; (ii) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; e (iii) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Vale destacar que conforme o regime contábil do ágio aplicável naquele momento, o ágio estava sujeito à amortização contábil, no qual era feito lançamento em conta redutora de ativo de amortização acumulada em contrapartida a despesas operacionais, sendo que os critérios de amortização iriam variar de acordo com o fundamento econômico do ágio[8].

O ágio decorrente da amortização por diferença do valor de mercado dos bens era amortizado na proporção em que o ativo fosse realizado na controlada ou coligada, por depreciação, amortização, exaustão ou baixa em decorrência de alienação ou perecimento do ativo, ao passo que o ágio por valor de rentabilidade futura era amortizado contabil-

---

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

7 Decreto-Lei nº 1.598/77: *"Art 20 (…)*

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

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

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

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

8 IUDICIBUS, Sergio de, MARTINS, Eliseu, GELBCKE, Ernesto Rubens. *Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. pp 173-177.

mente no prazo, extensão e proporção dos resultados projetados, ou pela baixa por alienação ou perecimento do investimento.

Por fim, o caso do ágio por outras razões econômicas deveria ser reconhecido como perda, sendo fundamental a evidenciação em nota explicativa das razões da existência ou baixa de tal tipo de ágio[9].

Todavia, a redação original do artigo 25 do Decreto Lei nº. 1.598/77 teve vida curta, sendo revogada pelo Decreto Lei nº. 1.730/79, que deu nova redação ao artigo 25 do Decreto Lei nº. 1.598/77 permitindo que somente houvesse dedução do ágio independentemente de seu fundamento econômico no momento de alienação ou liquidação do investimento. Tal regime perdurou até o início do processo de privatização das empresas estatais brasileiras, ocorrido na segunda metade da década de 90.

No âmbito do processo do programa nacional de desestatização, foi promulgada a Lei nº 9.532/97[10], que trouxe disposição expressa no seu artigo 7º permitindo que, no caso de incorporação entre a empresa adquirente (que tenha registrado o ágio quando da aquisição do investimento) e a adquirida, as despesas com amortização do ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura poderiam ser consideradas dedutíveis para fins de apuração do lucro real, com base em balanços levantados após a referida incorporação, na proporção máxima de 1/60 (um sessenta avos) ao mês (amortização a ser feita no período mínimo de 5 anos).

3. A FUNDAMENTAÇÃO ECONÔMICA DO ÁGIO À LUZ DA DOUTRINA DO PROFESSOR MARCO AURÉLIO GRECO

Após se aprofundar no tema para a realização de diferentes pareceres, Marco Aurélio Greco publicou artigo em 2009 denominado "Ágio

---

9 IUDICIBUS, Sergio de, MARTINS, Eliseu, GELBCKE, Ernesto Rubens. *Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. pp 173-177.

10 Lei nº 9.532/97: *"Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 26 de dezembro de 1977:*

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2° do art. 20 do Decreto-lei n° 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;".

por expectativa de rentabilidade futura algumas observações" em obra coordenada por Walfrido Warde[11].

No que tange especificamente à fundamentação econômica do ágio exigida pela redação original do artigo 20 do Decreto-lei n. 1.598/77 que vigorou até a edição da Lei n. 12.973/14, Marco Aurélio Greco assinala que uma infinidade de variáveis e critérios podem levar a que um determinado preço seja pago pela aquisição de uma participação societária[12].

O referido autor destaca que um dos critérios que pode ser usado para determinar o preço de aquisição de uma participação societária é a estimativa de possibilidade de geração de receita e resultados do empreendimento desenvolvido pela pessoa jurídica, cuja participação societária foi adquirida[13].

Nessa linha, Marco Aurélio Greco aponta que embora presente no dimensionamento do preço de compra, a estimativa de possibilidade de geração de receita não se confunde necessariamente como o fundamento econômico de eventual ágio[14].

Ao se referir os fundamentos econômicos do ágio presentes no então artigo 20, §2º, do Decreto Lei nº. 1.598/77, Marco Aurélio Greco pontua que a geração de resultados futuros não está presente somente no fundamento "valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros", mas que um dos critérios de aferição do valor do fundo de comércio é exatamente por meio da previsão do desempenho econômico de uma entidade em

---

11 GRECO, Marco Aurélio. *Ágio por expectativa de rentabilidade futura algumas observações*. In: WARDE, Walfrido Jorge. *Fusão, Cisão, Incorporação e Temas Correlatos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 276-287.

12 GRECO, Marco Aurélio. *Ágio por expectativa de rentabilidade futura algumas observações*. In: WARDE, Walfrido Jorge. *Fusão, Cisão, Incorporação e Temas Correlatos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 276-287.

13 GRECO, Marco Aurélio. *Ágio por expectativa de rentabilidade futura algumas observações*. In: WARDE, Walfrido Jorge. *Fusão, Cisão, Incorporação e Temas Correlatos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 276-287.

14 GRECO, Marco Aurélio. *Ágio por expectativa de rentabilidade futura algumas observações*. In: WARDE, Walfrido Jorge. *Fusão, Cisão, Incorporação e Temas Correlatos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 276-287.

um horizonte de tempo. De igual modo, o valor dos intangíveis também poderia ser determinado pela previsão de resultados futuros[15].

Dessa forma, Marco Aurélio Greco pondera que a norma tributária não dispõe que o montante do ágio deverá resultar integralmente apenas de um dos três fundamentos econômicos. Ademais, Marco Aurélio Greco destaca que a escolha do fundamento econômico do ágio não fica entregue à livre escolha do contribuinte[16].

Com relação à alocação dos fundamentos econômicos do ágio, Marco Aurélio Greco assevera que o primeiro passo de tal alocação seria determinar se há uma diferença entre o valor atual de mercado dos bens do ativo e o custo registrado na escrituração contábil da investida, visto que na existência de diferença a maior do valor de mercado, haverá a alocação de tal parcela do ágio no fundamento "valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade" [17].

O mesmo raciocínio se aplicaria se a investida possuir ativos intangíveis identificados e fundo de comércio, de modo que isso justificaria o segundo passo que envolveria a alocação do ágio no fundamento "fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas" [18].

Como decorrência de tais passos, o último se referiria propriamente à alocação do ágio no fundamento "valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros". Nesse sentido, Marco Aurélio Greco leciona que se ainda subsistir alguma parcela do ágio que não tenha sido alocado em um dos outros dois fundamentos econômicos, esta parcela remanescente

---

15 GRECO, Marco Aurélio. *Ágio por expectativa de rentabilidade futura algumas observações*. In: WARDE, Walfrido Jorge. *Fusão, Cisão, Incorporação e Temas Correlatos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 276-287.

16 GRECO, Marco Aurélio. *Ágio por expectativa de rentabilidade futura algumas observações*. In: WARDE, Walfrido Jorge. *Fusão, Cisão, Incorporação e Temas Correlatos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 276-287.

17 GRECO, Marco Aurélio. *Ágio por expectativa de rentabilidade futura algumas observações*. In: WARDE, Walfrido Jorge. *Fusão, Cisão, Incorporação e Temas Correlatos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 276-287.

18 GRECO, Marco Aurélio. *Ágio por expectativa de rentabilidade futura algumas observações*. In: WARDE, Walfrido Jorge. *Fusão, Cisão, Incorporação e Temas Correlatos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 276-287.

corresponderá a um item distinto autônomo, que seguirá o regime da expectativa de rentabilidade futura[19].

Logo, para o referido autor, a alocação de rentabilidade futura seria residual, abrangendo tão somente o montante do preço pago que exceder as alocações de ágio aos bens corpóreos, aos intangíveis identificados e ao próprio fundo de comércio[20].

4. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE O FUNDAMENTO ECONÔMICO DO ÁGIO

Tal qual descrito anteriormente, a redação original do art. 20 do Decreto-Lei n 1.598/1977 estabelecia que o contribuinte que adquirisse participação societária avaliada pelo valor de patrimônio líquido deveria, *por ocasião da aquisição da participação*, desdobrar o custo de aquisição para indicar o fundamento econômico do ágio ou deságio[21].

---

19 GRECO, Marco Aurélio. *Ágio por expectativa de rentabilidade futura algumas observações*. In: WARDE, Walfrido Jorge. *Fusão, Cisão, Incorporação e Temas Correlatos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 276-287.

20 GRECO, Marco Aurélio. *Ágio por expectativa de rentabilidade futura algumas observações*. In: WARDE, Walfrido Jorge. *Fusão, Cisão, Incorporação e Temas Correlatos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 276-287.

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

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

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

§ 1o Os valores de que tratam os incisos I a III do caput serão registrados em subcontas distintas.

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

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

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

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

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

Dessa forma, a norma estabelecia que o contribuinte evidenciasse, quando da aquisição da participação, o aspecto subjetivo que o levou a pagar pelo investimento um valor superior ao patrimônio líquido da investida. Cumpre notar que o § 3º, do art. 20, do Decreto-lei n. 1.598/77, em sua redação original, evidenciava a inexistência de critérios objetivos fixados pelo legislador que deveriam ser seguidos pelo adquirente, sendo que o contribuinte deveria demonstrar quais foram os critérios utilizados por ele para chegar ao sobrepreço.

Nessa linha, Luís Eduardo Schoueri e Roberto Codorniz afirmam que o demonstrativo fiscal deveria evidenciar a motivação do adquirente para que pagasse um valor superior ao patrimônio líquido adquirido, que é anterior à realização do próprio negócio, nos seguintes termos:

> O importante é que a demonstração permita aferir qual foi a motivação do adquirente na data da aquisição da participação societária. Para tanto, o critério temporal que deverá ser rigidamente observado refere-se à prova da motivação do adquirente – haja vista que a motivação sempre precederá o negócio – e não à elaboração do laudo o qual pode ser elaborado a qualquer tempo. Isto é, o contribuinte deveria apresentar os motivos que o levaram a pagar o sobrepreço na aquisição da participação societária[22].

A norma vigente à época adotava como critério para alocação do sobrepreço os motivos pelos quais o comprador resolveu pagar um valor superior ao valor de patrimônio líquido atribuído aos bens adquiridos à época da aquisição. Esses motivos é que deveriam ser evidenciados em demonstrativo específico.

Os motivos para justificar o sobrepreço evidenciados no demonstrativo fiscal diziam respeito à percepção do adquirente sobre o patrimônio de um terceiro, antes de adquirir o controle daquele patrimônio. É dizer: tratava-se de um documento que evidenciaria uma opinião formulada por agente externo sobre determinada entidade, com acesso restrito às informações, já que ainda não tem o controle do patrimônio que se pretende adquirir.

Considerando que o aspecto temporal do demonstrativo fiscal se relacionava ao momento anterior à transação, o conteúdo desse demonstrativo era, portanto, subjetivo, visto que estava relacionado à visão

---

22 SCHOUERI, Luís Eduardo. PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *A Figura do "Laudo" nas Operações Societárias com Ágio: do Retrato da Expectativa de Rentabilidade Futura para o Retrato do Valor Justo*. In: MANEIRA, Eduardo; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). O Ágio no Direito Tributário e Societário: Questões Atuais. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 184.

do comprador sobre o "negócio" a ser adquirido, antes de concretizar a transação.

Nesse sentido, os efeitos fiscais do sobrepreço pago dependeriam das razões que fundamentaram a decisão do investidor. Entretanto, como a metodologia elencada na redação original do art. 20 dificultava a verificação e a chancela desse procedimento pela Autoridade Fiscal, a norma fiscal postergar os efeitos fiscais do ágio pago no ato da aquisição de investimento para quando houver alienação ou liquidação deste.

Esse diferimento foi motivado pela dificuldade prática na fiscalização dos critérios de mensuração do sobrepreço, conforme consta no item 13 da Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 1.598[23]. A impossibilidade de se reconhecer, para fins fiscais, a amortização do ágio fiscal decorreu, portanto, das dificuldades práticas de fiscalização.

Caso o critério para se mensurar o ágio pago na aquisição de investimento, de acordo com a legislação fiscal, seguisse critérios objetivos e verificáveis, o legislador não utilizaria esse fundamento para neutralizar e diferir o seu efeito fiscal. Se não era possível o controle dos critérios subjetivos, era necessário que o efeito fiscal decorrente desses valores se daria apenas no caso de alienação ou liquidação do investimento.

Até a edição da Lei n. 12.973/14, o artigo 20, §2º, do Decreto Lei nº. 1.598/77 estabelecia que o registro contábil do ágio deveria ser feito de acordo com seu fundamento econômico, dentre os seguintes: (i) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; (ii) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; e (iii) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Nesse sentido, o § 3º do referido dispositivo legal determinava que o lançamento com os fundamentos (i) e (ii) deveria ser baseado em

23 "13. Os artigos 20 a 26 regulam os efeitos fiscais da avaliação, com base no valor de patrimônio líquido, dos investimentos relevantes em coligadas ou controladas, prescrita pela lei de sociedades por ações. Devido às dificuldades práticas de fiscalização, o projeto não permite que a amortização dos ágios ou deságios na aquisição do investimento influa no lucro real, salvo quando seu fundamento for a diferença entre o valor contábil e o de mercado dos bens do ativo da coligada ou controlada. O ágio ou deságio com outros fundamentos econômicos somente é reconhecido para efeitos fiscais na determinação do ganho ou perda de capital, no caso de alienação ou liquidação do investimento (art. 33)."

demonstração que o contribuinte arquivaria como comprovante da escrituração.

Como havia uma consequência tributária distinta para cada um dos fundamentos econômicos do ágio e inexistia uma ordem legal de alocação dos referidos fundamentos, era comum que os contribuintes alocassem todo ou a maior parte do montante do ágio como de expectativa de rentabilidade futura, que era dedutível à razão de 1/60 após operação de incorporação entre investidora e investida.

Com a convergência das normas contábeis brasileiras às normas contábeis internacionais, é editado o Pronunciamento Contábil n. 15 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC 15), que versa sobre Combinações de Negócios.

No tocante aos ativos e passivos da sociedade adquirida, o item 18 do CPC 15 determina que eles deverão ser reconhecidos na adquirente pelos respectivos valores justos da data da aquisição, independentemente dos seus respectivos valores contábeis nas demonstrações financeiras da sociedade adquirida.

Como decorrência de tal reconhecimento, somente o montante do preço de aquisição que exceder os ativos líquidos da adquirida avaliados a valor justo é que será considerado ágio, isto é, a parcela residual da alocação do preço de aquisição da participação societária.

Durante a vigência do Regime Tributário de Transição (RTT), vigorou o regime da neutralidade tributária, pelo qual seriam neutras, para fins de tributação, as alterações de critérios contábeis promovidas em razão da convergência às normas contábeis internacionais.

Com a edição da Lei n. 12.973/14, o artigo 20 do Decreto-lei n. 1.598/77 foi alterado, de forma que o ágio passa a ser residual em relação ao montante do valor justo dos ativos líquidos adquiridos, se aproximando do disposto no CPC 15.

Ademais, nasce a obrigatoriedade de registro de laudo elaborado por perito independente atestando o valor justo de tais ativos líquidos, sendo que tal laudo deverá ser registrado perante a Receita Federal do Brasil ou perante o Cartório de Títulos e Documentos até o último dia útil do 13º mês subsequente ao mês da operação de aquisição.

5. OS FUNDAMENTOS ECONÔMICOS PREVISTOS NA LEI REVOGADA ERAM EXCLUDENTES?

Com relação ao período em que vigorou a redação anterior do artigo 20, §2º, do Decreto Lei nº. 1.598/77[24], surge a dúvida se a alocação em tais fundamentos econômicos era ou não excludente.

Vale notar que o referido dispositivo legal dispunha que o registro contábil do ágio deverá ser feito de acordo com seu fundamento econômico, dentre os seguintes: (i) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; (ii) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; e (iii) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Luís Eduardo Schoueri destaca que há um pleonasmo no tocante à existência dos três referidos fundamentos econômicos para o ágio, sendo que ao jurista cabe afastar o dispositivo legal ou buscar uma diferenciação que justifique a disciplina legal[25].

Assim, diante da falta de limites claros entre os diversos fundamentos, Luís Eduardo Schoueri afirma que inexiste dispositivo legal que impeça que haja mais de uma fundamentação, de modo que o contribuinte pode escolher o fundamento que for mais vantajoso quando houver mais de uma fundamentação[26].

---

24 Decreto-Lei nº 1.598/77: *"Art 20 (…)*

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

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

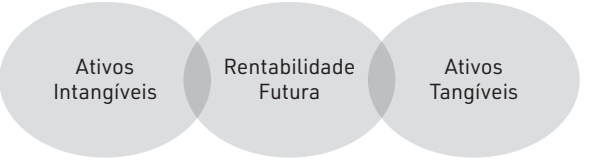
b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

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

25 SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários). São Paulo: Dialética, 2012. pp. 30-31.

26 SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários). São Paulo: Dialética, 2012. pp. 30-31.

Nesse sentido, para ilustrar que um mesmo fato pode se enquadrar em mais de um fundamento, Luís Eduardo Schoueri[27] traz a figura de três círculos que possuem intersecções, conforme abaixo:



Cumpre destacar que uma das etapas do processo contábil é a mensuração[28]. A partir do estudo das formas de mensuração de uma ativo, é possível dividi-las em dois grupos: valores de entrada e valores de saída[29].

Os valores de entrada representam aqueles obtidos no mercado de compra da entidade, refletindo a importância que a entidade dá ou deu quando da aquisição daquele ativo, ao passo que os valores de saída são aqueles que seriam obtidas no mercado de venda, refletindo a importância dada pelo mercado ao ativo que a empresa possui[30].

Dentre os valores de entrada, destacam-se as seguintes formas de mensuração de ativo: (i) Custo histórico; (ii) Custo histórico corrigido; (iii) Custo corrente ou de reposição; (iv) Custo de reposição corrigido; e (v) Custo de reposição futuro.

Por sua vez, dentre os valores de saída, destacam-se: (i) Valor Realizado; (ii) Valor corrente de venda; (iii) Valor realizável líquido; (iv) Valor de liquidação; (v) Valor de realização futuro; e (vi) Valor presente do fluxo de caixa futuro.

Com relação aos valores de saída, cumpre notar que, para fins de uma avaliação econômica, os ativos podem ter ao mesmo tempo diferentes valores. No que tange aos valores de saída mais comuns, é importante salientar que um ativo pode ter tanto um valor de venda líquido das despesas para tal venda quanto um valor de uso, isto é, um

27 SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários). São Paulo: Dialética, 2012. pp. 30-31.

28 LOPES, Alexsandro B., MARTINS, Eliseu. *Teoria da Contabilidade: uma nova abordagem*. São Paulo: Atlas, 2005.

29 MARTINS, Eliseu (org.). *Avaliação de empresas: Da mensuração contábil à econômica*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 27.

30 MARTINS, Eliseu (org.). *Avaliação de empresas: Da mensuração contábil à econômica*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 27.

valor decorrente da utilização econômica daquele ativo descontado a valor presente.

Como decorrência de tal raciocínio, é cabível sob o ponto de vista econômico que um ativo (tangível ou intangível) tenha um valor realizável líquido, que seria o valor pelo qual seria transacionado em uma operação com parte independente, quanto um valor de rentabilidade futura decorrente de sua utilização.

Tendo em vista que há substrato econômico para a fundamentação de um ativo por mais de um valor de saída e diante da inexistência de ordem de escolha na redação original do artigo 20 do Decreto-Lei n. 1.598/77 para a fundamentação do ágio (tal qual existe atualmente no artigo 20 do Decreto-Lei n. 1.598/77), é possível que todo o fundamentado econômico seja alocado como rentabilidade futura, desde que haja um laudo suportando tal fundamento.

Aliás, em termos econômicos, somente faria sentido alocar o custo de aquisição como parte de ativos tangíveis ou intangíveis se a entidade tivesse a intenção de alienar os referidos ativos. Caso contrário, aqueles ativos foram adquiridos para serem utilizados, isto é, com base em seu valor de uso, que refletem a rentabilidade futura decorrente do uso daqueles ativos.

Dessa forma, além de não haver uma ordem de fundamentação econômica na redação do artigo 20 do Decreto-Lei n. 1.598/77, interpretar tal norma de modo a buscar uma ordem seria uma alteração de critério jurídico. Em primeiro lugar, por uma questão lógica, seria estranho que a ordem a ser seguida fosse a seguinte: letra “a”, letra “c” e letra “b”.

Além disso, seria impossível qualquer alocação do ágio como rentabilidade futura diante da balbúrdia que é a letra c do artigo 20, §2º, do Decreto Lei nº. 1.598/77, que é composta por fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. Tais fundamentos contém uma série de impropriedades, uma vez que há confusão de conceitos, visto que o fundo de comércio é algo residual. E o que falar de outras razões econômicas! Como classificar parte do ágio como rentabilidade futura se houvesse uma ordem para classificar o ágio anteriormente como outras razões econômicas. Se a interpretação da ordem de fundamentos fosse mantida, um item tão subjetivo quanto “outras razões econômicas” seria o “super trunfo” para qualquer interpretação, visto que não há qualquer densidade jurídica na expressão “outras razões econômicas”.

Assim, entendemos que mais de uma alocação de fundamento econômico pode ser feita a depender do caso concreto, sendo que o ágio por rentabilidade futura como residual somente surge a partir do CPC 15 e da redação vigente do artigo 20 do Decreto-lei n. 1.598/77 (que ocorre com a edição da Lei n. 12.973/14).

6. CONCLUSÕES

O presente estudo buscou resgatar a contribuição do Professor Marco Aurélio Greco na construção doutrinária e jurisprudencial da fundamentação econômica do ágio, em especial no âmbito do CARF. Sua obra e pareceres forneceram alicerces para a interpretação do artigo 20 do Decreto-lei n. 1.598/77, notadamente quanto à alocação do ágio nos diversos fundamentos econômicos então previstos.

Verificou-se que, para Marco Aurélio Greco, o ágio por expectativa de rentabilidade futura deveria ser tratado como categoria residual, aplicável apenas quando inexistente fundamento objetivo suficiente para alocação nos ativos identificáveis ou no fundo de comércio. Essa leitura, ancorada em uma racionalidade sistêmica e funcional do Direito, promoveria um alinhamento com as práticas contábeis modernas, especialmente após a adoção do CPC 15 e da Lei n. 12.973/14.

Por outro lado, a partir de uma análise crítica do regime anterior à Lei n. 12.973/14 entendemos que a legislação então vigente não estabelecia uma ordem legal de prioridade entre os fundamentos econômicos do ágio, muito menos uma ordem com base na sequência de alocação "a", "c" e "b", que contraria um raciocínio lógico.

Desse modo, a ausência de critérios normativos objetivos para a escolha do fundamento possibilitava, ao menos em tese, uma liberdade relativa do contribuinte na sua alocação, desde que suportada por documentação comprobatória.

Nesse contexto, a doutrina de autores como Luís Eduardo Schoueri sustenta que os fundamentos econômicos do ágio não eram excludentes, podendo coexistir ou até mesmo se sobrepor, dada a complexidade e multidimensionalidade da motivação empresarial no pagamento de sobrepreço. A comparação com diferentes formas de mensuração econômica reforça a plausibilidade dessa interpretação.

De fato, a identificação de diferentes valores de saída para ativos — como valor de uso, valor de liquidação ou valor de realização líquida

— demonstra que é economicamente admissível a coexistência de fundamentos diversos. Essa pluralidade de valores decorre das diferentes finalidades empresariais associadas aos ativos adquiridos, especialmente quando não há intenção imediata de alienação.

Adicionalmente, a tentativa de se impor, por via interpretativa, uma ordem lógica de alocação do ágio entre os fundamentos descritos na redação original do §2º do artigo 20 do Decreto-lei n. 1.598/77 revela-se problemática. Isso porque a estrutura do dispositivo legal era imprecisa e, por vezes, redundante, especialmente com a inclusão genérica de "outras razões econômicas", expressão que esvazia o sentido técnico do conceito e confunde sua operacionalização prática.

Portanto, concluímos, à luz da legislação anterior à Lei n. 12.973/14, como legítimo que o contribuinte fizesse a alocação do ágio como expectativa de rentabilidade futura, desde que fundamentado por documentação hábil, promovesse. A vedação ao fracionamento do ágio ou a obrigatoriedade de esgotamento de um fundamento antes da aplicação de outro não encontrava respaldo normativo claro ao tempo da redação original do artigo 20 do Decreto-lei n. 1.598/77.

Finalmente, é a partir da promulgação da Lei n. 12.973/14 e da consolidação das normas contábeis internacionais que se inaugura, de forma expressa, a lógica da alocação residual do ágio por rentabilidade futura. Com isso, os critérios de mensuração e controle passam a ser mais objetivos e auditáveis, o que reforça a segurança jurídica, mas ao mesmo tempo limita a discricionariedade interpretativa anteriormente possível.

QUESTÕES CONTROVERSAS RELATIVAS À DEDUTIBILIDADE DAS DESPESAS COM ROYALTIES

ALEXANDRE EVARISTO PINTO

Ex-conselheiro julgador do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Conselheiro do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN). Ex-presidente da Associação dos Conselheiros Representantes dos Contribuintes no CARF (ACONCARF). Professor da Faculdade de Administração, Economia e Contabilidade da Universidade de São Paulo (FEA/USP) e da Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (EAESP/FGV). Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela USP. Doutorando em Controladoria e Contabilidade pela FEA/USP. Mestre em Direito Comercial pela USP. Especialista em Direito Tributário pela USP. Ex-julgador do Municipal de Tributos do Município de São Paulo (CMT/SP) e do Tribunal de Impostos e Taxas (TIT/SP).

FREDY JOSÉ GOMES DE ALBUQUERQUE

Advogado. Ex-conselheiro titular e vice-presidente de Turma Ordinária da 1ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e do Contencioso Administrativo Tributário do Estado do Ceará (CONAT). Mestrando em Direito Constitucional e Especialista em Direito e Processo Tributários pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). MBA em Gestão de Tributos pela Trevisan. Membro titular do Instituto Cearense de Estudos Tributários (ICET) e da Academia Cearense de Letras Jurídicas (ACLJUR). Membro associado da *International Association of Tax Judges* (IATJ), do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT), da Associação Brasileira de Direito Financeiro (ABDF) e da *International Fiscal Association* (IFA). Professor convidado de cursos de Pós-Graduação em Direito, Processo e Planejamento Tributários.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Do alcance da indedutibilidade dos *royalties* pagos a sócios; 2. Da dedutibilidade dos *royalties* sobre direitos autorais; 3. Da necessidade de análise detalhada dos contratos para se identificar se os pagamentos possuem ou não natureza de *royalties;* 4. Da nova regulamentação prevista na Lei n. 14.596/2023; Conclusões; Referências

INTRODUÇÃO

Este artigo aborda questões relacionadas à dedutibilidade das despesas com *royalties* no contexto do Direito Tributário brasileiro, com especial enfoque nos processos em trâmite no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). A análise desenvolvida busca explorar as divergências sobre as normas que regulam a dedução de *royalties*, sobretudo aqueles pagos a sócios e dirigentes de empresas. Esse tema é de extrema relevância para a compreensão dos mecanismos de apuração do Lucro Real e da base de cálculo do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ), tendo em vista as implicações fiscais significativas que decorrem da correta ou incorreta classificação dessas despesas.

O estudo explorará a revisão histórica da evolução normativa sobre a dedutibilidade dos *royalties* no Brasil, começando pela Lei n. 4.506/1964, que estabeleceu as primeiras diretrizes sobre o tema, e avançando para os decretos regulamentares subsequentes, como o Decreto n. 1.041/1994, que trouxe importantes alterações interpretativas. A partir dessa base legal, demonstrar-se-á a controvérsia sobre o alcance da indedutibilidade dos *royalties* pagos a sócios, sejam eles pessoas físicas, sejam jurídicas, considerando as diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais que se consolidaram ao longo dos anos. Em particular, é discutido o impacto das interpretações administrativas e judiciais que, em certos casos, ampliaram ou restringiram a aplicação da norma legal, gerando um cenário de incerteza jurídica para contribuintes e operadores do direito.

Adicionalmente, o artigo tratará das recentes mudanças legislativas introduzidas pela Lei n. 14.596/2023, que alterou substancialmente o regime de dedutibilidade dos *royalties*, especialmente no que concerne às operações internacionais envolvendo partes relacionadas. A nova legislação, ao submeter esses pagamentos ao controle de preços de transferência, reflete uma tendência global de combate à erosão da base tributária e ao deslocamento de lucros para jurisdições de baixa tributação.

Pretende-se, ainda, controverter a questão da dedutibilidade de *royalties* pagos a título de direitos autorais, tema de grande controvérsia no âmbito do Direito Tributário, especialmente no que se refere à distinção entre os *royalties* decorrentes de obras individuais e aqueles relacionados a obras coletivas. O trabalho explorará as nuances legais que envolvem a classificação desses pagamentos, abordando a comple-

xidade de determinar quando a remuneração de direitos autorais pode ser considerada como *royalty* dedutível.

Este ensaio analisa como o CARF tem lidado com tais casos, destacando as divergências interpretativas sobre a qualificação desses pagamentos como *royalties*. A principal controvérsia reside na distinção entre a remuneração por direitos autorais em obras coletivas e os *royalties* pagos pela exploração de patentes e marcas, áreas em que as limitações de dedutibilidade são mais claramente estabelecidas. O texto também discute as decisões que consideram a dedutibilidade desses pagamentos, dependendo da natureza jurídica da obra e da estrutura contratual estabelecida entre as partes envolvidas.

Por fim, analisar-se-á criticamente os precedentes mais relevantes do CARF, destacando os critérios adotados pelos conselheiros em diferentes casos e as tendências observadas nas decisões recentes. Essa análise é essencial para compreender como a jurisprudência administrativa tem interpretado as normas sobre dedutibilidade de *royalties* e quais são as perspectivas futuras para a evolução desse tema no Brasil.

Com isso, este estudo visa não apenas esclarecer as controvérsias jurídicas envolvidas, mas também contribuir para o aprimoramento da aplicação das normas tributárias no país, oferecendo aos profissionais da área um panorama atualizado e rigoroso das principais questões em debate no CARF sobre a dedutibilidade de *royalties*.

1. DO ALCANCE DA INDEDUTIBILIDADE DOS *ROYALTIES* PAGOS A SÓCIOS

Uma questão bastante discutida no âmbito do Processo Administrativo Tributário diz respeito à alegada violação do disposto no inciso *d* do parágrafo único do art. 71 da Lei 4.506/1964, que tratava, à época de sua vigência até 31 de dezembro de 2023, servindo de fundamento para todos os lançamentos em discussão no CARF até o instante da publicação deste artigo, da vedação da dedutibilidade dos *royalties* quando o pagamento for feito a sócio no exterior. A partir da análise do referido dispositivo legal, nota-se que a indedutibilidade se aplica aos *royalties* pagos a sócios ou dirigentes de empresas, e a seus parentes ou dependentes.

Aqui surge a dúvida se a vedação se aplicaria tão somente aos sócios pessoas físicas ou também se aplicaria aos sócios pessoas jurídicas.

A dúvida surge em virtude de o artigo também se referir à figura dos dirigentes de empresa, que serão sempre pessoas físicas, bem como a parentes ou dependentes, cujo conteúdo semântico somente se aplica às pessoas físicas.

O texto legal do art. 71 da Lei n. 4.506/1964 foi repetido na íntegra em versões anteriores do Regulamento do Imposto de Renda (RIR), a bem saber: o Decreto n. 58.400/1966 (RIR/1966), o Decreto n. 76.186/1975 (RIR/1975) e o Decreto n. 85.450/1980 (RIR/1980).

Somente com a edição do Decreto n. 1.041/1994 (RIR/1994) é que surge o detalhamento de que a expressão "sócios" se refere a pessoas físicas ou jurídicas, conforme a seguir:

> Art. 292. Não são dedutíveis (Lei n. 4.506/64, art. 71, parágrafo único):
> I – os *royalties pagos a sócios, pessoas físicas ou jurídicas*, ou dirigentes de empresas, e a seus parentes ou dependentes; (grifos nossos)

E, desde então, os regulamentos posteriores têm seguido esse detalhamento, tal qual se observa:

> Decreto n. 3.000/1999 (RIR/1999)
> Art. 353. Não são dedutíveis (Lei n. 4.506, de 1964, art. 71, parágrafo único):
> I – os *royalties pagos a sócios, pessoas físicas ou jurídicas*, ou dirigentes de empresas, e a seus parentes ou dependentes; (grifos nossos)
> Decreto n. 9.580/2018 (RIR/2018)
> Art. 363. Não são dedutíveis (Lei n. 4.506, de 1964, art. 71, parágrafo único, alíneas "c" ao "g"):
> I – os *royalties pagos a sócios, pessoas físicas ou jurídicas*, ou a dirigentes de empresas, e a seus parentes ou dependentes; (grifos nossos)

Essa evolução normativa é relevante para identificarmos o momento em que houve a inclusão do detalhamento de que a indedutibilidade se aplica a sócios pessoas físicas ou jurídicas, de forma que seria possível discutir se o ato infralegal foi além ou não do dever de regulamentar uma lei.

Voltando ao texto legal que continua vigente até hoje, é importante observar que José Luiz Bulhões Pedreira (1969, p. 9-19) já havia tecido comentários à referida indedutibilidade no seguinte sentido:

> 9.50 (13) RESTRIÇÕES RELATIVAS AO BENEFICIÁRIO – Em função das relações entre fonte pagadora e o beneficiário do rendimento, a lei contém as seguintes restrições à dedutibilidade dos *royalties*:
> I – não são dedutíveis os *royalties* pagos a sócios ou dirigentes de empresas, e a seus parentes ou dependentes (L. 4.506, art. 71, par. ún., RIR, art.

> 74, par. ún., *c*). ***A restrição somente existe quando o beneficiário é pessoa física*** (v. § 7.40 (11)).

Dessa forma, nos primeiros anos de vigência da Lei n. 4.506/1964, o principal doutrinador de imposto de renda entendia que aquela restrição somente se aplicava aos sócios pessoas físicas. Para tanto, ele fazia menção ao item § 7.40 (11) de sua obra, que se refere à distribuição disfarçada de lucros, aplicável tão somente aos recursos pagos pela pessoa jurídica a pessoa física. Trazemos aqui trecho do referido item demonstrando o pensamento do autor citado:

> 7.40 (11) […] A redação da lei mostra que a sua intenção é conceituar distribuição disfarçada apenas quando o adquirente do bem é pessoa física, o que se explica pelo objetivo da lei, que é coibir modalidade de evasão do imposto. Se o adquirente é outra pessoa jurídica, ainda que tenha pago pelo bem preço notoriamente inferior ao de mercado, ***não haverá evasão do imposto, pois quando o adquirente revender o bem pelo valor de mercado ficará sujeito ao imposto que deixou de ser pago na transação anterior. De outro lado, a conceituação de distribuições disfarçadas entre pessoas jurídicas poderia constituir fonte inesgotável de conflitos entre a administração do imposto e os contribuintes, e de insegurança para este, pois razões comerciais legítimas podem justificar que uma empresa aliene bens a outra por valor inferior ao de mercado. Não havendo, no caso, a forma de evasão do imposto que se verifica quando o adquirente do bem é pessoa física, não se justificava estender a conceituação de distribuição disfarçada às ope***rações entre pessoas jurídicas. (Bulhões Pedreira, 1969, p. 7-35)

Assim, ao fazer referência ao item de distribuição disfarçada de lucros, Bulhões Pedreira (1969) assinala que esta não deveria se aplicar a transações entre pessoas jurídicas, sendo que o mesmo raciocínio se aplica à indedutibilidade dos *royalties* pagos a sócios pessoas jurídicas.

Ao também analisar o alcance da indedutibilidade dos *royalties* pagos aos sócios, Denis Borges Barbosa (1984) pontua que:

> Além das condições já citadas, não é dedutível o pagamento de ***royalties*** feito a sócios ou dirigentes da empresa, seus parentes e de dependentes (Lei 4.506/64, art. 71, parágrafo único). Uma controvérsia quanto a este ponto tem sido mantida entre a doutrina e o Fisco: tal vedação (que alcança qualquer ***royalty***, inclusive os que não se refiram à propriedade industrial) atinge os sócios pessoas físicas, somente, ou também as pessoas jurídicas?
>
> Entendia a doutrina que a negativa da dedutibilidade consistia uma presunção absoluta de que tal pagamento era uma distribuição disfarçada de lucros; como, à época, a mesma doutrina defendia a tese da inaplicabilidade dos dispositivos que preveem a distribuição disfarçada de lucros às pessoas jurídicas, o corolário era que o dispositivo era adequado somente às

> pessoas físicas. O entendimento era fortalecido pela redação da alínea, que fala de "dependentes e parentes", acessórios impossíveis na pessoa jurídica. Em contrário, porém, havia o pronunciamento oficial expresso no PNCST 102/75. Com a nova regulamentação do instituto da distribuição disfarçada de lucros, com o Dec.-lei 1.598/77, o problema tomou outra forma. O art. 60, § 3º, daquele diploma legal explicita que somente pessoas físicas ou, em caso de acionista controlador sediado no exterior, pessoa jurídica, são submetidas ao regime de distribuição disfarçada de lucro.
> *É de se entender, assim, que a interpretação do PNCST 102/75, no que toca ao ponto, esteja superada. São vedados, somente, os pagamentos de royalties* a sócios, dirigentes, seus parentes e dependentes, pessoas físicas. Pode-se entender, igualmente, que é vedado o pagamento de ***royalties*** a acionista controlador sito no exterior, mesmo fora dos casos previstos no art. 71, parágrafo único, da Lei 4.506/64, como consequência de novo regime legal; como nota Bulhões Pedreira, a noção de acionista controlador, no caso, é o do art. 243 da Lei das S/A. (Barbosa, 1984, p. 28-29)

Como se observa, o referido autor assevera que o dispositivo normativo seria aplicável tão somente aos sócios pessoas físicas, ainda que tenha havido alteração nas regras de distribuição disfarçada de lucros.

Da conjugação dos atos normativos consubstanciados nos regulamentos de imposto de renda vigentes até 1994 e da doutrina especializada, verifica-se que a indedutibilidade se aplicava tão somente aos sócios pessoas físicas.

Por outro lado, havia o entendimento em sentido diverso previsto no Parecer Normativo CST n. 102/1975 e nas redações dos regulamentos do imposto de renda editados a partir de 1994.

Tal assunto foi objeto do Acórdão n. 89.04.19593-4/RS, de 30 de outubro de 1990, da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), no qual se decidiu que a indedutibilidade dos *royalties* pagos aos sócios não se aplica a sócios pessoas jurídicas. O referido acórdão recebeu a seguinte ementa:

> 1. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. 2. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INDEDUTIBILIDADE DE DESPESAS A TÍTULO DE "ROYALTIES", PAGAS PELA EMBARGANTE À SUA CONTROLADORA PELA PERMISSÃO DO USO DA MARCA "ADUBOS TREVO". 3. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DOS LANÇAMENTOS, COM BASE NA MUDANÇA DOS CRITÉRIOS JURÍDICO-FISCAIS ADOTADOS QUANDO DA CONSTITUIÇÃO DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS (CTN, ART-146). INAPLICABILIDADE DO ART-176, PARÁGRAFO-1, ALÍNEA-C DO RIR/75 À SÓCIO PESSOA JURÍDICA. "BIS IN IDEM". 4. APELAÇÃO PROVIDA. (TRF4, Ac. n. 89.04.19593-4, 3ª Turma, Rel. Gilson Langaro Dipp, *DJ* 12-12-1990)

Embora se trate de precedente bastante citado nas principais obras em que são feitas anotações e comentários ao Regulamento de Imposto de Renda, é importante destacar que há casos recentes julgados no mesmo sentido.

A título de ilustração, merece citação o agravo de instrumento julgado no Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3), Processo n. 5001394-39.2017.4.03.0000, cujo julgamento se deu pela 3ª Turma do TRF3 em 8 de março de 2018, e cuja ementa é a seguinte:

> TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR. IMPOSTO DE RENDA. *ROYALTIES* PAGOS A SÓCIO PESSOA JURÍDICA. APURAÇÃO DE LUCRO REAL. DEDUÇÃO. ARTIGO 71 DA LEI 4.506/64. ARTIGO 353, I, DO RIR/99.
>
> 1. Consta dos autos que a autora, ora agravada, foi autuada pela dedução supostamente indevida de valores pagos a título de ***royalties*** à sua sócia majoritária BMC Software INC., domiciliada nos Estados Unidos da América, quando da apuração do lucro real para fins de imposto de renda do ano-calendário 2011, o que gerou uma diminuição do tributo a ser pago. Os pagamentos feitos pela agravada referem-se à remuneração por licença de ***software*** (programa de computador) em favor de sua sócia majoritária BMC Software INC., nos termos do contrato de distribuição celebrado entre ambas, no qual a última, domiciliada nos Estados Unidos da América, outorgou à primeira, ora agravada, o direito e a licença para comercializar e distribuir, aos clientes no Brasil, os produtos existentes e futuros desenvolvidos pela empresa estrangeira.
>
> 2. Entendo plausível o entendimento da Juíza ***a quo***, no sentido de que a vedação de dedução de ***royalties*** pagos à pessoa jurídica, prevista no artigo 353, I, do RIR/99, de fato, não parece ter amparo legal. Isso porque o artigo 71, da Lei 4.506/64, que prevê as hipóteses de vedação de dedução de despesas com ***royalties*** para efeito de apuração de lucro real sujeito ao imposto de renda, não dispõe acerca de ***royalties*** pagos a sócios pessoas jurídicas. Desse modo, é possível concluir que o artigo 353 do RIR/99 trouxe inovação não prevista em lei.
>
> 3. Como se sabe, geralmente os provimentos cautelares visam assegurar o resultado útil de um processo principal, razão pela qual a ação cautelar serve ao ângulo prático e à eficácia do provimento de conhecimento, mas com esse não se confunde, apesar de com ele manter relação de dependência e instrumentalidade. Diferente da tutela antecipada (prevista nos artigos 273 e 461 do antigo Código de Processo Civil, hoje tutela de urgência prevista no artigo 300, do estatuto processual vigente), e da liminar em mandado de segurança, que exigem requisitos como verossimilhança, relevante fundamento jurídico, e ainda a urgência da medida, distintos do ***periculum in mora*** e do ***fumus boni iuris*** em sua intensidade.
>
> 4. A ação cautelar geralmente não comporta satisfatividade, prestando apenas para a proteção de eventuais direitos com a garantia do bem jurídico

> litigioso. O ***fumus boni iuris*** deve se ater à apreciação da plausibilidade dos fundamentos de mérito apontados. O ***periculum in mora*** diz respeito à probabilidade da ocorrência de fatos prejudiciais à efetividade da tutela jurisdicional, aspecto que deve ser estimado a partir de juízo de valor quanto a esses fatos se darem antes da entrega da prestação jurisdicional no processo de conhecimento ou executivo.
> 5. Destarte, presente a plausibilidade do direito e o ***periculum in mora***, este ante a necessidade de a autuada efetuar o pagamento de tributo que entende indevido no valor de mais de 40 milhões de reais e, portanto, ver-se desprovida da disponibilidade imediata dos recursos, é devida a manutenção da antecipação da tutela concedida.
> 6. Agravo desprovido.

A melhor interpretação da Lei n. 4.506/1964 indica que a restrição contida no art. 71, parágrafo único, *d*, é aplicável tão somente aos pagamentos de *royalties* recebidos por pessoas físicas sócias ou dirigentes de empresas, bem como aos parentes ou dependentes de sócio ou dirigente, já que não há que se falar, evidentemente, em parentes e dependentes de pessoa jurídica.

Ademais, caso a intenção do legislador fosse vincular a expressão "parentes e dependentes" exclusivamente aos dirigentes de empresas, deveria tê-lo feito expressamente; bastaria, para tanto, ter dito que não seriam dedutíveis os *royalties* pagos aos dirigentes de empresa, seus parentes e dependentes, e aos sócios. No entanto, assim não o fez, o que indica que essa não era sua intenção. Não teria sentido, inclusive, afastar a dedutibilidade de *royalties* pagos a parentes e dependentes de dirigentes e não adotar a mesma medida em relação aos parentes e dependentes de sócios.

Cumpre frisar, ainda, que, se o art. 71, parágrafo único, *d*, da Lei n. 4.506/1964 realmente afastasse a possibilidade de dedução do pagamento de *royalties* pagos ao sócio pessoa jurídica, a norma contida no art. 71, parágrafo único, *e*, item 2, estaria abrangida na exclusão anterior, sendo totalmente desnecessária. E uma das regras básicas de hermenêutica é a de que a lei não contém palavras inúteis, só estando adequada a interpretação que encontrar um significado útil e efetivo para cada expressão contida na norma.

Como inclusive já mencionado no artigo "CARF analisa a dedutibilidade dos *royalties* pagos a sócios", publicado em 1º de fevereiro de 2023, na coluna Direto do CARF da revista eletrônica *Consultor Jurídico* (*Conjur*),

> o entendimento de que a indedutibilidade das despesas com ***royalties*** somente se aplica aos sócios pessoas físicas preponderou nos Acórdãos 107-01.025 (de 22/3/94), 108-06.226 (de 14/9/00), 108-06.240 (de 15/9/00) e CSRF/01-04.629 (de 12/8/03), todos do século passado, nos quais entendeu-se que a menção a "sócios, pessoas físicas ou jurídicas" teria sido uma inovação do regulamento do imposto de renda sem que haja base legal.

Assim sendo, a inclusão dos sócios pessoas jurídicas na vedação pode ser considerada como ilegal, tal como já decidiu a Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF):

> *ROYALTIES* PAGOS A SÓCIO PESSOA JURÍDICA – DEDUTIBILIDADE FISCAL – Na vigência do art. 71 da Lei 4.506/64, a vedação constante do art. 71, parágrafo único, letra "d", ***não se estende aos pagamentos efetuados a sócio pessoa jurídica.*** [...]. (MF/Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), Acórdão n. CSRF/01-04.629, Rel. Cândido Rodrigues Neuber, data da sessão 12-8-2003)

Na mesma linha, merece ser citada a doutrina de Rafael Marchetti Marcondes (2012) sobre tributação dos *royalties*:

> Em outras palavras, o referido dispositivo (RIR/99) acabou estendendo a indedutibilidade das quantias pagas aos sócios de empresas pessoas físicas aos sócios de empresas pessoas jurídicas. E esse entendimento foi endossado pelas autoridades fiscais.
>
> No entanto, se analisando com cautela o texto do artigo 71 da Lei 4.506/1964, observa-se que, quando é dito "os ***royalties*** pagos a sócios ou dirigentes de empresas, e a seus parentes e dependentes", a expressão "a seus parentes e dependentes" é ampla e está se referindo tanto aos sócios quanto aos dirigentes de empresas.
>
> Assim, como não há que falar de parentes e dependentes em relação a pessoas jurídicas, resta claro que o artigo 71 da Lei 4.506/1964 veda, tão somente, a dedução dos pagamentos de ***royalties*** feitos a sócios pessoas físicas.
>
> Caso a intenção do legislador fosse ter vinculado a expressão "parentes e dependentes" apenas aos dirigentes de empresas, deveria tê-lo feito expressamente. [...]
>
> Ademais, a vedação à dedutibilidade dos ***royalties*** pagos aos sócios, pelo simples fato de ser uma proibição, há de ser interpretada restritivamente, como aplicável somente às pessoas físicas.
>
> E mais, considerando-se que a expressão "parentes e dependentes" está atrelada apenas aos dirigentes, e não também aos sócios das empresas, estar-se-á, sem qualquer motivo razoável, criando uma distinção indevida entre os parentes e dependentes dos dirigentes e os parentes e dependentes dos sócios. Isso porque os parentes e os dependentes de um dirigente não poderiam deduzir da base de cálculo do imposto os gastos com ***royalties***,

> enquanto os parentes e dependentes de um sócio da empresa poderiam fazê-lo sem qualquer restrição legal. […]
> Se o artigo 71, parágrafo único, alínea ***d***, da Lei 4.506/1964 considerasse indedutíveis todos os ***royalties*** pagos aos sócios de empresas, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, a norma contida no artigo 71, parágrafo único, alínea ***e***, item 2, dessa mesma lei seria mera repetição, sendo completamente supérflua. (Marcondes, 2012, p. 94-98)

Ainda merece destaque outra questão decorrente da indedutibilidade de *royalties* pagos a sócios pessoas jurídicas: a definição do que deve se considerar como sócio. A indedutibilidade alcançaria tão somente o sócio com participação direta no capital social ou qualquer entidade que possua um vínculo indireto?

Nessa linha, o entendimento manifestado na Solução de Consulta Cosit n. 182/2019 é de que a indedutibilidade dos *royalties* pagos a sócios somente alcançaria os sócios com participação direta, conforme a seguir:

> 22. Do exposto, soluciona-se a presente consulta respondendo-se à consulente que o fato dos pagamentos a título de ***royalties*** pelo direito de distribuição e comercialização de ***softwares*** serem realizados a controladores indiretos pertencentes ao mesmo grupo econômico, não implica, por si, a indedutibilidade prevista na alínea "d" do parágrafo único do art. 71 da Lei n. 4.506, de 1964. ***O termo "sócios" do aludido dispositivo legal se refere a pessoas físicas ou jurídicas, domiciliadas no País ou no exterior, que detenham participação societária na pessoa jurídica***. (grifos nossos)

Desse modo, o próprio entendimento da Receita Federal do Brasil manifestado por meio da referida Solução de Consulta afasta a indedutibilidade dos *royalties* que tenham sido pagos a outras pessoas jurídicas do mesmo grupo econômico, mas que não possuam quotas sociais de controle direto, como ocorre em inúmeros casos autuados e submetidos ao CARF.

Ainda que tenham partido do pressuposto da abrangência de sócio pessoa jurídica, nos Acórdãos n. 1302-002.695 (de 9-4-2018), 1301-004.374 (de 11-2-2020) e 1401-006.203 (de 20-9-2022), entendeu-se que somente seria indedutível o *royalty* pago a sócio que possuísse participação direta no capital social da pessoa jurídica seguindo-se o entendimento da Solução de Consulta Cosit n. 182/2019.

Dessa forma, ao estabelecer a expressão "sócios, pessoas físicas ou jurídicas", os regulamentos de Imposto de Renda editados a partir de 1994 extrapolaram o conteúdo normativo da Lei n. 4.506/1964, seja

por interpretação gramatical (uma vez que pessoa jurídica não possui "parentes e dependentes"), seja por teleológica (a doutrina contemporânea à Lei n. 4.506/1964 assinalava que a indedutibilidade somente alcançava os pagamentos a pessoas físicas por ser uma regra que visava à distribuição disfarçada de lucro), seja ainda por interpretação histórica (a evolução dos regulamentos do Imposto de Renda evidencia uma alteração de conteúdo).

Diante de todo o exposto, entendemos que o art. 71 da Lei n. 4.506/1964 estabeleceu a indedutibilidade dos *royalties* pagos tão somente aos sócios pessoas físicas, visto que: (i) a própria redação do referido dispositivo legal se refere a parentes e dependentes, o que somente faz sentido se estivermos nos referindo a sócios pessoas físicas; (ii) a doutrina da época demonstra que o dispositivo normativo deveria ser interpretado à luz das normas de distribuição disfarçada de lucros; (iii) os regulamentos do Imposto de Renda vigentes até 1994 repetiam o texto legal, sendo que somente a partir do RIR/1994 é que surgiu a expressão "pessoas físicas ou jurídicas" após o vocábulo "sócios", o que pode ser interpretado como uma inovação regulamentar não amparada por lei; (iv) a Lei n. 4.506/1964 passou por dezenas de alterações legislativas em diferentes décadas (década de 1960, 1970, 1980, 1990 e 2010), sem que houvesse acréscimo do entendimento manifestado pelas autoridades fiscais no Parecer Normativo CST n. 102/1975 e do texto constante dos regulamentos do Imposto de Renda editados desde o RIR/1994, o que mostra que o legislador tributário não quis alterar o texto original; e (v) ainda que haja precedentes administrativos em sentidos diferentes, há importantes precedentes judiciais de décadas diferentes contendo a interpretação de que a indedutibilidade deve ser aplicada tão somente aos *royalties* pagos a sócios pessoas físicas, não alcançando os *royalties* pagos a sócios pessoas jurídicas.

Por fim, é importante informar que a indedutibilidade dos *royalties* pagos aos sócios prevista na Lei n. 4.506/1964 foi revogada pela Lei n. 14.596/2023, nova lei dos preços de transferência, uma vez que os pagamentos a título de *royalties* feitos por pessoa jurídica brasileira a parte relacionada no exterior estarão sujeitos ao controle de preços de transferência a partir de 2024.

2. DA DEDUTIBILIDADE DOS *ROYALTIES* SOBRE DIREITOS AUTORAIS

Ao se debruçar sobre o conceito de direito autoral, Antônio Chaves (1987, p. 11) assinala que este é o conjunto de prerrogativas que a lei reconhece a todo criador intelectual sobre suas produções literárias, artísticas ou científicas, de alguma originalidade, havendo prerrogativas de ordem extrapecuniária, as quais geralmente não possuem limitação de tempo, e prerrogativas de ordem patrimonial, nas quais há alguma limitação de tempo prevista em lei.

No Brasil, os direitos autorais são atualmente regulados pela Lei n. 9.610/1998, que estabeleceu em seu art. 7º quais são as obras intelectuais protegidas como direitos autorais. No art. 22 da referida lei consta que pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou. Os direitos morais se enquadram como aqueles de ordem extrapecuniária e abrangem, dentre outros, o direito de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra e o direito.

Por outro lado, os direitos patrimoniais são aqueles que decorrem do uso econômico das obras; nos termos da Lei n. 9.610/1998, cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica. No entanto, ele pode permitir o uso de suas obras mediante uma remuneração para determinada finalidade contratualmente pactuada.

Com relação aos aspectos tributários decorrentes dos *royalties*, cumpre citar o art. 74 da Lei n. 3.470/1958, que estabelece uma limitação para a dedutibilidade das despesas com *royalties*, conforme se observa a seguir:

> Art. 74. Para os fins da determinação do lucro real das pessoas jurídicas como o define a legislação do imposto de renda, somente poderão ser deduzidas do lucro bruto a soma das quantias devidas a título de *"royalties" pela exploração de marcas de indústria e de comércio e patentes de invenção, por assistência técnica, científica, administrativa ou semelhantes* até o limite máximo de 5% (cinco por cento) da receita bruta do produto fabricado ou vendido.
> *§ 1º Serão estabelecidos e revistos* periodicamente mediante ato do Ministro da Fazenda, os coeficientes percentuais admitidos para as deduções de que trata este artigo, considerados os tipos de produção ou atividades, reunidos em grupos, segundo o grau de essencialidade.
> *§ 2º Poderão ser também deduzidas do lucro real, observadas as disposições d*este artigo e do parágrafo anterior, as quotas destinadas à amortização

> do valor das patentes de invenção adquiridas e incorporadas ao ativo da pessoa jurídica.
> *§ 3º A comprovação das despesas a que se refere* este artigo será feita mediante contrato de cessão ou licença de uso da marca ou invento privilegiado, regularmente registrado no país, de acordo com as prescrições do Código da Propriedade Industrial (Decreto-lei n. 7.903, de 27 de agosto de 1945), ou de assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante, desde que efetivamente prestados tais serviços. (grifos nossos)

Vale notar que o dispositivo se refere a *royalties* "pela exploração de marcas de indústria e de comércio e patentes de invenção, por assistência técnica, científica, administrativa ou semelhantes", definindo quais seriam os *royalties* sujeitos a tal limitação, sem fazer menção aos direitos autorais.

Ainda assim surgem dúvidas acerca do alcance do termo "*royalties*", uma vez que as normas que tratam de propriedade intelectual não trazem no seu bojo o referido termo. Dessa forma, a partir da leitura da Lei n. 9.279/1996 (Lei de Propriedade Industrial), da Lei n. 9.609/1998 (Lei de Propriedade Intelectual de Programas de Computador) e da Lei n. 9.610/1998 (Lei de Direitos Autorais – LDA), não há qualquer menção ao termo "*royalty*".

Ao também tratar da limitação da dedutibilidade dos *royalties*, o art. 12 da Lei n. 4.131/1962 se refere a *royalties* "pela exploração de patentes de invenção, ou uso das marcas de indústria e de comércio e por assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante", não trazendo menção aos direitos autorais, conforme se depreende a seguir:

> Art. 12. As somas das quantias devidas a título de *"royalties" pela exploração de patentes de invenção, ou uso das marcas de indústria e de comércio e por assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante*, poderão ser deduzidas, nas declarações de renda, para o efeito do art. 37 do Decreto n. 47.373 de 07/12/1959, até o limite máximo de cinco por cento (5%) da receita bruta do produto fabricado ou vendido.
> *§ 1º Serão estabelecidos e revistos periodicamente, mediante ato do Ministro da Fazenda, os coeficientes percentuais admitidos para as deduções a que se refere este artigo, considerados os tipos de produção ou atividades reunidos em grupos, segundo o grau de essencialidade.*
> *§ 2º As deduções de que este artigo trata, serão admitidas quando comprovadas as despesas de assistência técnica, científica, administrativa ou semelhantes, desde que efetivamente prestados tais serviços, bem como mediante o contrato de cessão ou licença de uso de marcas e de patentes de invenção, regularmente* registrado no País, de acordo com as prescrições do Código de Propriedade Industrial.

> *§ 3º As despesas de assistência técnica, científica, administrativa e semelhantes somente poderão ser deduzidas nos cinco primeiros anos do funcionamento da empresa ou da introdução de processo especial de produção, quando demonstrada sua necessidade, podendo este prazo ser prorrogado até mais cinco anos, por autorização do Conselho da Superintendência do Conselho da Superintendência da Moeda e do Crédito.* (grifos nossos)

Tendo em vista que a norma pressupõe o cálculo da limitação da dedutibilidade dos *royalties* com base na "receita bruta do produto fabricado ou vendido", surge a dúvida se a norma estaria se referindo à receita bruta ou à receita líquida. Tal resposta é incontroversa desde a edição do art. 6º do Decreto-lei n. 1.730/1979, que previu de forma explícita que o cálculo levará em conta a receita líquida:

> Art. 6º O limite máximo das deduções, estabelecido no artigo 12 da Lei n. 4.131, de 3 de setembro de 1962, será calculado sobre a receita líquida das vendas do produto fabricado ou vendido.

No âmbito tributário, há uma menção importante no art. 22 da Lei n. 4.506/1964, no qual algumas contraprestações são "classificadas" como *royalties*, conforme a seguir:

> Art. 22. Serão classificados como "royalties" os rendimentos de qualquer espécie decorrentes do uso, fruição, exploração de direitos, tais como:
> a) direito de colher ou extrair recursos vegetais, inclusive florestais;
> b) direito de pesquisar e extrair recursos minerais;
> c) uso ou exploração de invenções, processos e fórmulas de fabricação e de marcas de indústria e comércio;
> *d) exploração de direitos autorais, salvo quando percebidos pelo autor ou criador do bem ou obra.*
> Parágrafo único. Os juros de mora e quaisquer outras compensações pelo atraso no pagamento dos "royalties" acompanharão a classificação destes. (grifos nossos)

A partir da leitura do art. 22 da Lei n. 4.506/1964, nota-se que *royalty* é uma contraprestação decorrente "do uso, fruição, exploração de direitos", em que estão incluídos os direitos autorais. Vale notar que o referido dispositivo se refere à perspectiva de quem aufere rendimento de *royalties* e não de quem incorre em despesas com *royalties*.

Assim, ao passo que o aluguel seria uma remuneração decorrente do uso de um ativo tangível, o *royalty* é uma remuneração decorrente do uso de um direito, isto é, de um ativo intangível.

A limitação da dedutibilidade das despesas com *royalties* surge novamente no art. 71 da Lei n. 4.506/1964, que assim dispõe:

> Art. 71. A dedução de despesas com aluguéis ou "royalties" para efeito de apuração de rendimento líquido ou do lucro real sujeito ao imposto de renda será admitida: […]
> Parágrafo único. Não são dedutíveis: […]
> f) os ***"royalties" pelo uso de patentes de invenção, processos e fórmulas de fabricação*** pagos ou creditados a beneficiário domiciliado no exterior:
> 1) que não sejam objeto de contrato registrado na Superintendência da Moeda e do Crédito e que não estejam de acordo com o Código da Propriedade Industrial; ou
> 2) cujos montantes excedam dos limites periodicamente fixados pelo Ministro da Fazenda para cada grupo de atividades ou produtos, segundo o grau de sua essencialidade e em conformidade com o que dispõe a legislação específica sobre remessa de valores para o exterior;
> g) os ***"royalties" pelo uso de marcas de indústria e comércio*** pagos ou creditados a beneficiário domiciliado no exterior:
> 1) que não sejam objeto de contrato registrado na Superintendência da Moeda e do Crédito e que não estejam de acordo com o Código da Propriedade Industrial; ou
> 2) cujos montantes excedem dos limites periodicamente fixados pelo Ministro da Fazenda para cada grupo de atividade ou produtos, segundo o grau de sua essencialidade, de conformidade com a legislação específica sobre remessas de valores para o exterior. (grifos nossos)

Como se observa, ao estabelecer limitações à dedutibilidade das despesas com *royalties*, há menção apenas aos *royalties* "pelo uso de patentes de invenção, processos e fórmulas de fabricação" e "pelo uso de marcas de indústria e comércio".

Diante da ausência de menção aos direitos autorais nas normas jurídicas que tratam da limitação de dedutibilidade dos *royalties*, a própria Receita Federal do Brasil se manifestou por meio da Solução de Consulta n. 64/2021 no sentido de que a limitação somente se aplica aos *royalties* "pela exploração de patentes de invenção ou pelo uso de marcas de indústria ou de comércio e as importâncias pagas por assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante", não havendo limitação para os pagamentos efetuados a título de direitos autorais. No entanto, cumpre ressaltar que a dedução de despesas com *royalties* permanece sujeita ao requisito de ser necessária à atividade da empresa e à manutenção da fonte produtora.

Feitas as considerações gerais sobre o tema, passaremos à análise dos precedentes do CARF.

O entendimento de que não há limite de dedutibilidade para as despesas com direitos autorais preponderou nos Acórdãos n.

1201-000.984 (12-3-2014), 1201-001.248 (18-1-2016), 1301-002.435 (17-5-2017) e 1302-002.985 (26-7-2018).

No Acórdão n. 1201-000.984 (12-3-2014), constou no voto vencedor que não se confunde a utilização de desenhos e personagens de obras artísticas com marcas, de forma que não há que se falar em limitação de dedutibilidade.

Nesse sentido, há a menção expressa de que,

> quando se comercializa vestuários com imagens do Homem Aranha, do Batman, do Superman, entre outros personagens, essas obras (desenhos), que são diferentes a depender do autor, trazem em sua essência traços próprios, formas, cores e intelectualidade própria de cada desenhista, que lhe são próprias, protegidas pelo direito autoral, não podendo ser confundido com uma marca.

Na mesma linha, no Acórdão n. 1201-001.248 (18-1-2016), constou a seguinte afirmação:

> No caso de personagens infantojuvenis, entendo que uma coisa é o desenho artístico de um personagem (Spiderman, Batman, Flash etc.) e outra é a utilização deste traço num produto específico (toalha, estojo, bolsa e assim por diante). Tanto assim que artistas diferentes retratam esses heróis e cada qual imprime ao desenho seu estilo pessoal. No presente caso, discute-se a dedutibilidade das despesas efetuadas pela Recorrente aos titulares dos personagens no exterior, mediante contratos de direitos autorais, circunstância que me parece legítima e plenamente aplicável ao Imposto de Renda, visto não configurar a hipótese prevista no art. 355 do RIR/99, vez que não se manifestam como *royalties* pagos pela exploração de patentes de invenção ou uso de marcas de indústria ou de comércio, e por assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante.

Em sentido oposto, no Acórdão n. 1302-003.001 (14-8-2018), decidiu-se, por voto de qualidade, pela aplicação de limitação de dedutibilidade dos *royalties* nos pagamentos relativos a personagens licenciados, uma vez que tais personagens estariam licenciados como marcas perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI).

Dessa forma, constou no voto do relator que tal registro como marca fez com que houvesse a aplicação da limitação de dedutibilidade de *royalties*, visto que há limitação para os *royalties* pelo uso de marca.

Também merece destaque a discussão da ausência de regra prevendo limitação de dedutibilidade para os pagamentos relacionados com licenciamento de programas de computador. No Acórdão n. 1802-000.330 (25-1-2010), entendeu-se que a limitação de dedutibilidade não alcança os pagamentos nos casos dos *softwares*, uma vez que

o *software* seria o próprio produto cujo direito de uso está sendo comercializado com o consumidor final no Brasil, e é por essa aquisição que se dá o pagamento ao fabricante no exterior.

No mesmo diapasão, no Acórdão n. 1402-000.404 (27-1-2011), entendeu-se que as revendas de *software* sem a transferência de tecnologia com a entrega do código-fonte deveriam ser consideradas como operações mercantis, de forma que os pagamentos para o fornecedor, cujo contrato é de licença de uso ou de comercialização/distribuição, correspondem ao custo da mercadoria e não são considerados *royalties* para o efeito de aplicação dos limites previstos na Lei n. 4.506/1964.

Diante do exposto, nota-se que tem preponderado o entendimento no CARF de que não há limitação de dedutibilidade para os pagamentos relacionados com o uso de direitos autorais.

3. DA NECESSIDADE DE ANÁLISE DETALHADA DOS CONTRATOS PARA SE IDENTIFICAR SE OS PAGAMENTOS POSSUEM OU NÃO NATUREZA DE *ROYALTIES*

Para fins tributários, a Lei n. 4.506/1964 define os critérios para o rendimento ser classificado como *royalty*, a saber:

> Art. 22. Serão classificados como "royalties" os rendimentos de qualquer espécie decorrentes do uso, fruição, exploração de direitos, tais como: (*Vide* Decreto-lei n. 1.642, de 1978) (*Vide* Decreto-lei n. 2.287, de 1986)
> a) direito de colher ou extrair recursos vegetais, inclusive florestais;
> b) direito de pesquisar e extrair recursos minerais;
> c) uso ou exploração de invenções, processos e fórmulas de fabricação e de marcas de indústria e comércio;
> d) exploração de direitos autorais, salvo quando percebidos pelo autor ou criador do bem ou obra.
> Parágrafo único. Os juros de mora e quaisquer outras compensações pelo atraso no pagamento dos "royalties" acompanharão a classificação destes.

Em outras palavras, faz-se necessário verificar a natureza jurídica dos contratos, cujos pagamentos decorrem (i) do uso ou exploração de marcas ou (ii) da exploração de direitos autorais. Para tanto, devem-se analisar os contratos mantidos pelas partes para identificar a natureza dos frutos (pagamentos) deles decorrentes, por meio dos elementos de prova trazidos aos autos e das notas essenciais da relação jurídica mantida entre as partes envolvidas.

Sob o aspecto doutrinário, a remuneração desse tipo de relação se encaixa realmente como *royalty*, conforme lição de Andreza Ribeiro Fonseca (2014), para quem, por sua natureza, os *royalties* configuram-se na reserva do lucro, o qual seria auferido pelo proprietário, caso o direito fosse diretamente usufruído por ele. Todavia, como há cessão do uso do direito, o proprietário reserva para si parte dos lucros que serão auferidos pelo cessionário. A essa reserva é que damos o nome de *royalties*. Nesse contexto, os *royalties* também podem se referir aos pagamentos efetuados a autores ou a detentores do direito por cada cópia do trabalho vendido, ou cada produto vendido em relação a uma patente.

A autora esclarece que os *royalties* se caracterizam como uma renda passiva, que se aufere pela permissão do uso da propriedade. O cedente dos direitos não empreende qualquer atividade para que o cedido possa utilizar-se do direito objeto da cessão, tampouco intervém na aplicação ou na exploração do direito cedido, nem garante qualquer resultado. Ao contrário, o cedente apenas cede o direito para que o cessionário o utilize por sua conta e risco. O rendimento é auferido com a mera detenção do direito, sem exigir qualquer ação ativa por parte do beneficiário da renda.

Nos primeiros estudos brasileiros sobre o tema, ainda prefaciais, porquanto emergentes no passado histórico brasileiro, Gilberto de Ulhôa Canto (1964, p. 208) já consignava as primeiras noções que consagravam o *royalty* como decorrência do uso de bens imateriais ou de direitos, estando abarcados no conceito, por exemplo, os pagamentos decorrentes do licenciamento de marcas, patentes, direitos autorais, além da exploração de direitos minerários.

Com efeito, um entendimento mais estruturado sobre a noção de *royalty* vem evoluindo desde sua concepção original, advinda originalmente do termo "*royal*", nomenclatura dada à contraprestação remuneratória cobrada pela Coroa inglesa em decorrência das concessões outorgadas aos exploradores de ouro e prata em mineradoras.[1]

O tema, portanto, desenvolveu-se originalmente em países de *common law*, onde se consolidou sua natureza jurídica como renda passiva auferida em contrapartida de uso, fruição e exploração de determinado bem intangível, conforme relata Charl P. du Toit (1999, p. 90), em análise de julgados de países com origem no *commom law*. Cite-se

1 Sobre o tema, ver Calderaro (1976, p. 87).

a pesquisa do autor em relação aos precedentes da Internal Revenue Office (Receita Federal Americana), no sentido de qualificar como tal os rendimentos auferidos passivamente pela cessão de direitos de uso de intangíveis por organizações sem fins lucrativos que têm isenção do imposto sobre a renda naquele país.

Mais recentemente, a Convenção Modelo da OCDE define que os pagamentos desse tipo de contraprestação devem ser tratados como *royalty*, conforme prevê seu art. 12, a saber:

> O termo ***royalties*** empregado neste artigo designa pagamentos de qualquer natureza, recebidos em contrapartida pelo uso ou direito de uso de quaisquer direitos autorais de obras literárias, artísticas ou científicas, inclusive filmes cinematográficos, de qualquer patente, marca de indústria e comércio, desenho ou modelo, plano, fórmula secreta ou processo secreto, e por informações relativas a experiências industriais, comerciais ou científicas.

A concepção ora contextualizada é semelhante à incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei n. 4.506/1964. Verifica-se dos processos submetidos ao CARF que os contratos dos quais decorrem as autuações fiscais preveem obrigações que permitem à companhia não residente (empresa estrangeira) auferir a reserva de lucro da operação realizada no Brasil, instrumentalizada pela companhia nacional, decorrente da cessão do uso, fruição e exploração do direito relacionado à comercialização do bem intangível para clientes situados em território brasileiro.

Evidencia-se que tais relações comportam contraprestação realizada mediante pagamento de *royalty*; aliás, em geral as partes envolvidas objetivamente tratam a remuneração dessa forma. Mas não é o nome que as partes dão à despesa que a configura como tal, mas a natureza jurídica evidenciada nos termos das obrigações estipuladas em contrato e normatizadas pelo ordenamento jurídico.

Sob o enfoque obrigacional – e considerando a natureza jurídica das transações que geram os pagamentos ao exterior para remunerar a renda passiva da não residente –, qualificam-se os dispêndios como *royalties*, porque é isso que eles são em sua essência.

Porém, há de se verificarem os reflexos tributários sobre tais pagamentos, considerando a particularidade dos negócios mantidos pelas partes, notadamente quando se trata de pagamento de *softwares* de titularidade da empresa estrangeira ou outros direitos da mesma natureza. Isso envolve questões relacionadas a direito autoral, em que existe exceção contida na própria Lei n. 4.506/1964 que afasta a na-

tureza de *royalty* do pagamento que remunere o autor ou criador da obra, a saber:

> Art. 22. *Serão classificados como "royalties"* os rendimentos de qualquer espécie decorrentes do uso, fruição, exploração de direitos, tais como: (*Vide* Decreto-lei n. 1.642, de 1978) (Vide Decreto-lei n. 2.287, de 1986)
> […]
> *d) exploração de direitos autorais, salvo quando percebidos pelo autor ou criador do bem ou obra.* (grifos nossos)

É preciso, pois, averiguar se a legislação brasileira autoriza que pessoas jurídicas podem ser detentoras de direitos autorais ou apenas pessoas físicas. Esse é, fundamentalmente, o ponto nevrálgico dos principais debates acadêmicos e no CARF, e a análise que ora passamos a fazer diz respeito ao pagamento de direitos autorais relacionados ao *softwares*, porém, alcança todos os demais casos. Aqui, impõe-se analisar a correção da legislação dos *softwares* com os temas de direito autoral.

A LDA disciplina em seu art. 7º, XII, que "o *software* integra as obras intelectuais decorrentes das criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro". Em outros termos, é incontroverso que o *software* faz parte dos direitos autorais.

A lei disciplina complementarmente no § 1º do citado artigo que "os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis". É dizer: se a LDA assegura aos programas de computador a natureza e o tratamento jurídicos de direito autoral, ressalta que deve ser também observada a legislação específica sobre a matéria, que, no caso, é a Lei n. 9.609/1998 (Lei dos Softwares).

A Lei dos Softwares faz expressa correlação dos programas de computador à proteção de direito autoral, ao consignar no art. 2º que "o regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei".

Acerca do assunto, Sergio André Rocha e Romero Lobão Soares, em artigo científico que tratou sobre a dedutibilidade de pagamentos de *royalties* para o exterior pelo direito de distribuição/comercialização de *software*, defendem que este "possui um regime jurídico especial, sendo regido por lei específica, com a aplicação subsidiária da legislação referente a direitos autorais naquilo em que a lei específica for omissa,

ou que não for contraditório com o regime nesta previsto" (Rocha; Soares, 2019, p. 57).

Feita tal correlação, a LDA conceitua como autor a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica (art. 11) e complementa a regulamentação do assunto também tratando das pessoas jurídicas, ao disciplinar que a proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nessa lei (parágrafo único).

Ocorre que a própria LDA remete os programas de computador a legislação específica, no caso, a Lei dos Softwares, como se vê do art. 7º, assim transcrito:

> Art. 7º […]
> *§ 1º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis.*

E, como já visto, a Lei dos Softwares remete sua proteção às obras literárias da legislação de direitos autorais, sendo razoável concluir que os dispositivos da legislação de direito autoral serão aplicáveis a tudo que for compatível com a legislação dos programas de computador. Assim, todos os dispositivos da LDA que não contrariem a Lei dos Softwares e que sejam com ela compatíveis devem ter aplicação para proteção dos respectivos direitos.

Consideradas tais premissas epistemológicas de fundamental importância, deve-se ressaltar que, apesar de o *caput* do art. 11 da LDA tratar como autor as pessoas físicas que desenvolvem *softwares*, seu parágrafo único remete aos casos em que o direito autoral também poderá ser estendido às pessoas jurídicas, nos termos daquela própria lei.

A leitura isolada do dispositivo legal torna o debate insuficiente, seja porque não se analisam os demais dispositivos legais, seja porque demonstra desconhecimento do processo intelectual coletivo que envolve uma comunhão de esforços de inúmeros desenvolvedores, equipes e processos empresariais para se chegar ao resultado final de conclusão de um *software*, especialmente o de jogos de *videogame*, cuja complexidade demanda um verdadeiro exército de colaboradores e desenvolvedores.

Ficar preso à interpretação literal e pouco esclarecedora do *caput* do art. 11 da LDA fará o intérprete chegar à conclusão óbvia de que nenhum jogo de *videogame* atual terá a proteção de direitos autorais, pois nenhum deles atualmente é desenvolvido individualmente por pessoas

físicas, mas passam por complexas estruturas e equipes de trabalho lideradas coletivamente por pessoas jurídicas.

E por que é importante conhecer isso? Porque a legislação de direito autoral (LDA) estabelece objetivamente a proteção de direito autoral dos construtores de *obra coletiva*, assim considerada aquela criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma, a saber:

> Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:
> […]
> VIII – obra:
> […]
> h) coletiva – a criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma […].

É o caso verdadeiro dos *softwares*, notadamente os complexos jogos de *videogames* – e o argumento é o mesmo para os *softwares* de computadores, igualmente criados por vastas equipes de desenvolvedores e programadores –, em que há uma obra coletiva gestada pela participação de diferentes autores.

Importa conceber que um *software* não é obra de apenas uma pessoa física. A LDA claramente assegura a proteção de obra coletiva para as criações "por iniciativa, organização e responsabilidade de uma *pessoa física ou jurídica*, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma" (art. 5º, VIII, *h*, grifos nossos).

Mais ainda: o parágrafo único do art. 11 da mesma LDA determina que "a proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei".

E, também, o § 1º do art. 7º igualmente estabelece que "os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis".

Por fim: tudo perfeitamente compatível com a Lei dos Softwares, que fecha o ciclo interpretativo sobre o assunto e protege o direito autoral de programas de computador ao consignar no art. 2º que "o regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o

conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei".

A natureza jurídica dos *softwares* como obras coletivas, protegidas tanto por iniciativa de pessoas físicas quanto jurídicas à luz do direito autoral, encontra eco na doutrina de Antônio Carlos Morato (2014), que traz lúcidos esclarecimentos sobre os esforços que envolvem obras coletivas, traçando as seguintes premissas:

> Em tal contexto, podemos comparar a pessoa jurídica (ou física) que organizou a obra coletiva ao regente de uma orquestra, situação em que o conjunto indivisível da obra seria considerado oriundo de uma titularidade originária (e, portanto, de uma criação), ao passo que os solistas que se destacassem do conjunto seriam as participações individuais (e, portanto, obras individuais inseridas em obra coletiva, mas a ela interligadas), que têm direitos amparados tanto por norma constitucional (art. 5º, XXVIII, *a*) quanto por norma infraconstitucional (art. 5º, VIII, *h*, da Lei n. 9.610/1998). (Morato, 2014, p. 117)

O autor, cuja tese de doutorado tratou do direito do autor em obra coletiva,[2] defende a existência da obra coletiva quando não é possível individualizar a contribuição de cada desenvolvedor. Assim, as obras coletivas de autoria da pessoa jurídica seriam decorrentes do esforço do grupo de pessoas que a constrói sob a tutela objetiva da pessoa jurídica (assim denominada "autoria objetiva"), enquanto as criações coletivas ou individuais que sejam fruto do esforço individualmente identificável de autores específicos atrairiam a proteção subjetiva de tais iniciativas (assim denominada "autoria subjetiva").

De toda forma, o doutrinador propugna que o ordenamento jurídico assegura a proteção da obra coletiva tanto para pessoas físicas quanto jurídicas, dependendo do contexto em que são criadas. Em lúcida passagem, assim conclui:

> […] mantemos nosso conceito de que há a autoria da pessoa jurídica por nós denominada de "objetiva" (reconhecida pela sociedade como tal e tendo seu nome ligado à obra) em oposição às pessoas físicas que teriam a autoria subjetiva (porque estas contam não só com o reconhecimento da sociedade, mas também com a percepção própria da pessoa física quanto à consciência de criação da obra).
>
> Fundamos nosso entendimento na Constituição Federal (art. 5º, X, que admite os direitos da personalidade das "pessoas" sem distingui-las em físicas e jurídicas como ocorre em outros dispositivos), na Lei de Direitos

2 Tese que deu origem ao livro por ele publicado e que trata do tema. Ver Morato (2007).

> Autorais (art. 5º, VIII, "h", em conjunto com o art. 11, parágrafo único) e no Código Civil (art. 52), todos mencionados anteriormente e que autorizam (ao lado da interpretação análoga da Súmula n. 227 do Superior Tribunal de Justiça, que reconhece a "honra objetiva" das pessoas jurídicas) a interpretação que adotamos quanto aos direitos da personalidade da pessoa jurídica (entre os quais os direitos morais de autor, que incluem o direito de paternidade sobre a obra criada).
>
> Além disso, há a prevalência da teoria da realidade técnica (no sentido de uma técnica utilizada pelo legislador para criar a pessoa jurídica) no Direito Civil contemporâneo para explicar a existência da pessoa jurídica, já que se esta fosse considerada como uma ficção o Estado também seria considerado como tal, assim como as normas por ele criadas, o que não parece adequado em nossa concepção e na dos que defendem a pessoa jurídica como uma realidade. (Morato, 2014, p. 120-121)

Observamos que o ordenamento jurídico claramente contempla a proteção autoral de pessoas jurídicas que titularizam obras coletivas, dentre elas, os *softwares* de quaisquer natureza, inclusive aqueles relacionados a jogos de *videogame*, conforme previsão do art. 5º, VIII, *h*, da LDA.

Nesses termos, fica respondido o questionamento:[3] sim, pessoas jurídicas podem ser titulares de direitos autorais, conquanto desenvolvam sob a sua tutela e iniciativa obra coletiva que se enquadre nos termos do art. 5º, VIII, *h*, da LDA, o que inclui o desenvolvimento de *softwares* de qualquer natureza, dentre eles, jogos de *videogame* e computadores.

Tal entendimento leva à conclusão de que, ainda que o contrato descreva a remessa de pagamentos ao exterior a título de *royalty*, destinado à empresa controladora, tem-se que o art. 22, *d*, da Lei n. 4.506/1964[4] afasta os reflexos tributários de sua classificação como *royalty*, pois trata de exploração de direitos autorais percebidos pelo autor ou criador do bem ou obra.

É dizer: para fins tributários, a Lei n. 4.506/1964 afasta da natureza jurídica de *royalty* o pagamento decorrente de remuneração a titular de obra autoral individual ou coletiva sediado no exterior, pela exploração dos direitos autorais a ela referentes. Assim, quando o pagamento,

3 Considerando a legislação brasileira, pessoas jurídicas podem ser detentoras de direitos autorais ou apenas pessoas físicas?

4 Lei n. 4.506/1964: "Art. 22. Serão classificados como 'royalties' os rendimentos de qualquer espécie decorrentes do uso, fruição, exploração de direitos, tais como: […] d) exploração de direitos autorais, salvo quando percebidos pelo autor ou criador do bem ou obra".

para fins tributários, não se enquadrar na categoria jurídica de *royalty*, não será aplicável qualquer vedação relacionada a tal título.

Nos casos que tratam de exploração de direito autoral de obra coletiva (*software*), cujos pagamentos remetidos ao exterior remuneram o próprio titular da obra, no caso, companhia residente no exterior que centraliza os direitos autorais em questão, tem-se que a alínea *d* do art. 22 da Lei n. 4.506/1964 afasta qualquer norma que pretenda tornar indedutível a despesa.

Colhe-se da lição doutrinária de Sergio André Rocha e Romero Lobão Soares (2019) conclusões semelhantes a que se aponta, no sentido de que:

> Considerando os comentários acima, e voltando à análise da caracterização dos pagamentos pelo direito de distribuição e comercialização de programas de computador, reiteramos que teríamos as seguintes situações:
> i. No caso de pagamento pelo direito de comercialização de ***software***, feito para pessoa física ou jurídica criadora do programa de computador, o mesmo ***não seria qualificado como royalty***. Este tipo de pagamento, quando feito à parte relacionada ou a beneficiário localizado em país com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, estará sujeito ao controle com base nas regras de preços de transferência.
> ii. Por outro lado, quando o pagamento for feito para pessoa física ou jurídica que não seja o desenvolvedor do programa de computador, tal pagamento será qualificado como ***royalty***. Nesses casos serão aplicáveis as regras de restrição de dedutibilidade previstas na legislação do Imposto de Renda, comentadas a seguir. (Rocha; Soares, 2019, p. 62)

Inaplicáveis, portanto, quaisquer hipóteses normativas que pretendam impedir a dedução da despesa como tal, devendo-se afastar a respectiva glosa, porquanto indevida.

4. DA NOVA REGULAMENTAÇÃO PREVISTA NA LEI N. 14.596/2023

A indedutibilidade pelo pagamento de *royalties* a empresa situada no exterior foi modificado pela Lei n. 14.596/2023, que trouxe sensível inovação ao tema. Com efeito, antes das inovações por ela introduzidas, a matéria era plenamente regulamentada pelas vedações impostas pelo art. 71 da Lei n. 4.506/1964, que vedava dedução de despesas dessa natureza.

Já se viu até que a exploração de direitos autorais – dentre eles os *softwares* – não se enquadra como tal. Porém, importa anotar que o dispositivo legal sempre foi invocado pelo Fisco e alcançou uma grande quantidade de autuações que foram apreciadas pelo CARF, razão pela qual se faz necessário analisar o normativo, conforme redação anteriormente vigente:

> Art. 71. A dedução de despesas com aluguéis ou "royalties" para efeito de apuração de rendimento líquido ou do lucro real sujeito ao imposto de renda, será admitida:
> a) quando necessárias para que o contribuinte mantenha a posse, uso ou fruição do bem ou direito que produz o rendimento; e
> b) se o aluguel não constituir aplicação de capital na aquisição do bem ou direito, nem distribuição disfarçada de lucros de pessoa jurídica.
> Parágrafo único. *Não são dedutíveis:*
> a) os aluguéis pagos pelas pessoas naturais pelo uso de bens que não produzam rendimentos, como o prédio de residência;
> b) os aluguéis pagos a sócios ou dirigentes de empresas, e a seus parentes ou dependentes, em relação à parcela que exceder do preço ou valor do mercado;
> c) as importâncias pagas a terceiros para adquirir os direitos de uso de um bem ou direito e os pagamentos para extensão ou modificação do contrato, que constituirão aplicação de capital amortizável durante o prazo do contrato;
> *d) os "royalties" pagos a sócios ou dirigentes de empresas, e a seus parentes ou dependentes;*
> *e) os "royalties" pelo uso de patentes de invenção, processos e fórmulas de fabricação ou pelo uso de marcas de indústria ou de comércio, quando:*
> *1) pagos pela filial no Brasil de empresa com sede no exterior, em benefício da sua matriz;*
> *2) pagos pela sociedade com sede no Brasil a pessoa com domicílio no exterior que mantenha, direta ou indiretamente, controle do seu capital com direito a voto;*
> f) os "royalties" pelo uso de patentes de invenção, processos e fórmulas de fabricação pagos ou creditados a beneficiário domiciliado no exterior:
> 1) que não sejam objeto de contrato registrado na Superintendência da Moeda e do Crédito e que não estejam de acordo com o Código da Propriedade Industrial; ou
> 2) cujos montantes excedam dos limites periodicamente fixados pelo Ministro da Fazenda para cada grupo de atividades ou produtos, segundo o grau de sua essencialidade e em conformidade com o que dispõe a legislação específica sobre remessa de valores para o exterior;
> g) os "royalties" pelo uso de marcas de indústria e comércio pagos ou creditados a beneficiário domiciliado no exterior:

> 1) que não sejam objeto de contrato registrado na Superintendência da Moeda e do Crédito e que não estejam de acordo com o Código da Propriedade Industrial; ou
> 2) cujos montantes excedem dos limites periodicamente fixados pelo Ministro da Fazenda para cada grupo de atividade ou produtos, segundo o grau de sua essencialidade, de conformidade com a legislação específica sobre remessas de valores para o exterior. (grifos nossos)

Observe-se que a regulamentação citada impunha limites para a dedutibilidade de remessas ao exterior em contraprestação a dispêndios categorizados como *royalties para fins tributários*. É dizer: primeiro é necessário avaliar se o pagamento assume tal feição – consideradas as regras fiscais – e, segundo, se for alcançado pelo *status* jurídico fiscal de *royalty*, avalia-se se as vedações a ele pertinentes, anteriormente indicadas, impedem a dedução da despesa (pagamento a sócios ou dirigentes de empresa ou uso de marcas de indústrias ou de comércio).

Viu-se até esse ponto que o pagamento que remunera o autor de obra coletiva se enquadra na exceção legal que autoriza a remessa e sua integral dedutibilidade. Não se faz necessário explorar mais esse tema.

Não obstante, uma grande parte do dispositivo legal transcrito foi revogado. Ainda que tenha sido utilizado para justificar as autuações anteriores ao ano de 2023, a atual redação afastou o regramento específico sobre a indedutibilidade das remessas ao exterior a título de *royalties*, seja qual for sua natureza. Remanesce apenas o seguinte texto legal, atualmente vigente:[5]

> Art. 71. A dedução de despesas com aluguéis ou "royalties" para efeito de apuração de rendimento líquido ou do lucro real sujeito ao imposto de renda, será admitida:
> a) quando necessárias para que o contribuinte mantenha a posse, uso ou fruição do bem ou direito que produz o rendimento; e
> b) se o aluguel não constituir aplicação de capital na aquisição do bem ou direito, nem distribuição disfarçada de lucros de pessoa jurídica.
> Parágrafo único. Não são dedutíveis:
> a) os aluguéis pagos pelas pessoas naturais pelo uso de bens que não produzam rendimentos, como o prédio de residência;
> b) os aluguéis pagos a sócios ou dirigentes de empresas, e a seus parentes ou dependentes, em relação à parcela que exceder do preço ou valor do mercado;
> c) as importâncias pagas a terceiros para adquirir os direitos de uso de um bem ou direito e os pagamentos para extensão ou modificação do con-

5 Será feita nova transcrição do texto legal para simplificar a visualização dos temas revogados, colaborando com a leitura.

trato, que constituirão aplicação de capital amortizável durante o prazo do contrato;

~~d) os "royalties" pagos a sócios ou dirigentes de empresas, e a seus parentes ou dependentes; (*Vide* Medida Provisória n. 1.152, de 2022) Vigência~~

~~e) os "royalties" pelo uso de patentes de invenção, processos e fórmulas de fabricação ou pelo uso de marcas de indústria ou de comércio, quando: (*Vide* Medida Provisória n. 1.152, de 2022) Vigência~~

~~1) Pagos pela filial no Brasil de empresa com sede no exterior, em benefício da sua matriz;~~

~~2) Pagos pela sociedade com sede no Brasil a pessoa com domicílio no exterior que mantenha, direta ou indiretamente, controle do seu capital com direito a voto;~~ Vigência

~~f) os "royalties" pelo uso de patentes de invenção, processos e fórmulas de fabricação pagos ou creditados a beneficiário domiciliado no exterior: (*Vide* Medida Provisória n. 1.152, de 2022) Vigência~~ Vigência

~~1) Que não sejam objeto de contrato registrado na Superintendência da Moeda e do Crédito e que não estejam de acordo com o Código da Propriedade Industrial; ou~~ Vigência

~~2) Cujos montantes excedam dos limites periodicamente fixados pelo Ministro da Fazenda para cada grupo de atividades ou produtos, segundo o grau de sua essencialidade e em conformidade com o que dispõe a legislação específica sobre remessa de valores para o exterior;~~ Vigência

~~g) os "royalties" pelo uso de marcas de indústria e comércio pagos ou creditados a beneficiário domiciliado no exterior: (*Vide* Medida Provisória n. 1.152, de 2022) Vigência~~ Vigência

~~1) Que não sejam objeto de contrato registrado na Superintendência da Moeda e do Crédito e que não estejam de acordo com o Código da Propriedade Industrial; ou~~ Vigência

~~2) Cujos montantes excedem dos limites periodicamente fixados pelo Ministro da Fazenda para cada grupo de atividade ou produtos, segundo o grau de sua essencialidade, de conformidade com a legislação específica sobre remessas de valores para o exterior.~~ Vigência

Note-se que a regra atual vigente admite a dedutibilidade dos *royalties quando necessária para que o contribuinte mantenha posse, uso ou fruição do bem ou direito que produz o rendimento*. Assim, o debate em torno deste tema inclui regras próprias anteriores a 2023 (caso majoritário dos autos de infração analisados pelo CARF) e a plena possibilidade de dedução das despesas em momento posterior.

Vale notar que o art. 47 da Lei n. 4.506/1964 estatui, ainda, uma regra geral de dedutibilidade de despesas, pela qual são operacionais e dedutíveis as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da fonte produtora.

A partir do referido dispositivo legal, Ricardo Mariz de Oliveira (2020, p. 827-910) assevera que os critérios para que uma despesa seja classificada como dedutível são os seguintes: (i) não serem custos; (ii) serem despesas necessárias; (iii) serem comprovadas e escrituradas; (iv) serem deduzidas no período-base competente.

Ao comentar o então vigente art. 299 do RIR/1999, dispositivo normativo lastreado no art. 47 da Lei n. 4.506/1964, Noé Winkler (2001, p. 430) acentuava a grande subjetividade presente no conceito de despesas necessárias, o que ocorreria até pelo fato de que inexiste, ainda que a título exemplificativo, uma lista das despesas desnecessárias.

Ricardo Mariz de Oliveira (1980) pondera que o conceito de necessidade deve ser estabelecido de forma objetiva, evitando interpretações subjetivas, que podem variar de indivíduo para indivíduo. Nesse sentido, o referido autor propõe que a necessidade de uma despesa não deve ser entendida à luz da característica de obrigatoriedade ou compulsoriedade, mas sim identificando-se se ela é inerente à atividade da empresa, ou dela decorrente, ou com ela relacionada, ou até mesmo se surge em virtude da simples existência da empresa e do papel social que desempenha.

Em sentido oposto, a despesa não é necessária quando decorrer de ato de liberalidade, mas esta não deve ser entendida no sentido de espontaneidade, mas no sentido de ato de favor, estranho aos objetivos sociais (Oliveira, 1980).

Em outras palavras, não são necessárias (e não deveriam ser assumidas pela empresa) as despesas que não estejam ligadas, vinculadas, relacionadas ou não sejam inerentes ou pertinentes à pessoa jurídica e às suas atividades empresariais (Oliveira, 2022).

Ricardo Mariz de Oliveira (2022) aponta que o critério da necessidade não se relaciona com a existência de algo melhor ou mais barato, ou algo que não deveria ser feito, mas uma necessidade de manutenção da fonte produtora.

Ao tratar do conceito de liberalidade para fins de responsabilização dos administradores, Trajano de Miranda Valverde (1959, p. 322) acentua que atos de liberalidade são os que diminuem o patrimônio social sem que tragam para a sociedade qualquer benefício ou vantagem de ordem econômica. De igual forma, Modesto Carvalhosa (2014, p. 402) pondera que os atos de liberalidade constituem fraude à lei e a sua antijuridicidade decorre da redução do patrimônio social ou da prática de negócios que impeça o crescimento imediato ou mediato desse patrimônio.

Mais uma vez, há certa aproximação entre o conceito de despesa não necessária e o conceito de despesa praticada com liberalidade, que seria aquela passível de indedutibilidade e de responsabilização do administrador.

Nesse sentido, Fran Martins (1978, p. 373) afirma que os administradores prejudicam os acionistas e por isso devem responder aos prejuízos quando praticam atos de liberalidade à custa da companhia. No entanto, nos termos do art. 154, § 4º, da Lei n. 6.404/1976, pode ser autorizada a prática de atos gratuitos razoáveis diante das responsabilidades sociais da empresa, entendidos tais atos como aqueles de pequeno valor, bem como aqueles capazes de serem justificados em benefício do empregado ou da comunidade de que participe a empresa. Como exemplo, o referido autor cita gastos com Natal dos filhos dos empregados, distribuição de brindes e contribuições para campanhas de interesse público.

Sampaio de Lacerda (1978, p. 193) destaca também que há atos que são aparentemente graciosos, no entanto, são passíveis de gerar negócios vantajosos para a companhia no futuro, tais como o pagamento de bolsas de estudos e contribuições a entidades científicas.

Por essas razões, o conceito de liberalidade a ser utilizado para determinar se uma despesa é necessária ou não para fins de apuração do IRPJ é aquele da legislação societária, que não está vinculado ao fato de uma despesa não ser obrigatória, mas sim de uma despesa ser incorrida de forma estranha aos interesses da companhia, situação na qual a despesa será indedutível, assim como será passível de gerar responsabilização patrimonial dos administradores.

No caso concreto, o pagamento de *royalties* se enquadra como necessário à atividade da empresa e à manutenção da fonte produtora, sendo totalmente congruente com as atividades da entidade e, portanto, dedutível para fins de IRPJ.

CONCLUSÕES

A análise das controvérsias envolvendo a dedutibilidade dos *royalties* no contexto do Direito Tributário brasileiro revela um panorama complexo e multifacetado, especialmente no que diz respeito à interpretação das normas que regulam esses pagamentos. Ao longo deste artigo, foram explorados diversos aspectos críticos relacionados à dedutibilidade desses *royalties*, com ênfase particular nas questões que

envolvem pagamentos a sócios e dirigentes de empresas, assim como na distinção entre *royalties* decorrentes de direitos autorais, especialmente em casos de obras coletivas.

Destacou-se que a legislação tributária brasileira, desde a promulgação da Lei n. 4.506/1964, impôs restrições significativas à dedutibilidade dos *royalties*. A aplicação do art. 71 dessa lei, que vigeu até 2023 e trouxe proibições que permitiam diversas interpretações possíveis para a dedução de *royalties* pagos a sócios, sejam eles pessoas físicas, sejam jurídicas, ou a dirigentes de empresas, permitiu intenso debate sobre a questão. A evolução normativa, que incluiu a extensão dessa vedação a sócios pessoas jurídicas a partir do Decreto n. 1.041/1994, gerou discussões sobre a legitimidade dessa ampliação, considerando que a redação original da lei parecia se referir apenas a pessoas físicas.

A legislação tributária brasileira reconhece a exploração de direitos autorais como passível de gerar *royalties*, no entanto, a aplicação das limitações de dedutibilidade a esses pagamentos não é clara, especialmente quando os direitos autorais estão ligados a obras coletivas. Nesse contexto, a distinção entre obras individuais e coletivas é crucial. Enquanto a LDA protege tanto obras individuais quanto coletivas, a aplicação dessas proteções ao contexto tributário, e especificamente à dedutibilidade dos *royalties*, levanta questões complexas.

No caso das obras coletivas, em que diversas contribuições se fundem em uma criação única e autônoma, surge a dúvida sobre se os pagamentos realizados a título de direitos autorais deveriam ser considerados *royalties* no mesmo sentido dos pagamentos por patentes e marcas. O CARF tem sido chamado a decidir sobre casos em que a natureza dos pagamentos está em disputa. A análise desses precedentes revela uma tendência no CARF de considerar que os pagamentos por direitos autorais, especialmente em obras coletivas, não deveriam ser sujeitos às mesmas limitações de dedutibilidade aplicáveis a *royalties* nos demais casos. Isso porque a remuneração por direitos autorais em obras coletivas é despesa dedutível, tratando-se de uma exceção prevista no ordenamento jurídico.

A Lei n. 14.596/2023 trouxe mudanças significativas para o regime de dedutibilidade dos *royalties*, especialmente no que se refere aos pagamentos realizados a partes relacionadas no exterior. Desde 2024, esses pagamentos estão sujeitos ao controle de preços de transferência, o que representa uma mudança de paradigma em relação ao regime an-

terior, que previa a indedutibilidade automática de certos pagamentos a sócios e dirigentes.

Em conclusão, o tratamento tributário dos *royalties* no Brasil, particularmente em relação à dedutibilidade dos pagamentos realizados a sócios, dirigentes e por direitos autorais, é um tema de grande complexidade e importância. A evolução normativa recente, as interpretações doutrinárias e as decisões do CARF indicam uma tendência de maior rigor e controle sobre essas transações, mas também refletem a necessidade de uma análise cuidadosa e caso a caso das particularidades envolvidas. O novo regime de preços de transferência para *royalties* representa uma mudança significativa, mas a aplicação das regras às obras coletivas e aos direitos autorais em geral continuará a ser um desafio.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges. ***Tributação da propriedade industrial e do comércio de tecnologia***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. ***Imposto de Renda***. Rio de Janeiro: APEC, 1969.

CALDERARO, Francisco R. S. Regime legal dos ***royalties*** referentes a patentes de invenção, marcas de indústria e comércio, assistência técnica, científica, administrativa ou semelhantes. ***In***: (Obra coletiva). ***Tecnologia, importação – exportação***. São Paulo: CTE, 1976. p. 87-112.

CARVALHOSA, Modesto. ***Comentários à Lei de Sociedades Anônimas***. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3.

CHAVES, Antônio. ***Direito de autor***: princípios fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

FONSECA, Andreza Ribeiro. A qualificação dos rendimentos de assistência técnica e serviços técnicos no âmbito dos acordos contra a dupla tributação assinados pelo Brasil. ***Revista Direito Tributário Atual***, São Paulo, Dialética/IBDT, v. 32, p. 45-62, 2014. Disponível em: https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/80. Acesso em: 15 out. 2024.

LACERDA, J. C. Sampaio de. ***Comentários à Lei das S.A***. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 3.

MARCONDES, Rafael Marchetti. ***A tributação dos*** royalties. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MARTINS, Fran. ***Comentários à Lei das S.A***. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 2.

MORATO, Antonio Carlos. ***Direito de autor em obra coletiva***. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORATO, Antonio Carlos. Os direitos autorais na ***Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo***: a obra coletiva e a titularidade

originária decorrente da organização da obra. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 109, p. 109-128, jan./dez. 2014.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *RT Informa*, n. 241/242, 1980.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: IBDT, 2020. v. I.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Dedutibilidade de despesas (O que é despesa necessária?). *In*: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; PINTO, Alexandre Evaristo. *100 anos do Imposto sobre a Renda no Brasil (1922-2022)*. São Paulo: MP, 2022. p. 463-465.

ROCHA, Sergio André; SOARES, Romero Lobão. Dedutibilidade de pagamentos de *royalties* ao exterior pelo direito de distribuição e comercialização de *software*. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, n. 98, ano 17, p. 49-68, mar./abr. 2019.

TOIT, Charl P. du. *Beneficial ownership of royalties in bilateral tax treaties*. Holanda: IBFD Publications, 1999.

ULHÔA CANTO, Gilberto de. "Royalties", imposto sobre a renda. Distinção entre "royalties" e outras formas de remuneração ou pagamento de direitos, bens ou serviços. Direitos autorais e direitos de autor, diferenças e tratamento fiscal. Rendimentos de residentes no estrangeiro. Dedutibilidade de despesa, pela fonte pagadora. *In*: ULHÔA CANTO, Gilberto de. *Temas de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Alba, 1964. v. 2.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por ações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. II.

WINKLER, Noé. *Imposto de Renda*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RESPONSABILIDADE CÍVEL E TRIBUTÁRIA NAS SOCIEDADES COOPERATIVAS

ALEXANDRE EVARISTO PINTO

Ex-conselheiro julgador do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Conselheiro do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN). Ex-presidente da Associação dos Conselheiros Representantes dos Contribuintes no CARF (ACONCARF). Professor da Faculdade de Administração, Economia e Contabilidade da Universidade de São Paulo (FEA/USP) e da Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (EAESP/FGV). Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela USP. Doutorando em Controladoria e Contabilidade pela FEA/USP. Mestre em Direito Comercial pela USP. Especialista em Direito Tributário pela USP. Ex-julgador do Municipal de Tributos do Município de São Paulo (CMT/SP) e do Tribunal de Impostos e Taxas (TIT/SP).

HENRIQUE NIMER CHAMAS

Conselheiro Vice-Presidente de Turma da Primeira Seção do CARF. Doutorando e Mestre em Direito pela FDRP/USP. Especialista em Direito Tributário pelo IBET.

LUCAS ISSA HALAH

Conselheiro Vice-Presidente de Turma da Primeira Seção do CARF. Doutorando em Direito Tributário pela FD/USP, Mestre em Direito pela FDRP/USP e Especialista em Direito Tributário Internacional pelo IBDT.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Aspectos Gerais sobre as Sociedades Cooperativas; 2. A Responsabilidade Cível nas Sociedades Cooperativas; 2.1. Responsabilidade cível dos cooperados no Código Civil e na Lei das Cooperativas; 2.2. Responsabilidade cível dos administradores no Código Civil e na Lei das Cooperativas; 3. Ato Cooperativo, Tributação e Responsabilidade Tributária; 3.1. Ato cooperativo e tributação; 3.2. Responsabilidade Tributária no Código Tributário Nacional; 3.2.1. O interesse comum e o escopo do art. 124, I do CTN; 3.2.1.1. A responsabilização de sócios e administradores e o art. 135 do CTN; Conclusão; Referências

INTRODUÇÃO

As sociedades cooperativas têm forma jurídica singular no ordenamento brasileiro, apresentando características específicas que as diferenciam das sociedades empresárias tradicionais. Fundadas nos princípios do cooperativismo, as cooperativas desempenham papel relevante no desenvolvimento socioeconômico do país e por essa razão possuem tratamento jurídico próprio na Constituição Federal, no Código Civil e na Lei nº 5.764/1971.

Contudo, não obstante sua importância, existem dúvidas sobre a extensão e os limites da responsabilidade dos cooperados e diretores das sociedades cooperativas, sobretudo no que diz respeito às obrigações civis e tributárias. Os questionamentos são intensificados em razão das diferentes leis que regulam a matéria, elegendo as particularidades de cada seara do direito e o campo de incidência da norma. Por vezes, a falta de compreensão do tema causa interpretações divergentes e insegurança jurídica.

Este artigo examina, de maneira sistemática e coordenada, a responsabilidade dos cooperados e diretores das sociedades cooperativas conforme previsto na legislação cível e tributária. É necessário tomar como ponto de partida a análise dos aspectos gerais das cooperativas, passando ao exame da responsabilidade civil prevista no Código Civil e na Lei das Cooperativas, alcançando-se, ao final, a responsabilidade tributária disciplinada pelo Código Tributário Nacional e suas controvérsias.

O problema do artigo é relevante, pois exige-se o estabelecimento de parâmetros claros de responsabilização, preservando a segurança jurídica necessária ao fomento do cooperativismo, bem como à proteção de terceiros e do erário nas relações jurídicas que envolvam as sociedades cooperativas. Busca-se, então, auxiliar a compreensão dos limites e pressupostos da responsabilidade dos cooperados e administradores, distinguindo as hipóteses de responsabilização civil das tributárias, tanto quanto as consequências jurídicas delas decorrentes.

1. ASPECTOS GERAIS SOBRE AS SOCIEDADES COOPERATIVAS

O surgimento do cooperativismo remonta a 1844, com a fundação da *Rochdale Equitable Pioneers' Society*, por tecelões que enfrentavam dificuldades para sobreviver em virtude da crise econômica inglesa,

na pequena cidade de Rochdale[1]. A partir dos ideais do associativismo, foram inspirados os princípios universais do cooperativismo ainda adotados hodiernamente.

O arcabouço normativo brasileiro das cooperativas em vigência foi consolidado na Constituição Federal, no Código Civil e na Lei nº 5.764/1971, criando-se o microssistema jurídico-cooperativista e estabelecendo seu regime jurídico.

A Constituição Federal de 1988, frente à importância das sociedades cooperativas para a sociedade e a economia nacional, faz várias menções ao cooperativismo em seu texto legal. Por exemplo, nas seções relacionadas aos direitos e garantias individuais relacionados à criação de associações e cooperativas, independentemente de autorização (art. 5º, XVIII), previsões relacionadas à garimpagem organizada por sociedades cooperativas (arts. 21, XXV e 174, §§3º e 4º), cooperativismo na política agrícola nacional (art. 187, VI e §1º, da CF), cooperativismo no sistema financeiro nacional (art. 192), cooperativas que atuam no setor da saúde (art. 199, §1º), estímulo geral ao cooperativismo (art. 174, §2º) e adequado tratamento tributário dos atos cooperativos (art. 146, III, "c").

As sociedades cooperativas, no artigo 4º da Lei nº 5.764/1971, são definidas como "*sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos seus associados*".

O artigo 3º da Lei nº 5.764/1971 rege que "*celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro*".

A partir do texto legal, interpreta-se que uma sociedade cooperativa é uma sociedade de pessoas criada para prestar serviços aos cooperados, de cunho econômico, mas sem fins lucrativos, regidas por princípios jurídicos próprios[2]. Sendo sociedade de pessoas, o capital é cedido em importância aos membros, que se associam em busca de

1 THENÓRIO FILHO, Luiz Dias. **Pelos caminhos do cooperativismo: com destino ao crédito mútuo**. São Paulo: Central das Cooperativas de Crédito de São Paulo, 1999. p. 40.

2 BECHO, Renato Lopes. **Elementos de Direito Cooperativo**. 2ª ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 40.

vantagens para a sua própria atividade econômica, e não buscam um melhor rendimento.

Um traço marcante das sociedades cooperativas é a economicidade, característica intrínseca a quaisquer sociedades não beneficentes ou filantrópicas. Os membros-cooperados e as sociedades cooperativas, em sua relação, buscam vantagens econômicas e atuam em setores da economia. Nota-se que não há finalidade lucrativa, pois o objetivo maior não é auferir lucros para distribuir resultados, mas criar um ambiente de interação econômica entre cooperado-cooperativa gerando vantagens econômicas que lhes são repassadas. Exemplo claro disso é a facilitação da compra vantajosa e diminuição dos custos da atividade econômica dos cooperados, promover a exportação dos produtos em lotes, organizar atividades econômicas para viabilizar a prestação de serviços, dentre outros.

Essas características as diferenciam das sociedades empresárias. O cooperado assume a condição de sócio-consumidor, conceito decorrente das lições de Renato Lopes Becho[3], que explica que o cooperado:

> participa como dono no processo decisório, de criação e manutenção da entidade. Influi na determinação ou modificação do objeto social, elege os conselhos da administração e fiscal, bem como vota a prestação de contas, além de votar e poder ser votado para a composição da diretoria. No balanço final de cada exercício financeiro, determina a destinação do resultado (sobra para o Direito Cooperativo, lucro para o Direito Comercial). Essa atuação como proprietário não distingue a cooperativa de uma sociedade anônima ou de responsabilidade limitada. Contudo, esse sócio/proprietário é o consumidor da cooperativa, não por uma eventualidade – como um banqueiro ter conta-corrente em seu banco ou o industrial consumir um produto de sua indústria. É condição ***sine qua non***, na cooperativa, ser proprietário para ser consumidor, apesar de que, por forca das circunstâncias, principalmente pelo mercado, pode a cooperativa operar excepcionalmente com não sócios. Mas, mesmo em o podendo, este estará em posição desvantajosa quanto ao preço, e os resultados dessas operações serão contabilizados separadamente, tendo destinação diferente dos demais e sendo, inclusive, indivisíveis quando da apuração do resultado do exercício financeiro.

Então, juridicamente, as cooperativas resguardam suas particularidades disciplinadas nos incisos do artigo 4º da Lei nº 5.764/1971, respeitando as regras e princípios que regem o cooperativismo pátrio. As exi-

3 BECHO, Renato Lopes. **Tributação das Cooperativas**. 4ª ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 179.

gências legais denotadas preservam o tipo societário e atraem a figura jurídica, protegendo e fortalecendo o movimento do cooperativismo.

A Lei do Cooperativismo e o Código Civil, em geral, disciplinam os seguintes princípios: *(i)* adesão livre e voluntária ou princípio das portas abertas; *(ii)* administração democrática, representada pela variabilidade do capital social representado por quotas-partes e pela limitação do número de quotas-partes do capital para cada associado, permitindo se estabelecer critérios de proporcionalidade, quando adequados ao cumprimento dos objetivos sociais, incessibilidade das quotas-partes do capital a terceiros estranhos à sociedade, singularidade de voto nos termos da lei e quórum para funcionamento e deliberação da Assembleia Geral baseado no número de associados e não no capital; *(iii)* juro limitado ao capital; *(iv)* certo destino das sobras líquidas, devolvidas de maneira proporcional aos cooperados de acordo com as operações realizadas; *(v)* promoção da educação; e *(vi)* prática da intercooperação.

No Código Civil, enfim, cuja regência é supletiva à Lei nº 5.764/1971, as sociedades cooperativas são classificadas como sociedades simples (arts. 982 e 983) e o disposto nos artigos 1.093 a 1.096, em geral, reitera o conteúdo normatizado na lei especial. As distinções serão feitas em momento adequado, quando se estudará a responsabilidade que lhes é imputada.

2. A RESPONSABILIDADE CÍVEL NAS SOCIEDADES COOPERATIVAS

No Estado Democrático de Direito, a noção de responsabilização parte da premissa de que as pessoas respondem por suas ações e pelos resultados decorrentes, surgindo o dever de compensar o terceiro prejudicado, tanto por atos lícitos ou ilícitos quanto em virtude de condutas omissivas ou comissivas.

Abstratamente, a responsabilidade decorre da teoria da culpa, que explica a responsabilidade civil e o dever de reparação. Refere-se a teoria à quebra do dever ao qual o agente está subordinado, surgindo a necessidade de reparação. O conduta culposa concretizada ou conduta antijurídica, com a conseguinte lesão ao direito alheio, configura a responsabilidade e o dever de indenizar. Em certos casos, porém, a

responsabilidade independe da culpa, do *animus* do agente, sendo explicada pela teoria do risco[4].

No campo do direito civil, a obrigação de compensar ou reparar possui caráter patrimonial, limitando-se à indenização dos prejuízos sofridos por terceiros, com o objetivo de restabelecer a situação anterior ao dano, dentro de uma relação jurídica na qual o dever principal é a reparação financeira.[5]

Para que haja responsabilização civil, é necessário o preenchimento de três elementos: (i) a prática de uma ação, seja ela omissiva, comissiva ou contrária ao direito, não importando a intenção do agente; (ii) a existência de prejuízo a um bem juridicamente protegido, seja de natureza material, imaterial, patrimonial ou moral; e (iii) a presença de um nexo causal, ou seja, a relação direta entre a conduta praticada e o dano provocado ao bem[6].

De modo amplo, a responsabilidade civil nas sociedades cooperativas engloba tanto a responsabilidade societária quanto a tributária, esta última vinculada à satisfação das obrigações fiscais, podendo envolver não só a própria cooperativa, mas também seus associados, administradores e demais participantes relacionados. Para tornar o tema mais claro e acessível, costuma-se classificar a responsabilidade civil em três categorias: (i) responsabilidade societária dos cooperados, de cunho civil; (ii) responsabilidade civil atribuída aos integrantes dos órgãos de administração das cooperativas; e (iii) responsabilidade tributária, que embora seja uma obrigação de caráter civil, encontra sua regulamentação na legislação tributária específica, a qual será detalhada em seção própria.

---

4 PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil.** v. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. pp. 455-456.

5 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 7. v. 12. ed. aum. E atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 6.

6 PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil.** v. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 457 e DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 7. v. 12. ed. aum. E atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 35-37.

2.1. RESPONSABILIDADE CÍVEL DOS COOPERADOS NO CÓDIGO CIVIL E NA LEI DAS COOPERATIVAS

A responsabilidade atribuída aos sócios de uma sociedade cooperativa é regulada pelo artigo 1.095 do Código Civil, podendo assumir caráter limitado ou ilimitado. Conforme esse dispositivo legal, a responsabilidade é considerada limitada quando o cooperado responde apenas pelo montante de suas quotas e pelos prejuízos apurados nas operações sociais, de acordo com sua participação nelas. Já nos casos de responsabilidade ilimitada, o sócio passa a responder de forma solidária e sem restrições perante as obrigações da sociedade.

A norma estabelecida pelo Código Civil é alvo de questionamentos, pois, ao limitar a responsabilidade, também traz uma regra subsidiária que estende essa responsabilidade até o valor dos prejuízos proporcionais às operações realizadas. Essa previsão se distancia da ideia clássica de limitação, que seria restrita ao valor total das quotas-partes do cooperado, configuração mais alinhada ao conceito tradicional de responsabilidade limitada[7].

A regra de subsidiariedade contida no Código Civil pode ser compreendida à luz do que determinam os artigos 80 e 81 da Lei nº 5.764/1971, que estabelecem a obrigação dos cooperados de arcar com as despesas da cooperativa e de dividir os prejuízos sociais entre si, seja de maneira proporcional ou igualitária, após a utilização dos recursos do Fundo de Reserva, conforme dispõe o artigo 89 da referida lei. Dessa forma, não parece haver divergências significativas entre o regime de responsabilidade previsto no Código Civil e aquele instituído pela legislação especial das cooperativas.[8].

O que não se pode admitir, entretanto, é que os prejuízos provenientes da atividade operacional da cooperativa ultrapassem seu âmbito próprio e atinjam o patrimônio pessoal dos cooperados para satisfazer credores da sociedade, sob pena de se converter a responsabilidade limitada em responsabilidade ilimitada. Esse risco se torna mais evidente tratando-se de cooperativas que atuam em setores sazonais,

---

7 BULGARELLI, Waldírio. **As Sociedades Cooperativas e a sua Disciplina Jurídica.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.88.

8 Ressalvamos que no decorrer do exercício financeiro que não se findou, estender a responsabilização dos cooperados pelos prejuízos indistintamente, poderia acarretar interpretação teratológica pela qual todas as sociedades passariam a ser de responsabilidade ilimitada.

em que, antes do encerramento do exercício financeiro, os credores tentem responsabilizar individualmente os cooperados pelos prejuízos verificados[9].

Ao examinar a Lei nº 5.764/1971, observa-se que os artigos 11 e 12 já estabeleciam uma regra de responsabilidade que se assemelha àquela prevista no Código Civil, sendo que o artigo 13 acrescenta a ideia de subsidiariedade da responsabilidade do cooperado em relação a terceiros, a qual só pode ser acionada depois de esgotadas as tentativas de cobrança judicial contra a própria cooperativa.

O caráter dessas situações de responsabilização é civil e serve para resguardar direitos de terceiros frente à sociedade cooperativa, bem como para determinar até que ponto os particulares podem ser responsabilizados por atos realizados pela cooperativa, limitando-se ao rateio de prejuízos, ou sendo ilimitada, caso essa seja a escolha expressa no ato constitutivo da cooperativa.

Importante ressaltar que essa modalidade de responsabilidade, prevista tanto no Código Civil quanto na Lei nº 5.764/1971, não se confunde com a responsabilidade tributária regulada pelo Código Tributário Nacional, nem serve como fundamento para esse tipo específico de responsabilização, conforme será abordado posteriormente.

2.2. RESPONSABILIDADE CÍVEL DOS ADMINISTRADORES NO CÓDIGO CIVIL E NA LEI DAS COOPERATIVAS

De acordo com a Lei nº 5.764/1971, os órgãos sociais das sociedades cooperativas compreendem as assembleias gerais (arts. 38 a 46), os órgãos de administração, compostos pela Diretoria ou Conselho de Administração (arts. 47 a 55), e ainda o Conselho Fiscal (art. 56), sendo que as competências de cada um são definidas em lei, conforme suas respectivas atribuições.

Os administradores que são eleitos para os órgãos de administração, conforme estabelecem os artigos 53 e 54 da referida lei, possuem tratamento equivalente ao dos administradores das sociedades anônimas para fins de responsabilidade criminal, e também podem ser responsabilizados pelos demais associados ou pela própria cooperativa, configurando-se como uma responsabilidade de natureza interna,

9 BECHO, Renato Lopes. **Elementos de Direito Cooperativo**. 2ª ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 394.

limitada à relação entre administradores e sociedade, sem aplicação direta a terceiros.

Já no Código Civil, o artigo 47 serve como referência para a responsabilização dos administradores, mas não resolve grande parte das situações de responsabilidade pessoal. Isso porque a regra legal determina que a sociedade deve assumir os atos dos administradores quando praticados dentro dos limites de poderes definidos no contrato social. Por outro lado, se os administradores excedem tais limites, os efeitos desses atos não vinculam a sociedade, podendo a responsabilidade ser direcionada aos próprios administradores.

O artigo 50 do Código Civil trata da possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica, caso seja identificado desvio de finalidade ou confusão de patrimônios, podendo assim responsabilizar administradores ou sócios que tenham sido beneficiados, de maneira direta ou indireta, por essas condutas abusivas. Essa previsão é uma das formas de responsabilização pessoal dos administradores nas cooperativas.

No que diz respeito às normas aplicáveis aos administradores de sociedades cooperativas, o Código Civil — considerando que se trata de sociedade simples, conforme o artigo 1.094 — remete à aplicação das regras estabelecidas nos artigos 1.010 a 1.025 desse mesmo diploma.

De modo geral, além das normas relativas ao exercício dos cargos de administração, o Código Civil contempla hipóteses de responsabilidade tanto na esfera interna, envolvendo as relações entre administradores e a sociedade ou com outros associados, quanto na esfera externa, quando a cooperativa se relaciona com terceiros e os administradores respondem por atos praticados no exercício de suas funções. O aspecto mais relevante, nesse contexto, é a responsabilização dos administradores, perante terceiros, por condutas feitas no âmbito da administração.

Especificamente, apenas o artigo 1.016 prevê a responsabilidade solidária do administrador tanto perante a sociedade quanto a terceiros prejudicados, desde que seja caracterizada a culpa do administrador no desempenho de suas funções. Assim, é indispensável a apuração da culpa, conforme prevê o artigo 927 do Código Civil, para que seja possível ultrapassar a proteção conferida pela personalidade jurídica da cooperativa e atingir o patrimônio do administrador.

Essas normas de responsabilidade analisadas apresentam natureza civil e são reguladas pela legislação especial das cooperativas, além do próprio Código Civil, objetivando disciplinar a relação entre as coope-

rativas e terceiros e esclarecer em que situações o administrador pode ser responsabilizado por danos causados no exercício de sua gestão.

Por fim, é importante destacar que tais hipóteses de responsabilização diferem da responsabilidade tributária, consolidada no Código Tributário Nacional, já que não têm por finalidade regular a sujeição passiva referente a obrigações fiscais.

3. ATO COOPERATIVO, TRIBUTAÇÃO E RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

No primeiro item, abordamos os fundamentos do cooperativismo no Brasil e destacamos que, devido às suas peculiaridades, a legislação tributária prevê um tratamento específico para a tributação dos atos cooperativos—o que, por sua vez, gera desafios e particularidades em relação à tributação aplicável a essas sociedades.

No segundo momento do estudo, foram analisadas as formas de responsabilidade atribuídas a cooperados e administradores, com base no Código Civil e na Lei das Cooperativas, identificando em quais situações as obrigações da cooperativa podem eventualmente comprometer o patrimônio de seus associados e gestores, bem como os limites e requisitos desses casos. Evidenciou-se que as situações de responsabilização previstas na legislação civil e na norma especial não abrangem a responsabilidade tributária, que se refere unicamente à relação jurídico-tributária regulamentada pelo Código Tributário Nacional.

Dessa forma, faz-se necessário esclarecer de que modo se dá o regime tributário das cooperativas, especialmente no tocante ao ato cooperativo e sua respectiva tributação, além de apontar as hipóteses em que tais sociedades se enquadram como contribuintes. Somente assim será possível entender, no contexto das obrigações tributárias, em que circunstâncias cooperados ou administradores podem ser responsabilizados por débitos fiscais da cooperativa.

3.1. ATO COOPERATIVO E TRIBUTAÇÃO

O artigo 146, III, "c" da Constituição Federal atribui à lei complementar a tarefa de definir normas gerais sobre legislação tributária, com especial destaque para o tratamento adequado dos atos cooperativos realizados pelas sociedades cooperativas.

Essa norma constitucional tem papel central para o fortalecimento do cooperativismo e para a consolidação de seu sistema normativo, pois o objetivo do legislador ao inseri-la foi garantir diretrizes claras para que as leis infraconstitucionais, ao serem elaboradas, assegurassem disciplina jurídica diferenciada aos atos cooperativos, reconhecendo o papel social dessas relações e certa fragilidade frente às práticas das sociedades empresariais tradicionais.

Além disso, reforçando essa orientação constitucional, a Emenda Constitucional nº 132/2023 incorporou ao texto constitucional novos mecanismos voltados à proteção das sociedades cooperativas, em especial quanto à tributação sobre consumo incidente sobre atos cooperativos, resultando, inclusive, no regime especial previsto no artigo 171 da Lei Complementar nº 214/2025.

Apesar desse acervo de normas constitucionais, a expressão "adequado tratamento tributário" ainda é dotada de grande generalidade, exigindo uma interpretação cuidadosa tanto da Constituição quanto das demais normas infraconstitucionais, já que a lei complementar prevista no artigo 146, III, "c", até o momento, nunca foi promulgada[10].

A definição de ato cooperativo está prevista no artigo 79 da Lei nº 5.764/1971, que o caracteriza como toda ação realizada entre cooperativas e seus associados, entre os próprios associados e pelas cooperativas entre si, desde que todos sejam membros, com o objetivo de alcançar as finalidades sociais da instituição. O parágrafo único desse mesmo artigo esclarece ainda que o ato cooperativo não configura uma operação de mercado nem se equipara a um contrato de compra e venda de bens ou mercadorias.

Por outro lado, os atos considerados não-cooperativos podem ser entendidos pela análise conjunta dos artigos 85, 86, 88 e 111 da Lei nº 5.764/1971, que autorizam a cooperativa a realizar operações com pessoas que não integram seu quadro social na busca de suas finalidades, determinando que eventuais ganhos dessas atividades sejam tratados como receita sujeita à tributação.

Cabe ao intérprete, portanto, garantir que a sistemática de tributação das cooperativas seja coerente. Em resumo, os atos cooperativos, por estarem atrelados à concretização dos objetivos sociais da cooperativa, devem receber o tratamento tributário diferenciado que visa proteger o

10 BECHO, Renato Lopes. **Elementos de Direito Cooperativo**. 2ª ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 245.

modelo cooperativista nacional, enquanto as operações realizadas com terceiros — os atos não-cooperativos — são normalmente tributadas.

Assim, ato cooperativo tem proteção constitucional em matéria tributária, o que não implica isenção e nem imunidade[11] e, por exclusão, os atos não-cooperativos estão sujeitos à tributação.

Dessa forma, é inevitável que as cooperativas realizem atos que constituem fatos geradores de tributos, já que, por conta da dinâmica de mercado, frequentemente precisam manter relações comerciais com pessoas que não são seus cooperados. Por esse motivo, acabam figurando como sujeitos passivos nas relações jurídico-tributárias, ainda que contem com especificidades próprias de seu regime societário e tributário.

Nesse contexto, surgem questionamentos sobre a possibilidade de responsabilização dos cooperados e dos integrantes das instâncias diretivas das cooperativas, justamente pela natureza diferenciada dessas entidades e pela complexidade das normas relativas à responsabilidade tributária previstas no Código Tributário Nacional.

3.2. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

No âmbito da jurisprudência administrativa, a discussão sobre a responsabilidade tributária de sócios e administradores geralmente se concentra na análise técnica de três dispositivos do Código Tributário Nacional: o artigo 124, inciso I, e o artigo 135, incisos I e III.

3.2.1. O INTERESSE COMUM E O ESCOPO DO ART. 124, I DO CTN

A atribuição de responsabilidade tributária solidária com base no artigo 124, inciso I do CTN é tema recorrente, especialmente em processos que buscam responsabilizar sociedades pertencentes ao mesmo grupo econômico e sócios de fato. Na jurisprudência do CARF, esse debate se desenvolve de três formas principais: (i) a corrente que

11 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 599.362/RJ. Plenário. Relator: Min. Dias Toffoli, 06 de novembro de 2014. "2. O art. 146, III, c, CF pressupõe a possibilidade de tributação do ato cooperativo ao dispor que a lei complementar estabelecerá a forma adequada para tanto. O texto constitucional a ele não garante imunidade ou mesmo não incidência de tributos, tampouco decorre diretamente da Constituição direito subjetivo das cooperativas à isenção".

considera suficiente a existência de interesse econômico; (ii) aquela que exige a presença de interesse jurídico; e (iii) uma posição intermediária, pela qual o interesse não deve ser apenas econômico, nem obrigatoriamente jurídico, mas requer alguma participação direta em ação destinada a modificar a obrigação tributária.

Todas essas posições têm fundamentos plausíveis e são resultado da interpretação da expressão "interesse comum na situação que caracteriza o fato gerador", contida no inciso I do artigo 124 do CTN.

A primeira corrente, que interpreta o interesse mencionado no art. 124, I do CTN como sendo de natureza econômica, é frequentemente adotada pelas autoridades fiscais para justificar a responsabilização de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, bem como de sócios que tenham se beneficiado de rendimentos distribuídos pelo contribuinte em razão da obtenção de vantagem tributária[12].

Contudo, essa interpretação já não é mais adotada pela própria Receita Federal, especialmente após a publicação do Parecer Normativo Cosit/RFB nº 04/18, que trata especificamente da responsabilização tributária prevista no artigo 124, inciso I do CTN.

A segunda corrente, formulada em contraposição à anterior, sustenta que o interesse comum precisa ser de natureza jurídica, situando tanto o responsável quanto o contribuinte na mesma posição em relação ao ato que origina o fato gerador. Nesse contexto, é necessário que exista uma espécie de consciência de grupo entre os sujeitos passivos da obrigação tributária, todos devendo atender ao que dispõe o artigo 128 do CTN[13].

---

12 Cf. BRASIL. **Conselho Administrativo de Recursos Fiscal**. Acórdão nº 9303-015.104. 3ª Câmara Superior de Recursos Fiscais. Relator: Rosaldo Trevisan, 2024. "RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SÓCIO. ADMINISTRADOR. PROCURADOR/PREPOSTO. ART. 124, I, DO CTN. INTERESSE COMUM. DEMONSTRAÇÃO. Cabe a imposição de responsabilidade tributária em razão do interesse econômico comum na situação que constitui fato gerador da obrigação principal, nos termos do art. 124, I, do CTN, quando demonstrado, mediante conjunto de elementos fáticos convergentes, que os responsabilizados não apenas ostentavam a condição de administradores de fato da empresa (preposto), mas detinha conhecimento e sabia o que ocorria, portanto tinha consciência do valor da receita e tirou proveito dos lucros auferidos."

13 NEDER, Marcos Vinicius. Responsabilidade solidária e lançamento fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2011. v. 15. pp. 285-288.

Segundo o entendimento de Luís Eduardo Schoueri, o interesse comum só pode ser reconhecido entre aqueles que estejam posicionados no mesmo polo da relação formada pelo fato jurídico tributário[14], como ocorre com os condôminos relativamente ao IPTU[15]. Diferenciando-se da posição de Neder, Schoueri adota uma interpretação que leva em conta a organização do próprio Código Tributário Nacional, observando que o artigo 124 está inserido no capítulo destinado a tratar do regime de responsabilidade e não da identificação dos possíveis responsáveis. Assim, para Schoueri, o artigo 124, I do CTN serve para estabelecer a responsabilidade solidária exclusivamente entre aqueles que já figuram como sujeitos passivos da obrigação tributária.

Aderindo a essa mesma corrente, Luciano Amaro ressalta que, em operações tributadas, vendedor e comprador ocupam posições opostas, e não compartilhadas, na relação do fato gerador. Segundo o autor, ainda que o comprador consinta ou tenha interesse em uma prática que favoreça o vendedor — como a subavaliação da transação —, isso não configura interesse comum do comprador no fato jurídico tributário[16].

Essa linha interpretativa tem sido adotada de forma consistente pelo CARF, como exemplifica o Acórdão nº 1402-002.459, de 2017, de relatoria do Conselheiro Leonardo de Andrade Couto. Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça, reconhecido como intérprete oficial do artigo 124, I do Código Tributário Nacional, tem reiteradamente reconhecido que o interesse comum deve ser de natureza jurídica, limitando a aplicação da norma apenas àqueles que ocupam o mesmo polo do contribuinte[17], ainda que por vezes o Tribunal trate a solidariedade

---

14 SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito Tributário**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022 p. 625.

15 SOUSA, Rubens Gomes de. **Compêndio de legislação tributária**. São Paulo: Resenha Tributária, 1975, p. 92-93.

16 AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, pp. 426-427.

17 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, REsp n. 1.305.856/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 11.06.2013, *DJe* 26.06.2013. No mesmo sentido Superior Tribunal de Justiça, EDcl no AgRg no REsp n. 1.511.682/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 25.10.2016, DJe 08.11.2016

como forma de responsabilidade[18], conforme aponta estudo elaborado por Caio Takano[19].

No Supremo Tribunal Federal há evidências de que seja esta a visão preponderante. Em raro precedente sobre o tema[20], a Ministra Ellen Gracie, em seu voto como relatora, afirmou que o legislador ordinário não pode, ao interpretar o artigo 124, II do CTN, instituir hipóteses de responsabilidade tributária sem observar as exigências estabelecidas pelo artigo 128 do CTN, reconhecendo ainda que as regras gerais sobre responsabilidade estão estabelecidas nos artigos 134 e 135 do próprio Código Tributário Nacional.

Reforçando esse entendimento quase dez anos depois, o tribunal, ao analisar a constitucionalidade de uma lei estadual que atribuía obrigação solidária aos contadores por créditos tributários, manteve a mesma linha interpretativa[21], o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que a lei estadual ultrapassou a competência reservada à lei complementar sobre o tema, competência esta que, segundo o Relator, está limitada ao que dispõem os artigos 135 e 134 do CTN, posicionando-se contrariamente à interpretação que vê no artigo 124 um fundamento autônomo para a atribuição de responsabilidade[22]. Assim, ainda que não tenha examinado de forma expressa o significado da expressão "interesse comum", o Supremo Tribunal Federal adotou como pressuposto inicial a necessidade de identificar a existência de sujeição passiva conforme previsto nos artigos 134 e 135 do CTN. Somente após

18 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, AgRg no REsp n. 741.766/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 23.09.2008, *DJe* 23.10.2008.

19 TAKANO, Caio Augusto. Em Busca de um Interesse Comum: Considerações acerca dos Limites da Solidariedade Tributária do Art. 124, Inc. I, do CTN. **Revista Direito Tributário Atual**, [S. l.], n. 41, p. 82–116, 2023.

20 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**, Recurso Extraordinário n. 562.276, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal

Pleno, julgado em 03.11.2010, *DJe* 09.02.2011. Repercussão Geral.

21 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.284/GO, Plenário, Rel. Min. Roberto Barroso, Brasília, j. 15.9.2021; e STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.845/MT, Plenário, Rel. Min. Roberto Barroso, Brasília, j. 12.2.2020.

22 Por todos. NEDER, Marcos Vinicius. Responsabilidade solidária e lançamento fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2011. v. 15, p. 271-291.

esse reconhecimento seria possível analisar se o regime aplicável é o da responsabilidade solidária, nos termos do artigo 124, I do CTN[23].

A terceira corrente corresponde à atual orientação oficial da Receita Federal, especialmente após a publicação do Parecer Normativo Cosit/RFB nº 04/18. Nesse documento, a Receita delineou pontos fundamentais sobre o assunto, ao afirmar que a expressão "interesse comum" abrange não só o ato lícito que deu origem à obrigação tributária, mas também o ato ilícito que modificou sua natureza. O parecer refuta tanto a primeira quanto a segunda vertentes, defendendo que ambas são inadequadas, pois buscam explicar um conceito indeterminado com base em outros igualmente imprecisos[24].

---

23 FERNANDES, Fabiana Carsoni. Solidariedade por Interesse Comum (Art. 124, Inciso I, do CTN): os Trabalhos de Rubens Gomes de Sousa Preparatórios do CTN e sua Influência na Compreensão do Dispositivo. **Revista Direito Tributário Atual**, [S. l.], n. 50, p. 133–160, 2022.

24 Nos termos do Parecer:

"11. A terminologia "interesse comum" é juridicamente indeterminada. A sua delimitação é o principal desafio deste Parecer Normativo. Ao analisá-la, normalmente a doutrina e a jurisprudência dispõem que esse interesse comum é jurídico, e não apenas econômico.

11.1. O interesse econômico aparentemente seria no sentido de que bastaria um proveito econômico para ensejar a aplicação do disposto no inciso I do art. 124 do CTN.

11.2. O interesse jurídico, por sua vez, se daria pelo vínculo jurídico entre as partes para a realização em conjunto do fato gerador. Para tanto, as pessoas deveriam estar do mesmo lado da relação jurídica, não podendo estar em lados contrapostos (como comprador e vendedor, por exemplo).

11.3. Ambas as construções doutrinárias são falhas e não devem ser aplicadas no âmbito da RFB, pois tenta-se interpretar um conceito indeterminado com outro conceito indeterminado.

12. Como norma geral à responsabilidade tributária, o responsável deve ter vínculo com o fato gerador ou com o sujeito passivo que o praticou.

(…)

13. Voltando-se à responsabilidade solidária, o interesse comum ocorre no fato ou na relação jurídica vinculada ao fato gerador do tributo. É responsável solidário tanto quem atua de forma direta, realizando individual ou conjuntamente com outras pessoas atos que resultam na situação que constitui o fato gerador, como o que esteja em relação ativa com o ato, fato ou negócio que deu origem ao fato jurídico tributário mediante cometimento de atos ilícitos que o manipularam. Mesmo nesta última hipótese está configurada a situação que constitui o fato gerador, ainda que de forma indireta."

De acordo com o parecer, as autoridades fiscais entendem que: (i) o responsável deve possuir algum tipo de vínculo — seja de fato ou de direito — com o fato gerador ou com o sujeito passivo que o realizou; (ii) o chamado "interesse comum" precisa estar relacionado ao próprio fato ou à relação jurídica ligada a ele, não sendo suficiente apenas o benefício econômico; (iii) a responsabilidade surge a partir da prática de ato ilícito, como abuso de personalidade jurídica em grupos econômicos irregulares, evasão fiscal ou planejamento tributário abusivo; e (iv) é necessário que o ato ilícito seja doloso.

Com base nesse entendimento, o "interesse comum" passa a ser caracterizado por uma situação concreta na qual a pessoa, dolosamente, atua de forma ativa ou omissa para infringir a legislação tributária, mesmo que não ocupe o mesmo polo jurídico do sujeito passivo original. Assim, por esse raciocínio, um comprador de imóvel que concorda em registrar o negócio por valor inferior ao real estaria contribuindo para a sonegação e, portanto, responderia de forma solidária pela obrigação tributária, nos termos do art. 124, I do CTN, mesmo que não fosse o contribuinte direto do tributo devido.

Essa posição está em linha com a doutrina de Maria Rita Ferragut [25], para quem o artigo 124, I dispensa a exigência de que os sujeitos passivos estejam na mesma posição da relação jurídica de direito privado que originou o fato gerador, sendo desnecessária inclusive previsão expressa em lei, como ocorre no artigo 124, II.

Essa interpretação foi aparentemente adotada no Acórdão CARF nº 9303-015.104, de 2024. Apesar do voto principal mencionar que seria suficiente o interesse econômico, na análise do caso concreto o relator descreve situações que, na prática, correspondem exatamente às hipóteses consideradas pelo Parecer Normativo Cosit como exemplos de interesse relacionado à relação jurídica do fato gerador tributário[26].

Em síntese, independentemente da linha de interpretação seguida, a responsabilidade tributária fundamentada no artigo 124, I do CTN

---

25 FERRAGUT, Maria Rita. **Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002**. São Paulo: Noeses, 2005. p. 69.

26 "ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2009 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. REAL ADMINISTRADOR. INTERESSE COMUM. ART. 124, I DO CTN. CABIMENTO. A prática de atos ilícitos almejando a supressão fraudulenta de tributos configura interesse econômico comum entre pessoas físicas e a pessoa jurídica contribuinte, na prática de atos que se vinculam à situação que configura fato gerador de tributos, nos termos do artigo 124, I do CTN."

comporta uma leitura abrangente, permitindo que tanto cooperados quanto administradores sejam responsabilizados, desde que estejam presentes os pressupostos legais exigidos.

3.2.1.1. A RESPONSABILIZAÇÃO DE SÓCIOS E ADMINISTRADORES E O ART. 135 DO CTN

Por outro lado, a responsabilização de sócios e administradores geralmente decorre da aplicação das situações previstas nos incisos I e III do artigo 135 do CTN, o que implica exame complexo das interações entre os artigos 134, 135 e 137 desse mesmo diploma legal.

O artigo 134 do CTN, apesar de utilizar a expressão "solidária" em seu caput, define objetivamente uma responsabilidade subsidiária, pois as pessoas ali mencionadas só respondem quando não for possível exigir o cumprimento da obrigação principal diretamente do contribuinte. Ademais, a responsabilidade prevista nesse artigo limita-se ao pagamento dos tributos e das multas moratórias, dispensando a necessidade de comprovação de dolo.

Por sua vez, a responsabilidade prevista no artigo 135 exige a demonstração de dolo específico na prática de uma conduta ilícita, como sonegação, fraude ou conluio, entendimento este amplamente majoritário na Doutrina[27] e na jurisprudência administrativa[28]. Esse entendimento se justifica pelo alcance do artigo 135, que abrange também as multas punitivas e não admite o benefício de ordem previsto no artigo 134. No entanto, cabe ressaltar que, diferentemente do que já foi defendido, não basta o mero inadimplemento da obrigação tributária para responsabilizar o administrador, posição que contraria a orientação consolidada na Súmula nº 430 do STJ, firmada a partir do julgamento do REsp nº 1.101.728/SP (Tema nº 97 dos Recursos Repetitivos)[29].

Normalmente, a responsabilidade de administradores é estabelecida pelo inciso III do artigo 135, enquanto a dos sócios não administrado-

---

27 Por todos AGUILERA, Maria Lucia. Responsabilidade de terceiros decorrente da prática de ilícitos e o lançamento de ofício: o caso da responsabilidade pessoal dos administradores. In: FERRAGUT, Maria Rita; NEDER, Marcos Vinicius (coords.). **Responsabilidade tributária**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 131.

28 Por todos. **CARF**. Acórdão nº 9101-006.999, 1ª Seção, rel. Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Sessão de 05/06/2024.

29 Cf. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 1.101.728-SP, 1ª Seção, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 11.03.2009, DJe 23.03.2009.

res costuma ser enquadrada no inciso I, em razão do artigo 134, VII, que menciona explicitamente os sócios. Vale ressaltar, porém, que esse encaminhamento não permite selecionar isoladamente apenas as pessoas citadas no artigo 134, sem considerar as demais condições especificadas, pois isso levaria a situações absurdas, como responsabilizar pais por tributos devidos por filhos maiores, e não apenas pelos menores. Assim, o inciso I do artigo 135 não possibilita responsabilizar sócios que não integram sociedades de pessoas.

No que diz respeito ao dolo específico requerido, é indispensável comprovar que o sócio ou administrador agiu representando e em benefício da sociedade, porém em afronta à lei ou às normas do contrato social e estatuto.

Esse ponto diferencia o artigo 135 do artigo 137 do CTN, cuja aplicação ocorre com menor frequência na jurisprudência, possivelmente em razão do alto *standard* probatório exigido. O artigo 137 se refere a casos em que o agente, ainda que aja oficialmente em nome e por conta de terceiro, desvia-se intencionalmente dos deveres da função e atua para o seu próprio interesse[30].

No âmbito administrativo federal, existem decisões que reconhecem a aplicação do artigo 137 em casos em que o agente age em desacordo com os interesses do mandante, como demonstram os Acórdãos 2402-005.519 de 2016 e 301-31.603 de 2004, embora essa tese ainda não seja predominante nem consolidada, como exemplifica o Acórdão nº 1201-006.931, de 2024.

Mais raro é o enfrentamento do tema na esfera judicial. Pesquisa no âmbito do STJ, conduzida por Igor Mauler Santiago e Marco Antonio Cintra Gouveia[31], identificou apenas cinco julgados sobre o art. 137 do CTN, sendo um anulando o acórdão de segundo grau que não o analisara[32], e os demais afastando a sua incidência no caso concreto[33].

---

30 AMARO. Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p.602.

31 SANTIAGO, Igor Mauler; GOUVEIA, Marco Antonio Cintra. Responsabilidade exclusiva do mercador de créditos tributários falsos. In: **Revista consultor jurídico** Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2025-mai-07/responsabilidade-exclusiva-do-mercador-de-creditos-tributarios-falsos/>. Acesso em: 22 mai. 2025.

32 AgInt no AREsp. 818.014/SP

33 REsps. 981.511/AL, 976.611/MG, 838.549/SE e 236.902/RN

A escassez de decisões judiciais que efetivamente aplicam o artigo 137 não corresponde ao grande número de operações policiais que revelam esquemas envolvendo empresas de consultoria, as quais, utilizando laudos duvidosos e contratos de seguros com prazos de vencimento estrategicamente eleitos, comercializam créditos tributários inexistentes ou sem valor de mercado, como ocorreu na chamada Operação Fake Money[34].

Outro ponto relevante refere-se ao alcance da responsabilização prevista no artigo 137. A doutrina tradicional entende que, nesse caso, o agente passa a ser responsável pelo total do crédito tributário perante o Estado, já que sua conduta ilícita foi praticada para beneficiar a si mesmo ou a terceiros, em detrimento da própria sociedade[35].

Por outro lado, há quem defenda que essa responsabilidade se restringiria apenas às multas punitivas, baseando-se na interpretação da expressão "quanto às infrações", repetida em todos os incisos do artigo 137, entendimento que se harmoniza com a impossibilidade de o Fisco antecipar condutas do mandatário contrárias aos interesses sociais e com a vedação de transferir ao erário as consequências do descumprimento de obrigações privadas, conforme dispõe o artigo 123 do CTN.

Diante de todas essas controvérsias sobre a aplicação dos artigos 134, 135 e 137 do CTN, prevalece o entendimento de que as situações descritas nos incisos I e II do artigo 135 são as mais comumente aplicadas pela jurisprudência administrativa e judicial. Nesses casos, exige-se a comprovação de dolo específico na prática de ilícito como sonegação, fraude ou conluio, por parte das pessoas descritas na lei, o que abrange, em regra, mandatários, prepostos, empregados, bem como diretores, gerentes ou representantes das sociedades cooperativas.

---

34 Disponível em: <https://www.gov.br/pf/pt-br/assuntos/noticias/2024/06/pf-deflagra-a-operacao-fake-money-para-apurar-crime-de-moeda-falsa-em-ro>. Acesso em: 22 mai. 2025.

35 Nesse sentido, SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1.133; PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo.** 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 302.

CONCLUSÃO

A análise realizada ao longo do estudo evidencia que a responsabilidade dos cooperados e dos administradores de sociedades cooperativas possui características próprias, que variam de acordo com o arcabouço legal aplicado e a natureza da obrigação envolvida.

No âmbito da responsabilidade civil, tanto o Código Civil quanto a Lei nº 5.764/1971 preveem que o regime pode ser limitado ou ilimitado para os cooperados, dependendo do que estiver fixado no estatuto da cooperativa. Para os administradores, a responsabilização pessoal depende da demonstração de culpa na condução de suas funções, conforme determina o artigo 1.016 do Código Civil, ou ainda da ocorrência de situações que justifiquem a desconsideração da personalidade jurídica.

No campo da responsabilidade tributária, ficou claro que sua disciplina decorre do Código Tributário Nacional, sendo distinta do regramento estabelecido pela legislação civil ou pela própria lei das cooperativas. O artigo 124, I do CTN, ao abordar o "interesse comum", tem gerado variadas interpretações, prevalecendo hoje o entendimento de que tal interesse precisa ser de ordem jurídica e exigir envolvimento direto em ato que altere indevidamente a obrigação tributária.

Já a responsabilização de sócios e administradores, com base no artigo 135 do CTN, está condicionada à comprovação do chamado dolo específico na ocorrência de ilícito, não bastando o inadimplemento da obrigação tributária, conforme consolidado pela Súmula nº 430 do STJ.

A complexidade do tema cresce diante do tratamento tributário diferenciado conferido ao ato cooperativo pela Constituição, exigindo atenção redobrada às peculiaridades do regime jurídico próprio das cooperativas.

À luz desse contexto, torna-se essencial a adoção de práticas de governança voltadas à regularidade das operações, observando rigorosamente os poderes dos administradores, a distinção entre atos cooperativos e não cooperativos, e o correto cumprimento das obrigações tributárias, como forma de prevenir a responsabilização direta de cooperados e dirigentes.

Assim, o conhecimento detalhado dos regimes de responsabilidade aplicáveis auxilia tanto cooperados quanto administradores a evitar condutas que possam motivar sua responsabilização, protegendo o patrimônio pessoal.

REFERÊNCIAS

AGUILERA, Maria Lucia. Responsabilidade de terceiros decorrente da prática de ilícitos e o lançamento de ofício: o caso da responsabilidade pessoal dos administradores. In: FERRAGUT, Maria Rita; NEDER, Marcos Vinicius (coords.). **Responsabilidade tributária**. São Paulo: Dialética, 2007, pp. 126-142.

AMARO. Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BECHO, Renato Lopes. **Elementos de Direito Cooperativo**. 2ª ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BECHO, Renato Lopes. **Tributação das Cooperativas**. 4ª ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BULGARELLI, Waldírio. **As Sociedades Cooperativas e a sua Disciplina Jurídica.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 7. v. 12. ed. aum. E atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERNANDES, Fabiana Carsoni. Solidariedade por Interesse Comum (Art. 124, Inciso I, do CTN): os Trabalhos de Rubens Gomes de Sousa Preparatórios do CTN e sua Influência na Compreensão do Dispositivo. **Revista Direito Tributário Atual**, [S. l.], n. 50, p. 133–160, 2022.

FERRAGUT, Maria Rita. **Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002**. São Paulo: Noeses, 2005.

NEDER, Marcos Vinicius. Responsabilidade solidária e lançamento fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2011. v. 15.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil.** v. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

SANTIAGO, Igor Mauler; GOUVEIA, Marco Antonio Cintra. Responsabilidade exclusiva do mercador de créditos tributários falsos. **Revista consultor jurídico** Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2025-mai-07/responsabilidade-exclusiva-do-mercador-de-creditos-tributarios-falsos/>. Acesso em: 22 mai. 2025.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito Tributário**. 09 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito Tributário**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

SOUSA, Rubens Gomes de. **Compêndio de legislação tributária**. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

TAKANO, Caio Augusto. Em Busca de um Interesse Comum: Considerações acerca dos Limites da Solidariedade Tributária do Art. 124, Inc. I, do CTN. **Revista Direito Tributário Atual**, [S. l.], n. 41, p. 82–116, 2023.

THENÓRIO FILHO, Luiz Dias. **Pelos caminhos do cooperativismo: com destino ao crédito mútuo**. São Paulo: Central das Cooperativas de Crédito de São Paulo, 1999.

RESPONSABILIDADE CÍVEL E TRIBUTÁRIA NAS SOCIEDADES COOPERATIVAS

ALEXANDRE EVARISTO PINTO

Ex-conselheiro julgador do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Conselheiro do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN). Ex-presidente da Associação dos Conselheiros Representantes dos Contribuintes no CARF (ACONCARF). Professor da Faculdade de Administração, Economia e Contabilidade da Universidade de São Paulo (FEA/USP) e da Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (EAESP/FGV). Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela USP. Doutorando em Controladoria e Contabilidade pela FEA/USP. Mestre em Direito Comercial pela USP. Especialista em Direito Tributário pela USP. Ex-julgador do Municipal de Tributos do Município de São Paulo (CMT/SP) e do Tribunal de Impostos e Taxas (TIT/SP).

HENRIQUE NIMER CHAMAS

Conselheiro Vice-Presidente de Turma da Primeira Seção do CARF. Doutorando e Mestre em Direito pela FDRP/USP. Especialista em Direito Tributário pelo IBET.

LUCAS ISSA HALAH

Conselheiro Vice-Presidente de Turma da Primeira Seção do CARF. Doutorando em Direito Tributário pela FD/USP, Mestre em Direito pela FDRP/USP e Especialista em Direito Tributário Internacional pelo IBDT.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Aspectos Gerais sobre as Sociedades Cooperativas; 2. A Responsabilidade Cível nas Sociedades Cooperativas; 2.1. Responsabilidade cível dos cooperados no Código Civil e na Lei das Cooperativas; 2.2. Responsabilidade cível dos administradores no Código Civil e na Lei das Cooperativas; 3. Ato Cooperativo, Tributação e Responsabilidade Tributária; 3.1. Ato cooperativo e tributação; 3.2. Responsabilidade Tributária no Código Tributário Nacional; 3.2.1. O interesse comum e o escopo do art. 124, I do CTN; 3.2.1.1. A responsabilização de sócios e administradores e o art. 135 do CTN; Conclusão; Referências

INTRODUÇÃO

As sociedades cooperativas têm forma jurídica singular no ordenamento brasileiro, apresentando características específicas que as diferenciam das sociedades empresárias tradicionais. Fundadas nos princípios do cooperativismo, as cooperativas desempenham papel relevante no desenvolvimento socioeconômico do país e por essa razão possuem tratamento jurídico próprio na Constituição Federal, no Código Civil e na Lei nº 5.764/1971.

Contudo, não obstante sua importância, existem dúvidas sobre a extensão e os limites da responsabilidade dos cooperados e diretores das sociedades cooperativas, sobretudo no que diz respeito às obrigações civis e tributárias. Os questionamentos são intensificados em razão das diferentes leis que regulam a matéria, elegendo as particularidades de cada seara do direito e o campo de incidência da norma. Por vezes, a falta de compreensão do tema causa interpretações divergentes e insegurança jurídica.

Este artigo examina, de maneira sistemática e coordenada, a responsabilidade dos cooperados e diretores das sociedades cooperativas conforme previsto na legislação cível e tributária. É necessário tomar como ponto de partida a análise dos aspectos gerais das cooperativas, passando ao exame da responsabilidade civil prevista no Código Civil e na Lei das Cooperativas, alcançando-se, ao final, a responsabilidade tributária disciplinada pelo Código Tributário Nacional e suas controvérsias.

O problema do artigo é relevante, pois exige-se o estabelecimento de parâmetros claros de responsabilização, preservando a segurança jurídica necessária ao fomento do cooperativismo, bem como à proteção de terceiros e do erário nas relações jurídicas que envolvam as sociedades cooperativas. Busca-se, então, auxiliar a compreensão dos limites e pressupostos da responsabilidade dos cooperados e administradores, distinguindo as hipóteses de responsabilização civil das tributárias, tanto quanto as consequências jurídicas delas decorrentes.

1. ASPECTOS GERAIS SOBRE AS SOCIEDADES COOPERATIVAS

O surgimento do cooperativismo remonta a 1844, com a fundação da *Rochdale Equitable Pioneers' Society*, por tecelões que enfrentavam dificuldades para sobreviver em virtude da crise econômica inglesa,

na pequena cidade de Rochdale[1]. A partir dos ideais do associativismo, foram inspirados os princípios universais do cooperativismo ainda adotados hodiernamente.

O arcabouço normativo brasileiro das cooperativas em vigência foi consolidado na Constituição Federal, no Código Civil e na Lei nº 5.764/1971, criando-se o microssistema jurídico-cooperativista e estabelecendo seu regime jurídico.

A Constituição Federal de 1988, frente à importância das sociedades cooperativas para a sociedade e a economia nacional, faz várias menções ao cooperativismo em seu texto legal. Por exemplo, nas seções relacionadas aos direitos e garantias individuais relacionados à criação de associações e cooperativas, independentemente de autorização (art. 5º, XVIII), previsões relacionadas à garimpagem organizada por sociedades cooperativas (arts. 21, XXV e 174, §§3º e 4º), cooperativismo na política agrícola nacional (art. 187, VI e §1º, da CF), cooperativismo no sistema financeiro nacional (art. 192), cooperativas que atuam no setor da saúde (art. 199, §1º), estímulo geral ao cooperativismo (art. 174, §2º) e adequado tratamento tributário dos atos cooperativos (art. 146, III, "c").

As sociedades cooperativas, no artigo 4º da Lei nº 5.764/1971, são definidas como "*sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos seus associados*".

O artigo 3º da Lei nº 5.764/1971 rege que "*celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro*".

A partir do texto legal, interpreta-se que uma sociedade cooperativa é uma sociedade de pessoas criada para prestar serviços aos cooperados, de cunho econômico, mas sem fins lucrativos, regidas por princípios jurídicos próprios[2]. Sendo sociedade de pessoas, o capital é cedido em importância aos membros, que se associam em busca de

1 THENÓRIO FILHO, Luiz Dias. **Pelos caminhos do cooperativismo: com destino ao crédito mútuo**. São Paulo: Central das Cooperativas de Crédito de São Paulo, 1999. p. 40.

2 BECHO, Renato Lopes. **Elementos de Direito Cooperativo**. 2ª ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 40.

vantagens para a sua própria atividade econômica, e não buscam um melhor rendimento.

Um traço marcante das sociedades cooperativas é a economicidade, característica intrínseca a quaisquer sociedades não beneficentes ou filantrópicas. Os membros-cooperados e as sociedades cooperativas, em sua relação, buscam vantagens econômicas e atuam em setores da economia. Nota-se que não há finalidade lucrativa, pois o objetivo maior não é auferir lucros para distribuir resultados, mas criar um ambiente de interação econômica entre cooperado-cooperativa gerando vantagens econômicas que lhes são repassadas. Exemplo claro disso é a facilitação da compra vantajosa e diminuição dos custos da atividade econômica dos cooperados, promover a exportação dos produtos em lotes, organizar atividades econômicas para viabilizar a prestação de serviços, dentre outros.

Essas características as diferenciam das sociedades empresárias. O cooperado assume a condição de sócio-consumidor, conceito decorrente das lições de Renato Lopes Becho[3], que explica que o cooperado:

> participa como dono no processo decisório, de criação e manutenção da entidade. Influi na determinação ou modificação do objeto social, elege os conselhos da administração e fiscal, bem como vota a prestação de contas, além de votar e poder ser votado para a composição da diretoria. No balanço final de cada exercício financeiro, determina a destinação do resultado (sobra para o Direito Cooperativo, lucro para o Direito Comercial). Essa atuação como proprietário não distingue a cooperativa de uma sociedade anônima ou de responsabilidade limitada. Contudo, esse sócio/proprietário é o consumidor da cooperativa, não por uma eventualidade – como um banqueiro ter conta-corrente em seu banco ou o industrial consumir um produto de sua indústria. É condição ***sine qua non***, na cooperativa, ser proprietário para ser consumidor, apesar de que, por forca das circunstâncias, principalmente pelo mercado, pode a cooperativa operar excepcionalmente com não sócios. Mas, mesmo em o podendo, este estará em posição desvantajosa quanto ao preço, e os resultados dessas operações serão contabilizados separadamente, tendo destinação diferente dos demais e sendo, inclusive, indivisíveis quando da apuração do resultado do exercício financeiro.

Então, juridicamente, as cooperativas resguardam suas particularidades disciplinadas nos incisos do artigo 4º da Lei nº 5.764/1971, respeitando as regras e princípios que regem o cooperativismo pátrio. As exi-

3 BECHO, Renato Lopes. **Tributação das Cooperativas**. 4ª ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 179.

gências legais denotadas preservam o tipo societário e atraem a figura jurídica, protegendo e fortalecendo o movimento do cooperativismo.

A Lei do Cooperativismo e o Código Civil, em geral, disciplinam os seguintes princípios: *(i)* adesão livre e voluntária ou princípio das portas abertas; *(ii)* administração democrática, representada pela variabilidade do capital social representado por quotas-partes e pela limitação do número de quotas-partes do capital para cada associado, permitindo se estabelecer critérios de proporcionalidade, quando adequados ao cumprimento dos objetivos sociais, incessibilidade das quotas-partes do capital a terceiros estranhos à sociedade, singularidade de voto nos termos da lei e quórum para funcionamento e deliberação da Assembleia Geral baseado no número de associados e não no capital; *(iii)* juro limitado ao capital; *(iv)* certo destino das sobras líquidas, devolvidas de maneira proporcional aos cooperados de acordo com as operações realizadas; *(v)* promoção da educação; e *(vi)* prática da intercooperação.

No Código Civil, enfim, cuja regência é supletiva à Lei nº 5.764/1971, as sociedades cooperativas são classificadas como sociedades simples (arts. 982 e 983) e o disposto nos artigos 1.093 a 1.096, em geral, reitera o conteúdo normatizado na lei especial. As distinções serão feitas em momento adequado, quando se estudará a responsabilidade que lhes é imputada.

2. A RESPONSABILIDADE CÍVEL NAS SOCIEDADES COOPERATIVAS

No Estado Democrático de Direito, a noção de responsabilização parte da premissa de que as pessoas respondem por suas ações e pelos resultados decorrentes, surgindo o dever de compensar o terceiro prejudicado, tanto por atos lícitos ou ilícitos quanto em virtude de condutas omissivas ou comissivas.

Abstratamente, a responsabilidade decorre da teoria da culpa, que explica a responsabilidade civil e o dever de reparação. Refere-se a teoria à quebra do dever ao qual o agente está subordinado, surgindo a necessidade de reparação. O conduta culposa concretizada ou conduta antijurídica, com a conseguinte lesão ao direito alheio, configura a responsabilidade e o dever de indenizar. Em certos casos, porém, a

responsabilidade independe da culpa, do *animus* do agente, sendo explicada pela teoria do risco[4].

No campo do direito civil, a obrigação de compensar ou reparar possui caráter patrimonial, limitando-se à indenização dos prejuízos sofridos por terceiros, com o objetivo de restabelecer a situação anterior ao dano, dentro de uma relação jurídica na qual o dever principal é a reparação financeira.[5]

Para que haja responsabilização civil, é necessário o preenchimento de três elementos: (i) a prática de uma ação, seja ela omissiva, comissiva ou contrária ao direito, não importando a intenção do agente; (ii) a existência de prejuízo a um bem juridicamente protegido, seja de natureza material, imaterial, patrimonial ou moral; e (iii) a presença de um nexo causal, ou seja, a relação direta entre a conduta praticada e o dano provocado ao bem[6].

De modo amplo, a responsabilidade civil nas sociedades cooperativas engloba tanto a responsabilidade societária quanto a tributária, esta última vinculada à satisfação das obrigações fiscais, podendo envolver não só a própria cooperativa, mas também seus associados, administradores e demais participantes relacionados. Para tornar o tema mais claro e acessível, costuma-se classificar a responsabilidade civil em três categorias: (i) responsabilidade societária dos cooperados, de cunho civil; (ii) responsabilidade civil atribuída aos integrantes dos órgãos de administração das cooperativas; e (iii) responsabilidade tributária, que embora seja uma obrigação de caráter civil, encontra sua regulamentação na legislação tributária específica, a qual será detalhada em seção própria.

---

4 PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil.** v. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. pp. 455-456.

5 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 7. v. 12. ed. aum. E atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 6.

6 PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil.** v. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 457 e DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 7. v. 12. ed. aum. E atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 35-37.

2.1. RESPONSABILIDADE CÍVEL DOS COOPERADOS NO CÓDIGO CIVIL E NA LEI DAS COOPERATIVAS

A responsabilidade atribuída aos sócios de uma sociedade cooperativa é regulada pelo artigo 1.095 do Código Civil, podendo assumir caráter limitado ou ilimitado. Conforme esse dispositivo legal, a responsabilidade é considerada limitada quando o cooperado responde apenas pelo montante de suas quotas e pelos prejuízos apurados nas operações sociais, de acordo com sua participação nelas. Já nos casos de responsabilidade ilimitada, o sócio passa a responder de forma solidária e sem restrições perante as obrigações da sociedade.

A norma estabelecida pelo Código Civil é alvo de questionamentos, pois, ao limitar a responsabilidade, também traz uma regra subsidiária que estende essa responsabilidade até o valor dos prejuízos proporcionais às operações realizadas. Essa previsão se distancia da ideia clássica de limitação, que seria restrita ao valor total das quotas-partes do cooperado, configuração mais alinhada ao conceito tradicional de responsabilidade limitada[7].

A regra de subsidiariedade contida no Código Civil pode ser compreendida à luz do que determinam os artigos 80 e 81 da Lei nº 5.764/1971, que estabelecem a obrigação dos cooperados de arcar com as despesas da cooperativa e de dividir os prejuízos sociais entre si, seja de maneira proporcional ou igualitária, após a utilização dos recursos do Fundo de Reserva, conforme dispõe o artigo 89 da referida lei. Dessa forma, não parece haver divergências significativas entre o regime de responsabilidade previsto no Código Civil e aquele instituído pela legislação especial das cooperativas.[8].

O que não se pode admitir, entretanto, é que os prejuízos provenientes da atividade operacional da cooperativa ultrapassem seu âmbito próprio e atinjam o patrimônio pessoal dos cooperados para satisfazer credores da sociedade, sob pena de se converter a responsabilidade limitada em responsabilidade ilimitada. Esse risco se torna mais evidente tratando-se de cooperativas que atuam em setores sazonais,

---

7 BULGARELLI, Waldírio. **As Sociedades Cooperativas e a sua Disciplina Jurídica.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.88.

8 Ressalvamos que no decorrer do exercício financeiro que não se findou, estender a responsabilização dos cooperados pelos prejuízos indistintamente, poderia acarretar interpretação teratológica pela qual todas as sociedades passariam a ser de responsabilidade ilimitada.

em que, antes do encerramento do exercício financeiro, os credores tentem responsabilizar individualmente os cooperados pelos prejuízos verificados[9].

Ao examinar a Lei nº 5.764/1971, observa-se que os artigos 11 e 12 já estabeleciam uma regra de responsabilidade que se assemelha àquela prevista no Código Civil, sendo que o artigo 13 acrescenta a ideia de subsidiariedade da responsabilidade do cooperado em relação a terceiros, a qual só pode ser acionada depois de esgotadas as tentativas de cobrança judicial contra a própria cooperativa.

O caráter dessas situações de responsabilização é civil e serve para resguardar direitos de terceiros frente à sociedade cooperativa, bem como para determinar até que ponto os particulares podem ser responsabilizados por atos realizados pela cooperativa, limitando-se ao rateio de prejuízos, ou sendo ilimitada, caso essa seja a escolha expressa no ato constitutivo da cooperativa.

Importante ressaltar que essa modalidade de responsabilidade, prevista tanto no Código Civil quanto na Lei nº 5.764/1971, não se confunde com a responsabilidade tributária regulada pelo Código Tributário Nacional, nem serve como fundamento para esse tipo específico de responsabilização, conforme será abordado posteriormente.

2.2. RESPONSABILIDADE CÍVEL DOS ADMINISTRADORES NO CÓDIGO CIVIL E NA LEI DAS COOPERATIVAS

De acordo com a Lei nº 5.764/1971, os órgãos sociais das sociedades cooperativas compreendem as assembleias gerais (arts. 38 a 46), os órgãos de administração, compostos pela Diretoria ou Conselho de Administração (arts. 47 a 55), e ainda o Conselho Fiscal (art. 56), sendo que as competências de cada um são definidas em lei, conforme suas respectivas atribuições.

Os administradores que são eleitos para os órgãos de administração, conforme estabelecem os artigos 53 e 54 da referida lei, possuem tratamento equivalente ao dos administradores das sociedades anônimas para fins de responsabilidade criminal, e também podem ser responsabilizados pelos demais associados ou pela própria cooperativa, configurando-se como uma responsabilidade de natureza interna,

9 BECHO, Renato Lopes. **Elementos de Direito Cooperativo**. 2ª ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 394.

limitada à relação entre administradores e sociedade, sem aplicação direta a terceiros.

Já no Código Civil, o artigo 47 serve como referência para a responsabilização dos administradores, mas não resolve grande parte das situações de responsabilidade pessoal. Isso porque a regra legal determina que a sociedade deve assumir os atos dos administradores quando praticados dentro dos limites de poderes definidos no contrato social. Por outro lado, se os administradores excedem tais limites, os efeitos desses atos não vinculam a sociedade, podendo a responsabilidade ser direcionada aos próprios administradores.

O artigo 50 do Código Civil trata da possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica, caso seja identificado desvio de finalidade ou confusão de patrimônios, podendo assim responsabilizar administradores ou sócios que tenham sido beneficiados, de maneira direta ou indireta, por essas condutas abusivas. Essa previsão é uma das formas de responsabilização pessoal dos administradores nas cooperativas.

No que diz respeito às normas aplicáveis aos administradores de sociedades cooperativas, o Código Civil — considerando que se trata de sociedade simples, conforme o artigo 1.094 — remete à aplicação das regras estabelecidas nos artigos 1.010 a 1.025 desse mesmo diploma.

De modo geral, além das normas relativas ao exercício dos cargos de administração, o Código Civil contempla hipóteses de responsabilidade tanto na esfera interna, envolvendo as relações entre administradores e a sociedade ou com outros associados, quanto na esfera externa, quando a cooperativa se relaciona com terceiros e os administradores respondem por atos praticados no exercício de suas funções. O aspecto mais relevante, nesse contexto, é a responsabilização dos administradores, perante terceiros, por condutas feitas no âmbito da administração.

Especificamente, apenas o artigo 1.016 prevê a responsabilidade solidária do administrador tanto perante a sociedade quanto a terceiros prejudicados, desde que seja caracterizada a culpa do administrador no desempenho de suas funções. Assim, é indispensável a apuração da culpa, conforme prevê o artigo 927 do Código Civil, para que seja possível ultrapassar a proteção conferida pela personalidade jurídica da cooperativa e atingir o patrimônio do administrador.

Essas normas de responsabilidade analisadas apresentam natureza civil e são reguladas pela legislação especial das cooperativas, além do próprio Código Civil, objetivando disciplinar a relação entre as coope-

rativas e terceiros e esclarecer em que situações o administrador pode ser responsabilizado por danos causados no exercício de sua gestão.

Por fim, é importante destacar que tais hipóteses de responsabilização diferem da responsabilidade tributária, consolidada no Código Tributário Nacional, já que não têm por finalidade regular a sujeição passiva referente a obrigações fiscais.

3. ATO COOPERATIVO, TRIBUTAÇÃO E RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

No primeiro item, abordamos os fundamentos do cooperativismo no Brasil e destacamos que, devido às suas peculiaridades, a legislação tributária prevê um tratamento específico para a tributação dos atos cooperativos—o que, por sua vez, gera desafios e particularidades em relação à tributação aplicável a essas sociedades.

No segundo momento do estudo, foram analisadas as formas de responsabilidade atribuídas a cooperados e administradores, com base no Código Civil e na Lei das Cooperativas, identificando em quais situações as obrigações da cooperativa podem eventualmente comprometer o patrimônio de seus associados e gestores, bem como os limites e requisitos desses casos. Evidenciou-se que as situações de responsabilização previstas na legislação civil e na norma especial não abrangem a responsabilidade tributária, que se refere unicamente à relação jurídico-tributária regulamentada pelo Código Tributário Nacional.

Dessa forma, faz-se necessário esclarecer de que modo se dá o regime tributário das cooperativas, especialmente no tocante ao ato cooperativo e sua respectiva tributação, além de apontar as hipóteses em que tais sociedades se enquadram como contribuintes. Somente assim será possível entender, no contexto das obrigações tributárias, em que circunstâncias cooperados ou administradores podem ser responsabilizados por débitos fiscais da cooperativa.

3.1. ATO COOPERATIVO E TRIBUTAÇÃO

O artigo 146, III, "c" da Constituição Federal atribui à lei complementar a tarefa de definir normas gerais sobre legislação tributária, com especial destaque para o tratamento adequado dos atos cooperativos realizados pelas sociedades cooperativas.

Essa norma constitucional tem papel central para o fortalecimento do cooperativismo e para a consolidação de seu sistema normativo, pois o objetivo do legislador ao inseri-la foi garantir diretrizes claras para que as leis infraconstitucionais, ao serem elaboradas, assegurassem disciplina jurídica diferenciada aos atos cooperativos, reconhecendo o papel social dessas relações e certa fragilidade frente às práticas das sociedades empresariais tradicionais.

Além disso, reforçando essa orientação constitucional, a Emenda Constitucional nº 132/2023 incorporou ao texto constitucional novos mecanismos voltados à proteção das sociedades cooperativas, em especial quanto à tributação sobre consumo incidente sobre atos cooperativos, resultando, inclusive, no regime especial previsto no artigo 171 da Lei Complementar nº 214/2025.

Apesar desse acervo de normas constitucionais, a expressão "adequado tratamento tributário" ainda é dotada de grande generalidade, exigindo uma interpretação cuidadosa tanto da Constituição quanto das demais normas infraconstitucionais, já que a lei complementar prevista no artigo 146, III, "c", até o momento, nunca foi promulgada[10].

A definição de ato cooperativo está prevista no artigo 79 da Lei nº 5.764/1971, que o caracteriza como toda ação realizada entre cooperativas e seus associados, entre os próprios associados e pelas cooperativas entre si, desde que todos sejam membros, com o objetivo de alcançar as finalidades sociais da instituição. O parágrafo único desse mesmo artigo esclarece ainda que o ato cooperativo não configura uma operação de mercado nem se equipara a um contrato de compra e venda de bens ou mercadorias.

Por outro lado, os atos considerados não-cooperativos podem ser entendidos pela análise conjunta dos artigos 85, 86, 88 e 111 da Lei nº 5.764/1971, que autorizam a cooperativa a realizar operações com pessoas que não integram seu quadro social na busca de suas finalidades, determinando que eventuais ganhos dessas atividades sejam tratados como receita sujeita à tributação.

Cabe ao intérprete, portanto, garantir que a sistemática de tributação das cooperativas seja coerente. Em resumo, os atos cooperativos, por estarem atrelados à concretização dos objetivos sociais da cooperativa, devem receber o tratamento tributário diferenciado que visa proteger o

10 BECHO, Renato Lopes. **Elementos de Direito Cooperativo**. 2ª ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 245.

modelo cooperativista nacional, enquanto as operações realizadas com terceiros — os atos não-cooperativos — são normalmente tributadas.

Assim, ato cooperativo tem proteção constitucional em matéria tributária, o que não implica isenção e nem imunidade[11] e, por exclusão, os atos não-cooperativos estão sujeitos à tributação.

Dessa forma, é inevitável que as cooperativas realizem atos que constituem fatos geradores de tributos, já que, por conta da dinâmica de mercado, frequentemente precisam manter relações comerciais com pessoas que não são seus cooperados. Por esse motivo, acabam figurando como sujeitos passivos nas relações jurídico-tributárias, ainda que contem com especificidades próprias de seu regime societário e tributário.

Nesse contexto, surgem questionamentos sobre a possibilidade de responsabilização dos cooperados e dos integrantes das instâncias diretivas das cooperativas, justamente pela natureza diferenciada dessas entidades e pela complexidade das normas relativas à responsabilidade tributária previstas no Código Tributário Nacional.

3.2. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

No âmbito da jurisprudência administrativa, a discussão sobre a responsabilidade tributária de sócios e administradores geralmente se concentra na análise técnica de três dispositivos do Código Tributário Nacional: o artigo 124, inciso I, e o artigo 135, incisos I e III.

3.2.1. O INTERESSE COMUM E O ESCOPO DO ART. 124, I DO CTN

A atribuição de responsabilidade tributária solidária com base no artigo 124, inciso I do CTN é tema recorrente, especialmente em processos que buscam responsabilizar sociedades pertencentes ao mesmo grupo econômico e sócios de fato. Na jurisprudência do CARF, esse debate se desenvolve de três formas principais: (i) a corrente que

11 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 599.362/RJ. Plenário. Relator: Min. Dias Toffoli, 06 de novembro de 2014. "2. O art. 146, III, c, CF pressupõe a possibilidade de tributação do ato cooperativo ao dispor que a lei complementar estabelecerá a forma adequada para tanto. O texto constitucional a ele não garante imunidade ou mesmo não incidência de tributos, tampouco decorre diretamente da Constituição direito subjetivo das cooperativas à isenção".

considera suficiente a existência de interesse econômico; (ii) aquela que exige a presença de interesse jurídico; e (iii) uma posição intermediária, pela qual o interesse não deve ser apenas econômico, nem obrigatoriamente jurídico, mas requer alguma participação direta em ação destinada a modificar a obrigação tributária.

Todas essas posições têm fundamentos plausíveis e são resultado da interpretação da expressão "interesse comum na situação que caracteriza o fato gerador", contida no inciso I do artigo 124 do CTN.

A primeira corrente, que interpreta o interesse mencionado no art. 124, I do CTN como sendo de natureza econômica, é frequentemente adotada pelas autoridades fiscais para justificar a responsabilização de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, bem como de sócios que tenham se beneficiado de rendimentos distribuídos pelo contribuinte em razão da obtenção de vantagem tributária[12].

Contudo, essa interpretação já não é mais adotada pela própria Receita Federal, especialmente após a publicação do Parecer Normativo Cosit/RFB nº 04/18, que trata especificamente da responsabilização tributária prevista no artigo 124, inciso I do CTN.

A segunda corrente, formulada em contraposição à anterior, sustenta que o interesse comum precisa ser de natureza jurídica, situando tanto o responsável quanto o contribuinte na mesma posição em relação ao ato que origina o fato gerador. Nesse contexto, é necessário que exista uma espécie de consciência de grupo entre os sujeitos passivos da obrigação tributária, todos devendo atender ao que dispõe o artigo 128 do CTN[13].

---

12 Cf. BRASIL. **Conselho Administrativo de Recursos Fiscal**. Acórdão nº 9303-015.104. 3ª Câmara Superior de Recursos Fiscais. Relator: Rosaldo Trevisan, 2024. "RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SÓCIO. ADMINISTRADOR. PROCURADOR/PREPOSTO. ART. 124, I, DO CTN. INTERESSE COMUM. DEMONSTRAÇÃO. Cabe a imposição de responsabilidade tributária em razão do interesse econômico comum na situação que constitui fato gerador da obrigação principal, nos termos do art. 124, I, do CTN, quando demonstrado, mediante conjunto de elementos fáticos convergentes, que os responsabilizados não apenas ostentavam a condição de administradores de fato da empresa (preposto), mas detinha conhecimento e sabia o que ocorria, portanto tinha consciência do valor da receita e tirou proveito dos lucros auferidos."

13 NEDER, Marcos Vinicius. Responsabilidade solidária e lançamento fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2011. v. 15. pp. 285-288.

Segundo o entendimento de Luís Eduardo Schoueri, o interesse comum só pode ser reconhecido entre aqueles que estejam posicionados no mesmo polo da relação formada pelo fato jurídico tributário[14], como ocorre com os condôminos relativamente ao IPTU[15]. Diferenciando-se da posição de Neder, Schoueri adota uma interpretação que leva em conta a organização do próprio Código Tributário Nacional, observando que o artigo 124 está inserido no capítulo destinado a tratar do regime de responsabilidade e não da identificação dos possíveis responsáveis. Assim, para Schoueri, o artigo 124, I do CTN serve para estabelecer a responsabilidade solidária exclusivamente entre aqueles que já figuram como sujeitos passivos da obrigação tributária.

Aderindo a essa mesma corrente, Luciano Amaro ressalta que, em operações tributadas, vendedor e comprador ocupam posições opostas, e não compartilhadas, na relação do fato gerador. Segundo o autor, ainda que o comprador consinta ou tenha interesse em uma prática que favoreça o vendedor — como a subavaliação da transação —, isso não configura interesse comum do comprador no fato jurídico tributário[16].

Essa linha interpretativa tem sido adotada de forma consistente pelo CARF, como exemplifica o Acórdão nº 1402-002.459, de 2017, de relatoria do Conselheiro Leonardo de Andrade Couto. Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça, reconhecido como intérprete oficial do artigo 124, I do Código Tributário Nacional, tem reiteradamente reconhecido que o interesse comum deve ser de natureza jurídica, limitando a aplicação da norma apenas àqueles que ocupam o mesmo polo do contribuinte[17], ainda que por vezes o Tribunal trate a solidariedade

14 SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito Tributário**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022 p. 625.

15 SOUSA, Rubens Gomes de. **Compêndio de legislação tributária**. São Paulo: Resenha Tributária, 1975, p. 92-93.

16 AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, pp. 426-427.

17 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, REsp n. 1.305.856/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 11.06.2013, *DJe* 26.06.2013. No mesmo sentido Superior Tribunal de Justiça, EDcl no AgRg no REsp n. 1.511.682/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 25.10.2016, DJe 08.11.2016

como forma de responsabilidade[18], conforme aponta estudo elaborado por Caio Takano[19].

No Supremo Tribunal Federal há evidências de que seja esta a visão preponderante. Em raro precedente sobre o tema[20], a Ministra Ellen Gracie, em seu voto como relatora, afirmou que o legislador ordinário não pode, ao interpretar o artigo 124, II do CTN, instituir hipóteses de responsabilidade tributária sem observar as exigências estabelecidas pelo artigo 128 do CTN, reconhecendo ainda que as regras gerais sobre responsabilidade estão estabelecidas nos artigos 134 e 135 do próprio Código Tributário Nacional.

Reforçando esse entendimento quase dez anos depois, o tribunal, ao analisar a constitucionalidade de uma lei estadual que atribuía obrigação solidária aos contadores por créditos tributários, manteve a mesma linha interpretativa[21], o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que a lei estadual ultrapassou a competência reservada à lei complementar sobre o tema, competência esta que, segundo o Relator, está limitada ao que dispõem os artigos 135 e 134 do CTN, posicionando-se contrariamente à interpretação que vê no artigo 124 um fundamento autônomo para a atribuição de responsabilidade[22]. Assim, ainda que não tenha examinado de forma expressa o significado da expressão "interesse comum", o Supremo Tribunal Federal adotou como pressuposto inicial a necessidade de identificar a existência de sujeição passiva conforme previsto nos artigos 134 e 135 do CTN. Somente após

18 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, AgRg no REsp n. 741.766/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 23.09.2008, *DJe* 23.10.2008.

19 TAKANO, Caio Augusto. Em Busca de um Interesse Comum: Considerações acerca dos Limites da Solidariedade Tributária do Art. 124, Inc. I, do CTN. **Revista Direito Tributário Atual**, [S. l.], n. 41, p. 82–116, 2023.

20 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**, Recurso Extraordinário n. 562.276, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 03.11.2010, *DJe* 09.02.2011. Repercussão Geral.

21 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.284/GO, Plenário, Rel. Min. Roberto Barroso, Brasília, j. 15.9.2021; e STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.845/MT, Plenário, Rel. Min. Roberto Barroso, Brasília, j. 12.2.2020.

22 Por todos. NEDER, Marcos Vinicius. Responsabilidade solidária e lançamento fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2011. v. 15, p. 271-291.

esse reconhecimento seria possível analisar se o regime aplicável é o da responsabilidade solidária, nos termos do artigo 124, I do CTN[23].

A terceira corrente corresponde à atual orientação oficial da Receita Federal, especialmente após a publicação do Parecer Normativo Cosit/RFB nº 04/18. Nesse documento, a Receita delineou pontos fundamentais sobre o assunto, ao afirmar que a expressão "interesse comum" abrange não só o ato lícito que deu origem à obrigação tributária, mas também o ato ilícito que modificou sua natureza. O parecer refuta tanto a primeira quanto a segunda vertentes, defendendo que ambas são inadequadas, pois buscam explicar um conceito indeterminado com base em outros igualmente imprecisos[24].

---

23 FERNANDES, Fabiana Carsoni. Solidariedade por Interesse Comum (Art. 124, Inciso I, do CTN): os Trabalhos de Rubens Gomes de Sousa Preparatórios do CTN e sua Influência na Compreensão do Dispositivo. **Revista Direito Tributário Atual**, [S. l.], n. 50, p. 133–160, 2022.

24 Nos termos do Parecer:

"11. A terminologia "interesse comum" é juridicamente indeterminada. A sua delimitação é o principal desafio deste Parecer Normativo. Ao analisá-la, normalmente a doutrina e a jurisprudência dispõem que esse interesse comum é jurídico, e não apenas econômico.

11.1. O interesse econômico aparentemente seria no sentido de que bastaria um proveito econômico para ensejar a aplicação do disposto no inciso I do art. 124 do CTN.

11.2. O interesse jurídico, por sua vez, se daria pelo vínculo jurídico entre as partes para a realização em conjunto do fato gerador. Para tanto, as pessoas deveriam estar do mesmo lado da relação jurídica, não podendo estar em lados contrapostos (como comprador e vendedor, por exemplo).

11.3. Ambas as construções doutrinárias são falhas e não devem ser aplicadas no âmbito da RFB, pois tenta-se interpretar um conceito indeterminado com outro conceito indeterminado.

12. Como norma geral à responsabilidade tributária, o responsável deve ter vínculo com o fato gerador ou com o sujeito passivo que o praticou.

(…)

13. Voltando-se à responsabilidade solidária, o interesse comum ocorre no fato ou na relação jurídica vinculada ao fato gerador do tributo. É responsável solidário tanto quem atua de forma direta, realizando individual ou conjuntamente com outras pessoas atos que resultam na situação que constitui o fato gerador, como o que esteja em relação ativa com o ato, fato ou negócio que deu origem ao fato jurídico tributário mediante cometimento de atos ilícitos que o manipularam. Mesmo nesta última hipótese está configurada a situação que constitui o fato gerador, ainda que de forma indireta."

De acordo com o parecer, as autoridades fiscais entendem que: (i) o responsável deve possuir algum tipo de vínculo — seja de fato ou de direito — com o fato gerador ou com o sujeito passivo que o realizou; (ii) o chamado "interesse comum" precisa estar relacionado ao próprio fato ou à relação jurídica ligada a ele, não sendo suficiente apenas o benefício econômico; (iii) a responsabilidade surge a partir da prática de ato ilícito, como abuso de personalidade jurídica em grupos econômicos irregulares, evasão fiscal ou planejamento tributário abusivo; e (iv) é necessário que o ato ilícito seja doloso.

Com base nesse entendimento, o "interesse comum" passa a ser caracterizado por uma situação concreta na qual a pessoa, dolosamente, atua de forma ativa ou omissa para infringir a legislação tributária, mesmo que não ocupe o mesmo polo jurídico do sujeito passivo original. Assim, por esse raciocínio, um comprador de imóvel que concorda em registrar o negócio por valor inferior ao real estaria contribuindo para a sonegação e, portanto, responderia de forma solidária pela obrigação tributária, nos termos do art. 124, I do CTN, mesmo que não fosse o contribuinte direto do tributo devido.

Essa posição está em linha com a doutrina de Maria Rita Ferragut [25], para quem o artigo 124, I dispensa a exigência de que os sujeitos passivos estejam na mesma posição da relação jurídica de direito privado que originou o fato gerador, sendo desnecessária inclusive previsão expressa em lei, como ocorre no artigo 124, II.

Essa interpretação foi aparentemente adotada no Acórdão CARF nº 9303-015.104, de 2024. Apesar do voto principal mencionar que seria suficiente o interesse econômico, na análise do caso concreto o relator descreve situações que, na prática, correspondem exatamente às hipóteses consideradas pelo Parecer Normativo Cosit como exemplos de interesse relacionado à relação jurídica do fato gerador tributário[26].

Em síntese, independentemente da linha de interpretação seguida, a responsabilidade tributária fundamentada no artigo 124, I do CTN

---

25 FERRAGUT, Maria Rita. **Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002**. São Paulo: Noeses, 2005. p. 69.

26 "ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2009 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. REAL ADMINISTRADOR. INTERESSE COMUM. ART. 124, I DO CTN. CABIMENTO. A prática de atos ilícitos almejando a supressão fraudulenta de tributos configura interesse econômico comum entre pessoas físicas e a pessoa jurídica contribuinte, na prática de atos que se vinculam à situação que configura fato gerador de tributos, nos termos do artigo 124, I do CTN."

comporta uma leitura abrangente, permitindo que tanto cooperados quanto administradores sejam responsabilizados, desde que estejam presentes os pressupostos legais exigidos.

3.2.1.1. A RESPONSABILIZAÇÃO DE SÓCIOS E ADMINISTRADORES E O ART. 135 DO CTN

Por outro lado, a responsabilização de sócios e administradores geralmente decorre da aplicação das situações previstas nos incisos I e III do artigo 135 do CTN, o que implica exame complexo das interações entre os artigos 134, 135 e 137 desse mesmo diploma legal.

O artigo 134 do CTN, apesar de utilizar a expressão "solidária" em seu caput, define objetivamente uma responsabilidade subsidiária, pois as pessoas ali mencionadas só respondem quando não for possível exigir o cumprimento da obrigação principal diretamente do contribuinte. Ademais, a responsabilidade prevista nesse artigo limita-se ao pagamento dos tributos e das multas moratórias, dispensando a necessidade de comprovação de dolo.

Por sua vez, a responsabilidade prevista no artigo 135 exige a demonstração de dolo específico na prática de uma conduta ilícita, como sonegação, fraude ou conluio, entendimento este amplamente majoritário na Doutrina[27] e na jurisprudência administrativa[28]. Esse entendimento se justifica pelo alcance do artigo 135, que abrange também as multas punitivas e não admite o benefício de ordem previsto no artigo 134. No entanto, cabe ressaltar que, diferentemente do que já foi defendido, não basta o mero inadimplemento da obrigação tributária para responsabilizar o administrador, posição que contraria a orientação consolidada na Súmula nº 430 do STJ, firmada a partir do julgamento do REsp nº 1.101.728/SP (Tema nº 97 dos Recursos Repetitivos)[29].

Normalmente, a responsabilidade de administradores é estabelecida pelo inciso III do artigo 135, enquanto a dos sócios não administrado-

---

27 Por todos AGUILERA, Maria Lucia. Responsabilidade de terceiros decorrente da prática de ilícitos e o lançamento de ofício: o caso da responsabilidade pessoal dos administradores. In: FERRAGUT, Maria Rita; NEDER, Marcos Vinicius (coords.). **Responsabilidade tributária**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 131.

28 Por todos. **CARF**. Acórdão nº 9101-006.999, 1ª Seção, rel. Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Sessão de 05/06/2024.

29 Cf. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 1.101.728-SP, 1ª Seção, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 11.03.2009, DJe 23.03.2009.

res costuma ser enquadrada no inciso I, em razão do artigo 134, VII, que menciona explicitamente os sócios. Vale ressaltar, porém, que esse encaminhamento não permite selecionar isoladamente apenas as pessoas citadas no artigo 134, sem considerar as demais condições especificadas, pois isso levaria a situações absurdas, como responsabilizar pais por tributos devidos por filhos maiores, e não apenas pelos menores. Assim, o inciso I do artigo 135 não possibilita responsabilizar sócios que não integram sociedades de pessoas.

No que diz respeito ao dolo específico requerido, é indispensável comprovar que o sócio ou administrador agiu representando e em benefício da sociedade, porém em afronta à lei ou às normas do contrato social e estatuto.

Esse ponto diferencia o artigo 135 do artigo 137 do CTN, cuja aplicação ocorre com menor frequência na jurisprudência, possivelmente em razão do alto *standard* probatório exigido. O artigo 137 se refere a casos em que o agente, ainda que aja oficialmente em nome e por conta de terceiro, desvia-se intencionalmente dos deveres da função e atua para o seu próprio interesse[30].

No âmbito administrativo federal, existem decisões que reconhecem a aplicação do artigo 137 em casos em que o agente age em desacordo com os interesses do mandante, como demonstram os Acórdãos 2402-005.519 de 2016 e 301-31.603 de 2004, embora essa tese ainda não seja predominante nem consolidada, como exemplifica o Acórdão nº 1201-006.931, de 2024.

Mais raro é o enfrentamento do tema na esfera judicial. Pesquisa no âmbito do STJ, conduzida por Igor Mauler Santiago e Marco Antonio Cintra Gouveia[31], identificou apenas cinco julgados sobre o art. 137 do CTN, sendo um anulando o acórdão de segundo grau que não o analisara[32], e os demais afastando a sua incidência no caso concreto[33].

---

30 AMARO. Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p.602.

31 SANTIAGO, Igor Mauler; GOUVEIA, Marco Antonio Cintra. Responsabilidade exclusiva do mercador de créditos tributários falsos. In: **Revista consultor jurídico** Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2025-mai-07/responsabilidade-exclusiva-do-mercador-de-creditos-tributarios-falsos/>. Acesso em: 22 mai. 2025.

32 AgInt no AREsp. 818.014/SP

33 REsps. 981.511/AL, 976.611/MG, 838.549/SE e 236.902/RN

A escassez de decisões judiciais que efetivamente aplicam o artigo 137 não corresponde ao grande número de operações policiais que revelam esquemas envolvendo empresas de consultoria, as quais, utilizando laudos duvidosos e contratos de seguros com prazos de vencimento estrategicamente eleitos, comercializam créditos tributários inexistentes ou sem valor de mercado, como ocorreu na chamada Operação Fake Money[34].

Outro ponto relevante refere-se ao alcance da responsabilização prevista no artigo 137. A doutrina tradicional entende que, nesse caso, o agente passa a ser responsável pelo total do crédito tributário perante o Estado, já que sua conduta ilícita foi praticada para beneficiar a si mesmo ou a terceiros, em detrimento da própria sociedade[35].

Por outro lado, há quem defenda que essa responsabilidade se restringiria apenas às multas punitivas, baseando-se na interpretação da expressão "quanto às infrações", repetida em todos os incisos do artigo 137, entendimento que se harmoniza com a impossibilidade de o Fisco antecipar condutas do mandatário contrárias aos interesses sociais e com a vedação de transferir ao erário as consequências do descumprimento de obrigações privadas, conforme dispõe o artigo 123 do CTN.

Diante de todas essas controvérsias sobre a aplicação dos artigos 134, 135 e 137 do CTN, prevalece o entendimento de que as situações descritas nos incisos I e II do artigo 135 são as mais comumente aplicadas pela jurisprudência administrativa e judicial. Nesses casos, exige-se a comprovação de dolo específico na prática de ilícito como sonegação, fraude ou conluio, por parte das pessoas descritas na lei, o que abrange, em regra, mandatários, prepostos, empregados, bem como diretores, gerentes ou representantes das sociedades cooperativas.

---

34 Disponível em: <https://www.gov.br/pf/pt-br/assuntos/noticias/2024/06/pf-deflagra-a-operacao-fake-money-para-apurar-crime-de-moeda-falsa-em-ro>. Acesso em: 22 mai. 2025.

35 Nesse sentido, SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1.133; PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo.** 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 302.

CONCLUSÃO

A análise realizada ao longo do estudo evidencia que a responsabilidade dos cooperados e dos administradores de sociedades cooperativas possui características próprias, que variam de acordo com o arcabouço legal aplicado e a natureza da obrigação envolvida.

No âmbito da responsabilidade civil, tanto o Código Civil quanto a Lei nº 5.764/1971 preveem que o regime pode ser limitado ou ilimitado para os cooperados, dependendo do que estiver fixado no estatuto da cooperativa. Para os administradores, a responsabilização pessoal depende da demonstração de culpa na condução de suas funções, conforme determina o artigo 1.016 do Código Civil, ou ainda da ocorrência de situações que justifiquem a desconsideração da personalidade jurídica.

No campo da responsabilidade tributária, ficou claro que sua disciplina decorre do Código Tributário Nacional, sendo distinta do regramento estabelecido pela legislação civil ou pela própria lei das cooperativas. O artigo 124, I do CTN, ao abordar o "interesse comum", tem gerado variadas interpretações, prevalecendo hoje o entendimento de que tal interesse precisa ser de ordem jurídica e exigir envolvimento direto em ato que altere indevidamente a obrigação tributária.

Já a responsabilização de sócios e administradores, com base no artigo 135 do CTN, está condicionada à comprovação do chamado dolo específico na ocorrência de ilícito, não bastando o inadimplemento da obrigação tributária, conforme consolidado pela Súmula nº 430 do STJ.

A complexidade do tema cresce diante do tratamento tributário diferenciado conferido ao ato cooperativo pela Constituição, exigindo atenção redobrada às peculiaridades do regime jurídico próprio das cooperativas.

À luz desse contexto, torna-se essencial a adoção de práticas de governança voltadas à regularidade das operações, observando rigorosamente os poderes dos administradores, a distinção entre atos cooperativos e não cooperativos, e o correto cumprimento das obrigações tributárias, como forma de prevenir a responsabilização direta de cooperados e dirigentes.

Assim, o conhecimento detalhado dos regimes de responsabilidade aplicáveis auxilia tanto cooperados quanto administradores a evitar condutas que possam motivar sua responsabilização, protegendo o patrimônio pessoal.

REFERÊNCIAS

AGUILERA, Maria Lucia. Responsabilidade de terceiros decorrente da prática de ilícitos e o lançamento de ofício: o caso da responsabilidade pessoal dos administradores. In: FERRAGUT, Maria Rita; NEDER, Marcos Vinicius (coords.). **Responsabilidade tributária**. São Paulo: Dialética, 2007, pp. 126-142.

AMARO. Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BECHO, Renato Lopes. **Elementos de Direito Cooperativo**. 2ª ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BECHO, Renato Lopes. **Tributação das Cooperativas**. 4ª ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BULGARELLI, Waldírio. **As Sociedades Cooperativas e a sua Disciplina Jurídica.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 7. v. 12. ed. aum. E atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERNANDES, Fabiana Carsoni. Solidariedade por Interesse Comum (Art. 124, Inciso I, do CTN): os Trabalhos de Rubens Gomes de Sousa Preparatórios do CTN e sua Influência na Compreensão do Dispositivo. **Revista Direito Tributário Atual**, [S. l.], n. 50, p. 133–160, 2022.

FERRAGUT, Maria Rita. **Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002**. São Paulo: Noeses, 2005.

NEDER, Marcos Vinicius. Responsabilidade solidária e lançamento fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2011. v. 15.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil.** v. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

SANTIAGO, Igor Mauler; GOUVEIA, Marco Antonio Cintra. Responsabilidade exclusiva do mercador de créditos tributários falsos. **Revista consultor jurídico** Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2025-mai-07/responsabilidade-exclusiva-do-mercador-de-creditos-tributarios-falsos/>. Acesso em: 22 mai. 2025.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito Tributário**. 09 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito Tributário**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

SOUSA, Rubens Gomes de. **Compêndio de legislação tributária**. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

TAKANO, Caio Augusto. Em Busca de um Interesse Comum: Considerações acerca dos Limites da Solidariedade Tributária do Art. 124, Inc. I, do CTN. **Revista Direito Tributário Atual**, [S. l.], n. 41, p. 82–116, 2023.

THENÓRIO FILHO, Luiz Dias. **Pelos caminhos do cooperativismo: com destino ao crédito mútuo**. São Paulo: Central das Cooperativas de Crédito de São Paulo, 1999.

PIS E COFINS: CRÉDITOS DE SHIP OR PAY

ALINE CARDOSO DE FARIA

Doutora em Direito Tributário pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Mestre em Direito Tributário pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Conselheira da 3ª Seção de Julgamento do CARF. Professora convidada da Pós Graduação da FGV, Advogada licenciada.

MICAELA DOMINGUEZ DUTRA

Pós-Doutora e Doutora em Direito Tributário pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Público de Brasília (IDP), Pós graduada em direito tributário pelo IDP, Consultora Jurídica da PETROBRAS, Professora de direito tributário da graduação do IBMEC/RJ, Professora Convidada de Direito Tributário da Pós Graduação do IBMEC, FGV, CEPED-UERJ, Mackenzie, Membro da Comissão de Especial de Assuntos Tributários da OAB-RJ, Conselheira da ABDF, Membro do grupo de pesquisas de prevenção de litígios – CENAPRET, membro do grupo de pesquisas de tributação e gênero da FGV/SP, Professora do Grupo de Estudos do IBMEC sobre precedentes em matéria tributária, Coordenadora do Projeto Mulheres no Tributário.

SUMÁRIO: I. Introdução; II. Conceito de Insumo Para fins de Crédito de PIS e COFINS - RESP 1.221.170/PR e Nota SEI Nº 63/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF; III. Despesas com *Ship or Pay*; 1. IV. Tratamento dos créditos de "*Ship or Pay*" no âmbito do CARF; V. Conclusão

I. INTRODUÇÃO

PIS e COFINS são contribuições para a seguridade social, instituídas pela União, nos termos da competência outorgada pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) nos arts. 195 e 239.

Essas contribuições podem seguir o sistema cumulativo e o não cumulativo, nos termos do art. 195, § 12, da CRFB, e as Leis nºs: 10.637/2002 e 10.833/2003 instituíram, respectivamente, o PIS e a COFINS não cumulativas. E essa não cumulatividade, diferentemente da do ICMS e IPI, é totalmente definida pela lei, não tendo base constitucional, conforme ampla jurisprudência do STF.

Todavia, uma das maiores dificuldades dos tributos não cumulativos é a definição do que efetivamente gera crédito, afinal é o crédito que garante a neutralidade tributária e evita o efeito em cascata da tributação, buscando isolar por elo da cadeia a tributação, já que a cada elo se abate do tributo devido o valor do tributo pago no elo anterior, via crédito escritural.

Como não existe a possibilidade de se enumerar de forma taxativa todas as despesas que ensejam o crédito, diversas vezes se põe de lados opostos o Fisco e o contribuinte, por um não considerar que aquela despesa gera crédito, enquanto o outro considera viável e devida aquela apuração.

Não à toa, a reforma tributária em andamento, que visa melhorar a tributação do consumo e que gera a substituição do PIS e da COFINS pela CBS – contribuição sobre bens e serviços – vem com uma sistemática de crédito amplo, partindo do pressuposto de que tudo gera crédito exceto aquilo que a lei vedar, que no caso foi bens e serviços de uso e consumo listados no art. 57 da LC 214/2023, bem como as hipóteses expressamente previstas na referida lei complementar.

De todo modo, enquanto não ocorre a extinção definitiva do PIS e da COFINS, vamos conviver com essas contribuições, e todos os litígios que surgiram a partir delas, dentre eles o de crédito.

No âmbito da indústria de óleo e gás, um debate conhecido é o da possibilidade de apuração de créditos a partir das despesas incorridas pelas empresas com as taxas de *Ship or Pay*, e é exatamente esse ponto que esse artigo visa analisar.

II. CONCEITO DE INSUMO PARA FINS DE CRÉDITO DE PIS E COFINS - RESP 1.221.170/PR E NOTA SEI Nº 63/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF

O art. 3º, inciso II, das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, determina que geram créditos de PIS e COFINS

> II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2º da Lei nº 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da TIPI;

Um grande debate judicial foi travado em torno do que consubstanciaria insumo, contudo, o STJ, ao julgar pela sua Primeira Seção, o RESP 1.221.170/PR[1] sob a sistemática dos recursos repetitivos, fixou de modo vinculante o conceito nos seguintes termos:

> O conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios da essencialidade ou relevância, vale dizer, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item – bem ou serviço – para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo contribuinte.

Portanto, se o bem ou serviço for essencial ou relevante para o desenvolvimento da atividade econômica do contribuinte é insumo, gerando direito ao crédito de PIS e COFINS. O grande problema que surgiu a partir dessa definição foi estabelecer o que seria essencial ou relevante para a atividade econômica do contribuinte, pois o precedente estabeleceu os limites semânticos das expressões "essencial" e "relevante", contudo eles vem sendo descumpridos de maneira recorrentes pela RFB, por conseguinte o julgado não teve o condão de pacificar os litígios sobre a apuração dos créditos, mas sim torná-los mais específicos.

Importante, nesse contexto lembrar, que diferentemente de um benefício fiscal, o crédito de PIS e COFINS apurado em razão de despesas que são enquadradas como insumos não exige interpretação literal nos termos do art. 111 do CTN, mas sim uma interpretação sistêmica, pois se está a definir como funcionará a sistemática da não cumulatividade, que tradicionalmente está pautada no fato gerador e base de cálculo do tributo.

1 STJ, Primeira Seção, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 24.04.2018.

Quer-se com isso dizer que se estamos a falar de IPI, o crédito é físico porque no IPI o fato gerador é a saída de estabelecimento industrial, e a base é o valor da saída, portanto tudo que agregue ao produto geraria crédito pois contribuiria com o valor da saída. Já no PIS e COFINS o fato gerador é a receita, e a base o total das receitas, portanto as despesas que geram créditos estão atreladas a tudo que contribui para a geração de receita.

E diz-se isso porque a não cumulatividade é uma técnica de tributação que se amolda ao tipo de tributo por ela delineado. Por conseguinte, analisar o conceito de insumo e dizer que uma despesa integra ou não ele parte de uma análise que envolve conhecimento técnico da atividade, e nada tem que ver com ampliação indevida de benefício fiscal.

A PGFN editou a Nota SEI Nº 63/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF, com o fito de orientar a Administração Tributária Federal a interpretar o entendimento fixado pelo STJ no recurso repetitivo já citado, sendo relevante destacar a seguinte observação veiculada no referido documento:

> Observação 1. Observa-se que o STJ adotou a interpretação intermediária acerca da definição de insumo, considerando que seu conceito deve ser aferido à luz dos critérios de essencialidade ou relevância. Deve-se, pois, levar em conta as particularidades de cada processo produtivo, na medida em que determinado bem pode fazer parte de vários processos produtivos, porém, com diferentes níveis de importância. Vale destacar que os critérios de essencialidade e relevância estão esclarecidos no voto da Ministra Regina Helena Costa, de maneira que se entende como critério da essencialidade aquele que "diz com o item do qual dependa, intrínseca e fundamentalmente, o produto ou serviço", a)"constituindo elemento essencial e inseparável do processo produtivo ou da execução do serviço" ou "b) quando menos, a sua falta lhes prive de qualidade, quantidade e/ou suficiência". Por outro lado, o critério de relevância "é identificável no item cuja finalidade, embora não indispensável à elaboração do próprio produto ou à prestação do serviço, integre o processo de produção, seja: a) "pelas singularidades de cada cadeia produtiva" **b) seja "por imposição legal**."

Portanto, a Procuradoria da Fazenda deixou claro que quando determinada despesa é fruto de obrigação legal, estaria ela incluída no conceito de insumo, desde que vinculada à atividade produtiva, por ser relevante, o que geraria o direito de crédito. Tem-se que nesse ato normativo, a PGFN aplicou os limites semânticos estabelecidos pelo STJ para interpretação das expressões essencial e relevante.

III. DESPESAS COM *SHIP OR PAY*

Todas as empresas que exploram gás natural, precisam viabilizar o seu transporte, e, para tal devem observar as regras estabelecidas pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), nos termos do fixado nos artigos 7º e 8º, inciso VI, da Lei nº 9.478/1997, c/c Resolução ANP nº 15/2014, que dispõem:

> Art. 7º Fica instituída a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíves - ANP, entidade integrante da Administração Federal Indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis, vinculada ao Ministério de Minas e Energia. (…)
> Art. 8º A ANP tem como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural, dos combustíveis sintéticos, dos biocombustíveis, do hidrogênio de baixo carbono e da captura e da estocagem geológica de dióxido de carbono, no que lhe compete conforme a lei, cabendo-lhe:(…)
> VI - estabelecer critérios para o cálculo de tarifas de transporte dutoviário e arbitrar seus valores, nos casos e da forma previstos nesta Lei;

A ANP, com o fito de regular e resguardar a continuidade das operações de transporte de gás, editou a Resolução 15/2014, que traz os componentes da tarifa de transporte de gás e o seu objetivo:

> Art. 4º O serviço de transporte prestado pelo transportador será remunerado por meio de tarifas de transporte, as quais devem atender aos seguintes princípios:
> I - Representar a contraprestação da operação eficiente, segura e confiável do Gasoduto de Transporte;
> II - Permitir que o Transportador obtenha receita suficiente para arcar com os seus custos e despesas vinculados à prestação do Serviço de Transporte, obrigações tributárias, assim como para a obtenção da remuneração justa e adequada do investimento em bens e instalações vinculados à prestação do Serviço de Transporte e a respectiva depreciação e amortização da Base Regulatória de Ativos, o que corresponde à sua Receita Máxima Permitida; e
> III - não implicar tratamento discriminatório ou preferencial entre Carregadores.
> Art. 5º A tarifa de transporte aplicável a cada serviço de transporte deve ser composta por uma estrutura de encargos relacionados à natureza dos custos, despesas e investimentos atribuíveis a sua prestação, devendo refletir:
> I - Os custos, despesas e investimentos incorridos em bases econômicas que efetivamente contribuam para a prestação do respectivo Serviço de Transporte;
> II - Os determinantes de custos, tais como a distância entre os pontos de recebimento e de entrega, a capacidade de transporte, o volume movimen-

tado, o desequilíbrio entre os volumes recebidos e entregues, e o prazo de contratação;
III - uma remuneração justa e adequada do investimento durante a sua vida útil esperada.
§ 1º Os determinantes de custo de trata o inciso II do presente artigo devem observar a participação de cada Carregador e/ou Serviço de Transporte que lhe caiba na ocorrência desses custos e a qualidade relativa entre os tipos de Serviços de Transporte oferecidos.
(…)
Art. 8º A Tarifa de Transporte aplicável ao Serviço de Transporte Firme será estruturada, no mínimo, com base nos seguintes encargos:
I - Encargo de capacidade de entrada: destinado a cobrir os investimentos relacionados à capacidade de recebimento, e os custos e as despesas fixos da prestação do Serviço de Transporte Firme;
II - Encargo de capacidade de transporte: destinado a cobrir os investimentos relacionados à Capacidade de Transporte;
III - Encargo de capacidade de saída: destinado a cobrir os investimentos relacionados à capacidade de entrega;
IV - Encargo de movimentação: destinado a cobrir os custos e as despesas variáveis com a movimentação de gás.
Parágrafo único. A parcela dos custos e despesas fixos relacionados à capacidade de entrega, de forma compatível com sua natureza, pode ser alocada no encargo de capacidade de saída."

Aludidas verbas foram, contudo, individualizadas exatamente para que a ANP pudesse fiscalizar o cumprimento do exposto no inciso II do artigo 4º c/c 22, ambos da Resolução 15/2014.

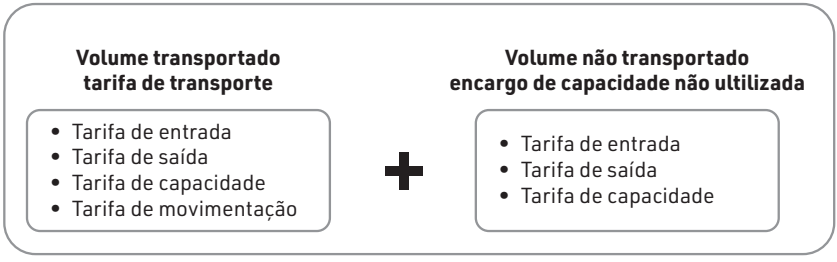
Veja que o pagamento segregado da denominada cláusula *ship or pay* decorre de uma exigência normativa, que foi formulada pela Agência Reguladora responsável pelo segmento de óleo e gás, portanto não importa se é item relativo a transporte não realizado – capacidade de transporte, mas sim que a norma legal impõe o recolhimento dessa tarifa por fazer parte da especificidade atinente aos contratos de transporte de gás.

Nesses contratos, o *carregador*, contrata a empresa *transportadora* para prestar o serviço de transporte do gás natural por meio de dutos nos trechos discriminados nos respectivos instrumentos contratuais. Portanto, o objeto do contrato é o transporte do gás natural no volume demandado, a ser efetivado pela transportadora via fluxo contínuo, e dentro das condições estabelecidas pelos órgãos regulamentadores e fiscalizadores.

No preço contratado está, dentre outros elementos, a *tarifa de ship or pay*, que é cláusula obrigatória do contrato por exigência do órgão regulador e tem o seu fundamento de validade nos dispositivos no art. 8º, VI da Lei 9.478/1997, c/c Resolução ANP nº 15/2014.

Abaixo, ilustra-se como funciona a composição do encargo de transporte, seja para o transporte efetivo do gás ou para o encargo de transporte não realizado:

Ship or pay – Infográfico



Desse modo, seja por força de lei (artigo 1º, incisos I, II, III e V e artigo 44, V, ambos do Lei 9.478/1997), seja em razão dos compromissos contratuais assumidos, é imposta à concessionária e contribuinte a obrigação de garantir o abastecimento ininterrupto do gás. E, por isso, é fundamental que a disponibilidade da contratada esteja garantida, o que se faz via pagamento de tarifas que visam justamente garantir a manutenção do fluxo contínuo do gás.

Atente-se para o fato de que a referida resolução, ao prever uma estrutura "mínima", admite a existência de outros custos a serem considerados no dimensionamento individual da tarifa, além de confirmar que se trata de uma única tarifa, composta de diversas parcelas ou rubricas.

Essa segregação foi feita com o fito de viabilizar a fiscalização do cumprimento da exigência de pagamento da tarifa por parte da ANP (inciso II do artigo 4º c/c artigo 22 da Resolução ANP nº 15/2014).

Na linha do fixado no julgamento do RESP 1.221.170/PR e da Nota SEI Nº 63/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF, a RFB editou a Instrução Normativa RFB 2.121/2022, fixando que:

> Art. 177. Também se consideram insumos, os bens ou os serviços especificamente exigidos por norma legal ou infralegal para viabilizar as atividades de produção de bens ou de prestação de serviços por parte da mão de obra empregada nessas atividades.
> Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica nas hipóteses em que a exigência dos bens ou dos serviços decorrem de celebração de acordos ou convenções coletivas de trabalho.

Por conseguinte, toda a despesa relevante, assim entendida, inclusive, a fruto de determinação legal, pode ser considerada insumo para fins de crédito de PIS e COFINS se vinculada a atividade da empresa.

O STJ ao julgar o Recurso Especial 1.984.655/SP, em 29/11/2022, o Tribunal concluiu que a tarifa *Ship or Pay* constitui uma parte do preço contratual[1].

Diante desse contexto, tendo em vista que o encargo de capacidade (*Ship or pay*) é parcela obrigatória que compõe a tarifa de transporte do gás, em razão de disposição legal e regulatória, sendo seu pagamento condição para o escoamento do gás e concretização da atividade-fim de empresas que extraem e transformam o gás, imperioso se concluir que se trata de uma despesa que pode ser classificada como insumo, já que relevante para a atividade fim da empresa que atua no mercado de gás, o que enseja o direito ao crédito, nos termos do inciso II, artigo 3º das Leis nºs 10.833/2003 e 10.637/2002. Frise-se: o *ship or pay* não é insumo relacionado ao gás propriamente considerado (produto), mas ao serviço de transporte contratado!

Importante destacar que o direito de crédito conferido pelas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 se dá sobre o valor pago pelos bens e serviços adquiridos e classificados como insumos, não havendo qualquer tipo de exceção ao que compõe o preço pago, por isso inviável uma análise sobre a tarifa de transporte de gás para retirar dela rubricas, reduzindo assim o direito ao crédito.

Entretanto, caso não fosse acatado todo esse racional desenvolvido a demonstrar o direito ao crédito a partir da jurisprudência do STJ e interpretação da Procuradoria da Fazenda Nacional e Receita Federal, viável seria defender, de modo subsidiário, que o crédito seria devido com base no artigo 3º, inciso IV das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003, pois poderia se enquadrar o pagamento do encargo

de capacidade como aluguel de máquinas e equipamentos, vez que representam a obrigatoriedade de ser disponibilizada à contratante um complexo sistema industrial de dutos (máquinas e equipamentos), destinados a viabilizar o transporte da demanda de gás contratado.

1. IV. TRATAMENTO DOS CRÉDITOS DE "*SHIP OR PAY*" NO ÂMBITO DO CARF

Inicialmente, ao realizar uma pesquisa pelo termo "*Ship ou Pay*" através da plataforma "VER" no sítio do CARF[2] obtém-se 41 resultados. Além do montante em discussão, tal fato demonstra a relevância e frequência com que a matéria é examinada no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

Ao proceder a segregação dos resultados encontrados verifica-se que o entendimento das Turmas Julgadoras da 3ª Seção do CARF é dispare; por vezes caminha em sentido favorável à possibilidade de creditamento das despesas relacionadas aos contratos de "*Ship or Pay*", e, ora, em sentido contrário ao desconto destas mesmas despesas.

Destarte, considerando as premissas fixadas nos tópicos anteriores do presente artigo é imperioso analisar com maior detalhamento os argumentos utilizados pela fiscalização, e, posteriormente convalidados em sede recursal, para manter ou reverter as glosas sobre os respectivos contratos com o fito de lançar luz sobre a perquirida uniformidade das decisões administrativas. Condição indispensável para garantir a segurança jurídica e a confiança na relação fisco contribuinte.

De antemão, nota-se que no ano de 2024, a 1ª Turma Ordinária, da 1ª Câmara da 3ª Seção adotou uma postura conservadora, pautada em uma interpretação restritiva do conceito de insumo e na negativa de creditamento das despesas objeto das cláusulas de "*Ship or Pay*". No ano subsequente (2025) observa-se uma postura aportada na observância da legislação impositiva que disciplina a formulação dos preços e cláusulas contratuais na modalidade "*Ship or Pay*" encampanada pela 2ª Turma Ordinária, da 2ª Câmara da 3ª Seção.

Nessa linha de intelecção, destacam-se dois julgados contrários a viabilidade de creditamento das despesas decorrentes dos contratos "*Ship or Pay*": Acórdão nº 3101-003.874, processo julgado em 20 de agosto de 2024 e Acórdão nº 3102-002.761, processo julgado em 16

2 Projeto VER Pesquisa realizada em 05/08/2025.

de outubro de 2024 (ambas oriundas da 1ª Turma Ordinária, da 1ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento – CARF). Para fins didáticos, após análise das supracitadas decisões, passa-se ao exame das decisões em sentido diametralmente oposto, ou seja, hipóteses que autorizaram o creditamento das sobreditas despesas.

Isto posto, o ponto central examinado no Acórdão nº 3101-003.874 se estabeleceu sobre a apuração de créditos de insumos na prestação de serviços ligados ao pagamento de gás natural por gasodutos, especificamente aos encargos pagos pela capacidade não utilizada, decorrente dos contratos de "*Ship or Pay*".

Para lavrar o auto de infração, a autoridade fiscal justificou a glosa das despesas decorrentes das cláusulas contratuais em exame, na patente existência de discricionariedade contratual entre as partes, senão vejamos:

> Nem se alegue a essencialidade ou a imprescindibilidade na tomada de créditos sobre a parcela denominada "Ship or Pay". **Não há como aceitar uma cláusula contratual pactuada entre as partes (mera liberalidade) possa elidir o prescrito na legislação tributária.** Tampouco, criar critérios para se considerar que um determinado gasto ou despesa possa ter seu valor tomado como base de cálculo de créditos descontáveis das exações devidas. (Grifos nossos).

Após abordar aspectos relacionados aos custos de fretes, a autoridade fiscal concluiu que não se poderia calcular o crédito decorrente do frete na operação de venda com base na hipótese de que toda a Capacidade Contratada de Transporte será utilizada, quando o que determina o crédito é somente a venda e o transporte efetivo do produto em virtude desta operação de venda. Deste modo, restou fixado o seguinte entendimento:

> Encargo de Transporte Contratado (Capacidade Contratada de Transporte – utilização potencial – não dá direito a crédito) – Encargo de Transporte Efetivo (Faturamento de Transporte – utilização efetiva – dá direito a crédito) = Encargo de Transporte Não Utilizado (Ship or Pay – não dá direito a crédito).

Ao reanalisar a questão, a DRJ manteve os créditos em litígio sob o argumento de inexistência de previsão legal para apropriação de crédito de despesas acessórias previstas em contratos de transporte, conhecidas como "*Ship or Pay*". Na oportunidade, restou destacado que a possibilidade de apropriação definida no art. 3º, IX, da Lei nº 10.833/03, aplica-se tão-somente a despesa com o frete em si.

Nos termos do voto do Relator do Acórdão nº 3101-003.874, por circunstância do julgamento do Recurso Voluntário interposto pela contribuinte, em que pesem as considerações acerca do arcabouço legislativo, notadamente as regras instituídas pelas Leis n° 9.478/1997 (Lei do Petróleo) e a Lei n° 14.134/2021 (Lei do Gás) e pela Resolução ANP n° 15/2014, que disciplina a obrigatoriedade e a forma de composição dos preços aplicáveis aos contratos dessa natureza, a discussão foi direcionada para o esclarecimento da seguinte questão:

> **a)** analisar se o valor do transporte para fins de creditamento (tanto do inciso II como do IX do art. 3°) deve corresponder o preço do transporte contratado (Encargo de Transporte Contratado, que inclui o SoP) ou apenas o preço do transporte utilizado ou efetivo (Encargo de transporte efetivo, que não inclui o Sop).

Isto posto, pautado na interpretação extraída das Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003 o Relator concluiu que "para fins de crédito das contribuições a título de insumos, o tratamento a ser dado à parcela da despesa relacionada à efetiva utilização dos dutos para o transporte de gás (transporte prestado) difere do tratamento a ser dispensado à parcela do gasto relativa à capacidade dos dutos não utilizada (transporte contratado)".

Destarte, subsistiria uma diferença entre a parcela relacionada à efetiva utilização dos dutos – compreendida como uma contrapartida por um serviço prestado em relação à parcela do gasto relativo à capacidade não usada – verificada a inexistência de contrapartida e direcionada para cobrir os investimentos relacionados à capacidade de transporte.

Os argumentos destacados no voto do Acórdão nº 3101-003.874 para manutenção da glosa sobre a cláusula "*Ship or Pay*" podem ser assim resumidos: *a*) a parcela SoP não é passível de creditamento com base no inciso II e nem do inciso IX do art. 3° pois não é um gasto com o transporte do gás natural efetivamente utilizado na produção de bens destinados à venda e tampouco na operação de venda; b) a parcela SoP é um gasto oriundo de específica condição contratual/legal para utilização dos dutos, cujo valor arrecadado tem destinação específica para cobrir custos de manutenção das fornecedoras dos dutos de transporte.

Nesse contexto, no que tange à análise da (im)possibilidade de aproveitamento dos créditos derivados das despesas identificadas como "*Ship or Pay*" é relevante destacar o resultado exarado no Acórdão nº 3102-002.761, que nada obstente tenha adotado os mesmos funda-

mentos colacionados no Acórdão nº 3101-003.874, denota especial diferença com a decisão antecessora.

Enquanto no Acórdão nº 3101-003.874, datado de 20 de agosto de 2024, a decisão pela impossibilidade de creditamento dos contratos de "*Ship or Pay*" foi unânime, no Acórdão nº 3102-002.761, a decisão que denegou o creditamento foi obtida através de voto de qualidade. Ademais, ao proceder o detalhamento das razões apresentadas no voto vencido, foram registradas importantes considerações sobre a responsabilidade legal imposta a contribuinte e acerca do adequado tratamento da matéria em âmbito administrativo.

Em fevereiro de 2025, o CARF novamente se debruçou sobre o aproveitamento dos créditos da clausula "*Ship or Pay*" em uma série de julgados. Para fins de análise no presente artigo evidenciam-se os Acórdãos nº 3202-002.340, nº 3202-002.360, nº 3202-002.359.

Ab initio, observa-se que os fundamentos elucidados para glosa das despesas de "*Ship or Pay*" foram similares aos utilizados nos Acórdãos datados de 2024; nessa esteira, com base no Termo de Verificação Fiscal, a glosa se deu com fulcro no entendimento de que "[…] quando o sujeito passivo paga despesas de transporte de produtos por terminais na modalidade "*Ship or Pay*", na verdade pagou por um serviço efetivamente não prestado, ou seja, efetivamente não houve transporte de carga com custo de frete incluso". Ainda, não existiria previsão legal para tomada de crédito das contribuições ao PIS e da COFINS sobre fretes não inclusos nos custos de aquisição dos serviços ou produtos. (Acórdão nº 3202-002.340).

Ao realizar o aprofundamento da questão a Relatora do Acórdão nº 3202-002.340 identificou a particularidade do contrato de "*Ship ou Pay*" e entendeu tratar-se de um modelo de controle tarifário pelo custo, com forte preocupação com a viabilidade do serviço de transporte. De modo que as Tarifas de Transporte de gás natural para Gasodutos de Transporte devem (i) ser previamente aprovadas pela ANP; (ii) representar a contraprestação da operação eficiente, segura e confiável do Gasoduto de Transporte; e (iii) permitir que o Transportador obtenha receita suficiente para arcar com os seus custos e despesas vinculados à prestação do Serviço de Transporte.

Em outro trecho do voto, a Relatora destacou que da análise dos contratos colacionados aos autos, e nos termos do artigo 4º, inciso II e artigo 5º, §1º da Resolução ANP nº 15/2014, a alegada discricionarie-

dade utilizada pela fiscalização para glosar as despesas inerentes aos contratos de "*Ship or Pay*", não encontra amparo legal quando realizada uma interpretação sistemática, senão vejamos.

> "(…) não há que se falar em liberdade das partes em convencionar o referido encargo, uma vez que tal cobrança observa os critérios para cálculo de tarifas de transporte dutoviário estabelecidos pela ANP, sendo imprescindível, para liberação do exercício da atividade, a aprovação e homologação das tarifas pela agência reguladora, nos termos da Lei nº 9.784/97 e Resolução nº 15/2014".

Além disso, o Acórdão nº 3202-002.340 afastou a conclusão das autoridades lançadora e julgadora *a quo* de que o SoP seria parcela recuperável e firmou o entendimento de que a disponibilização do sistema dutoviário – destinado a viabilizar o transporte da demanda de gás contratada, se enquadra no conceito de serviço, sendo certo que deve ser considerado como insumo para fins de creditamento das contribuições ao PIS e da COFINS, nos termos do artigo 3º, inciso II, das Leis nº 10.833/03 e 10.637/02.

Da exposição da matéria, confirma-se controvérsia interpretativa entre a 1ª e 2ª Turma de Julgamento da 3ª Seção do CARF.

Adicionalmente, deve-se destacar a acertada mudança de perspectiva sobre a natureza e enquadramento legal da cláusula "*Ship or Pay*" empreendida no ano de 2025 por meio do resultado exarado nos Acórdãos nº 3202-002.340, nº 3202-002.360, nº 3202-002.359.

Destarte, ao considerar as particularidades do caso concreto aliada a necessidade de observância das disposições legais no exercício da atividade de transporte de gás da contribuinte, as decisões administrativas elencadas no parágrafo supra abordaram a questão com percuciência, de modo a se tornarem não apenas fonte de consulta, mas precedentes importantes sobre a matéria.

Por derradeiro, é de se notar que a coerência das decisões administrativas é um pilar primordial para assegurar a segurança jurídica entre fisco e contribuinte, evitando, assim, o indesejado contencioso judicial.

V. CONCLUSÃO

Temos que na indústria de óleo e gás as despesas incorridas com a tarifa de gás ligada à capacidade do duto devem ser consideradas insu-

mos e viabilizar o crédito nos termos do fixado no art. 3º, inciso II das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003 pelas seguintes razões:

1. A tarifa de capacidade de transporte (*Ship or Pay*) integra a tarifa do preço do gás fixada pela ANP, não sendo possível decotar seus itens para fins de viabilizar a apuração do crédito por falta de previsão legal, já que inegável que integra o preço pago pelo serviço de transporte;
2. A tarifa *Ship or Pay* é uma rubrica obrigatória a constar no preço de transporte de gás por se tratar de uma imposição posta pela ANP, traduzindo-se em exigência legal e regulatória (art. 8º, VI da Lei 9.478/1997, c/c Resolução ANP nº 15/2014);
3. A tarifa *Ship or Pay* deve ser classificada como insumo da atividade das empresas que trabalham com extração e tratamento do gás pois relevante para sua atividade que exige o transporte já que fruto de imposição legal, sendo tal conclusão respaldada pelo entendimento vinculante do STJ fixado no RESP 1.221.170/PR, na Nota SEI N° 63/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF e no art. 177 da Instrução Normativa RFB 2.121/2022.
4. Em âmbito administrativo, embora sejam colacionadas decisões minoritárias contrárias ao aproveitamento de crédito derivados da cláusula "*Ship or Pay*", nota-se que o exame mais apurado da matéria fixa o entendimento favorável ao aproveitamento dos respectivos créditos.
5. Nesse sentido, os Acórdãos nº 3202-002.340, nº 3202-002.360, nº 3202-002.359 se revestem da qualidade de precedentes de observância indispensável sobre o creditamento de Pis/Cofins envolvendo os contratos em que a cláusula "*Ship or Pay*" houver sido estipulada.

CONFORMIDADE COOPERATIVA FISCAL: O PAPEL DA REFORMA TRIBUTÁRIA SOBRE O CONSUMO

ANA LUIZA LEITE

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Julgadora Administrativo Tributário do Tribunal Administrativo Tributário de Pernambuco – TATE/SEFAZ-PE.

JOSÉ ANDRÉ WANDERLEY DANTAS DE OLIVEIRA

Doutor em Direito Tributário (Universidade de Salamanca/Espanha/2007), título obtido com a Menção European Doctor. Mestre – Master in Law of Advanced Studies in International Taxation (University of Leiden/International Tax Center/Holanda/2006). Professor Adjunto de Direito Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito do Recife, da Universidade Federal de Pernambuco, atuando nos Programas de Graduação e Pós-graduação em Direito da UFPE. Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil – Conselheiro Titular da 1ª Seção do CARF. E-mail: andredantas1@yahoo.com.br.

SUMÁRIO: 1. Considerações Iniciais.; 2. Conformidade fiscal: um formato em construção; 2.1. Calibragem entre poder e confiança; 2.2. A regulação responsiva enquanto instrumento de concretização; 3. Conformidade cooperativa fiscal, regulação responsiva e a reforma tributária sobre o consumo no Brasil; 3.1. O objetivo; 3.2. O lado bom da história; 3.3. A parte que não deve ser esquecida; 3.4. O jogo não acabou; 4. Conclusão; Referências

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

Parte das primeiras ideias relacionadas à conformidade cooperativa fiscal foi germinada na Austrália em 1998, quando o país reformava sua legislação tributária e buscava apoio popular para sua implementação. À época, em meio a uma profunda transformação na forma de cobrar impostos, o "Australian Taxation Office" desenvolveu um Modelo de Conformidade que buscava conduzir o cidadão australiano a voluntariamente adimplir seus tributos, tornando mais efetiva e menos custosa a arrecadação (Braithwaite, 2007).

Passadas mais de duas décadas, o Brasil vive contornos semelhantes. No final de 2023, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 132/2023, que modificou as bases da tributação sobre o consumo e criou, em substituição aos tributos PIS, COFINS, IPI, ICMS e ISS, um Imposto sobre Valor Agregado, de forma dual, subdividido em Contribuição sobre Bens e Serviços - CBS, de competência da União e Imposto sobre Bens e Serviços - IBS, de competência compartilhada entre Estados e Municípios.

O momento, portanto, parece propício para repensar a postura dos brasileiros diante de sua responsabilidade de pagar tributos e, com base neste novo cenário normativo, otimizar a relação Fisco-contribuinte. Interessa, ademais, compreender o papel e os efeitos da aplicação de uma regulação responsiva no Brasil, a partir dos novos textos constitucionais e infraconstitucionais relacionados à reforma tributária sobre o consumo, com foco nas possíveis interferências no comportamento do contribuinte e da Administração Pública Tributária.

A criação de uma regulamentação tributária responsável e respeitosa, contudo, deve considerar as nuances da sociedade brasileira, caracterizada por grande desigualdade social e pouca confiança na execução dos planos de governo, o que torna ainda mais difícil hastear a bandeira do dever fundamental de pagar impostos (Nabais, 1998).

2. CONFORMIDADE FISCAL: UM FORMATO EM CONSTRUÇÃO

2.1. CALIBRAGEM ENTRE PODER E CONFIANÇA

A noção de *compliance* cooperativo tributário envolve o cumprimento conforme das normas tributárias, baseado na comunicação cooperativa, previsível e respeitosa entre Fisco e contribuintes, em so-

breposição à clássica relação adversarial e estanque observada entre estes mesmos atores. Neste sentido, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE (2013) vem defendendo uma mudança de perspectiva, de forma a favorecer a proatividade em detrimento da habitual postura reativa.

Nas palavras de Erich Kirchler (2008), o convívio entre a Administração Tributária e o contribuinte pode permear-se por um clima antagônico, numa relação semelhante à de polícia-ladrão, ou por um clima sinérgico, que mais se aproximaria do contato serviço-cliente.

De toda forma, ressalta o mesmo autor que a relação de confiança nas autoridades tributárias não deve retirar destas o seu poder diante dos contribuintes, pontuando que na verdade é a interação entre ambos os elementos – poder e confiança – que contribui efetivamente com a elevação do nível de conformidade tributária.

Neste sentido, afirma Erich Kirchler (2008) que o poder das autoridades tributárias pode inclusive aumentar a confiança depositada nelas, a depender de como ele é repassado aos cidadãos e por eles interpretado.

A necessidade dessa reformulação relacional advém da constatação de que são muitas as razões que influenciam, de forma positiva ou negativa, o contribuinte na decisão de recolher os impostos que lhe são cobrados, de modo que o pagamento não é automático, tampouco decorre unicamente do poderio fiscal.

A inconformidade dos contribuintes pode se dar pela falta de informações, pela incapacidade de arcar com os valores cobrados ou pelos altos custos que envolvem o cumprimento integral das normas tributárias. A intenção resoluta de não quitar os tributos, portanto, não é necessariamente a principal barreira à conquista do *tax compliance*.

Por outro lado, as motivações que levam ao adimplemento são igualmente vastas, incluindo sentimento de culpa, receio de sofrer fiscalização, medo de desaprovação social e até a consciência do cumprimento do dever cívico (Raskolnikov, 2009, p. 691).

De toda forma, remanescem os deliberadamente desinteressados no cumprimento das obrigações fiscais, razão pela qual o conceito de conformidade fiscal não pode representar o abandono da autoridade da Administração Tributária frente ao contribuinte.

2.2. A REGULAÇÃO RESPONSIVA ENQUANTO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO

Em busca da aplicação da *compliance* cooperativa fiscal no âmbito das Administrações Tributárias, os projetos até então desenvolvidos no mundo utilizam parâmetros ligados ao direito à informação, a uma conexão respeitosa e à redução da complexidade.

Assim, ao autorizar que o contribuinte acesse as informações fiscais gerais e as formas de cobrança, o Fisco poderá demonstrar o respeito às especificidades empresariais e econômicas de cada setor de contribuintes e o tratamento isonômico destinado aos grupos que possuem características semelhantes, elevando o sentimento de justiça fiscal e a moral tributária dos envolvidos.

É que a transparência na cobrança dos valores e na concessão de benefícios permite evidenciar o tratamento igualitário entre as empresas contribuintes e, por consequência, afastar suspeitas de utilização da tributação como forma de concorrência desleal.

Para isso, importa sobremaneira que a Administração Tributária aprimore a sua consciência comercial, ou seja, amplie seus conhecimentos acerca dos negócios desenvolvidos pelos contribuintes, de modo a compreender as características de cada setor e os meios de concretização de suas operações comerciais (Couto, 2024).

Ademais, a entrada do contribuinte no mundo fiscal, não apenas na condição de sujeito passivo de deveres, mas como efetivo integrante da engrenagem tributária, com capacidade para formular opiniões e dialogar com o Fisco, pode favorecer uma postura mais cooperativa e interessada do responsável pelo adimplemento do tributo.

Neste sentido, um instrumento que colabora com a concretização da conformidade fiscal é a implementação de uma regulação responsiva, ou seja, a formação de um conjunto normativo que estabeleça condições efetivas à transparência, à relação dialógica entre os participantes do ciclo da tributação e à simplicidade.

Note-se, contudo, que os projetos de implementação da regulação responsiva não devem ser categorizados como simples tentativa de humanizar o formalismo regulatório. Para além disso, busca-se "influenciar o fluxo de eventos" (Braithwaite, 2007) relacionados ao cumprimento das normas tributárias, a fim de fortalecer os laços entre os atores envolvidos e criar incentivos à conformidade fiscal.

De fato, a utilização de incentivos previamente estabelecidos no ordenamento jurídico, com variações a depender do perfil e do histórico do contribuinte, acompanhadas de maior ou menor intervenção forçada, constitui um meio de influenciar o fluxo tributário e conduzir ao caminho da conformidade.

Neste ponto, importa atentar que a categorização e a classificação dos contribuintes, realizadas pelo Fisco, devem ser continuamente revistas, como forma não apenas de testar a legitimidade do sistema, mas igualmente de avaliar os resultados obtidos. É importante, então, que a regulamentação responsiva preveja um prazo periódico para rever as classificações fixadas, ponderando acerca do funcionamento e da adequação da seleção.

Por outro lado, é interessante que a norma estabeleça o tempo mínimo de permanência do contribuinte na classificação, como requisito para usufruir do incentivo pleiteado. Embora o *compliance* cooperativo tributário almeje uma relação transparente e cooperativa, não se deve perder de vista que comportamentos oportunistas continuarão a existir e é preciso que a Administração Tributária possua instrumentos para combatê-los.

Na verdade, o sistema de regras de conformidade deve ser construído em conjunto com a análise das motivações fiscais dos contribuintes e considerando as expectativas e os resultados alcançados, de modo a permitir certa mobilidade na operacionalização deste objetivo.

3. CONFORMIDADE COOPERATIVA FISCAL, REGULAÇÃO RESPONSIVA E A REFORMA TRIBUTÁRIA SOBRE O CONSUMO NO BRASIL

3.1. O OBJETIVO

O interesse por uma Administração Fiscal mais dialógica, que admita uma interação segura, transparente e eficaz entre o Fisco e os contribuintes, também vem ocupando espaço nos meios acadêmico, científico e administrativo do Brasil. Cientes dos valores gastos com a cobrança coercitiva de tributos, e considerando o "custo da divergência" (Cavalcante, 2023), ambientada em um contencioso lento e não resolutivo, os estudiosos procuram uma forma de estimular o adimplemento voluntário e consciente dos contribuintes brasileiros.

Neste compasso, a Reforma Tributária sobre o Consumo, veiculada por meio da Emenda Constitucional nº 132/2023 e da Lei Complementar nº 214/2025, e suplementada pelo Projeto de Lei Complementar nº 108/2024, ainda em tramitação no Senado Federal, surge no Brasil como uma oportunidade de fomentação da conformidade cooperativa fiscal por meio do instrumento da regulação responsiva.

De fato, nos termos veiculados pela Assessoria Especial de Comunicação Social do Ministério da Fazenda (2023), um dos principais objetivos da reforma tributária sobre o consumo é reduzir a complexidade da tributação, assegurando transparência e estimulando a cidadania fiscal. Os referidos ingredientes, se bem orquestrados, certamente favorecem um ambiente de maior cumprimento voluntário das obrigações tributárias.

Nada obstante, da análise dos textos aprovados, bem como daquele que aguarda aprovação pelo Congresso, é possível verificar que, ao lado de alguns avanços nesta área, residem igualmente pontos de estagnação e até mesmo de retrocesso em relação à criação de um modelo de conformidade no sistema tributário brasileiro.

3.2. O LADO BOM DA HISTÓRIA

Ao observar o desenvolvimento do Programa de Assessoramento Técnico à implementação da Reforma Tributária sobre o Consumo – PAT-RTC e os debates realizados no Congresso Nacional durante a tramitação dos projetos, percebe-se que o processo legislativo caminhou aberto ao recebimento de relatórios técnicos, laudos e documentos, bem como à visita de representantes de órgãos e instituições especializados nos mais diversos setores. Segundo a Exposição dos Motivos da Lei Complementar nº 214/2025 (2024), as instâncias do PAT-RTC participaram de mais de 70 audiências e analisaram insumos técnicos em número superior a 200.

A escolha acerca do desenho da tributação do Imposto Seletivo sobre bebidas alcóolicas, por exemplo, foi alvo de debate na Câmara dos Deputados (2024) em relação à aplicação da alíquota *ad valorem* e *ad rem*, considerando fatores como teor alcóolico da bebida e volume. À época, a Casa Legislativa organizou audiências públicas com a presença de instituições sociais e empresas relacionadas à promoção da saúde e à fabricação de bebidas, envolvendo ainda a oitiva de especialistas jurídicos, inclusive professores acadêmicos e representantes do

Fisco. Esta construção legislativa coletiva, embora aquém do desejado e muitas vezes permeada por influências políticas e econômicas indesejáveis, certamente harmoniza-se com as bases fundantes da regulação responsiva.

Da mesma forma, considerando que a estrutura atual abriga o ICMS, um imposto de competência estadual e direcionado essencialmente à circulação de operações envolvendo mercadorias, e o ISS, um tributo de competência municipal, cujo fato gerador é a prestação de serviços, a aglutinação de ambas as exações fiscais em um único tributo, o IBS, será capaz de aterrar imbróglios jurídicos relacionados à separação da base tributável entre serviços e mercadorias. É bem verdade que outros pontos de divergência surgirão, como naturalmente ocorre em relação regulamentações jurídicas novas, mas é importante considerar que controvérsias atuais, que geram um contencioso expressivo, deverão ser solucionadas em virtude desta unificação.

No mesmo sentido, a previsão expressa de não-cumulatividade plena, excetuando-se tão somente o aproveitamento de crédito relacionado a operações de uso ou consumo pessoal, afasta discussões habituais acerca do conceito de insumo, de crédito intermediário e de distinções entre crédito físico e crédito financeiro. Por conseguinte, a elaboração de um tributo unificado e de um sistema de apuração mais amplo e linear convergem com a comunicação previsível e cooperativa defendida na regulação responsiva e favorável à conformidade.

Ademais, cada um dos vinte e sete Estados e dos mais de cinco mil Municípios possuem atualmente regulamentação própria para subsidiar a cobrança do ICMS e do ISS, o que gera um acervo legislativo de montante quase incalculável. Nestes termos, o novo texto constitucional, ao presentear o IBS com uma legislação única e uniforme no território nacional (artigo 156-A, IV da Constituição Federal), vai ao encontro da conformidade cooperativa fiscal, em face do ganho de simplicidade e de transparência.

Da mesma forma, a criação da CBS, de competência da União, com mesmo fato gerador, base de cálculo, hipóteses de não incidência, regimes específicos e sujeito passivo do IBS, diferenciando-se apenas quanto à alíquota e ao sujeito ativo, permite que as normas de natureza material tributária de ambos os tributos sejam concentradas e, portanto, com aptidão para reduzir a complexidade instaurada no sistema atual, no qual convivem de forma desarmônica e segmentada leis tributárias

específicas sobre IPI, PIS e Cofins, ICMS e ISS. Assim, a Lei Complementar nº 214/2025, em seu Título I, trata de normas gerais que servem ao IBS e à CBS, o que certamente dialoga com os fundamentos da regulação responsiva.

Para além disso, a Lei Complementar nº 214/2025 já prevê um estímulo ao *compliance* fiscal, ao determinar no artigo 39, §3º, I um prazo reduzido para ressarcimento de créditos a recuperar, caso o solicitante esteja enquadrado em programa de conformidade desenvolvido pelo Comitê Gestor do IBS ou pela Receita Federal do Brasil. Vê-se, portanto, uma solução que adere à ideia de categorizar o comportamento dos contribuintes, separando aquele que exige coerção fiscal mais efetiva daquele que demonstra maior abertura à conformidade e, portanto, faz jus a incentivos específicos.

Arremate-se que a norma complementar referida ainda determina que o regulamento do IBS *preverá* regras uniformes de conformidade tributária, incluindo pontos relacionados à orientação, à autorregularização e ao tratamento diferenciado (artigo 480, §5º). O texto, portanto, não estabelece uma possibilidade, mas impõe que o regulamento trate do tema, especificando inclusive aspectos importantes. Evidencia-se, dessa forma, não apenas uma intenção legislativa, mas um efetivo regramento que deverá ser concretizado em norma de menor hierarquia.

3.3. A PARTE QUE NÃO DEVE SER ESQUECIDA

Embora o conjunto legislativo tributário advindo da reforma contenha alguns elementos merecedores de uma avaliação positiva, os projetos de alteração constitucional e infraconstitucional não carregam uma importante transformação estrutural, capaz de alinhavar uma verdadeira regulação responsiva no Brasil e, dessa forma, efetivamente fomentar a conformidade cooperativa fiscal.

É importante, neste contexto, averiguar até que ponto os debates com as instituições sociais e com as empresas do setor privado, bem como os documentos técnicos e científicos fornecidos pela comunidade, foram de fato considerados para fins de construção das novas normas tributárias. É bastante salutar que os responsáveis pela edição das emendas à Constituição e das leis mantenham espaço de diálogo com a sociedade, entretanto é preciso que a escuta seja ativa e atenciosa, ou seja, que os novos ares sejam capazes de interferir no ambiente

legislativo. E este mecanismo é importante não apenas porque inclui o contribuinte na estrutura tributária, mas especialmente porque o vincula, de forma que, enquanto participante ativo, ele se compromete com o cumprimento da regra fiscal.

Por outro lado, a opção do legislador por privilegiar de forma injustificada grupos específicos de determinados setores econômicos, politicamente influentes, cria um sistema de tributação disforme e injusto, que impacta negativamente no tecido social e, por conseguinte, no cumprimento voluntário das obrigações tributárias.

Essa balança que mede, de um lado, a oitiva e a consideração dos argumentos propostos pela comunidade e, de outro, a necessidade de não criar privilégios distorcidos, parece ter sido mal utilizada pelo poder constituinte derivado. Com efeito, embora estabeleça que o IBS será informado pelo princípio da neutralidade (artigo 156-A, §1º da Constituição Federal), a Emenda Constitucional nº 132/2023 prevê uma sequência de regimes específicos de tributação direcionado a setores econômicos diversos e sem qualquer justificativa jurídica e social plausíveis, como o caso dos planos de assistência à saúde de animais domésticos, sujeitos a alíquota do IBS e da CBS reduzida em 30% (artigo 243 da Lei Complementar nº 214/2025), bem como dos serviços de hotelaria, parques de diversão e parques temáticos (artigo 156-A, §6º, IV da Constituição Federal), beneficiados com alíquota reduzida em 40% (artigo 281 da Lei Complementar nº 214/2025). O sistema, assim, afasta-se da neutralidade inicialmente desejada e aproxima-se de uma estrutura de regalias não fundamentadas numa relação dialógica com a sociedade.

Doutra banda, inobstante a inserção dos princípios da transparência, da simplicidade e da cooperação no artigo 145, §3º da Constituição Federal, verifica-se que parte do sistema vigorará em desacordo com esses preceitos fundamentais.

Em relação à fiscalização acerca do cumprimento do IBS, efetivada pelos auditores fiscais dos Estados e/ou dos Municípios, por exemplo, o Projeto de Lei Complementar nº 108/2024 prevê a possibilidade de um procedimento fiscalizatório conjunto entre os entes subnacionais, que figurarão como titular e cotitular. A fiscalização conjunta ampara-se na esperança de cooperação entre os entes envolvidos, mas o próprio texto normativo já evidencia certa desconfiança nesta harmonia ao estabelecer uma espécie de procedimento prévio (artigo 3º,

§5º do PLP 108/2024), durante a fiscalização, para as hipóteses de divergência entre titular e cotitular acerca da interpretação, da base de cálculo ou do fato gerador do IBS. A estrutura moldada, portanto, cria um procedimento prévio dentro do procedimento de fiscalização, o que não apenas gera o risco de extinção do crédito tributário ante o decurso da decadência, em face do tempo despedindo até a resolução do conflito interno, mas igualmente afasta-se da simplicidade almejada. Registre-se que a possibilidade de discordância entre os envolvidos na fiscalização é bastante possível, considerando a diversidade de interesses e, ademais, que o crédito tributário relativo à penalidade pertencerá ao ente federativo que promover a fiscalização (artigo 54 do PLP nº 108/2024). Neste aspecto, portanto, o cenário que se vislumbra é de complexidade e desordem.

Cite-se também que a escolha política pelo IVA-dual, de forma a criar dois tributos – a CBS e o IBS – bastante semelhantes quanto aos seus elementos formadores, mas de competência de entes federativos distintos, é suficiente para lançar insegurança jurídica ao sistema tributário, notadamente em relação aos contenciosos administrativo e judicial. Neste ponto, é importante observar que, da forma em que estruturado o contencioso administrativo pelo PLP nº 108/2024 até o momento, não haverá instância de uniformização de jurisprudência entre CBS e IBS com poder para analisar questões de fato. Isso porque, no âmbito do processo administrativo, o Comitê de Harmonização encarregar-se-á da uniformização da jurisprudência quanto ao IVA-dual, mas com limitação para a análise do direito em tese (artigo 111 do PLP nº 108/2024 combinado com o artigo 321 da Lei Complementar nº 214/2025). Da mesma forma, no que toca ao processo judicial, o Superior Tribunal de Justiça ficará a cargo da análise de controvérsias jurídicas envolvendo IBS e CBS (artigo 105, "j" da Constituição Federal), mas esta Corte restringe sua avaliação a questões de direito em tese, deixando questões de fato para análise das instâncias ordinárias.

Por conseguinte, uma visão sistemática do contencioso tributário brasileiro evidencia que, embora CBS e IBS possuam características bastante semelhantes, será possível que os processos administrativo e judicial a eles relativos resultem em análise fática diversa, sem oportunidade de integração futura da decisão. E restará aos contribuintes e demais atores envolvidos uma sensação de incompreensão, de insegu-

rança e de injustiça, fatores que não caminham ao lado dos princípios constitucionais da simplicidade, da transparência e da cooperação.

Frise-se ainda que os projetos de reforma tributária não privilegiaram um ponto deveras importante: a necessidade de estabelecer condições normativas à efetiva redução dos índices de regressividade e de injustiça fiscal no Brasil. Este tema, por si só relevante para o desenvolvimento do país e para a atenuação da desigualdade socioeconômica exacerbada que presenciamos nos dias atuais, é igualmente pertinente para a promoção do cumprimento voluntário das obrigações tributárias pela comunidade. Com efeito, os professores André Felipe Canuto Coelho e José André Wanderley Dantas de Oliveira (2019) constataram que moral fiscal e comportamento de conformidade são dois elementos que se relacionam positivamente e, ademais, que a progressividade efetiva contribui com o combate à sonegação fiscal.

Neste campo, a reforma tributária trouxe tímidos acenos de redução da regressividade. A previsão do "cashback" é louvável, enquanto um instrumento de devolução de valores pagos a título de tributo à população menos favorecida, mas atingirá tão somente o responsável por unidade familiar de baixa renda inscrita no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal – CADÚnico (artigo 113 da Lei Complementar nº 214/2025), grupo que não contempla a base da pirâmide socioeconômica brasileira. Por outro lado, a bem-vinda ampliação da base de cálculo do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA apareceu no novo texto constitucional ao lado de uma série de exceções à incidência do imposto (artigo 155, §6º, III da Constituição Federal), o que muito provavelmente servirá de estratégia ao planejamento fiscal abusivo e, ao final, dificultará o cumprimento do propósito legislativo. Por fim, a imposição da progressividade ao Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação – ITCMD (artigo 155, §1º, VI da Constituição Federal) esbarra na limitação de alíquota máxima fixada pelo Senado Federal, atualmente de 8%, de modo que, ainda que escalonada a aplicação dos percentuais, a estrutura tributária impede a implantação de uma progressividade efetiva, que tribute proporcionalmente mais os ocupantes do topo da pirâmide e resulte em redução das desigualdades econômicas.

Finalmente, um ponto que merece destaque é o relativo às penalidades pecuniárias previstas no PLP nº 108/2024. Da análise dos artigos 55 a 60 deste texto normativo em tramitação, observa-se inicialmente que o legislador infraconstitucional buscou instituir uma Unidade

Padrão Fiscal do Imposto sobe Bens e Serviços – UPF/IBS, no valor de R$ 200,00, com previsão de atualização mensal, para fins de cobrança de parte das sanções pecuniárias. Assim, o ato de entregar com atraso a escrituração contábil, por exemplo, se mantidos os moldes do projeto, será penalizado com multa de 30 UPF/IBS (artigo 59, XIV do PLP nº 108/2024). Esta escolha legislativa de utilizar padrões no lugar do valor em si não induz simplicidade e transparência, ao contrário, distancia o contribuinte do jogo tributário.

Nota-se ainda que as penalidades pecuniárias aplicadas são uniformes para todos os contribuintes, sem qualquer gradação efetiva. Cite-se, a título exemplificativo, a hipótese de não declaração e não recolhimento do IBS, que será penalizada com multa de 75% sobre o valor do imposto (artigo 58 do PLP nº 108/2024). Ora, aquele que se comporta de modo a prejudicar a arrecadação e, por conseguinte, a comunidade, deve sofrer a punição adequada, mas é necessário escalonar os contribuintes, partindo daqueles que usualmente obedecem às normas fiscais e portanto merecem punições mais brandas, passando pelas situações intermediárias, até alcançar os que repetidamente optam por não cooperar e que, então, devem arcar com sanções mais severas.

É bem verdade que o artigo 60, §1º do PLP nº 108/2024 estabelece uma redução no percentual da multa aos contribuintes que participem de programa de conformidade veiculado pelo Comitê Gestor do IBS. Ainda assim, a medida é insuficiente, já que se limita a separar os "conformes" dos "não conformes", sem prever um verdadeiro escalonamento, que identifique os comportamentos dos sujeitos passivos e promova uma gradação paulatina e regulada das penalidades.

Da forma em que disposto o tópico das penalidades no PLP nº 108/2024, portanto, percebe-se que o texto mais se aproxima do formalismo regulatório, consubstanciado em regras fixas e universais, sem adesão ao princípio da igualdade material. Ajustes, dessa forma, são necessários.

3.4. O JOGO NÃO ACABOU

Considerando que o PLP nº 108/2024 e os regulamentos do IBS e da CBS aguardam tramitação legislativa, é salutar acreditar que a porta para a construção de uma regulação responsiva no Brasil, com o fim de alcançar uma melhora no cumprimento voluntário das obrigações tributárias a um custo social mais baixo, ainda se encontra aberta. Para

além disso, é sempre possível aperfeiçoar as normas já aprovadas e em vigor, respeitando os processos legislativos previstos na nossa Constituição Federal.

Ademais, é importante que a construção do novo texto legislativo tributário compreenda o alcance dos *nudges* fiscais, para fins de implementação de uma regulação responsiva. *Nudges* fiscais são desenhos de políticas tributárias, com utilização de estratégias de comunicação e fundamento na economia comportamental, cuja finalidade é intervir positivamente no comportamento do contribuinte por meio de práticas simples e de baixo custo, visando a melhora nos índices de conformidade fiscal. Não se trata, portanto, de medidas coercitivas, como sanções diretas, mas de orientações suaves e persuasivas, como o encaminhamento de lembretes de inadimplência fiscal antes da adoção de medidas mais rígidas, a prestação de informações acerca do impacto social dos impostos e do índice de adimplência fiscal por região e a apresentação clara de opções de pagamento (Feitosa; Cruz, 2019).

A utilização dessas técnicas pode representar um caminho viável e econômico ao cumprimento voluntário das obrigações tributárias e é recomendável que, desde logo, recebam o aval da legislação mediante a previsão da possibilidade de sua execução.

Registre-se, de todo modo, que os *nudges* fiscais direcionam-se a determinados perfis de contribuintes, capazes de absorver o incentivo e melhor se comportar. Em relação aos que insistem em não cooperar, a Administração Pública precisará manter sua feição punitiva.

4. CONCLUSÃO

A conformidade fiscal, dentro da ideia de *compliance* cooperativo, busca um equilíbrio entre autoridade e confiança na relação entre Fisco e contribuintes. No lugar de basear-se apenas na punição, esse modelo defende o diálogo para incentivar o pagamento devido dos tributos. No entanto, isso não significa que o poder do Fisco deve ser reduzido. Pelo contrário, o uso dessa autoridade pode fortalecer a confiança dos contribuintes e aumentar a adesão às regras. Fatores como informação, clareza nas cobranças e sensação de justiça são essenciais para influenciar positivamente o comportamento dos contribuintes. Isso reforça que, além da fiscalização, é importante criar incentivos que estimulem uma relação mais colaborativa com o Fisco.

A regulação responsiva, por sua vez, funciona como um instrumento de fortalecimento da conformidade fiscal, por meio da qual a construção das normas é realizada de forma coletiva e o texto é produzido com intuito de proporcionar simplicidade, transparência, diálogo, eficiência e compreensão na relação Fisco-contribuinte.

No Brasil, a reforma tributária sobre o consumo representa uma oportunidade para a implementação de uma regulação responsiva que favoreça o adimplemento voluntário das obrigações tributárias. Ao propor simplificação, transparência e estímulo à cidadania fiscal, a reforma oferece uma abertura relevante para a construção de um sistema mais dialógico e eficiente. No entanto, apesar dos avanços normativos, persistem desafios estruturais que limitam a efetividade dessa transformação, como a manutenção de privilégios setoriais, a ausência de mecanismos robustos de progressividade e a complexidade ainda presente em aspectos da fiscalização e do contencioso.

De todo modo, ainda há tempo para redirecionar a rota, considerando os projetos e regulamentos em tramitação, além da possibilidade de reformas legislativas. Por conseguinte, a implementação de programas de conformidade, de incentivos proporcionais ao comportamento do contribuinte e o uso de estratégias como os *nudges* fiscais podem funcionar como um caminho ajustado ao adimplemento voluntário com menor custo social.

A consolidação da regulação responsiva no Brasil, portanto, exige uma escuta ativa do legislador perante a sociedade, a eliminação de distorções e, ao final, a elaboração de um sistema tributário que una simplicidade, justiça fiscal e confiança mútua.

REFERÊNCIAS

BRAITHWAITE, Valerie. **Responsive regulation and Taxation: Introduction**. Law & Policy, Vol. 29, Nº 1, 2007.

CAVALCANTE, Denise Lucena. **Conformidade Fiscal: Estímulos à Autorregularização.** Direito Tributário: Estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira. ed. Recife-PE: Ordem dos Advogados do Brasil – Seção PE, 2023. p. 94.

COELHO, André Felipe Canuto; OLIVEIRA, José André Wanderley Dantas. **How to fight tax evasion: real progressivity. Combatendo a sonegação fiscal mediante uma progressividade efetiva**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 118, p. 13-51, jan/jun.2019.

COUTO, Deivison Roosevelt do. Análise do Programa Confia de que trata o Projeto de Lei 15/2024 à luz da conformidade cooperativa fiscal recomendada pela OCDE. Disponível em: https://rtrib.abdt.org.br/index.php/rtfp/article/view/774/397. Acesso em 26/05/2025. p. 136.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Grupo de Trabalho sobre a Regulamentação da Reforma Tributária, Imposto Seletivo.** Audiência Pública em 24/06/2024. https://www.youtube.com/live/RaU8kU42g_M?si=3pbA4z8Dz5fGa97p. Acesso em 06/07/2025.

FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; CRUZ, Antonia Camily Gomes. **Nudges fiscais: a economia comportamental e o aprimoramento da cobrança da dívida ativa.** Pensar, Revista de Ciências Jurídicas. Fortaleza, v. 24, n.4, p.1-16, out/dez.2019.

KIRCHLER, Erich. HOELZL, Erik. WAH, Ingrid. **Enforced versus voluntary tax compliance: The "slippery slope" framework**. Journal of Economic Psychology, 2008.

MINISTÉRIO DA FAZENDA DO BRASIL. **Exposição de Motivos ao Projeto de Lei Complementar nº 214/2025**. https://www.google.com/url?sa=i&url=https%3A%2F%2Fwww.planalto.gov.br%2FCCIVIL_03%2FProjetos%2FAto_2023_2026%2F2024%2FPLP%2Fexm%2FExm-038-24-MF.doc&psig=AOvVaw0Z3iEbcR5Bz9TOItDCmphS&ust=1751663272356000&source=images&cd=vfe&opi=89978449&ved=0CAQQn5wMahcKEwiQv8KqzKGOAxUAAAAAHQAAAAAQBA. Acesso em 03/07/2025

MINISTÉRIO DA FAZENDA DO BRASIL. **Reforma Tributária – Perguntas e Respostas.** https://www.gov.br/fazenda/pt-br/acesso-a-informacao/acoes-e-programas/reforma-tributaria/arquivos/perguntas-e-respostas-reforma-tributaria_.pdf. Acesso em 07/07/2025

MOURA, Jersilene de Souza. **Educação Fiscal e Compliance Tributário no Brasil** – uma correlação difícil de provar, mas fácil de perceber. Dissertação (Mestrado), 2020.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Contributo para a compreensão constitucional do Estado Fiscal Contemporâneo. Coimbra: Almedina, 1998.

OECD. **Co-operative Compliance: a framework: from enhanced relationship to co-operative Compliance**. Paris: OECD Publishing, 2013.

RASKOLNIKOV, Alex. **Revealing Choices: Using Taxpayer choice to target tax enforcement.** Columbia Law Review, Vol. 109, 2009. p. 691.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Lei complementar 214/2025 comentada: ibs, cbs e is.** 1ª Edição. São Paulo: Atlas Jurídico, 2025.

A CUMULAÇÃO DE GLOSA DE DESPESAS COM PAGAMENTOS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL E DA BASE DA CSLL COM A EXIGÊNCIA DO IRRF PREVISTO NO ART. 61 DA LEI N. 8.981/1995

ANDRÉ SEVERO CHAVES

Advogado. Professor. Ex-Conselheiro Titular da 1ª Seção do Carf. Presidente do IPDT (Instituto Piauiense de Direito Tributário). Mestrando em Direito Tributário pelo IBDT. MBA em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ). Pós-graduado em Processo Civil.

DANIEL RIBEIRO SILVA

Advogado licenciado. Professor. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais. Especialista em Direito Tributário. Conselheiro Vice Presidente de Turma da 1ª Seção do CARF. Subsecretário da Fazenda e Diretor Geral de Previdência do Município de Salvador/BA Vice Presidente da ACONCARF. Conselheiro do Conselho de Assuntos Fiscais e Tributários - CAFT/FIEB. Colaborador da Comissão de Direito Tributário da OAB/BA. Parecerista da Revista de Doutrina e Jurisprudência - RDJ do TJDF. Atuou como Conselheiro Titular e Vice Presidente do Conselho Estadual da Fazenda da Bahia e do Conselho Municipal de Tributos de Salvador.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Noções gerais do Lucro Real; 1.1. Dedutibilidade das despesas na apuração do lucro real; 2. Glosa de Despesas com Pagamentos; 2.1. Objetivo e aplicação; 2.2. Fiscalização precedente à glosa de despesas; 3. Imposto de Renda Retido na Fonte, art. 61, Lei 8.981/95; 3.1. Incidência; 3.2. Natureza Jurídica: Tributo X Sanção; 3.3. Jurisprudência administrativa e Aplicação do IR-Fonte.; 4. A cumulação de glosa de despesas com pagamentos na apuração do Lucro Real e da Base da CSLL com a exigência do IRRF previsto no art. 61 da Lei n. 8.981/1995.; Considerações finais; Referências

INTRODUÇÃO

Dentre os diversos temas relevantes que são tratados no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), a exigência de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e de Contribuições Sociais Sobre o Lucro Líquido (CSLL) por ocasião de Glosa de Despesas cumulados com Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) do artigo 61, Lei 8.981/95, é um dos que vem sendo analisados de forma recorrente.

O pontapé inicial desta temática é dado quando da tributação da renda exigida por ocasião do artigo 153, III, §2º[1], da carta magna, que confere à União competência para instituir o Imposto de Renda sobre renda e proventos de qualquer natureza. Abrangido pelo permissivo constitucional, o artigo 43[2] do Código Tributário Nacional (CTN) normatiza a ideia de *renda-acréscimo* no ordenamento jurídico vigente.

A partir disto, o presente artigo tem por objetivo a análise dos conceitos gerais que englobam os institutos em foco, a fim de determinar, segundo a jurisprudência administrativa fiscal, os preceitos legais que fazem base de sustentação para a possibilidade de cumulação da glosa de despesas com pagamentos e da exigência de IRRF do art. 61 da Lei 8.981/95.

1. NOÇÕES GERAIS DO LUCRO REAL

O Lucro Real é um dos regimes de tributação pelo qual a base de cálculo do IRPJ será determinada a partir da adoção de critérios de ajustes contábeis, no qual, partindo da apuração do lucro contábil,

1 CF. Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

III - renda e proventos de qualquer natureza;

§ 2º O imposto previsto no inciso III:

I - será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei;

2 CTN. Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior;

realizar-se-á a soma de receita e despesas, alcançando ao final, o lucro real efetivamente tributável pelo IRPJ.

Contudo, é importante destacar que, nem toda receita e nem toda despesa será reconhecida para fins tributários e, é nesta linha de pensamento, que os autores Luís Eduardo Schoueri e Roberto Quiroga Mosquera, definiram uma noção de lucro real como sendo *a somatória das receitas tributáveis e das despesas dedutíveis, em um determinado período*[3].

Conceitualmente, o lucro contábil ou lucro líquido, será alcançado ao fim dos demonstrativos financeiros obrigatórios conforme o artigo 176 da Lei 6.404/76, sendo o *resultado positivo* apurado pelo contribuinte em função das atividades prestadas e com base na escrituração contábil, nos princípios fundamentais de contabilidade, e na legislação comercial. Daí o motivo pelo qual discorremos que o lucro real advém de critérios contábeis, haja vista que, para determiná-lo com incidência tributária, o lucro líquido deve ser apurado primeiro.

Portanto, advindo da apuração do lucro líquido contábil, o contribuinte deverá realizar os ajustes previstos na legislação tributária, por meio de adições, exclusões e compensações cabíveis ao período de apuração, chegando, de modo igual, ao lucro real, que é a **base de cálculo** para a incidência do IRPJ.

Nesse sentido, para o autor Ricardo Ferreira:

> "O lucro real é determinado a partir do lucro líquido contábil do período de apuração do imposto, com base no que estabelece a legislação comercial. Apesar de algumas receitas lançadas contabilmente não serem tributáveis e algumas despesas não serem dedutíveis do Imposto de Renda, o lucro real é calculado a partir do lucro (ou prejuízo) contábil, apurado de acordo com a Lei nº 6.404/76. Somente após a apuração do resultado contábil são feitos os ajustes necessários ao cálculo do lucro real.[4] "
> (...)

Partindo então do lucro societário, cabe ao contribuinte adicionar, excluir ou compensar, quantificando, em seguida, a renda líquida patri-

3 SCHOUERI, Luís Eduardo. MOSQUERA, Roberto Quiroga. Manual da tributação direta da renda. São Paulo: IBDT,2020. P. 69.

4 FERREIRA, Ricardo J. Contabilidade Básica. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Ferreira, 2008, pg. 576.

monial ou o prejuízo fiscal do período, considerando sempre as aproximações e distanciamentos entre a contabilidade e o direito tributário[5].

Importante mencionar que o conceito de lucro real apresentado decorre da legislação tributária, onde o artigo 258 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/2018[6] estabelece que o lucro real é o lucro líquido após os ajustes de adições, exclusões ou compensações, autorizadas pelo Regulamento, dentro do período de apuração competente.

Assim, o legislador buscou adequar o lucro líquido as disposições tributárias, com vistas a permitir a tributação somente quando houver, efetivamente, disponibilidade da renda.

1.1. DEDUTIBILIDADE DAS DESPESAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL

Após a breve noção de lucro real estabelecida no tópico anterior, sabendo que para alcançar a base de cálculo de incidência do IRPJ e da CSSL, deverão ser feitos ajustes sobre o lucro líquido, ingressamos no ponto de origem da Glosa de Despesas, tratada no próximo capítulo.

Conforme dito anteriormente, é oportunizado ao contribuinte realizar *deduções* do lucro líquido contábil com o fito de ajustar a base de cálculo do lucro real para a incidência de IRPJ e CSLL. Nesse sentido, o Decreto 9.580 de 22 de novembro de 2018 (RIR/2018), traz consigo exemplos de despesas que são reconhecidas como *indedutíveis* da apuração do lucro real.

Dentre os dispositivos do referido regulamento, destacamos o artigo 311[7], *caput*, onde é preceituado que as despesas necessárias à manutenção das atividades empresariais poderão ser deduzidas. O §2º do

5 TOSELLI, Luís Henrique Marotti. Glosa de despesas e os desafios probatórios. In: BOSSA, Gisele Barra (Coordenadora). Eficiência Probatória e a Atual Jurisprudência do CARF. São Paulo: Almedina, 2020, p.251-275.

6 Art. 258. O lucro real é o lucro líquido do período de apuração ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas por este Regulamento (Decreto nº 9.580 de 22 de Novembro de 2018).

7 Art. 311. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, caput).

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).

mesmo artigo, impõe que as deduções serão admitidas quando consideradas *usuais* ou *normais* para o ramo de atividade da empresa, ou seja, despesas consideradas "anormais" ou "desnecessárias" serão indedutíveis para fins de tributação.

Como já mencionado, o RIR/2018 não apresenta um rol exaustivo, desse modo, objetiva fins meramente exemplificativos sobre as deduções consideradas indevidas pela legislação tributária por não atenderem aos requisitos estabelecidos no já mencionado artigo 311 do RIR/2018. Também, é possível determinar quais as despesas indedutíveis a partir das consideradas *adições* obrigatórias à apuração do lucro real, que constam ao longo RIR/2018.

Quanto a definição de "*necessário*", a Receita Federal do Brasil (RFB), por meio do antigo Parecer Normativo CST n.º 32/1981, declarou que "o gasto é necessário quando essencial a qualquer transação ou operação exigida pela exploração das atividades, principais ou acessórias, que estejam vinculadas com as fontes produtoras de rendimentos[8]".

Nessa linha, Bulhões Pedreira afirmou que a sua verificação se dá em concreto, ou seja, tendo sido deduzida conforme permissivo da legislação ou por sua natureza, a despesa foi efetivamente necessária para a empresa[9].

Já para Luiz Eduardo Schoueri, o requisito de necessidade das despesas se dá imediatamente com a transação ou operação a que ela se refere, e apenas mediatamente com a atividade empresarial[10].

Em relação a definição de despesas "normais", o mencionado parecer normativo afirma que este tipo de despesa é verificado comumente "no tipo de operação ou transação efetuada e que, na realização do negócio, se apresenta de forma usual, costumeira ou ordinária". Além disso, fora afirmado que o requisito de usualidade deve ser interpretado na *acepção de habitual na espécie de negócio*[11].

---

8 BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal. Coordenadoria do Sistema de Tributação. Parecer Normativo CST nº 32, de 1981. Jimir S. Doniak – Coordenador do Sistema de Tributação.

9 PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Imposto de Renda. Rio de Janeiro: 1971. Item 6,34(13), p. 6-20.

10 SCHOUERI, Luís Eduardo. GALDINO, Guilherme. Dedutibilidade de despesas com atividades ilícitas.

11 PARECER NORMATIVO CST nº 32/1981, op. cit.

Tais definições, têm sido utilizadas frequentemente pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) em seus julgamentos sobre o enquadramento de determinadas despesas como usuais ou habituais, contudo, é certo afirmar que a temática é alvo de divergências quando da delimitação do alcance das regras contidas no regulamento vigente, já que o rol apresentado na legislação em comento não é exaustivo em suas definições de despesas indedutíveis.

Partindo da regra geral prevista no artigo 47 da Lei 4.506/1964[12] para as despesas operacionais serem consideradas dedutíveis nas apurações do IRPJ e da CSLL, o contribuinte deve submetê-las a quatro regras de verificação, quais sejam, (i) não serem custos; (ii) serem despesas necessárias; (iii) serem comprovadas e escrituradas; e (iv) serem debitadas no período-base competente. Portanto, havendo a existência dos requisitos mencionados essas despesas poderão ser "abatidas" da base de cálculo do lucro real.

Importante ter em mente que, para que a despesa seja usual não significa que deva ocorrer com frequência. É possível que uma empresa ocorra em despesa inovadora em busca de aumentar seu faturamento, por exemplo. Nesse sentido, Bulhões Pedreira afirmou que o que vai ser importante para a caracterização do requisito não é a prática histórica da empresa, mas sim o ramo de atividade exercida[13].

O requisito da normalidade está baseado, portanto, em afastar as despesas desvinculadas ao ramo econômico da empresa. De outra forma, a razão pela qual está exigido o requisito de que as despesas sejam usuais para serem operacionais consiste em afastar gastos que não são próprios da empresa, bem como os que não são necessários para o desenvolvimento da sua atividade.

Ainda, entende-se que necessidade não se caracteriza apenas em função do desenvolvimento do objeto social *strictu sensu* da pessoa jurídica, ou seja, não se compõe apenas do exercício da atividade-fim,

12 Art. 47. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e a manutenção da respectiva fonte produtora.

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa.

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

13 PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Imposto de Renda. Rio de Janeiro: 1971. Item 6,34(13), p. 6-21.

contudo, também pode se fazer presente com a relevância das despesas com os atos decorrentes da atividade empresarial, cuja causa pode variar de acordo com o contexto em que esteja inserida. Em outras palavras, não se adota mais o conceito de que a despesa deva estar diretamente ligada ao produto, mas essencial a atividade produtiva e que contribuam ao resultado fim almejado pela empresa.

Nessa orientação, o Acórdão n.º 1402.002.516[14] do CARF, quando concluiu pela indedutibilidade de despesas com realização de festas e manutenção de clube social, entendeu que o conceito de *necessidade* da legislação está relacionado à *essencialidade* das despesas para a atividade empresarial.

Entretanto, necessário ressaltar que a jurisprudência do CARF tem evoluído na análise fática e probatória, avançando na análise do patrimônio humano da empresa e no retorno que o bem estar social pode trazer para a produção. A exemplo do Acórdão n.º 1201-005.783[15] que acatou a dedutibilidade das despesas com confraternização de final de ano ou, ainda, no Acórdão 1401-007.038 em caso da Natura conforme declaração de voto deste coautor.

Assim, no âmbito de todos os conceitos apresentados, define-se que indedutíveis serão as despesas que sejam equivalentes a uma autonomia empresarial em realizar pagamentos que não deveriam, obrigatoriamente, serem feitos pela empresa, ou sejam, desnecessários, bem como as despesas que não forem comprovadas, que sejam referentes a períodos de competência diversa do que está em apuração e/ou as despesas não usuais para o ramo de atividade. [16]

2. GLOSA DE DESPESAS COM PAGAMENTOS

2.1. OBJETIVO E APLICAÇÃO

Glosa de despesas, no âmbito tributário, importa na desconsideração de uma despesa declarada para fins de redução da base de cálculo do lucro real. Com base no que já foi tratado sobre dedutibilidade anteriormente, as despesas que não forem consideradas dedutíveis, nos

14 Relator Conselheiro Caio Quintela, julgado em 17/05/2017.

15 Relatora Thais de Laurentiis Galkowicz em 15/03/2017.

16 SCHOUERI, Luís Eduardo. Manual da tributação direta da renda, (…). P. 79.

termos concebidos pelo RIR/2018 e demais legislações que tratam do assunto, serão glosadas para fins de incidência do IRPJ e da CSLL.

Portanto, quando ocorre a glosa, implica concluir que a Receita Federal (fisco) desconsiderou as deduções que o contribuinte informou ter tido durante o período competente para que houvesse a diminuição da base de cálculo do lucro real.

No caso em estudo, a glosa ocorre sob as *despesas com pagamentos deduzidas da apuração do lucro real* como forma de diminuir a base de cálculo de incidência do IRPJ e da CSLL. Contudo, tais despesas estão necessariamente vinculadas à lista *exemplificativa* da legislação, sendo dedutíveis, conforme já mencionado, apenas quando necessárias, normais e usuais ao ramo de atividade empresarial do contribuinte.

Para que a glosa seja devidamente apurada, o fisco deverá realizar auditoria dos documentos fiscais da empresa, resguardando sempre os direitos à ampla defesa e ao contraditório que o contribuinte detém advindos da Constituição Federal[17]. É de extrema necessidade que, após a finalização do procedimento fiscal, a autoridade extraia a devida comprovação da dedução indevida, para que se possa constituir a glosa.

Ademais, a efetiva fiscalização, aliada às diligências que averiguam os fatos informados pelo sujeito passivo, poderá ter grande aproveitamento para o diagnóstico de incidência, em conjunto, do Imposto de Renda Retido na Fonte contido no artigo 61 da Lei 8.981/95, mais bem detalhado à frente.

2.2. FISCALIZAÇÃO PRECEDENTE À GLOSA DE DESPESAS

Os procedimentos fiscais que apuram a desconsideração das despesas com pagamentos partem da efetiva transmissão da declaração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, passível de fiscalização a teor do preceituado pelo art. 9º, caput, do Decreto-Lei 1.598/77[18].

---

17 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

18 Art 9º - A determinação do lucro real pelo contribuinte está sujeita a verificação pela autoridade tributária, com base no exame de livros e documentos da sua escri-

A glosa de despesas ocorre, principalmente, quando há deduções indevidas, desnecessárias e anormais, que não poderiam ser consideradas custos ou despesas empresariais. Quando das apurações, a autoridade fiscal deve proceder com a glosa dessas despesas, efetuando o lançamento de IRPJ e CSLL sobre a quantia deduzida de forma indevida.

Um exemplo prático da situação em comento ocorreu no Acordão n.º 9101-007.023, da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), onde por unanimidade entendeu que, se o contribuinte deduziu despesas indedutíveis, essas devem ser devidamente glosadas à apuração do Lucro Real para que haja o ajuste da base de cálculo dos impostos devidos, sem prejuízo ao IRRF decorrente do pagamento sem comprovação ou causa[19].

Importante frisar que, após o encerramento da fiscalização, se o contribuinte não concordar com a glosa de despesas autuada pelo fisco, esse tem a possibilidade de instaurar o contencioso administrativo, podendo levantar instrução probatória do seu direito através de documentos fiscais hábeis e idôneos que demonstrem a legalidade da dedução das despesas.

Contudo, o entendimento jurisprudencial do CARF entende pela manutenção da glosa dessas despesas, ainda que o contribuinte agregue aos autos provas dignas de comprovar as despesas deduzidas do lucro líquido, quando os elementos probatórios não permitem *individualizar* e *identificar* os serviços tomados. Na falta desses critérios, torna-se crucial que o contribuinte exiba elementos suficientes à demonstração da

---

turação, na escrituração de outros contribuintes, em informação ou esclarecimentos do contribuinte ou de terceiros, ou em qualquer outro elemento de prova. Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977.

19 IMPOSTO DE RENDA NA FONTE. PAGAMENTOS A BENEFICIÁRIOS NÃO IDENTIFICADOS E/OU SEM COMPROVAÇÃO DA OPERAÇÃO OU SUA CAUSA. CONCOMITÂNCIA COM PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS A PARTIR DE PAGAMENTOS NÃO ESCRITURADOS. Procedente o lançamento que exige imposto de renda na fonte na situação em que o contribuinte, devidamente intimado, não logrou identificar os beneficiários de pagamentos e, cumulativamente, comprovar a operação correspondente e/ou sua causa. Não há qualquer incompatibilidade intrínseca entre a tributação do lucro e do faturamento, em face da presunção de omissão de receitas por falta de escrituração dos pagamentos, e o lançamento de IR/Fonte sobre pagamento a beneficiário não identificado ou sem causa. As bases jurídicas para tais incidências são completamente distintas. CARF, Acórdão 9101-007.023, julg. 06/06/2024.

efetiva concretização da despesa, esse é o posicionamento retratado no julgamento do Acórdão n.º 1302-003.483[20].

Outro exemplo, é o julgado do Acórdão nº 1302-003.996, de relatoria do Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo, onde o voto foi pela manutenção da glosa de despesas de confraternizações realizada pela empresa. A jurisprudência indica que tal dedução é mera *liberalidade*, não sendo necessária às suas atividades empresariais. Ainda, o relator invoca do Parecer CST n.º 322/1971, a argumentação de que, mesmo as confraternizações, devem guardar relação com as transações feitas pela empresa para que haja a possibilidade de serem deduzidas.

Assim, temos que a glosa de despesas está, intrinsecamente, relacionada ao disposto no artigo 311 do RIR/2018, já comentado anteriormente, eis que, não havendo a legalidade de dedução, não há motivos que impeçam que tal despesa seja glosada e seja incluída na base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Desta feita, a glosa de despesas com pagamentos configura instituto que objetiva corrigir contribuintes que, em sua liberalidade, optam por deduzir do lucro líquido despesas que não estão relacionadas à atividade-fim, que são desnecessárias, anormais e fora da usualidade padrão do ramo empresarial.

É nessa orientação que a esfera administrativa segue proferindo entendimentos jurisprudenciais no sentido de manter a glosa de despesas que não são consideradas legais, necessárias e indispensáveis ao ramo de empreendimento do contribuinte, fazendo com que haja o devido ajuste a base de cálculo do lucro real para incidências do IRPJ e da CSLL.

---

20 GLOSA DE DESPESAS IRPJ E CSLL NOTAS FISCAIS E RECIBOS QUE NÃO TRAZEM ELEMENTOS SUFICIENTES PARA IDENTIFICAR E INDIVIDUALIZAR OS SERVIÇOS TOMADOS Ainda que a exibição de notas fiscais e recibos possa ser admitida como prova hábil e idônea à comprovar as despesas deduzidas do lucro líquida, a falta de elementos e descrições que permitam identificar e individualizar os serviços tomados torna premente a necessidade de exibir elementos adicionais suficientes à demonstração da efetiva concretização dos aludidos serviços. CARF, Acórdão 1302-003.483, julgado em 15/04/2019.

3. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE, ART. 61, LEI 8.981/95

O Código Tributário Nacional – CTN, prevê no artigo 45, parágrafo único, poder para que a lei atribua responsabilidade à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis, quando estiver em condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam.

Tratando sobre o tema, Aliomar Baleeiro entendeu que, o legislador, por simples *facilidade ou comodidade de arrecadação* e controle, escolheu a técnica de retenção ou desconto na fonte, no inglês "*stoppage at source", "pay as you go"* ou *"pay as you earn",* para imprimir mais eficiência à máquina de arrecadação do imposto sobre a renda, prevenindo a sonegação ou a displicência do titular dos créditos[21].

Para o autor, o Imposto de Renda Retido na Fonte teve surgimento por motivos de praticidade ou até mesmo pelas limitações territoriais da lei brasileira, com incidência única e exclusiva, cabendo a fonte pagadora reter e recolher o tributo à repartição competente[22].

Como é cediço, o IRRF também é previsto pela Constituição Federal, às disposições contidas nos artigos 157[23] e 158[24], que tratam da atribuição de competência para a instituição do Imposto de Renda sobre a Fonte.

---

21 Cf. BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 313.

22 IBID, p.314.

23 Art. 157. Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal:

I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título [04], por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;

24 Art. 158. Pertencem aos Municípios:

I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;

3.1. INCIDÊNCIA

Originalmente, foi a Lei n.º 4.154/1962[25] que instituiu o IRRF sobre rendimentos declarados como pagos ou creditados por sociedades anônimas, quando não houvesse a *indicação da operação* ou *causa que deu origem* ao rendimento, bem como quando a fonte não *indicasse o beneficiário individualmente*.

Atualmente, o preceito legal do IR-Fonte em estudo é previsto no artigo 61 da Lei n.º 8.981/95, que define as hipóteses de incidência do imposto paradigma, regulamentado também pelos artigos 730 e 731 do Decreto n.º 9.580/2018 (RIR/18), que dispõem que todo *pagamento* efetuado pelas pessoas jurídicas *a beneficiários não identificados* será sujeito à incidência do imposto[26].

Partindo do estudo dos dispositivos mencionados, especificamente do artigo 61 da Lei n.º 8.981/95, tem-se que o imposto de renda retido na fonte possui duas possibilidades para a sua exigência, quais sejam: (i) pagamentos a beneficiários não identificados (*caput*) e (ii) pagamentos cuja operação ou causa não tiver comprovação (com previsão no §1º)[27].

---

25 Art. 3º As pessoas jurídicas somente deverão pagar os rendimentos especificados nos incisos 3º e 6º do artigo 96 do Regulamento a que se refere o art. 1º e na alínea "a" do art. 8º desta lei:

(…)§ 3º Aplicar-se-á também o disposto neste artigo aos rendimentos declarados como pagos ou creditados por sociedades anônimas, quando não forem atendidas as condições estabelecidas no § 4º do art. 37 do Regulamento referido no art. 1º desta lei. Art. 37. Constitui lucro real a diferença entre o lucro bruto e as seguintes deduções

(…)§ 4º Não são dedutíveis as importâncias que forem declaradas como pagas ou creditadas a título de comissão, bonificações, gratificações ou semelhantes, quando não for indicada a operação ou a causa que deu origem ao rendimento e quando o comprovante do pagamento não individualizar o beneficiário do rendimento;

26 Decreto n.º 9.580/2018 (RIR/18). Art. 730. Fica sujeito à incidência do imposto sobre a renda exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, ressalvado o disposto em normas especiais (Lei nº 8.981, de 1995, art. 61, caput).

27 Lei nº 8.981, de 1995 - Art. 61. Fica sujeito à incidência do Imposto de Renda exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, ressalvado o disposto em normas especiais.

§ 1º A incidência prevista no caput aplica-se, também, aos pagamentos efetuados ou aos recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou

Analisando as hipóteses mencionadas, o sujeito passivo tem, então, o lançamento *ex officio* de alíquota no percentual 35%, quando não houver identificado o beneficiário e/ou comprovada a motivação do pagamento. Além disso, quando os pagamentos mencionados forem alvo de dedução indevida da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, ocorrerá também a glosa de despesas, conforme já clarificado nos capítulos anteriores.

Interpretando o dispositivo, pode-se dizer também que o legislador teve o objetivo de auxiliar o fisco, com o fito de evitar que pessoas jurídicas sejam utilizadas como "ponte" para esconder os beneficiários do pagamento, quando este for naturalmente ilícito[28].

Já em relação ao ônus probatório da exigência do IRRF, tem-se que a fiscalização deve buscar elementos de identidade do beneficiário do pagamento e não tão somente buscar por provas que indiquem pagamentos "sem causa" e/ou "motivação". Apenas a evidência de pagamento sem causa é motivo suficiente para a *glosa de despesas*, mas não para incidência do IRRF. Nesta linha, se não restar comprovado o efetivo pagamento, igualmente não subsistirá a exigência do IRRF. Em suma, para a glosa de despesas bastará comprovar o não cumprimento de um dos requisitos de dedutibilidade, por sua vez, para a exigência do IRRF necessário em primeiro momento comprovar o efetivo pagamento, pare então comprovar que o mesmo foi a beneficiário não identificado, sem causa ou sem motivação. Neste particular foi a posição do Acórdão 1401-002.351[29] de Relatoria do Cons. Daniel Ribeiro Silva.

---

não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa, bem como à hipótese de que trata o § 2º, do art. 74 da Lei nº 8.383, de 1991.

28 Como interpretou Marotti Toselli, (A Tributação da "Propina" (…) p.132.): "adotando, porém, uma interpretação sistemática e teleológica e, ajeitando-se na estrutura lógica no qual inserido, forçoso concluir que o artigo 61 da Lei nº 8.981/1995 tem o propósito de evitar que empresas sejam utilizadas como "ponte" para esconder os recebedores da propina, inibindo, com isso, o rastreamento do destino da renda e sua tributação".

29 GLOSA DOS CUSTOS. DOCUMENTOS FISCAIS INIDÔNEOS. Correta a glosa de custos referente a notas fiscais comprovadamente inidôneas que não tiveram a regularidade das operações mercantis provadas por documentação hábil e idônea. CSLL reflexa. Cabe ao contribuinte manter a prova da regularidade da sua escrituração. (…) IRRF. PAGAMENTO À BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO. PAGAMENTO SEM CAUSA. Fica sujeito à incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas nos casos em que não seja identificado o seu beneficiário ou comprovada a sua causa ou operação. Outrossim, como

Para a devida incidência do IRRF, torna-se necessário a busca por elementos comprobatórios que demonstrem que a fonte pagadora, por meio dos seus documentos escriturados, objetivou simular, esconder, dificultar o reconhecimento do efetivo beneficiário e receptor da renda.

Note, portanto, que a legislação e as jurisprudências administrativas, evidenciam o "dolo" como causa para a incidência do imposto, de forma que abre espaço para interpretações defensivas de que o IRRF teria natureza punitiva, assunto tratando no capítulo seguinte.

Assim, somente com a reunião de indícios correlativos e irrefutáveis, acerca da não identificação dos preceptores de renda advinda da fonte pagadora, é que a exigência de IR-Fonte se mostra cabível e suportada por fundamentos jurídicos[30].

3.2. NATUREZA JURÍDICA: TRIBUTO X SANÇÃO

Durante os estudos realizados para a produção do presente artigo, constatou-se que há divergências doutrinárias quanto a natureza jurídica do IR-Fonte: se tributo ou sanção.

Essa temática é de extrema valia para adentramos na discussão jurisprudencial acerca da cumulação do IR-Fonte com a glosa de despesas com pagamentos.

Em referência à uma interpretação teleológica e histórica, com base nas origens que precedem a exigência, há o entendimento de que a tributação do IR-Fonte, decorrente do pagamento a beneficiário não identificado, ou se identificado, quando não comprovada a opera-

---

restou claro que as notas fiscais glosadas eram inidôneas, a existência de respaldo financeiro não tem o condão de desconfigurar a ocorrência da infração. Entretanto, o inverso é verdadeiro. ou seja, a inexistência de suporte financeiro ou contábil para o pagamento, por consequência lógica, desconfigura a ocorrência da infração. Isto porque, o diligente deixou claro que nas tabelas indicadas nos itens 11 e 16 da sua diligência, não havia respaldo financeiro ou contábil para os pagamentos, tratando-se de um passivo inexistente. Assim, não há como se exigir IRRF incidente sobre pagamento a beneficiário não identificado se os pagamentos efetivamente não existira. Lançamento parcialmente procedente. CARF, Acórdão 1401-002.351 em 10/04/2018.

30 Marotti Toselli, acerca da correta incidência do IRRF sobre pagamentos identificados como propina, concluiu que: "Apenas com a reunião de indícios contundentes e convergentes que concorram para uma conclusão segura acerca da não identificação dos efetivos beneficiários da "propina" por parte da fonte pagadora é que a cobrança do IR-Fonte encontra-se fundamento jurídico".

ção ou causa, teria então uma natureza jurídica de tributo, pago em substituição do tributo não pago, ou que deveria ter sido pago pelo beneficiário.

Contudo, há também quem inclina-se ao entendimento de que o IRRF possui natureza jurídica de sanção ou penalidade. Os autores, Gabriel Mendes Issa e João Marcos Colussi, entendem o IRRF como sanção[31], haja vista que a conduta tipificada no dispositivo legal leva a crê que a exigência do IR-Fonte independe de realização de renda, inexistindo a possibilidade de retenção por responsabilidade ou substituição tributária, possuindo, portanto, uma natureza sancionatória.

Ainda, os autores fundamentam a inexistência da exigência de renda pelo artigo 61 da Lei 8.981/95, aduzindo que as hipóteses de incidência não guardam relação com o percebimento de renda por qualquer das partes envolvidas na relação jurídica, mas o simples pagamento das condições estabelecidas no artigo. Concluem que, por ser sanção, não pode ser cumulado com o lançamento da multa de ofício ou qualificada.

Noutro prisma, entendemos que havendo pagamento a beneficiário identificado, bem como lastro de documentos fiscais que comprovam a procedência de sua motivação, há o afastamento da incidência do IR-Fonte em discussão, a exemplo do Acórdão CARF 1401-006.957 de Relatoria do coautor e Conselheiro Daniel Ribeiro Silva[32]

Por sua vez, acerca da natureza de tal exigência como tributo e não de multa, a posição majoritária do CARF é refletiva como exemplo pelo entendimento da ex-Conselheira Gisele Bossa em que, pela figura de *enforcement* (solução eficiente apta a incentivar boas práticas) do IRRF[33], ao contrário dos autores Issa e Colussi, conclui que a natureza

31 COLUSSI, João Marcos. ISSA, Gabriel Mendes Gonçalves. A operação Lava Jato e a exigência de IRRF. 16/11/2017. Disponível em:< https://www.jota.info/opiniao-e--analise/artigos/a-operacao-lava-jato-e-a-exigencia-de-irrf-16112017>. Acesso em: 03/06/2021.

32 PAGAMENTO SEM CAUSA E/OU A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO. FATO GERADOR DO IRRF. Tendo sido demonstrado que a interessada efetuou pagamentos para os quais não comprovou habilmente a causa e/ou os respectivos beneficiários, correta está a autuação com base no art. 61 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, devendo ser excluídos aqueles cuja causa e beneficiários tenham sido identificados nesta fase impugnatória. CARF, Acórdão 1401-006.957 em 14/05/2024.

33 Resolução n.º 1201-000.652, proferida pela 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção.

jurídica do IR-Fonte é de tributo, haja vista a possibilidade de tributação do verdadeiro titular dos rendimentos quando há pagamento à beneficiário corretamente identificado[34], bem como a possibilidade de responsabilidade tributária da fonte pagadora pelos rendimentos auferidos pelo pagamento ao beneficiário não identificado.

Entendemos no mesmo sentido, que a natureza jurídica do IRRF é de tributo. Isto porque, a falta ou a omissão de identificação do beneficiário configura a hipótese de incidência da responsabilidade tributária pela retenção do IR-Fonte, portanto, naturalmente é um imposto.

Entretanto, como já manifestado anteriormente, ainda que haja a previsão de que a *causa não identificada ou a não motivação do pagamento* possa ser hipótese de incidência do IRRF, apenas com indícios contundentes da não identificação dos efetivos beneficiários é que a sua cobrança encontra fundamento jurídico.

Neste sentido foi a posição do Acórdão CARF 1401-004.002[35] ao afastar a exigência do IRRF em pagamentos de remuneração indireta com cartões de débito com saque em dinheiro. No referido caso, a causa foi identificada (remuneração indireta omitida decorrente do vínculo de emprego) e os beneficiários foram identificados. Neste caso, afastou-se a incidência do art. 61, § 1º, da Lei nº 8.981/1995. No referido caso, em que pede os pagamentos tivessem sido realizados em patente simulação e com o objetivo de sonegar contribuições previdenciárias e deixar de pagar outras obrigações trabalhistas, não se configuraria a hipótese do tipo legal.

---

34 No julgamento do Acórdão n.º 1201-004.560, a conselheira Gisele Barra Bossa, redatora do voto vencedor, entendeu que: Caso a escrituração contábil e fiscal não permita a identificação dos beneficiários e o sujeito passivo não seja capaz de identificá-los, aplica-se o disposto no caput do artigo 61 da Lei nº 8.981/1995. Nesse caso, a cobrança de IRRF à alíquota de 35% é legítima em razão da impossibilidade de se apontar e tributar o verdadeiro titular dos rendimentos. Sem a identificação do beneficiário não há como rastear os pagamentos de forma a permitir que a autoridade fiscal apure eventual omissão de receitas.

35 IRRF. REMUNERAÇÃO INDIRETA. CARTÕES DE DÉBITO COM SAQUE EM DINHEIRO. IDENTIFICAÇÃO DA CAUSA E BENEFICIÁRIO. INAPLICABILIDADE ART. 61, § 1º, DA LEI nº 8.981/1995. No caso de pagamento de dirigentes e empregados via cartões Incentive House, quando todos os beneficiários estão identificados e trabalham para a empresa, sendo esses cartões utilizados como dinheiro nos estabelecimentos comerciais e com autorização/funcionalidade de saque, é incabível a tributação na fonte com base no art. 61, § 1º, da Lei nº 8.981/1995. CARF, Acórdão 1401-004.002 em 12/11/2019.

Para Ricardo Mariz de Oliveira, a intenção proposta pelo parágrafo primeiro do artigo em estudo, não possui relação com a licitude ou ilicitude do pagamento, ou seja, a origem da causa. Para o autor, a origem não compõe a descrição das hipóteses de incidência necessárias e suficientes para o nascimento da obrigação decorrente da norma contida no 61 da Lei 8.981/95[36].

Sobre o §1º do artigo 61, da Lei 8.981/95, o Acórdão n.º 1201-004.560[37] manifestou o entendimento de que, havendo pagamentos efetuados para *terceiros ou sócios, acionistas ou titulares,* deve-se averiguar a causa e efetiva ocorrência da operação, mas que a comprovação da causa desse dispositivo não possui a mesma exigência de necessidade da glosa de despesas. Conclui que "não se pode confundir a não comprovação dos requisitos para fins de dedução dos dispêndios (causa para glosa) com a inocorrência de causa ou da operação em si.".

Assim, o requisito em si de **causa** ou **motivação** do pagamento é importante apenas para determinar se os valores recebidos pelos beneficiários estão sujeitos à tributação ou se mera transferência patrimonial, o que não é fato gerador para a incidência do IRRF[38].

Denota-se que, havendo o pagamento à beneficiário, mesmo que sob causa imotivada ou desconhecida, este pagamento produziu efetiva renda para quem o recebeu, cabendo ao fisco, na hipótese de identificação, examinar os documentos fiscais pertinentes para averiguar se o pagamento fora corretamente declarado e, se não, impor a exigência ao beneficiário.

---

36 OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. 6. Tributação em torno de atos ilícitos. In: ADAMY, Pedro Augustin, FERREIRA NETO, Arthur M. Tributação do Ilícito. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 125 e ss.

37 No julgamento do Acórdão n.º 1201-004.560, entendeu que: "De outra parte, na hipótese de os pagamentos serem efetuados para terceiros ou sócios, acionistas ou titulares, deve-se averiguar a causa ou e efetiva ocorrência da operação, conforme disposto no artigo 61, §1º, da Lei nº 9.891/95.

38 IBID. "A questão centra a ser respondida é: Por que o legislador incluiu a hipótese de pagamento sem causa? Em termos práticos, tal requisito é importante para determinar se os valores recebidos pelo beneficiário estão sujeitos à tributação ou se configuram mera transferência patrimonial, que se encontra fora o âmbito de incidência do IR. O legislador não colocou em pauta a licitude ou ilicitude da causa do pagamento para fins de incidência do IRRF".

Assim, não haveria a possibilidade de atração para a fonte pagadora da obrigação de adimplemento de IRRF pelo pagamento em que foi devidamente constatado o seu beneficiário.

Extrai-se, portanto, que da interpretação dos estudos realizados, a natureza jurídica do IRRF é de tributo, devendo incidir sob a fonte pagadora primordialmente quando não há a identificação do beneficiário e/ou causa do pagamento investigado pelo fisco.

3.3. JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA E APLICAÇÃO DO IR-FONTE

O tema em debate é bem frequente nas jurisprudências da Corte Administrativa Federal; as discussões versam costumeiramente sobre a aplicabilidade do IR-Fonte decorrentes das hipóteses contidas pelo artigo 61 da Lei 8.981/95.

Passa-se à análise de alguns julgados.

No julgamento do Acórdão n.º 1401-006.529[39], estes coautores manifestaram o entendimento de que a cobrança de IR exclusivamente na fonte se trata de uma forma de responsabilidade tributária, que é imputada à pessoa jurídica na qualidade de fonte pagadora dos rendimentos que demanda, não necessariamente a hipótese de "ausência de causa do pagamento", mas sim *a ausência de indicação individualizada do respectivo beneficiário*. Neste sentido assim constou do voto do Relator acatado por unanimidade:

> Destaque-se que não se está a tratar de bitributação, nem de bis in idem, eis que a tributação na fonte não se confunde em nada com omissão de receita. A tributação na fonte constitui forma autônoma erigida pelo legislador, mediante o disposto no art. 61 da Lei nº 8.981, de 1995, matriz legal do art. 674 do RIR/99. Na exigência do IRPJ e reflexos (lançamentos das contribuições sociais), a empresa é contribuinte do tributo, e este vai incidir sobre a disponibilidade econômica de renda ou sobre o faturamento, representados pela receita que se constatou omitida. Na incidência do IRRF o contribuinte é o beneficiário dos pagamentos e é sobre esta base de cálculo que incide o tributo, sendo que, na hipótese de pagamento sem

39 IRRF. PAGAMENTOS SEM COMPROVAÇÃO DA OPERAÇÃO/CAUSA. TRIBUTAÇÃO NA FONTE. Fica sujeito à incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, assim como pagamentos efetuados ou recursos entregues a terceiros ou sócios, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa. CARF, Acórdão 1401-006.529 em 20/06/2023.

> causa ou a beneficiário não identificado, a fonte pagadora é responsável pelo recolhimento do imposto na forma de tributação exclusiva, ou seja, não mais se exige o tributo do beneficiário do pagamento.
> Assim é que, constatando-se, como foi o caso, a ocorrência de recursos entregues a terceiros ou a sócios, escriturados ou não, sem a comprovação da causa, está-se diante da subsunção do fato concreto à hipótese abstrata contida no art. 61 da Lei nº 8.891, de 1985, sendo de rigor a constituição do crédito tributário correspondente ao IRRF.

Ainda, na análise da julgadora Gisele Barra Bossa, quando do julgamento do Acórdão n.º 1201-004.560, entendeu-se que cabe ao contribuinte o ônus de comprovação e identificação dos beneficiários e a ocorrência da operação, bem como a causa dos pagamentos que eventualmente tenha deduzido da apuração do lucro líquido.

Essa comprovação determinada ao contribuinte é baseada em suas escriturações fiscais, devendo serem entregues quando o fisco realizar intimação para tal, ou quando lhe for oportunizado prazo para apresentar impugnação à autuação.

O entendimento majoritário da jurisprudência do CARF tem sido no sentido de que, quando as escriturações fiscais e contábeis não possuem as identificações corretas dos beneficiários dos pagamentos deduzidos, tampouco o contribuinte, como sujeito passivo, consiga realizar a identificação no decorrer do procedimento fiscal, aplicar-se-á o disposto no *caput* do artigo 61 da Lei n.º 8.981/95.

Importante mencionar que, a fiscalização deve ocorrer ainda que o beneficiário tenha sido identificado, eis que a empresa identificada pode ser "de fachada" ou até mesmo a motivação daquele pagamento possa ser ilícita, levantando hipóteses como a de omissão de receitas.

Para o IRRF, diferente da glosa de despesas, a natureza do pagamento não possui tanta relevância para a sua incidência, não importando se sua causa está ligada ou não a atividade empresarial. Assim, é dever da fonte pagadora identificar corretamente a quem fora transferida renda, riqueza, acréscimo patrimonial, caso contrário, incorrerá em sujeição passiva por responsabilidade.

Entretanto, a inaplicabilidade do IRRF, nos casos em que há identificação do beneficiário das vantagens concedidas pela fonte pagadora, não significa que o fisco deixará de tributar os valores. Como já reportado, é importante que a fiscalização analise as declarações dos contribuintes identificados como beneficiários, buscando saber se os valores foram oferecidos à tributação, e autuando-os em casos de omissões.

4. A CUMULAÇÃO DE GLOSA DE DESPESAS COM PAGAMENTOS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL E DA BASE DA CSLL COM A EXIGÊNCIA DO IRRF PREVISTO NO ART. 61 DA LEI N. 8.981/1995

Chegando ao núcleo do debate apresentado neste artigo, já foram tecidos comentários acerca da *glosa de despesas* com pagamentos, e sobre o Imposto de Renda Retido na Fonte e suas características. Agora, cumpre articular observações sobre a cumulação dessas duas normas, preconizadas pelo direito tributário, dentro da seara administrativa fiscal.

Praticamente inexistem decisões administrativas que entendam pela *impossibilidade* da cumulação da glosa de despesas com o IRRF do artigo 61 da Lei 8.981/95. Grande parte da jurisprudência do CARF não considera *bis in idem*, por considerar que se trata de fatos geradores distintos, o que não haveria vedação legal para a simultaneidade da cobrança.

Nesse sentido, o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho, relator do acórdão n.º 1302-002.087, entende que não há ilegalidades presentes na cumulação do IRRF decorrente de pagamento sem causa com a glosa de custos e despesas consideradas inidôneas, isto porque, na sua interpretação, o IRRF não possui natureza jurídica de penalidade, decorrendo, tão somente, do *princípio da praticabilidade tributária*[40].

No caso do acórdão acima mencionado, o IRRF foi lançado em decorrência de pagamento sem causa. Já a glosa de despesas, por sua vez, foi exigida em razão da contabilização de despesas com base em documentos inidôneos.

Conforme vimos anteriormente, existe entendimento jurisprudencial de que o IR-Fonte não deveria incidir quando o pagamento sem causa possuir beneficiário identificado, haja vista a possibilidade de se buscar a declaração da fonte recebedora.

---

40 Quando do julgamento do processo n.º 13896.722648/2014-59 (acórdão 1302-002.087 23/03/2017) O CARF decidiu que: "O IRRF cobrado em face da não identificação do beneficiário ou da não comprovação da operação ou sua causa decorre da presunção legal de que a fonte pagadora assumiu o ônus pelo pagamento do imposto que deixou de reter e recolher em face de pagamentos comprovadamente efetuados a terceiros, sendo erigido pela lei, nestes casos, à condição de responsável pelo seu pagamento. Esta previsão legal não tem a natureza de sanção por ato ilícito e se coaduna com o princípio da praticabilidade tributária. "

> "Por outro lado, no voto em comento, o julgador fora incisivo em suas palavras argumentando que[41]:"O art. 61 da Lei nº 8981/1995, por sua vez, é mais abrangente e alcança todos os pagamentos efetuados a beneficiários não identificados ou cuja operação ou causa não é comprovada, **independente de quem seja o real beneficiário dele** (sócios/acionistas ou terceiros, contabilizados ou não), elegendo a pessoa jurídica responsável pelo pagamento efetivamente comprovado como responsável pelo recolhimento do imposto de renda devido pelo beneficiário, presumindo-se que assumiu o ônus pelo referido pagamento." (Grifo nosso)

Para o relator, a ocasião possui ligação direta com o já mencionado princípio da praticabilidade tributária que, nas palavras de Regina Helena Costa, "constitui limite objetivo destinado à realização de diversos valores (…) qual seja, o adequado cumprimento de seus comandos pelos administrados, de maneira simples e eficiente, e a devida arrecadação dos tributos[42]".

Assim, entendeu que o lançamento do IRRF possui o ensejo de dar praticidade ao devido recolhimento do IRPJ em casos em que a fonte pagadora efetuou repasse sem que houvesse a correta identificação do beneficiário e/ou demonstração de causa deste repasse.

Note que, observando o IR-Fonte nessa ótica, tem-se que é completamente distinto do lançamento de IRPJ e CSLL por ocasião da glosa de despesas com pagamentos inidôneos. O que ocorre na jurisprudência administrativa é uma diferença de interpretação acerca da natureza jurídica do IRRF que, no entanto, nada interfere sobre a cumulação dos dois institutos aqui estudados.

Na mesma linha, pertinente é a análise do Acórdão n.º 1402-003.692, de relatoria do Conselheiro Marco Rogério Borges, que também entendeu possível a cumulação do IR-Fonte com a Glosa de Despesas. No voto vencedor[43], o redator explanou que não há configuração de *bis in idem* quando da exigência simultânea de IRRF e de IRPJ, pois trata-se de eventos distintos e sem qualquer vedação legal que macule a cumulação.

---

41 Processo n.º 13896.722648/2014-59 (acórdão 1302-002.087 23/03/2017)

42 COSTA, Regina Helena. Praticabilidade e Justiça Tributária. Malheiros: 2007, p. 388/390.

43 Julgamento do processo n.º 16004.720203/201519 (acórdão 1402003.692 22/01/2019), o voto vencedor proferido entendeu que: "Não se configura bis in idem a cobrança simultânea de IRRF e de IRPJ, uma vez que se trata de fatos geradores distintos e não há vedação legal à simultaneidade entre as respectivas cobranças".

No caso concreto, pugnando pela impossibilidade da cumulação, a defesa técnica aduziu que todos os beneficiários haviam sido identificados corretamente, sendo *desnecessária a verificação da causa* dos pagamentos ali em discursão. Ao final da sua defesa, neste ponto em específico, o contribuinte alegou que o IRRF do artigo 61, da Lei 8.981/95 teria caráter sancionatório, com natureza de punição.

Observa-se que a defesa do contribuinte levantou tese defendida por uma posição jurisprudencial do CARF já apresentada no decorrer dos estudos, qual seja, a de que havendo beneficiário identificado, não há motivos que suportem a incidência do IRRF, portanto, ficaria impossibilitada a cumulação em questão.

Julgando esse ponto em especifico, o redator entendeu que[44]:

> "Aqui cabe destacar que tal matéria tem suscitado alguns debates neste Carf, havendo, no geral, duas posições divergente. Perfilo-me nos que entendem e se posicionam que a glosa de despesas e a exigência de IRRF tratam-se de exigências distintas, mesmo que derivadas dos mesmos fatos. O IRPJ e a CSLL são exigidos por decorrência legal da glosa de despesas inexistentes que afetam diretamente a base tributável apurada pela pessoa jurídica. O IRRF, de outra parte, decorre da previsão legal de que **não correspondendo os pagamentos às operações indicadas nos documentos fiscais, mas a finalidade diversa, no caso concreto, a pagamentos sem causa, resta afastada a causa indicada nos documentos que lhe deram suporte**, respondendo a fonte pagadora pelos tributos devidos pelos beneficiários". (Grifo e sublinhado nosso)

Assim, manteve o posicionamento de que o IRRF pode sim incidir quando há a identificação dos beneficiários dos pagamentos verificados como inidôneos ou sem motivação suficiente, na forma do artigo 61, da Lei 8.981/95, definindo ao final a legalidade da cumulação dos institutos.

No voto vencedor do Acórdão n.º 1401-004.125[45], o Conselheiro Daniel Ribeiro Silva, redator designado, também entendeu pela legalidade da cumulação da glosa de despesas com o IRRF.

---

44 Entendimento proferido no julgamento do recurso voluntário do processo administrativo fiscal n.º 16004.720203/201519 (acórdão 1402003.692 22/01/2019).

45 Sobre a impossibilidade de aplicação do ar. 674 do RIR/99 em conjunto com a glosa de despesas, o conselheiro Daniel Ribeiro Silva aduziu que: "O IRPJ e a CSLL são exigidos por decorrência legal da glosa de despesas inexistentes ou não comprovadas que afetam diretamente a base tributável apurada pela pessoa jurídica. O IRRF, de outra parte, decorre da previsão legal de que não correspondendo os pagamentos a operações devidamente comprovadas quanto á sua causa, resta afas-

Importante consignar os argumentos do Conselheiro no voto condutor:

> "(…) a incidência do IRPJ decorrente de uma despesa que não reúne os requisitos legais para sua dedutibilidade não converte esta parcela em rendimento da própria da pessoa jurídica, a dispensar a incidência que poderia existir em desfavor do beneficiário do pagamento. É certo que a base de cálculo do IRPJ resta majorada e, por consequência, há renda tributável no seu sentido próprio, qual seja, resultado líquido de acréscimos e decréscimos patrimoniais num mesmo período de apuração. **Mas este resultado líquido não se confunde com o conceito de rendimento, acréscimo individualmente auferido, no caso, por outro sujeito passivo, em razão de uma operação específica, que poderia sujeitar-se a tributação isolada, a qual é presumida pela lei em razão da omissão de informações por parte da fonte pagadora**."

No mesmo sentido, o Acórdão 1401-003.035[46] em que o mesmo Relator assim se posicionou:

> Inicialmente, é importante ressaltar que não existe qualquer relação de causa e efeito entre o lançamento do IRRF sobre pagamento sem causa e do IRPJ/CSLL em virtude da glosa de despesa. Note-se que um pagamento sem causa não terá qualquer impacto na base tributável do IRPJ e da CSLL, desde que o contribuinte não o tenha contabilizado como despesa dedutível, ou seja, se a recorrente tivesse adicionado ao lucro líquido as despesas referentes a tais pagamentos sem causa, não haveria IRPJ e CSLL a serem lançados. Por sua vez, se o contribuinte contabilizou um pagamento sem causa ou sem identificação do beneficiário como despesa dedutível das bases do IRPJ e da CSLL, estamos diante também de uma despesa indevida, a qual deverá ser glosada, para fins de cálculo do lucro real e da base ajustada. Assim, totalmente descabida a alegação de que haveria um bis in idem pela cobrança de IRRF em conjunto com o IRP e CSLL. Ademais, a recorrente responde pelo IRRF na condição de fonte pagadora (art. 45 do CTN combinado com art. 61 da Lei 8.981/95); já pelos IRPJ e CSLL, responde na condição de contribuinte (sujeito passivo direto). Some-se a isso o fato de que o IRPJ e a CSLL são devidos pelo recálculo das bases tributáveis a partir da glosa da despesa, pois a recorrente não logrou provar a efetiva

---

tada a causa indicada nos documentos que lhe deram suporte, respondendo a fonte pagadora pelos tributos devidos pelos beneficiários. " (Acórdão n.º 1401-004.125).

46 IRRF. BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DE RENDA NA FONTE SOBRE PAGAMENTOS A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO OU QUANDO REFERIRSE A OPERAÇÃO OU CAUSA NÃO COMPROVADA. Se sujeita à incidência do imposto de renda na fonte, com alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, assim como pagamentos efetuados ou recursos entregues a terceiro ou sócios, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa. CARF, Acórdão 1401-003.035 em 20/11/2018

> ocorrência das operações; já com relação ao IRRF, o lançamento decorre da incidência do IRRF sobre os pagamentos que a recorrente -fonte pagadora – não logrou provar as suas causas.

Alinhado a este pensamento, a Conselheira Maria Lúcia Miceli, proferiu entendimento de que a incidência de IRRF concomitante à glosa de despesas é legal e aplicável, pois o contribuinte autuado, relativo ao IRRF "*atua como responsável pela retenção do imposto devido, enquanto que no lançamento do IRPJ e CSLL é a própria contribuinte do tributo*[47]" (*Acórdão* n.º 1302-003.723, julgado em 17/07/2019).

Denota-se um ponto importante do argumento dado pela relatora do acórdão citado acima, eis que houve a distinção do responsável tributário para o contribuinte de direito. O responsável é aquele que, sem revestir da condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa da lei; já o contribuinte de direito é quem tem a relação pessoal e direta com o fato gerador do tributo (Art. 121, §1º, I e II, CTN)[48].

Assim, resta ainda mais evidente a possibilidade de cumulação das autuações, uma vez que, embora envolvam os mesmos fatos (pagamentos), incidem sobre fatos tributáveis distintos, cabendo ao sujeito passivo, na glosa de despesas, a condição de contribuinte de direito, e, no IRRF, a de responsável tributário

Portanto, a autuação de glosa de despesas com pagamento, simultânea à incidência de IRRF por ocasião de *pagamentos sem causa* ou com *beneficiários não identificados*, trata-se de uma situação usualmente recepcionada pelo CARF, sem que haja maiores divergências quanto a sua legalidade.

---

47 Ementa do Acórdão n.º 1302-003.723 sobre a cumulação de IR-fonte e a glosa de despesas: "ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE (IRRF). Ano-calendário: 2013, 2014 IRRF. PAGAMENTO SEM CAUSA. CUMULADO COM EXIGÊNCIA DE IRPJ E CSLL EM RAZÃO DE GLOSA DE DESPESAS. POSSIBILIDADE. Sujeita-se à incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%, os pagamentos efetuados ou os recursos entregues a terceiros, quando não comprovada a sua causa, ainda que tenha ocorrido também o lançamento para glosa das despesas. No primeiro caso, a autuada atua como responsável pela retenção do imposto devido, enquanto que no lançamento do IRPJ e CSLL ela é a própria contribuinte do tributo".

48 Art. 121. - Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Parágrafo único - O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando todos os elementos analisados ao longo do presente estudo, conclui-se que a cumulação da glosa de despesas com pagamentos e da exigência do IRRF, prevista no artigo 61 da Lei nº 8.981/1995, é majoritariamente admitida no âmbito do CARF, uma vez que se referem a fatos tributáveis distintos.

Isso porque o lançamento do IRPJ, decorrente da glosa de despesas, incide sobre a renda do contribuinte que deduziu indevidamente a despesa, ao passo que o lançamento do IRRF incide sobre a renda do beneficiário do pagamento, sendo atribuída à fonte pagadora a responsabilidade tributária quando não identificados o beneficiário e/ou a causa do pagamento.

Conclui-se, ainda, que a real causa das maiores controvérsias sobre os institutos aqui estudados recai sobre a natureza jurídica do IRRF, e as suas aplicabilidades no caso concreto.

Tem-se que a hipótese prevista §1º do artigo 61, da Lei 8.981/95, qual seja, *pagamento sem causa, é um dos pontos que dividem a corte administrativa, havendo julgadores que* interpretam que a devida identificação dos beneficiários é motivo para afastar a incidência do IRRF, e outros que entendem que a não comprovação de uma causa concreta e efetiva é suficiente para a manutenção da exação.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 de junho de 2021.

BRASIL. Lei Nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 03 de junho de 2021.

BRASIL. Decreto Nº 9.580, 22 de novembro de 2018. Regulamenta a tributação, a fiscalização, a arrecadação e a administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9580.htm. Acesso em: 04 de junho de 2021.

BRASIL. Lei Nº 4.506, 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o imposto que recai sobre as rendas e proventos de qualquer natureza. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4506.htm. Acesso em: 04 de junho de 2021.

BRASIL. Lei Nº 4.154, 28 de novembro de 1962. Dispõe sobre a legislação de rendas e proventos de qualquer natureza. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4154-28-novembro-1962-353943-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 06 de junho de 2021.

BRASIL. Lei Nº 8.981, 20 de janeiro de 1995. Altera a legislação tributária Federal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8981.htm. Acesso em: 07 de junho de 2021.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977. Altera a legislação do imposto sobre a renda. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1598.htm. Acesso em: 07/06/2021.

COLUSSI, João Marcos. ISSA, Gabriel Mendes Gonçalves. A operação Lava Jato e a exigência de IRRF. 16/11/2017. Disponível em:< https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-operacao-lava-jato-e-a-exigencia-de-irrf-16112017>. Acesso em: 03/06/2021.

COSTA, Regina Helena. Praticabilidade e Justiça Tributária. Malheiros: 2007, p. 388/390.

BRASILIA. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. (4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária). Recurso Voluntario. Recorrente: Natura Logística e Serviços Ltda. Recorrida: Fazenda Nacional. Relator: Caio Cesar Nader Quintella. Data: 17/05/2017. Disponível em: http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/acordaos-carf-2.

FERREIRA, Ricardo J. Contabilidade Básica. 5.ed. Rio de Janeiro: Editora Ferreira, 2008.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. 6. Tributação em torno de atos ilícitos. In: ADAMY, Pedro Augustin, FERREIRA NETO, Arthur M. Tributação do Ilícito. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 125 e ss.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Imposto de Renda. Rio de Janeiro: 1971. Item 6,34 (13). P. 6-20.

SCHOUERI, Luís Eduardo; MOSQUERA, Roberto Quiroga. Manual da tributação direta da renda. Editor: Fernando Aurelio Zilveti. São Paulo, SP: IBDT, 2020.

SCHOUERI, Luís Eduardo. GALDINO, Guilherme. Dedutibilidade de despesas com atividades ilícitas.

TOSELLI, Luís Henrique Marotti. A tributação da "propina" efeitos penais e as práticas adotadas pela fiscalização. In: BOSSA, Gisele Barra; RUIVO, Marcelo Almeida (Coordenadores). Crimes Contra a Ordem Tributária: Do Direito Tributário ao Direito Penal. São Paulo: Almedina, 2019, p.121-148

TOSELLI, Luís Henrique Marotti. Glosa de Despesas e os desafios probatórios. In: BOSSA, Gisele Barra (Coordenadora). Eficiência Probatória e a Atual Jurisprudência do CARF. São Paulo: Almedina, 2020. p. 251-275.

O NOVO RICARF E A APROVAÇÃO DE SÚMULAS: IMPACTOS E PERSPECTIVAS NO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO

Conselheiro da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais e presidente da 1ª Seção de Julgamento do CARF. Auditor fiscal da Receita Federal do Brasil, ministra aulas em cursos de especialização. Foi instrutor na extinta Escola de Administração Fazendária (ESAF). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Feevale em parceria com a PUC-RS, bacharel em Direito pela Universidade Feevale e em Ciências Contábeis pela Universidade de São Paulo (USP), mestrando em Mestrado Profissional da Empresa e dos Negócios da Unisinos.

JORGE CLAUDIO DUARTE CARDOSO

Mestre em Direito (Políticas Públicas e Processo), especialista em Direito Tributário e bacharel em Direito pelo Centro Universitário Fluminense. Auditor fiscal da Receita Federal do Brasil. Atua no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, onde exerceu mandato de conselheiro representante da Fazenda Nacional. Professor em cursos de graduação em Direito e de pós-graduação. Foi tutor de ensino a distância da extinta Escola de Administração Fazendária (ESAF).

CARLOS HIGINO RIBEIRO DE ALENCAR

Presidente do CARF. Auditor fiscal da Receita Federal do Brasil. Graduado em Economia pela Universidade de São Paulo e em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Mestre em Direito Constitucional pelo IDP e doutor em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2022) e pela Universidade de Paris 1 – Pantheón Sorbonne. Foi ministro interino e secretário-executivo da Controladoria-Geral da União (CGU), secretário de Estado de Transparência e Controle do Distrito Federal e secretário-executivo da Comissão de Ética Pública da Presidência da República (CEP). Na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), foi diretor, coordenador-geral, chefe de Divisão e de Escritório. Foi membro titular, representando a Receita Federal, no Comitê de Monitoramento e Avaliação de Subsídios da União (CMAS). Atuou como presidente do Conselho Fiscal da Corretora do Banco Regional de Brasília (BRB) e do Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO).

SUMÁRIO: Introdução; 1. Precedentes e a uniformização de jurisprudência do CARF; 2. O novo cenário das Súmulas CARF com o advento do RICARF/2023; 2.1. O padrão histórico de proposição de Súmulas CARF e o papel da CSRF; 2.2. O desafio da razoável duração do processo sem uniformização de jurisprudência; 2.3. Disfuncionalidades do sistema; 2.4. Inovações do Regimento Interno de 2023; 2.5. Aprovação de Súmulas CARF: rito tradicional mantido e novos ritos simplificados; 3. Atributos das Súmulas CARF antes e depois do RICARF/2023; 4. Novas oportunidades e desafios; Conclusões; Referências

INTRODUÇÃO

Por ocasião da publicação do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF/2023), aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023, vários pontos receberam atenção da comunidade jurídica em razão das mudanças introduzidas na estrutura e nos procedimentos aplicados no CARF.

A alteração das formas de proposição e aprovação das Súmulas CARF foi um desses pontos.[1] Com base nesse novo regramento, no interregno entre 27 de junho e 4 de outubro de 2024, foram aprovadas e publicadas trinta Súmulas CARF.

Este artigo objetiva explorar o atual regramento para proposição e aprovação de Súmulas CARF definido pelo RICARF e sua contribuição para renovar a importância da uniformização da jurisprudência do CARF.

1. PRECEDENTES E A UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA DO CARF

A utilização de precedentes era algo incompatível com o sistema do *civil law* estritamente legalista. Com a Revolução Francesa, a lei foi posta em patamar antes ocupado pelo monarca e mesmo o papel do Poder Judiciário ficou relegado a um segundo plano, limitado a declarar a "vontade da lei".[2] Tal cenário alastrou-se pela Europa continental.

1 Cf. Pinto e Cardoso (2024).

2 Daí a expressão "juiz boca da lei" (*juge bouche de la loi)*. Segundo Marinoni (2011, p. 48-58), trocou-se a ditadura do monarca pela ditadura do Parlamento. A separação dos poderes pregada pela Revolução Francesa chegou ao seu limite, impossibilitando o judiciário de interpretar as leis, uma vez que um dos objetivos

Contudo, a ideia de precedente judicial remonta à época do antigo Egito, onde papiros datados do século III já demonstravam que seu sistema jurídico permitia a invocação de casos análogos para resolução de conflitos. Por outro lado, não se pode afirmar que em tal sistema "havia obrigatoriedade de o juiz inferior acolher precedente decisão de juiz superior", pois tudo indica que o objetivo seria "persuadir o magistrado a manter a continuidade de determinada tradição jurídica" (Cruz e Tucci, 2004, p. 68-69).

Já a Inglaterra seguiu rumo distinto, embora a Revolução Gloriosa também tenha proclamado a supremacia da lei (*supremacy of the English parliament*). Naquele país, na realidade, o objetivo da revolução era enquadrar o monarca ao direito, e não somente à lei. Nesse contexto, o *commom law* permaneceu intacto e hígido, inclusive quanto à possibilidade de anulação de eventual lei em descompasso com o direito consuetudinário.

Contudo, *commom law* e precedentes não se confundem. O *commom law* existiu durante longo período sem o denominado *stare decisis*.[3] Somente no final do século XIX é que o *stare decisis* solidificou-se na Inglaterra.[4]

Entende-se por *stare decisis* o efeito vinculante das decisões, por meio de precedentes, tanto em âmbito horizontal – respeito da própria Corte aos seus precedentes – quanto em âmbito vertical – respeito dos tribunais inferiores aos precedentes da Corte superior (Marinoni, 2011, p. 27, nota de rodapé nº 12). Não se ignora, porém, a existência de posição doutrinária no sentido de que o *stare decisis* se resumiria ao efeito vinculante do precedente na própria Corte em que proferida a decisão, denominando de precedente (*precedent)* tanto o efeito

---

da revolução era justamente eliminar o poder dos juízes, até então ligados e subordinados ao monarca.

3 Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira explicam que "o termo vem da expressão latina '***stare decisis et non quieta movere***', que significa: 'mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido'" (Didier Júnior; Braga; Oliveira, 2011, p. 389).

4 Marinoni cita o julgamento do caso London Tramways *v.* London Country Council, em que a então House of Lords – que em 2005 foi reformulada e passou a chamar-se Supreme Court of the United Kingdom – concluiu que seus precedentes eram vinculantes, não se podendo cogitar de afronta às suas decisões (***rules of precedente*** e ***binding effect***) (Marinoni, 2011, p. 32).

horizontal quanto o vertical das decisões vinculantes proferidas por tribunais (Didier Júnior; Braga; Oliveira, 2011, p. 390).[5]

Contudo, mesmo no âmbito do *civil law,* a utilização dos precedentes como forma de busca de igualdade e, por consequência, de segurança jurídica e celeridade, vem pautando a evolução do direito.

Na França, logo após a Revolução Francesa, época em que a lei fora elevada a patamar máximo de poder, foi criada a Corte de Cassação, que na realidade não se tratava de órgão jurisdicional, mas sim de caráter eminentemente político, que visava a garantir que os juízes não interpretariam as leis.[6] Com o tempo, as decisões de tal órgão passaram a ter caráter de uniformidade da aplicação da lei em toda a França, visando à isonomia diante da lei, e o órgão, de fato, passou a ter caráter jurisdicional.[7]

No âmbito interno pode-se afirmar que desde a Constituição de 1891 já se identifica a importância de um precedente para a fundamentação de uma decisão. Em seu artigo 59 – que definia as atribuições do Supremo Tribunal Federal – inseriu-se dispositivo que instituía o dever da Justiça Federal de consultar a jurisprudência dos tribunais locais e, de forma idêntica, impunha aos tribunais estaduais a consulta à jurisprudência federal. Vê-se, assim, que desde o final do século XIX, inclusive na norma fundamental pátria, já havia preocupação com a aplicação uniforme das leis em todo o país (Leal, 2006, p. 131-133).

---

5 Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira filiam-se à primeira corrente, definindo ***stare decisions*** o sistema "segundo o qual o precedente judicial – ***rectius***: a sua ***ration decidendi*** –, sobretudo aquele emanado de Corte superior, é dotado de eficácia vinculante não só para a própria Corte como para os juízos que lhe são hierarquicamente inferiores" (Didier Júnior; Braga; Oliveira, 2011, p. 390).

6 Conforme Marinoni, tal assertiva baseava-se na teoria da separação dos poderes pregada por Montesquieu. Desse modo, partia-se da premissa de que os códigos seriam capazes de regrar todos os pormenores em qualquer âmbito sem a necessidade de interpretação da lei por parte do Poder Judiciário. Haviam sido criados mecanismos em que os magistrados, diante de eventual incompletude ou necessidade de interpretação da norma, deveriam submeter tais questões ao Poder Legislativo para que este se pronunciasse a respeito. Contudo, tendo em vista a quantidade de expedientes dessa estirpe, preferiram os legisladores criar um mecanismo de controle das decisões judiciais (Marinoni, 2011, p. 60).

7 Trata-se do precursor dos tribunais superiores que atuam visando à igualdade na aplicação de leis federais, como, por exemplo, no âmbito pátrio, das funções do atual Superior Tribunal de Justiça (Marinoni, 2011, p. 61-62).

Com o advento do constitucionalismo, os tribunais constitucionais passaram a ser os grandes guardiões das questões ligadas à norma fundamental. Como consequência, o Poder Judiciário passou a ter uma atuação mais efetiva na concretização dos direitos fundamentais, quer em caráter negativo – anulando as leis que atentarem contra sua efetivação –, quer em caráter positivo, nas ocasiões em que o Poder Legislativo se abstém de legislar sobre direito fundamental.[8] Em tal situação, a atuação do juiz do *civil law* aproxima-se em demasia do poder do juiz estadunidense.[9]

Conforme já salientado, os precedentes possuem papel de relevo tanto em relação à busca pela duração razoável do processo, quanto pela igualdade perante a decisão judicial. No que tange à celeridade, o uso dos precedentes "constitui excelente resposta à necessidade de dar efetividade ao direito fundamental à duração razoável do processo, privilegiando autor, réu e os cidadãos em geral" (Marinoni, 2011, p. 187).

Já a igualdade perante a decisão judicial possibilita que a decisão considerada justa seja aplicada de forma igualitária em casos similares, uma vez que, "se há uma definição judicial de direito fundamental, ou mesmo acerca do significado de uma lei federal, todos devem ser tratados igualmente perante elas" (Marinoni, 2011, p. 148).

Contudo,

> é também violador da igualdade o comportamento do órgão jurisdicional que simplesmente aplica um precedente sem observar que as circunstâncias concretas não permitiriam a sua aplicação, tratando como iguais situações substancialmente distintas. (Didier Júnior; Braga; Oliveira, 2011, p. 397)

8 Embora no Brasil convivam os sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, a última palavra sobre a constitucionalidade, ou não, de uma norma, é do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, *caput*, incisos I, "a", e III, da Constituição Federal.

9 Nos Estados Unidos, antes de sua independência, as normas coloniais deveriam se submeter à supremacia do parlamento inglês, que se impunha na forma de Cartas. O controle da legislação da colônia é a semente do ***judicial review*** americano. A partir da independência das colônias americanas (1776), as Cartas foram substituídas pelas Constituições, e os juízes, que antes analisavam se as leis coloniais violavam ou não as Cartas, agora passaram a analisar a constitucionalidade das normas, decretando a nulidade daquelas que violassem as novas cartas fundamentais. Ou seja, o ***supremacy of the English parliament***, ao invés de obstaculizar, na realidade foi o grande indutor do controle judicial da constitucionalidade das leis nos Estados Unidos (Marinoni, 2011, p. 43-45).

Na realidade, são inúmeras as razões para seguir precedentes. Marinoni aborda diversas delas: segurança jurídica, igualdade, coerência da ordem jurídica, controle do poder do juiz, possibilidade de orientação jurídica, definição de expectativas, desestímulo à litigância, favorecimento de acordos, despersonalização das demandas e maior facilidade de aceitação da decisão, racionalização do duplo grau de jurisdição, contribuição à duração razoável do processo, economia de despesas e maior eficiência do Poder Judiciário (Marinoni, 2011, p. 120-122).

Adaptando o sistema de precedentes judiciais ao processo administrativo fiscal, o CARF vem, sistematicamente, buscando uniformizar sua jurisprudência.

Por uniformização da jurisprudência do CARF entende-se o conjunto de procedimentos que objetivam a uniformidade de interpretação do direito no CARF, com a finalidade de evitar que sejam proferidas decisões divergentes em situações fáticas semelhantes e, desse modo, contribuir para aumentar a segurança jurídica, a celeridade processual e a eficiência do julgamento administrativo.

O Decreto nº 54.767, de 30 de outubro de 1964, dispunha que os acórdãos dos Conselhos de Contribuintes e do então Conselho Superior de Tarifas fossem divulgados em publicação periódica, mensal ou trimestral, sob a denominação de *Revista de Jurisprudência dos Conselhos e Juntas Fiscais do Ministério da Fazenda*.[10] Lá já se via a importância dada à divulgação da jurisprudência, mas não se abordava a sua uniformização.

O Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, dispõe sobre o processo administrativo fiscal e, no art. 37, prescreve que o julgamento no CARF ocorra conforme dispuser o Regimento Interno, sem qualquer alusão expressa a um mecanismo de uniformização de jurisprudência.

Inobstante, pode-se deduzir que o Decreto nº 70.235, de 1972, instituiu a instância especial com a função de uniformizar a interpretação da legislação, o que é feito pelo recurso especial de divergência, de competência da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF).

10 "Art. 48. A Comissão a que se refere o artigo anterior providenciará para que os acórdãos dos Conselhos de Contribuintes, Conselho Superior de Tarifa, Conselho de Política Aduaneira, Conselho de Terras da União e Junta Consultiva do Impôsto de Consumo sejam divulgados em publicação periódica, mensal ou trimestral, sob a denominação de 'Revista de Jurisprudência dos Conselhos e Juntas Fiscais do Ministério da Fazenda', sob a sua orientação e direção."

Ocorre que as decisões no recurso especial têm efeito restrito ao processo em que foram proferidas e limitada força persuasiva para os membros do Conselho.

Não há no Decreto nº 70.235, de 1972, um instrumento que sirva precípua e amplamente para uniformizar a jurisprudência do CARF – nem das Delegacias da Receita Federal de Julgamento (DRJ) –, tais como, *mutatis mutandis*, o Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal (PUIL) (art. 14 da Lei nº 10.259, de 2001), os recursos repetitivos (art. 1.036 do Código de Processo Civil – CPC), o Incidente de Assunção de Competência (IAC) (art. 947 do CPC), o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) (art. 976, CPC) ou o Julgamento de Mérito em Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal (STF).

Na vigência das redações do art. 26 e art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972, dadas pela Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008, e pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, respectivamente, o Decreto nº 70.235, de 1972, fez menção às súmulas do CARF como representativas de decisões reiteradas e uniformes do Conselho, as quais, a partir de decisão do ministro de Estado da Fazenda, teriam efeito vinculante para toda a Administração Tributária.

Entretanto, a partir da entrada em vigor da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009 (resultado da conversão da MP nº 449, de 2008), o Decreto nº 70.235, de 1972, deixou de mencionar as súmulas do CARF.

De todo modo, as súmulas do CARF já eram um instrumento de uniformização de interpretação previsto no Regimento Interno.

Ao menos desde o Regimento Interno do Primeiro Conselho de Contribuinte, aprovado pela Portaria MEFP nº 537, de 17 de julho de 1992,[11] as súmulas são previstas, no Regimento Interno, com a finali-

11 "Art. 27. As decisões reiteradas e uniformes do Conselho serão consubstanciadas em súmula, de aplicação obrigatória, pelo Conselho, a partir do 30º (trigésimo) dia de sua publicação no Diário Oficial da União. Parágrafo único. Por proposta do Relator, o Presidente da Câmara poderá indeferir liminarmente recurso que contrariar súmula em vigor, sem prejuízo do disposto nos arts. 25 e 26. Art. 28. A condensação da jurisprudência predominante do Conselho em súmula será de iniciativa de qualquer Conselheiro e depende cumulativamente: I - de proposta dirigida ao Presidente do Conselho, indicando o enunciado, instruída com pelo menos 5 (cinco) decisões unânimes, proferidas cada uma em mês diferente, e que não contrariem a jurisprudência da instância especial; II - de manifestação escrita do Procurador da Fazenda Nacional que atue junto à Câmara Superior de Recursos Fiscais; III - da au-

dade de retratar as decisões reiteradas e uniformes e com a característica de serem de observância obrigatória pelos conselheiros.

Essa característica é mantida no RICARF 2023, agora sob a expressão de que a jurisprudência assentada pelo CARF será compendiada em Súmula de Jurisprudência do Conselho.[12] Essa redação aproxima-se da adotada no §13 do art. 25 do Decreto nº 70.235, de 1972, incluído pela Lei nº 14.689, de 20 de setembro de 2023.[13]

Os diversos Regimentos Internos do CARF traziam diferenças em relação aos trâmites para proposição e aprovação de súmula.

Passa-se a enfocar os procedimentos necessários e exigíveis a partir do RICARF 2023 para que novos enunciados possam ser editados.

2. O NOVO CENÁRIO DAS SÚMULAS CARF COM O ADVENTO DO RICARF/2023

Com a Lei nº 14.689, de 2023, as súmulas do CARF passaram a ter efeito vinculante para as DRJ, independentemente de haver um ato do ministro da Fazenda com essa finalidade. Desse modo, as súmulas do CARF ganharam maior importância no processo administrativo fiscal federal e passaram a merecer ainda mais atenção como instrumento de uniformização de jurisprudência.

Cabe aqui a lição de José Augusto Delgado (2011, p. 3), para quem "as súmulas seriam, assim, um processo final de formação de uma construção jurisprudencial, que ganha relevância no seio de um órgão judiciário hierarquicamente inferior".

O RICARF 2023 manteve, no art. 126, o que já estava previsto no Regimento anterior para proposição e aprovação de súmulas. Mas não parou aí.

---

diência do Departamento da Receita Federal; e IV - de que a proposta seja aprovada pelo voto de 2/3 (dois terços) do Conselho Pleno, no mínimo, em sessão realizada pelo menos 15 (quinze) dias após sua apresentação."

12 "Art. 123. A jurisprudência assentada pelo CARF será compendiada em Súmula de Jurisprudência do CARF. [...] § 4º As Súmulas de Jurisprudência do CARF deverão ser observadas nas decisões dos órgãos julgadores referidos nos incisos I e II do caput do art. 25 do Decreto nº 70.235, de 1972."

13 "§ 13. Os órgãos julgadores referidos nos incisos I e II do *caput* deste artigo observarão as súmulas de jurisprudência publicadas pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais."

Nos art. 124 e 125, o RICARF 2023 instituiu novas formas para proposição de enunciados, estimulando um maior protagonismo dos conselheiros e, sobretudo, das Turmas da CSRF.

O art. 124 permite que conselheiro de Turma da CSRF proponha enunciado com base em três paradigmas de sua Turma, proferidos em reuniões diferentes.

Já o art. 125 permite que conselheiro de Turma Ordinária suscite em sua Turma proposta de encaminhamento de enunciado à correspondente Turma da CSRF, com base em três acórdãos de Turmas da sua Seção de Julgamento proferidos nos três últimos anos.

O confronto entre o atual RICARF e o que o antecedeu permite concluir que as propostas feitas sob amparo dos art. 124 e 125 exigem menor número de paradigmas e, desde que a matéria não seja comum às seções de julgamento (p. ex., normas gerais de direito tributário), dispensam a participação do Pleno da CSRF.

Todavia, é preciso explorar mais detidamente o contexto em que surge o novo regramento para entender seu pleno potencial para a uniformização da jurisprudência.

2.1. O PADRÃO HISTÓRICO DE PROPOSIÇÃO DE SÚMULAS CARF E O PAPEL DA CSRF

A partir do Regimento Interno aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, deixa de existir o recurso à CSRF por violação à lei ou à evidência das provas. Desde então, ao lado da atribuição para aprovar súmulas e resoluções, a CSRF julga, exclusivamente, o recurso especial de divergência.

Enquanto as súmulas representam decisões reiteradas e uniformes, as resoluções representam solução, em tese, para a divergência entre Turmas da CSRF.[14]

Ocorre que as resoluções não são uma realidade prática. Um dos motivos disso é que as Turmas da CSRF são especializadas por matéria. Sendo assim, as divergências entre as Turmas da CSRF são poucas. Por razão lógica, com raras exceções, estão restritas às normas gerais e às normas sobre o processo administrativo fiscal.

14 "Art. 123. A jurisprudência assentada pelo CARF será compendiada em Súmula de Jurisprudência do CARF."

Nesse cenário, o único remédio que se tem utilizado para sanar uma divergência é a provocação da CSRF, caso a caso, por meio do recurso especial.

Ainda que a decisão da CSRF em recurso especial tenha potencial de persuadir os demais membros do Conselho, não há efeito vinculante algum. O efeito persuasivo perante as DRJ é ainda menor que o exercido no âmbito interno do CARF.

Frise-se, ainda, que os membros da CSRF não atuam em Turmas Ordinárias, de maneira que inexiste um natural e rotineiro compartilhamento de ideias entre as Turmas da instância ordinária e da especial, ao menos como se dava até antes do Regimento Interno aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, quando as Turmas da CSRF eram compostas pelos presidente de Câmara dos Conselhos de Contribuintes ou presidentes de Turmas Ordinárias do CARF.

Ao analisar a citada alteração promovida pelo RICARF/2015, Ivan Allegretti e Roberto Ferraz (2015, p. 180-182) referem-se ao modelo anterior como mais propício à "autêntica uniformização de jurisprudência".

De outro giro, houve significativo aumento de colegiados desde a formação dos antigos Conselhos de Contribuinte (quatro câmaras julgadoras) até a atual formação do CARF (dez Turmas julgadoras por Seção de Julgamento). O aumento de colegiado incrementa a ocorrência de divergências.

À medida que proliferam julgados em que se diverge e prolonga-se o tempo sem uniformização da interpretação, mais aumentam os estoques de processos e maior o clamor pela celeridade potencial do processo administrativo tributário federal.

Diante disso, recai sobre as súmulas, quase exclusivamente, o papel de uniformizar a jurisprudência de forma mais eficiente.

Contudo, o procedimento tradicional vinha sendo iniciado a partir da comunicação, pelo presidente do CARF, aos conselheiros e demais legitimados a propor enunciados de súmulas sobre a abertura do procedimento de recebimento de proposta de enunciados de súmulas.

Essa rotina vinha ocorrendo com periodicidade nunca inferior a um ano e era finalizado, necessariamente, com a convocação do Pleno.

Gradativamente, consolidou-se um procedimento solene e que não ocorria todos os anos.

Desde a consolidação das súmulas dos Conselhos em Súmulas CARF em 2006 (nº 1 a 24), foram aprovadas súmulas do CARF em 2009 (nº 25 a 45), 2010 (nº 46 a 70), 2012 (nº 71 a 90), 2013 (nº 91 a 100), 2014 (nº 101 a 107), 2018 (nº 108 a 128), 2019 (nº 129 a 161) e 2021 (nº 162 a 187).[15]

Não houve convocação do Pleno e aprovação de súmulas em 2011, 2015, 2016, 2017 e 2020. O ano de 2020 foi atípico, impactado pela pandemia da Covid-19, mas a falta de aprovação de Súmulas CARF em vários anos é um indício da necessidade de aperfeiçoamento do procedimento.

Em que pese o Regimento Interno não condicionar a apresentação de proposta de súmula por conselheiro à convocação pelo presidente do CARF, a praxe desencadeou uma concentração de responsabilidade na administração e, de outro lado, uma postura passiva por parte dos conselheiros e entidades externas.

Adicionalmente, como a apresentação de proposta de enunciados não é rotineira, é natural que os proponentes não adquiram adequada experiência sobre a melhor técnica para escolha de paradigma e redação de enunciados.

Redigir enunciado de súmula não é simplesmente reproduzir enunciado da ementa dos paradigmas.

Nas palavras de Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2008, [s.p.]), a "ementa é a norma jurídica judicializada, criada para o caso objeto do julgamento". Ementas resumem e divulgam o conteúdo de decisões judiciais, sintetizando as razões jurídicas e as consequências de fato atinentes ao caso julgado.[16]

Nessa senda, enquanto as ementas prestam-se a condensar a fundamentação que resolveu o caso concreto, o enunciado de súmula fundamenta-se em tais entendimentos para construir uma norma geral e abstrata, que, diferentemente da lei, tem fundamento de validade nos paradigmas e nas situações fáticas analisadas.

Muitas vezes, a equipe técnica do CARF designada para instruir as propostas de súmulas identificava fatores impeditivos do prosseguimento da proposta, tais como: irregularidade formal; inadequada escolha de paradigma; enunciado sem suporte no número mínimo de

15 Cf. CARF (2018).

16 Cf. Brasil (2021).

paradigmas; enunciado por demais genérico e abstrato, passível de ser aplicado a situações diversas das que foram objeto dos paradigmas.

A exigência de cinco paradigmas de reuniões diversas e de dois colegiados distintos acabava por impedir que uma matéria que viesse a ser decidida de maneira uniforme e reiterada por uma Turma da CSRF pudesse ser sumulada, pois não se alcançaria o requisito de acórdãos de colegiados diferentes.

Estava-se diante de um paradoxo: em que pese a Turma da CSRF possuir a prerrogativa de uniformizar a interpretação, não conseguia sumular matéria para a qual adotava interpretação reiterada e uniforme.

De outro lado, acórdãos de Turmas Ordinárias que contrariassem decisões reiteradas da Turma da CSRF, desde que em número não inferior a cinco, de reuniões diferentes e de ao menos dois colegiados, autorizavam a proposição e, em tese, a aprovação da súmula.

Por sua vez, a instância especial somente era alcançada, e assim continua sendo, quando o recurso especial é conhecido pela CSRF, uma vez que o seguimento do recurso especial à CSRF está sujeito ao cumprimento dos requisitos próprios de qualquer recurso e dos requisitos específicos do recurso especial. Nessa senda, é normal que a maioria dos recursos especiais não tenha seguimento à CSRF.

Ademais, muitos recursos especiais que têm seguimento não são conhecidos pela Turma da CSRF por ter sido desatendido algum dos requisitos específicos.

Nesse contexto, muitas são as matérias que não chegam às Turmas da CSRF e têm a interpretação da legislação dispersa pelas Turmas Ordinárias e Extraordinárias, sem um instrumento uniformizador de interpretação.

2.2. O DESAFIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO SEM UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

O desafio da razoável duração do processo é grandioso.

Algumas experiências foram bem-sucedidas, tais como a gestão inteligente do acervo com o julgamento de recursos repetitivos (§§1º a 3º do art. 47 do Regimento Interno aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015).

Com a concentração de questões de direito material similares e a reunião de recursos repetitivos, o CARF obteve avanços significativos no aumento da celeridade processual.

Todavia, quando se julgam lotes com muitos processos reduz-se o estoque, mas não se ataca o problema das divergências, pela falta de efeito vinculante.

Em tese, lotes de recursos repetitivos podem ser julgados de forma divergente se distribuídos para colegiados diferentes. Também podem ser proferidas decisões dissonantes se, depois de algum tempo, lote com a mesma matéria for julgado pelo mesmo colegiado como outra composição.

2.3. DISFUNCIONALIDADES DO SISTEMA

No cenário que se descreveu, podiam ser listadas algumas disfuncionalidades do sistema:

a. rito solene e demora de muitos anos para aprovação de súmula;
b. ausência de protagonismo dos conselheiros;
c. propostas rejeitadas na fase de admissibilidade;
d. baixo aproveitamento do potencial da CSRF para uniformizar jurisprudência;
e. restrição da uniformização no julgamento do recurso especial – o que somente atinge o caso concreto – sem efeito vinculante, apenas com efeito indutor, mas ainda assim reduzido;
f. não utilização das resoluções do Pleno da CSRF;
g. ausência de instrumentos de uniformização de amplo alcance, tais como pedido de uniformização de interpretação de lei federal (art. 14 da Lei nº 10.259, de 2001), recursos repetitivos (art. 1.036 do CPC), IAC (art. 947 do CPC) ou IRDR (art. 976, CPC);
i. recursos repetitivos sem efeito vinculante; e
j. súmula do CARF não vinculante às DRJ.

2.4. INOVAÇÕES DO REGIMENTO INTERNO DE 2023

Não existe fórmula milagrosa, nem bala de prata que resolva um problema complexo de forma simples.

O Regimento Interno aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 2023, dá prosseguimento ao aperfeiçoamento das normas reguladoras do jul-

gamento no CARF. Cada Regimento em seu tempo buscou esse aperfeiçoamento e enfatizou alguma situação de destaque de sua época.

O RICARF aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, surge em um contexto pós-Operação Zelotes, com forte apego ao fortalecimento da integridade.

O RICARF 2023 surge em um contexto de imperiosa busca da celeridade processual. Os dados abertos do CARF apontam, em maio de 2024, um estoque da ordem de 80 mil processos e R$1,027 trilhão de reais em litígio, com tempo médio de 3,4 anos para julgamento de recurso voluntário e 340 dias para julgamento de recurso especial.[17]

O cenário em que surge o RICARF 2023 é o de previsão legal de julgamento de recursos dentro de 360 dias e uma realidade em que a Tese nº 269 dos recursos repetitivos do Superior Tribunal de Justiça (STJ) embasa um número crescente de decisões em mandados de segurança que determinam o julgamento de recursos, em prazo muitas vezes de trinta dias, criando dois "ritos processuais" muito desiguais: o do contribuinte que ingressa em juízo e o do que não o faz.

Nesse cenário, o RICARF de 2023 aperfeiçoa diversos procedimentos e institui algumas novas funcionalidades, abrindo ainda mais as portas do CARF para as possibilidades criadas pela tecnologia, a exemplo da exploração das reuniões assíncronas, que, desde agosto de 2024, passaram a ser realizadas em sistema informatizado denominado Plenário Virtual.

A aprovação de Súmulas CARF é um dos procedimentos que recebeu especial atenção, em uma época em que o CPC valoriza o sistema de precedentes e de uniformização de jurisprudência.

As regras tradicionais para proposição e aprovação de súmula foram mantidas no art. 126, mas o art. 124 do RICARF 2023 acrescenta novas possibilidade ao dispor expressamente que as súmulas podem ser propostas pelos conselheiros das Turmas da CSRF com base em três acórdãos da própria Turma.

Esse pequeno ajuste traz uma série de possibilidades, como as de:

a. reduzir o intervalo entre a consolidação do entendimento na Turma e a proposição do enunciado;

17 Cf. CARF (2024a).

b. viabilizar às Turmas da CSRF sumular matéria que a elas chega com a finalidade de uniformizar a interpretação sem precisar de paradigma de Turma Ordinária;
c. aumentar a chance de a proposta ser aprovada, pois a tendência é a de que os que votam sejam os que participaram dos debates dos paradigmas; e
d. incentivar o protagonismo dos conselheiros.

O art. 125 do RICARF 2023 adicionou outra forma de proposição: por conselheiro de Turma Ordinária, na própria Turma, como menor número de acórdãos paradigmas em relação à hipótese tradicional (art. 126), quando verificar três acórdãos concordantes de Turmas Ordinárias distintas da própria Seção, proferidos nos últimos três anos.

A proposta será avaliada na Turma Ordinária do proponente e, se contar com a aprovação de maioria absoluta dos membros da Turma Ordinária, será encaminhada à Turma da CSRF, ou ao Pleno. Neste último caso, se a matéria for comum às três seções.

Esse ajuste pontual tem demonstrado enorme potencial sob vários aspectos, como para:

a. reduzir o intervalo entre a consolidação do entendimento nas Turmas Ordinárias e a proposição do enunciado;
b. uniformizar a jurisprudência sem a necessidade de levar enorme quantidade de recursos especiais à CSRF;
c. incentivar o protagonismo dos conselheiros; e
d. uniformizar a jurisprudência em temas que não chegariam à CSRF.

A nova sistemática permite, em tese, que sejam feitas propostas por Turmas Ordinárias que entrem em colisão com acórdãos proferidos por outras Turmas Ordinárias, assim como por Turma da CSRF – o que sempre ocorreu na sistemática tradicional. Mas é possível detectar essas situações na instrução da proposta, que passará, sempre, pelo crivo da dupla aprovação colegiada, iniciando-se pela necessária maioria da Turma Ordinária do proponente e culminando com a aprovação de ao menos três quintos da Turma da CSRF.

Nesse contexto, deduz-se que o interregno para que uma matéria possa ser sumulada será reduzido e que isso poderá até mesmo aumentar, gradativa e significativamente, o número de súmulas do CARF.

Ademais, o procedimento pode ser continuamente aperfeiçoado por regulamentação do presidente do CARF, conforme já posto em prática com a edição da Portaria CARF nº 414/2024.[18]

2.5. APROVAÇÃO DE SÚMULAS CARF: RITO TRADICIONAL MANTIDO E NOVOS RITOS SIMPLIFICADOS

Na sistemática do RICARF/2015, a aprovação de súmulas já poderia ser feita no âmbito de cada Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais para aprovar enunciado de súmula que tratasse de matéria concernente à sua competência – ou ao Pleno da CSRF – para edição de enunciado de súmula sobre matéria que, por sua natureza, fosse submetida a duas ou mais Turmas da CSRF (art. 72, §§ 1º e 2º, do Anexo II do RICARF/2015).

Essas mesmas hipóteses foram mantidas no RICARF/2023 (art. 123, §§ 1º e 2º).

Também não há novidades no que concerne ao procedimento consagrado pelo art. 73 do Anexo II do RICARF/2015, em que a proposta de súmula poderia ser de iniciativa de conselheiro do CARF, do procurador-geral da Fazenda Nacional, do secretário da Receita Federal do Brasil, ou de presidente de confederação representativa de categoria econômica ou de central sindical, habilitadas à indicação de conselheiros.

Na essência, o art. 126 do RICARF/2023 manteve a redação do art. 73 do RICARF/2015 e dispôs que a proposta deve ser instruída "com pelo menos cinco decisões proferidas cada uma em reuniões diversas, em pelo menos dois colegiados distintos" (§ 1º), exceto de Turmas Extraordinárias (§ 6º), exigindo-se para aprovação do enunciado voto de pelo menos três quintos da totalidade dos conselheiros do respectivo colegiado (§ 4º).

No padrão seguido até o RICARF/2015, a aprovação de súmulas pelo Pleno da CSRF e pelas Turmas da CSRF ocorreria anualmente, em rito que compreendesse período de solicitação aos conselheiros para que propusessem enunciados de súmulas e uma convocação do Pleno com finalidade específica de aprovação de súmulas.

18 Hoje é regulamentado pela Portaria CARF nº 414, de 12 de março de 2024 (CARF, 2024b).

Contudo, não houve convocação do Pleno e das Turmas da CSRF em 2022 nem em 2023.

A última reunião com essa finalidade ocorreu em 6 de agosto de 2021, quando foram apreciadas 49 propostas de enunciado de súmulas, referentes às proposições realizadas nos anos de 2020 e 2021,[19] com a aprovação de um total de 25 (vinte e cinco) enunciados de Súmulas CARF.[20]

Sob a ótica da uniformização de jurisprudência, a tardia aprovação de súmulas permite que discussões e divergências sobre um tema se perpetuem, acarretando morosidade na conclusão do julgamento dos processos.

O RICARF/2023 inovou ao trazer duas novas alternativas para proposição de súmulas: por conselheiro de Turma da CSRF (art. 124) e por conselheiro de Turma Ordinária, que, em tendo confirmação por sua própria Turma, terá sua proposição levada à apreciação da Turma da CSRF (art. 125).

A inovação criada pelo art. 124 permite que qualquer conselheiro de Turma da CSRF possa "propor enunciado de súmula, que trate de matéria de competência da respectiva turma, correspondente a tese por ela adotada em três acórdãos concordantes proferidos por unanimidade ou maioria".

Salienta-se que o quórum exigido no art. 124 do RICARF/2023 para os precedentes que embasarem a proposta de súmula é diferenciado: *os acórdãos têm que ter sido decididos por unanimidade ou maioria de votos*, o que não se exige para as demais hipóteses regimentais de encaminhamento de propostas de súmulas.[21]

Recebida a proposta de súmula, o presidente de Turma da CSRF a encaminhará ao presidente do CARF, caso a matéria a ser sumulada seja comum a mais de uma das Seções de Julgamento (§ 1º, inciso I – com convocação do Pleno pelo presidente do CARF), ou incluirá em pauta

19 Portaria CARF/ME nº 7.974, de 2 de julho de 2021.

20 Informação disponível em: http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf. Acesso em: 16 nov. 2024.

21 Em tese, nas propostas de súmulas de que tratam os arts. 125 e 126 do RICARF/2023, os acórdãos indicados podem ter sido decididos por voto de qualidade ou com base no revogado art.19-E da Lei nº 10.522/2002, com a redação dada pela Lei nº 13.988/2020.

de reunião de julgamento da Turma, na hipótese de a matéria ser de competência exclusiva da respectiva Seção.

Para aprovação da súmula proposta nesses termos, manteve-se o quórum de 3/5 da totalidade dos conselheiros da Turma da CSRF, contudo, passou-se a exigir participação obrigatória do presidente e do vice-presidente do CARF (§ 2º).

Já em seu art. 125, o RICARF/2023 possibilitou ao conselheiro de Turma Ordinária "propor, em seu respectivo colegiado, enunciado de súmula para apreciação pela Turma da CSRF a quem compete a matéria, quando verificar ao menos três acórdãos concordantes proferidos por Turmas Ordinárias distintas, entre os proferidos nos três últimos anos".

Caso o colegiado aprove a proposta de enunciado de súmula, nesse caso, por maioria de votos, o conselheiro proponente deverá formalizar a proposta e encaminhá-la ao presidente da Turma, que a remeterá ao presidente da Seção (§ 1º), seguindo, a partir de então, o mesmo rito previsto na proposição de súmulas por membros da CSRF.

Há diferenças entre o conjunto de acórdãos paradigmas conforme a proposta seja baseada no art. 124 ou no art. 125:

- no âmbito da CSRF (art. 124), os conselheiros precisam de três acórdãos concordantes do próprio colegiado, *sem limitação temporal ao período em que foram prolatados*;
- aos conselheiros de Turma Ordinária (art. 125) também basta indicar três acórdãos concordantes, porém estes precisam ter sido *proferidos por Turmas Ordinárias distintas nos últimos três anos*.

Há de se ressaltar, contudo, que do mesmo modo que o RICARF/2023 criou um rito célere e simplificado para aprovação de súmulas a partir da proposta de conselheiros da CSRF e de turmas ordinárias, no § 4º do art. 124 também previu *iter* para revisão ou cancelamento de enunciado de súmula de Turma da CSRF, a partir de proposta do presidente da respectiva Turma da CSRF.

De toda forma, o RICARF/2023 manteve em seu art. 128 o que já era previsto nos Regimentos anteriores: a *possibilidade* de revisão ou cancelamento de enunciado de súmula a partir de proposta do presidente do CARF, do procurador-geral da Fazenda Nacional, do secretário especial da Receita Federal, de presidentes de confederação representativa de categoria econômica de nível nacional ou de central sindical, habilitadas à indicação de conselheiros.

Nesse sentido, de modo similar ao RICARF/2015 (art. 74, §§ 4º e 5º, do Anexo II), quando sobrevier "decisão transitada em julgado do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado na sistemática da repercussão geral ou dos recursos repetitivos, que contrarie seu conteúdo", o presidente do CARF revogará súmula do Conselho sem necessidade de aprovação pelos respectivos colegiados que a tenham aprovado (art. 128, § 4º), exceto nos casos das súmulas aprovadas pelo ministro da Fazenda (§ 5º), hipótese em que os mesmos interessados a propor súmula no rito tradicional poderão encaminhar, por intermédio do presidente do CARF, proposta ao ministro da Fazenda para revogação de enunciado.[22]

O art. 60, inciso VIII, do RICARF determina que os presidentes de Seções deverão encaminhar à Divisão de Análise de Recurso e Uniformização de Jurisprudência (Direj) "proposta, própria ou encaminhada por Presidente de Câmara ou Turma, para edição de súmula ou resolução de uniformização".

Quanto ao presidente de Câmara, não há dúvidas de que ele deve encaminhar ao presidente de Seção as propostas de súmulas de que tratam o art. 126 do RICARF/2023 (art. 59, inciso V), rito confirmado pelo inciso III do § 4º do art. 6º da Portaria CARF nº 414, de 2024.

O RICARF/2023 atribuiu competência aos presidentes de Turma Ordinária para remeter ao presidente de Seção a proposta de súmula, após aprovação do encaminhamento pela maioria do colegiado a partir de proposta de um de seus próprios membros (parágrafo único do art. 125[23]), o que atrai, de forma direta, a aplicação do art. 60, inciso VIII, ou seja, a submissão dessa proposta ao exame da Direj.

Convém ressaltar que o art. 25 do RICARF/2023 determina que compete à Direj "analisar as propostas de súmula e resolução de uniformização de teses divergentes a serem submetidas ao Pleno e às Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais", sendo comum que muitas propostas que não preencham os pressupostos regimentais sejam de pronto obstadas, sem que haja necessidade de pronunciamento pelos colegiados do CARF.

---

22 Conforme já citado, a Portaria CARF nº 414, de 2024, regulamenta o processamento das propostas de súmulas e de resoluções do CARF. Em seu art. 15, a portaria trata dos procedimentos para revisão ou cancelamento de enunciado de súmula.

23 A Portaria CARF nº 414, de 2024, em seu art. 5º, disciplina o rito a ser adotado para proposta de súmula por conselheiro de Turma Ordinária.

Nesse contexto, a Portaria CARF nº 414, de 2024, manteve a Direj à frente das verificações prévias quanto ao preenchimento dos pressupostos regimentais para que um enunciado de súmula possa ser submetido às Turmas da CSRF ou ao Pleno, quer nos casos de propostas de súmulas realizadas por conselheiros da CSRF (art. 4º, §§ 4º e 5º),[24] de Turma Ordinária (art. 5º, § 7º),[25] ou das já tradicionais propostas oriundas de entidades externas ou conselheiros em geral (art. 6º, §4º, incisos IV e V).[26]

3. ATRIBUTOS DAS SÚMULAS CARF ANTES E DEPOIS DO RICARF/2023

Os enunciados de súmulas do CARF já vinculavam seus membros, a teor do que dispunha o *caput* do art. 72 do RICARF/2015, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015,[27] assim como normas similares de Regimentos anteriores. Para surtir efeitos nos demais órgãos da Administração Tributária, havia necessidade de o ministro da Fazenda

24 "Art. 4º Qualquer conselheiro de turma da CSRF poderá propor enunciado de súmula, que trate de matéria de competência da respectiva turma, correspondente a tese por ela adotada em três acórdãos concordantes proferidos por unanimidade ou maioria. […] §4º Na hipótese do inciso I do §3º, o Presidente do CARF encaminhará a proposta à Cojul, para análise e manifestação da Direj. §5º A Cojul encaminhará a manifestação da Direj ao Presidente do CARF para decisão."

25 "Art. 5º Qualquer conselheiro de Turma Ordinária poderá propor, em seu respectivo colegiado, enunciado de súmula para apreciação pela Turma da CSRF a quem compete a matéria, quando verificar ao menos três acórdãos concordantes proferidos por turmas ordinárias distintas, entre os proferidos nos três últimos anos a contar da proposta. […] §7º O Presidente da Turma remeterá a proposta ao Presidente da Seção, seguindo-se, a partir de então, o rito previsto nos §§3º a 5º do art. 4º."

26 "Art. 6º Sem prejuízo do disposto nos art. 3º e 4º, a proposta de súmula poderá, ainda, ser de iniciativa de conselheiro do CARF, do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, do Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, de Presidentes de Confederação representativa de categorias econômicas de nível nacional ou de Central Sindical, habilitadas à indicação de conselheiros. §4º A proposta de conselheiro fundamentada no caput deste artigo terá o seguinte trâmite: […] IV - o presidente de seção encaminhará a proposta própria ou encaminhada por presidente de câmara à Cojul para manifestação da Direj; e V - a Cojul encaminhará a manifestação da Direj ao Presidente do CARF para decisão."

27 Cf. Brasil (2015).

atribuir às Súmulas CARF efeito vinculante, nos termos do art. 75 do RICARF/2015.

Ao dar nova redação ao Decreto nº 70.235/1972, a Lei nº 14.689, de 20 de setembro de 2023, dispôs que, não somente o CARF, mas também as Delegacias da Receita Federal de Julgamento (DRJ), observarão as súmulas do CARF.[28]

O art. 129 do RICARF/2023[29] manteve a possibilidade de vinculação de toda a Administração Tributária por meio de ato do ministro da Fazenda.

No que diz respeito ao efeito vinculante das súmulas do CARF, em linha com o disposto na Lei nº 14.689/2023 (que incluiu o §13 no art. 25 do Decreto nº 70.235, de 1972), o RICARF/2023 dispôs que a simples aprovação de uma Súmula CARF, além de vincular os conselheiros do CARF, também demandará observância obrigatória pelas DRJ (§4º do art. 123).[30]

Desse modo, não há mais necessidade de ato ministerial que atribua efeito vinculante às Súmulas CARF para que os julgadores das DRJ as observem, exigindo-se ainda tal mister para que a vinculação seja aplicável a toda a Receita Federal – inclusive no que toca às normas complementares expedidas pelos órgãos, lançamentos e demais atos decisórios – e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Dando maior efetividade à vinculação do CARF e das DRJ às súmulas do CARF, o RICARF/2023 traz outra novidade: o não conhecimento de recurso de ofício ou voluntário interpostos contra decisão de primeira instância que adote como razão de decidir súmula aprovada pelo CARF

28 "§ 13. Os órgãos julgadores referidos nos incisos I e II do *caput* deste artigo observarão as súmulas de jurisprudência publicadas pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais."

29 "Art. 129. O Ministro de Estado da Fazenda poderá, por proposta do Presidente do CARF, do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, do Secretário Especial da Receita Federal do Brasil ou de Presidente de Confederação representativa de categoria econômica ou profissional habilitada à indicação de conselheiros, atribuir à súmula do CARF, ou à Resolução do Pleno, efeito vinculante em relação à Administração Tributária Federal."

30 "Art. 123. […] § 4º As Súmulas de Jurisprudência do CARF deverão ser observadas nas decisões dos órgãos julgadores referidos nos incisos I [Delegacias da Receita Federal de Julgamento] e II [CARF] do caput do art. 25 do Decreto nº 70.235, de 1972."

(art. 101),[31] exceto quando "houver outra matéria a ser apreciada" ou "o recurso voluntário contiver argumentação com os motivos de fato ou de direito pelos quais o enunciado das súmulas ou as decisões não se aplicariam ao caso concreto" (incisos I e II do parágrafo único do art. 101).

Sublinhe-se que o não conhecimento de recursos de ofício e voluntário – nos casos em que as decisões de primeira instância adotarem como razão de decidir súmula aprovada pelo CARF – poderá ser tomado monocraticamente pelos presidentes de Câmara, a teor do que dispõe o art. 59, inciso XVII, do RICARF.[32] Contudo, na existência de *distinguishing* na decisão recorrida ou recurso, os processos deverão ser sorteados para decisão no colegiado competente.

O RICARF/2023 trouxe ainda mais uma novidade no que diz respeito aos efeitos das súmulas: a reboque do que já vinha se decidindo na 1ª Turma da CSRF,[33] agora, de forma explícita, dispensou-se a necessidade de retorno do processo para julgamento em segunda instância quando a matéria remanescente na instância especial (CSRF) for objeto de súmula do CARF ou Resolução do Pleno da CSRF *e* versar exclusivamente sobre aplicação de direito (art. 111, § 5º).

E, em se tratando de matéria objeto de súmula do CARF ou Resolução do Pleno, o mesmo procedimento se aplica para dispensa de retorno de processo para a primeira instância (art. 111, § 6º).

O RICARF/2023 também deu relevância às súmulas ao dispor sobre a fundamentação das decisões por meio de referência a esses enunciados

---

31 Na realidade, o art. 101 do RICARF/2023 também cria hipóteses de não conhecimento de recursos de ofício e voluntário (decisão de primeira instância que adote como razões de decidir decisão plenária definitiva do STF, Súmulas Vinculantes do STF e Súmulas CARF), hipóteses essas antes previstas no RICARF/2015 somente para não conhecimento de recursos especiais (art. 67, § 12, do Anexo II do RICARF/2015).

32 "Art. 59. Aos Presidentes de Câmara incumbe: […] XVII - nas hipóteses do art. 101, negar conhecimento ao recurso de ofício e ao recurso voluntário quando, nesse último caso, o recurso não contiver argumentação com os motivos de fato ou de direito pelos quais o enunciado das súmulas ou as decisões não se aplicariam ao caso concreto."

33 No Acórdão nº 9101-006.602, de 11 de maio de 2023, por exemplo, apesar da nulidade da decisão de primeira instância, dispensou-se o reconhecimento de nulidade, pois o retorno se limitaria à aplicação da Súmula CARF nº 178 quanto à exigência de multa isolada após o encerramento do ano-calendário.

vinculantes, hipótese em que bastará ao acórdão identificar o número da súmula, os fundamentos determinantes e a demonstração de que o caso sob julgamento a eles se ajusta (inciso II do §12 do art. 114).

4. NOVAS OPORTUNIDADES E DESAFIOS

A experiência adquirida até a aprovação de súmulas em 2024 sob os novos procedimentos demonstra ganhos de eficiência no sistema de uniformização de jurisprudência.

Com o aumento do número de enunciados aprovados, tende a aumentar a visibilidade das Súmulas CARF bem como o debate em torno dos enunciados aprovados e de outros que, em tese, podem vir a ser. Além disso, incentivam-se os conselheiros a proporem novos enunciados.

O art. 125, ainda não explorado, é uma oportunidade de o CARF avançar em temas que não chegam à apreciação da CSRF, a exemplo de matérias em relação às quais as Turmas Ordinárias não divergem, mas decidem de forma diversa das DRJ.

O uso de novas tecnologias, como a inteligência artificial, permite a identificação de temas em que a divergência recai sobre expressivo número de recursos na primeira ou segunda instância; consequentemente, uma Súmula CARF teria impacto sobre um número significativo de processos pendentes de julgamento.

Por outro lado, a consolidação das súmulas do CARF e, em especial, das Turmas da CSRF como instrumento de uniformização da jurisprudência administrativa inter-relaciona-se com mudanças de cultura organizacional, que exigem tempo de maturação.

Outro desafio decorre das peculiaridades do processo administrativo fiscal que o diferenciam do processo judicial, de maneira que a doutrina existente para o processo civil – que é farta e substancial – não pode ser importada para o processo administrativo sem um adequado filtro, e ainda não há muitos estudos específicos para a uniformização da jurisprudência administrativa.

A imperativa necessidade de uniformização da jurisprudência sobre normas comuns ao Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) e à Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS), decorrente da Reforma Tributária instituída pela Emenda Constitucional nº 132, de 2023, é outro tópico desafiador a ser enfrentado direta ou indiretamente pelo CARF em um futuro próximo.

Esse conjunto de oportunidades e de desafios reforça a importância de se avaliarem empiricamente as boas práticas e os resultados alcançados na gestão do processo administrativo fiscal federal, bem como o impacto de enunciados sumulares sobre a eficiência da gestão do estoque de processos na primeira e na segunda instâncias.

CONCLUSÕES

As súmulas do CARF têm a finalidade de uniformizar a jurisprudência do Conselho e cresceram de relevância com a inclusão do §13 ao art. 25 do Decreto nº 70.235, de 1972, que passou a vincular as DRJ.

Sem abolir as regras tradicionais para proposição e aprovação de súmulas, o RICARF 2023 institui novas formas de propor e de aprovar súmulas, estimula o protagonismo dos conselheiros e viabiliza a instituição de rito mais célere para aprovação de enunciados.

Conforme se observa, o RICARF/2023 foi muito além de meramente reproduzir o RICARF/2015 ou a Lei nº 14.689, de 2023, no que diz respeito às propostas de enunciados de súmula, na medida em que inovou, ampliou e simplificou a forma de os conselheiros proporem enunciados de súmula, com requisitos diferenciados de acórdãos paradigmas, e criou a possibilidade de aprovação de súmula de Turma da CSRF em pauta de julgamento do respectivo colegiado.

E, quanto aos efeitos dos enunciados aprovados, estes foram expandidos automaticamente para além do âmbito do CARF, irradiando-se também aos julgamentos nas DRJ.

Tais medidas vêm contribuindo para que as súmulas do CARF sejam aprovadas em menor tempo e maior número, o que propicia maior celeridade ao julgamento de recursos em primeira e segunda instâncias – com consequente redução da temporalidade do acervo no âmbito do CARF (e também no das DRJ) – e a redução da litigiosidade fiscal.[34]

Com a obrigatoriedade de observância das súmulas do CARF, o papel das DRJ ganha uma nova dimensão. As DRJ deixam de ser meras instâncias de julgamento de primeira instância para se tornarem verda-

34 Embora as Súmulas CARF não vinculem toda a Administração Tributária de forma automática, necessitando, para tanto, de atribuição de efeito vinculante pelo ministro da Fazenda, não há dúvidas de que esses enunciados acabam por contribuir significativamente para a redução da litigiosidade. Vide, por exemplo, a alteração de entendimento por parte da Receita Federal na Solução de Consulta Cosit nº 90, de 18 de junho de 2025, que se curvou à tese fixada na Súmula CARF nº 188. Cf. Brasil (2025).

deiras portas de entrada para a pacificação de teses, valendo o mesmo para sua atuação como instância recursal no contencioso de pequeno valor. A correta aplicação das súmulas pelas DRJ será crucial para o sucesso do novo modelo, exigindo dos julgadores um conhecimento aprofundado da jurisprudência do CARF e uma postura proativa na identificação e aplicação dos entendimentos consolidados.

Esse conjunto de ajustes, bem regulamentado – e com o engajamento dos conselheiros –, poderá contribuir positivamente, e cada vez mais, para a uniformização da jurisprudência do CARF e, consequentemente, para a segurança jurídica e celeridade do processo administrativo tributário federal, no CARF e nas DRJ.

Outros avanços estão contidos no RICARF/2023 quanto aos efeitos das Súmulas CARF que muito poderão contribuir para imprimir celeridade ao deslinde dos litígios, tais como: a) a dispensa de retorno do processo para julgamento em primeira ou segunda instâncias quando a matéria remanescente na instância especial for objeto de súmula do CARF e versar exclusivamente sobre aplicação de direito; b) a possibilidade de fundamentação da decisão mediante referência a súmula do CARF; b) o não conhecimento de recurso interposto em face de decisão de primeira instância que adote enunciado de súmula do CARF como razão de decidir; e c) a possibilidade de os presidentes de Câmara negarem conhecimento a recurso de ofício e a recurso voluntário, neste último caso, quando o recurso não contiver argumentação com os motivos de fato ou de direito pelos quais o enunciado das súmulas ou as decisões não se aplicariam ao caso concreto.

Embora as recentes alterações normativas representem um avanço significativo, ainda existem lacunas na literatura e questões que merecem aprofundamento em futuras pesquisas. A efetividade da redução do litígio e da celeridade processual, por exemplo, é um tema que demandará acompanhamento e análise empírica nos próximos anos. Será importante verificar se as medidas implementadas de fato alcançam os objetivos propostos ou se surgirão novos desafios.

Em suma, as alterações na legislação e no Regimento do CARF representam um passo importante na busca por um contencioso administrativo fiscal mais eficiente, previsível e seguro. Os impactos dessas mudanças serão sentidos em todas as esferas do sistema, exigindo adaptação e aprimoramento contínuo por parte de todos os envolvidos.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Ementas e sua técnica. ***Revista de Doutrina da 4ª Região***. Porto Alegre, n. 27, dez. 2008. Disponível em: https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao027/ruy_rosado.html. Acesso em: 22 jul. 2024.

ALLEGRETTI, Ivan; FERRAZ, Roberto. Aspectos processuais do Novo Regimento Interno do CARF. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira (org.). ***Grandes questões atuais de Direito Tributário***. São Paulo: Dialética, 2015, v. 19, p. 179-197.

BRASIL. Exposição de motivos da Medida Provisória nº 1.602/1997. ***Diário do Congresso Nacional***, n. 26, p. 18.023, 2 dez. 1997. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/14400?sequencia=337. Acesso em: 18 jan. 2024.

BRASIL. ***Exposição de motivos nº 00187/2013 da Medida Provisória nº 627, de 11 de novembro de 2013***. Brasília, 7 nov. 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Exm/EM-MPv627.doc. Acesso em: 22 jan. 2024.

BRASIL. Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015. *DOU*, Brasília, seção 1, p. 14, 10 jun. 2015. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?naoPublicado=&idAto=65007&visao=anotado. Acesso em: 16 nov. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. ***Diretrizes para a elaboração de ementas***. Brasília, 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/diretrizes-elaboracao-ementas-uerj-reg-cnj-v15122021.pdf.

BRASIL. Solução de Consulta Cosit nº 90 de 18 de junho de 2025. *DOU*, Brasília, seção 1, p. 140, 25 jun. 2025. Disponível em: https://normasinternet2.receita.fazenda.gov.br/#/consulta/externa/144761.

CARF. ***Quadro geral de súmulas***. Brasília, 12 set. 2018. Disponível em: https://carf.economia.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1. Acesso em: 14 nov. 2024.

CARF. ***Dados abertos 2024***. Brasília, 27 jun. 2024a. Disponível em: https://carf.economia.gov.br/dados-abertos/dados-abertos-2024/dados-abertos-202406-final.pdf. Acesso em: 14 nov. 2024.

CARF. Portaria CARF/MF nº 414, de 12 de março de 2024. *DOU*, Brasília, n. 54, seção 1, p. 33, 19 mar. 2024b.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. ***Precedente judicial como fonte do direito***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DELGADO, José Augusto. Direito sumular. Espécies de súmulas. Súmula de jurisprudência. Súmula impeditiva de recurso. Súmula vinculante. ***BDJur***, STJ, 2011. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/74122.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Sarno Paula; OLIVEIRA, Rafael. ***Curso de Direito Processual Civil***. Teoria da prova, Direito Probatório, teoria

do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 6. ed. v. 2. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

LEAL, Roger Stiefelmann. ***O efeito vinculante na jurisdição constitucional***. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. ***Precedentes obrigatórios***. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PINTO, Fernando Brasil de O.; CARDOSO, Jorge Claudio D. Novo Ricarf e Súmulas: novidades e expectativas. ***Consultor Jurídico***, 7 fev. 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-fev-07/novo-ricarf-e-sumulas-novidades-e-expectativas/. Acesso em: 15 jul. 2025.

A ADI 2446 NAS DECISÕES DO CARF

CRISTIANE PIRES MCNAUGHTON

Doutora e Mestre em Direito Tributário, Financeiro e Econômico pela Faculdade de Direito da USP. Professora. Conselheira da 1ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF.

CHARLES W. MCNAUGHTON

Doutor e Mestre pela PUC-SP. Concluiu programa de Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da USP. Professor de Mestrado do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Advogado.

Este artigo tem por objetivo identificar a influência do julgado na ADI 2446 sobre votos emitidos por Conselheiros do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. Não se tem a pretensão de um apontamento exaustivo, mas apenas coletar alguns exemplos para entender melhor como tem se dado a aplicação do julgado do Supremo Tribunal Federal - STF na corte administrativa.

Na ADI 2446, como se sabe, o STF se debruçou sobre a constitucionalidade do art. 1º da Lei Complementar n. 104/2001, na parte em que acrescentou o parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional que estabelece que "a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária."

Conforme o voto da Excelentíssima Ministra Relatora Carmen Lúcia, foi decidido que o referido dispositivo é constitucional e não infringe a estrita legalidade, por se tratar de norma antievasiva que visa alcançar e dissimulação ou simulação do fato gerador.

Por outro lado, assentou-se que a norma não proíbe o contribuinte buscar, pelas vias legítimas de modo coerente com a ordem jurídica, economia fiscal, realizando suas atividades de modo menos oneroso e evitando, licitamente, o fato gerador. Vejamos:

> Como se vê, o parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional, quando prescreve que o agente administrativo poderá desconsiderar atos e negócios jurídicos que visem dissimular a ocorrência do fato gerador, busca, na realidade, coibir a simulação da conduta que avilta a licitude do fato ocorrido e não a regular prática de planejamento tributário. Ou seja, caberá à autoridade administrativa "investigar a presença de vícios capazes de macular a existência do negócio jurídico (simulação e dissimulação) ou a sua validade, em fraude à lei, abuso de forma ou abuso de direito."
> Digo isso porque o objetivo do legislador não foi impossibilitar o planejamento tributário, prática comum nas atividades empresariais, com a finalidade de buscar o caminho menos oneroso de tributos para os contribuintes, mas permitir que a autoridade administrativa desconstitua atos e negócios jurídicos nos quais forem usados artifícios juridicamente ilegítimos para burlar a ordem tributária, evadindo-se o contribuinte da ocorrência de fato gerador que deveria constituir a obrigação tributária. Inibe-se condutas ilícitas caracterizadas como sonegação fiscal.

Pois bem. Analisemos agora alguns julgados que levaram em consideração o quanto decidido pelo STF na ADI 2446 para a análise dos atos praticados pelos contribuinte que levaram a autuação fiscal.

No Acórdão 2402-012.273 da 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção, analisou-se a incidência de contribuições devidas à Seguridade Social no contexto de serviços prestados, por pessoa jurídica, na atividade de construção de moradia.

Segundo o voto da Conselheira Relatora, teriam sido identificados, na contabilidade do contribuinte, lançamentos de pagamentos a supostos trabalhadores autônomos em contas contábeis como "serviços de terceiros", "serviços de terceiros sem INSS" etc. sem prova contábil de que tais quantias foram incluídas na folha de salários ou de que houve exigência de contribuição previdenciária. Ademais, a fiscalização teria desconsiderado a existência de personalidade jurídica do prestador de serviços para configurar o vínculo empregatício.

Diante de tal panorama, o voto examina, entre outros aspectos, a ADI 2446, apontando que segundo a Relatora Ministra Carmen Lucia "a desconsideração autorizada pelo dispositivo está limitada aos atos ou negócios jurídicos praticados com intenção de dissimulação ou ocultação de fato gerador que, além de estar previsto em lei, já tenha se materializado. Importante observar que a mencionada lei ordinária ainda não foi editada".

Assim, o voto destaca a necessidade de se verificar se a conduta praticada pelo contribuinte "para fugir, total ou parcialmente, ao tributo (evasão fiscal), ou para eliminar, ou suprimir, total ou parcialmente, o tributo (elisão fiscal), é um comportamento lícito ou ilícito." Atesta, ainda, que o essencial é saber se ocorreu ou não o fato gerador.

No exame particular, assevera que "é essencial que tenha no Relatório Fiscal elementos caracterizadores da relação empregatícia, de forma clara, respaldadas nas provas dos autos" e conclui que "em respeito ao princípio da legalidade, não pode subsistir o lançamento de crédito tributário quando não demonstrada a ocorrência do fato gerador e a subsunção dos fatos à hipótese descrita na lei", dando, por conta disso, provimento ao Recurso Voluntário do contribuinte. Há, portanto, no julgado, aderência à teoria da estrita legalidade e da importância de o Fisco demonstrar os elementos da hipótese de incidência tributária.

Outros votos com posição semelhante podem ser conferidos no Acórdão 2402-011.941 e no Acórdão 2402-011.943.

Por sua vez, no Acórdão 2301-011.267, proferido pela 1ª Turma Ordinária, da 3ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento, discutiu-se o IRPF em razão da omissão de rendimentos de aluguéis a partir da desconsideração de fundos de investimentos imobiliários titular das propriedades das quais derivam os rendimentos.

Em seu voto, sustenta a Ilustre Relatora que as normas antielusivas desconsideram a estrutura simulada, artificial e realizada com abuso de direito que não demonstra racionalidade empresarial.

Ao explicar a gênese da previsão do parágrafo único do artigo 116 do CTN, lembra que, em razão de o Código Civil exigir a intervenção do judiciário para se reconhecer a nulidade de negócios jurídicos, seria necessário um novo instrumento para se conferir à Administração Tributária a agilidade recomendável para realizar seu trabalho. Aponta, ainda, que o projeto de alteração legislativa que deu origem à LC 104/01, na Exposição de Motivos, informa que o objetivo da mudança é combater os procedimentos de planejamento tributário praticados com abuso de forma ou de direito.

O voto, em seguida, menciona a ADI 2446, destacando que em tal julgado foi reconhecida a constitucionalidade da norma. Cita trechos do voto da Excelentíssima Ministra Carmen Lucia, como, por exemplo, de que a norma em questão visa conferir máxima efetividade não apenas ao princípio da legalidade tributária mas também da lealdade tributária.

Em seguida, o referido voto atesta que o entendimento que prevalece no CARF é que simulação ou dissimulação é um conceito amplo, que leva em conta não apenas a legalidade, mas o resultado final, "avaliando o quão artificioso foi o caminho usado, a adequação com a finalidade da norma e o propósito que levou aquela estrutura".

No caso concreto, houve reorganização societária envolvendo Fundo Imobiliário. Entendeu-se que foram realizados atos em cadeia, de modo simultâneo e "sem lógica no mundo real". Houve, ainda, o apontamento, por parte do Recorrente, de que as operações foram realizadas em um contexto de planejamento sucessório. Tal argumento foi rejeitado sob o motivo de que teria sido apresentado de modo genérico, sem qualquer juízo de valor. É preciso considerar que o caso envolve outros aspectos riquíssimos, como a sujeição passiva, mas que não serão tratados no presente artigo por uma questão de corte metodológico.

Por sua vez, no Acórdão n. 1302-006.303, da 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção, julgou-se, entre outros aspectos, a possibilidade de manutenção de dedutibilidade de ágio quando da utilização de empresa veículo. O Recurso Voluntário foi provido com base no artigo 19-E da Lei n. 10.522/02.

O voto do Relator sublinha que o Supremo Tribunal Federal, embora tenha reconhecido a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 116 do CTN, apontou que tal dispositivo tem o condão de evitar a prática de atos ilícitos e praticados com o fim de reduzir, de forma indevida, a tributação. Apontou, ainda, que o "propósito negocial, para fins de aferição da legalidade ou não de eventual planejamento tributário, não é um requisito essencial".

No Acórdão n. também se invocou a ADI 2446 afirmando-se que, desde o referido julgado, a leitura da Constituição da República Federativa do Brasil não autoriza que se adote, em nosso ordenamento jurídico, a razão que interpreta os fatos jurídicos a partir de uma perspectiva supostamente econômica em detrimento dos direitos fundamentais da livre iniciativa, da liberdade negocial, da legalidade e tipicidade.

Aplicando-se o voto da Ministra Carmen Lucia a análise do ágio, concluiu-se que, se uma pessoa jurídica (a) adquire participação societária de outra, (b) há ágio de expectativa de rentabilidade futura demonstrada e (c) há a confusão patrimonial, o contribuinte tem o direito subjetivo de se aproveitar do ágio. Qualquer requisito adicional está fora do plano de legalidade e não pode ser admitido.

Nas palavras da relatora:

> Ora, se há um aporte em uma sociedade para que esta efetive a aquisição de outra, ainda que haja fins meramente tributários, o que é isso senão o contribuinte se organizando para uma economia tributária? Como dizer que isso é vedado, se a Suprema Corte, na ADI 2446/DF assegurou esse direito? Como admitir que em um Estado de Direito que é pautado pela moralidade, o Supremo Tribunal Federal utilize um modo de se enxergar o ordenamento jurídico para justificar a constitucionalidade de uma norma e esse mesmo modo não é compartilhado pela administração pública? São questionamentos que devem, no mínimo, levar a reflexão.

Outro caso envolvendo empresa-veículo no contexto de dedutibilidade de ágio, que tratou da ADI 2446, foi o Acórdão n. 9101-006.287, emitido pela 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais. O entendimento, lavrado por maioria dos votos, sustentou que não encon-

tra respaldo na legislação a tese de que "a real investidora", para fins de aproveitamento do ágio, é a pessoa que recebe o bem em troca do pagamento do preço.

Em tal julgado, invocando a ADI 2446, o voto vencedor apontou que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a necessidade de regulamentação do parágrafo único do artigo 116 do CTN. O voto sustentou, assim, que não basta a mera invocação de "planejamento tributário", devendo haver, mesmo para aqueles que pertencem a chamada "Terceira Fase" do debate planejamento tributário, a prova de vício e patologias nos negócios jurídicos.

Talvez por ser o julgado da ADI 2446 do Supremo Tribunal Federal relativamente recente, não encontramos abundantes acórdãos que tenham examinado o tema, especialmente, em votos vencedores. Aliás, as repercussões de tal julgado na comunidade jurídica nos parece, de modo geral, tímida, quem sabe em razão do interesse maciço que a reforma tributária despertou em nossa comunidade, relegando temas antes pujantes a um segundo plano das especulações acadêmicas.

O que restou decidido na ADI 2446, por outro lado, é tema para riquíssimas reflexões teoréticas, especialmente, por ter se servido, expressamente, de princípios como "tipicidade tributária" – não no sentido de "tipo" como um ente aberto, mas no sentido de uma legalidade robusta –, reconhecido como corolário da estrita legalidade.

Referida decisão ratifica a ideia de que o agente fiscal não pode se valer da analogia para definir o fato gerador; aponta que a terminologia "norma antielisão" é inapropriada e que o parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional ainda não foi regulamentado. O acórdão também trata do direito de se organizar as atividades econômicas de modo menos oneroso, inclusive evitando o fato gerador e lida com um conceito que deve ser aprofundado que é o de "lealdade tributária".

Para além da investigação teórica, há uma tendência de que os efeitos pragmáticos de tal julgado se manifestem de modo mais intenso, ao longo dos anos, despertando novos estudos e reflexões. Esperamos acompanhar de perto esta movimentação.

A PROVA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO ADUANEIRO: VALORAÇÃO PROBATÓRIA E EFETIVIDADE DAS GARANTIAS PROCESSUAIS

CYNTHIA ELENA DE CAMPOS

Conselheira Titular e Vice-presidente da 2ª Turma da 4ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. Advogada inscrita na OAB/PR sob o n 30.170 em 08/11/2000 (Licenciada - Artigos 12, II e 28, II, da Lei n 8.906/94). Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Pós-graduada em Direito da Aduana e do Comércio Exterior Brasileiro pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Pós-graduada em Direito Internacional e Econômico pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Pós-graduada em Direito Tributário pelo Centro Universitário de Maringá - UNICESUMAR. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Maringá - UNICESUMAR (1998). ID Lattes: 8146912282499359.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Elementos da norma aduaneira; 1.1. Controle Aduaneiro; 1.2. Dano ao Erário e Pena de Perdimento; 2. Fundamentos legais da prova no processo aduaneiro; 3. Meios de prova em matéria aduaneira; 3.1. Natureza Objetiva em Infrações Formais; 3.2. Interposição Fraudulenta de Terceiros e Prova Indiciária; 3.3. Meios de Prova em Classificação Fiscal de Mercadorias; 3.4. Meios de Prova em Valoração Aduaneira; Considerações finais; Referências

INTRODUÇÃO

O processo administrativo aduaneiro constitui um dos principais instrumentos do Estado para o controle e a fiscalização das operações de comércio exterior, assegurando a efetividade das políticas econômicas, sanitárias e de segurança. Nesse cenário, a prova desempenha função central, pois permite à Autoridade Aduaneira verificar a veracidade das declarações prestadas e identificar a ocorrência de infrações.

A valoração probatória, a cargo da autoridade julgadora, deve observar o princípio da verdade material e conciliá-lo com as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Essa tarefa mostra-se particularmente complexa no contencioso aduaneiro, marcado por presunções legais e pela recorrente utilização de prova indiciária, circunstância que exige atenção rigorosa à distribuição e, quando cabível, à redistribuição dinâmica do ônus da prova.

A justificativa para este estudo reside na necessidade de demonstrar que a aplicação da legislação aduaneira deve concretizar os objetivos definidos pelo legislador, em harmonia com as demais normas do sistema jurídico brasileiro. É imperativo prevenir generalizações indevidas e desvios de finalidade na apuração de infrações ao controle aduaneiro, assegurando uma valoração probatória adequada e garantindo que o controle aduaneiro cumpra, de forma legítima e eficaz, sua função fiscalizatória no combate a fraudes em negócios jurídicos vinculados ao comércio exterior.

A abordagem proposta é relevante para delimitar os contornos legítimos da aplicação da legislação aduaneira, promovendo o equilíbrio entre a efetividade da fiscalização e a preservação de garantias processuais. O estudo analisa os critérios e desafios inerentes à valoração probatória, bem como os meios de comprovação para adequada instrução processual, com especial atenção à aplicação e à redistribuição dinâmica do ônus da prova, buscando contribuir para o aprimoramento teórico e para o fortalecimento da segurança jurídica no contencioso aduaneiro.

1. ELEMENTOS DA NORMA ADUANEIRA

1.1. CONTROLE ADUANEIRO

Inicialmente, é necessária a compreensão da finalidade precípua do controle aduaneiro, que se configura como atividade típica de soberania estatal. Sua função não se limita à verificação de aspectos formais das declarações ou documentos apresentados pelos intervenientes do comércio exterior, mas projeta-se na garantia da legitimidade e da regularidade das operações de importação e exportação.

Essa finalidade encontra respaldo no art. 237 da Constituição Federal, que atribui à Secretaria da Receita Federal a competência para o exercício da fiscalização e do controle sobre o comércio exterior, com vistas à defesa dos interesses fazendários nacionais.

O Direito é compreendido pelo ordenamento jurídico, enquanto completo sistema normativo passível de tornar uma sanção organizada e institucionalizada, garantindo a execução da norma jurídica (BOBBIO, 1995, p. 27)[1]. O Direito Aduaneiro, por ser um ramo do direito público, tem sua autonomia frente aos demais ramos do Direito, resultando em um conjunto de normas legais criadas com o intuito de regular e controlar as operações de comércio exterior.

A legislação aduaneira é objetiva e prevê rigorosa sanção em caso de descumprimento por aqueles que optam pelo exercício de atividades voltadas ao comércio exterior. Acima de qualquer interesse privado, está o controle aduaneiro como medida de proteção das fronteiras do país e defesa de interesses internos, tanto para a garantia do equilíbrio concorrencial, quanto para coibir atividades ilícitas que possam gerar ampla gama de danos econômicos, sociais, ambientais e políticos.

Ao abordar o tema, Fernandes (2016, p. 21) invoca o Princípio da Universalidade do Controle Aduaneiro, o qual retrata a soberania do território, bem como a definição de controle aduaneiro estabelecida pela Convenção de Quioto Revisada, que em seu Anexo Geral, Norma 6.1, dispõe:

> "… todos os bens que sejam introduzidos no território aduaneiro ou dele saiam, estão sujeitos ao controle aduaneiro. O controle pode ser exercido em três momentos: (i) antes da chegada da mercadoria; (ii) no momento

1 BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior, trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª Edição, 1995, pág. 27-28.

da apresentação da mercadoria às autoridades aduaneiras; e (iii) após o desembaraço aduaneiro das mercadorias"[2].

Para resguardar os interesses públicos primários, o Estado atua na proteção da sociedade, de modo que a formalidade requerida nos atos praticados junto à administração aduaneira não se configura como mera obrigação acessória ou burocrática, mas sim como medida de controle e segurança dos atos aduaneiros (MINEIRO, 2016, p. 21).

Sustenta-se, portanto, que o controle aduaneiro deve ir além de uma função meramente arrecadatória. Quando conduzido de forma eficaz e em conformidade com os princípios constitucionais, cumpre o objetivo de prevenir danos ao Erário e proteger o mercado interno, sem impor restrições indevidas à autonomia da vontade nos negócios jurídicos ou à livre iniciativa. Nessa perspectiva, o controle aduaneiro contribui para a promoção de uma economia mais justa e equilibrada, em harmonia com os preceitos da segurança jurídica e com os valores que estruturam o Estado de Direito.

1.2. DANO AO ERÁRIO E PENA DE PERDIMENTO

A pena de perdimento, no direito aduaneiro brasileiro, constitui sanção administrativa de caráter excepcional, aplicável em infrações graves capazes de causar prejuízo ao Erário ou comprometer o controle estatal sobre o comércio exterior. Sua imposição exige observância rigorosa dos princípios constitucionais e do devido processo legal, com especial atenção à adequada valoração das provas.

Historicamente, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 assegurava a inviolabilidade do direito de propriedade e vedava o confisco, admitindo apenas, por previsão legal, o sequestro e o perdimento de bens obtidos por enriquecimento ilícito decorrente de abuso de função pública. Já a Constituição de 1967, em seu art. 150, § 11, passou a prever expressamente a possibilidade de perdimento de bens em razão de danos causados ao Erário ou de enriquecimento ilícito no exercício de função pública. Essa previsão foi reforçada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, que ampliou as hipóteses de exceção à vedação do confisco, mantendo o perdimento como medida sancionatória autorizada pela ordem constitucional.

---

2 FERNANDES, Rodrigo Mineiro. **Revisão Aduaneira e Segurança Jurídica**. São Paulo: Editora Intelecto, 2016, págs. 21 e 22.

O regime jurídico do perdimento foi inicialmente delineado pelo Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966, que estabeleceu regras de fiscalização e controle aduaneiro, tipificando condutas puníveis com a perda de mercadorias e veículos. Entre as hipóteses previstas, destacam-se o transporte irregular, a ocultação de mercadorias, a falsificação documental e a importação ou exportação não autorizada. Posteriormente, o Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, complementou esse regime, detalhando as infrações configuradoras de dano ao Erário e, a partir das alterações introduzidas pela Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, instituiu presunções legais relevantes para a dinâmica probatória, como a presunção de interposição fraudulenta pela não comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados.

Sob a ótica probatória, a aplicação da pena de perdimento exige que a autoridade fiscal constitua um conjunto de provas robusto, capaz de demonstrar, de forma objetiva, a ocorrência da infração. Nos casos de presunção legal, ocorre a inversão do ônus da prova, incumbindo ao administrado demonstrar a regularidade da operação. Ainda assim, a autoridade julgadora deve valorar as provas em conformidade com o princípio da verdade material, ponderando indícios e elementos circunstanciais, sem afastar o contraditório e a ampla defesa.

Sehn (2019, p. 77-78) observa que "*o legislador não é livre para penalizar cidadãos pelo seu modo de ser ou de pensar nem para definir como danosas ações ou omissões que, na realidade, não o são*"[3], ressaltando que, pelo princípio constitucional da ofensividade, apenas condutas lesivas ou potencialmente aptas a gerar dano relevante ao Erário podem ser sancionadas. O autor, citando Paulo de Barros Carvalho, classifica as infrações aduaneiras em objetivas e subjetivas, sendo que "*as primeiras caracterizam-se pela não prestação, pura e simples, da obrigação ou do dever, independentemente da intenção do agente*" e as segundas "*pressupõem o dolo ou a culpa do infrator*"[4].

A valoração das provas, portanto, vai além da conferência formal de documentos, abrangendo exame substancial e integrado do conjunto probatório. A prova indiciária, amplamente utilizada no contencioso aduaneiro, deve apresentar coerência lógica e respaldo em indícios convergentes e consistentes, capazes de sustentar a conclusão admi-

---

3 SEHN, Solon. **Comentários ao Regulamento Aduaneiro: infrações e penalidades**. Aduaneiras. São Paulo-SP, 2019, pág. 77-78.

4 SEHN, Solon. *in* ob. cit., pág. 34.

nistrativa. Nesse ponto, impõe-se equilíbrio entre eficiência fiscal e segurança jurídica, evitando que presunções legais se convertam em punições automáticas desprovidas de respaldo fático.

Assim, a compatibilização do controle aduaneiro, voltado à proteção do interesse público, com as garantias individuais previstas no ordenamento, requer demonstração de conduta orientada à fraude contra a Administração, ainda que o resultado ilícito não se consuma.

Dessa forma, embora a pena de perdimento se revista de legitimidade constitucional e finalidade protetiva do patrimônio público e do mercado interno, é imprescindível que sua aplicação ocorra de forma criteriosa, sustentada por um rigoroso processo de formação e valoração probatória.

2. FUNDAMENTOS LEGAIS DA PROVA NO PROCESSO ADUANEIRO

A atividade probatória no processo administrativo aduaneiro encontra respaldo em normas constitucionais, infraconstitucionais e em princípios gerais do direito processual administrativo. Esse conjunto normativo estabelece, de um lado, os poderes instrutórios da Administração Aduaneira e, de outro, as garantias fundamentais do administrado, assegurando o equilíbrio entre a eficiência da fiscalização e a proteção de direitos individuais.

No plano constitucional, a instrução probatória está alicerçada nos direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal de 1988, especialmente nos incisos LIV e LV, que asseguram, respectivamente, o devido processo legal e o contraditório e ampla defesa em processos judiciais e administrativos. Tais garantias se projetam no contencioso aduaneiro, impondo à Administração o dever de assegurar ao administrado o direito de influir efetivamente na formação da decisão, seja pela produção de provas, seja pela possibilidade de impugnar aquelas apresentadas pela fiscalização. O art. 37 da Constituição, por sua vez, exige que a atuação administrativa seja pautada pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, os quais se refletem diretamente na condução da instrução probatória.

No plano infraconstitucional, diversos diplomas estruturam o regime jurídico da prova. O Código Tributário Nacional, em seu art. 142, dispõe que compete à autoridade administrativa verificar a ocorrência do fato

gerador, determinar a matéria tributável e calcular o montante devido, incumbência que pressupõe a adequada colheita e apreciação de provas. O Decreto nº 70.235/1972, que regula o processo administrativo fiscal federal, assegura no art. 16 que o sujeito passivo apresente documentos e requeira diligências, e no art. 29 atribui ao julgador a livre apreciação das provas, condicionada à devida motivação e à busca da verdade material. Já a Lei nº 9.784/1999, ao disciplinar o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, reforça princípios como ampla defesa, contraditório, razoabilidade e proporcionalidade, além de delimitar, nos arts. 29 a 47, as atividades de instrução destinadas à verificação e comprovação dos dados necessários à tomada de decisão.

O direito aduaneiro contempla ainda normas específicas que moldam o regime probatório. O Decreto-Lei nº 37/1966 e o Decreto-Lei nº 1.455/1976 preveem hipóteses de infrações puníveis com a pena de perdimento, muitas delas baseadas em presunções legais, como a interposição fraudulenta de terceiros presumida em razão da ausência de comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados na operação. O Regulamento Aduaneiro, aprovado pelo Decreto nº 6.759/2009, detalha mecanismos de conferência documental e física das mercadorias, estabelecendo presunções de irregularidade em situações de abandono, ocultação ou falsificação.

No plano internacional, o Acordo de Valoração Aduaneira (AVA-GATT), incorporado pelo Decreto nº 1.355/1994 e atualmente regulamentado pela Instrução Normativa RFB nº 2.090, de 22 de junho de 2022, com alterações pela Instrução Normativa RFB nº 2.238, de 4 de dezembro de 2024, disciplina a prova necessária para a verificação da exatidão do valor declarado nas importações, fixando parâmetros técnicos que vinculam tanto a Administração quanto o contribuinte.

Diante desse arcabouço normativo, delineiam-se princípios que orientam a produção e a valoração da prova no processo aduaneiro: o **princípio da verdade material**, que impõe à autoridade o dever de buscar a realidade dos fatos, inclusive de ofício; o **princípio do contraditório e da ampla defesa**, que assegura ao contribuinte o direito de participar ativamente da instrução; o **princípio da legalidade estrita**, que limita a atuação probatória àquilo que a lei permite; e o **princípio da proporcionalidade**, que veda exigências probatórias excessivas ou desnecessárias.

Destaca-se, ainda, a relevância da distribuição do ônus da prova, frequentemente influenciada pelas presunções legais do direito aduanei-

ro. Nessas situações, torna-se imprescindível uma valoração probatória criteriosa, de modo a evitar que presunções abstratas se convertam em sanções automáticas, dissociadas de lastro fático consistente.

Assim, os fundamentos legais da prova no processo administrativo aduaneiro configuram um sistema integrado que conjuga normas constitucionais, leis gerais e específicas, regulamentos e tratados internacionais. Essa complexidade exige do intérprete e do aplicador do direito atenção especial à compatibilização entre eficiência fiscal e garantias processuais, assegurando que a repressão a fraudes não comprometa os direitos fundamentais do administrado.

3. MEIOS DE PROVA EM MATÉRIA ADUANEIRA

3.1. NATUREZA OBJETIVA EM INFRAÇÕES FORMAIS

As infrações aduaneiras de natureza formal caracterizam-se pela violação de deveres instrumentais impostos aos intervenientes, cuja finalidade é permitir à Administração Aduaneira verificar a regularidade das operações de comércio exterior. Nessas hipóteses, a infração se configura de maneira objetiva, bastando a ocorrência do fato típico, independentemente de dolo ou culpa do agente.

O Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 6.759/2009) confirma expressamente essa orientação ao dispor que "*a responsabilidade por infrações independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato*" (art. 673, parágrafo único, com redação do art. 94, § 2º do Decreto-Lei nº 37/1966).

Exemplos paradigmáticos da objetividade das infrações aduaneiras formais estão no artigo 107 do Decreto-Lei nº 37/1966, com redação dada pela Lei nº 10.833/2003. Entre eles, destaca-se a multa pela falta ou atraso na prestação de informações relativas ao veículo, à carga nele transportada ou às operações executadas[5], cuja configuração independe de dolo ou culpa do sujeito passivo. Nesse contexto, a infração se materializa pela mera ausência ou intempestividade da informação,

5 Art. 107. Aplicam-se ainda as seguintes multas: IV - de R$ 5.000,00 (cinco mil reais): e) por deixar de prestar informação sobre veículo ou carga nele transportada, ou sobre as operações que execute, na forma e no prazo estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal, aplicada à empresa de transporte internacional, inclusive a prestadora de serviços de transporte internacional expresso porta-a-porta, ou ao agente de carga.

bastando à fiscalização comprovar documentalmente a irregularidade. Trata-se de exemplo claro da prevalência do caráter preventivo e pedagógico do direito sancionador aduaneiro, em que o dever de colaboração assume relevância central.

3.2. INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA DE TERCEIROS E PROVA INDICIÁRIA

A legislação aduaneira constitui instrumento de implementação de políticas governamentais voltadas ao comércio exterior, visando tanto à proteção dos interesses internos e ao equilíbrio concorrencial, quanto à repressão de ilícitos capazes de gerar prejuízos econômicos, sociais, ambientais e políticos ao Estado.

Entretanto, normas concebidas com objetivos legítimos podem ser distorcidas pela aplicação de conceitos díspares da legislação interna ou por interpretações contraditórias, resultando em autuações arbitrárias e comprometendo a segurança jurídica, em afronta às garantias constitucionais.

No caso da **interposição fraudulenta de terceiros**, o Estado busca coibir práticas de fraude e simulação em operações de comércio exterior, notadamente mediante falsificação documental, com a finalidade de ocultar os reais intervenientes. Trata-se de infração que pressupõe a presença de dolo, visto que o intuito do agente é obter vantagem indevida em detrimento do controle aduaneiro. Assim, por se tratar de conduta dolosa, a prova é imprescindível, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência[6].

Essa tipologia infracional exige da Administração Fiscal rigorosa subsunção do fato à norma, em estrita consonância com a finalidade legal, de modo a evitar a banalização da criminalização. Para tanto, devem ser examinados cuidadosamente os elementos probatórios nas duas modalidades de interposição: **presumida** e **comprovada**.

No tocante à **interposição presumida**, o § 2º do art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455/1976 estabelece presunção de interposição fraudulenta quando não comprovada a origem, disponibilidade ou transferência dos recursos empregados na importação[7]. Nesse ponto, o

---

6 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, inciso LVII.

7 BRASIL. Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976. Dispõe sobre o controle aduaneiro, a pena de perdimento de mercadoria e dá outras providências.

legislador introduziu no ordenamento uma modalidade de prova indireta apta a confirmar a ocultação do real interessado, hipótese punível com a pena de perdimento. Ainda assim, permanece com a autoridade administrativa o ônus de indicar indícios consistentes de incompatibilidade entre a operação e a capacidade econômica do importador ou, ainda, a ausência de comprovação da origem, disponibilidade ou transferência dos recursos. Alegações genéricas, destituídas de verossimilhança, não são suficientes.

A doutrina de Paulo de Barros Carvalho[8] alerta para os limites do uso das presunções no ato administrativo, enfatizando que supor um fato não equivale a comprová-lo. No campo do direito tributário, tais presunções devem ser empregadas com cautela e somente em relação a elementos que possam conduzir à correta tipificação da obrigação tributária[9]. Nesse mesmo sentido, citando Luís Eduardo Schoueri[10], CARVALHO[11] observa que a prova da relação de causalidade entre indício e fato é tão essencial quanto a própria comprovação do indício, admitindo-se contraprova lógica ou fática[12].

Art. 23, § 2º.

8 CARVALHO, Paulo de Barros. Sobre a teoria da prova no procedimento administrativo tributário e o emprego de presunções.

9 Supor que um fato tenha acontecido ou que sua materialidade tenha sido efetivada, não é o mesmo que exibir a concretude de sua existência, mediante prova direta, conferindo-lhe segurança e certeza. Nesse sentido, os recursos à presunção devem ser utilizados com muito e especial cuidado. No campo do direito tributário, não deve a presunção manter atinência intrínseca aos aspectos estruturados da norma de incidência tributária, mas apenas referir-se a elementos (situações/fatos) que possam conduzir à tipificação da figura impositiva. (…) Tudo isso, é importante que se renove, porque a atividade jurídico-tributária, no Brasil, há de ser desenvolvida em clima de total aderência aos textos legais, além de observância rigorosa dos grandes primados que a Lei Fundamental proclama. Tal concepção, que penetra hoje os sistemas positivos de todos os países civilizados, dista de permitir qualquer traço de arbitrariedade, afastando também, quase sempre, os atos de competência discricionária que poderiam vir a ser praticados pelos funcionários do Estado-Administração nesse campo de atividade administrativa.

10 SCHOUERI, Luís Eduardo. *Processo administrativo fiscal*, 2º vol, São Paulo, Dialética, pág. 85.

11 *In* Ob. Cit.

12 O dever de provar a relação de causalidade é tão importante quanto a prova da ocorrência do indício. Enquanto este é matéria que se encontra no campo dos fatos, a relação de causalidade caminha para o campo do pensamento, permitindo

A mesma lógica se aplica ao direito aduaneiro, em que a utilização de presunções legais - como na interposição fraudulenta presumida pela não comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos (art. 23, §2º, do DL 1.455/1976) - não exime a Administração de fundamentar adequadamente o ato administrativo, demonstrando a existência de elementos concretos que deem suporte à presunção. Assim, ainda que a presunção tenha fundamento normativo, não pode ser utilizada como atalho para dispensar a produção e valoração da prova, sob pena de violação dos princípios da legalidade, do contraditório e da ampla defesa.

Diante de uma presunção robusta de interposição fraudulenta, admite-se a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 373, II, do Código de Processo Civil, incumbindo ao sujeito passivo apresentar elementos que afastem a presunção relativa estabelecida pela legislação aduaneira. Todavia, não se pode exigir do contribuinte a chamada "prova negativa" ou "prova diabólica", de difícil ou impossível obtenção, sob pena de inviabilizar o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Assim, basta que o importador demonstre de forma suficiente sua capacidade operacional e financeira, bem como a regularidade da origem e da transferência dos recursos empregados na operação, para que o ônus da prova retorne à Autoridade Aduaneira. A partir desse momento, caberá à Administração produzir elementos adicionais que corroborem a acusação, motivando de maneira concreta a desconsideração das informações prestadas pelo contribuinte, quando for o caso.

Na modalidade de **interposição comprovada**, prevista no inciso V do art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455/1976, compete à Autoridade Aduaneira demonstrar documentalmente quem são os efetivos participantes ou responsáveis pela operação. Por se tratar de penalidade fundada em dolo, os elementos integrantes do tipo devem ser precisos e determinados, cabendo à Autoridade Fiscal indicar, de forma pormenorizada, as provas que evidenciem a interposição fraudulenta, permitindo a desconsideração dos negócios jurídicos simulados e, consequentemente, justificando a imposição da penalidade.

---

que a contra-prova se dê de modo próprio. Assim, para que se desminta a relação de causalidade entre o indício e o fato a ser provado, pode-se não só mostrar que a referida relação não atende aos reclamos da lógica (prova abstrata, lógica) como, simplesmente, demonstrar que a ocorrência do indício permitiria não só a ocorrência do fato alegado como também de outro diverso.

Em suma, a caracterização da interposição fraudulenta - seja presumida, seja comprovada - demanda criteriosa valoração das provas, assegurando ao controle aduaneiro o cumprimento de sua função fiscalizatória sem descurar das garantias constitucionais. Apenas pela correta subsunção dos fatos à norma e pela adequada distribuição do ônus probatório é possível conciliar a tutela do interesse público no comércio exterior com a preservação da segurança jurídica e da legalidade.

3.3. MEIOS DE PROVA EM CLASSIFICAÇÃO FISCAL DE MERCADORIAS

No processo administrativo aduaneiro, a classificação fiscal de mercadorias constitui um dos pontos mais sensíveis da atividade probatória. A correta identificação da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM/SH) define não apenas a alíquota dos tributos incidentes, mas também a aplicação de regimes aduaneiros, a concessão de preferências tarifárias e a submissão a controles de natureza administrativa, sanitária e ambiental.

Trata-se de atividade técnica vinculada à Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), derivada do Sistema Harmonizado de Designação e Codificação de Mercadorias (SH), cuja interpretação deve observar as Regras Gerais de Interpretação (RGI).

Em síntese, a prova em classificação fiscal destina-se a demonstrar as características técnicas, funcionais e a composição da mercadoria importada ou exportada. O exame probatório busca aferir se a descrição apresentada pelo importador corresponde à realidade do produto, permitindo à autoridade aduaneira o correto enquadramento.

O direito aduaneiro possui regras específicas que moldam o regime probatório na classificação fiscal. O Decreto-Lei nº 37/1966 estabeleceu as bases do controle aduaneiro e vinculou a tributação à correta descrição das mercadorias. Por sua vez, o Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 6.759/2009), em seus arts. 564 a 570, disciplina a conferência aduaneira e a análise de documentos e mercadorias, permitindo à autoridade exigir provas complementares e realizar exames técnicos ou laboratoriais.

No plano internacional, o Decreto nº 97.409/1988, que promulgou a Convenção Internacional sobre o Sistema Harmonizado, reforça a exigência de documentação técnica idônea e de uniformidade de critérios probatórios na verificação da natureza das mercadorias.

Importante ressaltar que a classificação fiscal não pode estar apoiada apenas na descrição genérica da fatura comercial ou da declaração

de importação. Ela deve ser fundamentada em prova técnica robusta, dispensável apenas quando o produto é amplamente conhecido e não restam dúvidas quanto à sua natureza ou funcionalidade.

Admite-se a utilização de prova indiciária, desde que esta resulte de um conjunto harmônico de evidências e não de presunções frágeis ou interpretações extensivas da legislação.

Entre os principais meios de prova destacam-se: **(i)** catálogos, manuais e fichas técnicas fornecidos pelo fabricante; **(ii)** laudos laboratoriais (quando há necessidade de comprovação da composição química ou física); **(iii)** amostras físicas e registros visuais da mercadoria; **(iv)** notas fiscais e documentos comerciais com descrição detalhada do produto; e **(v)** pareceres técnicos emitidos por órgãos de controle técnico (como Inmetro, Anvisa, MAPA).

A autoridade julgadora deve valorar as provas considerando: **(i)** a confiabilidade técnica do documento (ex.: laudos laboratoriais têm maior peso que catálogos comerciais); **(ii)** a coerência entre os diferentes elementos apresentados; e **(iii)** o cumprimento do dever de colaboração do contribuinte, especialmente quanto à entrega de informações e documentos que estão sob seu controle.

Dessa forma, a prova em classificação fiscal adquire relevo singular no processo administrativo aduaneiro: ao importador incumbe o dever inicial de comprovar a correção da NCM declarada, por meio de documentação técnica adequada; à Administração cabe complementar a instrução, quando necessário, mediante diligências e laudos. Somente a partir desse equilíbrio é possível assegurar que a classificação fiscal seja realizada com segurança jurídica, legitimidade e eficiência.

3.4. MEIOS DE PROVA EM VALORAÇÃO ADUANEIRA

A valoração aduaneira constitui elemento essencial do processo de importação, pois define a base de cálculo dos tributos incidentes sobre mercadorias estrangeiras e exerce influência direta sobre a competitividade e a regularidade das transações internacionais. Sua correta determinação está regulada pelo Acordo de Valoração Aduaneira (AVA/GATT), incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, cuja aplicação busca promover um padrão internacional uniforme, reduzir controvérsias entre administrações aduaneiras e operadores do comércio exterior e

assegurar conformidade com os princípios da legalidade tributária (art. 150, I, da CF/88) e da segurança jurídica.

O Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 6.759/2009) reforça a aplicação dos métodos previstos no AVA/GATT, além de disciplinar os procedimentos de conferência documental e física das mercadorias.

O AVA/GATT estrutura-se em seis métodos de determinação do valor aduaneiro, aplicáveis em ordem sequencial e excludente. A utilização de cada método exige instrução probatória adequada, com documentação específica capaz de sustentar a conformidade da base de cálculo com os parâmetros técnicos e jurídicos estabelecidos.

O **método do valor de transação**, como regra prioritária, demanda essencialmente **prova documental** referente ao preço efetivamente pago ou a pagar pela mercadoria. Entre os documentos indispensáveis encontram-se: **(i)** contratos de compra e venda; **(ii)** faturas comerciais (*invoice*); **(iii)** comprovantes de pagamento bancário; **(iv)** conhecimentos de transporte (*Bill of Lading* ou *Air Waybill*); e **(v)** apólices de seguro. Esses documentos devem ser capazes de demonstrar não apenas o preço declarado, mas também a efetiva transferência de valores entre as partes.

Na impossibilidade de utilização do método principal, passa-se ao **valor de transação de mercadorias idênticas**, que requer como prova a **documentação de operações anteriores com produtos idênticos**, tais como: **(i)** faturas de importações anteriores; **(ii)** contratos similares; e **(iii)** registros aduaneiros que confirmem a identidade de características físicas e comerciais. A robustez da prova repousa na equivalência objetiva da mercadoria.

De modo semelhante, o **valor de transação de mercadorias similares** exige a apresentação de **documentos que comprovem a proximidade técnica e comercial entre os produtos comparados**. Para tanto, a título de exemplos, são necessários: **(i)** catálogos técnicos; **(ii)** fichas de especificações; e **(iii)** pareceres de órgãos especializados, a fim de demonstrar a similaridade em termos de composição, qualidade e reputação.

O **valor dedutivo**, por sua vez, baseia-se na prova das **condições de revenda no mercado interno**. Nesse caso, são relevantes, igualmente a título de exemplos: **(i)** notas fiscais de comercialização; **(ii)** contratos de distribuição; **(iii)** demonstrativos de custos de logística e tributos incidentes; **(iv)** planilhas contábeis que permitam deduzir as margens de lucro e despesas comerciais.

O **valor computado** depende de documentação mais complexa, vinculada ao **custo de produção no país de origem**. Exige-se, por exemplo: **(i)** planilhas de custos industriais; **(ii)** relatórios de insumos e matérias-primas; **(iii)** despesas indiretas de fabricação; e **(iv)** margens de lucro praticadas pelo fabricante. Essa modalidade de prova é a mais difícil de ser obtida pelo importador, razão pela qual sua aplicação prática é rara, mas de elevado valor técnico quando possível.

Por fim, o **método residual** (ou do último recurso) constitui a etapa derradeira do sistema hierarquizado do AVA/GATT. Trata-se de mecanismo de aplicação subsidiária, utilizado somente quando os métodos anteriores não permitem a determinação do valor aduaneiro. Esse método distingue-se pela **maior flexibilidade probatória**, sendo instruído de acordo com as circunstâncias específicas de cada caso. A determinação do valor aduaneiro deve, entretanto, observar critérios razoáveis e compatíveis com os princípios e disposições do AVA/GATT, o que significa evitar práticas arbitrárias ou estimativas carentes de suporte documental. Nessa perspectiva, admite-se a utilização de **dados disponíveis no país importador**, desde que tais informações estejam devidamente fundamentadas e possam ser auditadas, assegurando-se previsibilidade e segurança jurídica às operações.

Portanto, a prova na valoração aduaneira assume caráter eminentemente documental e técnico, variando conforme o método aplicável. Nos métodos iniciais, prevalece a prova comercial tradicional (contratos, faturas e comprovantes de pagamento), enquanto nos métodos residuais e alternativos ganha relevo a necessidade de laudos técnicos, planilhas de custo e pareceres especializados. A adequada valoração probatória, aliada ao respeito à ordem sequencial dos métodos, assegura que a determinação do valor aduaneiro se dê em conformidade com os princípios da legalidade, da verdade material e da segurança jurídica.

No âmbito probatório, cabe ao importador apresentar documentação idônea que comprove a veracidade do preço declarado, ao passo que a autoridade aduaneira deve justificar tecnicamente a rejeição do valor de transação e fundamentar a adoção de métodos substitutivos.

Cumpre observar que a doutrina tributária brasileira reconhece o arbitramento como técnica legítima de apuração do valor aduaneiro quando a conduta do contribuinte inviabiliza a aplicação dos métodos regulares do AVA/GATT. O arbitramento é mecanismo excepcional, utilizado em situações de fraude, subfaturamento ou ocultação de informações relevantes pelo importador. Nessas hipóteses, exige-se um equilíbrio di-

ligente entre a atuação fiscal eficaz e o respeito às garantias processuais: ao contribuinte cabe demonstrar a regularidade, enquanto à Administração compete comprovar a irregularidade - e não assumir automaticamente a presunção de fraude com base em valores comparativos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo demonstrou que a prova desempenha papel nuclear no processo administrativo aduaneiro, configurando-se como instrumento indispensável tanto para a verificação da veracidade das declarações prestadas quanto para a apuração de infrações às normas de comércio exterior. Ainda que marcado pelo uso frequente de presunções legais e de prova indiciária, o regime probatório aduaneiro deve ser conduzido em consonância com os princípios da verdade material, do contraditório e da ampla defesa, de modo a compatibilizar a eficiência fiscal com a salvaguarda das garantias fundamentais.

A investigação acerca dos fundamentos legais evidenciou que o sistema jurídico brasileiro estabelece, em nível constitucional, infraconstitucional e internacional, parâmetros claros para a produção e a valoração da prova, o que se reflete no papel da Receita Federal como autoridade fiscalizadora. A legislação nacional, articulada com instrumentos internacionais como o AVA/GATT, fornece uma base normativa que, se corretamente aplicada, é apta a impedir arbitrariedades e assegurar segurança jurídica nas relações de comércio exterior.

A análise evidenciou, ainda, que a natureza objetiva das infrações formais em matéria aduaneira cumpre função pedagógica e preventiva ao exigir a estrita observância dos deveres instrumentais impostos aos intervenientes do comércio exterior. Por sua vez, a aplicação da pena de perdimento, de caráter excepcional, exige fundamentação robusta e valoração probatória criteriosa, sob pena de violação do devido processo legal.

Quanto às infrações materiais, como a interposição fraudulenta de terceiros, ficou evidente que a utilização de presunções legais não exime a Administração do dever de motivar adequadamente suas decisões e de indicar indícios consistentes da prática irregular. A inversão do ônus da prova, prevista no art. 373, II, do Código de Processo Civil, encontra fundamento em tais hipóteses, mas não pode conduzir à exigência de "prova negativa" ou de difícil produção, sob pena de esvaziar o contraditório e inviabilizar a ampla defesa.

A avaliação dos meios de prova em classificação fiscal e valoração aduaneira revelou que a instrução documental e técnica robusta é imprescindível para a correta subsunção dos fatos à norma. A rejeição do valor declarado ou a alteração da NCM deve estar lastreada em motivação clara e consistente, sob pena de nulidade do lançamento. Já o arbitramento, embora reconhecido como técnica legítima, possui natureza estritamente excepcional, sendo cabível apenas diante de indícios concretos de fraude ou sonegação, e jamais como instrumento de presunções automáticas.

Diante desse panorama, conclui-se que o equilíbrio entre a efetividade do controle aduaneiro e a salvaguarda das garantias processuais constitui o maior desafio do processo administrativo aduaneiro contemporâneo. A correta valoração da prova — seja documental, técnica ou indiciária — representa não apenas requisito de legalidade do ato administrativo, mas também

Conclui-se, portanto, que o equilíbrio entre a efetividade do controle aduaneiro e a observância das garantias processuais representa o maior desafio do contencioso administrativo aduaneiro. A correta valoração da prova - documental, indiciária ou técnica - revela-se não apenas como requisito de legalidade e legitimidade do ato administrativo, mas também como condição indispensável para o fortalecimento da segurança jurídica e para a preservação da confiança nas instituições de fiscalização.

A legislação aduaneira, ao adotar em muitos aspectos a natureza objetiva de suas infrações, deve ser aplicada de forma a resguardar o interesse público sem descurar dos limites impostos pelo Estado de Direito, de modo que o poder sancionador não se converta em arbítrio, mas em instrumento racional e proporcional de tutela do comércio exterior e de preservação da legitimidade do sistema aduaneiro brasileiro.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior, trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª Edição, 1995.

BRASIL. **Acordo de Facilitação do Comércio Internacional da OMC. Disponível em: http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/1885-omc-acordos-da-omc**

BRASIL. **Código de Processo Civil -** Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

BRASIL. **Código Tributário Nacional -** Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. **Decreto-Lei n° 37/1966**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0037.htm

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.455/1976**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1455.htm

BRASIL. **Decreto nº 1.355/1994**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm

BRASIL. **Decreto nº 70.235/1972.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D70235cons.htm

BRASIL. **Decreto nº 97.409/1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d97409.htm

BRASIL. **GATT 1994. Disponível em: http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/1885-omc-acordos-da-omc**

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm

BRASIL. **Regulamento Aduaneiro**. Decreto 6.759/2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6759.htm

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. Ed. Saraiva, 3a. ed., 1988.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Sobre a teoria da prova no procedimento administrativo tributário e o emprego de presunções**. Disponível em: *https://www.ibet.com.br/sobre-a-teoria-da-prova-no-procedimento-administrativotributario-e-o-emprego-de-presuncoes-de-paulo-de-barros-carvalho/#_ftnref2.* Acesso em 23 abr. 2025.

FERNANDES, Rodrigo Mineiro. **Revisão Aduaneira e Segurança Jurídica**. São Paulo: Editora Intelecto, 2016.

FERNANDES, Rodrigo Mineiro. **Introdução ao Direito Aduaneiro**. São Paulo: Editora Intelecto, 2018.

SEHN, Solon. **Imposto de Importação.** 1ª Edição. São Paulo: Noeses, 2016.

SEHN, Solon. **Comentários ao Regulamento Aduaneiro: infrações e penalidades**. Aduaneiras. São Paulo-SP, 2019.

SCHOUERI, Luís Eduardo. ***Processo administrativo fiscal.*** 2º vol, São Paulo, Dialética.

COMPRAS ALAVANCADAS E DEDUTIBILIDADES NA JURISPRUDÊNCIA DO CARF: ÁGIO E DESPESAS FINANCEIRAS.

DILJESSE DE MOURA VASCONCELOS

Conselheiro da 1ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Advogado licenciado.

SUMÁRIO: I. Introdução; II. Compra alavancada: características operacionais e econômico-financeiras; III. Alavancagem e empresa-veículo: dedutibilidade do ágio. LBO como justificador ou demonstrativo de "propósito negocial" da operação; IV. A despesa financeira relacionada à operação da compra. Possibilidade de dedução; V. Conclusão

I. INTRODUÇÃO

Grandes operações societárias apresentam aspectos tributários relevantes que, costumeiramente, são objeto de escrutínio por parte do Fisco. Dessas, determinadas estruturas societárias e de financiamento tornam-se mais difundidas por questões mercadológicas, sociais e econômicas e, com isso, igualmente cresce o número de autuações a elas relacionadas. A jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF tem, nesse contexto, potencial de servir como relevante orientador, estabilizando interpretações e promovendo a segurança jurídica em matéria tributária, especialmente em casos envolvendo planejamentos tributários, que costumeiramente se inserem em "zonas cinzentas" da interpretação legal.

Interessam-nos, nesse momento, as operações societárias que envolvem a chamada "compra alavancada" de participações societárias (*"leveraged buyout"*), a respeito das quais o CARF tem se debruçado com mais recorrência no histórico recente. Em síntese, nessas operações uma empresa capta dívida junto a terceiros para adquirir participação societária em determinada empresa (normalmente com ágio), a qual passa a ser sua investida; posteriormente, especialmente após incorporação da investida (ou da investidora), há uma "transferência" do ônus financeiro do custo de aquisição para a própria sociedade adquirida, que se torna responsável pela dívida contraída pelo investidor.

A jurisprudência do CARF demonstra que tais operações encontram-se debatidas de forma conexa a duas problemáticas envolvendo a questão da dedutibilidade de despesas na apuração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido – CSLL, notadamente (i) a dedutibilidade da despesa com ágio gerado na aquisição alavancada da participação societária; e (ii) a dedutibilidade da despesa financeira relativa à dívida contraída. O presente artigo trata, então, de ambas as questões a partir de uma análise de precedentes do CARF, a fim de estabelecer pontos comuns e divergentes quanto ao tema a partir da jurisprudência do órgão.

II. COMPRA ALAVANCADA: CARACTERÍSTICAS OPERACIONAIS E ECONÔMICO-FINANCEIRAS

As operações que envolvem participações societárias e o controle de sociedades podem assumir diversas formas. No âmbito da indústria de investimentos em participações (o chamado "*private equity*", isto é, o investimento em empresas já existentes, em diferentes estágios de maturação e desenvolvimento), os investidores podem adotar diferentes abordagens quanto ao nível de controle e horizonte temporal de seu investimento. Podem, por exemplo, optar por comprar fatias minoritárias em empresas de maior risco, disruptivas ou inovadoras, buscando uma exponencial valorização da sua participação em um lapso temporal dilatado; ou, por outro lado, podem ingressar em companhias mais maduras, engajar na gestão e promover uma aceleração de seu crescimento ou superação de dificuldades econômico-financeiras, auferindo retornos em horizonte mais curto, após alienação do ativo ou abertura de capital.

As operações de "*buyout*", como sugere o termo em inglês, são exatamente aquelas nas quais o investidor, ou grupo de investidores, adquire uma participação societária buscando auferir um ganho posterior com a alienação do investimento. Se o grupo de investidores inclui gestores da empresa, fala-se em "*management buyout*". Em sendo funcionários, trata-se de um "*employee buyout*". Já se a aquisição se dá com intensa captação de dívida, estamos diante de um "*leveraged buyout - LBO*"[1]. Seja qual for a modalidade, o termo costuma ser utilizado para designar aquisições de empresas em estágios mais avançados, em oposição ao "*venture capital*", que se refere a aquisição de empresas em estágios iniciais[2].

O "*leveraged buyout*", ou "compra alavancada", nada mais é do que uma espécie de reorganização societária com objetivo de aquisição de

1 LUZ, Daniel. **Operações Reais e Compras Alavancadas (Leveraged Buyouts)**: Um estudo de caso aplicado à Magnesita. Dissertação de Mestrado. FGV. São Paulo, 2009.

2 FURTADO, Cláudio. **Panorama da indústria brasileira de private equity e venture capital**. Relatório de pesquisa, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2008. Disponível em: https://repositorio.fgv.br/items/4628037c-c983-4d66-9fc5-299d89955349. Acesso em 21 de julho de 2025. No mesmo sentido: RENNEBOOG, L.; VANSTEENKISTE, C. Leveraged buyouts: A survey of the literature. **SSRN Electronic Journal**, 2017.

controle societário de uma empresa. Não obstante, o que efetivamente caracteriza esse tipo de operação e a diferencia de outras formas de aquisição é de fato o aspecto do financiamento da operação. No LBO, a aquisição é financiada com recursos de terceiros[3], mediante expressiva alavancagem financeira, isto é, com parcela significativa do valor da operação sendo oriundo da dívida, em comparação com os recursos próprios do adquirente. É traço típico, ainda, a posterior transferência do ônus financeiro à própria investida, após algum tipo de operação de incorporação.

A dívida captada pode ter distintas fontes: instituições financeiras, junto ao grupo econômico, empresa controladora ou fundo ligados ao comprador, ou mesmo o próprio vendedor. E, havendo presença de um fundo, é bastante recorrente o engajamento de seus executivos na gestão da empresa investida, a fim de acelerar o processo de melhoria econômico-financeira e operacional, já que parte significativa da geração de valor esperada em tais negócios se encontra na capacidade de a nova gestão promover ganhos de eficiência e produtividade.

Com essa estrutura, o LBO permite aos investidores outras espécies de ganhos potenciais, além da esperada valorização do ativo ao longo do tempo (aumento no múltiplo de saída em relação ao de entrada do investimento) e a potencial utilização da investida para novas operações de aquisição igualmente rentáveis. Isso porque a utilização da dívida pode ainda representar uma fonte de financiamento mais vantajosa do que a emissão de novas ações para o comprador, e a despesa financeira com a dívida pode ainda ser potencialmente dedutível na apuração do imposto de renda corporativo, o que representa ganho tributável relevante (o denominado "*tax shield*"), representando aspectos adicionais de vantajosidade da modalidade.

A existência de uma dívida, ainda que pareça contraintuitivo, não é necessariamente nociva à empresa. Discute-se na literatura especializada que a alavancagem – além do "*tax shield*" – faz com que se aumente o monitoramento da empresa, inclusive pelas instituições financeiras, diminuindo os custos de agência e potencialmente melhorando a go-

3 CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de. **Regime jurídico das reorganizações: a necessária distinção das reorganizações societárias, empresariais e associativas para proteção jurídica do investimento privado.** Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015. No mesmo sentido: KAPLAN, S.; STRÖMBERG, P. **Leveraged buyouts and private equity**. Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research, 2008.

vernança. O ônus financeiro gera igualmente um "efeito disciplinador", capaz de eventualmente mitigar o desperdício de recursos. Tais fatores são mais relevantes tanto mais haja alinhamento entre investidores e gestão, bem como ausência de conflitos de interesse. E, comparativamente à emissão de ações e a diluição dos acionistas, pode representar alternativa comercial e negocialmente mais atrativa. Por outro lado, o maior risco do LBO está justamente relacionado às dificuldades financeiras, que podem ser causadas por diversas razões, internas ou externas à companhia[4].

Assim é que para que seja bem-sucedido o LBO, aponta-se algumas características das empresas-alvo "ideais". Lista-se como principais fatores a existência de um fluxo de caixa previsível e estável, baixo endividamento, posição sólida no mercado, base de ativos para garantia da dívida, alto potencial de redução de custos e melhoria operacional[5]. Ou seja, a empresa investida deve sobretudo ter potencial de possibilitar melhoria operacional e financeira, a demonstrar a capacidade de pagamento da dívida e ganhos futuros aos investidores.

Embora cada operação específica tenha suas próprias particularidades, é possível identificar uma estrutura ou roteiro comum a partir da literatura sobre o tema e da análise de casos práticos. Uma vez escolhida a empresa-alvo, é criado um veículo de investimento que irá receber o aporte inicial dos investidores e será igualmente responsável por captar o restante (ou a maior parte) do capital necessário à aquisição junto a terceiros. A companhia-alvo é, então, adquirida e, não raro, é feito o pagamento de sobrepreço (ágio) pela participação adquirida. Havendo um fundo de investimentos envolvido, seus executivos habi-

---

4 COHN, J. B.; MILLS, L. F.; TOWERY, E. The evolution of capital structure and operating performance after leveraged buyouts: Evidence from U.s. corporate tax returns. **SSRN Electronic Journal**, 2012; LOOS, N. **Value creation in leveraged buyouts: Analysis of factors driving private equity investment performance**. Wiesbaden, Germany: Deutscher Universitats-Verlag, 2006; GILSON, Stuart. **Creating value through corporate restructuring**: case studies in bankruptcies, buyouts, and breakups. Second Edition. New Jersey: John Wiley & Sons, Inc, 2010; KAPLAN, S.; STRÖMBERG, P. **Leveraged buyouts and private equity**. Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research, 2008; MICHEL, Allen; SHAKED, Israel. **The Complete Guide to a Succesful Leveraged Buyout.** Homewood: Dow Jones-Irwin, 1988.

5 DAMODARAN, A. The anatomy of an LBO: Leverage, control and value. **SSRN Electronic Journal**, 2008.

tualmente assumem a gestão ou participam da direção da companhia investida[6]. Nas palavras de Carlos Daniel Neto:

> "A estrutura desse tipo de investimento segue um padrão comum (não obstante a presença de pequenas variações na prática), envolvendo a presença de investidores, que podem ser pessoas físicas ou jurídicas que se comprometem a aportar capital próprio nos veículos de investimento, administrados por uma gestora profissional. A gestora se compromete a tomar decisões de investimento, adquirindo participações societárias em empresas-alvo, como venture capital ou como buyout, e, após um determinado período, realizar desinvestimentos para devolver o capital aos investidores, com o lucro auferido[7]".

A experiência demonstra que, efetuada a operação e assumido o controle da empresa, é costume a posterior incorporação da investida pela investidora (holding veículo de investimento) ou vice-versa, como meio para o aproveitamento fiscal do ágio, à luz da legislação brasileira. Com isso, patrimônios de ambas as empresas se reúnem em uma única entidade, que passa a incorrer simultaneamente nas despesas de amortização do ágio (caso tenha sido pago na aquisição) e despesas financeiras com a dívida.

Delimitados os contornos do que vem a ser a estrutura básica de uma operação típica de LBO, é possível vislumbrar, então, os pontos de contato com a questão da dedutibilidade de despesas para fins de IRPJ e CSLL. Dois deles nos interessam para o presente artigo. O primeiro diz respeito à influência da utilização da "compra alavancada" para fins da dedutibilidade da despesa com ágio pago na aquisição da investida, tema que se relaciona com a utilização de empresa-veículo e com a justificação econômica (propósito negocial) da estrutura adotada. O segundo refere-se à dedutibilidade da despesa financeira após a reunião de investidora e investida em uma única empresa. Ambas as questões vêm sendo recorrentemente abordados pelo CARF em diferentes julgamentos.

---

6 PATRÃO, Bernardo. **O leveraged buyout e o princípio da proibição de assistência financeira**. Dissertação (Mestrado em Direito e Gestão). Faculdade de Direito, Escola do Porto. Porto, 2019.

7 DANIEL NETO, Carlos Augusto. A Amortização Fiscal do Ágio Gerado em Operações de Compra Alavancada de Participações Societárias. In: ALBUQUERQUE, Fredy Jose Gomes (coord.). **Série Controvérsias Tributárias e os Precedentes do CARF**. Tributação sobre a Renda (IRPJ/CSLL). Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2022, p. 66-67.

III. ALAVANCAGEM E EMPRESA-VEÍCULO: DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO. LBO COMO JUSTIFICADOR OU DEMONSTRATIVO DE "PROPÓSITO NEGOCIAL" DA OPERAÇÃO.

No que tange à primeira questão, relacionada à utilização da estrutura de LBO dentro do contexto de aquisição de participações societárias com ágio, tal tema encontra-se intimamente relacionado à questão das chamadas "empresas-veículo", matéria amplamente discutida no âmbito do contencioso administrativo. Como visto, é habitual que a compra da participação societária com alavancagem financeira seja feita por uma empresa veículo de investimento constituída especialmente para fins de captar e concentrar os recursos financeiros obtidos junto ao mercado, instituições financeiras e investidores e posteriormente realizar a aquisição da empresa-alvo, especialmente quando o grupo investidor se estrutura através de Fundos de Investimento em Participações – FIP ou pessoas jurídicas domiciliadas no exterior, situações em que há restrições à possibilidade de contrair empréstimos e realizar investimentos diretos, inclusive por aspectos regulatórios.

Em curtíssima síntese, o aproveitamento fiscal do ágio tem como "gatilho" a absorção do patrimônio da investida pela investidora, ou vice-versa, no que se convencionou chamar de "confusão patrimonial", se cumpridos os demais requisitos legais. Ocorre que, em operações envolvendo empresas-veículo, o Fisco passou a questionar a legitimidade de tais estruturas, geralmente no sentido de que a sua existência é artificial, sem substância econômica, voltada unicamente ao aproveitamento fiscal do ágio. A empresa-veículo não seria, então, a "real adquirente", isto é, quem efetivamente arcou com o sobrepreço, e, portanto, parte ilegítima para aproveitar a dedutibilidade. Reagindo às diferentes situações que se apresentam na realidade das operações societárias, cada vez mais complexas, o CARF analisou a temática das "empresas-veículo" de forma recorrente nos últimos anos. E, em especial, passou inclusive a identificar circunstâncias nas quais a utilização de uma empresa como adquirente responde a necessidades econômicas e negociais concretas, que ultrapassam a mera economia tributária. Condicionantes regulatórias, comerciais, societárias, e de financiamento representariam, então, propósitos legítimos para utilização de tal estrutura societária.

Assim, no contexto das compras alavancadas, a criação da empresa-veículo para captação de dívida teria potencial de evidenciar um "propósito negocial" extratributário legítimo – sem ingressar no mérito da

pertinência da utilização do conceito, tema que foge ao escopo deste artigo – e, portanto, pode significar aspecto relevante a se considerar quanto à legalidade da operação.

À luz do quanto exposto acima quanto às razões econômicas e negociais para a adoção de tal estrutura de aquisição alavancada de participação societária, a empresa-veículo teria, então, um propósito negocial legítimo, isto é, possibilitar a captação de recursos (dívida) para a aquisição de uma empresa. Sob tais premissas, a demonstração da estrutura de LBO no caso concreto, a seu turno, funciona como legitimador da utilização do veículo, um argumento de evidenciação do "propósito negocial" da existência da empresa, especialmente se presentes a participação de investidores estrangeiros e as limitações regulatórias que restringem a possibilidade de endividamento direto pelos fundos.

O histórico da jurisprudência do CARF demonstra que esse argumento – compra alavancada como demonstrativo de propósito negocial - já foi especificamente abordado em acórdãos de Turmas Ordinárias, inclusive em recentes julgamentos.

No Acórdão 1301-003.469[8], de 20 de novembro de 2018, em que se avaliou a estrutura societária de aquisição da CVC através de empresa-veículo pelo "Grupo Carlyle", concluiu-se que "a *única forma que o adquirente tinha de arcar com o montante pago na transação foi através de uma compra alavancada*", fato que evidenciou o "*papel essencial* (da empresa-veículo) *à compra alavancada da CVC Brasil*". A estrutura de LBO foi, portanto, utilizada como fundamento a demonstrar a motivação extrafiscal da utilização da empresa-veículo.

Raciocínio semelhante foi adotado no Acórdão 1401-003.082[9], de 22 de janeiro de 2019, envolvendo a aquisição da Rihappy, também

8 EMPRESA VEÍCULO. COMPRA ALAVANCADA. PROPÓSITO NEGOCIAL. Na hipótese em que restar evidenciada a presença de outra finalidade além da economia tributária produzida - que justifica a existência, ainda que efêmera, de sociedade investidora que venha a ser incorporada pela sociedade na qual possuía participação societária adquirida anteriormente com ágio, como no caso da chamada "compra alavancada", é legítimo o aproveitamento das amortizações do referido ágio pela incorporadora, à luz do que dispõe o inciso III do art. 386 do RIR/99.

9 EMPRESA VEÍCULO. COMPRA ALAVANCADA. PROPÓSITO NEGOCIAL. Na hipótese em que restar evidenciada a presença de outra finalidade além da economia tributária produzida que justifica a existência, ainda que efêmera, de sociedade investidora que venha a ser incorporada pela sociedade na qual possuía participação societária

em contexto de investimento relacionado ao "Grupo Carlyle". O voto vencedor expressamente responde de forma afirmativa à questão de se "*a compra alavancada dá o respaldo legal (entenda propósito negocial) à incorporação efetivada*", concluindo que "*a transação como um todo revela ares de racionalidade econômica/financeira, que confere o devido proposito negocial que justifica a existência* (da empresa veículo)".

Em novembro de 2022, o Acórdão 1301-006.227 ("Caso Estok")[10], também envolvendo o "Grupo Carlyle", igualmente considerou-se que a "compra alavancada" daria respaldo legal (propósito negocial) à incorporação. Nos acórdãos 1301-006.708 e 1301-006.709[11], de 19 de outubro de 2023, destacou-se expressamente que "*as ope-*

adquirida anteriormente com ágio, como no caso da chamada "compra alavancada", é legítimo o aproveitamento das amortizações do referido ágio pela incorporadora, à luz do que dispõe o inciso III do art. 386 do RIR/99.

10 ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. COMPRA ALAVANCADA. PROPÓSITO NEGOCIAL Na hipótese de restar evidenciada a presença de outra finalidade - além da economia tributária produzida - que justifica a existência, ainda que efêmera, de sociedade investidora que venha a ser incorporada pela sociedade na qual possuía participação societária adquirida anteriormente com ágio, como no caso da chamada "compra alavancada", é legítimo o aproveitamento das amortizações do referido ágio pela incorporadora, à luz do que dispõe o inciso III do art. 386 do RIR/99.

11 ÁGIO. COMPRA ALAVANCADA. CONSTITUIÇÃO DE EMPRESA PARA CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO. POSSIBILIDADE. As operações de compra alavancada podem gerar diversas vantagens econômicas e gerenciais, tais como (i) a segregação do capital a ser investido e do correspondente risco em um veículo próprio, de forma que não comprometa os demais investimentos do grupo; (ii) desnecessidade de emprego de capital próprio para a aquisição da participação societária, possibilitando que o capital próprio seja utilizado em outros investimentos; (iii) possibilidade de utilização das receitas geradas pelo investimento adquirido para quitar o financiamento contraído; e (iv) dedutibilidade fiscal dos juros contraídos para a obtenção do financiamento necessário à aquisição da participação societária. Assim, tendo em vista a impossibilidade de o fundo de investimento em participações contrair dívidas, em razão do disposto na Instrução CVM nº 391/2003, a constituição de pessoa jurídica para tanto é indispensável para a realização da operação de aquisição de participação societária com recursos de terceiros (compra alavancada) e não afronta ao disposto no art. 7º da Lei nº 9.532/1997. Não interessa ao Fisco se a pessoa jurídica constituída para adquirir a participação societária com ágio tinha outras formas para arrecadar os valores necessários para fazer frente à aquisição ou se o empréstimo poderia ter sido contraído diretamente pelos cotistas do fundo de investimento em participações. A forma como as empresas se financiam é uma decisão estratégica, de natureza privada, que não pode ser desconsiderada pelo Fisco pelo simples fato de implicar, também, em vantagem tributária.

rações de compra alavancada podem gerar diversas vantagens econômicas e gerenciais", bem como que "*tendo em vista a impossibilidade de o fundo de investimento em participações contrair dívidas, em razão do disposto na Instrução CVM nº 391/2003, a constituição de pessoa jurídica para tanto é indispensável para a realização da operação*". A utilização da empresa-veículo, portanto, foi justificada tanto pelas razões econômico-financeiras relativas ao LBO quanto pela regulamentação que impediria formato diverso. No mesmo sentido são os acórdãos nº 1301-007.589, 1201-006.186 e 1201-006.187, todos prolatados no ano de 2023.

Por outro lado, no Acórdão 1401-006.292[12], de 16 de novembro de 2022, o voto vencedor rejeitou a tese de que a aquisição alavancada seria uma justificativa extratributária para utilização da estrutura societária adotada. Afirmou-se que "*o modelo de leveraged buyout não se aplica à realidade dos fatos de acordo com as provas juntadas aos autos. Em nenhum momento a literatura citada defende a utilização de interposta pessoa para deslocar encargos e amortizações para a empresa operacional*".

Mais recentemente, a matéria foi objeto de diversos julgamentos no âmbito do CARF. No ano de 2024, dentre aqueles que reputaram a estrutura de "compra alavancada" como um motivador extratributário relevante à dedutibilidade do ágio, cite-se os acórdãos 1301-007.589, 1101-001.383, 1401-007.133, 1101-001.477, 1401-006.921, 1201-006.260, 1202-001.344. Em todos, o colegiado expressamente valorou a estrutura de financiamento de LBO como um indicativo ou justificador da existência de um propósito negocial da existência da empresa-veículo, sendo igualmente comum a menção às limitações regulatórias.

---

12 ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. INTERPOSTA PESSOA. DESLOCAMENTO PARA AMORTIZAÇÃO NA PRÓPRIA INVESTIDA. FUSÃO COM O PATRIMÔNIO DA REAL INVESTIDORA. AUSENTE. No caso vertente, a fiscalização logrou comprovar que, na formação de parte dos ágios deduzidos pela interessada, houve a utilização de interposta empresa veículo, que permitiu o deslocamento da despesa com amortização dos mencionados ágios para a própria investida. Não houve, portanto, a necessária fusão entre os patrimônios da real investidora e da investida para que se caracterize a hipótese de dedutibilidade das amortizações de ágio. Quanto à operação em que não houve abusividade ou fraude, a despesa com a amortização do ágio deve ser validada.

Já em sentido contrário, no acórdão 1301-007.370[13], afastou-se expressamente o argumento de justificativa extratributária do LBO "*em razão de que toda a operação foi efetuada, controlada e dirigida pelos controladores da Recorrente, que assumiram riscos e garantiram a liquidez dos títulos cambiais juntos aos adquirentes*." No acórdão 1102-001.571 destacou-se que "*a compra alavancada é uma estratégia financeira, uma escolha, não se prestando a ancorar, para fins fiscais, a existência de uma entidade veículo, tampouco a atribuir-lhe a condição de 'real investidora'*", rechaçando-se expressamente o argumento suscitado pelo contribuinte nesse sentido. Portanto, nestes casos o colegiado entendeu que, embora a alavancagem seja uma alternativa financeira de que dispõem as empresas, não se trataria de fator a revelar legitimidade da estrutura para fins tributários.

Nesse ponto, cabe um apontamento: dentre os acórdãos com resultado desfavorável ao contribuinte em casos em que o contexto fático de fundo envolve estruturas de alavancagem, a avaliação da ilegitimidade da dedução do ágio perpassa costumeiramente argumentos mais gerais relacionados ao tema, notadamente a questão do "real adquirente", sem necessariamente ingressar na análise da (im)pertinência da justificativa financeira. Como exemplo, cite-se o Acórdão 1302-007.221, em que se consigna que não é possível a dedução do ágio por pessoa jurídica que não "*efetivamente desembolsou os valores que propiciaram o surgimento do ágio, ainda que a operação que o originou tenha sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do pre-*

13 DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. SIMULAÇÃO QUANTO AO REAL ADQUIRENTE. USO ABUSIVO DE FIGURAS TÍPICAS DE DIREITO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. INOCORRÊNCIA. Não é possível a amortização de ágio pago, quando configurado nos autos a utilização abusiva de empresas veículos com objetivo fazer crer que essas empresas, ao final do conjunto de operações, eram as reais adquirentes, com o único propósito de aparentar artificialmente legitimidade às despesas com amortização de ágio. O conjunto de operações, embora existentes e válidos, seus efeitos são inoponíveis ao Fisco. Demonstrado que a empresa veículo se reveste das características das denominadas conduit companie, isto é, tão-somente um registro cadastral junto à Administração Tributária sem nenhuma capacidade operacional, ainda que como holding, tais como existência efêmera, que se traduziam em apenas um registro no CNPJ para onde o real adquirente direciona os recursos financeiros para liquidar a operação de aquisição de ações e que, após a operação, foram objeto de incorporação reversa. O conjunto de negócios jurídicos, resultado do abuso de figuras típicas de direito, que busca simular o real adquirente para, de forma artificial, fazer crer que o ágio gerado na operação se subsume à hipótese do art. 8º da Lei nº 9.532, de 1997, é inoponível ao Fisco.

ço", e, em sentido semelhante, o acórdão 1402-007.103 e o acórdão 1402-002.119.

Ressalte-se que não se encontram citados aqui todos os precedentes que abordaram a utilização de "empresa-veículo" ou da existência de dívida contraída pela adquirente, mas tão somente aqueles que se voltaram especificamente ao tema da "compra alavancada" como parte do fundamento de decidir, sejam favoráveis ou desfavoráveis. Não se pretende, portanto, esgotar estatisticamente o repertório de jurisprudência do CARF, mas indicar casos em que o tema foi objeto de alguma verticalização, para além de mero *obter dictum*.

No âmbito da Câmara Superior de Recursos Fiscais, a necessidade de similitude fática para possibilitar a demonstração do dissídio jurisprudencial que é pressuposto do recurso especial[14], torna mais complexa a identificação de paradigmas que tenham utilizado como fundamento específico da razão de decidir a temática da "compra alavancada"[15], de tal forma que a apreciação específica, pela instância superior, da temática do LBO como justificador específico da amortização fiscal do ágio é naturalmente mais difícil. Todavia, com o crescimento do número de casos julgados nas Turmas Ordinárias que levaram em consideração de forma específica a temática das "compras alavancadas", a matéria foi objeto de análise pela instância superior em acórdãos nesse ano de 2025.

---

14 Art. 37. O julgamento no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais far-se-á conforme dispuser o regimento interno.

§ 2o Caberá recurso especial à Câmara Superior de Recursos Fiscais, no prazo de 15 (quinze) dias da ciência do acórdão ao interessado:

II – de decisão que der à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra Câmara, turma de Câmara, turma especial ou a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais.

15 A exemplo do que consignou-se no Acórdão 9101-006.373, que apreciou recurso da Fazenda Nacional interposto contra o Acórdão 1401-003.082 ("Caso Rihappy") citado no texto: "Se o acórdão recorrido conclui pela legitimidade da amortização fiscal do ágio T4U dando ênfase a uma característica fática específica da operação (a compra alavancada), para que se pudesse caracterizar a divergência jurisprudencial, seria necessário que o paradigma apontado tivesse decidido pela manutenção da glosa em caso em que igualmente se estivesse diante de operação de compra e venda financiada pelo próprio investimento adquirido".

No acórdão 9101-007.335[16] (e 9101-007.334 e 9101-007.336), de julho de 2025, a matéria foi conhecida sob a denominação de "aproveitamento fiscal do ágio na aquisição de participação societária com recursos oriundos do real investidor sediado no exterior". No voto condutor da maioria, destacou-se que a empresa-veículo foi "*a sociedade que assumiu o ônus econômico perante seus sócios e debenturistas, reuniu as condições financeiras necessárias para promover a aquisição do investimento em uma operação de 'compra alavancada'*", e que à luz das limitações regulatórias, havia indispensabilidade na utilização da empresa-veículo, fato que corroborou a legalidade da sua utilização.

Com o crescimento do número de julgados recentes nas Turmas Ordinárias que trataram do tema, é de se esperar maior recorrência também na Câmara Superior.

IV. A DESPESA FINANCEIRA RELACIONADA À OPERAÇÃO DA COMPRA. POSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO.

No que tange ao segundo tema relacionado às operações de "compra alavancada" de participações societárias, interessa-nos a questão relativa à dedutibilidade das despesas financeiras. Como visto, é habitual que, após a aquisição da empresa-alvo, com utilização de recursos oriundos de dívida contraída com terceiros, haja posteriormente a incorporação desta pela holding ou vice-versa, reunindo-as em uma única entidade. Nesse cenário, questiona o Fisco a possibilidade de que as despesas financeiras relacionadas à captação dos recursos da "compra avalancada" sejam dedutíveis na apuração do IRPJ e CSLL. Alega-se, em

16 COMPRA ALAVANCADA. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO. O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa que detém o investimento pela empresa investida (incorporação reversa). O uso de holding para adquirir participação societária com ágio e, posteriormente, ser incorporada pela investida, reunindo, assim, as condições para o seu aproveitamento fiscal, não caracteriza simulação, de modo que resta indevida a tentativa do fisco de requalificar a operação tal como foi formalizada e declarada pelas partes, ainda mais em se tratando de operação de compra alavancada envolvendo Fundos de Investimento. Também a tese fazendária do "real adquirente", que busca limitar o direito à dedução fiscal do ágio apenas na hipótese de existir confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que inicialmente disponibilizou os recursos necessários à aquisição do investimento e a investida, não possui fundamento legal.

outras palavras, que tais encargos da dívida não atenderiam ao pressuposto de necessidade da despesa, de forma que a empresa não poderia deduzir uma despesa financeira relacionada à "aquisição de si mesma".

O tema perpassa a interpretação do art. 47 da Lei 4.506/64, reproduzido no art. 299 do RIR/99, atual 311 do RIR/18. Referido dispositivo legal, que constitui a regra geral de dedutibilidade de despesas na apuração do IRPJ e CSLL, afirma serem operacionais as despesas "necessárias à atividade da emprêsa e a manutenção da respectiva fonte produtora". Os parágrafos 1º e 2º complementam a redação do caput ao dispor que são necessárias as despesas incorridas na "realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa", e que são admitidas as "despesas usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades". Tal dispositivo legal é objeto de alguma controvérsia doutrinária e jurisprudencial que ultrapassa o escopo do presente texto, mas cabe tão somente observar que a noção geral esculpida no texto legal é a de que as despesas, para serem dedutíveis, devem ser necessárias à atividade da empresa.

Especificamente a respeito das despesas financeiras, há de se considerar, ainda, a existência de expressa previsão legal no sentido de sua dedutibilidade. Especificamente o artigo 17, § 1º, do Decreto-lei 1.598/1977, ao dispor que "os juros pagos ou incorridos pelo contribuinte são dedutíveis como custo ou despesa operacional, observadas as seguintes normas", e o artigo 31 da Lei 11.727/2008 que expressamente afirma que "a pessoa jurídica que tenha por objeto exclusivamente a gestão de participações societárias (holding) poderá diferir o reconhecimento das despesas com juros e encargos financeiros pagos ou incorridos relativos a empréstimos contraídos para financiamento de investimentos em sociedades controladas."

Além disso, compõem igualmente o arcabouço legal relativo ao tema os artigos 227 da Lei das S.A. e 1.116 do Código Civil que, ao definir a operação de incorporação, afirmam que "a incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações" e que que "a sociedade incorporadora sucede a incorporada em todos os direitos e obrigações", o que implicaria em sub-rogação nas despesas financeiras. Tais dispositivos legais do Direito Privado relacionam-se ainda com os artigos 109 e 132 do Código Tributário Nacional, como argumentos a confirmar a sucessão da incorporadora nas despesas da incorporada, como se prevê expressamente para os tributos devidos por esta.

Todo esse arcabouço legal é objeto de análise pelo CARF nos julgados que tratam da dedutibilidade das despesas financeiras em casos de "compra alavancada".

No acórdão 1402-002.119[17], de 01/03/2016, destacou o colegiado que as despesas são dedutíveis, com base diretamente no art. 17 do Decreto-lei 1.598/1977, apontando-se o a regra geral do artigo 299 do RIR/99 como reforço argumentativo. De forma bastante interessante, reconheceu-se no voto condutor, unânime, que se a despesa era dedutível na holding que adquiriu a participação societária, não poderia deixar de ser após a incorporação: "*como poderia uma despesa ser dedutível para determinada pessoa jurídica e, após essa ser incorporada por outra, que lhe sucede em todos os direitos e obrigações, as mesmas despesas não mais serem dedutíveis?*". É interessante observar que, naquele caso, o colegiado entendeu por inviável a dedutibilidade do ágio, por se tratar de "empresa-veículo" de existência transitória, mas reputou lícita a dedução da despesa financeira. O artigo 17 do Decreto-lei 1.598/77 foi usado como fundamento da dedutibilidade da despesa financeira também no acórdão 1201-002.085, de 14/03/2018, no acórdão 1101-001.372, de 15/08/2024, e no acórdão 1201-007.003, de 11/09/2024, os quais igualmente ratificam a lógica de se a dedução era permitida na incorporada, também o seria na incorporadora.

Já sob a ótica da aplicação direta do art. 299 do RIR/99 então vigente, sob fundamento de que a despesa é reputada necessária, cite-se o acórdão 1301-006.940[18], de 16/05/2024, em que o colegiado expressamente consignou que "*a aquisição de participações societárias é uma transação necessária, normal e usual ao desempenho da atividade empresarial de qualquer pessoa jurídica, vez que faz parte da estratégia de seu crescimento e visa, em última medida, à conservação e o crescimento da fonte produtora da renda*". Naquele caso, ratificou-se ainda que a "*opção pela realização do investimento por meio de empréstimos é uma faculdade colocada à disposição das pessoas jurídicas pelo ordenamento jurídico*".

---

17 ENCARGOS FINANCEIROS DEDUTÍVEIS NA HOLDING. INCORPORAÇÃO REVERSA. IMPOSSIBILIDADE DE GLOSA DOS MESMOS ENCARGOS. Se determinada despesa dedutível era dedutível do lucro real apurado pela holding, se esta vem a ser incorporada pela investida, a despesa antes dedutível assim permanecerá na sucessora. Inteligência do disposto no caput do art. 227 da Lei n. 6.404/1976.

18 DESPESAS FINANCEIRAS. DEDUTIBILIDADE. Somente são admitidas como dedutíveis as despesas consideradas necessárias, usuais e normais à manutenção da atividade econômica da pessoa jurídica.

Em caso em que a captação de recursos para aquisição alavancada foi feita através da emissão de debêntures (acórdão 1302-003.475, de 15/04/2019), apontou o colegiado que tais despesas teriam caráter operacional e que "*a emissão de debêntures simples, para a aquisição de um único credor, caracterizase, em realidade como a empréstimos (endividamento) para a expansão empresarial da contribuinte, entendo que referidas despesas financeiras são dedutíveis nas bases do IRPJ e da CSLL*", fazendo-se referência também ao artigo 17 do Decreto-lei 1.598/1977, além da regra geral do artigo 299 do RIR/99 então vigente. No mesmo sentido o acórdão 1301-006.709[19] e 1201-006.188, ambos de outubro de 2023.

Despesas financeiras relacionadas a debêntures também foram analisadas pelo CARF e consideradas dedutíveis no acórdão 1401-006.292[20] de 16/11/2022, no qual se afirmou que "*os requisitos para a dedutibilidade da correspondente despesa devem ser aferidos no momento da assunção do passivo considerando-se a pessoa jurídica então contratante, a aferição não deve ocorrer no momento da dedução da despesa por quem veio a receber o acervo patrimonial na qualidade de sucessora*". O entendimento de que a aferição da necessidade da despesa deve se reportar

19 JUROS PAGOS NA EMISSÃO DE DEBÊNTURES. DEDUTIBILIDADE. As despesas com juros pagos na emissão de debêntures emitidas para a captação dos recursos a serem aplicados em aquisições societárias são dedutíveis da base de cálculo do imposto (art. 374 do RIR/99 e art. 31 da Lei nº 11.727/2008).

20 DEBÊNTURES. DESPESAS DE JUROS. INVESTIMENTO. DEDUTIBILIDADE NA INVESTIDA. POSSIBILIDADE. A eleição da controladora do grupo econômico como garantidora e também principal pagadora na emissão de debêntures pela "empresa veículo" não desloca o passivo assumido pela controlada como emissora dos títulos de dúvida. O objetivo da emissão de debêntures era angariar recursos pra a aquisição do controle de empresa operacional, e a assunção da condição de principal pagadora pela garantidora, controlaodora do grupo econômico, não é vedada, sendo usual nos instrumentos de outorga de garantia, como se verifica no art. 828, II. As relações estabelecidas para a emissão de debêntures seguiram a normalidade tratando-se de atos praticados entre empresas do mesmo grupo econômico que, como tal, promove uma rede de mútua proteção perfeitamente legítima quando todos os atos e negócios são formalizados de acordo com suas respectivas naturezas jurídicas e produzem os efeitos deles esperados. A incorporação reversa, permitida pelo art. 8º da Lei nº 9.532/97, não tem o condão de desnaturar o atendimento do requisitos de dedutibilidade do passivo originalmente assumido pela incorporada. Nesse contexto, os requisitos para a dedutibilidade da correspondente despesa devem ser aferidos no momento da assunção do passivo considerando-se a pessoa jurídica então contratante, a aferição não deve ocorrer no momento momento da dedução da despesa por quem veio a receber o acervo patrimonial na qualidade de sucessora.

à ocasião da celebração do negócio jurídico que resultou na despesa (e não no momento da dedução) também foi trazido no acórdão 1201-006.333[21], de 11/04/2024, em que se afirmou que "*tais critérios devem ser avaliados retrospectivamente, considerando-se sua necessidade para a sucedida no contexto de sua contratação*".

O tema da dedução da despesa financeira foi apreciado sob argumento distinto no acórdão 1302-001.945, de 09/08/2016. Naquele caso, em que a acusação era de simulação, apontou o voto condutor que se a empresa adquirente tivesse recebido os recursos mediante integralização de capital social (e não de empréstimo), poderia se aumentar a "*base de cálculo dos juros sobre capital próprio e, consequentemente, poderseia ter despesas maiores de JCP, in casu, em valores próximos aos juros dos empréstimos pagos*". Tal fundamento foi utilizado para afastar a ocorrência de simulação e, com isso, reconhecer a dedutibilidade da despesa financeira.

Já a respeito dos posicionamentos em sentido contrário, isto é, que rejeitam a dedução da despesa, cite-se o acórdão 1201-003.579[22], de 11/02/2020, no qual o voto vencedor consignou sucintamente que o

21 COMPRA ALAVANCADA. DESPESAS COM DEBÊNTURES ASSUMIDAS PELA SUCESSORA. DEDUÇÃO POSSÍVEL. A dedutibilidade de despesas com obrigações contraídas pela sucedida mas incorridas pela sucessora em virtude de previsão legal que protrai os efeitos fiscais de tais obrigações no tempo, tal como ocorre com despesas financeiras que devem ser reconhecidas pro rata temporis, depende da análise dos requisitots de dedutibilidade do art. 47 da Lei nº 4.506/64, mas tais critérios devem ser avaliados retrospectivamente, considerando-se sua necessidade para a sucedida no contexto de sua contratação. Tal avaliação, contudo, não permite ao Estado imiscuir-se na gestão dos negócios da Contribuinte e assumir o confortável papel de engenheiro de obra pronta para avaliar retrospectivamente e sem acesso a todas as informações que informaram a decisão dos administradores, se o mecanismo mais "adequado" de financiamento da aquisição era aquele. O critério de necessidade deve ser entendido como a mera correlação entre as atividades da empresa e os objetivos pretendidos de, ao fim e ao cabo, contribuir com a geração de receitas, ou seja, a contração de uma dívida deve ter sua necessidade aferida respondendo-se à simples pergunta sobre se aquele passivo visava à manutenção ou ao incremento dos resultados da entidade, por exemplo mediante a aquisição de outra pessoa jurídica.

22 DESPESAS. REQUISITOS DE DEDUTIBILIDADE. JUROS CONTRAÍDOS PARA AQUISIÇÃO DA PRÓPRIA EMPRESA, COMO INVESTIMENTO. As despesas se submetem às regras gerais de dedutibilidade previstas pelo artigo 299 do RIR/99, ou seja, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, e usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa. A assunção da dívida de titularidade do real e final adquirente do investimento pela investida, pela própria aquisição, passa ao largo de qualquer condição de necessidade às atividades da empresa (ainda que sob nova titularidade tenha percebidos

artigo 299 do RIR/99 "*exige a necessidade à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora*" de forma que "*a rigor, tais despesas financeiras foram incorridas no interesse de sua adquirente no exterior, e não em favor do seu próprio funcionamento*". Também foi rechaçada a dedutibilidade no acórdão 1102-001.571[23], de 10/12/2024, no qual o voto vencedor apontou que tais "*despesas financeiras não cumprem os requisitos de dedutibilidade, pois dizem respeito (e são de exclusivo interesse de) aos novos acionistas, investidores e/ou controladores, não à entidade, da qual se subtraem recursos sem qualquer contraprestação*".

No acórdão 1302-007.004[24], de 21/02/2024, o colegiado também reputou inviável a dedução, adotando como fundamento o fato de que as debêntures foram emitidas pela empresa incorporada, e não pela incorporadora, então recorrente. E que, embora seja permitido aos contribuintes a organização da sua vida empresarial, "*os pagamentos dos juros e comissões relacionados a debêntures que não foram emitidas pela Recorrente*" não poderiam ser dedutíveis, eis que realizadas no interesse econômico do controlador, e não da empresa.

No âmbito da Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF o tema vem encontrando as primeiras análises. Nos acórdãos 9101-004.500[25],

---

bons resultados - os quais faziam parte da expectativa do investidor), usualidade ou normalidade aos tipos de operações ou atividades da empresa.

23 PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. COMPRA ALAVANCADA – LEVERAGED BUYOUT. DÍVIDA. FORMAL CONTROLADORA. EMPRESA VEÍCULO. INCORPORAÇÃO REVERSA. SERVIÇOS DA DÍVIDA. EMPRESA-ALVO. VERSÃO. DESPESAS FINANCEIRAS. DEDUÇÃO. DESCABIMENTO. É indedutível a despesa financeira associada à dívida contraída pelos novos acionistas, investidores e/ou controladores quando da aquisição de participação societária na investida mediante escolha da estratégia financeira denominada "compra alavancada", por ser à empresa-alvo completamente desnecessária e a esta vertida na incorporação de empresa veículo, formal controladora.

24 DESPESAS FINANCEIRAS. REQUISITOS DE DEDUTIBILIDADE. JUROS E COMISSÕES CONTRAÍDOS PARA AQUISIÇÃO DA PRÓPRIA EMPRESA. As despesas se submetem às regras gerais de dedutibilidade previstas pelo artigo 299 do RIR/99, ou seja, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, e usuais ou normais ao tipo de transações, operações ou atividades da empresa. A assunção da dívida de titularidade do real e final adquirente do investimento pela investida, pela própria aquisição, passa ao largo de qualquer condição de necessidade às atividades da empresa (ainda que sob nova titularidade tenha percebidos bons resultados - os quais faziam parte da expectativa do investidor).

25 DESPESA DESNECESSÁRIA. ENCARGOS FINANCEIROS SOBRE EMPRÉSTIMO CONTRAÍDO PARA FINANCIAR A PRÓPRIA AQUISIÇÃO. Por ser desnecessário para a

de 06/11/2019, e no acórdão 9101-006.363[26], de 08/11/2022, a Câmara reputou inviável a dedução, sob a perspectiva de que a dedução tampouco seria possível para a empresa-veículo, na medida em que esta não seria a real adquirente da participação societária e, portanto, tampouco poderia reputar a despesa como necessária à sua operação.

Já no acórdão 9101-006.944[27], de 07/05/2024, a Câmara reputou lícita a dedução das despesas financeiras, apontando-se na ementa que se a despesa era dedutível na incorporada, também o seria na incorporadora, haja vista a sucessão universal. Todavia, tal precedente deve ser analisado com cautela, uma vez que a maioria que acompanhou o voto do relator o fez pelas conclusões. Conforme declaração de voto da Conselheira Edeli Pereira Bessa, naqueles autos a turma ordinária havia fixado a premissa de que a empresa-veículo era a "real adquirente" para fins da discussão em torno do ágio, e, em virtude do não conhecimento do recurso especial da Fazenda Nacional neste ponto, tal premissa fática restou fixada em definitivo. E, como não havia no caso nenhuma outra linha argumentativa contrária à dedução da despesa financeira, a conclusão do colegiado findou por ser no sentido da dedutibilidade da despesa.

Espera-se que o tema seja muito em breve mais profundamente apreciado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, para fins de uniformização da jurisprudência e maior aprofundamento em torno do tema.

---

realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa, e não contribuir para a manutenção de sua fonte produtora, o empréstimo contraído pelos novos controladores para financiar a própria aquisição da pessoa jurídica não produz despesas financeiras dedutíveis na determinação do seu resultado tributável.

26 DESPESA DESNECESSÁRIA. ENCARGOS FINANCEIROS SOBRE EMPRÉSTIMO CONTRAÍDO PARA FINANCIAR A PRÓPRIA AQUISIÇÃO. Por ser desnecessário para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa, e não contribuir para a manutenção de sua fonte produtora, o empréstimo contraído pelos novos controladores para financiar a própria aquisição da pessoa jurídica não produz despesas financeiras dedutíveis na determinação do seu resultado tributável. Impróprio invocar a sucessão como razão para esta dedutibilidade se o acréscimo patrimonial resultante do empréstimo permanece no patrimônio da contratante original.

27 GLOSA DE DESPESAS FINANCEIRAS. COMPRA ALAVANCADA. DEDUTIBILIDADE PELA INCORPORADORA DA ADQUIRENTE. EFEITOS DA SUCESSÃO. Firmada a premissa de que as despesas financeiras eram dedutíveis pela incorporada, não subsistem as glosas fundamentadas, apenas, na desnecessidade da despesa para manutenção da fonte produtiva da incorporadora. A incorporadora, em princípio, sucede a investida em todos seus direitos e obrigações

V. CONCLUSÃO.

Operações societárias complexas apresentam consequências tributárias bastante relevantes e constituem foco de debate em torno dos planejamentos tributários empresariais, a exemplo das discussões em torno do aproveitamento fiscal do ágio. No que diz respeito às aquisições de empresas, tem ganhado mais atenção a temática das operações envolvendo as chamadas "compras alavancadas" ("leveraged buyout - LBO"), modalidade na qual a aquisição da empresa-alvo é feita com parcela significativa de dívida contraída junto a terceiros. Referidas operações têm pontos de contato com a questão atinente à dedutibilidade de despesas na apuração do IRPJ e da CSLL, tema que vem sendo mais recentemente enfrentado de forma específica pelo CARF.

Um primeiro aspecto analisado pela jurisprudência do CARF é a demonstração da estrutura de financiamento e alavancagem como justificador do propósito negocial extratributário a permitir a validação de operações que envolvem "empresa-veículo" na dedução do ágio. A análise da jurisprudência do CARF nos últimos anos indica que a estrutura de LBO vem sendo reputada como justificativa extratributária válida pelas Turmas Ordinárias em matéria de ágio envolvendo "empresas-veículo", sendo predominante acórdãos em que tal justificativa é acolhida como indicador de propósito negocial legítimo.

Já com relação à dedutibilidade das despesas financeiras, são mais escassos os precedentes, inclusive nas Turmas Ordinárias. Em que pese haver maior predominância de entendimentos favoráveis aos contribuintes, há precedentes contrários também significativos, indicando que o tema ainda será objeto de bastante controvérsia no contencioso administrativo.

No âmbito da Câmara Superior, há ainda poucos julgados com apreciação específica de ambos os pontos dentro do contexto fático de "compras alavancadas". Com o crescente número de julgamentos nas turmas ordinárias em que a matéria foi apreciada, é de se esperar muito em breve maior aprofundamento da instância superior. Em que pese tal cenário, é possível identificar alguns poucos precedentes a respeito dos pontos acima expostos, sem que seja possível precisar tendência jurisprudencial.

REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DA MULTA QUALIFICADA DE 100% OU 150%, NOS CASOS DE SONEGAÇÃO, FRAUDE OU CONLUIO.

EFIGÊNIO DE FREITAS JÚNIOR

Professor de Direito Tributário na PUC-Minas; Professor licenciado do Unifemm (Sete Lagoas/MG). Conselheiro da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção do Carf. Auditor Fiscal da Receita Federal. Mestre em Direito Público pela PUC-Minas

SUMÁRIO: Introdução; Fundamentos legais para a aplicação da multa qualificada; Jurisprudência do Carf sobre a multa qualificada; A multa qualificada e seus limites à luz da interpretação do STF; Conclusão; Referências Bibliográficas

INTRODUÇÃO[1]

Este estudo trata da multa qualificada de 100% ou 150%, prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com redação atualizada pela Lei nº 14.689, de 20 de setembro de 2023.

Analisa-se as condutas qualificadas por sonegação, fraude ou conluio, com ou sem reincidência, sujeitas às multas de 150% ou 100%, respectivamente; os institutos da retroatividade benigna e os conceitos de dolo, sonegação, fraude e conluio.

O estudo também contempla a jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário (RE) nº 736.090/SC, com repercussão geral reconhecida (Tema 863), que trata dos limites da multa fiscal qualificada em razão de sonegação, fraude ou conluio, à luz da vedação constitucional ao efeito confiscatório.

Por fim, apresenta-se um contraponto ao entendimento firmado pelo STF no RE nº 736.090/SC, especialmente no que se refere à aplicação da multa qualificada em razão da reincidência, tendo em vista tratar-se de inovação legislativa introduzida pela Lei nº 14.689/2023.

FUNDAMENTOS LEGAIS PARA A APLICAÇÃO DA MULTA QUALIFICADA

O artigo 44 da Lei nº 9.430/96, desde sua redação original, sempre condicionou a aplicação da multa de ofício qualificada — percentual de 150% — à prática de sonegação, fraude ou conluio, conforme definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964. Denominamos tal hipótese de conduta qualificada por dolo fraude ou simulação.

A Lei nº 14.689/23 alterou parcialmente este cenário e instituiu a multa majorada (gênero) com duas espécies de multas qualificadas, de acordo com a qualificação da conduta:

> i) sonegação, fraude ou conluio, multa de 100%;
> ii) sonegação, fraude ou conluio, com reincidência no prazo de dois anos, multa de 150%. Veja-se:
> **LEI Nº 9.430, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1996.**

1 Agradeço ao amigo Alessandro Martins dos Santos Rochas pelas observações na revisão deste estudo.

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes **multas**: (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de **falta de pagamento ou recolhimento**, de **falta de declaração** e nos de **declaração inexata**; (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

[…]

~~§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)~~

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será majorado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis, **e passará a ser d**e: (Redação dada pela Lei nº 14.689, de 2023)

[…]

VI – 100% (cem por cento) sobre a totalidade ou a diferença de imposto ou de contribuição objeto do lançamento de ofício; (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

VII – 150% (cento e cinquenta por cento) sobre a totalidade ou a diferença de imposto ou de contribuição objeto do lançamento de ofício, **nos casos em que verificada a reincidência do sujeito passivo**. (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

§ 1º-A. Verifica-se a **reincidência** prevista no inciso VII do § 1º deste artigo quando, **no prazo de 2 (dois) anos**, contado do ato de lançamento em que tiver sido imputada a ação ou omissão tipificada nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, **ficar comprovado que o sujeito passivo incorreu novamente em qualquer uma dessas ações ou omissões**. (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

§ 1º-C. **A qualificação da multa** prevista no § 1º deste artigo **não se aplica quando**: (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

I – **não restar configurada, individualizada e comprovada a conduta dolosa a que se referem os arts. 71, 72 e 73** da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964; (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

II – **houver sentença penal de absolvição com apreciação de mérito em processo do qual decorra imputação criminal do sujeito passivo**; e (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023) (Grifo nosso)

Inicialmente, verifica-se que a Lei nº 14.689/23 ao reduzir o percentual da multa qualificada de 150% para 100% (inciso VI do §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96) atrai a aplicação do art. 106, II, "c", do Código

Tributário Nacional (CTN)[2], uma vez que lei nova se aplica a ato ou fato pretérito, no caso de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente à época da prática da infração. Trata-se de retroatividade benigna. Nesse sentido caminha a jurisprudência do Carf:

> **MULTA QUALIFICADA DE 150%. REDUÇÃO. MULTA MAJORADA DE 100%. RETROATIVIDADE BENIGNA (ART. 106, II, "c", CTN). APLICAÇÃO.**
> **A modificação inserta no inciso VI do §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, pela Lei nº 14.689/23, ao reduzir a multa de 150% para 100% atrai a aplicação do art. 106, II, "c", do CTN**, porquanto lei nova aplica-se a ato ou fato pretérito, no caso de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente à época da prática da infração. Trata-se de **retroatividade benigna**. (Acórdão nº 9101-007.108, de 06.08.2024)[3] (Grifo nosso)

Com o advento da Lei nº 14.689/23 o percentual de 150% somente poderá ser aplicado "nos casos em que verificada a reincidência do sujeito passivo"; é dizer, quando restar comprovado que o sujeito passivo, no prazo de dois anos, contado do lançamento anterior, incorreu novamente em conduta qualificada por sonegação, fraude ou conluio (arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64). Trata-se de critério objetivo (dois anos) adicional à conduta qualificada.

Entendemos que a Lei nº 14.689/23 instituiu uma nova hipótese para imputação de multa de 150%: a reincidência qualificada. Assim, eventual lançamento com multa qualificada de 150% anterior à Lei nº 14.689/23 cuja reincidência seja alegada posteriormente não deve prosperar, pois à época do lançamento tal critério não existia.

Aplica-se ao caso o art. 144 do CTN cujo teor estabelece que "O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada

---

2 CTN. Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados; II - tratando-se de ato não definitivamente julgado: a) quando deixe de defini-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

3 Acórdãos nºs: 1402-006.819, de 13.03.2024; 1401-006.931, de 10.04.2024; 1201-006.813, de 10.06.2024; 9101-007.108, de 06.08.2024; 1102-001.516, de 10.09.2024.

ou revogada". Afinal, à época do lançamento não havia previsão legal de reincidência.

Incide também na presente situação o art. 105 do CTN, primeira parte, cujo teor estabelece que "A legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes [...]". Note-se que, diferentemente do art. 106, II, "c", do CTN, que trata da retroatividade benigna, em razão de aplicação de penalidade menos severa, o critério da reincidência é o oposto, vez que trata de novo critério para imputação de penalidade mais gravosa; logo, não permite aplicação retroativa.

Todavia, o STF ao analisar o caso concreto, nos autos do RE nº 736.090/SC, esposou entendimento no sentido de que se houvesse reincidência o percentual de 150% seria devido, mesmo em se tratando de fato gerador ocorrido antes da Lei nº 14.689/23. Voltaremos a esse ponto mais adiante.

A seguir analisamos as condutas qualificadas por sonegação, fraude e conluio previstas na Lei nº 4502/64, ponto central deste estudo, as quais atraem o percentual de multa mais gravoso.

> **LEI No 4.502, DE 30 DE NOVEMBRO DE 1964.**
> Art. 71. **Sonegação** é tôda ação ou omissão **dolosa** tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o **conhecimento por parte da autoridade fazendária**:
> I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;
> II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.
> Art. 72. **Fraude** é tôda ação ou omissão **dolosa** tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a **ocorrência** do **fato gerador da obrigação tributária principal**, ou a **excluir ou modificar as suas características essenciais**, de modo a reduzir o montante do impôsto devido a evitar ou diferir o seu pagamento. **(Grifo nosso)**
> Art. 73. **Conluio** é o ajuste **doloso** entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72. (Grifo nosso)

Note-se que todas as condutas – sonegação, fraude e conluio – exigem para sua configuração o dolo, elemento subjetivo do tipo[4]. Para

4 O conceito de "tipo" utilizado neste estudo decorre do Direito Penal. "Tipo é o modelo legal do comportamento proibido, compreendendo o conjunto das características objetivas e subjetivas do fato punível. Em síntese, é a descrição legal de um fato que a lei proíbe ou ordena. Em Direito Penal, diz-se que há tipicidade quando o fato se adequa ao tipo, ou seja, quando corresponde às características objetivas

a configuração do dolo não basta o agente querer o resultado, é indispensável a vontade consciente de praticar a conduta infracional elencada no tipo. É relevante registrar que dolo não se presume e deve ser provado nos autos[5].

Nessa mesma linha de pensamento Marco Aurélio Greco[6]:

> O dolo não se configura pela simples **vontade** de obter um resultado ou atingir uma finalidade. À vontade é indispensável associar a **consciência** de realizar a conduta descrita no tipo.
>
> Como expõe a doutrina mais moderna, o dolo corresponde ao elemento subjetivo do tipo, vale dizer, **para haver dolo não se trata de querer o resultado, é indispensável que se tenha consciência e se queira a conduta definida no tipo legal**.
>
> Como expõe CEZAR ROBERTO BITENCOURT:

Dolo é a **consciência** e a ***vontade*** de realização da conduta descrita em um tipo penal, ou, na expressão de Welzel, 'dolo, em sentido técnico penal, é somente a vontade de ação orientada à realização do tipo de um delito'. "

> Ou seja, é preciso querer a ação descrita como tipo infracional descrito na lei.
>
> […]
>
> Vale dizer, para existir dolo no sentido técnico é indispensável que se configure a vontade ligada à ação descrita no tipo e não a intenção ligada à finalidade que o ato pode apresentar.
>
> > Ou seja, enquanto *a finalidade é externa ao ato e, portanto, externa ao tipo, o dolo é um elemento interno ao ato e, por isso, interno ao tipo, correspondendo efetivamente ao seu elemento subjetivo*. (Grifo nosso)

---

e subjetivas do modelo legal, abstratamente formulado pelo legislador. SILVA, De Plácido. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2114. Faz-se tal ressalva em razão da discussão acerca do conceito de "tipo" elencada por ÁVILA, Humberto. Teoria da Indeterminação no Direito – entre a indeterminação aparente e a determinação latente. Salvador: Juspodivm (coedição Malheiros), 2022.

5 "Ocorre que nos três dispositivos o dolo é elemento essencial. Não há sonegação, fraude ou conluio sem que a conduta dos agentes seja dolosa. O dolo não se presume, prova-se e de forma convincente. A lei deixa claro que a duplicação da multa só terá fundamento se o Fisco atender a um duplo ônus da prova: ônus de provar a conduta infracional […]; ônus de provar a existência de conduta dolosa." GRECO, Marco Aurélio. Planejamento tributário. 4ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 272.

6 GRECO, Marco Aurélio. Planejamento tributário. 4ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 278.

Cezar Roberto Bitencourt[7], por sua vez, ao discorrer sobre a consciência e a vontade, elementos imanentes ao dolo, dispõe:

> O *dolo,* elemento essencial da *ação final,* compõe o *tipo subjetivo*. Pela sua definição, constata-se que **o *dolo*** é constituído por dois elementos: um ***cognitivo,*** que e o **conhecimento do fato constitutivo da ação típica**; e um ***volitivo***, que é a **vontade de realizá-la**.
> O primeiro elemento, o *conhecimento,* é pressuposto do segundo, que é a ***vontade,*** que não pode existir sem aquele. Para a configuração do dolo exige-se a ***consciência*** daquilo que se pretende praticar. Essa ***consciência* deve ser *atual,* isto *e,* deve estar presente no momento da ação**, quando ela está sendo realizada. A ***previsão,*** isto é, a ***consciência,*** deve abranger correta e completamente todos os elementos essenciais do tipo, sejam eles descritivos, normativos ou subjetivos.
> […]
> A ***vontade,*** por sua vez, deve abranger a **ação, o resultado e o nexo causal. A *vontade* pressupõe a *previsão*, isto é, a representação, na medida em que é impossível querer conscientemente senão aquilo que se previu ou *representou* na nossa mente**, pelo menos, parcialmente. […] Para Welzel, a *vontade* e a espinha dorsal da ação final, considerando que a *finalidade* baseia-se na *capacidade de vontade* de prever, dentro de certos limites, as consequências de sua intervenção no curso causal e de dirigi-la, por conseguinte, conforme um piano, à consecução de um fim. (Grifo nosso)

Passemos à análise dos tipos penais.

Na sonegação, a conduta dolosa visa *impedir ou retardar o conhecimento* pela autoridade fazendária *da ocorrência do fato gerador* da obrigação tributária principal ou das *condições pessoais de contribuinte* que possam afetar o crédito tributário. No caso de sonegação, o fato gerador já ocorreu; a conduta visa encontrar meios para ocultá-lo do Fisco.

Segundo Leandro Paulsen[8], a sonegação, além de ensejar o lançamento do tributo com multa de ofício qualificada, implica responsabilização penal:

> **A diferença entre o simples inadimplemento de tributo e a sonegação, é o emprego de fraude**. O inadimplemento constitui infração administrativa que não constitui crime e que tem por consequência a cobrança do tributo acrescida de multa e de juros, via execução fiscal. A **sonegação**, por sua vez, dá ensejo não apenas ao lançamento do tributo e de multa de ofício qualificada, como **implica responsabilização penal**. (Grifo nosso)

---

7 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, 2, parte especial, dos crimes contra pessoa. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 34.

8 PAULSEN, Leandro. Crimes federais. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 361.

Na fraude, ao contrário da sonegação, a conduta dolosa visa, na primeira parte do tipo, *impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador* da obrigação tributária principal. Nesse caso, como o fato gerador ainda não ocorreu, a conduta visa impedir ou retardar sua ocorrência.

Na segunda parte do tipo, a fraude visa, de forma dolosa, *excluir ou modificar as características essenciais do fato gerador*. Nesse caso, em razão de o fato gerador já ter ocorrido, afinal, exclui-se ou modifica-se algo que existe, o objetivo é alterar características essenciais do fato gerador, com vistas a evitar, reduzir ou diferir o pagamento do tributo.

Quanto ao conluio, sua caracterização exige o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas visando qualquer dos efeitos da sonegação ou da fraude. Assim, para que haja conluio faz-se necessário a ocorrência da fraude ou sonegação.

Ante as premissas elencadas acima, entendemos que para fins de aplicação da multa qualificada, além da conduta que ensejou o lançamento de ofício deve existir uma conduta adicional caracterizada por sonegação, fraude ou conluio. Por exemplo: omissão de receita (conduta que ensejou o lançamento) mediante fraude na contabilidade (conduta adicional qualificada).

A configuração da conduta exige demonstração por meio de elementos probatórios concretos, tais como documentos inidôneos, interposição de terceiros ou declarações falsas, entre outros. Trata-se de rol meramente exemplificativo. Ademais, em se tratando de conduta dolosa, como dito acima, dolo não se presume, deve ser provado nos autos.

A autoridade fiscal deve descrever de forma detalhada a conduta qualificada no Termo de Verificação Fiscal ou no Auto de Infração, de modo a assegurar o pleno exercício da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa[9]. Afinal, "Os princípios do contraditório e da ampla defesa aplicam-se plenamente à constituição do crédito tributário em desfavor de qualquer espécie de sujeito passivo, irrele-

9 CF. Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; Sobre o tema conferir também: FREITAS JÚNIOR, Efigênio de. O contencioso tributário administrativo: garantia constitucional do direito do contraditório e da ampla defesa. Tributação em Revista, Brasília, DF, ano 20, n. 65, p. 22–31, jan./jun. 2015.

vante sua nomenclatura legal (contribuintes, responsáveis, substitutos, devedores solidários etc) [10]."

Note-se que a Lei nº 14.689/23 positivou a exigência acima no parágrafo §1º- C do art. 44 da Lei nº 9430/96 ao determinar que a qualificação da multa majorada não se aplica quando não restar configurada, individualizada e comprovada a conduta dolosa de sonegação, fraude ou conluio.

Analisamos a seguir a aplicação da multa qualificada no âmbito do Carf.

JURISPRUDÊNCIA DO CARF SOBRE A MULTA QUALIFICADA

A inteligência das Súmulas Carf nº 14, 25 e 34 corroboram o exposto acima e demonstram que para a qualificação da multa de 100% (até então 150%) não basta a simples omissão de receita ou rendimentos, faz-se necessária a comprovação de uma conduta qualificada (sonegação, fraude ou conluio); e no caso de qualificação de 150%, com o advento da Lei nº 14.689/23, exige-se além da conduta qualificada a reincidência. Veja-se:

> **Súmula CARF nº 14:** A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a **comprovação do evidente intuito de fraude** do sujeito passivo.
>
> **Súmula CARF nº 25:** A **presunção** legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, **não autoriza a qualificação da multa de ofício**, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 383, de 12/07/2010, DOU de14/07/2010)
>
> **Súmula CARF nº 34:** Nos lançamentos em que se apura omissão de receita ou rendimentos, decorrente de depósitos bancários de origem não comprovada, é cabível a qualificação da multa de ofício, **quando constatada** a movimentação de recursos em contas bancárias de **interpostas pessoas** qual conforme Portaria MF nº 383, de 12/07/2010, DOU de14/07/2010) (Grifo nosso)

A seguir julgados do Carf sobre o tema.

i. Necessidade de comprovação de uma das hipóteses previstas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/1964 e descrição dos fatos:

> **MULTA QUALIFICADA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. SIMPLES OMISSÃO.**

10 Ag.Reg.RE nº 608.426. DJe 21.10.2011.

Aplica-se a Súmula CARF nº 14 (A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo) quando **a autoridade lançadora não expressa o motivo de classificar como sonegação a omissão de receitas** constatada a partir de diferença entre as receitas declaradas e as informações prestadas por operadoras de cartões de crédito.

Trecho do Voto

[…] a autoridade lançadora **não explicitou qual a característica que**, presente nas diferenças constatadas, **justificariam a qualificação da penalidade**. Infere-se, daí, que a penalidade de 150% foi aplicada, apenas, porque apuradas diferenças entre a declaração prestada pela Contribuinte e pelas operadoras de cartões de crédito.

[…] a autoridade fiscal **deveria, minimante, indicar porque** entendeu que a omissão de receita constatada **caracterizaria sonegação**, na forma do art. 71 da Lei nº 4.502/64. (Acórdão nº 9101-004.839, de 05/03/2020)

MULTA QUALIFICADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE NÃO CARACTERIZADO. DESCABIMENTO.

Não sendo suficientes os elementos fáticos para que se considere evidente o dolo de fraudar a arrecadação tributária (evidente intuito de fraude), descabe a qualificação da multa de ofício.

Trecho do voto

Entretanto, para que seja válida a sanção qualificada […] **indispensável que se comprove a ocorrência de uma das situações típicas previstas nos arts. 71 a 73** da Lei nº 4.502/1964.

Divirjo do entendimento […] por ter sido objeto da operação **Lava Jato**, **faz presumir que a despesa não comprovada é fraudulenta**.

As condutas exigidas para autorizar a aplicação da multa qualificada **devem ser demonstradas para todos os fatos objeto do lançamento fiscal.** Seria de se exigir, por exemplo, que a autoridade autuante demonstrasse que a pessoa jurídica que recebeu o pagamento era inapta, ou inexistente de fato, ou que o eventual contrato que justificasse um pagamento fosse simulado, ou falso. (Acórdão nº 9101-006.692, de 09/08/2023)

MULTA QUALIFICADA. REQUISITOS.

A multa majorada (100%) exige **conduta caracterizada por sonegação, fraude ou conluio**; ou seja, **conduta adicional e diversa daquela que ensejou o lançamento do tributo**. Tal conduta deve ser **provada**, e **não presumida**, por meio de elementos caracterizadores como documentos inidôneos, interposição de pessoas, declarações falsas, dentre outros. Além disso, **a conduta deve estar descrita no Termo de Verificação Fiscal ou auto de infração**, de forma a permitir o **contraditório e a ampla defesa**. A Lei nº 14.689/23 positivou tal exigência no parágrafo §1º- C do 44 da Lei nº 9430/96 ao determinar que a qualificação da multa majorada não se aplica quando não restar configurada**, individualizada e comprovada a conduta dolosa** de sonegação, fraude ou conluio.

> No caso, o contribuinte evitou a incidência tributária mediante interpretação equivocada da norma; todavia **nada omitiu do Fisco**; pelo contrário, apresentou toda documentação, observou a legislação societária, com **divulgação e registro nos órgãos públicos competentes**, o que inclusive permitiu ao Fisco iniciar o procedimento fiscal. Trata-se de simulação simples (multa de 75%). Tivesse o contribuinte ocultado do Fisco todos os esses fatos, fraudado documento, ou induzido o Fisco a erro com informações falsas ter-se-ia uma simulação qualificada (multa de 150%). (Acórdão nº 1101.001.357, de 17.07.2024) (Grifo nosso)

No tocante à questão probatória, oportuno destacar que em determinadas situações a prova da conduta é extremamente complexa, situação que exige da autoridade fiscal a prova por meio de indícios convergentes, na linha dos julgados a seguir:

> IRPJ-OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.
>
> **Provado, pela existência de vários indícios convergentes,** que as transações com títulos do Tesouro Americano, indicadas para respaldar os depósitos em conta corrente bancária, foram **simuladas**, tem-se como carente de comprovação hábil e idônea a origem dos recursos depositados e, por conseguinte, caracterizam omissão de receita por presunção legal.
>
> MULTA QUALIFICADA
>
> Nos casos de simulação, é inafastável a intenção fraudulenta, a justificar a aplicação da multa qualificada. (Acórdão nº 101-96.865, de 14/08/2008) (Grifo nosso)
>
> SIMULAÇÃO. PROVA INDICIÁRIA.
>
> **A prova indiciária** é meio idôneo admitido em Direito, quando a sua formação está apoiada em ma [sic] **concatenação lógica de fatos, que se constituem em indícios precisos, "econômicos" e convergentes.** Quando não convergentes como a infração
>
> relativa ao ano 2000 cancela-se o lançamento, caso contrário, mantém-se o lançamento como ocorreu na infração relativa à 2002.
>
> MULTA DE OFÍCIO. PERCENTUAL DE 150%. CABIMENTO.
>
> Estando **devidamente caracterizado a simulação em que o dolo e o evidente intuito de fraude fazem parte de sua própria natureza,** justifica-se a aplicação da multa de ofício no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento). (Acórdão nº 1401-000.583, de 29/06/2011) (Grifo nosso)
>
> MULTA QUALIFICADA. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS. REITERAÇÃO DA CONDUTA. DOLO NÃO DEMONSTRADO.
>
> A falta de escrituração de depósitos bancários e de comprovação de sua origem autorizam a presunção de omissão de receitas, **mas o dolo necessário à exasperação da multa somente é caracterizado se reunidas, pela autoridade lançadora, provas ou, ao menos, indícios convergentes da intenção do contribuinte para a prática de ilícitos penais.** A

> reiteração da conduta que serviu de base à presunção de omissão de receitas pode até servir de indício, mas ela, sozinha, não faz presumir o dolo necessário à imposição da multa qualificada de 150%. (Acórdão nº 9101-004.423, de 12.09.2019) (Grifo nosso)

Importante destacar que o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência consolidada há tempos no sentido de que **os indícios convergentes são meio de provas hábeis para fins de** condenação criminal. Veja-se:

> […] não se pode negar que, observados o ônus da acusação de provar os fatos por ela alegados, e o direito da defesa de contraditá-los, **o conjunto de múltiplos e sólidos indícios concordantes têm o condão de constituir prova adequada e necessária do ponto de vista da racionalidade empírica**, e, nessa medida, convincente justificativa para um decreto condenatório.
>
> Observa-se, portanto, que não há um rol delimitado de delitos que compõem a categoria de "crimes do colarinho branco", o que, todavia, não impede a repressão e a punição aos autores desse tipo de infrações. Dentre os delitos que podem se amoldar ao conceito, incluem-se **os crimes tributários (*tax crimes*),** as fraudes bancárias (***bank fraud***), os crimes de corrupção (***public corruption***) e a lavagem de dinheiro (*Money laundering*).)
>
> […] o delito econômico é, aparentemente, uma operação financeira ou mercantil, uma prática ou procedimento como outros muitos no complexo mundo dos negócios. A ilicitude não se constata diretamente, sendo necessário, não raras vezes, lançar mão de perícias complexas e interpretar normas de compreensão extremamente difícil. **As manobras criminosas são realizadas utilizando complexas estruturas societárias, que tornam muito difícil a individualização correta dos diversos autores e partícipes.**
>
> […] embora, como será exposto a seguir, o Supremo Tribunal Federal possua há décadas jurisprudência consolidada no sentido de que **os indícios, como meio de provas que são**, podem levar a uma condenação criminal. A condenação, na esteira do quanto já exposto, não necessita basear-se em **verdades absolutas**, por isso que **os indícios podem ter, no conjunto probatório, robustez suficiente para que se pronuncie um juízo condenatório**.
>
> **Isso é especialmente importante em contextos associativos**, no qual os crimes ou infrações administrativas são praticados por muitos indivíduos consorciados, nos quais é incomum que se assinem documentos que contenham os propósitos da associação, e nem sempre se logra filmar ou gravar os acusados no ato de cometimento do crime. Fato notório, e *notoria non egent probatione*, todo contexto de associação pressupõe ajustes e acordos que são realizados a portas fechadas. (Ação Penal 470/MG, de 17/12/2012, p. 1094, 1495-1498, 1503-1505) (Grifo nosso)

> No processo penal, a condenação não pode ser feita com base em presunções, sendo **indispensável a existência de, no mínimo, indícios convergentes** da autoria, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência. (AP 383; Relator(a): Min. Celso de Mello, 10/05/2018) (Grifo nosso)
>
> Mostra-se, ademais, suficiente a condenação baseada na delação de corréu, confortada por **indícios convergentes e concludentes da atuação do acusado**. (HC 222571, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, 28/11/2022) (Grifo nosso)

Verifica-se, pois, que a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal reconhece que os indícios convergentes constituem meio de prova suficiente para condenação em crimes tributários, principalmente nos casos em que tais delitos se manifestam como operações financeiras aparentemente lícitas, exigindo provas complexas para demonstração da ilicitude.

ii. Em relação ao planejamento tributário e matérias correlatas, tais como o ágio, a jurisprudência do Carf é firme no sentido de que a multa qualificada é indevida. O entendimento majoritário e muitas vezes unânime é no sentido de que critérios como abuso de direito, fraude à lei e rótulos semelhantes não foram eleitos pelo legislador como elemento para qualificação da multa, principalmente quando não há ocultação da prática e da intenção final dos negócios realizados. O que se alinha às premissas elencadas neste estudo. Assenta-se ainda que a interpretação tida por equivocada também não enseja, por si só, a aplicação da multa qualificada. Por fim, quanto à utilização de empresa-veículo para amortização fiscal do ágio, ainda que sua duração seja efêmera e seu propósito seja a amortização fiscal do ágio, não é suficiente para a qualificação da multa de ofício, principalmente quando o ágio foi contabilizado pelo contribuinte. Veja-se[11]:

> **MULTA DE OFÍCIO. INOCORRÊNCIA DE SONEGAÇÃO, FRAUDE OU CONLUIO. ABUSO DE DIREITO. FRAUDE À LEI. INSTITUTOS CIVIS. IMPOSSIBILIDADE DE QUALIFICAÇÃO DA MULTA.**
>
> Não havendo comprovação da ocorrência de sonegação, fraude ou conluio, não se sustenta a qualificação da penalidade. Tanto o **abuso de direito**

11 No mesmo sentido Acórdãos nºs: 9101-005.973, de 08.02.2022; 9101-006.250, de 10.08.2022; 9101-006.376, de 10.11.2022; 9101-006.461, de 02.02.2023; 9101-006.593, de 10.05.2023; 1201-005.891, de 22.06.2023; 9101-006.653, de 12.07.2023; 9101-006.726, de 14.09.2023; 9101-006.826, de 06.02.2024; 1101.001.357, de 17.07.2024; 9101-007.108, de 06.08.2024.

quanto a **fraude à lei** são institutos previstos na lei civil, com características próprias, mas **não foram eleitos pelo legislador tributário como razão para qualificação da penalidade**. Tratando-se de **planejamento tributário**, **ainda que abusivo**, **não resta caracterizado o dolo apto a ensejar a qualificação da penalidade**, mormente quando **não há ocultação da prática e da intenção final dos negócios** levados a efeito.

Trecho do voto

[…] o fundamento principal para qualificação da multa de ofício foi a utilização […] **empresa veículo"** seguida de sua **incorporação (reversa)** pouco mais de 4 meses após essa aquisição […], a partir de quando se iniciaram as amortizações de ágio que deram ensejo ao lançamento.

Entendo estarmos diante de operação "típica" envolvendo utilização de "empresa veículo", **sem qualquer contorno especial que pudesse ensejar a qualificação da penalidade**. (Acórdão nº 9101-005.761, de 08.09.2021)

MULTA QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE.

O não reconhecimento pelo Fisco **do ágio gerado em operações realizadas dentro do mesmo grupo econômico**, com a consequente glosa de sua amortização, **não enseja, por si só, a aplicação da multa qualificada**, quando os atos praticados revelam **interpretação equivocada** por parte do contribuinte quanto à legislação de regência.

Trecho do voto

Não são poucos os julgados administrativos, **inclusive deste Colegiado, que decidiram pela legitimidade da amortização de ágio formado por meio de operações entre empresas sob controle comum.** Hoje, na verdade, o próprio Poder Judiciário aponta nessa direção, como na recente decisão no **REsp 2.026.473-SC, em 05/09/2023**.

Para a imposição da qualificação da multa deve ser aferido o **elemento subjetivo da conduta**, mas esse elemento **não se resume ao simples "querer praticar".** É necessário também a **plena consciência, aferida pelas condições circunstanciais, de que a conduta é ilícita**. (Acórdão nº 9101-006.845, de 05/03/2024)

MULTA QUALIFICADA. ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. IMPOSSIBILIDADE.

A utilização de **empresa-veículo** para amortização fiscal do ágio, ainda que sua duração seja **efêmera** e seu **propósito** seja a **amortização fiscal do ágio**, **não é suficiente para a qualificação da multa de ofício**, mormente quando o ágio foi devidamente contabilizado pelo contribuinte.

Trecho do voto

No lançamento da multa de ofício qualificada, deve a Fiscalização **demonstrar a subsunção da conduta praticada pelo sujeito passivo** a uma das hipóteses dos artigos 71, 72 ou 73 da Lei nº 4.502/1964, ou seja, **não basta** que haja a **imputação genérica de sonegação ou fraude**, é preciso que exista a **individualização da conduta** do agente e a comprovação **inequívoca da existência de dolo**.

[…] existe inegável **divergência interpretativa** entre Autoridade Fiscal e contribuintes acerca da possibilidade de utilização de empresa-veículo para amortização fiscal do ágio […] havendo, inclusive, **decisão do Supe-**

> **rior Tribunal de Justiça ("STJ") [REsp nº 2026473/SC, de 05.09.2023]** no sentido de que **não se pode pressupor a artificialidade das operações que geram ágio em razão da utilização de empresas-veículos**. E, havendo **dúvidas** quanto à natureza ou às circunstâncias materiais do fato ou de seus efeitos, como ocorre com relação à **dedutibilidade do ágio interno**, a lei tributária que comina **penalidades** deve ser interpretada de maneira mais favorável ao contribuinte, como determina o art. **112, II, do CTN**. (Acórdão nº 9101-007.063, de 10.07.2024)
>
> **MULTA QUALIFICADA DECORRENTE DE INFRAÇÃO DE GLOSA DE DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE "ÁGIO INTERNO". NÃO CABIMENTO.** Somente se mantém a multa qualificada nas hipóteses em que, comprovado o **dolo**, resta caracterizada hipótese de **sonegação, fraude ou conluio** a que aludem os arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, **o que não ocorre no caso concreto** quanto à infração calcada em indedutibilidade da **amortização de "ágio interno"**.
>
> **Trecho do voto**
>
> **Deve ficar demonstrada** que a **conduta praticada** teve o **intuito consciente voltado a suprimir ou reduzir o pagamento do tributo** ou contribuições devidos, o que, a meu sentir, não pôde ser demonstrado nos presentes autos, […] **interpretando a legislação então vigente**, ainda que de forma equivocada, o contribuinte entendeu que a operação, tal qual levada a efeito, não implicaria o recolhimento de IRPJ e CSLL.
>
> […] no caso concreto estamos diante de uma **divergência de interpretação de norma**, **não havendo que se falar em dolo** no não pagamento de tributo, e, consequentemente, em cominação de multa qualificada. (Acórdão nº 9101-007.074, de 06/08/2024) (Grifo nosso)

Em resumo, verifica-se que a jurisprudência do CARF, em consonância com as premissas elencadas neste estudo, exige conduta qualificada por sonegação, fraude ou conluio — ou seja, situações em que o dolo deve ser provado, e não presumido. A prova da conduta dolosa constitui elemento adicional, distinto da infração que fundamentou o lançamento. Exige-se, ainda, a descrição detalhada da conduta e sua individualização

A seguir, analisamos o Recurso Extraordinário nº 736.090/SC, julgado sob o regime da repercussão geral (Tema 863), no qual o Supremo Tribunal Federal fixou os limites e parâmetros constitucionais para a aplicação da multa qualificada. O Tribunal decidiu, por unanimidade, que a multa de 150% sobre o valor do tributo devido — aplicável em casos de sonegação, fraude ou conluio — somente é válida em hipóteses de reincidência. Nos demais casos, o percentual máximo permitido é de 100%, sob pena de configurar efeito confiscatório, vedado pelo artigo 150, IV, da Constituição Federal.

A MULTA QUALIFICADA E SEUS LIMITES À LUZ DA INTERPRETAÇÃO DO STF

A constitucionalidade da multa qualificada de 150% a que se refere o art. 44 da Lei nº 9.430/96, em sua redação originária, foi objeto de análise no RE nº 736.090/SC, paradigma do Tema 863 da Repercussão Geral, com o seguinte título: "limites da multa fiscal qualificada em razão de sonegação, fraude ou conluio, tendo em vista a vedação constitucional ao efeito confiscatório".

O Ministro Relator, Dias Toffoli, fixou como premissa inicial que a multa tributária é uma obrigação principal e não acessória da obrigação de pagar tributos. Veja-se:

> Desde logo, como premissa adotada ao longo do voto, deixo claro que **a multa tributária não é, em termos técnicos tributários, acessória da obrigação de pagar tributo**, o qual, usualmente, é enquadrado na categoria de obrigação principal. Com efeito, **a multa tributária, assim como a obrigação de pagar tributo, consiste em si mesma em obrigação principal**. Esse é o modelo do sistema tributário adotado no país. Sobre esse ponto, atente-se para o teor do art. 113, §§ 1º e 3º, do Código Tributário Nacional […].[12] (Grifo nosso)

Em seguida, com base na classificação tradicional, elencou três grupos de multas: moratórias; de ofício (as quais abrangem as não qualificadas e as qualificadas); e isoladas.

Multas moratórias são as que "decorrem do simples atraso no pagamento do tributo, isso é, por falta de seu pagamento na época apropriada. […] incidem de modo automático, sendo devidas independentemente de lançamento".[13]

Multas de ofício são aquelas aplicadas pela autoridade fiscal, mediante auto de infração, nas hipóteses em que:

> o contribuinte deixou de pagar o tributo" mediante omissão de receitas, geralmente associada ao descumprimento de obrigação acessória, seja a conduta do agente decorrente de culpa (v.g. negligência inescusável ou erro material), seja qualificada em razão de dolo. Cabe consignar que **multas qualificadas (que compõem o grupo das multas de ofício) são**

12 Conferir RE nº 736.090/SC, p. 19.

13 No RE 882.461/MG, com repercussão geral reconhecida (Tema 816), fixou-se a seguinte tese em relação à multa de mora: "As multas moratórias instituídas pela União, pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios devem observar o teto de 20% do débito tributário".

> **aquelas que buscam reprimir, com maior rigor, infrações mais graves,** "normalmente em razão do dolo que constituiu elemento de seu pressuposto de fato". Enquadra-se no conceito de **multa qualificada aquela por meio da qual se combatem, por exemplo, a sonegação, a fraude, o conluio, a apropriação indébita e o descaminho, condutas dolosas que merecem maior atenção do legislador, pois são delitos penais.**[14] (Grifo nosso)

Multas isoladas[15], por fim, são aquelas que decorrem do "descumprimento de obrigações acessórias ou por outras infrações que independem de ser ou não o tributo devido".[16]

Segundo o Ministro Relator, no tocante à abordagem tradicional, as multas "poderiam ser classificadas em dois grupos: o das multas moratórias e o das multas de lançamento de ofício, as quais abrangeriam as não qualificadas, as qualificadas e as denominadas de multas isoladas". Na sequência cita classificações diversas propostas por doutrinadores.[17]

---

14 Conferir RE nº 736.090/SC, p. 20.

15 No RE 640.452/RO, com repercussão geral reconhecida (Tema 487), pendente de julgamento, discute-se "os limites da multa por descumprimento de dever instrumental, aplicada isoladamente".

16 Conferir RE nº 736.090/SC, p. 20.

17 "**Leandro Paulsen,** visando a superar as dificuldades advindas da classificação tradicional, sugere a adoção da seguinte classificação para as multas: 1) quanto ao procedimento: 1.1) automáticas e 1.2) de ofício; 2) quanto à infração cometida: 2.1) por não pagamento no prazo; 2.2) por não pagamento mediante omissão culposa; 2.3) por não pagamento mediante fraude, sonegação ou conluio e 2.4) por descumprimento de obrigações acessórias etc.; 3) quanto à gravidade: 3.1) comuns e 3.2) qualificadas; 4) quanto à autonomia: 4.1) dependentes e 4.2) isoladas; 5) quanto ao valor: 5.1) fixas e 5.2) proporcionais; 6) quanto ao comportamento posterior do agente: 6.1) aumentadas e 6.2) reduzidas. Quanto ao item 6, Paulsen lembra que o legislador pode prever, em alguns casos, "causas de aumento da multa na hipótese de o contribuinte deixar de prestar esclarecimentos ou outros elementos solicitados pela fiscalização e que seriam relevantes para a fiscalização". […] "As multas, nas lições de **Paulo Coimbra**, desempenham importantes funções, cabendo destacar: a preventiva, a didática e, precipuamente, a punitiva. A função preventiva teria a virtude de desestimular o descumprimento das obrigações tributárias e de intimidar os possíveis infratores, como forma de se garantir a eficácia das normas tributárias primárias. A função didática deve contribuir para a educação e a correção de desvios do infrator, auxiliando-o a apreender as determinações que não seguiu, de modo a amenizar os efeitos punitivos das sanções tributárias. Segundo Paulo Coimbra, a função didática das sanções deve ser diretamente proporcional à dificuldade de compreensão – pelo homem comum – dos preceitos cuja observância almeja

Registra que "a visão ortodoxa relativa ao papel da Administração e da legislação tributária no combate a violações da legislação", o que abrange "o gerenciamento de riscos, a qual muito se relacionava com a política da imposição, cedeu espaço para uma visão mais atualizada, em que se dá foco ao princípio da confiança e à conformidade cooperativa. Nesse contexto de novos paradigmas para o tratamento das multas tributárias cita vários estudos sobre o tema.[18]

Ao analisar especificamente o limite da multa qualificada em razão de sonegação, fraude ou conluio o Ministro Relator pontuou que, segundo a jurisprudência do STF, é "evidentemente confiscatória multa punitiva qualificada que chegue a 500% do débito tributário ou a 300% do valor da operação, níveis que já foram considerados inconstitucionais (ADI nº 551/DF e ADI nº 1.075-MC/DF)". Observou ainda que:

> A **disparidade de tratamento nas legislações da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios** e a ausência de uma orientação jurisprudencial clara no que se refere às limitações constitucionais da utilização de sanções por descumprimento de obrigações tributárias principais e acessórias com efeito de confisco têm tornado o sistema tributário brasileiro cada vez mais complexo. [19] (Grifo nosso)

De acordo com o art. 146, III, b, da Constituição Federal, cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre "obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários". Entretanto, ante a ausência de lei complementar para estabelecer normas gerais sobre a graduação das multas tributárias de acordo com a individualização da conduta do agente e tendo em vista que o projeto de lei complementar[20] que versa

---

salvaguardar e inversamente proporcional à estabilidade da legislação que os erige. As sanções com função didática seriam mais adequadas nos casos das infrações exclusivamente formais, "sobretudo porque, quando praticadas isoladamente, nem sempre ensejam prejuízos ao erário"7. Por sua vez, a função punitiva não deve ser "necessariamente equivalente ao eventual prejuízo do erário, devendo, isso sim, guardar fiel proporcionalidade ao grau de repúdio da ilicitude da conduta por elas punidas in abstracto e in concreto". Conferir RE nº 736.090/SC, p. 20-21.

18 Conferir RE nº 736.090/SC, p. 24 e ss.

19 Conferir RE nº 736.090/SC, p. 34.

20 O Projeto de Lei Complementar nº 124, de 2022, atualmente em tramitação no Senado Federal, originou-se do relatório final da Comissão de Juristas instituída pelo Ato Conjunto nº 01/2021 do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal. A proposta visa modernizar, unificar e dinamizar o processo administrativo e tributário nacional, pretende incluir o art. 113-A e novos parágrafos ao art. 142 ao

sobre o tema ainda está em tramitação no Congresso, coube ao STF estabelecer tais parâmetros.

Antes de adentrar aos parâmetros da multa qualificada, o Ministro Relator manifestou sua concordância e destacou trecho do voto da decisão nº 2005.72.06.001070-1 proferida pelo órgão especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que considerou constitucional a multa de 150% no caso de sonegação, fraude ou conluio prevista na Lei nº 9.430/96, na redação anterior à Lei nº 14.689/2.

Referida decisão, pontua, na essência, que a multa qualificada de 150% tem como "pressuposto a existência de comportamento doloso praticado pelo agente, o qual merece maior reprimenda" e que "a atitude reprovada por essa multa acarretaria enriquecimento ilícito do contribuinte", bem como afasta a questão do Confisco. Veja-se:

> A gravidade das condutas dolosas descritas no inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430/1996 justifica o percentual exacerbado da multa. A sanção deve ser proporcional ao ilícito cometido e desestimular a sua prática, para que realize sua função repressiva e punitiva. **Os aspectos subjetivos dessas infrações tornam os limites da proibição de efeito confiscatório mais permeáveis e elásticos do que se entenderia como razoável, caso se tratasse de uma infração objetiva**. **Não se revela consentâneo com o ideal de justiça tributária penalizar em patamar semelhante o contribuinte que deixa de pagar ou de declarar o tributo, sem intuito doloso, e o contribuinte que sonega, frauda ou age em conluio**. Esse entendimento retrata a posição do STF, na ADIN 551, supracitada, pois **o que evidencia o caráter confiscatório da multa é a desproporção entre o desrespeito à norma tributária e a sua consequência jurídica**. Assim, **a resposta do ordenamento jurídico à sonegação, à fraude e ao conluio deve ser muito mais forte do que a resposta aos ilícitos menos gravosos.**
>
> Outro aspecto da questão diz respeito à ideia de confisco, que envolve verificar se a multa realmente atinge parcela tão significativa do patrimônio ou renda do contribuinte que equivalha à extinção da propriedade ou ameace a sobrevivência do indivíduo e da empresa. **Não se pode olvidar que a sonegação, a fraude e o conluio acarretam o enriquecimento ilícito do contribuinte**; **na impossibilidade de discernir o que é riqueza lícita e o que é riqueza ilícita, é difícil saber se a multa ultrapassa as possibilidades do contribuinte. Para solucionar esse impasse, cabe recorrer ao princípio da razoabilidade, cuja essência é guardar uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende**

Código Tributário Nacional (CTN), com o objetivo de estabelecer normas gerais sobre a aplicação de multas tributárias, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

atingir. Nessa senda, o percentual de 150% a título de multa, nos casos de sonegação, fraude ou conluio é razoável, justamente porque se dirige a **reprimir condutas evidentemente contrárias não apenas aos interesses fiscais, mas aos interesses de toda a sociedade.**[21] (Grifo nosso)

A seguir, os parâmetros estabelecidos no RE nº 736.090/SC:

i. Fixação de teto para multa qualificada em razão de sonegação, fraude ou conluio, para todos os entes federados:

> […] **as limitações quanto às multas qualificadas** em razão de sonegação, fraude ou conluio previstas na legislação federal **devem ser adotadas igualmente para as multas do mesmo tipo previstas nas legislações dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.** Com efeito, não se pode dizer que, para fins de fixação de teto, a ofensa qualificada à legislação tributária é mais ou menos grave a depender do ente federado envolvido.
>
> […] a **fixação do teto para as multas qualificadas em razão de sonegação, fraude ou conluio** consiste apenas em uma das manifestações da proporcionalidade e da razoabilidade, preceitos aos quais está ligada a vedação do confisco[22]. (Grifo nosso)

ii. Graduação da penalidade à luz do caso concreto e individualização da conduta:

> Outra importante questão conectada com tais princípios (afora outros, como a isonomia), a meu ver, é a da **necessidade de se graduar a penalidade à luz de cada caso concreto**. Isso é, não basta que a multa em discussão observe o teto de 150%. **É necessário que ela seja graduada, dentro desse patamar, levando-se em conta a individualização da conduta do agente**.
>
> […] essa individualização pode ser feita à luz de diversos critérios. Considerando-se o condomínio legislativo existente no cenário nacional e a ausência da lei complementar federal sobre o tema, tem o legislador ordinário de cada ente federado bom espaço para tratar do assunto, respeitando-se (evidentemente) os preceitos constitucionais, como os da não discriminação, da isonomia, da moralidade, da eficiência etc, bem como as normas gerais em matéria de legislação tributária constantes de lei complementar federal (vide o Código Tributário Nacional)[23]. (Grifo nosso)

iii. Constitucionalidade dos parâmetros estabelecidos pela Lei nº 9.430/1996 com as alterações promovidas pela Lei nº 14.689/23:

---

21 Conferir RE nº 736.090/SC, p. 36-37.

22 Conferir RE nº 736.090/SC, p. 37-38.

23 Conferir RE nº 736.090/SC, p. 38.

> No âmbito da União, já se viu que o art. 44 da Lei nº 9.430/96, até a redação conferida pela Lei nº 11.488/07, preconizava que, no caso de sonegação, fraude ou conluio, a multa qualificada seria de 150%, sem prejuízo da aplicação das atenuantes cabíveis. **A previsão do referido percentual para qualquer dos citados comportamentos, que se distinguem entre si, não importa, por si só, em qualquer inconstitucionalidade**. **Considerou o legislador serem todos eles muito graves (e, realmente, o são)**. […]
>
> **Uma importante melhoria no contexto da individualização da multa qualificada em debate surgiu com a recente Lei nº 14.689/23**.
>
> Com o advento dessa lei, **estabeleceu-se que, nos casos de sonegação, fraude ou conluio, a multa passa a ser de 100% do débito tributário** (art. 44, § 1º, inciso VI, da Lei nº 9.430/96, incluído pela Lei nº 14.689/23) **ou de 150% do débito tributário "nos casos em que verificada a reincidência do sujeito passivo"** (art. 44, § 1º, inciso VII, da Lei nº 9.430/96, incluído pela Lei nº 14.689/23). O que se considera por reincidência está previsto no § 1º-A do referido artigo.
>
> […]
>
> Creio que os **critérios** utilizados na lei federal em questão de individualização do comportamento do sujeito passivo para a graduação da multa qualificada são válidos tendo em vista a proporcionalidade e a razoabilidade. Isso, contudo, não impede que novos aperfeiçoamentos sejam feitos.
>
> […]
>
> Nessa toada, **até que seja editada lei complementar federal sobre a matéria, a multa tributária qualificada em razão de sonegação, fraude ou conluio deve se limitar a 100% (cem por cento) do débito tributário e, em caso de reincidência como definida no art. 44, § 1-A, da Lei nº 9.430/96, incluído pela Lei nº 14.689/23, a 150% (cento e cinquenta por cento) do débito tributário**.
>
> Destaco, ainda, que deve ser observado o disposto no § 1º-C do art. 44 da Lei nº 9.430/96, o qual trata de hipóteses de não aplicação da multa qualificada em razão de sonegação, fraude ou conluio […][24]. (Grifo nosso)

Verifica-se, pois, que o STF, nos autos do RE nº 736.090/SC, com repercussão geral reconhecida (Tema 863) convalidou os parâmetros estabelecidos pela Lei 9.430/96 atualizada pela Lei nº 14.689/23; portanto, não há falar-se em confisco.

A seguir a ementa e a tese fixada para o Tema 863:

> **Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tema nº 863. Direito tributário. Limite das multas qualificadas em razão de sonegação, fraude ou conluio. Necessidade de observância dos princípios do não confisco, da razoabilidade e da proporcionalidade. Limite de 100% (cem**

24 Conferir RE nº 736.090/SC, p. 38-42.

por cento) do débito tributário ou, em caso de reincidência, de 150% (cento e cinquenta por cento) do débito tributário.

1. As multas qualificadas em razão de sonegação, fraude ou conluio visam a reprimir comportamentos com elevado grau de reprovabilidade.

2. **São razoáveis e proporcionais as limitações para as multas previstas na Lei nº 9.430/96, atualizada pela Lei nº 14.689/23**. No caso de sonegação, fraude ou conluio, a multa é de 100% do débito (art. 44, § 1º, inciso VI, da Lei nº 9.430/96, incluído pela Lei nº 14.689/23); ou de 150% do débito, nos casos em que for verificada a reincidência do sujeito passivo (art. 44, § 1º, inciso VII, da Lei nº 9.430/96, incluído pela Lei nº 14.689/23), como legalmente definida (**vide** § 1º-A do citado artigo). Necessidade de observância do § 1º-C do art. 44 da Lei nº 9.430/96, o qual trata de hipóteses de não aplicação da multa qualificada em razão de sonegação, fraude ou conluio.

3. **Fixação da seguinte tese** para o Tema nº 863: "**Até que seja editada lei complementar federal sobre a matéria, a multa tributária qualificada em razão de sonegação, fraude ou conluio limita-se a 100% (cem por cento) do débito tributário, podendo ser de até 150% (cento e cinquenta por cento) do débito tributário, caso se verifique a reincidência definida no art. 44, § 1º-A, da Lei nº 9.430/96, incluído pela Lei nº 14.689/23, observando-se, ainda, o disposto no § 1º-C do citado artigo**".

4. Modulação dos efeitos da decisão, estabelecendo-se que ela passe a produzir efeitos a partir da edição da Lei nº 14.689/23, mantidos os patamares atualmente fixados pelos entes da federação até os limites da tese. Ficam ressalvados desses efeitos (i) as ações judiciais e os processos administrativos pendentes de conclusão até a referida data; (ii) os fatos geradores ocorridos até a referida data em relação aos quais não tenha havido o pagamento de multa abrangida pelo presente tema de repercussão geral.

5. Recurso extraordinário parcialmente provido.[25]

Por fim, retomo a questão da reincidência.

Fixadas as premissas expostas acima, ao analisar o caso concreto[26] no RE nº 736.090/SC, o Ministro Relator reduziu o percentual da multa

25 Conferir RE nº 736.090/SC, p. 3.

26 No caso concreto, "o Fisco, em procedimento de fiscalização, constatou as seguintes infrações à legislação tributária: "a) omissão de receitas pelo saldo credor em caixa, b) pagamentos a beneficiários não identificados e c) omissão de receitas pelos depósitos bancários sem comprovação de origem". A ação fiscal culminou na apuração de créditos de IRPJ, IRRF, CSLL e PIS/COFINS. Houve aplicação de sanção com base na redação original do inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430/96, o qual previa, nos casos de lançamento de ofício, multa de 150% se verificada a existência de sonegação, fraude ou conluio, nos termos dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64". (RE 736.09/SC, p. 17)

de 150% para 100%, sob o argumento de que o Tribunal de origem não havia reconhecido a ocorrência de reincidência – requisito introduzido pela Lei nº 14.689/2023 para a aplicação da penalidade majorada. Veja-se:

> Na espécie, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região considerou válida a multa qualificada em razão de sonegação, fraude ou conluio de 150% do valor do débito tributário prevista na redação original do inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430/96, sanção que, posteriormente, passou a constar do parágrafo primeiro do referido artigo, com a redação conferida pela Lei nº 11.488/07.
>
> Verifica-se que, **embora o Tribunal a Quo tenha consignado a existência de infrações à legislação tributária**, **não assentou** a Corte de Origem **que o sujeito passivo incorreu em reincidência** tal como definida no art. 44, § 1-A, da Lei nº 9.430/96, incluído pela Lei nº 14.689/23.
>
> Sendo assim, **a multa deve ser reduzida para 100% (cem por cento) do débito tributário.**[27] (Grifo nosso)

Os Ministros André Mendonça e Flávio Dino acompanharam o Relator, em relação à redução da multa de 100%, também por entenderem que no caso não houve reincidência.

> Quanto ao caso concreto, eu acompanho Sua Excelência o Relator porque, de fato, **não houve a alusão e a fundamentação adequada sobre a reincidência.** E o acompanho na tese também, sobretudo porque é falsa essa ideia de que multa deve ser interpretada à luz da cláusula constitucional da vedação do uso do tributo com efeito de confisco, pelo que Sua Excelência disse: multa não é tributo. Então, multa é multa, tributo é tributo. O que a Constituição diz é: não use tributo com efeito de confisco. (Trecho do voto do Ministro Flávio Dino)[28]
>
> 7. Voltando à presente discussão, das **multas de ofício qualificadas**, e na linha do que o eminente Ministro Dias Toffoli pontuou, exsurge razoável o limite de até 150% da totalidade ou da diferença do tributo devido, somente em casos de reincidência. Até por isso, **o Ministro Relator deu provimento ao recurso extraordinário - com o que também me alinho - para reduzir a multa imputada ao contribuinte a 100%, à falta deste elemento essencial, da reincidência**, única hipótese na qual entendo superado o limite até então consolidado na jurisprudência desta Corte. (Trecho do voto do Ministro André Mendonça)[29] (Grifo nosso)

No mesmo sentido, o Ministro Nunes Marques pontuou: "Aplicando esse entendimento ao caso concreto, **a falta de indicação de reinci-**

27 Conferir RE nº 736.090/SC, p. 43.

28 Conferir RE nº 736.090/SC, p. 46.

29 Conferir RE nº 736.090/SC, p. 76.

dência impõe o provimento parcial do recurso extraordinário, com redução da multa a 100% (cem por cento) do débito tributário"[30]. (Grifo nosso)

Também aderiu a esse posicionamento o Ministro Gilmar Mendes:

> Dessa forma, **no caso concreto**, considerando que o Tribunal *a quo* aplicou a multa qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento), **sem que se constatasse a hipótese de reincidência do sujeito passivo, concluo que a multa deve ser reduzida para o patamar de 100% (cem por cento) do tributo**, observando-se os limites ora delimitados, bem assim os próprios critérios fixados na legislação de regência (Lei 9.430/1996).[31] (Grifo nosso)

O Ministro Cristiano Zanin foi o único a suscitar a aplicação da retroatividade benigna, prevista no artigo 106, II, "c", do CTN, conforme defendido neste estudo. Contudo, também destacou a inexistência de reincidência no caso concreto. Veja-se:

> Em relação ao caso concreto, porém, **a minha compreensão é de que, à luz do art. 106, II, alínea "c", do Código Tributário, esse patamar novo estipulado pela lei já incidiria automaticamente**. Então, se o máximo seria a aplicação de 100%, no caso, parece-me que haveria perda parcial do objeto do recurso e, na parte conhecida, seria o caso de negar provimento ao recurso extraordinário.
>
> A parte postulou a aplicação de 30% de multa. A lei fixa hoje o teto de 100. **Não há reincidência no caso concreto.** Então, se estamos aplicando 100, parece-me que esses 100 decorrem já da lei, do novo patamar previsto em lei.
>
> Pelo art. 106, II, "c", do CTN, essa multa já incide automaticamente no caso concreto. Diz o art. 106: "A lei aplica-se a ato ou fato pretérito […]."[32]

Reprisamos a questão da reincidência porque, conforme defendido neste estudo, a exigência de reincidência para a aplicação da multa qualificada no percentual de 150% constitui inovação introduzida pela Lei nº 14.689/2023. Trata-se, portanto, de nova hipótese legal para a imposição da penalidade majorada, até então não prevista na Lei nº 9.430/1996, razão pela qual deve ser aplicada apenas prospectivamente, ou seja, a fatos geradores futuros, nos termos do artigo 105 do CTN e do caput do artigo 144, também do CTN, cujo teor estabelece que "o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da

30 Conferir RE nº 736.090/SC, p. 95.

31 Conferir RE nº 736.090/SC, p. 134-135.

32 Conferir RE nº 736.090/SC, p. 57.

obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada"

Portanto, como a Lei nº 14.689/2023, no ponto referente à reincidência (inciso VII incluído no §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/1996), não trata de matéria sujeita à retroatividade benigna prevista no art. 106, II, "c", do CTN, nem configura norma de natureza procedimental — como aquelas que instituem novos critérios de apuração, processos de fiscalização ou ampliam os poderes de investigação das autoridades administrativas, nos termos do §1º do art. 144 do CTN —, sua aplicação alcança somente fatos geradores ocorridos após sua entrada em vigor.

CONCLUSÃO

A análise da multa qualificada prevista no art. 44 da Lei nº 9.430/96, especialmente após as alterações introduzidas pela Lei nº 14.689/2023 – seja no percentual de 100% ou de 150% – e da jurisprudência do Carf e do STF evidencia a imprescindibilidade da comprovação inequívoca de conduta dolosa, qualificada por sonegação, fraude ou conluio, nos termos dos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64. A reincidência, por sua vez, constitui requisito adicional, objetivo e inovador para a aplicação da penalidade no percentual 150%.

A redução da multa qualificada de 150% para 100%, promovida pela Lei nº 14.689/23 (inciso VI do §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96), atrai a aplicação da retroatividade benigna, nos termos do art. 106, II, "c", do CTN.

No que se refere à exigência de reincidência para a aplicação da multa qualificada no percentual de 150%, entendemos tratar-se de nova hipótese legal para a imposição da penalidade majorada, introduzida pela Lei nº 14.689/2023, até então inexistente na redação anterior da Lei nº 9.430/96. Por essa razão, sua aplicação deve ser prospectiva, ou seja, restrita aos fatos geradores futuros, conforme artigos 105 e 144, caput, do CTN. Com base nesses fundamentos, adotamos posicionamento divergente do STF, que, embora tenha decido em sentido contrário no RE nº 736.090, ainda não enfrentou a matéria sob os fundamentos elencados neste estudo.

As condutas típicas de sonegação, fraude ou conluio exigem a presença de dolo – o qual não se presume e deve ser comprovado nos autos. Diante disso, e da garantia constitucional do contraditório e

da ampla defesa, a aplicação da multa qualificada, nos percentuais de 100% ou 150%, exige o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos:

i. existência de conduta qualificada, distinta daquela que ensejou o lançamento de ofício, caracterizada por sonegação, fraude ou conluio (exemplo: omissão de receita como fato gerador e fraude contábil como conduta adicional);
ii. comprovação, descrição detalhada e individualização da conduta dolosa qualificada;
iii. no caso de reincidência (para aplicação da multa de 150%), além dos requisitos anteriores, demonstração de que o sujeito passivo, no prazo de dois anos contados do lançamento anterior, incorreu novamente em conduta qualificada por sonegação, fraude ou conluio.

A jurisprudência do Carf alinha-se a esses requisitos. No âmbito judicial, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 736.090/SC (Tema 863 da repercussão geral), convalidou os parâmetros estabelecidos pela Lei nº 9.430/96, atualizada pela Lei nº 14.689/23, e afastou a alegação de efeito confiscatório, em consonância com os fundamentos aqui expostos e com a jurisprudência consolidada no Carf.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial, dos crimes contra a pessoa*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FREITAS JÚNIOR, Efigênio de. *O contencioso tributário administrativo: garantia constitucional do direito do contraditório e da ampla defesa*. Tributação em Revista, Brasília, DF, ano 20, n. 65, p. 22–31, jan./jun. 2015. Publicação do Sindifisco Nacional.

GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

PAULSEN, Leandro. *Crimes federais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.´

SILVA, De Plácido. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PIS E COFINS SOBRE RECEITAS DE SUBVENÇÃO

GISELA PIMENTA GADELHA

Diretora Firjan e Conselheira CARF.

RODRIGO BARRETO DE FARIA PINHO

Gerente Jurídico Tributário da FIRJAN.

O sistema tributário brasileiro é conhecido por sua complexidade e por sua grande influência na tomada de decisões empresariais. Entre os tributos de maior impacto na estrutura de custos das empresas, destacam-se o Pis e a Cofins, cuja tributação sobre diversos tipos de receitas e operações gera debates constantes no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Nesse contexto, o tratamento tributário aplicável às subvenções constitui tema de relevante impacto, tanto na carga tributária quanto na competitividade das empresas, que podem ter vantagens as desvantagens de mercado, a depender do tratamento tributário dado aos incentivos fiscais recebidos.

Embora a questão já tenha sido objeto de intenso debate nos tribunais administrativos e judiciais, bem como de relevantes alterações legislativas (Lei Complementar nº 160/2017 e Lei nº 14.789/2023), ainda restam dúvidas sobre se a referida tributação seria, de fato, legítima.

A necessidade de incremento econômico, da criação de novos empregos, de obtenção de receitas e de geração de riqueza levam os entes federativos a concederem incentivos fiscais com o objetivo de atrair a implementação e expansão de investimentos em seus territórios.

Esses benefícios concedidos por estados e municípios são subvenções que podem se dar através de incentivos fiscais, como a concessão de crédito presumido, ou até mesmo por subvenções diretas como a concessão de terrenos ou realização de obras de infraestrutura, por exemplo.

No âmbito tributário, a subvenção pode ser definida como o auxílio recebido pela entidade que não importa em qualquer exigibilidade para a mesma, conforme preconiza o Parecer Normativo (PN) CST nº 112, de 1978.

O Ilmo. Professor Modesto Carvalhosa[1], define as subvenções como *"ajudas ou auxílios pecuniários, concedidos pelo Estado, em favor de instituições que prestam serviços ou realizam obras de interesse público."*

Por sua vez, José Souto Maior Borges[2], assim trata o conceito de subvenção:

> *"O conceito de subvenção está sempre associado à ideia de auxílio, ajuda - como indica a sua origem etimológica (subventio) - expressa normalmente*

1 Carvalhosa, Modesto. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, v. 3, São Paulo, Ed. Saraiva, 1997, p. 603);

2 Borges, José Souto Maior. (in Subvenção Financeira, Isenção e Deduções Tributárias, Revista de Direito Público, v. 41 e 42. p. 43)

em termos pecuniários. Entretanto, se bem que a subvenção, em Direito Civil, constitua uma forma de doação, caracterizando- se, portanto, pelo seu caráter não compensatório, no Direito Público, particularmente no Direito Financeiro, embora também se revista de caráter não remuneratório e não compensatório, deve submeter-se ao regime jurídico público relevante. A subvenção pressupõe sempre o concurso de dinheiro ou outros bens estatais. É categoria de Direito Financeiro e não de Direito Tributário ."

Para fins contábeis, a subvenção é uma assistência governamental, assim definida pelo CPC 07 (R1):

> *Subvenção governamental é uma assistência governamental geralmente na forma de contribuição de natureza pecuniária, mas não só restrita a ela, concedida a uma entidade normalmente em troca do cumprimento passado ou futuro de certas condições relacionadas às atividades operacionais da entidade. Não são subvenções governamentais aquelas que não podem ser razoavelmente quantificadas em dinheiro e as transações com o governo que não podem ser distinguidas das transações comerciais normais da entidade*

Contabilmente, a subvenção governamental deve ser reconhecida como receita e confrontada com as despesas que pretende compensar.

Nos termos do CPC 07 (R1), o reconhecimento da subvenção governamental como receita deriva dos seguintes argumentos:

a. uma vez que a subvenção governamental é recebida de uma fonte que não os acionistas e deriva de ato de gestão em benefício da entidade, não deve ser creditada diretamente no patrimônio líquido, mas, sim, reconhecida como receita nos períodos apropriados;
b. subvenção governamental raramente é gratuita. A entidade ganha efetivamente essa receita quando cumpre as regras das subvenções e cumpre determinadas obrigações. A subvenção, dessa forma, deve ser reconhecida como receita na demonstração do resultado nos períodos ao longo dos quais a entidade reconhece os custos relacionados à subvenção que são objeto de compensação;
c. assim como os tributos são despesas reconhecidas na demonstração do resultado, é lógico registrar a subvenção governamental que é, em essência, uma extensão da política fiscal, como receita na demonstração do resultado.

Durante anos, a distinção da subvenção de custeio e de investimento era de grande relevância.

Subvenções para investimento, nos termos da PN CST 112/78, são transferências de recursos para uma pessoa jurídica com a finalidade de auxiliá-la na aplicação em bens ou direitos para implantar ou ex-

pandir empreendimentos econômicos. São direcionadas para a expansão da empresa para implementar o parque industrial e também para o desenvolvimento de novas atividades econômicas. Exemplo típico são os créditos presumidos de ICMS concedidos como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos.

Por sua vez, subvenções correntes para custeio, são transferências de recursos para uma pessoa jurídica com a finalidade de auxiliá-la a fazer face ao seu conjunto de despesas.

Enquanto as subvenções de custeio sempre foram tributadas sem restrições pelas autoridades fiscais, a não tributação das subvenções de investimento estava condicionada ao cumprimento de requisitos específicos que limitavam significativamente sua utilização.

As normativas pertinentes para estes requisitos incluem o Decreto-Lei nº 1.598/1977 e a Lei n. 6.404/1976, que abordam a tributação das subvenções, assim como o art. 18º da Lei 11.941/2009 que estabeleceu as regras de aplicação do Regime Tributário de Transição (RTT) para as subvenções para investimento, o qual foi posteriormente revogado pela Lei 12.973/14.

Em relação a Lei 11.941/2009, enquanto seu art. 18 disciplinava as condições para a exclusão das subvenções da apuração do lucro real, o seu art. 21 destaca que as subvenções de que trata o art. 18. poderiam ser excluídas da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Esses dispositivos foram revogados quando da publicação da Lei n. 12.973/2014, que trouxe em seu art. 30 diversos requisitos para as subvenções de investimento não serem computadas na apuração do lucro real.

Especificamente em relação ao PIS e COFINS, a Lei nº 12.973/2014 também introduziu os incisos X e IX nos arts. 1º, § 3º, das Leis 10.637/2002 e 10.833/03 para dizer que as subvenções para investimento não integravam as bases de cálculo de PIS/COFINS.

A distinção entre subvenção para custeio e investimento, no entanto, perdeu sua relevância com a promulgação da Lei Complementar n. 160 de 2017, cujo objetivo maior era reduzir a famigerada guerra fiscal do ICMS.

Com a referida Lei Complementar, o art. 30 da Lei n. 12.973 de 2014 foi alterado, estabelecendo que todas as subvenções de ICMS concedidas pelos Estados e pelo Distrito Federal deveriam ser tratadas como destinadas a investimento.

Assim, a partir da Lei Complementar nº 160/17 toda e qualquer subvenção seria conceituada necessariamente como de investimento, devendo, para serem excluídas da base de cálculo do IPRJ e CSLL, cumprir os requisitos do art. 30 da Lei n. 12.973/14.

Já em relação ao caso da Contribuição ao PIS e COFINS, as subvenções poderiam ser excluídas das suas bases de cálculo[3] por expressa previsão legal, remanescendo uma discussão quanto a necessidade de reserva de lucros a que se refere o art. 195-A da Lei nº 6.404/76, por ausência de previsão legal para tanto.

Essa era a situação do tratamento das subvenções antes da nova sistemática de tributação implementada pela União através da Lei 14.789, de 29 de dezembro de 2023. A partir da nova legislação, a regra estabelecida é de tributação plena das subvenções por IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, com a concessão de um crédito fiscal parcial de 25%.

Ocorre, entretanto, que apesar das modificações legislativas no tempo, existe forte jurisprudência do CARF, do C. Superior Tribunal de Justiça e do E. Supremo Tribunal Federal no sentido de que as aludidas subvenções não seriam receitas para fins de incidência das referidas contribuições, de forma que a sua manutenção violaria a materialidade de tais tributos e o pacto federativo.

O PIS e a COFINS são contribuições cuja base de cálculo é a receita bruta ou o faturamento, conforme o disposto no art. 195, I, "*b*", da CRFB/1988:

Como é cediço, para fins de incidência da contribuição ao PIS e da COFINS, somente constitui receita ou faturamento o efetivo benefício econômico de aumento nos ativos ou diminuição nos passivos, e aquele benefício que decorra da atividade empresarial – venda de produtos ou serviços.

A partir dessa premissa, para ser considerada receita, a quantia precisa proporcionar benefícios econômicos reais, isto é: fixar-se definitivamente ao patrimônio do contribuinte.

Do ponto de vista contábil, as subvenções configuram receitas das pessoas jurídicas. Isto porque, pelo enfoque das ciências contábeis,

3 *Vide* inciso X do § 3º do art. 1º da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002 e inciso IX do § 3º do art. 1º da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003.

"*receitas são os aumentos nos ativos ou reduções nos passivos que aumentam o patrimônio líquido e que não advêm de contribuições dos sócios*"[4].

Contudo, em que pese sejam ciências correlatas, o conceito constitucional de receita (jurídico) não está vinculado ao conceito contábil.

A Suprema Corte já se manifestou a esse respeito no RE 606.107/RS (Tema 283) que tratou da incidência do PIS e da COFINS não-cumulativos sobre valores recebidos a título de transferência de ICMS, de relatoria da Min. Rosa Weber, a partir do qual ficou consignado que: *"O conceito de receita, acolhido pelo art. 195, I, "b", da Constituição Federal, não se confunde com o conceito contábil. (…) Sob o específico prisma constitucional, receita bruta pode ser definida como o ingresso financeiro que se integra no patrimônio na condição de elemento novo e positivo, sem reservas ou condições"*[5].

Quanto ao conceito de faturamento, há muito se encontra consolidado pela jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal (STF) que "faturamento" é sinônimo de "receita bruta" e ambos significam a receita decorrente de negócios jurídicos celebrados pelos contribuintes (como a venda de mercadorias e a prestação de serviços), consubstanciando aquilo que é recebido pela pessoa em contrapartida pela realização daquele tipo operação[6].

Conclui-se, portanto, que sob o específico prisma constitucional (jurídico), a receita bruta deve ser definida como o ingresso financeiro que se integra no patrimônio na condição de elemento novo e positivo, sem reservas ou condições.

Nesta seara, rememore-se o ensino do saudoso Professor Aliomar Baleeiro[7]:

---

4 4.68 Receitas são aumentos nos ativos, ou reduções nos passivos, que resultam em aumentos no patrimônio líquido, exceto aqueles referentes a contribuições de detentores de direitos sobre o patrimônio. (CPC 00(R2) – Estrutura conceitual para relatório financeiro, Data Aprovação 1/11/19, Data Divulgação 10/12/19) Disponível em https://www.cpc.org.br/CPC/Documentos- Emitidos/Pronunciamentos/Pronunciamento?Id=80. Consulta em 29/04/24.

5 RE 606.107, rel. min. Rosa Weber, Pleno, j. 22.5.13, DJe-231 22.11.13 e p. 25.11.13.

6 STF, Pleno, RE nº 346.084, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 01.09.2006.

7 BALEEIRO, Aliomar; MACHADO SEGUNDO, Hugo Brito. Uma introdução à ciência das finanças. 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

> *Receita pública é a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem acrescer o seu vulto, como elemento novo e positivo.*

Já nas palavras de Ricardo Mariz de Oliveira, a receita se traduz como como qualquer ingresso que se incorpore positivamente ao patrimônio. Veja-se:

> "*Destarte, entendo que o conceito de receita não é um conceito contábil, mas, sim, um conceito jurídico, que assim se resume: (i) Receita é algo novo, que se incorpora a um determinado patrimônio (…); (ii) Por conseguinte, a receita é um "plus jurídico" que se agrega ao patrimônio, ainda que o ato do qual ela seja parte não acarrete aumento patrimonial, ou mesmo que acarrete redução patrimonial; por isso, é mais apropriado dizer que receita agrega um elemento positivo ao patrimônio; e (iii) Receita é um novo direito (…) de qualquer natureza e de qualquer origem, produzido por qualquer causa ou fonte eficiente, desde que pertencente ao próprio patrimônio, e que não acarrete para o seu adquirente qualquer nova obrigação*"[8].

É importante lembrar que o Supremo Tribunal Federal, durante o julgamento do emblemático RE n. 574.706/PR, tratando da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, posicionou-se no entendimento de que tributos, mesmo que passem pelo caixa da empresa, não se qualificam como receita para fins tributários.

Nesse sentido, ao nosso sentir, deve-se aplicar às subvenções o mesmo racional, pois são outorgadas no contexto de incentivo fiscal, por se tratar de renúncia fiscal dos Entes Federativos concedentes, no âmbito de suas políticas econômico-sociais, cuja tributação por Ente Federativo diverso não se pode admitir.

Por essas razões, à luz dos conceitos constitucionais e legais de "faturamento", "receita" ou "receita bruta" já definidos pelo E. STF, pode-se concluir que as subvenções de ICMS não são um "*ingresso financeiro que se integra no patrimônio na condição de elemento novo e positivo*" revelador de capacidade contributiva e, logo, não podem sofrer a incidência do PIS e da COFINS.

Nesse sentido, vale o destaque do entendimento firmado pelo C. STJ no EREsp 1.517.492/PR, que julgou indevida a tributação pelo IRPJ e

8 OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. A problemática das receitas de terceiros perante as bases de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, In "Direito Tributário Atual, vol. 17, coedição do Instituto Brasileiro de Direito Tributário e da Editora Dialética.

CSLL das subvenções de investimento concedidas por meio de crédito presumido, por violação ao pacto federativo. Veja-se:

> *TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ICMS. **CRÉDITOS PRESUMIDOS CONCEDIDOS A TÍTULO DE INCENTIVO FISCAL. INCLUSÃO NAS BASES DE CÁLCULO DO IMPOSTO SOBRE A Rrenda DA PESSOA JURÍDICA - IRPJ E DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL. INVIABILIDADE**. PRETENSÃO FUNDADA EM ATOS INFRALEGAIS. **INTERFERÊNCIA DA UNIÃO NA POLÍTICA FISCAL ADOTADA POR ESTADO-MEMBRO**. **OFENSA AO PRINCÍPIO FEDERATIVO E À SEGURANÇA JURÍDICA**. BASE DE CÁLCULO. OBSERVÂNCIA DOS ELEMENTOS QUE LHES SÃO PRÓPRIOS. RELEVÂNCIA DE ESTÍMULO FISCAL OUTORGADO POR ENTE DA FEDERAÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO FEDERATIVO. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE ASSENTADA EM REPERCUSSÃO GERAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE N. 574.706/PR). AXIOLOGIA DA RATIO DECIDENDI APLICÁVEL À ESPÉCIE. **CRÉDITOS PRESUMIDOS. PRETENSÃO DE CARACTERIZAÇÃO COMO RENDA OU LUCRO. IMPOSSIBILIDADE**.*
>
> *I – Controverte-se acerca da possibilidade de inclusão de crédito presumido de ICMS nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. (…)*
>
> *III – **Ao considerar tal crédito como lucro, o entendimento manifestado pelo acórdão paradigma, da 2a Turma, sufraga, em última análise, a possibilidade de a União retirar, por via oblíqua, o incentivo fiscal que o Estado-membro, no exercício de sua competência tributária, outorgou**. (…)*
>
> *VIII – **A concessão de incentivo por ente federado, observados os requisitos legais, configura instrumento legítimo de política fiscal para materialização da autonomia consagrada pelo modelo federativo**. Embora represente renúncia a parcela da arrecadação, pretende-se, dessa forma, facilitar o atendimento a um plexo de interesses estratégicos para a unidade federativa, associados às prioridades e às necessidades locais coletivas.*
>
> *IX – A tributação pela União de valores correspondentes a incentivo fiscal estimula competição indireta com o Estado-membro, em desapreço à cooperação e à igualdade, pedras de toque da Federação. (…)*
>
> *XI – **Não está em xeque a competência da União para tributar a renda ou o lucro, mas, sim, a irradiação de efeitos indesejados do seu exercício sobre a autonomia da atividade tributante de pessoa política diversa, em desarmonia com valores éticos-constitucionais inerentes à organicidade do princípio federativo**, e em atrito com o princípio da subsidiariedade, que reveste e protege a autonomia dos entes federados. (…)*
>
> *XIII – **A base de cálculo do tributo haverá sempre de guardar pertinência com aquilo que pretende medir, não podendo conter aspectos estranhos, é dizer, absolutamente impertinentes à própria materialidade contida na hipótese de incidência**. (…)*
>
> *XV – **O STF, ao julgar, em regime de repercussão geral, o RE n. 574.706/PR, assentou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cál-***

> ***culo do PIS e da COFINS, sob o entendimento segundo o qual o valor de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, constituindo mero ingresso de caixa, cujo destino final são os cofres públicos. Axiologia da ratio decidendi que afasta, com ainda mais razão, a pretensão de caracterização, como renda ou lucro, de créditos presumidos outorgados no contexto de incentivo fiscal***.
> *XVI – Embargos de Divergência desprovidos.*[9] *(grifos nossos).*

Ainda que o referido julgamento tenha sido para afastar a tributação dos créditos presumidos tão somente do IRPJ e CSLL, tal precedente é perfeitamente aplicável também ao caso do PIS e da COFINS, em razão da *ratio decidendi* de violação ao pacto federativo contida no EREsp 1.517.492/PR.

É como entende o STJ em sua jurisprudência reiterada, senão, vejamos:

> "*PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS. EXCLUSÃO DA BASEDE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL. INCENTIVO FISCAL. NATUREZA JURÍDICA DIVERSA DE RECEITA OU FATURAMENTO. IRRELEVÂNCIA DA CLASSIFICAÇÃO DOS CRÉDITOS PRESUMIDOS. PRECEDENTES DO STJ. NÃO CONHECIMENTO DE ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO STF, CONFORME ART. 102, III, DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. DECISÃO DO TRIBUNAL A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ.*
> *I - Na origem, trata-se de mandado de segurança em que a impetrante objetiva o provimento jurisdicional para assegurar o seu direito de excluir da base de cálculo do IRPJ e da CSLL os incentivos e benefícios fiscais de ICMS. Na sentença, a segurança foi garantida.*
> *No Tribunal a quo, a sentença foi mantida.*
> *(…)*
> *IV - No mérito, a decisão proferida pelo Tribunal de origem, de que a exclusão da base de cálculo do IRPJ e CSLL de créditos presumidos de ICMS prescinde de qualquer tipo de limitação ou classificação financeira ou econômica, vai ao encontro da jurisprudência do STJ.*
> *V* ***- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o crédito presumido de ICMS não integra a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, bem como do PIS e da Cofins, observado que tal crédito não caracteriza, a rigor, acréscimo de faturamento capaz de repercutir na base de cálculo da contribuição. Verifica-se ainda que a inclusão do referido crédito, na base de cálculo dos referidos tributos, acaba por violar o pacto federativo, pois a medida impõe uma limitação na eficácia de benefícios fiscais concedidos pelos estados. Nesse sentido: EREsp 1.517.492/PR****, relator Ministro Og Fernandes, relatora p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 8/11/2017, DJe 1º/2/2018; (…)*

9 EREsp 1.517.492/PR, rel. min. Og Fernandes, relatora para acórdão Min. Regina Helena Costa, 1a Seção, j. 8.11.17, DJe 1.2.18.

VI - Agravo interno improvido[10].
TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ***CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. IMPOSSIBILIDADE****. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. INADEQUADA AO CASO CONCRETO.*
I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.
II - ***Os valores provenientes do crédito presumido de ICMS não ostentam natureza de receita ou faturamento, mas mera recuperação de custos na forma de incentivo fiscal concedido pelo governo para desoneração das operações, não integrando, portanto, a base de cálculo da contribuição ao PIS e a COFINS****.*
(…)
IV - Agravo Interno improvido[11]*. (Grifo nosso).*

Conclui-se, portanto, que o entendimento do C. STJ foi firmado no sentido de que a inclusão do crédito presumido de ICMS nas bases de cálculos da Contribuição ao PIS e COFINS viola o pacto federativo, sendo irrelevante o enquadramento do referido incentivo como "subvenção para investimento" ou mesmo o cumprimento de quaisquer outros requisitos previstos na legislação.

Neste contexto, há forte entendimento de que a edição da Lei nº 14.789/2023 não superou o entendimento firmado pelo STJ no EREsp 1.517.492/PR e no Tema 1.182 dos Recursos Repetitivos.

Em relação à Contribuição para o PIS/Pasep e COFINS, e anteriormente à produção de efeitos da Lei n. 14.789, de 29 de dezembro de 2023, a Receita Federal estabeleceu na Solução de Consulta Cosit nº 169, de 27 de setembro de 2021 o seu entendimento quanto aos cumprimentos dos requisitos do art. 30 da Lei n. 12.973 de 2014 para a exclusão das subvenções de investimento da base de cálculo do PIS/COFINS:

Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins
As subvenções para investimentos, inclusive mediante isenção ou redução de impostos, podem ser excluídas da base de cálculo da Cofins nos termos do art. 1º, § 3º, IX, da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003*.* ***Para tal, deve-se observar a necessidade de que a subvenção tenha sido***

10 AgInt no AREsp n. 1.898.565/RS, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 28/3/2022, DJe de 31/3/2022.

11 AgInt no REsp n. 1.969.318/CE, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 16/5/2022, DJe de 19/5/2022.)

> ***concedida como estímulo à implantação* ou expansão de *empreendimento econômico de que trata o art. 30 da Lei nº 12.973, de 2014***. *Contudo, neste caso,* ***não há dispositivo legal que vincule tal exclusão ao registro das subvenções em reservas de incentivos fiscais*** *(reserva de lucros a que se refere o art. 195-A da Lei nº 6.404, de 1976). (…)*
>
> *Contribuição para o PIS/Pasep*
>
> *As subvenções para investimentos, inclusive mediante isenção ou redução de impostos,* ***podem ser excluídas da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep nos termos do art. 1º, § 3º, X, da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002. Para tal, deve-se observar a necessidade de que a subvenção tenha sido concedida como estímulo à implantação ou expansão de empreendimento econômico de que trata o art. 30 da Lei nº 12.973, de 2014***. *Contudo, neste caso, não há dispositivo legal que vincule tal exclusão ao registro das subvenções em reservas de incentivos fiscais (reserva de lucros a que se refere o art. 195-A da Lei nº 6.404, de 1976).*

Tal entendimento foi reforçado com a Solução de Consulta Cosit nº 253 de 25 de outubro de 2023, que seguiu o mesmo raciocínio de ser necessário, para a exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS, o cumprimento dos requisitos do art. 30 da Lei nº 12.973/14, exceto quanto à necessidade de registro das subvenções em reservas de incentivos fiscais (reserva de lucros a que se refere o art. 195-A da Lei nº 6.404, de 1976[12]).

Assim, segundo o entendimento da Receita Federal, para ser caracterizado como Subvenção para Investimentos, para fins de exclusão da base de cálculo do PIS/COFINS, os referidos benefícios deveriam:

i. ser concedidas como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos;
ii. ser publicados pelo Estado subvencionador, em seus respectivos diários oficiais, da relação com a identificação de todos os atos normativos relativos às isenções, aos incentivos e aos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais; e
iii. ser registrados em documentação comprobatória correspondente aos atos concessivos das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais na Secretaria Executiva do CONFAZ.

---

12 Art. 195-A. A assembleia geral poderá, por proposta dos órgãos de administração, destinar para a reserva de incentivos fiscais a parcela do lucro líquido decorrente de doações ou subvenções governamentais para investimentos, que poderá ser excluída da base de cálculo do dividendo obrigatório (inciso I do caput do art. 202 desta Lei).

No âmbito do CARF, a jurisprudência tem oscilado quanto ao cumprimento dos requisitos do art. 30 da Lei n. 12.973/14 para a exclusão das subvenções de investimento da base de cálculo do PIS e COFINS.

Toma-se como exemplo o acórdão nº 3301-009.571 de janeiro de 2021 de relatoria do Conselheiro Salvador Cândido, o qual consignou que, nos termos da Lei Complementar nº 160/2017, desde que atendido os seus requisitos, todos os incentivos fiscais de ICMS representam subvenção para investimento, não configurando receita e, por isso, não integrando a base de cálculo das contribuições. Veja-se:

> ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)
> INCENTIVO DE ICMS. SUBVENÇÃO PARA INVESTIMENTO. COFINS. NÃO INCIDÊNCIA
> Os incentivos fiscais de ICMS concedidos pelos Estados ou Distrito Federal sob a forma de subvenção para investimento não podem ser incluídas na base de cálculo da contribuição por não configurar receita tributável.
> Ademais, nos termos da Lei Complementar nº 160/2017, desde que atendido seus requisitos, todos os incentivos fiscais de ICMS representam subvenção para investimento, não configurando receita e, por isso, não integrando a base de cálculo das contribuições.
> ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP
> INCENTIVO DE ICMS. SUBVENÇÃO PARA INVESTIMENTO. PIS. NÃO INCIDÊNCIA
> Os incentivos fiscais de ICMS concedidos pelos Estados ou Distrito Federal sob a forma de subvenção para investimento não podem ser incluídas na base de cálculo da contribuição por não configurar receita tributável.
> Ademais, nos termos da Lei Complementar nº 160/2017, desde que atendido seus requisitos, todos os incentivos fiscais de ICMS representam subvenção para investimento, não configurando receita e, por isso, não integrando a base de cálculo das contribuições.(Número do Processo 13116.722113/2015-07, acórdão 3301-009.571, Relator SALVADOR CANDIDO BRANDAO JUNIOR, Sessão realizada em 27/01/2021 e publicado em 01/03/2021).

Além disso, no acórdão nº 3402-008.487 de maio de 2021, de relatoria da Conselheira Maysa Deligne, foi decidido que o benefício fiscal decorrente de crédito presumido do ICMS, concedido pelo Estado da Bahia, não configura receita ou faturamento das empresas beneficiadas do regime, tratando-se de verdadeiras reduções de custos.

> *ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS) Período de apuração: 31/01/2005 a 31/12/2007*
> *CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS DECORRENTE DE INCENTIVO FISCAL CONCEDIDO PELOS ESTADOS E PELO DISTRITO FEDERAL NÃO OSTENTA NATU-*

REZA JURÍDICA DE RECEITA OU FATURAMENTO, MAS DE RECUPERAÇÃO DE CUSTOS OU DESPESAS. Benefício fiscal decorrente de ***crédito presumido*** *do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação ICMS, concedido pelo Estado da Bahia* ***não configura receita ou faturamento das empresas beneficiadas do regime****.*

PIS/COFINS. REGIME NÃO CUMULATIVO. BENEFÍCIO FISCAL DECORRENTE DE CRÉDITO PRESUMIDO DO ICMS. NÃO INCIDÊNCIA. ***Não incide o PIS e a Cofins apurada no regime não cumulativo sobre crédito presumido do ICMS, denominado de subvenção governamental, pois não configura receita ou faturamento, mas recuperação de custo ou despesa da pessoa jurídica.***

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP Período de apuração: 31/01/2005 a 31/12/2007

PIS E COFINS. MESMA BASE FÁTICA. Uma vez que os lançamentos de PIS e COFINS recaem sobre a mesma base fática, há de ser dada a mesma decisão, inexistentes no caso quaisquer aspectos específicos inerentes à legislação de cada tributo.

(Numero do processo: 13502.000950/2009-71, Acórdão n. 3402-008.487, Turma: Segunda Turma Ordinária da Quarta Câmara da Terceira Seção, Relatora Maysa de Sá Pittondo Deligne, Sessão realizada em 27/05/2021 e acórdão publicado em 25/06/2021).

Perceba-se que, diferentemente do acórdão nº 3301-009.571, no acórdão citado acima, a relatora entendeu descabida a análise dos requisitos da LC 160/17 para fins de exclusão da subvenção de investimento da base de cálculo do PIS e da COFINS, já que se tratava de crédito presumido e o entendimento do C. STJ já era suficiente para afastar a cobrança (pacto federativo).

Neste mesmo sentido, é o preciso acórdão nº 3401-012.295, proferido por unanimidade de votos da 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, do CARF. Vejamos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

Período de apuração: 01/01/2013 a 31/12/2013

PIS/COFINS. NÃO-CUMULATIVO. BASE DE CÁLCULO. INCENTIVO FISCAL ESTATAL. CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS.

Não integram a base de cálculo do PIS/Pasep e da COFINS não-cumulativos os valores relativos aos incentivos fiscais concedidos pelo Estados ou Distrito Federal à pessoa jurídica, sob a forma de crédito presumido de ICMS, por não se enquadrarem no conceito de faturamento ou receita bruta.

Em seu voto, o Ilmo. Conselheiro Renan Gomes Rego assim fundamentou a decisão:

(…)

Esse entendimento invocado pela Fiscalização, contudo, já foi enfrentado e afastado por este Egrégio Conselho Administrativo em outras oportunidades, com base nos posicionamentos deste Tribunal Administrativo, do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça – STJ sobre o tema. Entende-se que os créditos presumidos de ICMS concedidos nos programas estatais de incentivo ao investimento não representam receitas tributáveis pelo PIS e pela COFINS por não possuírem natureza jurídica de receita, tratando-se de verdadeiras reduções de custos.

Nessa linha relacional, considerando que os créditos decorrentes de subvenção não integram o conceito de receita, afastando a incidência do PIS/Pasep e da COFINS na sistemática da não-cumulatividade, citam-se inúmeros julgamentos deste Conselho (a exemplo os recentes Acórdãos 9303006541 e 9303006.606 CSRF da Lavra da Ilustre Conselheira Vanessa Marini Cecconello e Acórdãos 9101-00.566, 3201002.638, 3402-003.042, 3301-002.970 e 3402-002.904, 1302-002.303). Assim como ainda transcrevo a ementa de outros:

(…)

Assim, o incentivo fiscal concedido pelo Estado do Mato Grosso do Sul, na forma de crédito presumido de ICMS, não pode ser considerado como faturamento, pois não se constitui em uma receita da pessoa jurídica. Conclusão lógica é que não pode integrar a base de cálculo da COFINS não-cumulativa. Confirmando a não inclusão dos créditos presumidos de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS não-cumulativo, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se no sentido de que o crédito presumido deve ser sempre entendido como redutor de custos e não como efetivo ingressos de receitas. Ilustram precedentes da Primeira e da Segunda Turmas da Primeira Seção daquela Corte:

(…)

A afirmação encontra lastro no entendimento do Supremo Tribunal Federal consignado em julgamento proferido nos autos do Recurso Extraordinário nº 606.107/RS, que tratou da incidência de PIS e COFINS sobre a transferência de saldos credores de ICMS, no sentido de que o conceito constitucional de receita bruta implica em um ingresso financeiro que se integra no patrimônio na condição de elemento novo e positivo, sem reservas ou condições. Em razão do entendimento externado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, esvazia-se a discussão sobre a correta classificação contábil do referido crédito de ICMS (subvenção para custeio, para investimento, recuperação de custo ou de despesa). Importa a transcrição da ementa do julgado: (…)

Por fim, é importante destacar que o entendimento acima não se restringe aos créditos presumidos de ICMS, e deve ser aplicado, para fins de PIS e COFINS sobre todas as receitas de subvenção, inclusive as subvenções contabilizadas em razão de leis federais.

Como já demonstrado, a análise da tributação pelo PIS e pela COFINS passa necessariamente pelo conceito constitucional de receita, inclusive sobre a disponibilidade dos valores recebidos.

Nesse sentido, assim decidiu a brilhante Conselheira Laura Baptista Borges, no acórdão nº 3101-003.944:

> *"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins*
> *Ano-calendário: 2018*
> *(...)*
> *BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO.*
> *Os reembolsos recebidos via Conta de Desenvolvimento Energético – CDE não compõem a base de cálculo da contribuição, pois não se enquadram no conceito de receita, mas sim recuperação de custos."*

Em seu preciso voto, a Ilma. Conselheira assim afirma:

> *"(...). Assim, com relação à base de cálculo do PIS/COFINS, considero necessária a avaliação do fato gerador do recebimento de valores vinculados ao exercício da sua atividade empresarial/econômica e um efetivo ganho, o que não se pode confundir com a recomposição de um custo que deve ser suportado por outros agentes do setor e não pela Recorrente.*
> *No caso concreto, não há, portanto, ingresso que de fato se incorpore ao patrimônio da Recorrente, já que os valores recebidos via CDE são repassados à indústria carbonífera nacional, nos termos da Lei n.° 10.438/2002, tal como visto no tópico anterior.*
> *Por imposição legal, a Recorrente tem que adquirir carvão mineral nacional e, tal como orientação da ANEEL, os valores recebidos via CDE são realizados e devem ser contabilizados a fim de neutralizar a operação com esse custo, ante a previsão de reembolso.*
> *(...)*
> *Concordando com as razões acima, entendo que os valores recebidos via CDE não podem ser caracterizados como "receita".*
> *No acórdão do Tema n.° 69 do STF, no que se refere o Recurso Extraordinário n.° 574.706/PR, restou bem-posicionado que o conceito de receita bruta é ingresso financeiro que se integra no patrimônio na condição de elemento novo e positivo, sem reservas ou condições.*
> *No caso dos autos, os valores recebidos via CDE são repassados para cumprir imposição legal do setor, conforme critérios fixados pela ANEEL, que se caracterizam, assim, como mera recomposição, a fim de neutralizar os efeitos do adiantamento pelo custo com o carvão nacional".*

Diante do exposto, pelo que se observa do entendimento exposto na jurisprudência do CARF e dos tribunais superiores, o conceito contábil de receita não se confunde com o seu conceito jurídico e, portanto, só devem ser oferecidos à tributação do PIS e da COFINS, os valores que representem ingresso financeiro que se integra no patrimônio

das entidades, na condição de elemento novo e positivo, sem reservas ou condições.

O advento da Lei nº 14.789/2023, apesar de suas inovações legislativas, não alterou o entendimento acerca do conceito de faturamento e receita, nem trouxe novos critérios ou dispositivos capazes de modificar sua essência. Assim, não há respaldo jurídico-legislativo para sustentar a tributação de subvenções pelo PIS e a COFINS, uma vez que essas não integram a receita bruta para fins de incidência desses tributos, permanecendo, portanto, alheias à base de cálculo prevista na legislação vigente.

EMPRESA-VEÍCULO E ÁGIO

GUSTAVO FOSSATI

Pós-Doutor e Doutor em Direito Tributário pela Universidade de Münster, Alemanha, 2013, com bolsa de estudos concedida pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Aprovado com a nota máxima summa cum laude. Láurea acadêmica de doutorado recebida em 2013. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Especialista em Direito Tributário pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Professor da graduação em Direito e membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito da Regulação da FGV Direito Rio. Professor convidado dos cursos de LL.M. em Direito do FGV Rio Law Program. Professor pesquisador do Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE). Conselheiro da 1ª Seção do CARF.

CRISTIANE MCNAUGHTON

Mestre e Doutora em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela USP. Professora. Conselheira da 1ª Seção do CARF.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A tese do "real adquirente"; 3. Análise crítica da tese do real adquirente; 4. Da inexistência de ancoramento legal do propósito negocial; 5. Conclusões

1. INTRODUÇÃO

Esta abordagem tem por intuito tratar do problema da chamada "empresa-veículo" e suas implicações para fins do aproveitamento fiscal do ágio, em especial no que se refere ao Imposto Sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e à Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido – CSLL.

Como se sabe, o uso de empresa-veículo em operações que geram o chamado "goodwill" aproveitado fiscalmente pelo sujeito passivo é fortemente rechaçado pelo Fisco, sob a alegação de que a "empresa-veículo" não é a real destinatária do investimento adquirido.

Por outro lado, os contribuintes sustentam que o uso de empresa-veículo não é coibido por lei e sustentam o direito de se aproveitar do ágio mesmo nas hipóteses em que a veículo é utilizada.

Nesse contexto, o intuito desse artigo é refletir sobre tais aspectos.

2. A TESE DO "REAL ADQUIRENTE"

Vamos construir, nesse tópico, a tese do real adquirente para que possamos, oportunamente, sobre ela refletir. De onde ela pode partir?

Observemos, incialmente, a previsão do artigo 7º da Lei n. 9.532/97 e do artigo 25 da Lei n. 12.973/14, atualmente, vigente, e vejamos sua redação:

> **Lei n. 9.532/97**
> Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)
> III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "*b* " do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados em até dez anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração;
> **Lei n. 12.973/14**
> Art. 22. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detinha participação societária adquirida com ágio por rentabilidade futura (goodwill) decorrente da aquisição de participação societária entre partes não dependentes, apurado segundo o disposto no inciso III do caput do art. 20 do Decreto-Lei nº

> 1.598, de 26 de dezembro de 1977 , poderá excluir para fins de apuração do lucro real dos períodos de apuração subsequentes o saldo do referido ágio existente na contabilidade na data da aquisição da participação societária, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração. (Vigência)
> § 1º O contribuinte não poderá utilizar o disposto neste artigo, quando:
> I - o laudo a que se refere o § 3º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, não for elaborado e tempestivamente protocolado ou registrado;
> II - os valores que compõem o saldo do ágio por rentabilidade futura (goodwill) não puderem ser identificados em decorrência da não observância do disposto no § 3º do art. 37 ou no § 1º do art. 39 desta Lei.
> § 2º O laudo de que trata o inciso I do § 1º será desconsiderado na hipótese em que os dados nele constantes apresentem comprovadamente vícios ou incorreções de caráter relevante.
> § 3º A vedação prevista no inciso I do § 1º não se aplica para participações societárias adquiridas até 31 de dezembro de 2013, para os optantes conforme o art. 75, ou até 31 de dezembro de 2014, para os não optantes.

Em breve síntese, nos dois artigos acima, nota-se que a pessoa jurídica que "adquire" participação societária com ágio poderá se aproveitar dos efeitos do "goodwill" após a absorção do patrimônio da investidora e investida.

Nesse contexto, a tese do real adquirente vai sustentar que apenas a pessoa jurídica "adquirente" – e não uma terceira – pode se aproveitar dos efeitos do ágio.

De tais premissas, infere-se que interpostas pessoas que não são consideradas as "reais adquirentes" – por não serem titular a priori dos recursos financeiros e receberem as quantias de modo efêmero antes da operação – não poderiam, portanto, se aproveitar do ágio.

Vamos examinar, adiante, uma análise crítica sobre tal postura interpretativa.

3. ANÁLISE CRÍTICA DA TESE DO REAL ADQUIRENTE

Na ADI 2446, o Supremo Tribunal Federal afastou a tese da inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional. No voto da Excelentíssima Ministra Carmen Lúcia sustenta-se que o dispositivo seria, digamos assim, uma norma antievasiva. Do voto, também se depreende a viabilidade do particular se auto-organizar do modo menos oneroso, observados os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Voltemos os nossos olhos ao mundo fenomênico. As denominadas *holdings* são frequentemente criadas dentro do escopo de determinado investimento, especialmente naqueles de elevado valor e risco patrimonial, seguindo uma prática há muito consolidada no mercado em geral.

A *interposição* de outras sociedades, entre a sociedade *inicial* e a sociedade *alvo do investimento*, é *prática reiterada* em operações societárias desse tipo, as quais envolvem substanciais valores e elevado risco para as partes envolvidas. Não apenas o risco de insucesso do investimento está em jogo, mas igualmente o risco de vulnerabilidade do patrimônio do investidor e dos seus sócios.

É comum encontrarmos estruturas em que o capital parte do investidor (C), mas segue um fluxo, no qual a pessoa jurídica *interposta* e *criada especialmente para a operação*, passa a *concentrar o capital* e, ato contínuo, realiza a operação de investimento em si, participando diretamente da aquisição das ações e, posteriormente, da incorporação. Há uma série de *razões de natureza societária* e de *proteção patrimonial* aqui pressupostas, de modo a *justificar* plenamente operações desse tipo, sem que sequer precisemos adentrar na presença ou ausência de *propósito exclusivo de economia tributária*.

Esses casos podem envolver uma série de variáveis como:

a. se as aquisições ocorrem entre partes não relacionadas;
b. se há efetivo pagamento de preço;
c. se houve tributação do ganho de capital pelos vendedores;
d. se há fundamentação econômica lastreada por levantamentos prévios à aquisição, que foram confirmados por laudo de avaliação econômica de consultoria independente e especializada (ponto que não foi questionado pela fiscalização);

Além disso, diferentes casos podem envolver, ou não, claros *propósitos negociais* não tributários que justificaram a aquisição.

Pois bem. Diante de tantas variáveis, dizer que aprioristicamente a detentora do capital é a "real adquirente", independentemente de qualquer situação ou parâmetro que possa contextualizar as transações não nos parece possível.

Ora, se pessoa jurídica A transmite recursos financeiros a pessoa jurídica B e esta aquire participação societária em C, quem adquire "C" é B, não "A". Ela é a titular jurídica da participação societária e não poderá transmitir a "A" sem os procedimentos jurídicos previstos pelo

sistema – por exemplo, se houver redução de capital há diversos trâmites a serem observados,

Para se dizer que a titular de "C" é "A" e não "B", torna-se necessário comprovar que houve simulação. Mas, a comprovação da simulação é ônus de quem alega. Não se pode presumir a interposição simulatória de terceiro; ponderamos que o artigo 9º do Decreto n. 70.235/72 prescreve o seguinte:

> Art. 9º, A exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada tributo ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.

O auto de infração, portanto, não se exime de comprovar o que alega. E a demonstração de que a "veículo" é utilizada de modo simulado não se esquiva dessa vertente.

Portanto, entendemos que a desconsideração automática do qualificador de "real adquirente" à empresa veículo sem uma análise, digamos assim, específica e sem uma demonstração, por parte do Fisco, que houve simulação, não deveria ser admissível.

Agora bem, o direito do particular de adquirir participação societária por A, B, ou C é decorrente da livre inciativa. Não deveria o Estado intervir em tais opções, especialmente, quando não existe nenhuma norma que proíba a transferência de valores para a aquisição de outras pessoas jurídicas.

Apontamos, ainda, que examinamos, até o momento, a questão sob a ótica da simulação. Poderíamos, porém refletir se a tese do real adquirente não poderia ser examinada, não pela clássica dicotomia "simulou ou não", mas a partir de um enfoque mais contemporâneo, se houve o tal "planejamento tributário abusivo".

Gostaríamos de acrescentar, sobre esse ponto, que a acusação de prática de planejamento tributário abusivo implica uma rotulagem importada acriticamente do direito europeu, notadamente inspirado pela jurisprudência da Corte Europeia de Justiça. O entendimento dessa corte, em apertada síntese, se baseia na legislação tributária comunitária europeia, cuja moldura geral deve ser respeitada pelo legislador tributário dos países membros da União Europeia. A partir dessa moldura, os Estados-Membros, entre eles a Alemanha, elaboraram cláusulas gerais anti-abuso, internalizando nas respectivas legislações a figura

do abuso de direito ou abuso de formas (*Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten*, conforme § 42 do Código Tributário alemão - *Abgabenordnung* (AO)) nas respectivas legislações tributárias.

Para se manter fiel ao exemplo dado acima, o § 42 do código alemão, ao contrário da legislação tributária brasileira, prevê expressamente a figura do *abuso de formas jurídicas* e a respectiva consequência jurídica, uma vez verificada a sua ocorrência:

> § 42 Abuso de formas jurídicas
> (1) Mediante abuso de formas jurídicas, a lei tributária não pode ser elidida. Se a hipótese de incidência tributária for preenchida em uma lei tributária, a qual serve a evitar a elisão tributária, então as consequências jurídicas são determinadas conforme aquele dispositivo. Caso contrário, surge o fato gerador da obrigação tributária, na existência de um abuso no sentido do inciso 2, como se ele tivesse ocorrido em uma configuração jurídica adequada à realidade econômica.
> (2) Um abuso existe, quando uma forma jurídica inadequada for eleita, a qual traz ao contribuinte ou a um terceiro uma vantagem tributária não prevista legalmente, quando em comparação com uma forma jurídica adequada. Isso não se aplica, se o contribuinte comprova razões extratributárias para a forma jurídica eleita, as quais sejam relevantes com base no conjunto das circunstâncias do caso concreto[1].

Vale observar que, uma vez comprovado o abuso de forma, a consequência é que a lei tributária não pode ser (validamente) elidida. Isso é, a vantagem tributária obtida com a elisão não é oponível ao Fisco, visto que obtida mediante abuso de forma. O abuso existe, toda vez que for eleita uma forma jurídica "inadequada"[2], assim entendida como aquela que traz ao contribuinte ou ao terceiro a ele relacionado

---

1 Tradução livre do autor, do original do dispositivo do Código Tributário alemão (disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/ao_1977/__42.html. Acesso em: 14 jan. 2025):

2 "A inadequação da estrutura deve ser essencialmente confirmada, quando o objetivo econômico é alcançado não a partir de um caminho direto, oferecido pelo ordenamento jurídico, mas sim por meio de alternativas de rumo criadas por meio de negócios jurídicos". Cf. Englisch, Joachim. In: Tipke/Lang, Steuerrecht, 25. Ed., Köln: Otto Schmidt, 2024, p. 276, Rz. 5.127. Joachim Englisch, catedrático de Direito Tributário da Universidade de Münster, Alemanha, adverte ainda que "em todos os casos será inadequada uma estruturação, quando se neutralizarem plenamente os efeitos econômicos dos conexos atos isolados, dentro do conjunto das operações, ou seja, quando nenhum resultado econômico, fora a economia tributária, for alcançado". Englisch, Joachim. Op. Cit., p. 276s.

uma vantagem tributária não prevista em lei, quando comparado com uma forma jurídica "adequada".

No entanto, a lei tributária alemã prevê expressamente, na parte final do inc. 2, que isso não se aplica, se o contribuinte comprovar a existência de *razões extratributárias*[3], que possam justificar a forma jurídica – ou a estrutura – por ele eleita, as quais sejam relevantes no contexto do conjunto das circunstâncias do caso concreto.

Veja que há, no Direito alemão, tanto a previsão legal expressa do abuso de forma - como fundamento jurídico legítimo para desconsiderar o planejamento tributário -, quanto do propósito negocial (razões extratributárias) - como forma de afastar a caracterização do abuso, validando o planejamento tributário.

Não pretendemos nos aprofundar na discussão meramente acadêmica, em sede de direito comparado, mas sim trazer ao debate uma relevante advertência para aquilo que interessa ao caso concreto, a partir daquilo que já existe no Direito Tributário alemão e que até hoje não existe no Direito Tributário brasileiro.

Tanto o instituto jurídico do abuso de formas quanto a figura das razões extratributárias – ou propósito negocial – existem, de forma expressa, na lei tributária alemã, sendo plenamente eficazes e, portanto, imediatamente aplicáveis em autuações tributárias, conforme se observa dos dispositivos acima traduzidos e transcritos.

Isso porque, a cláusula geral anti-abuso alemã é lei em sentido estrito e, assim, possui legitimidade para restringir a liberdade (ou direito) fundamental de atividade (organização/planejamento) econômica. Lembrando que os direitos fundamentais não são absolutos, admitindo restrições. No entanto, essas restrições devem ser trazidas em lei em sentido estrito, não bastando qualquer ato com força normativa previsto na legislação em geral, pois o único poder competente para tanto é o Poder Legislativo. Dito de outra forma, atos normativos advindos do Poder Executivo (ou de seus órgãos) não são dotados da devida competência para restringir direitos ou liberdades fundamentais. Caso

3 Englisch esclarece que, conforme a parte final do dispositivo, não haverá abuso de formas, quando o contribuinte escolher a estrutura – no mínimo *também* – por motivos extratributários relevantes. O catedrático reconhece que o entendimento dominante enquadra a regra como o "teste da motivação", o qual questiona, em primeira linha, as razões econômicas, mas também os motivos privados ou de outra natureza para a escolha de uma estrutura complexa ou incomum. Ver aqui p. 278.

contrário, estaríamos de volta ao absolutismo monárquico (ou à ditadura, como já vivemos no passado neste País).

No Direito Tributário brasileiro, tanto o abuso de formas quanto o propósito negocial não encontram previsão em lei em sentido estrito, de modo que não podem restringir a liberdade fundamental de planejamento tributário. A única previsão que há na legislação como um todo, que possa se aproximar da noção de abuso de direito, é aquela contida no art. 187 do Código Civil (CC), a qual prevê que "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Essa norma civil deve ser contextualizada a partir do Título III, do Capítulo V, do Código Civil. Este trata da invalidade do negócio jurídico. Aquele trata dos atos jurídicos ilícitos. Observe-se que, na presente discussão, estamos analisando a oponibilidade ao Fisco do suposto planejamento tributário realizado por pessoas jurídicas, mas não a invalidade dos negócios jurídicos entabulados. Isso porque as autoridades fiscais não apuraram qualquer ilícito, apto a invalidar os negócios jurídicos, muito menos dolo, fraude ou simulação. Dito de outra forma, a existência e a validade dos negócios jurídicos em pauta não estão em questionamento, mas sim seus efeitos (plano da eficácia) perante o Fisco. Portanto, dogmaticamente, não é aplicável o art. 187 do CC no caso concreto.

Adicionalmente, entendemos que a norma insculpida no art. 187 do CC é, na prática, inaplicável ao planejamento tributário. Isso porque ela traz um conteúdo normativo extremamente abstrato, não autoaplicável, carente de conceituação e regulamentação. Eventual pretensão de aplicação imediata do seu conteúdo normativo, sem que haja previamente uma clara definição e delimitação semântica do que venha a ser "limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes", resulta inescapavelmente em subjetivismo do aplicador da norma, o que juridicamente pode ser traduzido como arbitrariedade.

Todavia, caso entendêssemos pela autoaplicabilidade dessa norma – o que propomos aqui por mero amor ao debate -, teríamos que por sobre a mesa o direito do contribuinte de organizar livremente seus negócios, dentro dos limites trazidos pela lei em sentido estrito, de forma a otimizar seus resultados, da melhor maneira possível, in-

clusive mediante o aproveitamento de benefícios fiscais, como o da amortização do ágio, mesmo que, para tanto, ele tenha optado pela interposição de uma ou mais empresas-veículo, dentro da sua estratégia de isolamento do investimento e de proteção patrimonial.

Em assim procedendo, conforme a descrição acima, estaria ele exercendo seu direito, excedendo os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes? Estamos convencidos de que não. Primeiro, porque ele está aproveitando uma vantagem fiscal prevista em lei – ou seja, incentivada pelo próprio Estado. Segundo, porque o direito à dedução do ágio pago existe no âmbito de uma política macroeconômica de incentivo e captação de investimentos no País, os quais trazem benefícios para toda sociedade, inclusive para a geração de futuras receitas tributárias deles decorrentes.

Portanto, não vemos qualquer possibilidade de aplicação do art. 187 do CC no presente caso, conforme as razões resumidamente postas acima.

4. DA INEXISTÊNCIA DE ANCORAMENTO LEGAL DO PROPÓSITO NEGOCIAL

Fazemos questão de destacar, em tópico apartado, a inexistência de ancoramento legal do propósito negocial no Direito Tributário brasileiro e os efeitos decorrentes da sua inexistência.

Conforme apresentamos acima, ao contrário do Direito Tributário alemão, que prevê expressa e legalmente a existência de razões extratributárias, o Direito Tributário brasileiro não as prevê. Já houve tentativas no passado, de incluir o propósito negocial expressamente na lei, mas os respectivos dispositivos foram vetados. E mesmo o Direito Tributário alemão estatui legalmente a existência comprovada pelo contribuinte, de razões extratributárias, para a forma jurídica eleita, unicamente como uma maneira de afastar o enquadramento como abuso de formas, não como uma cláusula geral de validade dos planejamentos tributários.

Queremos dizer, com isso, que mesmo em sistemas jurídicos sofisticados e maduros como o alemão, a exigência de propósito negocial, para fins de oponibilidade ao Fisco do planejamento tributário, é restritiva e aplicada com muita parcimônia.

De todo modo, a solução para o sistema jurídico brasileiro é ainda mais simples: não há previsão em lei em sentido estrito e, portanto, não pode ser aplicada para restringir liberdades fundamentais, como a que está em análise no presente caso.

Os efeitos jurídicos decorrentes da sua inexistência no ordenamento jurídico brasileiro, para além de o propósito negocial não poder ser exigido como condição de oponibilidade ao Estado, estendem-se para o âmbito de análise da motivação de economia tributária como justificativa legítima para o planejamento tributário e para sua oponibilidade ao Fisco. Em outras palavras, inexistindo essa condição legal, passa a valer a motivação de economia tributária como justificativa legítima.

Essa constatação adquire ainda maior relevância, quando o contribuinte visa a uma vantagem tributária incentivada pelo próprio Estado, como é o caso da possibilidade de amortização do ágio pago na aquisição de um investimento. Observe-se novamente que, nessa situação, embora, na prática, o contribuinte esteja efetivamente buscando um ganho tributário, ele está aderindo a um comportamento incentivado pelo próprio Estado, no contexto de uma lógica maior e macroeconômica de atração de investimentos e geração de riquezas.

Ao final, tudo está interligado dentro da política fiscal e macroeconômica, desde a previsão legal de amortização do ágio, a captação e aporte de investimentos em empresas especificamente constituídas para participar de outras sociedades e isolar o investimento, até a possibilidade de incorporação de uma empresa pela outra, com a consequente transferência do ágio.

5. CONCLUSÕES

O Direito Tributário brasileiro admite operações estruturadas em série, as quais, em conjunto, surtem também efeitos de economia tributária. Circunstâncias fático-probatórias, tais como lapso temporal entre elas, número de empregados, quantidade de lançamentos contábeis e atividade operacional propriamente dita, dentre outras, não são suficientes para rotular a estruturação como prática de planejamento tributário abusivo.

A abusividade da conduta do sujeito passivo poderia ser apurada por meio da aplicação do instituto jurídico do abuso de formas jurídicas. No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro não conta com a

positivação da figura do abuso de formas, como ocorre na Alemanha, onde sua comprovação leva à inoponibilidade ao Fisco das operações realizadas, salvo prova da existência de razões extratributárias. Assim, diante da ausência de previsão expressa em lei em sentido estrito, entendemos que sua aplicação no Brasil não encontra legitimidade. Por outro lado, operações estruturadas em série, notadamente aquelas realizadas em curto espaço de tempo e com a interposição das chamadas empresas-veículo, devem ser desconsideradas pela autoridade fiscal, mas apenas quando comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, patologias expressamente previstas no CTN.

No contexto das operações de investimento, que passam por aportes de capital, visando a aquisição da empresa-alvo e, tempos depois, culminam com a incorporação da investidora, a amortização do ágio pago na aquisição é prevista como uma vantagem tributária expressamente incentivada pela lei, a qual pressupõe a chamada *confusão patrimonial* entre investidora e investida.

Eventual interposição, por si só, de uma empresa-veículo, entre a investidora inicial ou financiadora e a empresa-alvo, não pode descaracterizar os ganhos tributários obtidos com a amortização fiscal do ágio. Por outro lado, necessária se faz a devida motivação da sua interposição – até mesmo a título de razões extratributárias, para aqueles que acreditam na existência do seu ancoramento legal no ordenamento jurídico brasileiro -, como forma de se afastar qualquer tentativa de sua qualificação como abusiva ou mesmo como simulatória.

A prática societária e a jurisprudência tributária administrativa federal têm demonstrado que a utilização das mal faladas empresas-veículo está devidamente justificada, sob diferentes perspectivas.

Em que pese a lei tributária brasileira não exija as razões extratributárias, como condição de oponibilidade ao Fisco, a lei societária brasileira exige o protocolo e justificação da incorporação, a ser submetido à aprovação da assembleia geral da companhia. Além disso, a jurisprudência administrativa tem reiterado, como condições necessárias ao aproveitamento fiscal do ágio, que haja (i) aquisições entre partes não relacionadas, (ii) com efetivo pagamento de preço, (iii) com tributação do ganho de capital pelos vendedores, (iv) com fundamentação econômica lastreada por prévio laudo de avaliação econômica de consultoria independente e especializada e, por fim, (v) com confusão patrimonial entre investidora e investida.

Por isso mesmo, a tese do "real adquirente" não é cabível de ser adotada de modo apriorístico pela simples acusação de que, em determinado caso, houve o uso de "empresa-veículo". Há de se demonstrar, concretamente, uma efetiva simulação. E o ônus de tal demonstração é da autoridade administrativa, pela regra máxima de que cabe a quem alega comprovar suas assertivas.

"EMPRESA VEÍCULO", "REAL ADQUIRENTE" – DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO– "BULLYING" TRIBUTÁRIO

HELDO JORGE DOS SANTOS PEREIRA JUNIOR

Advogado com Pós em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes. Administrador formado pela Universidade Católica de Salvador. Conselheiro da 1a Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais - CARF. Vice-Presidente da 2a Câmara da 1a Sessão do Conselho de Recursos Administrativo Fiscal.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Utilidade ou Inutilidade dos Apelidos; 3. Origem da Expressão "Empresa Veículo"; 4. Empresa Veículo e o STJ; 5. Conclusão

1. INTRODUÇÃO

Inspirado pelo cenário social contemporâneo, onde os apelidos tomaram dimensões de "bullying"[1], este pequeno artigo tem por objetivo provocar uma reflexão se a utilização de apelidos, para fins de se definir certas situações aptas ou não a comprometer a dedutibilidade do ágio apurado na aquisição de investimentos em sociedades coligadas ou controladas, seriam ou não uma espécie de "bullying".

Assim como os apelidos originados no convívio social que visam destacar uma ou outra característica pessoal ou comportamental de determinado indivíduo, os apelidos originados no âmbito dos processos administrativos têm por finalidade destacar um aspecto do caso ou da transação que normalmente motivam um lançamento tributário.

Não raro, porém, é o apelido acabar por, ainda que represente a caraterística física mais marcante de uma pessoa, não alcançar a sua dimensão moral, menosprezando as demais qualidades que lhe são intrínsecas. Exemplo é chamar alguém de "careca". Uns entenderão ser somente a falta de cabelo, sem que inspire qualquer outra reação. Outros entenderão se tratar de uma pessoa desprovida de um elemento encontrado na maior parte dos indivíduos de um determinado grupo, e que por isso passa, automaticamente, a ser tachado como diferente, no mínimo.

Da mesma forma são os apelidos que são forjados no âmbito do processo administrativo fiscal. Vejamos, por exemplo, os apelidos "Empresa Veículo" e "Real Adquirente", que são encontrados aos borbotões nas decisões administrativas no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF.

Curioso notar que usualmente tais apelidos vêm acompanhados da pecha de não atenderem aos critérios de dedutibilidade do ágio apurado quando da aquisição dos investimentos em coligada e controlada. E, assim como nos apelidos sociais, não raro a palavra utilizada não representa a realidade da característica destacada. Seria o mesmo que chamar alguém de "cabeção" quando, na realidade, o indivíduo tem a cabeça pequena. No caso das relações sociais, o apelido seria apenas uma ironia[2].

---

1 Palavra de origem inglesa para definir a prática de atos violentos, intencionais e repetidos contra uma pessoa indefesa, que podem causar danos físicos e psicológicos às vítimas.

2 Aqui sem qualquer julgamento de valor: se a ironia é de bom ou mau gosto.

2. UTILIDADE OU INUTILIDADE DOS APELIDOS

Ainda que tenhamos os "apelidos" no âmbito do processo administrativo fiscal como um elemento figurativo da linguagem ou redutor de uma ideia, não se pode perder de vista que na legislação que compõe o arcabouço jurídico brasileiro, não há dispositivos legais ou normativos que os definam, bem como tê-los, *ab initio*, associados a uma ideia preconceituosa de alguma ilegalidade.

A I. Conselheira Maria Carolina Maldonado Kraljevic, membro da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF, em artigo publicado no Conjur, defende que "*a atribuição de "apelidos" aos ágios pode facilitar a escolha do paradigma adequado e a admissibilidade do recurso especia*l"[3].

Nesse artigo, a I. Conselheira busca traduzir o que cada um dos "apelidos" busca alcançar como característica principal da transação. *In verbis*:

> O "ágio interno" nada mais é do que o ágio originado em operações realizadas entre partes dependentes. Embora pareça simples [8], pode-se denominar de "ágio interno" tanto aquele decorrente de uma reavaliação de ativos – por vezes, chamado de "ágio de si mesmo" –, como de uma operação societária original, realizada entre partes não relacionadas, posteriormente, refletida em uma transação dentro de um grupo econômico. Já a "**transferência do ágio**" decorre da operação por meio da qual se transfere, para outra empresa do grupo, que pode ser uma holding constituída para tal fim, a participação societária com ágio adquirida de terceiro independente. Os "apelidos" se tornam especialmente relevantes na verificação da divergência interpretativa, de forma que, em regra, o recurso especial deve indicar paradigmas que analisem ágios classificados sob o mesmo "apelido". No entanto, é comum, por exemplo, que sejam apresentados paradigmas de "**transferência de ágio**" para reformar acórdão que versa sobre "ágio empresa-veículo". Isso porque, em ambos, o contribuinte se utiliza de uma empresa – em regra, constituída para tanto e, por isso, indistintamente denominada pela fiscalização de "veículo" – para possibilitar a amortização fiscal do ágio. A diferença se dá, principalmente, com relação ao papel que a dita "empresa-veículo" desempenha no conjunto de operações societárias que resulta na amortização fiscal do ágio.
>
> Como visto, em uma operação de "**transferência de ágio**", após a aquisição da participação societária com ágio, a adquirente "transfere" a referida participação para outra empresa, denominada de "veículo", que, ao sofrer uma incorporação, fusão ou cisão, passa a amortizar o ágio que lhe foi

3 https://www.conjur.com.br/2025-fev-26/admissibilidade-de-recurso-especial-em-materia-de-agio-a-importancia-dos-apelidos/

> transferido. Por sua vez, em uma operação de "ágio empresa-veículo", o próprio "veículo" adquire a participação societária com ágio de um terceiro independente, isto é, a investidora transfere, a título de capital ou dívida, para a "veículo" os recursos necessários para a aquisição da participação e, adquirido o investimento, ocorre a confusão patrimonial entre a "veículo" e a adquirida, dando ensejo à amortização fiscal do ágio. Portanto, fica evidente a ausência de similitude fática entre operações de "**transferência de ágio**" e "ágio empresa-veículo", como ocorreu, por exemplo, no Acórdão nº 9101-005.790, julgado em 8/10/2021, e no Acórdão nº 9101-006.869, julgado em 8/3/2024.

Mas, mesmo tendo os casos o mesmo "apelido", destaca a I. Conselheira, não é garantia de ter um Recurso Especial admitido na CSRF, mormente os contornos do caso concreto e dos paradigmáticos. Vejamos:

> No entanto, a depender das peculiaridades contidas no recorrido ou no paradigma, é possível que não haja similitude fática mesmo em se tratando de julgados sobre ágios com o mesmo "apelido". É o que ocorre, por exemplo, nos casos que versam sobre "ágio empresa-veículo" e o paradigma invocado é o Acórdão nº 9101-002.213, julgado em 3/2/2016 [9]. No caso, a "empresa veículo" foi utilizada para buscar a amortização fiscal do ágio no Brasil, quando os recursos necessários à aquisição da participação societária advêm do exterior e são utilizados para pagamento a outra pessoa jurídica também no exterior. Essa circunstância, que foi indispensável para a conclusão dos julgadores naquele caso, em regra, não se verifica nas hipóteses em que uma empresa, no Brasil ou no exterior, constitui uma empresa no país e transfere, a título de capital ou de dívida, os recursos necessários à aquisição da participação societária.
>
> As próprias características do "veículo", quando importarem aos julgadores do recorrido ou do paradigma, podem levar à dessemelhança entre dois casos que versam igualmente sobre "ágio empresa-veículo". É o que ocorre, por exemplo, com a invocação do Acórdão nº 9101-002.962, julgado em 4/2/2017, como paradigma. No caso, a artificialidade na constituição do "veículo" foi essencial para que se concluísse pela ausência de confusão patrimonial entre investidora e investida. Com isso, tal paradigma é frequentemente rejeitado quando a veículo possui substância ou o acórdão é omisso nesse ponto

Ou seja, voltemos ao ponto. Os "apelidos" não servem para, de antemão, vinculá-los a ideias preconcebidas de ilegalidade. E como visto nas decisões mencionadas pela I. Conselheira, não raro os "apelidos" são utilizados sem qualquer cuidado quanto à sua real dimensão, e, portanto, não deveriam ter, ao meu sentir a relevância quando da análise de qualquer planejamento.

Vejamos, nessa ordem de ideias, o caso do Acórdão nº 1201-005.577, de 21 de setembro de 2022[4], cuja relatoria coube ao I. Conselheiro Efigênio de Freitas Júnior, que se socorre da obra do I. Professor Sergio André Rocha (ROCHA, Sergio André. Planejamento tributário na obra de Marco Aurélio Greco. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 103 e 107):

> 64. Incialmente, oportuno esclarecer que a utilização de determinada expressões como ausência de propósito negocial, empresa veículo, abuso de forma, abuso de direito, fraude à lei, etc., seja qual for o "rótulo" utilizado, não é suficiente, por si só, para caracterizar determinado ato, operação ou negócio jurídico cuja consequência seria uma infração tributária. A análise deve concentrar-se no caso concreto e na efetividade das operações realizadas. Como observa Sergio André Rocha[6]:
> Já faz algum tempo que suspeitamos que as diferenças entre os autores que escrevem sobre planejamento tributário não são tão acentuadas como se presume ou como aparentam ser. Um autor fala em abuso de direito, e outro rebate dizendo que o abuso de direito jamais poderia ser critério válido para desconsideração de atos e negócios jurídicos praticados pelo contribuinte. Então alguém argumenta que o critério seria a fraude à lei [...]. [...] é muito importante que redirecionemos o debate dos conceitos para os fatos. **O que importa não é construirmos rótulos, é determinarmos as circunstâncias que legitimam a desconsideração e consequente requalificação de atos e negócios jurídicos. A determinação do verdadeiro alcance das posições de cada autor só é possível a partir de sua análise em casos concretos**. (Grifo nosso)

Assim é que se afirma que há casos de "empresas veículos" e "real adquirente", e "Empresas Veículos" e "Real Adquirente". O que difere um do outro? Só o caso concreto será capaz de diferenciar.

3. ORIGEM DA EXPRESSÃO "EMPRESA VEÍCULO"

Conforme nos ensina Ramon Tomazela Santos[5], a expressão "Empresa Veículo", assim como afirmamos acima, não tem definição legal e tampouco é uma construção sedimentada na doutrina e jurisprudência,

> De início, é importante mencionar que não existe uma definição legal para "empresa-veículo", tampouco um conceito completamente sedimentado

4 Processo Administrativo Fiscal nº 13896.902979/2018-02.

5 Ágio na Lei 12.973/2014 : aspectos tributários e contábeis / Ramon Tomazela Santos. -- 2. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 291 e 292

> pela jurisprudência, de forma que as consequências fiscais de sua utilização em reorganizações societárias são predominantemente casuísticas.
> Segundo Fábio Ulhôa Coelho, as "empresas-veículo" são comumente utilizadas para exercer uma função transitória na aquisição do poder de controle de sociedades empresárias, seja para segregação das ações que serão vendidas, seja por questões ligadas ao marco regulatório ou a implicações fiscais. Em seguida, o autor acrescenta que não há um único elemento que permita a identificação de tais veículos de investimento, de modo que essa qualificação resulta da convergência de determinadas características e do exame do sentido lógico ou jurídico de sua participação na estrutura do negócio.

Percebe-se, entretanto, que tal expressão é bastante difundida no meio das empresas que prestam serviços de assessoria em transações de fusões e aquisições de sociedades (*M&A - Merge & Acquisitions*) como uma tradução literal da expressão inglesa "Vehicle Company". Como derivadas, ainda teríamos outros apelidos (termos ou expressões) tais como, "Special Purpose Entity - SPE", "Special Purpose Vehicle- SPV", "Conduit Company", dentre outras.

Tais expressões apenas visam transmitir a ideia de sociedades normalmente constituídas ou utilizadas para um específico e/ou limitado propósito, tais como: a proteção de determinado ativo, facilitação de transações mais complexas, isolamento de riscos de negócios, afastamento de determinados acionistas/quotistas de decisões empresariais em empresas operacionais, restrições legais temporárias, exigências regulatórias, obtenção de empréstimos/financiamentos, etc.

No âmbito das regras internacionais de contabilidade – IFRS, a expressão também é adotada, como, por exemplo, no IFRS-10 que trata das demonstrações consolidadas[6]. Já no Brasil, entretanto, como bem nos lembrou Ramon Tomazela Santos, essa expressão no âmbito dos normativos contábeis teve vida curta[7]:

> O conceito de "empresa-veículo" chegou a ser incluído, para fins contábeis, no item 44 da Interpretação Técnica CPC nº 9, sob a alcunha de "entidade veículo", nos seguintes termos:
> "Entidade veículo é uma entidade cuja finalidade é servir de veículo para transferir da controladora original para uma controlada intermediária a participação que possui em outra entidade. Muitas vezes a controladora direta de determinada entidade é constituída somente com esse propósito,

6 https://www.ifrs.org/issued-standards/list-of-standards/ifrs-10-consolidated-financial-statements/

7 Idem. p. 293

> mas todos os recursos e decisões necessários para viabilizar a aquisição são providos pela controladora original. Entidades veículo geralmente são temporárias, desprovidas de autonomia e planos de negócios, não mudam o negócio da empresa que a incorpora e não captam autonomamente recursos no mercado. Em lugar disso, os recursos são providos por um acionista controlador via caixa (aumento de capital) ou via garantias a instituições financeiras que fazem o empréstimo para a Entidade veículo".
> Como se vê, trata-se de uma definição condizente com as características típicas encontradas nas "empresas-veículo". Entretanto, em audiência pública realizada em 27.10.2014, o Comitê de Pronunciamentos Contábeis decidiu excluir essa passagem da Interpretação Técnica CPC nº 9"

No âmbito do CARF, em uma rápida busca no repositório de decisões daquele órgão, a expressão "Empresa Veículo" pode ser encontrada já no remoto ano de 2007[8], no Acórdão nº 18471.001782/2005-36, sessão de 5 de dezembro, da 3ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes. Naquele caso discutia-se a regularidade da amortização do ágio formado a partir da aquisição de determinado investimento, que depois foi objeto de integralização de capital em uma sociedade, para, ao fim, ser incorporado pela própria sociedade adquirida. Vejamos:

> No mérito, discute-se a regularidade da "transferência" do ágio contabilizado na RIVERPAR, controladora incorporada, para a recorrente, controlada incorporadora, numa operação comumente denominada "incorporação às avessas", além do tratamento desse ágio como custo na apuração do resultado da venda dos estabelecimentos da recorrente ao CARREFOUR.
> (...)
> As amortizações do ágio não são dedutíveis para fins de determinação do lucro real, excetuando-se o caso de alienação ou liquidação do investimento, em que integrará o valor contábil do investimento na apuração do resultado da operação, mesmo que a amortizado na escrituração comercial e desde que devidamente controlado no Lalur, conforme art. 391 e 426 do RIR/99.
> Por outro lado, o art. 386 do Regulamento autoriza a amortização nas situações em que uma pessoa jurídica absorve patrimônio de outra, em conseqüência de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, apurado segundo o disposto no artigo 385. No caso tratado nestes autos, de fundamento econômico lastreado em previsão dos resultados nos exercícios futuros, o item III do dispositivo regulamentar permite a amortização nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados posteriormente à incorporação, à razão de 1/60 *um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração. Conforme lembrado pela recorrente, o registro contábil desse ágio em conta de ativo diferido encontra respaldo no art. 1º, II, IN 11/99.

8 Pode-se dizer uma das primeiras decisões onde o temo foi encontrado.

> No § 6º do referido art. 386 encontra-se determinação para aplicação das suas disposições inclusive quando o investimento não for obrigatoriamente avaliado pelo valor do patrimônio líquido ou a pessoa jurídica incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.
>
> A acusação fiscal não contemplou indicação de quaisquer irregularidades na constituição do ágio quando da aquisição de quotas do capital da recorrente BREPA. As infrações especificadas pela autoridade fiscal dizem respeito a:
>
> a) Transferência do valor correspondente ao ágio pago pela BREPA na aquisição de participação societária na recorrente para ela própria, mediante a utilização de empresa criada unicamente para esse fim (RIVIEREPAR);
> b) Dedução indevida do valor transferido na apuração da venda dos estabelecimentos ao CARREFOUR como custo na apuração do resultado da operação.
>
> Quanto à primeira infração, a integralização de capital da RIVIEREPAR pela BREPA com o investimento na RDC, seguida de incorporação da primeira por sua controlada, ora recorrente, logo no dia seguinte, ratificam a afirmação da autoridade fiscal de que "a empresa Rivierepar foi criada para servir ao propósito de transferir o ágio e reserva de ágio para a RDC". Da descrição dos fatos e elementos de prova constantes dos autos bem se percebe a ausência de qualquer propósito negocial ou societário na incorporação realizada, restando caracterizada a utilização da incorporada como mera "empresa veículo" para a transferência do ágio para a incorporadora, apenas com o fim almejado de redução do ganho tributável resultante da venda dos estabelecimentos ao CARREFOUR…
>
> (…)
>
> A jurisprudência deste Conselho tem adotado firme posicionamento acerca da necessidade de propósito negocial para aceitação das conseqüências tributárias da operação de incorporação, a exemplo dos seguintes acórdãos:

Perceba que o termo "Empresa Veículo", pelo menos nesse acordão, é precedido de uma explicação, qual seja, a de que seria uma sociedade sem propósito negocial ou societário, servindo como uma sociedade apenas para a transferência do ágio à empresa adquirida, de modo a contrapor o ganho na venda dos estabelecimentos comerciais da incorporadora (adquirida) ao CARREFOUR.

Entretanto, ao longo do tempo, o termo "Empresa Veículo" passou (mero "bullying") a transmitir uma ideia pejorativa de ilegalidade. Nas lições do Professor Sérgio André Rocha, até a edição da Lei nº 12.973/2014, o que se verificou no caso de dedutibilidade de amortização do ágio foi um procedimento reiterado de transformar "*um debate*

que deveria ser fático-jurídico em controvérsia interpretativa"[9]. E assim, também se verificou nas decisões administrativas no âmbito do CARF. Vejamos passagem:

> (…)
> Como se sabe, esse caso cuidou de um dos temas mais debatidos do Direito Tributário brasileiro nos últimos anos: a amortização fiscal do ágio pago na aquisição de participação societária no período anterior à vigência da Lei nº 12.973/2014.
> Aqui temos claramente um caso em que a Fazenda tentou transformar um debate de **planejamento tributário fático-concreto** em uma controvérsia sobre um suposto **planejamento tributário interpretativo**.
> Estamos, aqui, tratando principalmente de dois temas em especial: (1) a utilização do chamado "ágio interno", ou seja, do ágio gerado em operações entre partes vinculadas, e (2) a legitimidade da interposição de "empresa-veículo" como passo para a realização da aquisição ou da incorporação da participação societária adquirida.
> É de conhecimento geral que o Decreto-Lei nº 1.598/1977 e a Lei nº 9.532/1997 não traziam quaisquer restrições que proibissem seja a geração de ágio entre partes vinculadas ou a utilização de "empresa-veículo" para a implementação da operação geradora do ágio. Portanto, jamais seria possível, por exemplo, sustentar simplesmente que a legislação proibia a amortização do dito ágio interno. Essa não era uma questão de interpretação da legislação, mas sim de revisão dos fatos ocorridos.
> Contudo, a Fazenda Nacional e a Receita Federal, de forma equivocada, transformaram um debate que deveria ser fático-concreto em uma controvérsia interpretativa. Ou seja, em vez de se avaliar, caso a caso, se teria havido simulação na geração de ágio entre partes relacionadas, por exemplo, passou-se a defender, simplesmente, que a legislação — anterior à edição da Lei nº 12.973/2014 — já não permitia a dedução da amortização fiscal do ágio, nessas situações.
> (…)

E como normalmente esperado do comportamento humano em um" bullying", o sentido pejorativo empregado no apelido traz consigo outras consequências. No caso, se a empresa foi formada sem propósito econômico, e seu único objetivo seria "transportar" um direito de amortização dedutível de uma rubrica contábil de uma para outra empresa, então, por aplicação de uma lógica do "bully", tal empresa ("empresa veículo") não seria aquela que teria realizado o investimento. Ou seja, não teria sido a "real adquirente". Com isso, o que se pretende é invalidar a existência do próprio ágio contabilizado nos termos

9 https://www.conjur.com.br/2024-jul-29/casos-de-agio-no-stj-o-que-e-planejamento-tributario-afinal/

do art. 20, do Decreto-Lei 1.598, de 1977[10], matriz legal do desdobramento do custo de aquisição de um investimento em controlada ou coligada e que dá origem à rubrica contábil ágio.

E mais, com a alegação da tese do "real adquirente", também por decorrência lógica, vê-se usualmente associada a alegação que não teria havido "confusão patrimonial". Por este apelido tem-se em conta o fato de não se ter verificado uma das hipóteses para a possibilidade de dedutibilidade das quotas de amortização do ágio, a teor do art. 386 do RIR/99, atual art. 431 do RIR/18 – a incorporação, fusão ou cisão entre o adquirente ("real adquirente") e o investimento adquirido.

Veja, nesse sentido, o Acórdão nº 1302-007.010, da 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária, sessão de 22 de fevereiro de 2024. Naquele caso, e aqui destacando apenas o que interessa ao tema, houve capitalização de um Fundo de Investimento em Participações (FIP) por parte de diversos investidores. Esse fundo constituiu uma empresa holding pura, que adquiriu participação em uma sociedade do ramo de petróleo, com ágio. Posteriormente, tal empresa foi incorporada na empresa adquirida.

A alegação foi que a empresa holding seria uma "empresa veículo", sem propósito negocial e de vida curta, e, como os recursos teriam sido de fato do FIP, a empresa holding não seria a "real adquirente". Assim, a conclusão lógica desse raciocínio seria a inexistência de "confissão patrimonial" (não houve incorporação do FIP e da adquirida).

Naquela oportunidade, o voto vencedor destacou que "*Levar tal assertiva a "ferro e fogo" será forçoso concluir que nenhum ágio será dedutível, quando a origem dos recursos não for estritamente das atividades de uma sociedade. Ou seja, a interpretação como posta conduz a um absurdo (argumentum ad absurdum), e nesse sentido, deve ser afastada quando da aplicação da norma jurídica.*". O absurdo seria a própria negação do princípio da entidade. Como se forma uma "holding", senão com os recursos/ativos dos seus acionistas/quotistas?

Pois bem, e o que acontece após a edição da Lei nº 12.973/15? A resposta vem do famoso "silêncio". Não sabemos se eloquente ou não, mas o fato que chama atenção é a inexistência de norma sobre qualquer tratamento de "empresa veículo" ou "real adquirente, depois de passado longo período de tempo de discussão no mundo do contencio-

10 Antigo art. 385 do RIR/1999 (Decreto nº 3.000/99), atual art. 421 do RIR/18 (Decreto nº 9.580/2018)

so administrativo. Para Ramon Tomazela Santos[11], entretanto, há como se extrair do texto legal a possibilidade de uso de "empresa veículo":

> Observe-se que o artigo 25, parágrafo único, da Lei nº 12.973/2014 deixa claro que o critério relevante utilizado pelo legislador para a análise da legitimidade da dedução fiscal do ágio reside na aquisição original da participação societária entre partes não dependentes, o que confirma o seu caráter antielisivo específico. Isso porque, segundo o referido dispositivo legal, no caso de participação societária adquirida em estágios, a relação de dependência entre o alienante e o adquirente deve ser verificada no ato da primeira aquisição, desde que as condições do negócio estejam previstas no instrumento negocial. Obviamente, o mesmo racional pode ser aplicado à chamada "transferência do ágio" por meio do uso de "empresa-veículo", desde que a operação original de aquisição de participação societária tenha sido realizada entre partes não dependentes.
>
> Essa interpretação, no sentido de que o legislador não vedou a transferência do ágio por meio de "empresa-veículo", é reforçada pelo artigo 21, parágrafo 1º, inciso III, da Medida Provisória nº 627/2013, por meio do qual o Poder Executivo pretendeu restringir o aproveitamento fiscal do ágio de rentabilidade futura apurado em operação de substituição de ações ou quotas representativas de participação no capital social de pessoas jurídicas18. Esse dispositivo foi suprimido durante a tramitação da Medida Provisória pelo Congresso Nacional, de modo que o texto final da Lei nº 12.973/2014 não apresenta essa vedação. De qualquer forma, esse enunciado normativo corrobora que, no contexto do processo legislativo, a postura seguida na Medida Provisória nº 627/2013 foi a de restringir expressamente o aproveitamento fiscal do ágio em casos controvertidos, que geravam grande contencioso administrativo.
>
> A mesma postura foi adotada pelo legislador ao tornar residual o valor do ágio de rentabilidade futura, após a avaliação a valor justo dos ativos líquidos da sociedade investida, bem como ao regulamentar expressamente os requisitos para a confecção do laudo técnico, o que representa uma clara tomada de posição em relação a temas que geravam inúmeras controvérsias no contencioso administrativo federal.

E mais, em dura crítica, afirma:

> Assim, se há um inconformismo das autoridades fiscais contra as operações que envolvem o uso de "empresa-veículo", a solução seria a inclusão de uma restrição expressa na Lei nº 12.973/2014, assim como ocorreu nos temas acima. Afinal, foi justamente essa a postura adotada pelo Poder Executivo na Medida Provisória nº 627/2013 e pelo legislador na Lei nº 12.973/2014, como se pode extrair dos exemplos acima. Na ausência de restrição legal, não se pode admitir a construção da vedação por meio da atividade de interpretação, sem respaldo no texto legal e sem que haja

11 Idem. p. 301 e 302

vício de existência ou de validade nos atos ou negócios jurídicos praticados pelo contribuinte. As operações viciadas podem – e devem – ser combatidas pelo Fisco, mas sem a criação de vedações a juízo próprio, no interesse de uma arrecadação fiscal de caráter ideológico e arbitrária. Até porque, como pontua o Ministro Marco Aurélio de Mello "*no exercício gratificante da arte de interpretar, descabe inserir na regra de direito o próprio juízo – por mais sensato que seja – sobre a finalidade que conviria fosse por ela perseguida*"19.

Logo, não se justifica, no atual regime da Lei nº 12.973/2014, que mesmo diante da clara ausência de restrição legal expressa, as autoridades fiscais ainda assim glosem a dedução das despesas correspondentes ao ágio de rentabilidade futura, sob o argumento de falta de propósito negocial ou de infundada acusação de simulação no uso de "empresa-veículo", sem respaldo na lei tributária e na lei civil. Esse expediente não passa de mero subterfúgio para tentar inserir no direito positivo brasileiro uma restrição que, por ausência de previsão legal, carece de legitimidade democrática. Por mais que o Fisco seja contrário ao uso de "empresa-veículo", não se pode admitir a quebra da integridade do Direito, o que constitui uma garantia contra arbitrariedades.

4. EMPRESA VEÍCULO E O STJ

Ainda quanto ao tema, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferiu, nos autos do REsp nº 2.026.473/SC, decisão que permite o aproveitamento fiscal do ágio por rentabilidade futura (*goodwill*) em operações com "ágio interno" e "empresas veículo". Contudo, não se pode ter por certo que o tema restou superado. O que o STJ demarcou pode ser sumarizado no seguinte excerto[12]:

> O Código Tributário Nacional autoriza que a autoridade administrativa promova o lançamento de ofício quando "se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação" (art. 149, VII) e também contém norma geral antielisiva (art. 116, parágrafo único), a qual poderia, em última análise, até mesmo justificar a requalificação de negócios jurídicos ilícitos/dissimulados, embora prevaleça a orientação de que a "plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos" (STF, ADI 2446, rel. Min. Carmen Lúcia).

12 STJ - Informativo de Jurisprudência n. 786 - 13 de setembro de 2023. REsp 2.026.473-SC, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, por unanimidade, julgado em 5/9/2023. Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). Ágio. Despesa. Dedução da base de cálculo. Operação entre partes dependentes. Possibilidade. Negócio jurídico anterior à alteração legal. Empresa-veículo. Presunção de indedutibilidade. Ilegalidade.

> Embora seja justificável a preocupação quanto às organizações societárias exclusivamente artificiais, não é dado à Fazenda, alegando buscar extrair o "propósito negocial" das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre "partes dependentes" (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via "empresa-veículo"; ou seja, não é cabível presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico.
>
> Do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas nas quais assentadas o Fisco não resultam automaticamente na conclusão de que o "ágio interno" ou o ágio resultado de operação com o emprego de "empresa-veículo" impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real, especialmente porque, até 2014, a legislação era silente nesse sentido.
>
> Quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que, anteriormente, não havia vedação.
>
> Se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (ex: absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que a existência de ágio entre partes dependentes ou com o emprego de empresa-veículo já seria por si só, abusiva.

No meu sentir, a decisão do STJ, ao fim e ao cabo, retirou a função retórica da utilização dos "apelidos" que visam gerar uma reação negativa antes que se adentre ao tema[13]. Insistir nesse tipo de comportamento é o que chamo de "Bullying".

Em princípio, não vislumbro uma contradição frente ao REsp nº 215.262 – RJ (2024/0226976-0), por meio do qual o mesmo STJ (2ª Turma) decidiu que "*o abuso de direito perpetrado com a criação de estruturas artificiais para o aproveitamento do ágio e pagamento a menor dos tributos agride a juridicidade do ordenamento*".

Esse tipo de preocupação não passou desapercebido no REsp nº 2.026.473/SC, porque neste o que se decidiu foi não haver uma presunção absoluta, devendo *"o Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que a existência de ágio entre partes dependentes ou com o emprego de empresa-veículo já seria por si só, abusiva"*.

Ou seja, há "empresa veículo" e "Empresa Veículo". Qual o porquê do "apelido", então? Talvez, apenas para utilização como "palavra chave" em pesquisas jurisprudenciais. Mas, como apontado alhures, o caso concreto pode não guardar relação com qualquer ilegalidade.

---

13 Ensinamentos apreendidos dentre as várias lições do Professor Sérgio André Rocha, que aqui reproduzo, fazendo minhas as suas palavras.

5. CONCLUSÃO

Esperemos, pois, a regulamentação do parágrafo único, do art. 116, do CTN[14], que trata da desconsideração/reclassificação dos negócios jurídicos. Oxalá queira que não se transforme em promoção de "bullying", agora sob novos contornos. Não será mais o "careca", mas o "pouca telha". Tomara que, pelo menos, tenha a graça de nascer com lindos e encantadores olhos azuis, como os do meu pai[15].

---

14 Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos têrmos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

15 *In memorian*

A NATUREZA JURÍDICA DAS PERDAS DE ENERGIA ELÉTRICA: O DEBATE SOBRE SUA DEDUTIBILIDADE NO CARF

ITAMAR ARTUR MAGALHÃES ALVES RUGA

Mestrando em Direito pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT). Especialista em Direito Tributário pela FGV-SP (GV-Law). Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil. Conselheiro Titular da 1ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Carf. E-mail: itamar.ruga@outlook.com

SUMÁRIO: Introdução; 1. Fundamentos teórico-normativos da dedutibilidade de dispêndios no irpj; 1.1. Custo de Bens e Serviços: o Art. 46 da Lei nº 4.506/64 e o Art. 303 do RIR/2018; 1.2. Despesas Operacionais: o Art. 47 da Lei nº 4.506/64 e o Art. 311 do RIR/2018; 1.3. Perdas Extraordinárias e Prejuízos por Atos Ilícitos de Terceiros; 1.4. Distinção Conceitual entre Custo, Despesa e Perda; 1.5. Capítulo II: as perdas de energia elétrica: tipologia, caracterização e contexto regulatório; 1.5.1. Tipologia das Perdas de Energia; 1.5.1.1. Perdas Técnicas (PT); 1.5.1.2. Perdas Não Técnicas (PNT) ou Comerciais; 1.5.2. O Contexto Regulatório da ANEEL; 1.5.2.1. Metodologia Regulatória e Níveis Eficientes; 1.5.2.2. Impacto nas Tarifas e o Ônus da Ineficiência; 1.5.3. A Posição da Receita Federal (RFB); 2. Capítulo III: Análise da dedutibilidade das perdas de energia à luz da jurisprudência do CARF; 2.1. A Corrente Restritiva: Prevalência dos Requisitos Formais e da Natureza Não Inerente das Perdas Não Técnicas; 2.1.1. Acórdão nº 1402-002.147 (Sessão de 05 de abril de 2016); 2.1.2. Acórdão nº 1402-004.314 (Sessão de 10 de dezembro de 2019) – Voto de Qualidade; 2.1.3. Acórdão nº 1402-004.517 (Sessão de 10 de março de 2020) – Voto de Qualidade; 2.1.4. Acórdão nº 1202-001.394 (Sessão de 10 de setembro de 2024) – Reafirmação da Posição Restritiva por Voto de Qualidade; 2.1.5. Síntese dos Fundamentos da Corrente Restritiva à Dedutibilidade das Perdas Não Técnicas; 2.2. A Corrente Intermediária: Dedutibilidade das Perdas Não Técnicas Regulatórias como Custo e Análise Restrita das Perdas Excedentes; 2.2.1. Acórdão nº 1302-007.199 (Sessão de 17 de julho de 2024) – Provimento Parcial e a Tese da "Perda Razoável Regulatória"; 2.2.2. Síntese dos Fundamentos da Corrente Intermediária; 2.3. A Corrente Favorável à Dedutibilidade Integral: Perdas Não Técnicas como Custo Inerente e Inevitável; 2.3.1. Acórdãos nº 1004-000.155 e nº 1004-000.156 (Sessão de 10 de abril de 2024) – A Tese da Inerência e Impossibilidade de Evitar as PNT; 2.3.2. Acórdãos nº 1101-001.349 e nº 1101-001.350 (Sessão de 16 de julho de 2024) – Consolidação da Tese da Dedução como Custo; 2.3.3. Síntese dos Fundamentos da Corrente Favorável à Dedutibilidade Integral; Conclusão; Referências

INTRODUÇÃO

A energia elétrica, insumo vital para a dinâmica socioeconômica contemporânea, percorre um complexo trajeto desde sua geração até o consumidor final. Nesse percurso, intrinsecamente marcado por fenômenos físicos e contingências operacionais e comerciais, ocorrem perdas de parcela da energia gerada. Tais perdas, classificadas em técnicas – inerentes aos processos de transmissão e distribuição – e não técnicas – majoritariamente associadas a furtos, fraudes e erros de medição –, representam não apenas um desafio técnico e gerencial para as empresas do setor elétrico, mas também uma questão fiscal de considerável relevância e complexidade no âmbito da apuração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

A controvérsia central reside na definição dos critérios e limites para a dedutibilidade dessas perdas na determinação do lucro real. Enquanto as **perdas técnicas**, dentro de certos parâmetros, costumam ter sua dedutibilidade menos questionada, as **perdas não técnicas** figuram como um dos pontos mais nevrálgicos nos debates entre contribuintes e a Administração Tributária, com reflexos diretos na carga tributária das concessionárias de energia elétrica e, indiretamente, na própria modicidade tarifária.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) tem sido o principal palco para o desenvolvimento da interpretação da legislação tributária sobre o tema, com decisões que evoluíram ao longo do tempo e que refletem a tensão entre a aplicação dos conceitos de custo e despesa dedutível, a natureza jurídica das perdas e os requisitos formais para sua comprovação, especialmente quando decorrentes de atos ilícitos de terceiros. A distinção entre o tratamento regulatório conferido pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) – que estabelece limites para o repasse dessas perdas às tarifas – e o tratamento tributário aplicável é um dos eixos fundamentais dessa discussão.

Este art. propõe-se a analisar, com rigor técnico e analítico, a questão da dedutibilidade das perdas de energia elétrica no IRPJ e na CSLL. Para tanto, revisitar-se-ão os fundamentos teórico-normativos da dedutibilidade de custos, despesas e perdas (Capítulo I). Em seguida, serão detalhadas a tipologia e a caracterização das perdas de energia, com especial atenção ao contexto regulatório estabelecido pela ANEEL (Capítulo II). Posteriormente, será empreendida uma análise crítica

da jurisprudência do CARF, explorando os principais argumentos, as correntes de entendimento e os aspectos controvertidos que permeiam o tema (Capítulo III). Por fim, serão apresentadas as conclusões, buscando consolidar os entendimentos, apontando caminhos para maior segurança jurídica.

1. FUNDAMENTOS TEÓRICO-NORMATIVOS DA DEDUTIBILIDADE DE DISPÊNDIOS NO IRPJ

A apuração do IRPJ com base no lucro real pressupõe a correta identificação dos componentes positivos e negativos que formam o resultado tributável. Dentre os componentes negativos, destacam-se os custos, as despesas operacionais e as perdas, cuja dedutibilidade é regida por um conjunto de normas que buscam assegurar que apenas os dispêndios efetivamente vinculados à produção da receita e à manutenção da fonte produtora onerem a base de cálculo do tributo.

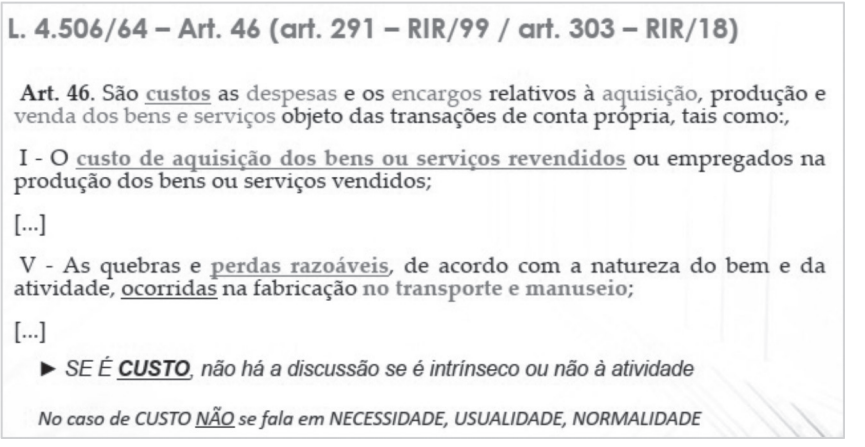
1.1. CUSTO DE BENS E SERVIÇOS: O ART. 46 DA LEI Nº 4.506/64 E O ART. 303 DO RIR/2018

O conceito de custo, para fins de IRPJ, encontra seu principal esteio no art. 46 da Lei nº 4.506/64, reproduzido, em essência, pelo art. 303 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/2018, Decreto nº 9.580/2018). São considerados custos "as despesas e os encargos relativos à aquisição, produção e venda dos bens e serviços objeto das transações de conta própria". O dispositivo legal elenca, exemplificativamente, diversas parcelas que integram o custo, como o custo de aquisição de bens ou serviços revendidos ou empregados na produção (inciso I).

De particular interesse para o tema em análise, o inciso V do art. 46 da Lei nº 4.506/64 (art. 303, I do RIR/18) estabelece que são custos "as quebras e perdas razoáveis, de acordo com a natureza do bem e da atividade, ocorridas na fabricação, no transporte e manuseio". A "razoabilidade" e a "natureza do bem e da atividade" são, portanto, elementos conceituais chave. Quando um dispêndio se qualifica como custo, sua dedutibilidade é, em regra, inerente à sua própria natureza, não se perquirindo, primariamente, sobre os critérios de necessidade, usualidade ou normalidade, típicos da análise de despesas operacionais.

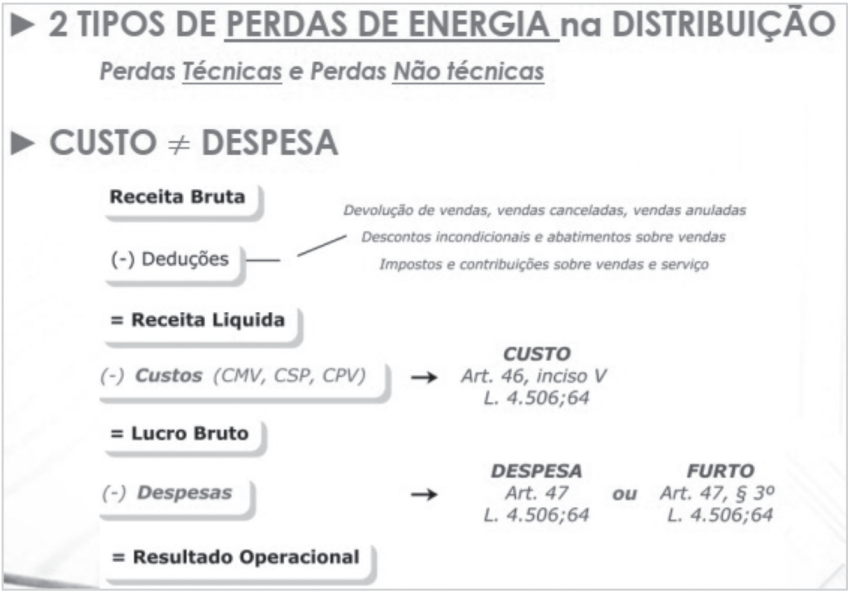
A qualificação jurídica de um dispêndio como "custo" é o ponto de inflexão da análise, pois sua dedutibilidade torna-se intrínseca e automática, afastando a aplicação dos critérios de necessidade, usualidade e normalidade, que são próprios das despesas operacionais. A Figura 1 demonstra o regime jurídico aplicável aos custos, com destaque para o tratamento das perdas razoáveis.

Figura 1- Custo: Regime Jurídico e a Dedução de Perdas Razoáveis



A distinção conceitual entre custo e despesa não representa mero formalismo contábil, mas define regimes jurídicos de dedutibilidade fundamentalmente distintos. Enquanto os custos são abatidos para a apuração do lucro bruto, os prejuízos por furto seguem a via específica das despesas, sujeitos a requisitos próprios. A Figura 2 a seguir ilustra essa bifurcação conceitual e seus respectivos fundamentos legais.

Figura 2 - Distinção Conceitual: Custo, Despesa e o Tratamento do Furto

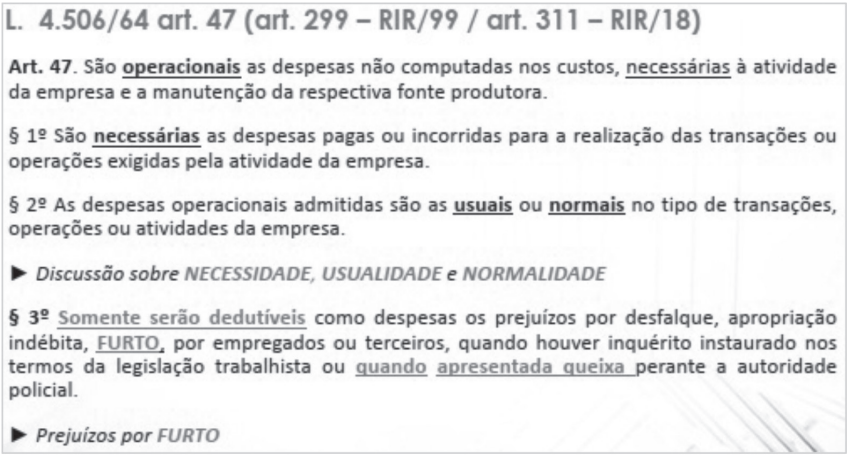


1.2. DESPESAS OPERACIONAIS: O ART. 47 DA LEI Nº 4.506/64 E O ART. 311 DO RIR/2018

As despesas operacionais, por sua vez, são definidas pelo art. 47 da Lei nº 4.506/64 (art. 311 do RIR/18) como aquelas "não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora". O § 1º do mesmo artigo esclarece que são necessárias "as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa", e o § 2º adiciona que são admitidas as despesas "usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa". A trinca "necessidade-usualidade-normalidade" é, assim, o crivo para a dedutibilidade das despesas operacionais.

Diferentemente dos custos, a dedutibilidade das despesas operacionais não é automática, submetendo-se ao crivo legal da necessidade, usualidade e normalidade. Este é o regime geral que condiciona sua dedução. A Figura 3 esquematiza esses requisitos, destacando também o tratamento específico que a própria norma confere aos prejuízos por furto.

Figura 3 - Despesas Operacionais: o regime jurídico e os requisitos de dedutibilidade



1.3. PERDAS EXTRAORDINÁRIAS E PREJUÍZOS POR ATOS ILÍCITOS DE TERCEIROS

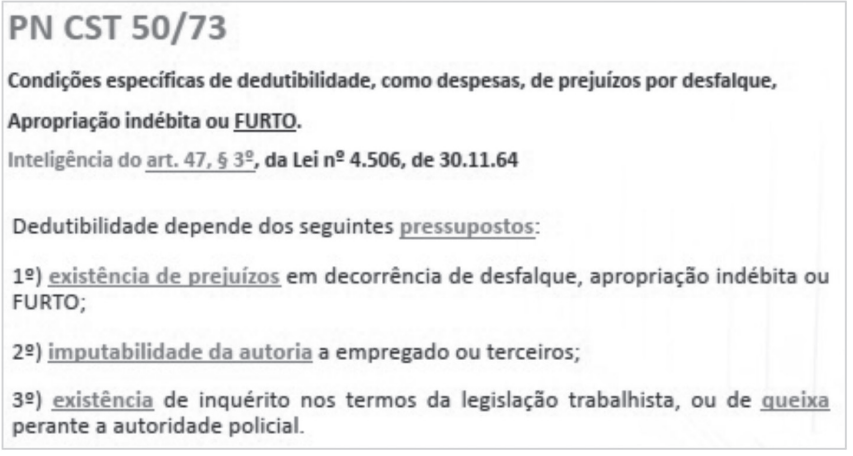
Além dos custos e das despesas operacionais ordinárias, a legislação tributária trata de perdas específicas. O já mencionado art. 46, VI, da Lei nº 4.506/64 (art. 303, II, RIR/18) admite a dedutibilidade, como custo, de quebras ou perdas de estoque por deterioração ou obsolescência, condicionada à comprovação por laudos específicos.

No campo das despesas, o §3º do art. 47 da Lei nº 4.506/64 (art. 376 do RIR/18) assume particular relevância para a discussão das perdas não técnicas de energia, ao dispor que "s*omente serão dedutíveis como despesas os prejuízos por desfalque, apropriação indébita, furto, por empregados ou terceiros, quando houver inquérito instaurado nos termos da legislação trabalhista ou quando apresentada queixa perante a autoridade policial*". Este dispositivo estabelece requisitos formais para a dedução de prejuízos decorrentes de certos atos ilícitos. A interpretação e aplicação desses requisitos são centrais na jurisprudência administrativa sobre o tema.

O Parecer Normativo CST nº 50/1973 detalhou os pressupostos para a dedutibilidade de prejuízos por desfalque, apropriação indébita ou furto, quais sejam: (i) existência de prejuízos; (ii) imputabilidade da autoria a empregado ou terceiros; e (iii) existência de inquérito ou queixa perante a autoridade policial.

A densificação dos requisitos legais para a dedução de prejuízos por furto foi realizada pela Administração Tributária por meio do Parecer Normativo CST nº 50/1973. Este ato estabeleceu as balizas formais que, historicamente, pautam a análise fiscal sobre o tema. A Figura 4 esquematiza esses pressupostos.

Figura 4 - Pressupostos do Parecer Normativo CST 50/73



1.4. DISTINÇÃO CONCEITUAL ENTRE CUSTO, DESPESA E PERDA

Para a correta aplicação da legislação tributária, a distinção conceitual entre custo, despesa e perda é fundamental, embora nem sempre estanque na prática empresarial e contábil. Conforme a doutrina contábil custos são gastos relativos a bem ou serviço utilizado na produção de outros bens ou serviços. Despesas são bens ou serviços consumidos, direta ou indiretamente, para a obtenção de receitas. Perdas, em sentido estrito, podem ser vistas como bens ou serviços consumidos de forma anormal e involuntária.

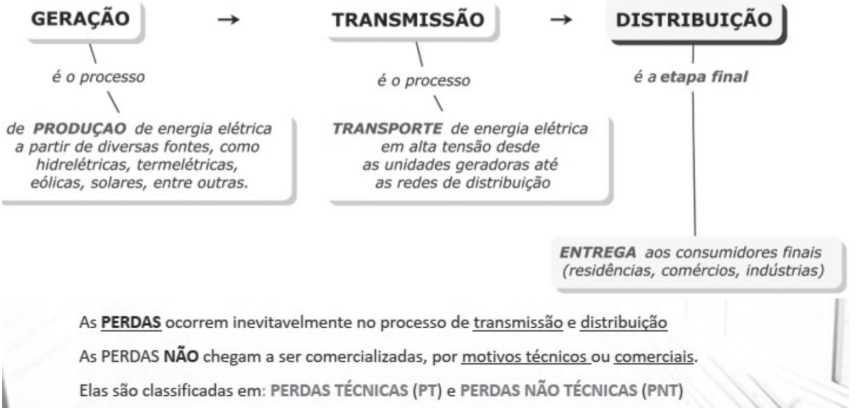
A legislação do IRPJ, contudo, por vezes utiliza esses termos com acepções próprias ou equipara uns aos outros para fins de dedutibilidade, como no caso das "quebras e perdas razoáveis" tratadas como custo (art. 46, V). A análise da dedutibilidade das perdas de energia perpassa, invariavelmente, pela qualificação desses dispêndios como custo (perda normal e razoável inerente ao processo) ou como despesa/prejuízo (perda anormal, possivelmente decorrente de furto, sujeita a requisitos específicos).

1.5. CAPÍTULO II: AS PERDAS DE ENERGIA ELÉTRICA: TIPOLOGIA, CARACTERIZAÇÃO E CONTEXTO REGULATÓRIO

O fornecimento de energia elétrica envolve um cadeia operacional estruturada que se inicia na geração, passa pela transmissão em alta tensão, e culmina na distribuição aos consumidores finais. Ao longo dessas etapas, é inevitável que uma parcela da energia não seja efetivamente entregue ou faturada, configurando as chamadas perdas de energia.

A correta compreensão da natureza das perdas de energia exige, primeiramente, a visualização do seu trajeto. Desde a **geração** até a entrega final ao consumidor, a energia percorre um complexo sistema cujas etapas de **transmissão** e **distribuição** são, por sua própria natureza, suscetíveis a perdas. A Figura 5 esquematiza esta jornada e o ponto de origem das perdas.

Figura 5 - Estrutura do Sistema Elétrico e a Inevitabilidade das Perdas

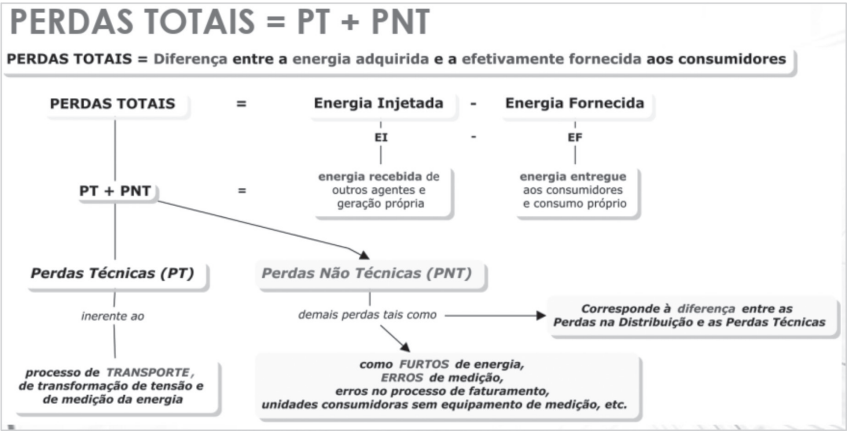


1.5.1. TIPOLOGIA DAS PERDAS DE ENERGIA

As perdas de energia elétrica são usualmente classificadas em duas categorias principais: **técnicas** e **não técnicas** (ou **comerciais**). É imperativo compreender a composição e a forma de apuração de cada modalidade.

As **Perdas Totais**, resultantes da diferença entre a energia injetada e a efetivamente fornecida, são decompostas para se isolar a parcela não técnica, que decorre de fatores como furtos e erros. A Figura 6 esquematiza este fluxo de apuração.

Figura 6 - Composição e Apuração das Perdas Técnicas e Não Técnicas



1.5.1.1. *PERDAS TÉCNICAS (PT)*

As **perdas técnicas** são inerentes aos processos físicos de transporte e transformação da energia elétrica nas redes de transmissão e distribuição. Decorrem, fundamentalmente, da dissipação de energia sob forma de calor nos condutores (efeito Joule), perdas nos núcleos e enrolamentos dos transformadores, e outras perdas associadas aos equipamentos elétricos. São, por natureza, inevitáveis, embora possam ser minimizadas por meio de investimentos em tecnologia e otimização da configuração das redes. Sua quantificação é geralmente estimada por meio de modelos matemáticos e estudos técnicos.

Conforme o Relatório "Perdas de Energia Elétrica na Distribuição 2024" da ANEEL,, "o transporte da energia (…) resulta inevitavelmente em perdas técnicas, pois parte da energia é dissipada no processo de transporte, transformação de tensão e medição em decorrência das leis da física"[1].

1 BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Perdas de Energia Elétrica na Distribuição 2024. Brasília, DF: ANEEL, 2024. p. 2.

1.5.1.2. *PERDAS NÃO TÉCNICAS (PNT) OU COMERCIAIS*

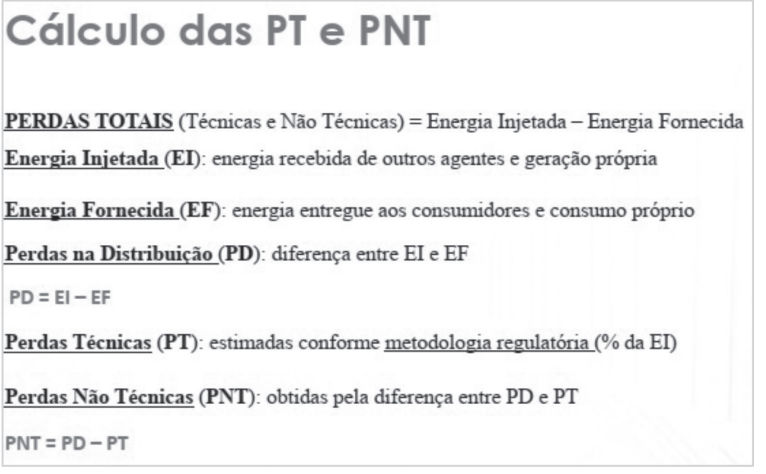
As **perdas não técnicas**, também conhecidas como **perdas comerciais**, não derivam diretamente das leis da física que regem o transporte de energia, mas de fatores externos e intervenções no sistema. Suas principais causas incluem:

> **Furtos de energia:** Ligações clandestinas ("gatos") que desviam energia antes do medidor.
> **Fraudes:** Adulterações nos medidores para registrar consumo inferior ao real.
> **Erros de medição:** Falhas nos equipamentos de medição não relacionadas a fraudes.
> **Erros de faturamento:** Inconsistências no processo de leitura, processamento e emissão de faturas.
> **Unidades consumidoras sem medição ou com medição inadequada.**

O Relatório da ANEEL (2024, p. 2) destaca que as PNT "têm origem principalmente nos furtos (…), fraudes (…), erros de leitura, medição e faturamento. Essas perdas (…) estão em grande medida associadas à gestão da concessionária e às características socioeconômicas das áreas de concessão".

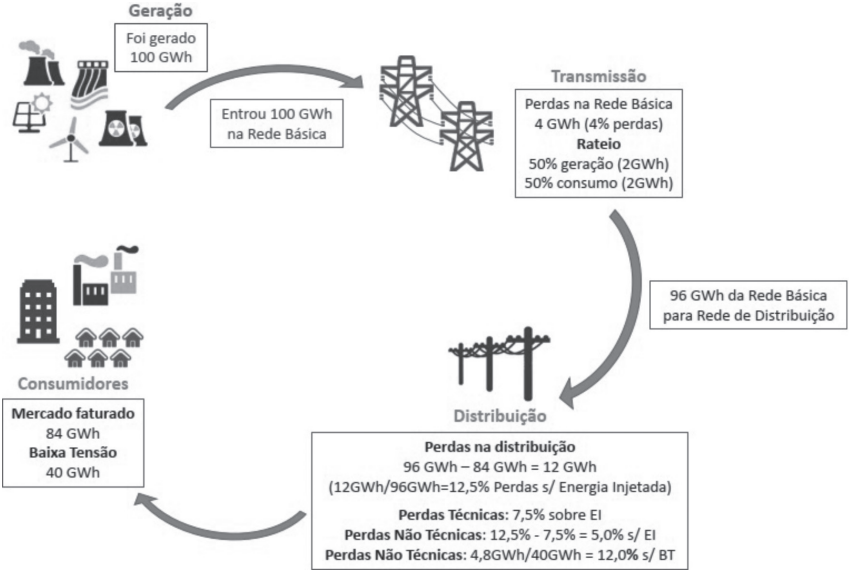
A quantificação das perdas não técnicas (PNT) ocorre por exclusão. A partir das perdas totais, apuradas pela diferença entre a energia injetada e a fornecida, subtrai-se a parcela das perdas técnicas (PT), que são estimadas com base em metodologia regulatória. A Figura 7 demonstra essa sistemática de cálculo.

Figura 7 - Metodologia de Apuração das Perdas Técnicas e Não Técnicas



Para uma visão sistêmica, é elucidativo observar o fluxo da energia desde a geração até o consumo, identificando os pontos onde as perdas ocorrem e como são rateadas. A Figura 8, extraída de relatório técnico da ANEEL, ilustra com clareza essa dinâmica, evidenciando que as perdas são um fenômeno inerente a todas as etapas do processo de fornecimento de energia elétrica[2].

Figura 8 - Fluxograma das Perdas no Sistema Elétrico Brasileiro



1.5.2. O CONTEXTO REGULATÓRIO DA ANEEL

A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), como órgão regulador do setor, desempenha um papel essencial na definição de como as perdas de energia são tratadas para fins tarifários. É imperativo distinguir, desde logo, que o tratamento regulatório não se confunde, necessariamente, com o tratamento tributário, embora o primeiro possa influenciar a argumentação no contencioso fiscal.

---

2 BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Perdas de Energia Elétrica na Distribuição 2024. Superintendência de Gestão Tarifária e Regulação Econômica – SRT. Brasília, DF: ANEEL, 2024. p. 3. Figura 2 – Perdas no Setor Elétrico Brasileiro.

1.5.2.1. METODOLOGIA REGULATÓRIA E NÍVEIS EFICIENTES

A ANEEL estabelece, por meio de seus Procedimentos de Distribuição (PRODIST) e nos processos de revisão tarifária periódica, limites regulatórios para as perdas técnicas e não técnicas que podem ser repassados às tarifas dos consumidores. O objetivo é incentivar a eficiência das distribuidoras na gestão e combate às perdas.

Para as **perdas técnicas**, a ANEEL reconhece "apenas os níveis eficientes"[3], calculados com base em modelos que consideram as características de cada concessão.

Para as **perdas não técnicas**, a metodologia regulatória é mais complexa, envolvendo "regulação por incentivos"[4]. A ANEEL estabelece metas de redução e níveis regulatórios de PNT, considerando fatores como a complexidade socioeconômica da área de concessão e o desempenho de empresas de referência (benchmark). Conforme o Anexo I do Relatório ANEEL[5], "percentuais acima dos patamares regulatórios não são repassados para a tarifa de energia elétrica, o que implica que toda essa perda de receita seja arcada pelos acionistas da empresa."

A análise da série histórica oficial da ANEEL demonstra que as perdas são um fenômeno estrutural e persistente no setor elétrico brasileiro. As Figura 9 e a Figura 10 revelam a evolução das perdas na última década, tanto em sua dimensão percentual quanto em seus montantes absolutos, quantificando a magnitude física do problema [6]-[7].

---

3 BRASIL. ANEEL. Perdas de Energia Elétrica…, cit., p. 2.

4 Ibid., p. 6.

5 Ibid., p. 13.

6 Ibid., p. 4.

7 Ibid., p. 4.

Figura 9 - Evolução Percentual das Perdas na Distribuição (2008-2023)

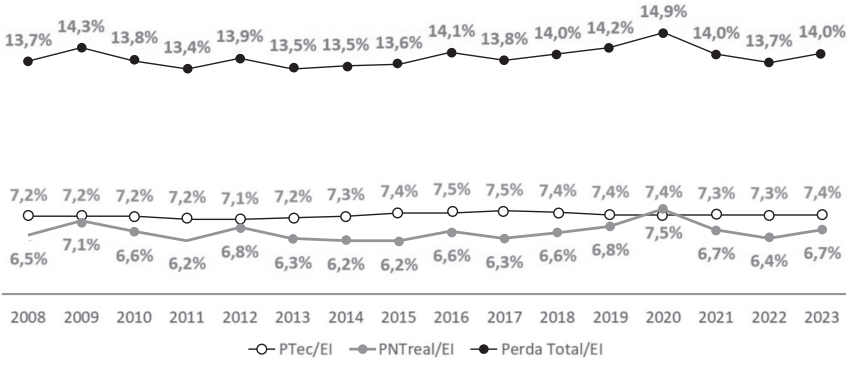
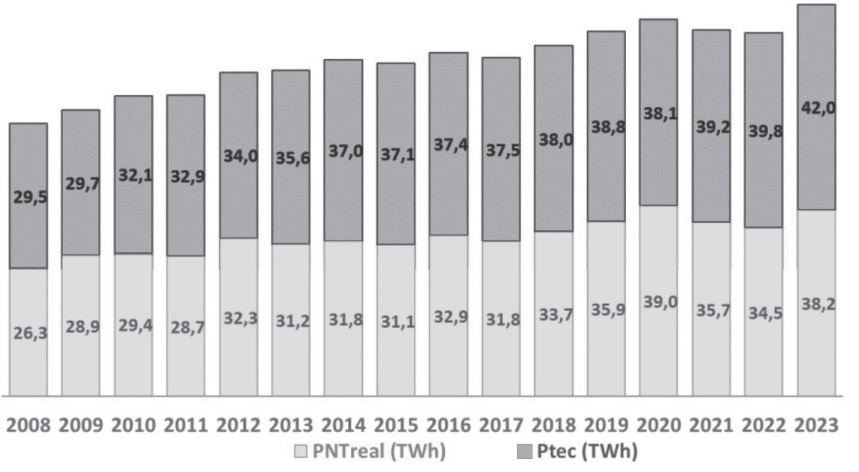


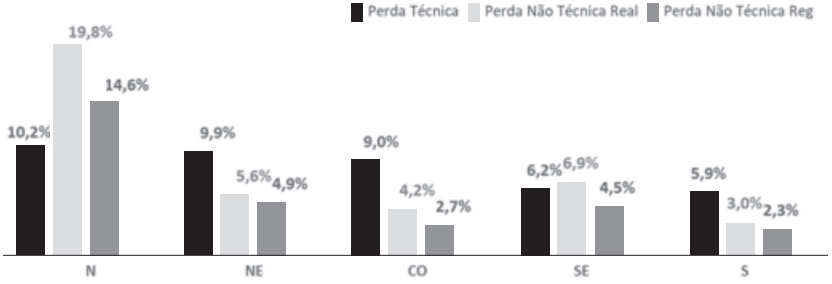
Figura 10 - Montantes Absolutos das Perdas Técnicas e Não Técnicas em TWh (2008-2023)



A metodologia da ANEEL introduz a distinção crucial entre as perdas reais (efetivamente ocorridas) e as regulatórias (patamar considerado eficiente e passível de repasse tarifário). A Figura 11 não apenas ilustra essa dualidade, mas também evidencia a profunda assimetria do fenômeno entre as diversas regiões do país, refletindo as diferentes complexidades socioeconômicas[8].

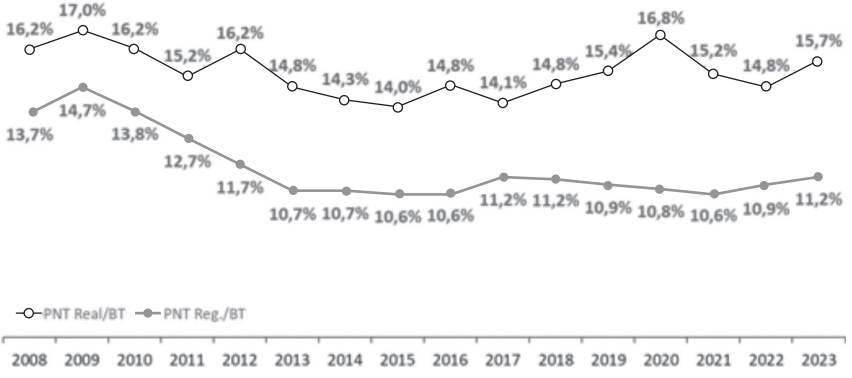
8 Ibid., p. 5. Figura 5 – Perdas Técnicas Regulatórias, Não Técnicas Reais e Regulatórias sobre a Energia Injetada (2023).

Figura 11 - Comparativo Regional entre Perdas Reais e Regulatórias (2023)



O núcleo do incentivo regulatório reside no hiato entre as perdas não técnicas (PNT) reais e as regulatórias. Este descompasso, que representa a parcela do custo a ser absorvida pela distribuidora, é o epicentro da controvérsia fiscal. As Figura 12 e a Figura 13 detalham a evolução histórica dessa diferença, em termos percentuais e absolutos[9]-[10].

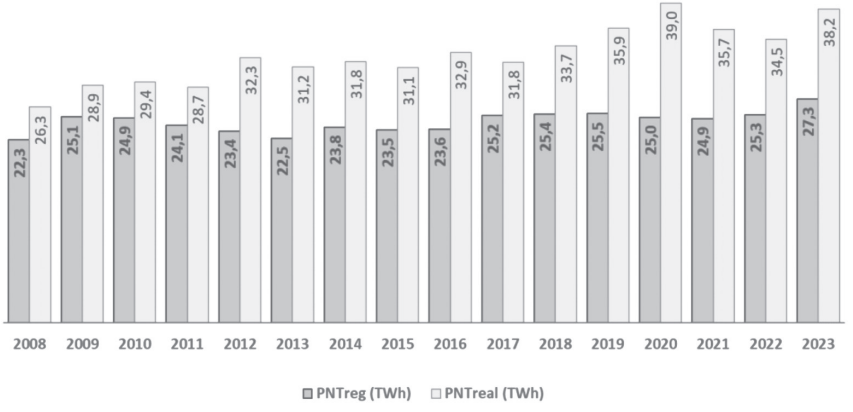
Figura 12 - Evolução Comparativa das PNT Reais e Regulatórias (Percentual Ponderado)



9 Ibid., p. 8. Figura 10 – Perdas Não Técnicas Reais e Regulatórias sobre BT Faturado (média ponderada).

10 Ibid., p. 8. Figura 11 – Perdas Não Técnicas Reais e Regulatória sobre BT Faturado - TWh (2023).

Figura 13 - Evolução Comparativa das PNT Reais e Regulatórias (Montante em TWh)



1.5.2.2. IMPACTO NAS TARIFAS E O ÔNUS DA INEFICIÊNCIA

A lógica regulatória é que "eventuais negligências ou ineficiências das distribuidoras no combate às perdas não devem ser repassadas às tarifas"[11]. Assim, quando as perdas reais de uma distribuidora superam os níveis regulatórios, o custo excedente é, em tese, suportado pela própria empresa, e não pelos consumidores via tarifa. Por outro lado, se a empresa consegue operar com perdas inferiores às metas regulatórias, pode auferir ganhos.

O FAQ do Relatório ANEEL[12] esclarece que o consumidor regular arca parcialmente com as fraudes e furtos, pois a ANEEL reconhece "valores regulatórios eficientes, normalmente inferiores aos valores praticados". Isso significa que uma parcela das PNT é, de fato, considerada no cálculo tarifário, mas limitada a um patamar tido como eficiente e gerenciável.

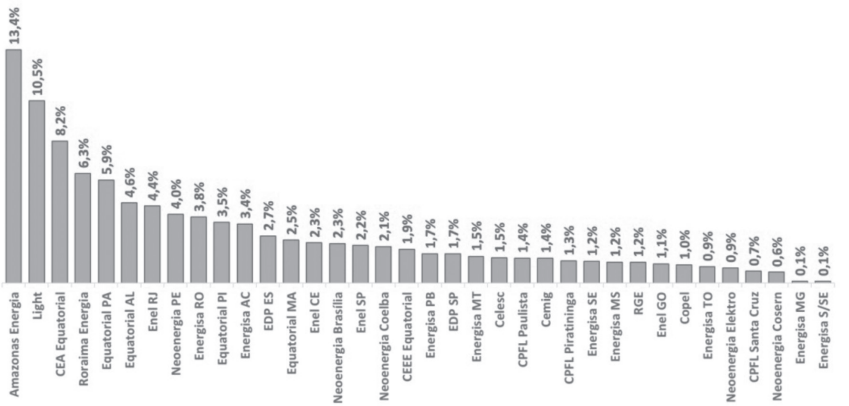
O reconhecimento parcial das perdas pela ANEEL não é um mero ajuste contábil; ele se materializa como um componente efetivo da tarifa de energia elétrica paga pelos consumidores. A Figura 14 demonstra, de forma inequívoca, o percentual que a parcela regulatória das perdas não técnicas representa na composição das tarifas residenciais

11 BRASIL. ANEEL. Perdas de Energia Elétrica…, cit., p. 7.

12 Ibid., p. 15.

das diversas distribuidoras do país, confirmando sua natureza de custo operacional recuperado na receita[13].

Figura 14 - Participação das Perdas Não Técnicas nas Tarifas Residenciais (2023)



1.5.3. A POSIÇÃO DA RECEITA FEDERAL (RFB)

A Receita Federal, por meio de Soluções de Consulta, tem se manifestado sobre o tema. A Solução de Consulta Cosit nº 17/2016 e a Solução de Consulta Cosit nº 03/2017 são paradigmáticas. Em síntese, a RFB entende que:

> **Perdas Técnicas Razoáveis:** podem integrar o custo dos serviços prestados, pois são inerentes ao transporte de energia.
> **Perdas Não Técnicas:** não são inerentes à atividade, estando relacionadas à gestão comercial. Portanto, não podem integrar o custo. Poderiam, contudo, ser consideradas como despesa dedutível se decorrentes de furto e se atendidos os requisitos do art. 47, §3º da Lei nº 4.506/64 (comprovação por queixa ou inquérito policial).

Em suma, a posição da Receita Federal assenta-se em uma premissa basilar: a ausência de inerência das perdas não técnicas à atividade de distribuição. A partir desse postulado, a RFB estabelece um nítido divórcio no tratamento das perdas: enquanto as técnicas são qualificadas como custo (perda razoável), com dedutibilidade automática, as não técnicas são desqualificadas como tal e remetidas ao regime jurídico das despesas por furto.

---

13 BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Perdas de Energia Elétrica na Distribuição 2024. Superintendência de Gestão Tarifária e Regulação Econômica – SRT. Brasília, DF: ANEEL, 2024. p. 11. Figura 16 – Participação das Perdas Não Técnicas nas tarifas residenciais, sem tributos (2023).

Essa bifurcação conceitual é a chave de toda a controvérsia. Ao deslocar as perdas não técnicas do campo dos custos para o das despesas, a Autoridade Fiscal impõe uma "trava formalista": sua dedução deixa de ser uma consequência natural da operação e passa a depender do estrito cumprimento dos requisitos do art. 376 do RIR/2018 — notadamente, a comprovação por meio de queixa ou inquérito policial.

Cria-se, assim, um cisma doutrinário entre a realidade regulatória, que reconhece uma parcela dessas perdas como componente tarifário, e a interpretação fiscal, que as enxerga como prejuízos extraordinários. É precisamente este conflito que estabelece o foco argumentativo e prepara o terreno para o complexo debate jurisprudencial que se desenvolverá no âmbito do CARF, como se analisará a seguir.

Esta distinção e os requisitos formais impostos pela RFB para a dedução das PNT são o cerne de grande parte das autuações fiscais e das discussões no CARF, como será detalhado no próximo capítulo.

2. CAPÍTULO III: ANÁLISE DA DEDUTIBILIDADE DAS PERDAS DE ENERGIA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO CARF

O CARF tem sido o principal foro de maturação da interpretação administrativa sobre a dedutibilidade das perdas de energia elétrica. A análise de seus julgados revela a complexidade da matéria, a diversidade de argumentos e a evolução do entendimento ao longo do tempo. Este capítulo dedicar-se-á a examinar criticamente as principais correntes, iniciando pelas decisões que, majoritariamente, mantiveram as glosas fiscais relativas às perdas não técnicas.

2.1. A CORRENTE RESTRITIVA: PREVALÊNCIA DOS REQUISITOS FORMAIS E DA NATUREZA NÃO INERENTE DAS PERDAS NÃO TÉCNICAS

Uma linha de entendimento consolidada em determinados períodos e turmas do CARF pauta-se por uma interpretação mais restritiva quanto à dedutibilidade das perdas não técnicas (PNT), enfatizando a ausência de seu caráter inerente à atividade de distribuição e o descumprimento dos requisitos formais previstos na legislação para a dedução de prejuízos por furto.

2.1.1. ACÓRDÃO Nº 1402-002.147 (SESSÃO DE 05 DE ABRIL DE 2016)

Este julgado, referente ao ano-calendário de 2011, é emblemático da posição que nega a dedutibilidade das PNT quando não cumpridos os requisitos do art. 364 do RIR/99 (atual art. 376 do RIR/18). A ementa é clara ao dispor que "O prejuízo oriundo de desfalque, apropriação indébita, furto ou fraude somente será dedutível na apuração do imposto de renda (…) quando houver boletim de ocorrência ou inquérito instaurado, nos termos da legislação, ou quando o houver prove de que o fato foi comunicado à autoridade policial (notitia criminis)."

- **Análise dos Fundamentos (Voto do Relator Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves):**

  Qualificação das PNT: o voto condutor, ao analisar a "Infração 2" (glosa de custos relativos a energia elétrica perdida em decorrência de desvio, fraude ou furto – PNT), rechaça o argumento da recorrente de que tais perdas seriam custos repassados aos consumidores via tarifa determinada pela ANEEL e, portanto, dedutíveis.

  Distinção entre Perdas Técnicas e Não Técnicas: implicitamente, o acórdão diferencia as perdas. Enquanto as perdas técnicas poderiam, em tese, ser consideradas "quebras e perdas razoáveis" (art. 291, I, RIR/99 – atual art. 303, I, RIR/18), as perdas não técnicas, especialmente as decorrentes de furto ou fraude, seguiriam a regra específica do art. 364 do RIR/99 (atual art. 376 do RIR/18).

  Requisito Formal do Boletim de Ocorrência/Inquérito: o ponto central da decisão reside na exigência de apresentação de boletim de ocorrência policial ou abertura de inquérito como condição para a dedução das PNT. O relator destaca que a recorrente não teria cumprido essa exigência, afastando a dedutibilidade.

  Insuficiência do Processo Administrativo Interno: a alegação da empresa de que instaura processos administrativos internos para apurar as perdas e que seria inviável a elaboração de boletins de ocorrência para cada caso não foi acolhida como suficiente para suprir a exigência legal. O voto ressalta que "O processo administrativo instaurado pela Recorrente além de ser documento de criação unilateral da contribuinte, não está previsto no texto do art. 364 do RIR/99 que condiciona o abatimento de tal custo.".

  Irrelevância do Tratamento Tarifário da ANEEL para Fins Fiscais: embora a recorrente argumentasse que as perdas são embutidas na tarifa pela ANEEL, o acórdão foca na legislação tributária, indicando que o tratamento regulatório não se sobrepõe às exigências fiscais para dedutibilidade.

- **Resultado:** Por maioria, negou-se provimento ao recurso voluntário quanto à glosa das PNT, mantendo a autuação fiscal nesse ponto.

2.1.2. ACÓRDÃO Nº 1402-004.314 (SESSÃO DE 10 DE DEZEMBRO DE 2019) – VOTO DE QUALIDADE

Este julgado, referente aos anos-calendário de 2014 e 2015, reforça a corrente restritiva, decidindo por voto de qualidade pela manutenção da glosa das PNT. A ementa é similar à do precedente anterior, condicionando a dedutibilidade das PNT à comprovação mediante "inquérito instaurado nos termos da legislação trabalhista, ou quando ajuizada queixa ou dirigida representação criminal à autoridade policial".

- **Análise dos Fundamentos (Voto Vencedor do Redator Designado Conselheiro Marco Rogério Borges, que espelhou a posição da maioria):**

  Não Caracterização como Custo (Art. 291 RIR/99): O voto vencedor argumenta que as PNT não se enquadram no conceito de "quebras e perdas razoáveis" do art. 291 do RIR/99, pois estão "diretamente associadas à gestão comercial da distribuidora, não se constituindo, em custo do serviço prestado".

  Aplicação Restrita do Art. 364 RIR/99: a dedutibilidade só seria possível se cumpridos os requisitos do §3º do art. 364 do RIR/99 (atual art. 376, §3º, RIR/18), que trata de prejuízos por desfalque, apropriação indébita ou furto.

  Insuficiência da Comunicação Genérica à Autoridade Policial: o voto vencedor critica a natureza das comunicações feitas pela empresa à autoridade policial. Conforme o relatório fiscal, a empresa apresentou ofícios genéricos à Secretaria de Segurança Pública, emitidos após o início do procedimento fiscal e sem individualização dos responsáveis ou dos locais exatos dos furtos. Tal comunicação foi considerada insuficiente para atender à exigência legal, que visaria viabilizar a apuração da autoria. O voto do relator original, Conselheiro Marco Rogério Borges, na decisão da DRJ, que foi mantida no CARF pelo voto de qualidade, já havia destacado a extemporaneidade e a generalidade dessas comunicações.

  Diferenciação entre Perdas Técnicas e Não Técnicas: o voto vencedor reitera a distinção, afirmando que "não vislumbro as perdas não técnicas como inerentes às atividades desenvolvidas pelas distribuidoras de energia – tem relação direta com a sua gestão".

  Relevância da Solução de Consulta Cosit nº 03/2017: o voto vencedor se ampara fortemente na SCI Cosit nº 03/2017, que estabelece que as PNT não são inerentes à atividade e só podem ser deduzidas como despesa se atendidos os requisitos formais relativos à comunicação de furto.

- **Votos Vencidos (Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Junia Roberta Gouveia Sampaio e Paula Santos de Abreu):**

Os votos vencidos, que davam provimento ao recurso do contribuinte, sinalizam uma interpretação divergente, possivelmente mais alinhada com a natureza intrínseca das PNT à atividade em áreas de alta complexidade socioeconômica ou com uma flexibilização dos requisitos formais de comprovação, como será explorado na seção sobre as decisões favoráveis aos contribuintes. A Conselheira Junia Roberta Gouveia Sampaio, por exemplo, em seu voto vencido no Acórdão 1402-004.517 (analisado a seguir, mas que reflete uma linha de pensamento similar), argumenta sobre a impossibilidade de cumprimento de certas exigências formais em contextos de alta criminalidade e a inerência das perdas à atividade.

- **Resultado:** Por voto de qualidade, negou-se provimento ao recurso voluntário, mantendo a glosa das PNT.

2.1.3. ACÓRDÃO Nº 1402-004.517 (SESSÃO DE 10 DE MARÇO DE 2020) – VOTO DE QUALIDADE

Este acórdão, referente aos anos-calendário de 2013 e 2014, segue a mesma linha dos anteriores, também decidido por voto de qualidade. A fiscalização glosou PNT por entender que não foram cumpridos os requisitos do art. 364 do RIR/99.

- **Análise dos Fundamentos (Voto Vencedor do Redator Designado Conselheiro Marco Rogério Borges):**

  Os fundamentos do voto vencedor são substancialmente os mesmos do Acórdão 1402-004.314, reiterando:
  A não inerência das PNT à atividade para fins de enquadramento como custo.
  A necessidade de cumprimento estrito dos requisitos do art. 364 do RIR/99 para dedução como despesa por furto.
  A insuficiência de comunicações genéricas e extemporâneas à autoridade policial. A "notícia-crime" apresentada pela recorrente foi considerada genérica e realizada anos após os fatos, não individualizando localidades, datas ou circunstâncias.

- **Voto Vencido (Relatora Original Conselheira Junia Roberta Gouveia Sampaio):**

  O voto da relatora original, que foi vencido, apresenta argumentos robustos em favor do contribuinte, que merecem destaque por anteciparem teses que viriam a prevalecer em outros julgados:
  Inerência das PNT à Atividade: *Argumenta que as PNT, especialmente em áreas de alta complexidade socioeconômica como o Rio de Janeiro, são inerentes e indissociáveis da atividade de distribuição de energia.*
  Reconhecimento pela ANEEL: *O fato de a ANEEL considerar as PNT na composição tarifária (dentro de limites regulatórios) corroboraria sua natureza de custo operacional.*

Impossibilidade de Cumprimento dos Requisitos Formais: *Sustenta a inexequibilidade da exigência de detalhamento individualizado de cada furto em boletins de ocorrência, dada a magnitude do problema e os riscos envolvidos. A "queixa-crime" apresentada, mesmo que genérica, atenderia ao espírito da norma.*

Mudança de Critério Jurídico pela RFB: *Aponta que a Solução de Consulta Cosit nº 03/2017 representou uma mudança de critério jurídico em relação à Solução de Consulta nº 27/2008, e que essa mudança não poderia retroagir para prejudicar o contribuinte, com base no art. 146 do CTN e no princípio da proteção da confiança.*

Dedução como Custo (Art. 291 RIR/99): *Defende que as PNT deveriam ser tratadas como "quebras e perdas razoáveis" inerentes à atividade, dedutíveis como custo.*

- **Resultado:** Por voto de qualidade, negou-se provimento ao recurso voluntário quanto à glosa das PNT.

Síntese Parcial da Corrente Restritiva: as decisões que negam provimento aos recursos dos contribuintes em relação às PNT geralmente se fundamentam na (i) não caracterização dessas perdas como "custos" nos termos do art. 303 do RIR/18 (antigo art. 291 do RIR/99), por não serem consideradas inerentes à atividade de forma análoga às perdas técnicas; e (ii) no descumprimento dos requisitos formais do art. 376 do RIR/18 (antigo art. 364 do RIR/99) para sua dedução como "despesa" decorrente de furto, notadamente a ausência de boletins de ocorrência individualizados e tempestivos ou de inquéritos policiais que efetivamente possibilitem a apuração da autoria. O tratamento regulatório da ANEEL, embora mencionado, não tem sido considerado determinante para a qualificação fiscal da perda.

2.1.4. ACÓRDÃO Nº 1202-001.394 (SESSÃO DE 10 DE SETEMBRO DE 2024) – REAFIRMAÇÃO DA POSIÇÃO RESTRITIVA POR VOTO DE QUALIDADE

Este julgado, referente ao ano-calendário de 2017, é o mais recente a compor a linha de decisões que negam provimento aos recursos dos contribuintes em matéria de dedutibilidade de perdas não técnicas (PNT), também decidido por voto de qualidade. Ele consolida e reafirma os fundamentos já observados nos precedentes anteriores, com especial ênfase nos requisitos formais para a dedução de prejuízos por furto.

A ementa do acórdão é taxativa: "As perdas não técnicas somente poderão ser consideradas como despesa dedutível para fins de apuração do lucro tributável, se decorrentes de desfalque, apropriação indébita

ou furto, ocasionados por empregados ou terceiros, quando houver inquérito instaurado nos termos da legislação trabalhista, ou quando ajuizada queixa ou dirigida representação criminal à autoridade policial, **que individualize a situação fática, e não como pretendido pelo contribuinte, em forma de ofício, de forma genérica e vaga**." (grifo nosso).

- **Análise dos Fundamentos (Voto Vencedor do Redator Designado Conselheiro Maurício Novaes Ferreira):**

  Distinção entre Perdas Técnicas e Não Técnicas: O voto vencedor, alinhado com o Termo de Verificação Fiscal, reitera a distinção fundamental:
  Perdas Técnicas: *consideradas inerentes ao processo de transporte e, portanto, passíveis de inclusão no custo do serviço prestado.*
  Perdas Não Técnicas: *entendidas como não intrínsecas à atividade de distribuição, mas decorrentes de eventos como furtos e erros de medição. Estas não poderiam integrar o custo dos serviços.*
  Condicionamento da Dedutibilidade das PNT aos Requisitos do Art. 47, §3º da Lei nº 4.506/64: o cerne da argumentação reside na aplicação estrita do dispositivo legal que trata da dedução de prejuízos por furto. O voto vencedor adota as razões do acórdão recorrido (DRJ), que por sua vez se baseia na Solução de Consulta Interna COSIT nº 03/2017 e no Parecer Normativo CST nº 50/1973.
  Insuficiência da Comunicação Genérica e Vaga à Autoridade Policial: este é o ponto **essencial** e onde o acórdão aprofunda a análise. A fiscalização e, subsequentemente, o colegiado, consideraram que a "notificação sobre furto de energia" apresentada pela contribuinte à Secretaria de Segurança Pública, embora protocolada, não cumpria os requisitos para a dedutibilidade por ser:
  Genérica: *não individualizava os fatos, locais específicos ou autores dos delitos. O documento é descrito como um comunicado que "não individualizam os fatos ilícitos e tampouco reputam à autoria do crime".*
  Extemporânea: *a notificação, datada de 20/08/2018, referia-se a furtos ocorridos entre 2014 e 2017, sendo considerada meramente protocolar e posterior ao fato gerador do imposto sob exame (31/12/2017).*
  Incapaz de Viabilizar a Apuração da Autoria: *o voto destaca que o objetivo da exigência legal (comunicação à autoridade policial) é viabilizar a investigação e a imputação de autoria, o que não seria possível com uma comunicação genérica. A decisão da DRJ ressalta que a alegação de incapacidade de identificação dos autores não se coaduna com a emissão de Termos de Ocorrência de Irregularidade (TOI) pela própria empresa, que pressupõem a identificação de irregularidades em unidades consumidoras específicas.*
  Irrelevância da Complexidade Socioeconômica para Afastar a Exigência Legal: embora a contribuinte argumentasse sobre as dificuldades de combate ao furto em determinadas áreas, o voto vencedor entende que

tais circunstâncias não eximem do cumprimento dos requisitos legais para a dedução.

Vinculação ao Entendimento da COSIT: o voto vencedor reforça a vinculação hierárquica das Delegacias de Julgamento (DRJ) e, por extensão, das turmas do CARF, às interpretações da COSIT, citando a Portaria RFB nº 1.936/2018.

- **Votos Vencidos (Conselheiros Fellipe Honório Rodrigues da Costa, André Luis Ulrich Pinto e Roney Sandro Freire Correa):**

  Os votos vencidos, que propunham o provimento integral do recurso, indicam uma divergência substancial quanto à interpretação dos requisitos legais e à natureza das PNT. O voto do relator original, Conselheiro Fellipe Honório Rodrigues da Costa, defende que:

  PNT como Custo Inerente: *As perdas não técnicas, mesmo as que excedem o limite regulatório, seriam custos inerentes à atividade de distribuição, especialmente em contextos de alta complexidade. A própria ANEEL, ao permitir o repasse parcial via tarifa, reconheceria essa natureza.*

  Dedução Automática como Custo: *Sendo custo, sua dedutibilidade seria automática e integral, prescindindo da análise dos requisitos aplicáveis a despesas.*

  Inaplicabilidade do Art. 47, §3º da Lei nº 4.506/64: *Este dispositivo tratar-se-ia de despesas, e não de custos.*

  Precedentes Favoráveis: *Cita o Acórdão nº 1101-001.349 (que será analisado posteriormente), que reconheceu a natureza de custo das PNT.*

- **Resultado:** Por voto de qualidade, negou-se provimento ao recurso voluntário, mantendo a glosa das PNT.

Análise Crítica e Implicações: o Acórdão nº 1202-001.394 solidifica a posição de que, para a corrente majoritária (formada por voto de qualidade), a dedutibilidade das PNT como despesa por furto exige uma **comprovação robusta e individualizada** da ocorrência e da comunicação à autoridade policial. A mera notificação genérica, especialmente se extemporânea, não é considerada suficiente. Esta decisão reforça a importância da prova documental específica e da tempestividade das ações do contribuinte em buscar a apuração dos ilícitos.

A divergência exposta no voto do relator original, contudo, demonstra que a qualificação das PNT como custo inerente à atividade, e não como mera despesa sujeita a requisitos formais estritos, continua a ser uma tese com forte apelo e que encontra guarida em outros colegiados, como veremos adiante. A tensão entre a natureza da perda (custo operacional intrínseco versus despesa por ato de terceiro) e os requisitos formais para sua dedução permanece como o epicentro da controvérsia.

2.1.5. SÍNTESE DOS FUNDAMENTOS DA CORRENTE RESTRITIVA À DEDUTIBILIDADE DAS PERDAS NÃO TÉCNICAS

A análise dos Acórdãos nº 1402-002.147, nº 1402-004.314, nº 1402-004.517 e nº 1202-001.394, que representam a corrente jurisprudencial mais restritiva no CARF quanto à dedutibilidade das perdas não técnicas (PNT) de energia elétrica, permite identificar um conjunto coeso de fundamentos que sustentam a manutenção das glosas fiscais. Esses fundamentos podem ser sintetizados nos seguintes eixos argumentativos principais:

1. **Não Caracterização das PNT como Custo Dedutível (Art. 303 do RIR/2018):**

   Ausência de Inerência à Atividade: Diferentemente das perdas técnicas, consideradas inerentes aos processos físicos de transmissão e distribuição, as PNT são vistas como não intrínsecas à atividade principal da distribuidora. Argumenta-se que decorrem de fatores externos (furtos, fraudes) ou de falhas na gestão comercial (erros de medição e faturamento), não se confundindo com as "quebras e perdas razoáveis, de acordo com a natureza do bem e da atividade, ocorridas na fabricação, no transporte e manuseio" (art. 303, V, RIR/2018).

   Vínculo com a Gestão Comercial: As PNT são frequentemente associadas à gestão comercial da empresa, e não diretamente ao custo do serviço de distribuição de energia em si.

2. **Tratamento como Despesa por Furto e o Rigoroso Cumprimento dos Requisitos Formais (Art. 376 do RIR/2018):**

   Enquadramento Específico: Sendo as PNT majoritariamente decorrentes de furtos, sua eventual dedutibilidade deveria seguir a regra específica para prejuízos por furto, prevista no art. 376 do RIR/2018 (antigo art. 364 do RIR/99 e §3º do art. 47 da Lei nº 4.506/64).

   Exigência de Queixa ou Inquérito Policial Individualizado e Tempestivo: Este é o ponto mais enfatizado. A dedutibilidade fica condicionada à apresentação de queixa ou à instauração de inquérito policial que:

   Individualize a Situação Fática: *Comunicações genéricas à autoridade policial, sem detalhamento dos locais, datas, circunstâncias e, idealmente, indícios de autoria dos furtos, são consideradas insuficientes.*

   Seja Tempestiva: *A comunicação deve ser realizada em tempo hábil, contemporânea ou próxima aos fatos, de modo a permitir a efetiva investigação pela autoridade policial. Notificações realizadas anos após os eventos, ou após o início da fiscalização, são vistas como meramente protocolares e ineficazes para o fim legal.*

Possibilite a Apuração da Autoria: *O objetivo da norma, segundo essa corrente, é viabilizar a persecução dos responsáveis, e comunicações vagas não atenderiam a essa finalidade.*

Insuficiência de Provas Unilaterais: Documentos internos da empresa, como Termos de Ocorrência de Irregularidade (TOI) ou processos administrativos próprios, embora relevantes para a gestão interna e para o setor regulatório, não suprem a exigência legal de comunicação formal e específica à autoridade policial para fins de dedutibilidade fiscal do prejuízo por furto.

3. **Irrelevância Primária do Tratamento Regulatório da ANEEL para Fins Fiscais:**

   Embora se reconheça que a ANEEL estabelece metodologias para o tratamento das perdas e permite o repasse de uma parcela (considerada eficiente) às tarifas, essa corrente entende que as normas regulatórias não se sobrepõem à legislação tributária. A dedutibilidade para fins de IRPJ e CSLL deve observar estritamente os preceitos desta última, independentemente do reconhecimento regulatório da perda.

4. **Vinculação aos Entendimentos da COSIT:**

   As Soluções de Consulta da Coordenação-Geral de Tributação (COSIT), especialmente a SCI nº 03/2017, que consolida a visão restritiva, são frequentemente citadas como fundamento e orientação vinculante para os órgãos de julgamento administrativo.

Em suma, a corrente restritiva adota uma postura de legalidade estrita, priorizando o cumprimento dos requisitos formais estabelecidos para a dedução de prejuízos decorrentes de atos ilícitos de terceiros. A natureza complexa e, por vezes, endêmica das perdas não técnicas no setor elétrico brasileiro, bem como as dificuldades operacionais e os riscos associados ao combate a essas perdas em determinadas áreas, embora reconhecidos em alguns votos, não têm sido suficientes, para esta corrente, para flexibilizar as exigências legais ou para reclassificar as PNT como um custo inerente e automaticamente dedutível.

2.2. A CORRENTE INTERMEDIÁRIA: DEDUTIBILIDADE DAS PERDAS NÃO TÉCNICAS REGULATÓRIAS COMO CUSTO E ANÁLISE RESTRITA DAS PERDAS EXCEDENTES

Entre as posições de negativa total e provimento integral aos recursos dos contribuintes, emerge no CARF uma corrente intermediária, que busca uma solução de equilíbrio ao analisar a dedutibilidade das perdas não técnicas (PNT). Esta vertente distingue o tratamento fiscal

das PNT com base nos limites regulatórios estabelecidos pela ANEEL, admitindo a dedutibilidade da parcela regulatória como custo e submetendo a parcela excedente a uma análise mais restrita, sob a ótica das despesas por furto. O Acórdão nº 1302-007.199, de 17 de julho de 2024, é um exemplo paradigmático dessa abordagem.

2.2.1. ACÓRDÃO Nº 1302-007.199 (SESSÃO DE 17 DE JULHO DE 2024) – PROVIMENTO PARCIAL E A TESE DA "PERDA RAZOÁVEL REGULATÓRIA"

Este julgado, referente aos anos-calendário de 2016 e 2017, representa uma inflexão importante ao dar provimento parcial ao recurso voluntário, reconhecendo a dedutibilidade da parcela das PNT que se encontra dentro dos limites estabelecidos pela ANEEL (Perdas Não Técnicas Regulatórias) como **custo**, e analisando a parcela excedente sob os rigores do art. 364 do RIR/99 (atual art. 376 do RIR/18).

- **Análise dos Fundamentos (Voto do Relator Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo):**

  Contextualização das Perdas no Setor Elétrico: O voto inicia com uma detalhada contextualização do setor elétrico e da metodologia da ANEEL para apuração e tratamento das perdas, distinguindo PNT Reais de PNT Regulatórias. Reconhece que as PNT Regulatórias são uma parcela que a agência reguladora, por meio de estudos técnicos e comparativos, considera como um nível eficiente de perdas que pode ser repassado à tarifa.
  PNT Regulatórias como Custo Razoável: O ponto central da tese do relator é que as PNT dentro dos limites regulatórios estabelecidos pela ANEEL constituem "perdas razoáveis à luz da legislação fiscal" e, como tal, devem integrar o custo da distribuição de energia elétrica, nos termos do art. 291 do RIR/99 (atual art. 303 do RIR/18), que permite a inclusão no custo de "quebras e perdas razoáveis, de acordo com a natureza do bem e da atividade".
  O argumento é que, se o próprio órgão regulador, com base em critérios técnicos, define um patamar de perdas não técnicas como aceitável e passível de ser considerado na tarifa, essa parcela adquire a característica de "razoabilidade" exigida pela legislação fiscal para sua inclusão no custo.
  Destaca-se que o ressarcimento dessas perdas ocorre via Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD), o que reforçaria sua natureza de custo operacional recuperado na receita.
  PNT Excedentes (Não Regulatórias) como Potencial Despesa Dedutível: A parcela das PNT que excede os limites regulatórios da ANEEL (diferença entre PNT Reais e PNT Regulatórias) não poderia integrar o custo. Sua dedutibilidade, portanto, só seria possível se enquadrada como despesa por desfalque, apropriação indébita ou furto, sujeita aos requisitos do art. 364 do RIR/99 (atual art. 376 do RIR/18).

Análise dos Requisitos Formais para as PNT Excedentes: No caso concreto, o voto analisa a comunicação feita pela contribuinte à autoridade policial e conclui por sua insuficiência para comprovar os prejuízos por furto relativos às perdas excedentes. Os motivos são similares aos da corrente restritiva:

Generalidade e Extemporaneidade da Queixa-Crime: *A comunicação foi considerada genérica, sem individualização dos fatos, locais ou autores, e apresentada de forma extemporânea em relação aos períodos fiscalizados.*

Abrangência Indevida: *A queixa abrangia outras perdas além de furtos (erros de medição, faturamento etc.), que não estariam contempladas pelo art. 364 do RIR/99.*

Cálculo da Glosa: Propõe que a glosa fiscal seja mantida apenas sobre a diferença entre as PNT Totais e as PNT Regulatórias, efetivamente cancelando a exigência fiscal sobre a parcela correspondente às PNT Regulatórias. O voto detalha a metodologia de cálculo para o estorno, utilizando os percentuais informados pela ANEEL.

Distinção em Relação à Jurisprudência Anterior: O voto reconhece a existência de julgados anteriores que negaram provimento (citando os Acórdãos 1402-002.147, 1402-004.314 e 1402-004.517) e outros que deram provimento total (citando os Acórdãos 1004-000.155 e 1004-000.156), posicionando-se de forma intermediária e inovadora.

- **Resultado:** Por maioria de votos, deu-se provimento parcial ao recurso voluntário, para reconhecer a dedutibilidade das PNT Regulatórias como custo e manter a glosa sobre as PNT excedentes, por não cumprimento dos requisitos para sua dedução como despesa por furto. Houve um conselheiro vencido que votou pelo provimento integral.

2.2.2. SÍNTESE DOS FUNDAMENTOS DA CORRENTE INTERMEDIÁRIA

A corrente intermediária, exemplificada pelo Acórdão nº 1302-007.199, introduz uma nuance significativa na análise da dedutibilidade das PNT, buscando conciliar a realidade regulatória do setor elétrico com os preceitos da legislação tributária. Seus principais fundamentos são:

1. **Reconhecimento da Relevância dos Limites Regulatórios da ANEEL:**

   A definição de PNT Regulatórias pela ANEEL, baseada em critérios de eficiência e complexidade socioeconômica, confere a essa parcela de perdas um status de "razoabilidade" para fins fiscais.

   O fato de as PNT Regulatórias serem consideradas no cálculo da tarifa (via TUSD) e, portanto, ressarcidas ao contribuinte, reforça sua natureza de componente do custo operacional da atividade.

2. **Tratamento Bifurcado das Perdas Não Técnicas:**

   PNT Regulatórias como Custo Dedutível: A parcela das perdas não técnicas que se enquadra nos limites estabelecidos pela ANEEL é considerada "perda razoável" nos termos do art. 303 do RIR/2018 (antigo art. 291 do RIR/99) e, como tal, integra o custo dos serviços prestados, sendo dedutível.

   PNT Excedentes (Reais menos Regulatórias) como Potencial Despesa por Furto: A parcela das perdas não técnicas que ultrapassa os limites regulatórios não pode ser considerada custo. Sua dedutibilidade somente é admitida se comprovada como prejuízo por furto, mediante o estrito cumprimento dos requisitos formais do art. 376 do RIR/2018 (antigo art. 364 do RIR/99), incluindo a apresentação de queixa ou instauração de inquérito policial individualizado e tempestivo.

3. **Necessidade de Comprovação Específica para as Perdas Excedentes:**

   A comunicação genérica e extemporânea de furtos à autoridade policial não é suficiente para justificar a dedução da parcela excedente das PNT.

Esta abordagem busca um maior alinhamento entre a regulação setorial e a tributação, reconhecendo que uma parcela das perdas não técnicas é, na prática, um elemento esperado e até certo ponto inevitável da operação das distribuidoras, conforme balizado pelo próprio órgão regulador. Contudo, mantém o rigor na análise da parcela que excede esses parâmetros, exigindo a comprovação nos moldes tradicionais da legislação do imposto de renda para prejuízos por atos ilícitos.

2.3. A CORRENTE FAVORÁVEL À DEDUTIBILIDADE INTEGRAL: PERDAS NÃO TÉCNICAS COMO CUSTO INERENTE E INEVITÁVEL

Em contraposição às correntes mais restritivas e intermediárias, uma terceira linha de entendimento no CARF tem se firmado no sentido de dar provimento integral aos recursos dos contribuintes, reconhecendo as perdas não técnicas (PNT) de energia elétrica, em sua totalidade (e não apenas a parcela regulatória), como um custo inerente e inevitável da atividade de distribuição, e, portanto, integralmente dedutível na apuração do IRPJ e da CSLL. Esta corrente valoriza a realidade operacional do setor e a natureza intrínseca dessas perdas ao processo de fornecimento de energia em um contexto socioeconômico complexo.

2.3.1. ACÓRDÃOS Nº 1004-000.155 E Nº 1004-000.156 (SESSÃO DE 10 DE ABRIL DE 2024) – A TESE DA INERÊNCIA E IMPOSSIBILIDADE DE EVITAR AS PNT

Estes dois julgados, ambos relatados pelo Conselheiro Jeferson Teodorovicz e decididos por unanimidade, são representativos da consolidação desta corrente. Referentes aos anos-calendário de 2016 e 2017, respectivamente, as ementas são assertivas: "As perdas não técnicas são intrínsecas à atividade de distribuição de energia elétrica e impossíveis de serem evitadas na realidade atual do país, razão pela qual devem integrar o custo do serviço prestado, nos termos do art. 291 do RIR/99 (atualmente o art. 303 do Decreto nº. 9.580 - RIR/2018)."

- **Análise dos Fundamentos (Voto do Relator Conselheiro Jeferson Teodorovicz):**

  Natureza Intrínseca das PNT: O principal argumento é que as PNT, embora distintas das perdas técnicas, são igualmente inerentes e indissociáveis da atividade de distribuição de energia elétrica no contexto brasileiro. O relator enfatiza a complexidade socioeconômica, a presença de áreas de difícil acesso e os altos índices de furto como fatores que tornam a eliminação total dessas perdas uma impossibilidade prática para as concessionárias.

  PNT como Custo do Serviço Prestado: Dada essa inerência e inevitabilidade, as PNT devem ser classificadas como custo do serviço prestado, enquadrando-se no conceito de "quebras e perdas razoáveis" previsto no art. 291, I, do RIR/99 (atual art. 303, I, RIR/18). O voto destaca que a energia perdida, mesmo por furto, foi adquirida pela distribuidora e representa um dispêndio necessário para a manutenção da oferta do serviço em toda a área de concessão.

  Irrelevância dos Requisitos Formais do Art. 364 do RIR/99 (Atual Art. 376 do RIR/18): Ao classificar as PNT como custo, a discussão sobre o cumprimento dos requisitos formais para dedução de prejuízos por furto (queixa ou inquérito policial) torna-se secundária ou inaplicável, pois os custos, quando razoáveis e inerentes, são dedutíveis por sua própria natureza. O voto da Conselheira Junia Roberta Gouveia Sampaio no Acórdão 1402-004.517 (citado como referência no Ac. 1004-000.155) já apontava para a dificuldade ou inexequibilidade de tais exigências em certos contextos.

  Reconhecimento pela ANEEL como Componente Tarifário: O fato de a ANEEL, mesmo que parcialmente, reconhecer as PNT na composição da tarifa de energia elétrica é visto como um elemento que corrobora a natureza de custo operacional dessas perdas. A lógica é que, se o órgão regulador admite que uma parcela dessas perdas integra o preço do serviço, elas não podem ser consideradas totalmente alheias à atividade.

Evitar Distorção do Conceito de Renda e Bitributação: Negar a dedutibilidade das PNT, que já impactam a receita (seja pela não recuperação integral via tarifa, seja pela necessidade de aquisição de um volume maior de energia), resultaria em uma tributação sobre uma base de lucro irreal, configurando uma distorção do conceito de renda e, potencialmente, uma forma de bitributação (a empresa arca com o custo da perda e ainda é tributada como se essa perda não existisse ou não fosse um dispêndio necessário).

- **Resultado:** Por unanimidade, deu-se provimento aos recursos voluntários, cancelando as glosas relativas às PNT.

2.3.2. ACÓRDÃOS Nº 1101-001.349 E Nº 1101-001.350 (SESSÃO DE 16 DE JULHO DE 2024) – CONSOLIDAÇÃO DA TESE DA DEDUÇÃO COMO CUSTO

Estes acórdãos, relatados pelo Conselheiro Itamar Artur Magalhães Alves Ruga e também decididos por unanimidade, seguem a mesma linha de raciocínio dos anteriores. A ementa do Acórdão 1101-001.349 é direta: "DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. PERDAS NÃO TÉCNICAS. DEDUÇÃO COMO CUSTO. As perdas não técnicas de energia elétrica, reconhecidas ou não pela ANEEL na tarifa, são inerentes à atividade de distribuição e devem ser consideradas custo decorrente da operação. Sua natureza intrínseca à operação e o reconhecimento regulatório corroboram esta classificação. Por constituírem custo, sua dedutibilidade é integral e não está sujeita aos critérios de necessidade, usualidade e normalidade aplicáveis às despesas."

- **Análise dos Fundamentos (Voto do Relator Conselheiro Itamar Artur Magalhães Alves Ruga):**

  Natureza Intrínseca e Custo Efetivo: o voto reforça que a energia perdida, independentemente da causa (furto ou outros fatores não técnicos), representa um custo efetivo para a distribuidora, pois foi adquirida e não pôde ser faturada. Essa perda é indissociável do processo de fornecimento de energia no contexto brasileiro.

  Automaticidade da Dedução como Custo: ao classificar as PNT como custo, sua dedutibilidade torna-se automática e integral, não cabendo a análise dos critérios restritivos de necessidade, usualidade e normalidade aplicáveis às despesas. A discussão sobre o cumprimento dos requisitos do art. 376 do RIR/18 (prejuízo por furto) é afastada.

  Realidade Econômica da Operação: a decisão enfatiza que a dedutibilidade integral das PNT como custo reflete a realidade econômica da operação das distribuidoras, que são obrigadas a fornecer energia universalmente, mesmo em áreas de alto risco e perdas elevadas.

Comparação com o CPC 16 (Estoques): embora o CPC 16 não trate especificamente de energia elétrica, o voto busca um paralelo ao mencionar que perdas normais inerentes à produção ou prestação de serviços devem ser consideradas como parte do custo, e as PNT, dada a natureza da atividade, se enquadrariam nesse conceito.

Irrelevância do Excesso sobre o Limite Regulatório para a Classificação como Custo: a tese defendida é que, mesmo as PNT que excedem o limite regulatório da ANEEL, continuam sendo custo da operação, e não despesa. A questão do repasse tarifário é uma matéria regulatória que não altera a natureza fiscal do dispêndio como custo para a empresa.

- **Resultado**: Por unanimidade, deu-se provimento aos recursos voluntários.

2.3.3. SÍNTESE DOS FUNDAMENTOS DA CORRENTE FAVORÁVEL À DEDUTIBILIDADE INTEGRAL

A corrente que defende o provimento integral dos recursos dos contribuintes, reconhecendo a plena dedutibilidade das PNT, baseia-se nos seguintes pilares argumentativos:

1. **Natureza Intrínseca e Inevitável das PNT:**

   As PNT, incluindo furtos e erros, são consideradas uma característica inerente e inevitável da atividade de distribuição de energia elétrica no Brasil, dadas as complexidades socioeconômicas, territoriais e a obrigação de universalização do serviço.

   A impossibilidade de eliminar totalmente essas perdas, mesmo com esforços gerenciais, é um fator **essencial**.

2. **Classificação das PNT como Custo Operacional:**

   As PNT são vistas como um custo efetivo incorrido pela distribuidora, pois representam energia adquirida que não foi faturada. Devem, portanto, integrar o custo do serviço prestado, nos termos do art. 303, I, do RIR/2018 (antigo art. 291, I, do RIR/99), como "quebras e perdas razoáveis".

   A dedutibilidade como custo é considerada automática e integral, não se sujeitando aos critérios de necessidade, usualidade e normalidade, nem aos requisitos formais para dedução de prejuízos por furto.

3. **Realidade Econômica e Operacional do Setor:**

   A decisão de deduzir integralmente as PNT reflete a realidade econômica e operacional das distribuidoras, que arcam com esses custos para garantir o fornecimento de energia.

   Negar a dedutibilidade distorceria o conceito de renda tributável.

4. **Influência (Indireta) do Reconhecimento Regulatório:**

> O fato de a ANEEL reconhecer e regular as PNT, permitindo o repasse de parte delas à tarifa, embora não seja o fundamento principal para a dedutibilidade fiscal como custo, é um elemento que corrobora a inerência dessas perdas à atividade.

Esta corrente adota uma visão mais pragmática e contextualizada da atividade de distribuição de energia, priorizando a essência econômica do dispêndio como um custo necessário para a prestação do serviço, em detrimento de uma aplicação formalista dos requisitos para dedução de despesas por atos ilícitos.

CONCLUSÃO

A dedutibilidade das perdas de energia elétrica na apuração do IRPJ e da CSLL permanece como uma das questões mais intrincadas e dinâmicas no contencioso tributário administrativo brasileiro. A jornada através dos fundamentos teórico-normativos, da tipologia das perdas e da jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), revela um campo onde a interpretação da lei tributária se entrelaça com as complexidades técnicas, operacionais e socioeconômicas do setor elétrico.

Este trabalho buscou expor essa temática, demonstrando que a controvérsia central reside fundamentalmente na qualificação jurídica das perdas não técnicas (PNT) – se custos inerentes à atividade de distribuição ou despesas sujeitas a requisitos formais específicos para sua dedução, especialmente quando oriundas de furtos. A análise da legislação pertinente, notadamente os arts. 303 (custos, incluindo perdas razoáveis) e 376 (prejuízos por furto) do RIR/2018, oferece o arcabouço para a solução da lide, desde que se reconheça a racionalidade econômica subjacente ao conceito de custo: um dispêndio que se revela estrutural e inevitável para a geração da receita não pode, por lógica, ser tratado como um prejuízo eventual e extraordinário.

A jurisprudência do CARF, como demonstrado, não é monolítica, refletindo a própria complexidade da matéria e a evolução dos debates. Identificamos três correntes principais:

1. A **corrente restritiva**, que tende a negar a dedutibilidade das PNT ao não as considerar custos inerentes e ao exigir o estrito cumprimento dos requisitos formais para a dedução de prejuízos por furto (comunicação individualizada e tempestiva à autoridade policial). Esta visão prioriza a literalidade e os aspectos formais da legislação.

2. A **corrente intermediária**, que propõe uma solução de equilíbrio, admitindo a dedutibilidade da parcela das PNT reconhecida como "regulatória" pela ANEEL como custo (perda razoável), enquanto a parcela excedente é submetida à análise dos requisitos formais para despesas por furto. Esta abordagem busca uma maior harmonização entre a regulação setorial e a legislação tributária.
3. A **corrente favorável à dedutibilidade integral**, que classifica todas as PNT (inclusive as que excedem os limites regulatórios) como um custo inerente e inevitável da atividade de distribuição de energia no contexto brasileiro, defendendo sua dedutibilidade integral sem a necessidade de observância dos requisitos formais aplicáveis a despesas por furto. Esta perspectiva enfatiza a realidade operacional e econômica do setor.

A coexistência dessas correntes, por vezes com decisões divergentes emanadas de diferentes turmas ou mesmo dentro de uma mesma turma por votos de qualidade, evidencia a ausência de um entendimento pacificado e a consequente insegurança jurídica para os contribuintes e para a própria Administração Tributária.

Como Auditor-Fiscal da Receita Federal e Conselheiro representante da Fazenda Nacional no CARF, a busca pela correta aplicação da lei e pela preservação do interesse público é um imperativo. Contudo, essa busca não pode prescindir de uma análise técnica aprofundada e de uma interpretação que considere a essência dos institutos jurídicos e a realidade fática a que se aplicam. A energia elétrica, em sua trajetória até o consumidor, está sujeita a perdas que, em um país com as dimensões e os desafios socioeconômicos do Brasil, assumem contornos particulares.

Nesse sentido, afigura-se que a qualificação das perdas não técnicas, especialmente aquelas decorrentes de furtos em áreas de alta complexidade e vulnerabilidade social, como mero "descuido gerencial" ou como um prejuízo cuja dedutibilidade dependa exclusivamente da formalização de uma "queixa-crime" individualizada, pode, em certos contextos, distanciar-se da realidade operacional imposta às concessionárias. Estas são legalmente obrigadas a universalizar o fornecimento, muitas vezes em cenários onde o poder público tem dificuldade de garantir a segurança e a ordem.

A distinção entre o tratamento regulatório conferido pela ANEEL e o tratamento tributário é, sem dúvida, fundamental. Contudo, os parâmetros técnicos e os estudos de eficiência setorial realizados pela

agência reguladora podem, e devem, servir como um importante subsídio para a aferição da "razoabilidade" das perdas para fins fiscais, conforme previsto no art. 303, V, do RIR/2018. A parcela das perdas não técnicas que a própria ANEEL reconhece como um componente eficiente e, portanto, passível de ser considerado na tarifa, ratifica sua natureza de "custo operacional" inerente à atividade, cujo ônus, em parte, já é suportado pela coletividade de consumidores.

A insistência em submeter as perdas que excedem os patamares regulatórios ao crivo do art. 376 do RIR/2018 representa o epicentro do equívoco fiscal. Tal abordagem ignora que a natureza de um dispêndio — se custo ou despesa — não é alterada por sua magnitude. A parcela excedente da perda não técnica, embora não recuperada na tarifa, compartilha da mesma essência ontológica da parcela regulatória: ambas decorrem de energia efetivamente adquirida e consumida no processo de distribuição. Portanto, a tentativa de cindir o tratamento fiscal de um fenômeno economicamente uno, tratando uma parte como custo e outra como despesa, carece de fundamento lógico e jurídico. Com isso, a discussão sobre a inexequibilidade da comprovação formal em contextos de criminalidade endêmica revela-se não apenas secundária, mas um desvio do verdadeiro cerne da questão: a fiscalização busca aplicar os requisitos de uma despesa a um dispêndio que, em sua essência, sempre foi custo.

Em última análise, a busca por segurança jurídica no tratamento da dedutibilidade das perdas de energia elétrica no IRPJ e CSLL transcende a mera pacificação jurisprudencial. Ela clama por um retorno aos fundamentos conceituais que estruturam o Imposto de Renda. A controvérsia, como se demonstrou, não reside na suficiência ou na tempestividade de uma "notícia-crime", mas em um passo lógico anterior e determinante: a correta qualificação jurídica do dispêndio.

A realidade operacional e a regulação setorial da ANEEL, ao reconhecerem as perdas não técnicas como um ônus inevitável e mensurável da atividade de distribuição — a ponto de o internalizarem na tarifa —, fornecem a evidência de que não estamos diante de um prejuízo eventual, mas de um custo intrínseco à operação. A energia perdida, afinal, foi adquirida e paga pela distribuidora com o único propósito de cumprir sua obrigação legal de fornecer o serviço. Trata-se de um insumo que se consumiu no processo, exatamente a definição ontológica de custo.

Portanto, a solução não está em flexibilizar os requisitos formais do art. 376 do RIR/2018, mas em reconhecer sua inaplicabilidade. Ao se

classificar a perda não técnica como custo, nos termos do art. 303 do mesmo diploma legal, sua dedutibilidade torna-se automática e integral, pois reflete a depuração necessária para se alcançar a verdadeira base de cálculo do tributo: a renda, e não o faturamento bruto onerado por custos que a própria realidade impõe. A uniformização da jurisprudência, idealmente pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, deve se pautar por essa premissa basilar, restaurando a coerência do sistema e a lógica econômica que deve sempre nortear a tributação da renda.

Espera-se que este trabalho, ao expor de forma analítica os contornos desta complexa questão, contribua para o debate qualificado e para a formação de um entendimento mais sólido e previsível, beneficiando tanto a Administração Tributária em sua missão fiscalizatória quanto os contribuintes no cumprimento de suas obrigações. A excelência técnica e a clareza na exposição de temas áridos como este são, afinal, ferramentas indispensáveis para a construção de um sistema tributário mais justo e eficiente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). *Perdas de Energia Elétrica na Distribuição 2024*. Brasília, DF: ANEEL, 2024.

BRASIL. *Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018*. Regulamenta a tributação, a fiscalização, a arrecadação e a administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. (RIR/2018). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 nov. 2018.

BRASIL. *Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964*. Dispõe sobre o imposto que recai sobre as rendas e proventos de qualquer natureza. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 nov. 1964.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Parecer Normativo CST nº 50, de 25 de julho de 1973*. Brasília, DF: Receita Federal do Brasil, 1973.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Solução de Consulta Cosit nº 17, de 18 de janeiro de 2016*. Brasília, DF: Receita Federal do Brasil, 2016.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Solução de Consulta Cosit nº 03, de 04 de janeiro de 2017*. Brasília, DF: Receita Federal do Brasil, 2017.

MARTINS, Eliseu. *Contabilidade de Custos*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PINTO, Alexandre Evaristo. Dedutibilidade das perdas não técnicas de energia elétrica. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 5 fev. 2025. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2025-fev-05/dedutibilidade-das-perdas-nao-tecnicas-de-energia-eletrica/ >. Acesso em: 21 jun. 2025.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Distribuição disfarçada de lucros*. São Paulo: Dialética, 1996.

A PRECLUSÃO, O DIREITO PROBATÓRIO E A VERDADE MATERIAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL

JOANA GUIMARÃES

Conselheira da 3ª Seção de Julgamento do CARF. Advogada licenciada. Especialista em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV-SP)

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Procedimento e processo administrativo fiscal federal; 3. Controle de legalidade dos atos da administração; 4. Direito probatório e o instituto da preclusão; 5. Princípio da verdade material e formalismo moderado; 6. Jurisprudência do CARF; 7. Considerações finais; Referencias bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

Alicerçado pelas garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, por força do art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal de 1988, o processo administrativo fiscal consiste em direito fundamental.

Enquanto no *procedimento administrativo,* a autoridade fiscal averigua possível infração à legislação tributária, o *processo administrativo fiscal* tem como objeto o litígio tributário instaurado e o controle de legalidade do crédito tributário constituído pelo lançamento, a partir do "*controle da justa e legal aplicação das normas tributárias aos fatos geradores concretos, um dos instrumentos para a efetivação da justiça tributária e para a garantia dos direitos fundamentais do contribuinte.* "[1]

No âmbito federal, o processo administrativo fiscal é regulado pelo Decreto nº 70.235/1972 e, no que lhe complementa, pela Lei nº 9.784/1999, e se instaura a partir da irresignação do contribuinte formalizada na impugnação (contra a lavratura de auto de infração) ou manifestação de inconformidade (contra o indeferimento, total ou parcial, de pedido de ressarcimento ou restituição – PER e a não homologação, total ou parcial, de declaração de compensação – DCOMP).

Como corolário do princípio da legalidade, o processo administrativo fiscal federal é regido pelo princípio da verdade material, e, em contrapartida, encontra limites nas preclusões estabelecidas na legislação de regência, por vezes relativizadas pela autoridade julgadora, conforme jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF.

2. PROCEDIMENTO E PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL

O exercício da função fiscalizatória, pela Administração Tributária, se dá por meio do *procedimento administrativo*. Através do *procedimento administrativo fiscalizatório*, a Administração Tributária formaliza uma pretensão, através do lançamento tributário, que se materializa no auto de infração, após a identificação do fato imponível, os sujei-

1 TORRES, Ricardo Lobo. Processo Administrativo Fiscal: Caminhos para o seu Desenvolvimento. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo, nº 46, jul. 1999, p. 78.

tos ativo e passivo, a quantificação da obrigação tributária e, se for o caso, a penalidade correspondente, nos moldes do art. 142 do Código Tributário Nacional.

Inexistindo resistência ao lançamento tributário, não se instaura o litígio administrativo, o qual só se inicia mediante a expressa discordância manifestada pelo contribuinte. Sendo assim, pode-se dizer que o *procedimento administrativo* se refere à fase anterior do *processo administrativo fiscal*.

No processo administrativo fiscal federal, a Administração não é apenas parte do processo, mas também agente julgador, exercendo atividade jurisdicional atípica. Nas palavras da Professora Cleide Previtalli Cais[2], "*o processo administrativo tributário desenvolve-se no âmbito de cada poder público, sendo a relação jurídica constituída entre administrador e administrado, colocando-se a Administração Pública dotada do poder de exigir o recolhimento do tributo, ao mesmo tempo, como interessado e como juiz de seu próprio interesse e do interesse do contribuinte*".

O processo administrativo fiscal federal pode se iniciar de duas formas: mediante apresentação, pelo contribuinte, de impugnação contra auto de infração ou de manifestação de inconformidade contra a não homologação/indeferimento de PER/DCOMP, formalizado por meio de um despacho decisório.

Na primeira hipótese, de processo administrativo fiscal deflagrado pela impugnação ao lançamento tributário, materializado através do auto de infração, o art. 16, § 4º, do Decreto nº 70.235/72, preconiza que é no momento da impugnação que deve o contribuinte apresentar (i) os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, (ii) as diligências e perícias que o contribuinte pretende ver efetuadas e, ainda, (iii) toda prova documental pertinente ao processo, salvo nos casos em que se demonstre a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; a prova se refira a fato ou direito superveniente; ou se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

Já na segunda hipótese, de processo administrativo fiscal deflagrado pela manifestação de inconformidade do contribuinte contra o despacho decisório que indeferiu/não homologou PER/DCOMP, a Lei nº 9.430/1996 estabelece que será observado o mesmo rito processual

2 CAIS, Cleide Previtalli. O Processo Tributário. 5.ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 243-244.

previsto no Decreto nº 70.235/1972. Assim, extrai-se do comando da lei que é no momento da apresentação da manifestação de inconformidade que deve o contribuinte apresentar os motivos de fato e de direito, as diligências que pretende ver efetuadas e as provas pertinentes, ressalvadas as exceções acima mencionadas.

No curso regular do processo administrativo fiscal, analisadas as provas e realizadas as diligências eventualmente necessárias, é proferida decisão administrativa em primeira instância pela Delegacia Regional de Julgamento da Receita Federal do Brasil.

Caso seja dado provimento à impugnação ou à manifestação de inconformidade, conforme o caso, e, observando o limite de alçada vigente (atualmente no valor de R$15.000.000,00), haverá necessariamente recurso de ofício ao CARF, para que seja procedido ao reexame necessário dos fundamentos da decisão proferida pela Delegacia Regional de Julgamento – DRJ.

Na hipótese de a decisão proferida pela DRJ julgar parcialmente procedente ou improcedente a impugnação ou manifestação de inconformidade apresentada pelo contribuinte, ele poderá interpor recurso voluntário ao CARF.

O CARF, inserido na estrutura do Ministério da Fazenda, é o órgão julgador responsável por apreciar os recursos interpostos contra decisões administrativas de primeira instância, e, sob uma premissa legal mediata de revisão de legalidade dos atos administrativos e, imediata, do exercício da atividade jurisdicional atípica, deverá proferir decisão colegiada que confirme ou reforme, integral ou parcialmente, a decisão recorrida.

No curso do julgamento realizado pelo CARF, abre-se a possibilidade de as autoridades julgadoras promoverem o saneamento do processo, bem como demandarem a realização de diligências ou perícias, com o objetivo de elucidar os fatos controvertidos existentes.

Após o julgamento dos recursos acima mencionados, também é prevista a possibilidade de interposição de recurso especial para a Câmara Superior de Recursos Fiscais, que visa a uniformização de jurisprudência.

3. CONTROLE DE LEGALIDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO

Os atos da Administração Pública devem ser realizados em observância à legislação, sempre dentro dos limites e prerrogativas postos pelo legislador. Sendo assim, é necessário que existam ferramentas de controle da observância (ou não) da legalidade quando da prática de qualquer ato por agente da Administração Pública, como forma de garantir que o exercício da atividade estatal esteja de acordo com suas prerrogativas.

O controle de legalidade dos atos administrativos pode ser exercido tanto pelo próprio órgão administrativo (poder de autotutela), quanto externamente, pelo Poder Judiciário, conforme previsto na Constituição Federal.

O controle interno de legalidade dos atos da Administração Tributária federal é realizado através do processo administrativo fiscal, no qual os atos são contestados pelo contribuinte (por meio de impugnação ou manifestação de inconformidade). Instaurado o contraditório, será analisada a inconformidade do contribuinte, sendo proferida decisão administrativa quanto à sua legalidade.

Valendo-se das palavras do Professor Marcos Vinicius Neder[3], "*A Administração Pública, no exercício de sua competência constitucional, não pode olvidar de buscar a realização da justiça, fim último que legitima sua atuação. Este objetivo não deve ficar restrito apenas ao Poder Judiciário, é também de interesse administrativo. Desse modo, órgãos internos na Administração devem realizar o controle de seus atos. Trata-se, na verdade, de estabelecer controles "desde dentro", ou seja, incidentes na própria intimidade da Administração ao longo da formação da sua vontade, em vez de se contentar com controles operados de fora, pelo Judiciário, e, portanto, só utilizados ex post facto*".

4. DIREITO PROBATÓRIO E O INSTITUTO DA PRECLUSÃO

As provas no processo administrativo fiscal se revelam como elementos essenciais, que encontram guarida no art. 5º, LV, da Constituição Federal, sendo inequívoco o seu protagonismo na busca efetiva pela

3 NEDER, Marcos Vinícius; MARTINEZ LOPES, Maria Teresa. Processo Administrativo Fiscal Federal: (decreto n° 70.235/72 e lei n° 9.784/99). 2.ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 78.

realidade dos fatos, configurando um instrumento imprescindível para se chegar à verdade material.

No caso de lançamento tributário, através do qual se imputa ao contribuinte a prática de uma infração fiscal, a prova do fato jurídico tributário é da Administração Pública. Já na hipótese de contencioso instaurado a partir do indeferimento/não homologação de PER/DCOMP, na qual o contribuinte provoca a Administração Pública para dizer que pagou tributo a maior ou indevidamente, a ele caberá o ônus da prova, de forma a demonstrar a existência, certeza e liquidez do crédito tributário que pretende ver ressarcido, restituído e/ou compensado.

Mesmo na hipótese em que o ônus da prova compete à Administração Pública, cabe ao contribuinte apresentar provas documentais impeditivas, modificativas ou extintivas da pretensão fazendária, quando da apresentação de sua impugnação.

A normatização básica sobre preclusão no processo administrativo fiscal federal se encontra no art. 16, § 4º, do Decreto nº 70.235/72, o qual estabelece que as matérias controvertidas e contra as quais se insurge o contribuinte, assim como as provas necessárias, devem ser apresentadas no momento da impugnação (ou manifestação de inconformidade), sob pena de não serem conhecidas pelas autoridades julgadoras.

De forma complementar, o art. 38, *caput*, da Lei nº 9.784/99, ao regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal, disciplina que "*O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo*".

O instituto da preclusão representa o mecanismo que provoca a passagem de um estágio processual para outro, preservando a firmeza e inatacabilidade dos atos processuais já consumados.

O termo advém do latim para fechar, encerrar, impedir, e foi definido por Chivoenda (*apud* Theodoro Júnior)[4] como a "*perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual pelo fato de se haverem alcançado os limites assinalados por lei para o seu exercício*".

A preclusão encerra a possibilidade de uma parte litigante exercer determinado direito ou faculdade no desenrolar da lide. Enquanto per-

4 THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020. V.I, p. 548.

da do direito de realizar determinado ato, é uma ferramenta importante para garantir a celeridade, a eficiência e a ordem do processo, sob pena de se eternizar a relação processual.

Segundo Maria Rita Ferragut[5], "*a relação processual deve ser regida por fases, sendo que, superado um estágio, deve ser o seguinte, de tal forma que os atos já praticados, e os não praticados, permaneçam inalcançáveis. Essa regra aplica-se a todas as partes, evita recursos protelatórios e permite que se chegue à prestação jurisdicional*". Portanto, o instituto da preclusão pode ser visto como modulador do rito processual, ou ainda, o mecanismo que viabiliza a celeridade no desenrolar da lide.

Nesse sentido, poderia se entender, de forma precipitada, a preclusão, no processo administrativo fiscal, como um instrumento que impulsiona a marcha processual, independentemente se resta, no caso concreto, exaurida (ou não) a busca pela aproximação entre os fatos e a representação formal da suposta verdade em discussão.

Contudo, a análise do instituto da preclusão em conjunto com o princípio da verdade material, que, por sua vez, rege o processo administrativo fiscal federal, demonstra que, a depender do caso concreto, a regra da preclusão pode e deve ser relativizada.

5. PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL E FORMALISMO MODERADO

No contencioso judicial cível, o exercício das atribuições da autoridade judicante é pautado pelo princípio da verdade formal, que preconiza que o juiz deve se ater aos argumentos e provas produzidas ou requeridas pelas partes, para a formação de seu convencimento.

O princípio da verdade formal reduz substancialmente a participação do juízo na instrução processual, na medida que impede a produção, por ânimo do juiz, de provas para a formação do seu convencimento. Em outras palavras, o juiz deve se ater aos fatos e provas trazidos à lide pelas partes para decidir e formar a sua convicção.

Já no processo administrativo fiscal, norteado pelo formalismo moderado, à autoridade julgadora é conferida maior autonomia e possibilidade de participação na instrução, objetivando a prolação de decisões que representam a realidade dos fatos.

5 FERRAGUT, Maria Rita. As Provas e o Direito Tributário. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 59.

A autonomia e participação mais ativa da autoridade julgadora no processo administrativo fiscal decorre do princípio da verdade material, também conhecido como princípio da busca pela verdade real, segundo o qual a autoridade julgadora deve valer-se de todo e qualquer meio de prova disponível, desde que legal, a fim de buscar a realidade dos fatos, antes de prolatar uma decisão.

Uma característica do processo administrativo fiscal é o formalismo moderado, que permite uma maior flexibilização do rito processual, principalmente como mecanismo para se chegar à verdade material.

Segundo Flávio Couto Bernardes[6], em observância ao princípio da verdade material, a autoridade julgadora "*deve apurar rigorosamente a realidade dos negócios jurídicos realizados pela pessoa fiscalizada e sua subsunção à lei, não se resumindo a critérios meramente formais (síntese de contratos ou descrições genéricas de notas fiscais) ou a presunções*".

Nas palavras do festejado Hely Meirelles[7], "*enquanto nos processos judiciais o Juiz deve-se cingir às provas indicadas no devido tempo pelas partes, no processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até final julgamento, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela*".

O princípio da verdade material exprime a própria razão de existência do processo administrativo fiscal, qual seja, o exercício de seu poder de autotutela, com o fim de se chegar à legalidade, enquanto o formalismo moderado é o mecanismo que assegura ao processo administrativo fiscal se chegar à verdade material. Nas palavras da Ministra Nancy Adrighi, do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial 331.550/RS[8], "*para que o formalismo não se torne um instrumento que restringe a observância da forma e distancia a ver-*

6 BERNARDES, Flávio Couto. "A Prova e o Princípio da Verdade Material na Aplicação da Norma Jurídica Tributária: o Estabelecimento Prestador e a Materialidade do Fato Gerados na Incidência do Imposto sobre Serviços" em "A Prova no Processo Tributário". Ed. Dialética, 2010, p. 415.

7 MEIRELLES, Hely. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: RT Editora, 1991, p. 581.

8 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 331.550/RS. Lauro Barrios de Araújo e Darcely Waldo Prade. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília: 25 mar. 2002. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=21404&num_registro=200100835629&data=20020325&formato=PDF. Acesso em: 30 jun. 2025.

dade material, deve a Administração relaxar, moderadamente, para que alcance a função social do processo e para que haja a prevalência da justiça sobre a forma". Conclui-se que a moderação do formalismo no processo administrativo fiscal é essencial e, muitas vezes, permite uma decisão mais amoldada à verdade dos fatos.

6. JURISPRUDÊNCIA DO CARF

O CARF tem sido desafiado a equilibrar a rigidez do instituto da preclusão com a necessidade de se garantir a ampla defesa e a observância do princípio da verdade material, sem comprometer a ordem processual.

Uma incursão pelos precedentes do CARF revela a existência de posições mais restritivas, que se alinham ao entendimento de que a regra da preclusão deve ser aplicada com rigor e nos estritos termos previstos pelo art. 16, § 4º, do Decreto nº 70.235/72, sem qualquer possibilidade de flexibilização.

Nessa linha de entendimento, cita-se as ementas dos seguintes acórdãos, proferidos pela Câmara Superior de Recursos Fiscais:

> ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FSCAL
> Data do fato gerador: 31/07/2001, 31/03/2002, 30/04/2002
> FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO NO QUAL SE FUNDA O PLEITO. ÔNUS DO SUJEITO PASSIVO. PRECLUSÃO.
> Ressalvadas as hipóteses das alíneas "a", "b" e "c" do § 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235/72, as provas da existência do direito creditório, a cargo de quem o alega (art. 36 da Lei nº 9.784/99 e art. 333, I, do CPC), devem ser apresentadas até a interposição da impugnação, precluindo o direito de posterior juntada.
> (PAF 10805.002315/2004-11. Acórdão nº 9303-012.868 – CSRF/3ª **Turma**. Relator Conselheiro Jorge Olmiro Lock Freire. Sessão de 16/02/2022)
> ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA (IRPF)
> Exercício: 2010
> PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS POR OCASIÃO DO RECURSO VOLUNTÁRIO. PRECLUSÃO.
> A prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o Contribuinte fazê-lo em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior, refira-se a fato ou a direito superveniente, ou se destina a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.
> (PAF 10845.720727/2013-51. Acórdão nº 9202-009.946 – CSRF/2ª **Turma**. Relator Conselheiro Mário Pereira de Pinho Filho. Sessão de 23/09/2021)

Em outra vertente, parcela significativa dos acórdãos proferidos pelo CARF demonstra uma tendência em convergir ao entendimento que confere uma interpretação mais flexível aos rigores das regras preclusivas estabelecidas no art. 16, § 4º, do Decreto nº 70.235/72, para acolher as provas documentais apresentadas inclusive em instância recursal, em homenagem ao princípio da verdade material e ao formalismo moderado, desde que os documentos probatórios estejam no contexto da discussão da matéria em litígio e não disponham sobre nenhuma inovação.

Passa-se à análise, por amostragem, de acórdãos proferidos no âmbito do CARF, que confirmam essa tendência.

No acórdão nº 1201-005.200[9], o colegiado entendeu pelo acolhimento dos documentos juntados extemporaneamente aos autos do processo, em observância à busca da verdade material e ao formalismo moderado, relativizando a aplicação da preclusão, para permitir o exercício da ampla defesa e garantir a eficiência do controle do lançamento tributário, conforme trecho da ementa abaixo reproduzida:

> **ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**
> Ano-calendário: 2015
> ANÁLISE DE DOCUMENTOS JUNTADOS EXTEMPORANEAMENTE. BUSCA DA VERDADE MATERIAL. PRECLUSÃO.
> A verdade material é princípio que rege o processo administrativo tributário e enseja a valoração da prova com atenção ao formalismo moderado, devendo-se assegurar ao contribuinte a análise de documentos extemporaneamente juntados aos autos, mesmo em sede de recurso voluntário, a fim de permitir o exercício da ampla defesa e alcançar as finalidades de controle do lançamento tributário, além de atender aos princípios da instrumentalidade e economia processuais.
> O formalismo moderado dá sentido finalístico à verdade material que subjaz à atividade de julgamento, devendo-se admitir a relativização da preclusão consumativa probatória e considerar as exceções do art. 16, § 4º, do Decreto nº 70.235/72, com aplicação conjunta do art. 38 da Lei nº 9.784/99, o que enseja a análise dos documentos juntados superveniente-mente pela parte, desde que possuam vinculação com a matéria controvertida anteriormente ao julgamento colegiado.

9 BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf). Acórdão nº 1201-005.200. Relator: Fredy José Gomes de Albuquerque. Sessão de 17.09.2021. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/12448913497201623_6509583.pdf. Acesso em: 30 jun. 2025. No mesmo sentido, Acórdão nº 1102-001.379, Relator Fredy José Gomes de Albuquerque, Sessão de 12.06.2024.

A busca da verdade material, além de ser direito do contribuinte, representa uma exigência procedimental a ser observada pela autoridade lançadora e pelos julgadores no âmbito do processo administrativo tributário, a ela condicionada a regularidade da constituição do crédito tributário e os atributos de certeza, liquidez e exigibilidade que justificam os privilégios e garantias dela decorrentes.

Confira-se o pertinente trecho do voto do Relator Conselheiro Fredy José Gomes de Albuquerque:

ANÁLISE DE DOCUMENTOS JUNTADOS EXTEMPORANEAMENTE

Importa registrar que a irresignação recursal também se sedimenta em documentos tardiamente juntados, tanto após o despacho decisório, quanto após a decisão de piso, como se vê dos documentos contábeis anexados extemporaneamente.

A legislação processual que versa sobre ônus probatório do interessado em instruir o feito administrativo fiscal com os elementos necessários à comprovação de suas alegações determina, como regra geral, que *"A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual"* (art. 16, § 4º, do Decreto nº 70.235/72), estabelecendo como exceções as hipóteses de impossibilidade de apresentação oportuna, a existência de fato ou direito superveniente, ou que a prova destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

De forma complementar, a Lei nº 9.784/99, ao regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, disciplina que "*O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo"* (art.38), como forma de assegurar a ampla defesa e, entrementes, referendar a busca de uma verdade materialmente demonstrável, opondo-se a pretextos formalísticos que dificultem ou inviabilizem a realização dessa finalidade. Por isso mesmo, o § 2º do citado dispositivo estatui, categoricamente, que *"Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias"*.

A busca da verdade material não é apenas um direito do contribuinte, mas uma exigência procedimental a ser observada pela autoridade lançadora e pelos julgadores do processo administrativo tributário, os quais referendam ou não a regularidade da constituição do crédito tributário, como forma de lhe assegurar os atributos de certeza, liquidez e exigibilidade que justificam os privilégios e garantias a ele referíveis, conforme indica o Código Tributário Nacional e legislação esparsa.

A verdade material serve à instrumentalidade e economia processuais, porquanto o processo administrativo não é um fim em si mesmo, e, no lúcido dizer de Hugo de Brito Machado Segundo, "*consagra um valor que deve*

> *orientar a interpretação das demais regras processuais, sempre que o intérprete estiver diante de duas interpretações em tese possíveis, deverá adotar aquela que melhor consagre o processo em sua feição instrumental, e não sacramental. Trata-se de decorrência direta do princípio do devido processo legal, sendo certo que devido é aquele processo que se presta da maneira mais efetiva possível à finalidade a que se destina, e não aquele que faz com que as partes se embaracem em um emaranhado de formalismos e terminem vendo naufragar a sua pretensão de ver resolvido o conflito de interesses no qual estão envolvidas"* (MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo tributário*. 10. ed. rev e atual. São Paulo: Atlas, 2018, p. 54).
>
> Considera-se, pois, que o processo administrativo tributário há de ser pautado pelo formalismo moderado, a fim de assegurar que documentos eventualmente juntados aos autos após a impugnação possam ser analisados pela autoridade julgadora, mesmo em sede de recurso voluntário. O que importa é que a matéria controvertida documentalmente e relacionada objetivamente às razões igualmente suscitadas nas fases anteriores possam ser consideradas no julgamento do colegiado, permitindo o exercício da ampla defesa e, paralelamente, buscando alcançar as finalidades de controle do lançamento tributário.
>
> O formalismo moderado dá sentido finalístico à verdade material que subjaz à atividade de julgamento, e, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, evita *"que a parte aceite como verdadeiro algo que não o é, ou que negue a veracidade do que é, pois no procedimento administrativo, independentemente do que haja sido aportado aos autos pela parte, ou pelas partes, a Administração deve sempre buscar a verdade substancial"* (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 322-323).

O Acórdão nº 3102-002.434[10] firmou o entendimento pela possibilidade de conhecimento dos documentos probatórios apresentados em sede de recurso voluntário também em homenagem ao princípio da verdade material e ao formalismo moderado, desde que guardem conexão com a matéria em litígio, visando comprovar alegação já formulada nos autos, como se vê pelo trecho da ementa abaixo transcrito:

> RECURSO VOLUNTÁRIO. DOCUMENTOS JUNTADOS EXTEMPORANEAMENTE. PERTINÊNCIA COM A MATÉRIA CONTROVERTIDA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL E DO FORMALISMO MODERADO.
>
> A apresentação de documentos em sede de interposição de Recurso Voluntário pode ser admitida em homenagem ao princípio da verdade material e do formalismo moderado, quando se prestam a comprovar alegação for-

10 BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf). Acórdão nº 3102-002.434. Relator: Matheus Schwertner Ziccarelli Rodrigues. Sessão de 22.05.2024. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/10880658661201266_7091401.pdf. Acesso em: 30 jun. 2025.

mulada na manifestação de inconformidade e contrapor-se a argumentos da Turma julgadora a quo, desde que a matéria tenha sido controvertida em momento processual anterior.

Assim, em se tratando de documentos pertinentes à matéria controvertida, que dialogam com o v. acórdão recorrido e visam comprovar o crédito pleiteado nos termos da argumentação dispendida desde a manifestação de inconformidade, devem ser conhecidos e apreciados, compondo o julgamento de mérito do recurso interposto.

No voto do Relator Conselheiro Matheus Schwertner Ziccarelli Rodrigues, tem-se a fundamentação adotada:

Inicialmente, é necessário observar que a apresentação de novos argumentos e documentos em sede de interposição de Recurso Voluntário pode ser admitida em homenagem ao princípio da verdade material, quando se prestam a comprovar alegação formulada na manifestação de inconformidade e contrapor-se a argumentos da Turma julgadora ***a quo***, desde que a matéria tenha sido controvertida em momento processual anterior.

A verdade material é princípio que rege o processo administrativo tributário e enseja a valoração da prova com atenção ao formalismo moderado, devendo-se assegurar ao contribuinte a análise de argumentos e documentos extemporaneamente juntados aos autos, mesmo em sede de recurso voluntário, a fim de permitir o exercício da ampla defesa e alcançar as finalidades de controle de legalidade do ato administrativo, além de atender aos princípios da instrumentalidade e economia processuais.

Neste sentido, o artigo 38 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe que "***[o] interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo***", excetuando-se, nos termos do §2º do referido artigo, apenas "[...] ***as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias***".

Cabe, ainda, destacar que o presente Colegiado tem acompanhado a tendência de se mitigar os rigores das regras preclusivas contidas no processo administrativo fiscal para acolher as provas apresentadas nesta instância recursal nas circunstâncias semelhantes ao presente caso, nos quais estamos diante de PER/DCOMP processadas eletronicamente.

Isto porque, nestes casos, o contribuinte formaliza a declaração de compensação, transmitindo o PER/DCOMP com as informações relativas à origem do crédito pretendido e aos débitos a serem compensados. A partir de então é procedida a verificação da consistência e da coerência da compensação declarada tendo por base as informações fiscais prestadas pelo próprio do contribuinte e disponíveis no banco de dados dos sistemas informatizados da Receita Federal do Brasil.

> Inicialmente ocorre uma verificação eletrônica das informações prestadas e dos dados constantes do sistema informatizado. Inexistindo divergência entre as informações prestadas pelo contribuinte no pedido eletrônico com aquelas constantes dos sistemas da RFB, homologa-se a compensação. Entretanto, detectada qualquer inconsistência ou divergência entre valores e informações do contribuinte prestadas na DCOMP com os dados que constam do sistema informatizado da RFB, não se homologa a compensação realizada, oportunizando ao interessado o contraditório e ampla defesa em processo administrativo fiscal específico.
>
> A partir deste momento o célere procedimento do batimento eletrônico de dados é deixado de lado para dar vez à análise documental, nos autos do processo administrativo fiscal, no qual o contribuinte, em termos de direito creditório, possui o ônus de realizar a comprovação da sua certeza e liquidez.
>
> Assim, tem se admitido, excepcionalmente, no âmbito das decisões proferidas por este Conselho, que novas provas documentais sejam apresentadas por ocasião do recurso voluntário, quando o indeferimento do direito creditório foi efetuado por meio de despacho decisório eletrônico. Esse entendimento parte do pressuposto de que, em tese, devido ao tipo de despacho decisório, o contribuinte não teria recebido, num primeiro momento, orientação detalhada sobre os motivos que levaram à denegação do direito. É a típica situação em que o princípio da verdade material acaba por se impor sobre a regra geral da preclusão.

Como bem colocado no trecho do voto acima reproduzido, a tendência dos Conselheiros julgadores em conhecer dos documentos apresentados pelo contribuinte extemporaneamente é ainda maior quando se trata de PER/DCOMP processada eletronicamente e com Despacho Decisório eletrônico. Nestas circunstâncias, cita-se o Acórdão nº 3001-001.369[11]:

> DESPACHO DECISÓRIO ELETRÔNICO. DOCUMENTAÇÃO JUNTADA QUANDO DO RECURSO VOLUNTÁRIO. CONHECIMENTO.
>
> Nos casos de não homologação da compensação realizada por meio de despacho decisório eletrônico, em que a fundamentação de ausência de apresentação de documentação contábil/fiscal tenha ocorrido tão somente na decisão proferida pela DRJ, entendo que o conhecimento de novos documentos juntados quando do Recurso Voluntário não encontra óbice no instituto da preclusão, visto que excetuado pela alínea *c* do parágrafo 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235/1972.

---

11 BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf). Acórdão nº 3001-001.369. Relatora: Maria Eduarda Alencar Câmara Simões. Sessão de 11.08.2020. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/10880681870200916_6270410.pdf. Acesso em: 30 jun. 2025.

No âmbito da Câmara Superior de Recursos Fiscais, há precedentes no sentido de acatar a juntada extemporânea de provas, desde que atinentes à discussão da matéria **já** em litígio e não disponham sobre nenhuma inovação. Para ilustrar, cita-se trechos das ementas dos seguintes acórdãos:

> PROVAS COMPLEMENTARES VINCULADO À MATÉRIA CONTROVERTIDA PREVIAMENTE DELIMITADA. CONTRAPOSIÇÃO A FATOS E FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA POSTERIORMENTE TRAZIDOS AOS AUTOS. POSSIBILIDADE.
>
> Documento novo vinculado à matéria controvertida, previamente delimitada no início da lide e que não objetiva trazer aos autos discussão jurídica nova, apresentado para contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos, destinado a comprovar matéria fática que é o cerne da lide, amolda-se ao disposto no art. 16, § 4º, alínea "c" do Decreto nº 70.235, de 1972, podendo ser apreciado no julgamento de segunda instância.
>
> (PAF 11516.004151/2010-23. Acórdão nº 9202-011.004 – CSRF/2ª **Turma**. Relator Conselheiro Mário Hermes Soares Campos. Sessão de 24/08/2023)
>
> DIREITO CREDITÓRIO. PROVAS. RECURSO VOLUNTÁRIO. APRESENTAÇÃO. POSSIBILIDADE. SEM INOVAÇÃO.
>
> Da interpretação da legislação relativa ao contencioso administrativo tributário, evidencia-se que não há óbice para apreciação, pela autoridade julgadora de segunda instância, de provas trazidas apenas em recurso voluntário, mas que estejam no contexto da discussão de matéria em litígio, sem trazer inovação.
>
> (PAF 13805.009841/98-82. Acórdão nº 9101-005.296 – CSRF/1ª **Turma**. Relatora Conselheira Edeli Pereira Bessa. Sessão de 03/12/2020)
>
> PROVAS. VERDADE MATERIAL.
>
> Admite-se a relativização do princípio da preclusão, tendo em vista que, por força do princípio da verdade material, podem ser analisados documentos e provas trazidos aos autos posteriormente à análise do processo pela autoridade de primeira instância, ainda mais quando comprovam inequivocamente a certeza e liquidez do direito creditório declarado na Declaração de Compensação (Dcomp) transmitida.
>
> (PAF 10768.720166/2007-11. Acórdão nº 9303-007.855 – CSRF/3ª **Turma**. Relatora Conselheira Vanessa Marini Cecconello. Sessão de 22/01/2019)
>
> PROVAS. DOCUMENTOS JUNTADOS EM RECURSO VOLUNTÁRIO PARA CONTRAPOR ARGUMENTOS NOVOS DA DECISÃO DA DRJ. POSSIBILIDADE.
>
> Cabível a juntada de documentos ao processo, posteriormente à apresentação da impugnação, quando se destinem a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos, nos termos do art. 16, § 4º, alínea "c" do Decreto nº 70.235/72. Portanto, devem ser analisados os documentos

trazidos em sede de recurso voluntário pelo Sujeito Passivo, pois destinados a contrapor argumentos posteriormente trazidos aos autos.
(PAF 10935.721339/2012-06. Acórdão nº 9202-009.662 – CSRF/2ª **Turma**. Relator Conselheiro Marcelo Milton da Silva Risso. Sessão de 28/07/2021)

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo administrativo fiscal federal se revela como um mecanismo para o exercício da autotutela e controle de legalidade dos atos administrativos de lançamento tributário e despachos decisórios proferidos no âmbito dos pedidos de crédito tributário formulados pelo contribuinte (PER/DCOMP), mediante colegiados vinculados à Administração Pública federal, que exercem atividade jurisdicional atípica, sendo que, nesta função, as autoridades julgadoras devem carrear esforços na busca pela realidade dos fatos, posto ser seu dever ater-se à legalidade e resolver o litígio tributário instaurado segundo a verdade material.

Como elucida Heleno Taveira Torres[12], "*Como garantia constitucional, o 'processo administrativo fiscal' presta-se à proteção do patrimônio público (tributos) e ao controle dos atos tributários de cobrança dos créditos ou da observância de obrigações acessórias mas, também, apresenta equivalente importância quando busca conferir efetividade à proteção dos contribuintes (art. 5º, LVI e LV, da CF/88) mediante a ampla defesa, com acesso a provas e recursos, no controle da legalidade e da motivação do ato de lançamento tributário.*"

A norma processual que rege o processo administrativo fiscal federal prevê prazos para a apresentação das peças processuais e das provas pertinentes, visando estabelecer a ordem e a estabilidade necessárias ao processo e ao julgamento do litígio.

Todavia, o processo administrativo fiscal federal privilegia o direito material e a incessante busca pela realidade dos fatos que permeiam o litígio tributário em julgamento. A verdade material é princípio de observância indeclinável pela Administração Tributária no âmbito de suas atividades procedimentais e processuais[13].

12 TORRES, Heleno Taveira. "Autovinculação do Lançamento Tributário e Limites para suas Mudanças: entre Controle de Revisão e Processo Administrativo", em "Coletânea 100 Anos do CARF". São Paulo: NSM Editora, 2024, p. 115.

13 MARINS, James. Direito processual tributário brasileiro: administrativo e judicial. 10ª edição ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 182-183.

É incontestável a complexidade em equilibrar o rigor processual e a necessidade de justiça. Inobstante ainda não se tenha uma uniformização de entendimento na jurisprudência do CARF, observa-se uma acertada tendência em relativizar a regra da preclusão estabelecida no art. 16, § 4º, do Decreto nº 70.235/72, para adotar uma interpretação mais flexível, recepcionando e conhecendo as provas documentais apresentadas, inclusive em instância recursal, prestigiando o princípio da verdade material e o formalismo moderado, desde que os documentos probatórios estejam no contexto da discussão da matéria em litígio e não disponham sobre nenhuma inovação.

Ao garantir que todas as provas relevantes sejam apreciadas, nos limites acima indicados, o CARF reconhece a importância da busca pela verdade real e assume um compromisso com a efetividade do processo administrativo fiscal federal, melhorando a qualidade técnica e a aplicação da justiça em seus julgamentos, sem comprometer a eficiência processual, além de contribuir para uma redução do contencioso judicial, através de uma resolução mais rápida e eficaz dos litígios tributários federais.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERNARDES, Flávio Couto. "A Prova e o Princípio da Verdade Material na Aplicação da Norma Jurídica Tributária: o Estabelecimento Prestador e a Materialidade do Fato Gerados na Incidência do Imposto sobre Serviços" em "A Prova no Processo Tributário". Ed. Dialética, 2010.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf). Acórdão nº 1201-005.200. Relator: Fredy José Gomes de Albuquerque. Sessão de 17.09.2021. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/12448913497201623_6509583.pdf. Acesso em: 30 jun. 2025.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf). Acórdão nº 3102-002.434. Relator: Matheus Schwertner Ziccarelli Rodrigues. Sessão de 22.05.2024. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/10880658661201266_7091401.pdf. Acesso em: 30 jun. 2025.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf). Acórdão nº 3001-001.369. Relatora: Maria Eduarda Alencar Câmara Simões. Sessão de 11.08.2020. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/10880681870200916_6270410.pdf. Acesso em: 30 jun. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 331.550/RS. Lauro Barrios de Araújo e Darcely Waldo Prade. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília: 25 mar. 2002. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=21404&num_

registro=200100835629&data=20020325&formato=PDF. Acesso em: 30 jun. 2025.

CAIS, Cleide Previtalli. O Processo Tributário. 5.ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAGUT, Maria Rita. As Provas e o Direito Tributário. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINS, James. Direito processual tributário brasileiro: administrativo e judicial. 10ª edição ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MEIRELLES, Hely. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: RT Editora, 1991.

NEDER, Marcos Vinícius; MARTINEZ LOPES, Maria Teresa. Processo Administrativo Fiscal Federal: (decreto nº 70.235/72 e lei nº 9.784/99). 2.ed. São Paulo: Dialética, 2004.

THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020. V.I.

TORRES, Heleno Taveira. "Autovinculação do Lançamento Tributário e Limites para suas Mudanças: entre Controle de Revisão e Processo Administrativo", em "Coletânea 100 Anos do CARF". NSM Editora, 2024.

TORRES, Ricardo Lobo. Processo Administrativo Fiscal: Caminhos para o seu Desenvolvimento. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo, nº 46, jul. 1999.

CRÉDITOS INTEMPESTIVOS NA APURAÇÃO DO PIS/COFINS EM RELAÇÃO ÀS DESPESAS E CUSTOS RELACIONADOS A POÇOS SECOS

JORGE LUÍS CABRAL

Conselheiro Titular do CARF.

SUMÁRIO: Da propriedade dos recursos naturais e seu reconhecimento contábil no Brasil; Da natureza do Ativo formado e forma de Contabilização; Tratamento Tributário; Diferenciação de Abordagens

As contribuições sociais do PIS/COFINS são apuradas segundo um regime não cumulativo e reguladas pelas Leis nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003.

Correndo o risco de cansar um leitor já familiarizado com a dinâmica do Direito Tributário, mas esperançoso de que este texto chegue a um público mais diverso, vou fazer uma pequena descrição da apuração destas contribuições no regime não cumulativo.

Basicamente, qualquer empresa para auferir receitas precisa incorrer em gastos. Dizendo de outra forma: precisa antes adquiri-los ou fabricá-los, ou deter os meios que permitam a prestação de serviços, via de regra.

As contribuições do PIS/COFINS incidem sobre o total de receitas auferidas no mês, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, é o que diz os artigos 1º, de ambas as Leis. Esta definição de incidência destaca três informações importantes: o fato gerador das contribuições, sua base de cálculo, e o período de apuração, respectivamente o auferimento de receitas, o montante destas receitas e o período mensal.

A cada mês o contribuinte precisa identificar as suas receitas tributáveis, conforme o dispositivo legal já citado acima, quantificá-las como base de cálculo destas contribuições, aplicar a alíquota devida e apurar o débito das contribuições para aquele mês de apuração. Este débito seria o valor devido a pagar, se não fosse a prerrogativa, no regime não cumulativo, de apropriar-se das despesas e custos necessários ao auferimento destas receitas, como créditos que serão abatidos do débito calculado para aquele mês.

Ambas as Leis, em seus artigos 3º, apresentam possibilidades de créditos permitidos em listas exaustivas, além de outras possibilidades descritas em outros diplomas legais, como é o caso de créditos presumidos decorrentes de situações que, a princípio, a Lei não permite que seja apurado o crédito, mas que por questões relacionadas a benefícios tributários pode se considerar o crédito mesmo assim.

Apurados os créditos, o que significa o montante dos créditos, segundo a mesma metodologia descrita acima para a apuração dos débitos, mas tendo como base de cálculo o valor das despesas e gastos daquele mês, este montante é utilizado para se confrontar com o valor calculado do débito e abatê-lo, de forma que: se o valor calculado para os créditos for menor do que o valor calculado para os débitos, haverá

saldo de contribuições a pagar, e o contribuinte tem de quitá-los até o vencimento estabelecido para o mês de apuração.

Caso contrário - valor de créditos superior ao débito - ocorre um saldo credor que transfere-se para os períodos posteriores. Assim, ao saldo credor de períodos anteriores, quando existente, somam-se aos créditos decorrentes de despesas ou gastos do mês em curso e procede-se novamente da mesma forma como já descrito.

Então temos uma delimitação temporal que estabelece quais são as receitas tributáveis a serem consideradas e os créditos elegíveis para abater dos débitos daquele período, sendo esta delimitação a base mensal que compreende receitas auferidas e despesas ou gastos incorridos naquele mês específico. A esta delimitação temporal pode-se acrescentar o saldo credor de períodos anteriores, o qual já é o resultado líquido do excesso acumulado de créditos de períodos anteriores.

Este fato é muito importante porque todo o sistema é construído para somente se aceitar o valor nominal do crédito no período de sua apuração, ou seja, no mês em que haja a demonstração por documentação fiscal hábil de que teria havido uma das hipóteses previstas nos arts. 3º, das Leis de regência do regime não cumulativo destas contribuições.

O que significa dizer que, para os períodos posteriores, somente se pode considerar os valores líquidos de saldos credores de períodos em que o montante a apropriar dos créditos tenha superado o montante de débitos correspondentes, sempre na mesma base temporal do mês calendário.

Diz-se que a apropriação do crédito, na dinâmica de apuração não cumulativa do PIS/COFINS, é extemporânea quando tenta-se apropriar num determinado mês, posterior ao mês em que se incorreu o gasto ou a despesa, um crédito decorrente de gastos e despesas incorridos em períodos de apuração anteriores pelo seu valor nominal.

Faz-se necessário informar que, em algumas das hipóteses de elegibilidade de créditos, o valor nominal não pode ser considerado como sendo o valor total do dispêndio; nem o mês em que o crédito pode ser utilizado é necessariamente o mesmo mês em que a despesa ou gasto foi incorrido, é o caso das previsões de créditos decorrentes de despesas de depreciação, ou de amortização de bens do ativo imobilizado ou intangível, incisos VI, VII e XI, dos arts. 3º, das Lei nº 10.637/2002, e 10.833/2003.

Isso ocorre porque tratam-se de gastos que contribuirão para mais de um período de apuração futuro, e que precisam ter a sua parcela de contribuição rateada proporcionalmente, segundo um critério de rateio apropriado ao tempo de contribuição daquele bem ao processo negocial e operacional do contribuinte, podendo este critério ser a parcela de vida útil, prazo contratual, ou volume de depleção de jazidas minerais ou recursos florestais.

De forma que o valor a ser utilizado como crédito é o valor do encargo de depreciação, amortização ou de exaustão, e o mês de apuração inicial é o mês a partir do qual estes encargos são devidos, no caso, o mês de início de utilização econômica do bem, que não se confunde necessariamente com o mês de sua aquisição.

A dinâmica de apuração do regime não cumulativo de PIS/COFINS, descrita brevemente acima, opera-se pelo cumprimento de obrigações tributárias acessórias, através de declarações do contribuinte, que reproduzem a memória de cálculo de toda a apuração, e que é cumprida mês a mês. Inicialmente pela apresentação do Demonstrativo de Apuração de Contribuições (DACON) e, mais recentemente, pela apuração nas EFD-Contribuições.

Nestes demonstrativos, discrimina-se o total de receitas tributáveis e o valor consolidado de créditos elegíveis por categoria de cada uma das hipóteses previstas nos arts. 3º, das Leis de regência, para um determinado mês de apuração e reconhece-se o saldo dos créditos existentes cumulativos de períodos anteriores. Nestas memórias de cálculo apura-se o valor do débito e utiliza-se o valor dos créditos do período corrente para abatê-lo e, se necessário, o valor disponível do saldo de períodos anteriores.

Por tudo isto que foi exposto, acabamos por nos deparar com um assunto muito controverso no CARF, posto que há posição que entende que somente pode-se aceitar a utilização de créditos extemporâneos caso o contribuinte refaça todas as memórias de cálculo, desde o período de apuração ao qual este se refere, até o período de apuração em que se pretende considerar o crédito, exclusivamente pela retificação das obrigações acessórias dos meses anteriores.

Por outro lado, há a posição que entende que o contribuinte pode demonstrar o valor líquido do crédito pleiteado extemporaneamente por demonstração própria sem retificação das obrigações acessórias citadas. Esta posição socorre-se no texto do § 4º, do art. 3º, das Leis nº

10.637/2002 e 10.833/2003, com textos idênticos e que aproveito para reproduzir abaixo:

> *Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:*
> *(...)*
> *§ 4º O crédito não aproveitado em determinado mês poderá sê-lo nos meses subseqüentes.*

Trata-se de uma interpretação de que o texto da Lei não faria qualquer exigência burocrática ao reconhecimento do crédito legítimo, mas não aproveitado em seu período de apuração pelo regime de competência, no entanto, discordo desta posição por entender que o objetivo do legislador era dar um destino justo ao excesso do crédito do período e ainda, seria lógico supor que houvesse um descasamento temporal dentro da delimitação mensal entre despesas e gastos e sua efetiva realização como receita futura.

O mês de aquisição de estoques não é necessariamente o mês de auferimento de receitas daquelas aquisições específicas, logo é natural supor que não se pode constituir um regime de apuração que implicasse em perdas dos créditos devidos pela insuficiência de débitos no período restrito de um único mês.

Socorro-me ao entendimento da Câmara Superior de Recursos Fiscais, que possui julgado no mesmo sentido de meu entendimento, de que o crédito extemporâneo somente pode ser reconhecido pelo seu valor líquido, o que implica na necessidade de retificação das obrigações acessórias anteriores.

> ***Assunto: Processo Administrativo Fiscal***
> *Período de apuração: 01/03/2007 a 30/04/2007, 01/07/2007 a 31/12/2007*
> *RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE DIVERGÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO*
> *O Recurso Especial não deve ser conhecido, quando, do confronto da decisão recorrida com os paradigmas indicados, não restar configurada divergência interpretativa: para a caracterização de controvérsia jurisprudencial, é necessário que haja similitude fático-normativa entre as situações analisadas pelos paradigmas e aresto recorrido.*
> ***Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins***
> *Período de apuração: 01/03/2007 a 30/04/2007, 01/07/2007 a 31/12/2007*
> ***CRÉDITOS EXTEMPORÂNEOS. APROVEITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DACON NÃO RETIFICADO.***
> ***O aproveitamento de créditos extemporâneos está condicionado à apresentação dos Demonstrativos de Apuração (DACON) retificadores dos***

respectivos trimestres, demonstrando os créditos e os saldos credores trimestrais.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/03/2007 a 30/04/2007, 01/07/2007 a 31/12/2007

CRÉDITOS EXTEMPORÂNEOS. APROVEITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DACON NÃO RETIFICADO. O aproveitamento de créditos extemporâneos está condicionado à apresentação dos Demonstrativos de Apuração (DACON) retificadores dos respectivos trimestres, demonstrando os créditos e os saldos credores trimestrais.

(Acórdão 9303-015.663, Conselheiro Relator Vinícius Guimarães,3ª Turma, Câmara Superior de Recursos Fiscais, Sessão de 15/08/2024) (grifo nosso)

Superada esta importante consideração sobre a apropriação de créditos extemporâneos na apuração segundo o regime não cumulativo de PIS/COFINS, permitam-me apresentar a polêmica sobre a qual pretendo me debruçar.

Imaginem que uma empresa concessionária de exploração da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, esteja em plana fase de exploração de um projeto offshore de Petróleo e Gás Natural (O&G), e tenha realizado diversos gastos na perfuração e completação de diversos poços de petróleo de exploração.

Cada campanha de perfuração entre a contratação da sonda, do projeto de engenharia, a aquisição de equipamentos e a contratação de serviços, com ou sem o fornecimento de material, além de toda aquisição de todo o material necessário; e o momento em que se decide pelo reconhecimento de uma descoberta comercial ou de um poço seco, irá se arrastar por diversos períodos de apuração diferentes, meses de apuração diferentes.

Digamos então que, após todo este esforço, e tendo o contribuinte registrado em seu ativo imobilizado todas as despesas e custos necessários à perfuração e completação de um poço exploratório, chegue à conclusão de que não há uma descoberta comercial de O&G e que este poço precisa ser reconhecido como seco e a perda levada a resultado.

Digamos ainda que este contribuinte tenha sido autuado por ter reconhecido a integralidade dos créditos possíveis de PIS/COFINS extemporaneamente, todos relacionados a despesas e gastos relativos a um poço seco no mês em que reconheceu a perda contábil, posterior a todos os períodos de apuração dos créditos pretendidos, e anterior ao início do direito de apropriar-se dos encargos de depreciação, amortização ou de exaustão.

Para analisarmos nosso contencioso hipotético, precisamos definir qual a natureza jurídica e contábil para estes gastos, quais são os procedimentos de registro contábil dos mesmos e qual é o tratamento aplicável ao caso.

- Qual seria então a melhor abordagem?

Primeiro vejamos qual é a natureza jurídica e contábil destes ativos.

DA PROPRIEDADE DOS RECURSOS NATURAIS E SEU RECONHECIMENTO CONTÁBIL NO BRASIL

Há muito que a indústria do petróleo e gás natural (O&G) está envolvida numa polêmica sobre a propriedade dos recursos naturais que são objeto de sua exploração. Controvérsia cujo debate demonstra-se anacrônico face às evoluções legislativas e negociais entre governos e empresas, basicamente já resolvida, por volta da década de 1960, com a nacionalização das indústrias nos países produtores do Oriente Médio e a onda posterior que se espalhou mundo a fora, definindo um padrão específico de gestão destes recursos.

Esta situação decorreu claramente de uma evolução histórica do tratamento da propriedade dos recursos naturais, originário da visão anglo saxônica de que o proprietário da terra (superfície) seria também o dono dos recursos do seu subsolo.

O clima de grande incerteza, dificuldades inimagináveis, técnicas e logísticas, do início da formação da indústria, e de seu amadurecimento, levou as International Oil Companies (IOC) a contratos cada vez mais ambiciosos e agressivos, proporcionalmente aos riscos assumidos, geralmente obtendo concessões de grandes áreas territoriais e propriedade sobre qualquer volume de petróleo ou gás natural eventualmente descoberto.

Finalmente esta forma negocial entre países e empresas tornou-se insustentável e os grandes países produtores como o México e, posteriormente, no Oriente Médio, acabaram por nacionalizar toda a infraestrutura privada, assim como os recursos minerais disponíveis.

Outros países, que entraram neste mercado tardiamente, beneficiaram-se com esta percepção da propriedade dos recursos naturais e pelo estabelecimento do conceito de propriedade do Estado sobre o subsolo, antes que eles viessem a ser o foco das atenções da indústria da exploração de O&G. Este é precisamente o caso do Brasil.

Em que pese ter havido uma evolução no conceito da propriedade dos recursos minerais no subsolo, e a exploração do petróleo tornou-se um monopólio estatal apenas na Constituição de 1967, o fato é que quando o petróleo, no Brasil, de fato tomou corpo na década de 1970, com a descoberta e início de produção dos campos gigantes da Bacia de Campos, a propriedade do subsolo e o monopólio da exploração de petróleo já pertenciam à União.

A Constituição Federal de 1988 reiterou esta situação pois no artigo 20, reafirma a propriedade da União sobre os Recursos Naturais no subsolo e na plataforma continental, como vemos a seguir:

> *"Art. 20. São bens da União:*
> *(…)*
> *V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;*
> *(…)*
> *IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;*
> *(…) (Constituição Federal de 1988)"*

E ainda se estabeleceu o monopólio da União sobre a exploração do petróleo e gás natural, conforme o texto a seguir já alterado pela Emenda Constitucional nº 9/1995:

> *"Art. 177. Constituem monopólio da União:*
> *I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;*
> *II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;*
> *III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;*
> *IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;*
> *(…)*
> *§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)*
> *(…) (Constituição Federal de 1988)"*

Também encontramos esta determinação na Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, A Lei do Petróleo:

> *Art. 3º Pertencem à União os depósitos de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos existentes no território nacional, nele compreendi-*

dos a parte terrestre, o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva.

Art. 4º Constituem monopólio da União, nos termos do art. 177 da Constituição Federal, as seguintes atividades:

I - a pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação de petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem como o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e de gás natural.

Art. 5º As atividades econômicas de que trata o art. 4º desta Lei serão reguladas e fiscalizadas pela União e poderão ser exercidas, mediante concessão, autorização ou contratação sob o regime de partilha de produção, por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País. (Redação dada pela Lei nº 12.351, de 2010)

(...)

Art. 21. Todos os direitos de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos em território nacional, nele compreendidos a parte terrestre, o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva, pertencem à União, cabendo sua administração à ANP, ressalvadas as competências de outros órgãos e entidades expressamente estabelecidas em lei. (Redação dada pela Lei nº 12.351, de 2010)

Então, apesar da eventual retórica política a respeito da propriedade dos recursos naturais brasileiros, e no nosso caso específico, a respeito do petróleo e do gás natural, a situação jurídica das jazidas no subsolo e do volume dos hidrocarbonetos ainda não produzidos são, sem nenhuma sombra de dúvidas, bens da União.

Como podemos notar com clareza no Artigo 177, da Constituição Federal de 1988, reproduzido acima, a União ainda detém o monopólio da pesquisa, da lavra e do transporte marítimo, ou por dutos, de petróleo bruto (cru) de produção nacional, apenas para nos concentrarmos no *Upstream* desta indústria.

As empresas que operam quaisquer destas atividades no Brasil o fazem na condição de contratadas da União pela autorização constitucional do mesmo artigo supracitado. A forma desta contratação obedece a três regimes distintos no que diz respeito à exploração e produção, para usarmos os termos corretos determinados pela Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei do Petróleo. Estes regimes definem juridicamente a forma de contratação das empresas pela União e estabelecem o momento da tradição do petróleo e do gás natural, da União para as empresas.

São eles: a concessão, a partilha e a cessão onerosa. Assumo o risco de contrariar diversos especialistas de petróleo e gás natural sobre a condição de cessão onerosa ser um regime específico, ou não, mas não posso deixar de considerar uma variação importante nele contida a respeito da propriedade do hidrocarboneto não produzido e sua contabilização para efeitos tributários.

Concessão – é o regime mais antigo, desde 1997. Nele é previsto à União a possibilidade de conceder os direitos de exploração por tempo certo aos vencedores de processos licitatórios para os quais os concessionários comprometem-se a realizar a exploração e produção, por sua conta e risco, nos termos contratuais, e em troca assumem a propriedade integral do petróleo e do gás natural produzido. Cabe ainda aos concessionários (empresa ou consórcio) o pagamento dos tributos, participações governamentais (royalties, participações especiais, bônus de assinatura, taxas de retenção de áreas) e dos encargos contratuais vigentes. (Artigos de 23 a 26 da Lei nº 9.478/97). A tradição da propriedade ocorre no momento da produção dos hidrocarbonetos, no ponto de produção (local).

Partilha – é um regime específico para as áreas de pré-sal e de áreas consideradas estratégicas, decorrente da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010 (Lei do Pré-sal). Neste regime a União contratará segundo duas formas diferentes: contratação direta da Petrobras (Art. 12, da Lei do Pré-sal) ou mediante licitação. Neste regime, o concessionário tem a obrigação de explorar e produzir petróleo e gás natural, por sua conta e risco, e adquire o direito de apropriar-se de um volume de produção representativo do seu custo para alcançar a produção e efetuá-la, segundo as normas da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), chamado "custo em óleo", e mais uma outra parcela da produção, representativa do excedente em óleo (volume restante da produção descontado o custo em óleo) líquida da parcela de petróleo e gás natural a ser entregue à União. Cabe ainda aos concessionários o pagamento dos tributos, royalties e bônus de assinatura. (Artigos 2º e 42 da Lei nº 12.351/2010). Neste caso, a empresa assume a titularidade da propriedade no ponto de partilha, segundo a cláusula específica do Contrato de Partilha, e segundo o Acordo de Disponibilização da Produção. Em qualquer caso, o ponto de partilha possui natureza diferente do ponto de produção, e esta aperfeiçoa-se pela disponibilização dos volumes já produzidos aos diversos consorciados, depois de apuradas todas as parcelas contratualmente definidas (custo em óleo/excedente em óleo/parcela da União). O fato é que a

disponibilização da titularidade do petróleo e do gás natural ocorre em momento posterior à produção, provavelmente localizado fisicamente em tanques de armazenagem *on shore*, ou *off shore*.

Cessão Onerosa – não é propriamente um regime específico, conforme os previstos nas Leis do Petróleo e do Pré-sal, trata-se da autorização legal para que a União ceda à Petrobras o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo e gás natural, por um valor determinado, sem licitação. Interessante notar que a propriedade do petróleo e do gás natural segue a mesma regra do regime de Concessão, como fica claro no Artigo 1º, § 1º, da Lei nº 12.276, de 30 de junho de 2010 (Lei da Cessão Onerosa) e na Cláusula 18ª do Contrato de Cessão Onerosa, disponível no site www.investidorpetrobras.com.br/download/1592, pois a tradição do petróleo e gás natural, da União para a empresa, decorre da produção. No caso da Cessão Onerosa é importante destacar que há um compromisso firmado para um determinado volume a ser produzido, e este volume foi precificado a um valor decorrente de consultorias especializadas que levaram em conta, entre outras coisas, o fluxo de caixa descontado da produção dos 5 (cinco) bilhões de barris de óleo equivalente (boe), objeto do contrato, mas ainda não produzidos. Este fato poderia levar à conclusão de que haveria uma migração da propriedade destes barris para a empresa, ainda antes da produção efetiva, mas esta dúvida é claramente indevida face aos dispositivos da Lei e do Contrato, acima citados. Desta forma, o valor pago pela empresa configura-se como bônus de assinatura, o qual foi calculado de uma forma específica e destina-se a confirmar o direito da empresa à exploração e à produção de um volume específico de petróleo e gás natural, e não a propriedade efetiva dos hidrocarbonetos ainda não produzidos.

DA NATUREZA DO ATIVO FORMADO E FORMA DE CONTABILIZAÇÃO

Restou claro, conforme demonstrado acima, que a tradição efetiva do petróleo e do gás natural da União para a empresa dá-se apenas em algum momento após a produção, qualquer que seja o regime considerado. Desta forma, o que as empresas de petróleo possuem, quando concessionárias de exploração e produção, é um direito futuro a apropriar-se de parte, ou de toda a produção de petróleo e de gás natural, de uma área geográfica específica, referente ao seu subsolo, e não sobre a jazida propriamente e os volumes de hidrocarbonetos que ela contenha.

Precisamos fazer inicialmente uma digressão sobre as características do negócio para podermos acompanhar a lógica contábil e tributária do registro dos ativos formados pela exploração e desenvolvimento de campos de petróleo e gás natural.

Os ciclos negociais desta indústria podem estender-se por mais de trinta anos, desde a tomada de decisão de investimento até o descomissionamento do campo (abandono) e, entre a tomada de decisão de investimentos e o início da produção, é comum que decorram sete a dez anos, logo, a gestão do negócio pressupõe a aquisição permanente de projetos que gerem reservas de hidrocarbonetos comerciais, de forma que a produção não sofra descontinuidade em razão dos grandes prazos de maturação de investimentos nos períodos entre o ciclos de vida econômica dos projetos.

Podemos também assumir como premissa que o fluxo de caixa futuro dos projetos, que alcançam a comercialidade, são muito superiores aos valores dos investimentos, mesmo considerando os elevados valores a serem aplicados e os elevados riscos geológicos, operacionais, de mercado e políticos, e ainda, que o volume produzido não se distribui linearmente no tempo, mas sim através de uma curva que tem características ascendentes nos primeiros anos de produção, seguida de um período de estabilização no auge da produção e, finalmente, de uma curva decrescente até o abandono.

Quando ocorre uma descoberta comercial, e se estabelecem os volumes recuperáveis, estes volumes são chamados de reservas e estas são classificadas segundo o seu grau de incerteza. De acordo com a Society of Petroleum Engineers, os critérios de classificação referem-se a chance de que o volume estimado recuperável possa ser efetivamente produzido, até o descomissionamento do campo.

Assim, as reservas provadas possuem uma chance superior a 90% de serem confirmadas pela produção, as prováveis possuem chance entre 50 % e 90% de se confirmarem e as possíveis, chances acima de 10%. Isto significa que, se estivermos falando de reservas provadas, há uma confiança de 90 % que aquele volume venha a ser todo produzido durante o ciclo produtivo completo, conforme já explicado acima.

Nem todo o petróleo e gás natural de uma jazida pode ser explotado, diversos fatores influenciam no volume a ser recuperado, sendo os principais de caráter geológico e econômico. A pressão interna da jazida e seu comportamento durante a produção, assim como as tec-

nologias disponíveis e o preço do petróleo são fatores que podem adiar ou antecipar a decisão de abandono e, consequentemente, o volume a ser recuperado.

Este fato acrescenta mais incertezas à própria estimativa de volume recuperável, que é feita pelas empresas e representa o principal motivo para que não se aceite a monetização dos volumes recuperáveis como critério para registro contábil destes ativos. As próprias empresas são responsáveis por conduzir os estudos e análises que estimarão as reservas e as classificarão, geralmente exige-se que haja uma auditoria independente neste processo, no entanto, há uma constante preocupação com a manipulação dos resultados.

O valor estimado da jazida, pelo valor dos hidrocarbonetos recuperáveis, não influencia o Patrimônio Líquido, mas tem um grande impacto no valor das ações da companhia.

Esta desconfiança com as análises das empresas ciclicamente é reforçada por acontecimentos indesejáveis. Aqui no Brasil mesmo, já assistimos o evento da produção superestimada da OGX nos seus fatos relevantes e dos prejuízos que isto gerou junto a seus acionistas. No exterior uma reavaliação das reservas provadas da Shell em 2004, nos EUA, gerou um escândalo que chegou a afetar outras empresas do setor. A Shell reavaliou suas reservas provadas em menos 4,5 bilhões de barris, afetando o valor da companhia e gerando uma onda de reavaliações de reservas de outras empresas.

As reservas provadas podem ser sim objeto de reavaliações, pois quedas expressivas no preço do petróleo cru podem tornar economicamente inviável a produção de todo o potencial de volume de uma jazida, mas isto apenas reforça que os métodos contábeis aceitos não permitem a monetização do volume da reserva provada, e exijam o registro do ativo pelo seu custo de aquisição. Neste caso, o custo de aquisição envolve todos os gastos necessários a levar um campo à sua produção.

Os métodos admitidos são o de esforços bem-sucedidos (predominante no Brasil) e o de custo total (full cost).

O método dos esforços bem-sucedidos (successful efforts) é o método autorizado pela Financial Accouting Standards Board (FASB), através na norma SFAS 19. Este método estabelece que apenas os gastos de exploração relacionados a um campo produtor devem permanecer no ativo da empresa, exceto os gastos com geologia, os quais devem ser

levados a resultado no exercício em que incorrerem, assim como os gastos com poços secos. Os gastos com desenvolvimento são ativados e somados aos de exploração, que permaneceram no ativo (poços pioneiros bem sucedidos, p.ex.) e exauridos pelo método das unidades produzidas, que é um método de exaustão.

A única exceção ao método das unidades produzidas no SFAS 19 refere-se aos equipamentos de suporte descritos no § 26, os quais serão depreciados como custos de exploração, desenvolvimento ou de produção, nos termos do § 36. Os centros de custo são identificados por campos produtores, assim como as unidades patrimoniais registradas no ativo, e suas alterações.

Entendam que quando digo "campo produtor" é aquele que atende a pelo menos dois requisitos concomitantes: há petróleo e gás natural na formação geológica explorada e seu custo de desenvolvimento, operacional e de abandono é superado pelas receitas futuras projetadas trazidas a valor presente.

Neste caso, a lógica de apropriação de custos para se atingir a produção, segue a mesma lógica da formação de ativos intangíveis relacionados à propriedade intelectual, previstas no Pronunciamento Técnico CPC 04 (R1), em que os gastos de pesquisa na formação de ativos intangíveis, gerados internamente na entidade, devem ser considerados como despesas e reconhecidos no exercício em que forem incorridos, como podemos ver pela reprodução do § 54, deste mesmo pronunciamento contábil.

> *54. Nenhum ativo intangível resultante de pesquisa (ou da fase de pesquisa de projeto interno) deve ser reconhecido. Os gastos com pesquisa (ou da fase de pesquisa de projeto interno) devem ser reconhecidos como despesa quando incorridos.*

Estas despesas em pesquisa e desenvolvimento de propriedade intelectual ainda indefinida, e que ainda não tenha resultado em um ativo com as condições necessárias a ser classificado como ativo intangível, são equivalentes à fase de exploração de petróleo e gás natural.

Os motivos para esta determinação são os mesmos da motivação para os procedimentos de reconhecimentos de ativos de concessões de exploração de O&G determinados pelo método de esforços bem-sucedidos, e que podem ser resumidos pelas simples constatação de que gastos na formação de ativos, que ainda não possuem confirmação de geração de benefícios futuros, não podem ser conside-

rados como ativos, posto que o ativo intangível precisa atender aos requisitos determinados no CPC 04 (R1) para ser assim reconhecido pela entidade.

> *10. Nem todos os itens descritos no item anterior se enquadram na definição de ativo intangível, ou seja,* ***são identificáveis, controlados e geradores de benefícios econômicos futuros****. Caso um item abrangido pelo presente Pronunciamento* ***não atenda à definição de ativo intangível, o gasto incorrido na sua aquisição ou geração interna deve ser reconhecido como despesa quando incorrido****. No entanto, se o item for adquirido em uma combinação de negócios, passa a fazer parte do ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) reconhecido na data da aquisição (ver item 68).*
> *(…)*
> *12. Um ativo satisfaz o critério de identificação, em termos de definição de um ativo intangível, quando:*
> ***(a) for separável, ou seja, puder ser separado da entidade e vendido, transferido, licenciado, alugado ou trocado, individualmente ou junto com um contrato, ativo ou passivo relacionado, independente da intenção de uso pela entidade; ou***
> ***(b) resultar de direitos contratuais ou outros direitos legais, independentemente de tais direitos serem transferíveis ou separáveis da entidade ou de outros direitos e obrigações.***
> *(…)*
> ***Benefício econômico futuro***
> *17. Os benefícios econômicos futuros gerados por ativo intangível podem incluir a receita da venda de produtos ou serviços, redução de custos ou outros benefícios resultantes do uso do ativo pela entidade. Por exemplo, o uso da propriedade intelectual em um processo de produção pode reduzir os custos de produção futuros em vez de aumentar as receitas futuras.*

O fluxo das atividades de exploração inicia-se com a aquisição do direito, o que seria a aquisição do direito de concessão, usualmente através do pagamento de bônus de assinatura nos leilões de concessão, combinados ou não com a aquisição ou aluguel da propriedade na superfície de um bloco de exploração. A seguir, realizam-se gastos com pesquisa geológica, aquisição de dados sísmicos e gastos na perfuração e completação de poços exploratórios.

Neste ponto, o fato de se encontrar petróleo e gás natural na formação geológica perfurada não significa que aquele gasto resultará em benefícios econômicos futuros, posto que aquele poço, especificamente, ou outros poços, perfurados na mesma formação posicionados em locais mais adequados à uma futura produção, precisam passar por um teste de produção que revele haver pressão e volume de petróleo e gás natural suficientes para manter uma produção futura, que permi-

ta considerar aquele poço um poço produtor (mesmas considerações realizadas no conceito de campo produtor).

No método dos esforços bem-sucedidos todos estes gastos são inicialmente ativados e sujeitos à posterior avaliação da sua condição de produção de benefícios econômicos futuros. Estas avaliações, sobre o reconhecimento contábil destas condições, estão claramente delimitadas pela Declaração de Comercialidade, que é documento encaminhado pela Concessionária à ANP, comunicando que foi encontrado petróleo e gás natural e que se trata de uma descoberta comercial, indicando inclusive o volume da reserva encontrada.

Assim, temos um marco temporal para o reconhecimento do ativo, Declaração de Comercialidade, e usualmente também podemos considerar este momento o início das atividades de desenvolvimento, as quais não tratarei neste artigo.

Os poços e gastos que não resultaram em descobertas comerciais são levados a resultado como despesas no exercício em que a Concessionária reconhecer este fato contábil e resultar na decisão de abandono daquele poço.

O método do custo total é o método adotado pela Securities and Exchanges Commission (SEC), e é regulamentado pela norma SX rule 4.10. Não nos deteremos mais neste método, pontuaremos apenas que ele reconhece que todos os custos necessários a levar um campo à produção devem ser ativados, mesmo aqueles relacionados a poços secos. Sua base territorial é nacional (centro de custos por país produtor) e envolve todos os campos de um determinado país, de resto é muito parecido com o outro método.

Ambos são aceitos internacionalmente e outras normas contábeis que lidam com a contabilização de ativos expressamente remetem a um destes dois métodos, como é o caso da IAS 16- Propriedades, Instalações e Equipamentos, que em seu escopo afasta a sua aplicação sobre direitos sobre reservas de petróleo e gás natural.

O mesmo ocorreria no Brasil, porém a norma do Comitê de Pronunciamentos Contábeis ainda não editou o CPC 34 que regularia o assunto.

No entanto, cabe aqui destacar que o método dos esforços bem-sucedidos vem ao encontro da apropriação de custos e seu relacionamento com o sucesso na exploração com base nos projetos, um ring fence, cuja principal virtude é destacar as melhores "apostas" den-

tro de um mesmo país, ou mesmo quando comparado com a totalidade dos investimentos da companhia de petróleo em escala mundial. Por outro lado, o método do custo total evidencia o sucesso ou o fracasso na alocação de recursos em uma base territorial mais ampla, destacando os resultados econômicos por país.

Não há, na verdade, como dissociar os fracassos em se encontrar petróleo e gás natural do ciclo econômico completo de uma companhia de petróleo, posto que o risco de poços secos é inerente ao empreendimento, mesmo com os grandes avanços tecnológicos atuais. Uma companhia de petróleo, tipicamente, precisa pesquisar petróleo distribuindo o risco do empreendimento (geológico e político) por diversos blocos de exploração diferentes, de preferência espalhados por países diferentes (risco político).

Entender a indústria apenas como o resultado da produção é um erro grosseiro, tanto pelo aspecto econômico, como pelo aspecto legal e negocial. Não existe campo produtor sem as fases de exploração e desenvolvimento, e não existe produção dissociada do risco de fracasso na exploração.

Considerar que poços secos são meras perdas inerentes ao processo nos leva ao erro de considerar estas perdas como tendo a mesma natureza daquelas decorrentes de acidentes (caso fortuito e força maior), ou de más decisões negociais comuns a qualquer área de negócio. Os poços secos são parte inerente ao risco do negócio e ao seu planejamento e avaliação, assim como ao resultado esperado a ser alcançado.

Por ser a União a proprietária dos recursos naturais, cabe mais uma consideração: a relação entre o Estado e estas companhias configura-se num misto entre o exercício da soberania (tributário) e o interesse econômico do proprietário dos recursos (contratual concessório), neste último caso, o direito preponderante é no sentido de garantir um fluxo adequado da depleção do patrimônio estatal, num ritmo que maximize os ganhos econômicos decorrentes da exploração destes recursos para muitas gerações futuras de cidadãos e contribuintes brasileiros.

É um delicado jogo de equilíbrio entre a aferição de receitas governamentais antecipadas (bônus de assinatura, royalties, participações especiais e tributos regressivos), e a maximização do volume produzido ao longo do tempo, o que importa em diversos ganhos não financeiros como desenvolvimento de tecnologias, formação de parque industrial, energia barata e empregos.

Anteriormente neste artigo, fiz referência a como fatores econômicos podem interferir na decisão de abandono, antecipando o encerramento das atividades, e deixando como espólio uma reserva de petróleo ou gás natural irrecuperável, e muitas vezes mais expressiva do que seria razoável supor.

Campos de petróleo e gás natural maduros falecem por exaurirem a pressão interna dos reservatórios, o que não significa que tenham esgotado os recursos naturais. A decisão de permanecer investindo nas diversas tecnologias de recuperação desta pressão interna decorre especialmente e, principalmente, do retorno econômico da reserva recuperável.

Neste ponto, os custos associados durante todo o projeto possuem impacto na referida decisão, e é do melhor interesse do proprietário destes recursos naturais que o volume de petróleo e gás natural irrecuperável seja o menor possível. É comum que este volume alcance 1/3 da reserva total.

Falta ainda definir qual seria a classificação do ativo formado por reservas provadas segundo a Lei º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, no seu artigo 179.

Obviamente não podemos considerar as reservas provadas como estoque, na medida em que não se trata de um direito de propriedade sobre o bem físico (hidrocarbonetos) não produzido, então resta a dúvida sobre considerá-las como ativo imobilizado ou intangível. Vejamos o que diz a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976:

> *"Art. 179. As contas serão classificadas do seguinte modo:*
> *I - no ativo circulante: as disponibilidades, os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente e as aplicações de recursos em despesas do exercício seguinte;*
> *II - no ativo realizável a longo prazo: os direitos realizáveis após o término do exercício seguinte, assim como os derivados de vendas, adiantamentos ou empréstimos a sociedades coligadas ou controladas (artigo 243), diretores, acionistas ou participantes no lucro da companhia, que não constituírem negócios usuais na exploração do objeto da companhia;*
> *III - em investimentos: as participações permanentes em outras sociedades e os direitos de qualquer natureza, não classificáveis no ativo circulante, e que não se destinem à manutenção da atividade da companhia ou da empresa;*
> *IV – no ativo imobilizado: os direitos que tenham por objeto bens corpóreos destinados à manutenção das atividades da companhia ou da empresa ou exercidos com essa finalidade, inclusive os decorrentes de operações que*

transfiram à companhia os benefícios, riscos e controle desses bens; (Redação dada pela Lei nº 11.638,de 2007)
V – (Revogado pela Lei nº 11.941, de 2009)
***VI – no intangível: os direitos que tenham por objeto bens incorpóreos destinados à manutenção da companhia ou exercidos com essa finalidade, inclusive o fundo de comércio adquirido**. (Incluído pela Lei nº 11.638,de 2007)*
Parágrafo único. Na companhia em que o ciclo operacional da empresa tiver duração maior que o exercício social, a classificação no circulante ou longo prazo terá por base o prazo desse ciclo."(Lei nº 6.404/1976).

Não havendo propriedade privada sobre as jazidas de hidrocarbonetos, mesmo em áreas concedidas, o que existe no marco jurídico brasileiro é o "direito de explorar e produzir", o qual é um bem incorpóreo, de modo que juridicamente ele fica corretamente classificado no ativo intangível, inciso VI, do Artigo 179, da Lei nº 6.404/1976. Com relação a sua forma de avaliação, precisamos consultar o artigo 183, da mesma Lei.

"Critérios de Avaliação do Ativo
*Art. 183. **No balanço, os elementos do ativo serão avaliados segundo os seguintes critérios**:*
(…)
IV - os demais investimentos, pelo custo de aquisição, deduzido de provisão para atender às perdas prováveis na realização do seu valor, ou para redução do custo de aquisição ao valor de mercado, quando este for inferior;
V - os direitos classificados no imobilizado, pelo custo de aquisição, deduzido do saldo da respectiva conta de depreciação, amortização ou exaustão;
*VII – **os direitos classificados no intangível, pelo custo incorrido na aquisição deduzido do saldo da respectiva conta de amortização**; (Incluído pela Lei nº 11.638, de 2007)*
(…)
§ 2º A diminuição do valor dos elementos dos ativos imobilizado e intangível será registrada periodicamente nas contas de:(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)
a) depreciação, quando corresponder à perda do valor dos direitos que têm por objeto bens físicos sujeitos a desgaste ou perda de utilidade por uso, ação da natureza ou obsolescência;
b) amortização, quando corresponder à perda do valor do capital aplicado na aquisição de direitos da propriedade industrial ou comercial e quaisquer outros com existência ou exercício de duração limitada, ou cujo objeto sejam bens de utilização por prazo legal ou contratualmente limitado;
c) exaustão, quando corresponder à perda do valor, decorrente da sua exploração, de direitos cujo objeto sejam recursos minerais ou florestais, ou bens aplicados nessa exploração.
(…)"

Esta é precisamente a mesma interpretação exposta na página nº 316, do Manual de Contabilidade Societária do FIPECAFI, 2ª edição, onde encontramos o seguinte:

> *"**Outros pronunciamentos podem oferecer tratamento contábil específico para determinados intangíveis mais especializados, como é o caso dos gastos com a exploração ou o desenvolvimento e a extração de petróleo, gás e depósitos minerais de indústrias extrativas**, o caso dos contratos de seguros ou do ágio por expectativa de rentabilidade futura (Goodwill)." (grifo nosso)*

Encontramos na norma citada diversas convergências com as normas contábeis internacionais já comentadas, especialmente no que diz respeito ao reconhecimento pelo seu valor de custo de aquisição, conforme previsto no inciso VII, do artigo 183, da Lei nº 6.404/1976.

Interessante ressaltar que em nenhum dos casos há uma diferenciação do registro dos gastos nestas contas entre serviços, equipamentos ou instalações, ou qualquer consideração a respeito da vida útil destes equipamentos ou instalações.

Chamo a atenção também para o fato de que se usa indiscriminadamente os termos amortização e depreciação para qualquer critério de rateio da taxa de redução dos ativos do imobilizado ou intangível, mas as três possibilidades existentes são bem distintas entre elas, conforme claramente explicado nas alíneas do § 2º, do artigo 183, da Lei nº 6.404/1976.

Também ressalto que a principal motivação para que a apropriação do custo de aquisição de um ativo, ou de um investimento, seja atribuída a vários períodos de apuração diferentes, refere-se à necessidade de confrontar as despesas às suas receitas apropriadas para fins de apuração do lucro, daí a necessidade de um critério de rateio entre os períodos de apuração futuros, contrário ao reconhecimento do gasto imediatamente como despesa.

Por fim, considero que a ausência de qualquer menção a tratamentos diferenciados entre equipamentos, instalações e serviços e a adoção de um critério de rateio que desconsidere o tempo de vida útil dos bens corpóreos envolvidos é perfeitamente compatível com os pressupostos de fluxo de caixa, ciclos operacionais e propósitos negociais, já abordados neste artigo.

De forma que não se pode perceber bens e serviços, adquiridos para a atividade de exploração de petróleo e gás natural, como itens indivi-

duais a serem depreciados/amortizados separadamente conforme a sua vida útil, mas sim como parte de uma entidade de custo relacionada a um campo produtor como um conjunto necessário à atividade.

Ou melhor dizendo, o custo de aquisição do ativo intangível é reconhecido como entidade individual complexa que possui um critério de rateio das despesas nos diversos exercícios futuros próprio, apesar de seus constituintes (custos e despesas individuais) tenham seus próprios critérios.

De fato, os diversos critérios de rateio possíveis, tempo de vida útil ou tempo contratual, tornam-se irrelevantes diante da importância do valor da reserva provada e do seu fluxo de depleção, e ainda como meio comparativo dos ativos das diversas companhias envolvidas por um critério homogêneo, de forma que são irrelevantes os tempos de vida útil de equipamentos, mesmo se considerarmos que um campo produtor dure mais de trinta anos desde a fase de exploração.

A forma como equipamentos, que possuem vida útil inferior ao ciclo de produção, devem ser tratados é o de retirar, do valor do ativo, o saldo remanescente referente ao item a ser substituído, pelo reconhecimento deste saldo de forma integral no período de apuração em que ocorreu a substituição, e aumentar o valor do ativo intangível pelo valor de aquisição do equipamento substituto.

Por fim, reforço como fator muito relevante a este tema que a pesquisa e lavra de petróleo e gás natural são monopólios da União (inciso I, do art. 177, da CF/1988), e a atividade das companhias de petróleo, mesmo na exploração, que é o termo aqui usado em substituição ao que a Constituição Federal denomina pesquisa, é realizada mediante contratação pelo Estado.

Os contratos preveem quatro fases distintas, a saber: exploração, descoberta e avaliação, desenvolvimento e produção.

Os resultados financeiros destas fases são distintos, pois na fase de exploração e de avaliação, o objetivo econômico da empresa é formar um ativo intangível de valor de mercado muito superior ao seu custo, que seria o direito de exploração subsequente de uma reserva provada, mas ainda futuro e incerto. Já nas fases de desenvolvimento e de produção esta incerteza é reduzida consideravelmente, e daí os resultados alcançados seguem uma lógica comum a qualquer atividade que busque o lucro a partir da possibilidade de venda de bens do ativo da empresa.

Este resultado da fase de exploração é frequentemente objeto de negociação total, ou parcial, nos contratos denominados de farm in/out, os quais são contratos de venda de parte ou totalidade da concessão com o fim de capitalizar a empresa e distribuir riscos com novos sócios. Podemos dizer que é um mercado derivativo daquele originário nos leilões de blocos.

> *Art. 29. É permitida a transferência do contrato de concessão, preservando-se seu objeto e as condições contratuais, desde que o novo concessionário atenda aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela ANP, conforme o previsto no art. 25.*
> *Parágrafo único. A transferência do contrato só poderá ocorrer mediante prévia e expressa autorização da ANP. (Lei do Petróleo)*

Outro fato relevante a ser apontado é que estas concessões são por prazo certo, como podemos verificar tanto na Lei do Petróleo, e nos modelos de contratos extraídos do site da ANP:

> ***Art. 28. As concessões extinguir-se-ão:***
> ***I - pelo vencimento do prazo contratual;***
> *II - por acordo entre as partes;*
> *III - pelos motivos de rescisão previstos em contrato;*
> ***IV - ao término da fase de exploração, sem que tenha sido feita qualquer descoberta comercial, conforme definido no contrato;***
> ***V - no decorrer da fase de exploração, se o concessionário exercer a opção de desistência e de devolução das áreas em que, a seu critério, não se justifiquem investimentos em desenvolvimento.***
> *(...)*
> ***Cláusula Quinta - Fase de Exploração***
> ***Início e Duração***
> ***Fase de Exploração consistirá em um único período e terá a duração prevista no Anexo II.***
> ***A Fase de Exploração terá início na data de assinatura deste Contrato e será encerrada:***
> ***a)com o decurso do prazo previsto no Anexo II;***
> *b)com a devolução total da Área de Concessão; ou*
> *c)no caso de área previamente retida para Avaliação de Descoberta:*
> *i.com a apresentação da Declaração de Comercialidade; ou*
> *ii.com a devolução da área. (Contrato de Concessão)*
> ***Programa Exploratório Mínimo***
> ***O Concessionário deverá executar as obrigações relativas ao Programa Exploratório Mínimo nos prazos e condições descritos no Anexo II.***
> *(...)*
> ***Cláusula Sexta – Cláusula Penal Compensatória por Descumprimento do Programa Exploratório Mínimo***

Cláusula Penal Compensatória por Descumprimento do Programa Exploratório Mínimo

1.1.A título de cláusula penal compensatória por descumprimento do Programa Exploratório Mínimo, o Concessionário estará sujeito ao pagamento de multa contratual em montante equivalente ao Programa Exploratório Mínimo não cumprido, conforme previsto nos parágrafos 6.14 e 6.15.

(...)

Execução da Cláusula Penal Compensatória

1.2.Constatado o não cumprimento do Programa Exploratório Mínimo, a ANP intimará o Concessionário a pagar, a título de cláusula penal compensatória, em até 30 (trinta) dias, o valor correspondente à parcela não cumprida do Programa Exploratório Mínimo atualizado pelo IGP-DI, sem incidência de qualquer desconto por pagamento voluntário.

1.2.1.Em caso de não pagamento voluntário, a ANP executará o montante devido até o limite assegurado pelas garantias financeiras, e inscreverá o débito remanescente em dívida ativa, acrescido dos encargos legais aplicáveis.

1.2.2.O montante equivalente ao Programa Exploratório Mínimo não cumprido será atualizado pelo IGP-DI até a data em que for realizado o efetivo pagamento.

1.2.3.A declaração da ANP sobre o descumprimento contratual tem eficácia imediata e configura causa suficiente para a execução da garantia oferecida, inclusive seguro garantia.

Chamo atenção ainda que a concessionária compromete-se, na assinatura do contrato, com um programa exploratório mínimo, o que significa dizer que esta deve incorrer em despesas e gastos com aquisição de serviços e de bens, de forma a cumprir adequadamente a expectativa mínima de seu contratante em pesquisas sísmicas, geologia e perfuração de poços de exploração, com consequências contratuais reparatórias em caso de descumprimento.

Assim, constata-se, por fim, que a correta classificação deste ativo, especialmente na fase de exploração, é a de ativo intangível, registrado no ativo pelo seu custo de aquisição, e ainda, que o retorno financeiro (venda de produtos) será realizado apenas ao longo de um grande ciclo de produção, e que o ativo intangível é que é devidamente amortizado, e não os seus diversos itens individuais constitutivos, em razão do critério de contabilização deste ativo ser o seu custo de aquisição.

TRATAMENTO TRIBUTÁRIO

São dois momentos muito distintos da legislação brasileira, antes e depois de janeiro de 2018, com a promulgação da Lei nº 13.586, de 28 de dezembro de 2017, pois, antes de 1º de janeiro de 2018, este

tema era abordado de forma geral pela legislação do Imposto sobre a Renda como norma geral e, especificamente em relação à Petrobras, pelo artigo 416, do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR/99), o qual reproduzia o artigo 12, do Decreto-Lei nº 62, de 21 de novembro de 1966.

Podemos fazer as mesmas considerações que fizemos acima em relação à contabilidade, mas desta feita pela análise dos critérios de dedutibilidade dos valores sujeitos à amortização, depreciação ou exaustão.

No entanto, o fato de que a produção de petróleo possui diversas fases com características muito diferentes precisa ser considerado. Na fase de exploração apenas há um direito contratual de conduzir uma atividade específica, que é monopólio da União, e que é delegada por prestação de serviços, cuja remuneração é futura e incerta e regida por outros termos contratuais, de forma que se pode dizer com grande certeza, que a fase de exploração gera ativos intangíveis que possuem prazo definido e deve atender a condições que precisam ser implementadas.

A regra de rateio do custo do investimento para a aquisição do ativo intangível, que seria a obtenção dos direitos de exploração de um campo produtor de petróleo e gás natural comercialmente viável, no tempo e pela confrontação com as receitas correspondentes, é a amortização.

Com relação à amortização, podemos destacar que o critério é o mesmo da contabilidade, alcançando ativos que percam valor ou diminuam o resultado esperado em razão do decurso do prazo referente ao tempo de uso de um direito, o que podemos inferir da leitura combinada dos dois artigos reproduzidos abaixo, e que torna-se importante na definição do método a ser empregado no tratamento dos gastos relacionados a bônus de assinatura.

> ***Subseção IV***
> ***Da amortização***
> ***Dedutibilidade***
> *Art. 330. Poderá ser computada como custo ou encargo, em cada período de apuração, a importância correspondente à recuperação do capital aplicado na aquisição de direitos cuja existência ou cujo exercício tenha duração limitada, ou de bens cuja utilização pelo contribuinte tenha o prazo legal ou contratualmente limitado (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, caput).*
> *§ 1º O montante acumulado das quotas de amortização não poderá ultrapassar o custo de aquisição do bem ou do direito (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 2 º).*

§ 2º Somente serão admitidas as amortizações de custos ou despesas que observem as condições estabelecidas neste Regulamento (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 5º).

§ 3º Se a existência ou o exercício do direito, ou a utilização do bem, terminar antes da amortização integral de seu custo, o saldo não amortizado constituirá encargo no período de apuração em que se extinguir o direito ou terminar a utilização do bem *(Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 4º).*

§ 4º Somente será permitida a amortização de bens e direitos intrinsecamente relacionados com a produção ou a comercialização dos bens e dos serviços (Lei nº 9.249, de 1995, art. 13, caput, inciso III).

§ 5º São vedadas as deduções de despesas de amortização geradas por bem objeto de arrendamento mercantil pela arrendatária, na hipótese em que esta reconhecer contabilmente o encargo (Lei nº 9.249, de 1995, art. 13, caput, inciso VIII).

§ 6º O disposto no § 5º também se aplica aos contratos não tipificados como arrendamento mercantil que contenham elementos contabilizados como arrendamento mercantil por força de normas contábeis e da legislação comercial (Lei nº 12.973, de 2014, art. 49, caput, inciso I) .

Capital amortizável

Art. 331. Poderão ser amortizados os capitais aplicados na aquisição de direitos cuja existência ou exercício tenha duração limitada ou de bens cuja utilização pelo contribuinte tenha o prazo legal ou contratualmente limitado, tais como (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58 ; e Decreto-Lei nº 1.483, de 1976, art. 5º):

I - patentes de invenção, fórmulas e processos de fabricação, direitos autorais, licenças, autorizações ou concessões;

II - custo de aquisição, prorrogação ou modificação de contratos e direitos de qualquer natureza, inclusive de exploração de fundos de comércio;

III - custos de construções ou benfeitorias em bens locados ou arrendados, ou em bens de terceiros, quando não houver direito ao recebimento de seu valor;

IV - o valor de direitos contratuais de exploração de florestas de que trata o art. 334 ; e V - os demais direitos classificados no ativo não circulante intangível.

Parágrafo único. Não será admitida amortização de bens, custos ou despesas para os quais seja registrada quota de exaustão (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 6º).

Quota de amortização

Art. 332. A quota de amortização dedutível em cada período de apuração será determinada pela aplicação da taxa anual de amortização sobre o valor original do capital aplicado (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 1º).

§ 1º Se a amortização tiver início ou terminar no curso do período de apuração, ou se este tiver duração inferior a doze meses, a taxa anual será ajustada proporcionalmente ao período de amortização.

§ 2º A amortização poderá ser apropriada em quotas mensais, dispensado o ajuste da taxa para o capital aplicado ou baixado no curso do mês.

Esta era a forma determinada por Lei para se apropriar as despesas correspondentes ao investimento na aquisição do ativo relacionado a campos produtores de petróleo e de gás natural, decorrentes da fase de desenvolvimento, acompanhando o mesmo tratamento contábil já discutido, e de nenhuma forma contradito pelos outros métodos e critérios expostos nos artigos anteriores do RIR/2018, acima citados.

Apesar disto, ainda havia a questão do REPETRO, o qual abrangia a totalidade dos gastos com equipamentos importados remetendo-os à admissão temporária, o que transformava todos os gastos e despesas de exploração e desenvolvimento em despesas de aluguel de equipamentos, partes e peças, a serem consideradas no exercício em que incorriam.

Para fins de apuração do IRPJ/CSLL, após 1º de janeiro de 2018, todos os investimentos em exploração passaram a ser dedutíveis no exercício em que forem incorridos.

Já os relacionados ao desenvolvimento, não importando se são bens ou serviços, se são classificados na infraestrutura submersa ou de superfície (*subsea* ou *topside*) ou se são instalações de poços de produção ou de injeção, devem ser registrados no ativo, como representativos do custo de aquisição do direito de produção futura das reservas provadas a eles associada.

Este tratamento decorre da Lei nº 13.586/2017, com vigência a partir de 1º de janeiro de 2018, como podemos constatar a seguir:

> *Art. 1º Para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), poderão ser integralmente deduzidas as importâncias aplicadas, em cada período de apuração, nas atividades de exploração e de produção de jazidas de petróleo e de gás natural, definidas no art. 6º da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 , observado o disposto no § 1º deste artigo.*
> *§ 1º A despesa de exaustão decorrente de ativo formado mediante gastos aplicados nas atividades de desenvolvimento para viabilizar a produção de campo de petróleo ou de gás natural é dedutível na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.*
> *§ 2º Para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, poderá ser considerada a exaustão acelerada do ativo de que trata o § 1º deste artigo, calculada mediante a aplicação da taxa de exaustão, determinada pelo método das unidades produzidas, multiplicada por dois inteiros e cinco décimos.*
> *§ 3º A quota de exaustão acelerada de que trata o § 2º deste artigo será excluída do lucro líquido, e o total da exaustão acumulada, incluídas a normal e a acelerada, não poderá ultrapassar o custo do ativo.*

§ 4º A partir do período de apuração em que for atingido o limite de que trata o § 3º deste artigo, o valor da exaustão normal, registrado na escrituração comercial, deverá ser adicionado ao lucro líquido para efeito de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

§ 5º Quanto às máquinas, aos equipamentos e aos instrumentos facilitadores aplicados nas atividades de desenvolvimento da produção, a depreciação dedutível, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, deverá ser realizada de acordo com as taxas publicadas periodicamente pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, para cada espécie de bem, em condições normais ou médias.

§ 6º Sem prejuízo do disposto no § 5º deste artigo, fica assegurado ao contribuinte o direito de computar a quota efetivamente adequada às condições de depreciação das suas máquinas, equipamentos e instrumentos facilitadores aplicados nas atividades de desenvolvimento da produção, desde que faça prova dessa adequação, quando adotar taxa diferente da publicada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Apesar de ser minha convicção, sobre os critérios de classificação dos ativos, que mesmo o ativo formado pelos investimentos de desenvolvimento seja corretamente classificado como intangível e sujeito à amortização, da mesma forma como abordado anteriormente para a fase de exploração, o fluxo de produção mineral passa a ser muito mais relevante do que a mera passagem do prazo contratual do direito de produção, então a legislação para o IRPJ/CSLL adotou a exaustão como método de rateio do custo de aquisição do ativo para confrontação com as receitas de mais de um exercício, referente aos gastos de desenvolvimento.

Para concluir, na fase de exploração tem-se por custos o bônus de assinatura, que é um pagamento feito pelo direito de explorar e produzir durante a duração do contrato de concessão, e todos os investimentos de exploração. É interessante que fique claro que apenas os poços secos, que venham a ser assim considerados durante a fase de exploração continuam como valor do esforço exploratório e são levados a custo apenas no exercício em que ocorrer a decisão de abandono. Os demais investimentos que resultaram em descobertas comerciais seguem para serem exauridos pela legislação do IRPJ/CSLL.

De forma que seguem como valores a serem amortizados o bônus de assinatura, e os custos de investimentos malsucedidos, até que se reconheça perda contábil.

DIFERENCIAÇÃO DE ABORDAGENS

A análise ora realizada possui três ambientes completamente isolados e distintos, que seriam: o ambiente contábil, tributário e regulatório. Os critérios, métodos e tratamentos de cada um não impõem de nenhuma maneira os mesmos procedimentos a qualquer um dos outros. Desta forma, o tratamento tributário, ou as formas de cálculo das participações governamentais, e seus critérios, não interferem nos registros contábeis naquilo em que forem diferentes, impondo ao contribuinte a necessidade de um controle extracontábil para fins tributários ou regulatórios.

As considerações realizadas acima apenas partem do pressuposto de que, apesar disto, os métodos e critérios contábeis guardam relação e coerência com os métodos e critérios tributários e regulatórios e lhes servem de base e referência naquilo em que o Estado define como aceitável no cômputo de tributos ou de participações governamentais, ora agindo puramente como poder soberano, no caso da tributação, ora de forma mista acrescentando uma dimensão negocial na sua relação com a concessionária de petróleo e gás natural.

Voltando ao caso concreto, temos que para o IRPJ/CSLL, há apenas o registro como cotas de exaustão dos bens e ativos constituídos como decorrentes de gastos com desenvolvimento, e os gastos com exploração são dedutíveis no mesmo exercício em que ocorrerem.

Contabilmente os gastos de exploração são inicialmente ativados e sofrem um teste de comercialidade, de forma a que, se for negativo, são levados a resultado do exercício e caso contrário permanecem no ativo para amortização ou exaustão.

Na fase de exploração não há bens a serem exauridos, apenas direitos contratuais, que começam a ser amortizados no momento da assinatura do contrato, sendo que os poços secos não se comunicam contabilmente com a fase seguinte do contrato de concessão.

A lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, com redação dada pela Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, e com vigência a partir de 1º de janeiro de 2015, determina o seguinte:

> *Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:*
> *(…)*
> *VI - máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado, adquiridos ou fabricados para locação a terceiros ou para utilização na*

produção de bens destinados à venda ou na prestação de serviços. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)
(…)
XI - bens incorporados ao ativo intangível, adquiridos para utilização na produção de bens destinados a venda ou na prestação de serviços. *(Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014)*
§ 1º O crédito será determinado mediante a aplicação da alíquota prevista no caput do art. 2º desta Lei sobre o valor: (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)
(…)
III - dos encargos de depreciação e amortização dos bens mencionados nos incisos VI, VII e XI do caput, incorridos no mês; (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)
(…)
§ 21. ***Na execução de contratos de concessão de serviços públicos, os créditos gerados pelos serviços de construção, recuperação, reforma, ampliação ou melhoramento de infraestrutura, quando a receita correspondente tiver contrapartida em ativo intangível, representativo de direito de exploração, ou em ativo financeiro, somente poderão ser aproveitados, no caso do ativo intangível, à medida que este for amortizado e, no caso do ativo financeiro, na proporção de seu recebimento, excetuado, para ambos os casos, o crédito previsto no inciso VI do caput. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014)***
§ 22. O disposto no inciso XI do caput não se aplica ao ativo intangível referido no § 21. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014)

A determinação de quem se submete ao regime não cumulativo do PIS/COFINS, decorre de uma regra negativa dos artigos 8º, da Lei nº 10.637/2002 e 10, da Lei nº 10.833/2003, de forma que, por exclusão, estabelece-se que são tributados pelo regime não cumulativo do PIS/COFINS aqueles tributados pelo Lucro Real na apuração do IRPJ/CSLL.

Não havendo maiores considerações sobre o instituto da amortização na legislação de PIS/COFINS, teríamos duas opções: seguir a norma do IRPJ/CSLL e considerarmos os gastos de exploração pela regra do art. 1º, caput, da Lei nº 13.586/2017, e transformarmos estes gastos numa espécie de insumo da aquisição de ativos intangíveis, hipótese esta que considero absurda, ou adotamos os princípios e métodos de amortização do § 3º, do art. 330, do RIR/2018, hipótese esta que concordo.

Tendo em vista que considero que o ativo formado na fase de exploração é um ativo intangível, decorrente de contrato de concessão, entendo que os créditos pleiteados não devam ter o tratamento dos incisos VI ou XI, do art. 3º da Lei nº 10.637/2002, ou dos mesmos dispositivos na Lei nº 10.833/2003, **mas sim dos §§ 21 e 22, do ar-**

tigo 3º, na Lei nº 10.637/2002, ou §§ 29 e 30, do art. 3º, da Lei nº 10.833/2003, de mesma redação daqueles transcritos acima, e combinados com o §3º, do art. 330, do Decreto nº 9.580/2018.

Finalmente, tenho de destacar que o direito ao crédito decorre da aquisição de bens, e o valor a ser considerado na base de cálculo dos créditos, é o valor do encargo de amortização. A parcela a ser excluída do ativo, no presente caso, representa ela própria o encargo de amortização para aquele período em relação a parte do ativo considerada (§3º, art. 330 do RIR/2018), tendo em vista toda a dinâmica da indústria acima descrita e, o fato desta regra considerar como encargo do período de apuração, em que se extinguir o direito ao uso do bem, o saldo ainda não amortizado.

Caso contrário importaria em negar o direito ao crédito previsto em Lei pela aquisição dos bens.

O direito à apropriação da amortização da fase de exploração dá-se desde a assinatura do contrato de concessão, conforme os parágrafos, acima citados, dos art. 3º, das Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003, e começa antes do início da exploração, persistindo até o término do prazo, ou a declaração de comercialidade. Também reforço que estes gastos não são submetidos à exaustão pela legislação do IRPJ/CSLL.

A NÃO INCIDÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES AO PIS E DA COFINS SOBRE OS RENDIMENTOS FINANCEIROS ATRELADOS AOS ATIVOS GARANTIDORES DAS RESERVAS TÉCNICAS: ASPECTOS JURÍDICOS E TRIBUTÁRIOS

JOSÉ RENATO PEREIRA DE DEUS

Conselheiro titular, vice-presidente da 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 3ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) do Ministério da Fazenda. Mestre e Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Bacharel em Direito pela Universidade do Oeste Paulista (Unoeste). E-mail: jrdeus05@gmail.com

MATHEUS SCHWERTNER ZICARELLI RODRIGUES

Conselheiro titular, vice-presidente da 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara, da 3ª Seção do CARF. Doutorando em Direito Econômico, Financeiro e Tributário na USP. Graduado e Mestre em Direito Tributário pela UFPR. Professor Seminarista do IBET. Membro do Instituto de Direito Tributário do Paraná. E-mail: matheus.szrodrigues@gmail.com

SUMÁRIO: Introdução; 1. Contexto Normativo e Legal; 2. Os Investimentos Compulsórios e a Natureza dos Rendimentos Financeiros; 3. A Jurisprudência e as Decisões do Poder Judiciário; 4. Implicações Práticas para as Sociedades Seguradoras; 5. Desafios e Perspectivas para a Interpretação Tributária; 6. Considerações Finais; Referências bibliográficas

INTRODUÇÃO

No ambiente tributário brasileiro, a discussão sobre a incidência das contribuições ao PIS e da COFINS sobre receitas de natureza financeira tem se destacado, sobretudo, no que se refere aos rendimentos provenientes dos investimentos compulsórios das seguradoras.

Essa temática reveste-se de grande importância, pois toca na distinção entre receitas operacionais – decorrentes da atividade-fim de garantia, mediante o pagamento de prêmio, de interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados – e receitas advindas dos investimentos em ativos garantidores das reservas técnicas, cuja aplicação é exigida por imposição legal.

O presente artigo pretende aprofundar essa discussão, integrando no corpo do texto as citações de leis, decretos, instruções normativas e decisões judiciais que fundamentam o entendimento da não incidência dessas contribuições sobre os rendimentos financeiros, além de analisar os impactos práticos dessa interpretação para as seguradoras[1].

1. CONTEXTO NORMATIVO E LEGAL

A base para o debate reside na natureza jurídica das atividades desempenhadas pelas sociedades seguradoras. Historicamente, o Decreto-Lei nº 76/66 (conforme expresso no seu art. 73 – "As Sociedades Seguradoras não poderão explorar qualquer outro ramo de comércio ou indústria") impõe a essas empresas uma exclusividade operacional, direcionada à prestação de serviços securitários. Essa delimitação reforça o caráter das receitas advindas dos prêmios de seguros como a expressão da atividade-fim das seguradoras, diferenciando-as dos rendimentos financeiros provenientes dos investimentos compulsórios.

No mesmo sentido, a Lei nº 8.212/91, em seu art. 22, §1º, estabelece que as seguradoras integram o rol de entidades obrigadas à apuração das contribuições para o PIS e a COFINS pelo regime cumulativo, mas ressalta implicitamente a necessidade de se distinguir as receitas inerentes à atividade-fim daquelas provenientes de investimentos – este

1 O presente artigo expressa a opinião pessoal dos seus Autores para fins exclusivamente acadêmicos e não representa o posicionamento oficial do CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais ou de nenhum outro órgão, entidade ou instituição.

ponto é crucial para a análise da não incidência tributária sobre as receitas financeiras.

Além disso, a Lei nº 9.718/1998, que define o conceito de "receita bruta" para fins de incidência do PIS e da COFINS, reforça que a base de cálculo das contribuições deve corresponder à soma das receitas operacionais (prêmios, por exemplo) e não incluir receitas financeiras que, embora apuradas em razão de aplicações compulsórias, não refletem a atividade empresarial típica da seguradora (Lei nº 9.718/1998, arts. 1º e 3º).

O Decreto-Lei nº 76/66 ainda traz, em seus dispositivos posteriores – especialmente nos artigos 28, 29, 84 e 85 –, a obrigatoriedade de as seguradoras constituírem reservas técnicas, fundos especiais e provisões, os quais são formados por ativos garantidores registrados na SUSEP e que não podem ser alienados sem autorização prévia. Essa rigidez normativa, ao impor a destinação dos recursos para a proteção dos segurados, reforça o caráter eminentemente compensatório desses investimentos, afastando-os do conceito de faturamento típico que integra a base de cálculo do PIS e da COFINS.

2. OS INVESTIMENTOS COMPULSÓRIOS E A NATUREZA DOS RENDIMENTOS FINANCEIROS

A controvérsia se resume à subsunção (ou não) dos rendimentos decorrentes das reservas técnicas, constituídas pelas seguradoras por imposição legal, ao conceito de faturamento estabelecido no artigo 3º da Lei nº 9.718/98 c/c artigo 12, inciso IV, do Decreto-Lei nº 1.598/77, para fins de incidência das contribuições ao PIS e da COFINS, sob a sistemática cumulativa.

As seguradoras, para garantir o cumprimento das obrigações assumidas com os segurados, devem destinar parte de seu capital para a formação de reservas técnicas – uma exigência legal que assegura a solvência das empresas. Neste sentido, o Decreto-Lei nº 73/66, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências, assim dispõe, ex vi:

> Art 28. A partir da vigência dêste Decreto-Lei, a aplicação das reservas técnicas das Sociedades Seguradoras será feita conforme as diretrizes do Conselho Monetário Nacional.

> Art 29. Os investimentos compulsórios das Sociedades Seguradoras obedecerão a critérios que garantam remuneração adequada, segurança e liquidez.
> […]
> Art 84. Para garantia de tôdas as suas obrigações, as Sociedades Seguradoras constituirão reservas técnicas, fundos especiais e provisões, de conformidade com os critérios fixados pelo CNSP, além das reservas e fundos determinados em leis especiais.
> Art 85. Os bens garantidores das reservas técnicas, fundos e previsões serão registrados na SUSEP e não poderão ser alienados, prometidos alienar ou de qualquer forma gravados em sua previa e expressa autorização, sendo nulas de pleno direito, as alienações realizadas ou os gravames constituídos com violação dêste artigo.

Esses investimentos compulsórios, ao serem aplicados em ativos garantidores, produzem rendimentos financeiros que, segundo a doutrina e a interpretação dos tribunais, não correspondem à exploração de uma atividade econômica típica, mas sim ao cumprimento de um encargo legal.

No que se refere à incidência das contribuições ao PIS e da COFINS, merecem transcrição os artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718/98 e o artigo 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77:

> **Lei nº 9.718/98**
> Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.
> Art. 3º O faturamento a que se refere o art. 2º compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)
> **Decreto-Lei nº 1.598/77**
> Art. 12. A receita bruta compreende: (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)
> I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria; (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014)
> II - o preço da prestação de serviços em geral; (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014)
> III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014)
> IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014)

Em breve síntese, a partir das alterações introduzidas pela Lei nº 12.973/2014, o conceito legal de faturamento, para fins de incidência das contribuições ao PIS e da COFINS no regime cumulativo, passou

a compreender não só a receita bruta de vendas de mercadorias e da prestação de serviços em geral, mas também o resultado auferido nas operações em conta alheia e as demais receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica.

Neste sentido, merece referência o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, nos julgamentos do RE nº 400.479 e RE nº 609.096, pelo Tribunal Pleno, no sentido de que o conceito de faturamento "*[…] está ligado à ideia de produto do exercício de atividades empresariais típicas, ou seja, que nessa expressão se incluem as receitas operacionais resultantes do exercício dessas atividades, tal como defendido pelo Ministro Cezar Peluso no RE nº 400.479/RJ-AgR-ED*".

Neste cenário – e aqui se inicia a controvérsia -, a Receita Federal começou a emitir posicionamentos no sentido de que, diferentemente das receitas financeiras próprias da instituição, obtidas conforme ações de escolhas próprias de investimentos pela empresa, as receitas advindas dos rendimentos das reservas técnicas seriam oriundas de uma atividade típica de uma empresa seguradora, configurando, por conseguinte, receita operacional.

Destaca-se, neste sentido, a Solução de Consulta DISIT/SRRF08 nº 91, de 02 de abril de 2012, cuja ementa transcrevemos parcialmente abaixo:

> Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep
> REGIME CUMULATIVO. SEGURADORA. RECEITAS FINANCEIRAS.
> […]
> Constituem uma atividade empresarial típica das sociedades seguradoras, portanto, a efetivação dos investimentos legalmente compulsórios e a cotidiana administração da alocação desses recursos dentre as opções de aplicação expressamente relacionadas pela legislação, as quais envolvem de certificados de direitos creditórios do agronegócio a títulos de emissão do Tesouro Nacional; de ações e debêntures a letras hipotecárias.
> A efetivação e a administração dos referidos investimentos, para garantia das obrigações assumidas, são operações empresariais compulsórias, integradas ao negócio das sociedades seguradoras, constituindo, assim, atividade inserida em seu objeto social. Isto é, tal atividade compõe parcela legalmente tipificada do objeto social dessas sociedades, tratando-se, assim, de receitas brutas típicas do negócio as receitas resultantes de seu exercício. Descabe cogitar, pois, de as receitas, financeiras ou não, decorrentes dessa atividade empresarial compulsória não integrarem o faturamento dessas sociedades, conhecido o conceito irredutível deste, repetidamente reafirmado pelo STF em exames tocantes à Lei nº 9.718/98. Portanto, tais

> receitas compõem a base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep das sociedades seguradoras.
> Deste modo, receitas decorrentes de "variações cambiais", quando tocantes a investimentos legalmente compulsórios, integram a base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep de sociedade seguradora.
> Em contraste, caso as receitas financeiras não decorram de investimento compulsório da sociedade seguradora, não integram o seu faturamento e, assim, não sofrem a incidência da contribuição para o PIS/Pasep. É o caso, por exemplo, do recebimento de "juros relativos aos pagamentos efetuados em atraso".

No mesmo sentido, transcrevemos também parcialmente a ementa da Solução de Consulta COSIT nº 83, de 24 de janeiro de 2017 (reiterada pela Solução de Consulta COSIT nº 126, de 14 de setembro de 2018):

> REGIME DE APURAÇÃO CUMULATIVA. SEGURADORAS. RESERVAS TÉCNICAS. RECEITAS FINANCEIRAS.
> As receitas financeiras auferidas a partir dos "investimentos compulsórios" efetuados com vistas à formação das chamadas "reservas técnicas", em observância ao imposto pelo Decreto-Lei nº 73, de 1966, compõem a base de cálculo da Cofins em regime de apuração cumulativa. A efetivação desses investimentos normativamente compulsórios e a cotidiana administração da alocação desses recursos nas diferentes aplicações admitidas em lei consistem em atividade empresarial própria, porquanto tipificada legalmente como inerente e imperiosa ao desenvolvimento das operações que compõem o objeto social de toda e qualquer sociedade seguradora. Por essa razão, a exploração de tal atividade subsume-se ao conceito de faturamento, assim entendido como a receita bruta obtida pela pessoa jurídica no exercício daquilo que representa seu objeto social.

Sabendo se tratar de tema ainda bastante controvertido em âmbito administrativo e judicial, com a devida vênia, entendemos que tal entendimento não merece subsistir.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, ao firmar o entendimento de que o conceito de faturamento compreende o produto do exercício de atividades empresariais típicas, no julgamento do RE nº 400.479 Agr-ED, o E. Ministro Relator Cezar Peluso expressamente adverte, em seu voto, que "*tal moldura conceitual não implica admitir tributação por PIS/Cofins sobre receitas não operacionais em geral, nem retroceder à noção de "receita bruta total", já veementemente repelida pela Corte*".

A questão posta perante a Suprema Corte se referia à tributação pelas contribuições ao PIS e da COFINS de empresas que não tem como atividade principal a venda de mercadorias ou a prestação de serviços, como as sociedades seguradoras e as instituições financeiras. Assim,

a interpretação dada pelo STF, bem como, as alterações introduzidas pela Lei nº 12.973/2014, não buscaram alargar as hipóteses em que determinada receita seria considerada receita operacional, mas apenas resolver a problemática de se tributar empresas cuja atividade principal não é propriamente a venda de bens ou a prestação de serviços.

Neste sentido, merecem reprodução os seguintes excertos do voto do E. Min. Cezar Peluso, no julgamento do RE nº 400.479 Agr-ED:

> A Norma Brasileira de Contabilidade NBC T.3.3, aprovada pela Resolução do Conselho Federal de Contabilidade nº 686/1990, dispõe, no item 3.3.2.3, que
>
> > "3.3.2.3. A demonstração do resultado evidenciará, no mínimo, e de forma ordenada:
> >
> > a) as receitas decorrentes da exploração das atividades-fins."
>
> Conquanto não vincule a interpretação constitucional, tal definição oferece ponto sustentável de partida metodológica para compreender *faturamento como expressão da receita advinda da realização da finalidade da empresa ou de seu objeto social, o que lhe exclui, de plano, abrangência de meras atividades acessórias, receitas puramente financeiras*[2]*, ingressos esporádicos, como a venda de bens do ativo permanente, e meras entradas, dentre muitas outras.*
>
> […]
>
> *Visivelmente débil, portanto, a capciosa proposta teórica que tende a confundir o conceito de receitas empresariais típicas com o de receita bruta total. A natureza ou finalidade específica de cada atividade empresarial que se considere é indissociável da idéia jurídico-tributária de faturamento enquanto representação pecuniária do seu produto.*
>
> *Por isso, é preciso cotejar a modalidade da receita auferida com o tipo de empresa que a produz, para determinar se aquela integra o faturamento desta por conta da correlação com seus objetivos sociais.*
>
> […]
>
> Venda de mercadorias e prestação de serviços são, por excelência, atividades tipicamente empresariais. Mas as atividades empresariais genericamente consideradas – que produzem faturamento – não se reduzem, na sua hoje complexa variedade, àqueloutras, as quais configuram apenas caso particular em relação à extensão lógico-jurídica do termo faturamento.
>
> Por outro lado, insisto em que o reconhecimento da existência de atividades empresarias outras que, posto não se limitem a venda de mercadorias ou serviços, obtêm faturamento, não implicará, em nenhuma hipótese, conclusão de que toda e qualquer receita se conteria no âmbito formal do faturamento. O que se está a esclarecer e frisar, aqui, é apenas a submissão de determinadas receitas, independentemente do setor de atuação empresarial, a um conceito – bastante claro – de faturamento.

---

2 De empresas que não se dediquem precisamente a essa atividade.

> Não se está retrocedendo à inconstitucional ampliação da base de cálculo promovida pela Lei nº 9.718/98, mas tão-só delimitando o real alcance semântico do signo "faturamento". (*Grifamos*)

Com isso em vista, assim se manifestou o E. Ministro Relator especificamente sobre as atividades desenvolvidas pelas seguradoras:

> Desse modo, ainda que bancos e seguradoras não vendam mercadorias, nem sua atividade principal configure serviço, a incidência das contribuições sobre o respectivo faturamento, consistente em receitas de intermediação financeira e de prêmios de seguros, é de rigor, porque integrantes do conjunto de negócios ou operações desenvolvidos por essas empresas no desempenho de suas atividades econômicas peculiares.
> E não deixo dúvidas ao propósito: não considero as receitas decorrentes de prêmios de seguros ou de intermediação financeira passíveis de tributação por PIS e COFINS, porque se originariam de prestação de serviço, nem, muito menos, de venda de mercadorias, mas pela boa razão de se conterem no âmbito do exato conceito de faturamento que extraio do texto constitucional.
> […]
> Do mesmo modo, *seguradoras auferem receitas que provêm diretamente de seu modelo de negócios, constituindo faturamento. Não colhe, portanto, a alegação de que prêmios de seguros, porque preordenados à recomposição patrimonial dos segurados em caso de sinistro, não integrariam faturamento da seguradora. A natureza particular do contrato que mantêm com os clientes, os segurados, ou o fato de suportar certos contingenciamentos específicos de seu regime jurídico, não desnaturam o caráter nitidamente empresarial de sua atuação nesse caso*.
> *E a razão evidente é porque a lógica empresarial, a razão negocial da existência das seguradoras, assim como a dos bancos, é auferir lucros*.
> Embora guardem inegável relevância e sejam imprescindíveis ao funcionamento da sociedade, não se trata de atividades benemerentes ou de caridade, mas patentemente empresariais e, como tais, *exercidas com o manifesto intuito de obter faturamento como passo necessário, embora nem sempre suficiente, à obtenção de lucro*. (*Grifamos*)

Por fim, a proposta submetida pelo E. Ministro Relator e acolhida pela Suprema Corte foi a seguinte:

> A proposta que submeto à Corte é, pois, a de reconhecer que se *deva tributar, tão-somente, e de modo preciso, aquilo que cada empresa aufere em razão do exercício das atividades que lhe são próprias e típicas, enquanto lhe conferem propósito e razão de ser*.
> Por isso, *escapam à incidência do tributo, as chamadas receitas não operacionais em geral, as receitas financeiras atípicas e outras do mesmo gênero, desde que, escusa dizê-lo, não constituam elemento principal da atividade*. (*Grifamos*)

Por ser pertinente à análise da presente controvérsia, deve-se ressaltar que, a partir de uma leitura sistemática do voto do E. Ministro, resta incontroverso que receitas financeiras atípicas seriam aquelas obtidas por empresas que não se dediquem precisamente a essa atividade, como o caso das seguradoras.

Com base no entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, podemos analisar as atividades exercidas pelas sociedades seguradoras, a fim de determinar aquilo que se considera atividade empresarial típica.

Como vimos, nos termos do artigo 73 do Decreto-lei nº 73/66, "[a]s Sociedades Seguradoras não poderão explorar qualquer outro ramo de comércio ou indústria". Assim, as atividades exercidas por tais empresas estão limitadas às atividades de seguro, sendo estas, nos termos do artigo 3º do Decreto-lei nº 73/66, aquelas que envolvem "*os seguros de coisas, pessoas, bens, responsabilidades, obrigações, direitos e garantias*".

No mesmo sentido, o artigo 757 do Código Civil estabelece que "*[p]elo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados*".

Neste cenário, a única atividade empresarial típica das sociedades seguradoras é a oferta de seguro de coisas, pessoas, bens, responsabilidades, obrigações, direitos e garantias, cujo faturamento é obtido com o pagamento do prêmio pelos segurados. É esta a atividade empresarial típica de toda e qualquer sociedade seguradora.

O fato de a lei exigir investimentos compulsórios não tem o condão de alterar a natureza das receitas financeiras obtidas pelas seguradoras, ao exercerem uma atividade que não é típica do seu ramo empresarial.

O caráter acessório de tais investimentos salta aos olhos diante de uma simples leitura do artigo 84 do Decreto-lei nº 73/66, que prevê a sua obrigatoriedade, o qual transcrevemos uma vez mais:

> Art 84. Para garantia de tôdas as suas obrigações, as Sociedades Seguradoras constituirão reservas técnicas, fundos especiais e provisões, de conformidade com os critérios fixados pelo CNSP, além das reservas e fundos determinados em leis especiais.

Ora, as obrigações contraídas pelas Sociedades Seguradoras são aquelas decorrentes da oferta de seguros, que configuram a sua atividade principal. Por sua vez, a constituição das reservas técnicas é mera exigência legal acessória para assegurar o cumprimento das obrigações

assumidas. Assim, a finalidade da empresa jamais será constituir o ativo garantidor, bem como, os rendimentos advindos de tais investimentos sempre serão receitas financeiras, uma vez que as seguradoras não se dedicam a tal ramo de atividade (e nem poderiam).

Realizando o cotejo da modalidade da receita auferida com o tipo de empresa que a produz, para determinar se aquela integra o faturamento desta por conta da correlação com seus objetivos sociais, verificamos de forma cristalina que os investimentos (ainda que compulsórios) são totalmente distintos das atividades previstas no contrato social das seguradoras (ainda que façam parte do cotidiano da empresa).

O modelo de negócio e a atividade exercida pelas seguradoras para obtenção de faturamento e, posteriormente, lucro, é a oferta de seguros. Por sua vez, os investimentos compulsórios – ainda que impliquem receitas e, eventualmente, até mesmo, lucro – possuem como finalidade assegurar o cumprimento das obrigações assumidas pela seguradora.

Como bem analisam Thais De Laurentiis e Márcio Costa, "*[a] aplicação financeira dos ativos garantidores não pode apresentar risco. Trata-se de investimento economicamente eivado da maior segurança possível, de maneira a garantir, apenas, o retorno superior à inflação. Busca-se, assim, evitar que os ativos garantidores percam valor frente à eventual desvalorização da moeda*"[3]. Ora, a compulsoriedade do investimento – alinhada às limitações impostas pela legislação – apenas reforça o caráter acessório de tal atividade. Não nos parece possível considerar uma atividade compulsória como uma atividade empresarial típica, justamente, por faltar-lhe a voluntariedade, a possibilidade de optar ou não pelo seu exercício, assim como, pelas condições de sua realização.

Neste sentido, merece transcrição novamente o artigo 85 do Decreto-lei nº 73/66, que demonstra se tratar de investimento extremamente regulamentado e que depende de autorização da SUSEP para sua alienação ou agravamento:

> Art 85. Os bens garantidores das reservas técnicas, fundos e previsões serão registrados na SUSEP e não poderão ser alienados, prometidos alienar ou de qualquer forma gravados em sua previa e expressa autorização, sen-

3 LAURENTIIS, Thais De; Costa, Márcio. ***Rendimentos financeiros vinculados aos ativos garantidores das provisões técnicas devem ser tributados pelo PIS/COFINS?*** In Contribuições: evolução jurisprudencial no CARF, STJ e STF. Marcelo Magalhães Peixoto, Leonardo Ogassawara de Araújo Branco, Micheli Przepiorka (Coord.), 1 ed., São Paulo: MP, 2022, pgs. 318-319.

> do nulas de pleno direito, as alienações realizadas ou os gravames constituídos com violação dêste artigo.

Assim, o argumento fazendário de que a compulsoriedade e habitualidade transformariam a atividade de investimento em atividade típica das seguradoras, com a devida vênia, não subsiste, uma vez que apenas reforça se tratar de mera condicionante para exercício da atividade típica desenvolvida pelas seguradoras – oferta de seguros.

Cumpre ressaltar que não é a habitualidade que determina o caráter empresarial típico de determinada atividade, até porque, quase todas as empresas têm que exercer habitualmente atividades de contabilidade, administração, gestão financeira, gestão de recursos humanos, marketing, etc, e nem por isso tais atividades são consideradas atividades principais das empresas.

Roberto Quiroga Mosquera e Luís Eduardo Schoueri, em sua obra "Manual da Tributação Direta da Renda", defendem que a essência das receitas operacionais está intrinsecamente ligada à realização de serviços que compõem o objeto social da empresa. Segundo esses autores, os prêmios de seguros – que refletem a contraprestação pelo risco assumido – são receitas que, ao serem tributadas, respeitam o princípio da capacidade contributiva, uma vez que representam o produto da atividade econômica principal. Em contrapartida, os rendimentos financeiros advindos dos ativos garantidores constituem um resultado de aplicação compulsória, que não expressa, por si só, a atividade de seguro, mas sim um mecanismo de proteção que visa a formação das reservas técnicas.

O entendimento de que os rendimentos financeiros oriundos dos ativos garantidores não podem ser equiparados ao faturamento operacional é corroborado pela análise do objeto social das seguradoras. Conforme previsto em seus atos constitutivos e estatutos – que limitam a atividade às operações de seguros, resseguros e retrocessão – a intermediação financeira não integra as atividades principais da empresa (Estatuto Social, art. 2º; Lei nº 4.595/64, art. 17). Dessa forma, os rendimentos auferidos em decorrência dos investimentos compulsórios devem ser tratados como receitas acessórias, sem que sua inclusão na base de cálculo das contribuições impeça o reconhecimento da natureza essencial da atividade securitária.

Essa diferenciação ganha contornos práticos e jurídicos relevantes, especialmente diante da interpretação de que a inclusão dos rendimentos financeiros – por força de sua natureza derivada de aplicação

compulsória – implicaria uma tributação que não se coaduna com o princípio da capacidade contributiva e com o limite constitucional de incidência de tributos sobre a atividade-fim da empresa.

3. A JURISPRUDÊNCIA E AS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO

A discussão acerca da inclusão ou exclusão dos rendimentos financeiros na base de cálculo do PIS e da COFINS tem sido objeto de intensos debates na jurisprudência brasileira. Diversos acórdãos e pareceres têm consolidado o entendimento de que as receitas provenientes de aplicações financeiras realizadas com os ativos garantidores das reservas técnicas não se enquadram como receita operacional típica das seguradoras.

O Acórdão nº 3302-001.873, do e. CARF, por exemplo, destaca que "a base de cálculo da Cofins para as seguradoras corresponde à receita bruta operacional auferida no mês proveniente do exercício de sua atividade-fim" e, consequentemente, exclui os rendimentos financeiros advindos dos investimentos compulsórios. Da mesma forma, o Acórdão nº 3401-002.708 reitera que os rendimentos financeiros e os resultados patrimoniais não se qualificam como provenientes do exercício da atividade típica, afastando-os da base de cálculo da COFINS.

Outrossim, o Acórdão nº 3302-002.841, que trata da incidência do PIS/Pasep, reforça a ideia de que a "receita bruta" deve corresponder exclusivamente às receitas operacionais oriundas da atividade fim da seguradora – entendimento esse que encontra respaldo na declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998 pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

O Acórdão nº 3302-014.560 reconhece que as reservas ou provisões destinam-se a investimento em ativos garantidores, como forma de proteção e resguardo do cumprimento das obrigações assumidas pela seguradora em relação aos segurados, de modo que as receitas financeiras auferidas não estão sujeitas à incidência da COFINS. No mesmo sentido, o Acórdão nº 3102-002.804 avalia que, ainda que decorrentes de imposição legal, tais receitas não são consideradas receita operacional, por não serem decorrentes de uma atividade econômica típica das seguradoras.

Neste sentido, merece referência também o voto-vista do Ministro Dias Toffoli, no recente julgamento do RE 400479 AgR-ED, que assim tratou sobre a matéria:

> De outro giro, é certo que não decorrem da atividade empresarial típica das seguradoras as receitas financeiras oriundas das aplicações financeiras das reservas técnicas. Adoto, aqui, a compreensão do Ministro Cezar Peluso, cujo voto já indicava que é o prêmio que decorre da atividade empresarial típica das seguradoras, e não outras receitas alheias ao desempenho de seu mister típico, como são as receitas financeiras em questão.

Em síntese, os leading cases – que incluem os julgados RE 400.4798/RJ, RE 585.2351/MG, entre outros, reforçam o entendimento de que as receitas financeiras oriundas dos investimentos compulsórios não se incorporam ao conceito de faturamento para fins de incidência do PIS e da COFINS. Essa interpretação visa evitar a tributação de receitas que, por sua natureza, não refletem o desempenho das atividades operacionais típicas.

4. IMPLICAÇÕES PRÁTICAS PARA AS SOCIEDADES SEGURADORAS

A exclusão dos rendimentos financeiros dos investimentos compulsórios da base de cálculo das contribuições sociais tem implicações práticas significativas para as seguradoras. Em primeiro lugar, essa interpretação promove uma justiça fiscal, na medida em que impede que as empresas sejam oneradas por receitas que, embora auferidas, são provenientes de aplicações obrigatórias e não de atividades empresariais típicas.

Ademais, ao reconhecer a natureza atípica dos rendimentos financeiros – que se originam do cumprimento de dispositivos legais, como os previstos no Decreto-Lei nº 76/66 e na IN SRF nº 247/2002 –, o entendimento judicial contribui para a segurança jurídica e para o aprimoramento do planejamento tributário das seguradoras. Essas empresas, ao conhecerem os limites de incidência das contribuições, podem planejar suas operações de forma a concentrar seus esforços na atividade-fim e na competitividade do mercado securitário, sem o peso adicional de uma tributação desproporcional.

É importante destacar que o Estatuto Social das seguradoras, que delimita de forma expressa que o objeto social se restringe à subscrição de seguros, impede a inclusão de atividades financeiras típicas (Estatuto Social, art. 2º; Lei nº 4.595/64, art. 17). Tal delimitação reforça o entendimento de que a receita oriunda de investimentos compulsórios – ainda que apurada e contabilizada – não pode ser convertida em receita operacional para fins de tributação pelo PIS e pela COFINS.

A aplicação prática dessa interpretação também impacta a elaboração das declarações fiscais e a composição das bases de cálculo apresentadas pelas seguradoras, conforme orientações constantes na IN SRF nº 247/2002. Assim, a correta segregação das receitas operacionais das receitas financeiras é essencial para evitar glosas e questionamentos por parte da autoridade fiscal, garantindo o equilíbrio entre a arrecadação e a justiça tributária.

5. DESAFIOS E PERSPECTIVAS PARA A INTERPRETAÇÃO TRIBUTÁRIA

Apesar do consenso jurisprudencial e dos pareceres favoráveis à exclusão dos rendimentos financeiros da base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, a discussão ainda suscita desafios para o campo da interpretação tributária. Um dos pontos controversos reside na definição exata do conceito de "faturamento" ou "receita bruta" para fins de incidência das contribuições, tema que tem sido abordado de forma diversa pelos tribunais e pela doutrina.

Nesse sentido, os argumentos apresentados no voto do Ministro Cezar Peluso – que enfatizam que o faturamento deve corresponder exclusivamente às receitas operacionais (Acórdão do RE 585.2351/MG) – são fundamentais para a consolidação do entendimento de que a ampliação da base de cálculo para incluir receitas financeiras é inconstitucional, uma vez que viola o princípio da capacidade contributiva e desvirtua a finalidade das contribuições sociais. Essa interpretação, ao limitar a tributação à atividade-fim, preserva o equilíbrio entre a arrecadação estatal e a competitividade do setor segurador.

Adicionalmente, a discussão sobre a natureza dos rendimentos financeiros evidencia a necessidade de uma constante revisão e atualização dos dispositivos legais e normativos, de modo a refletir a evolução do mercado financeiro e das operações securitárias. A integração entre a prática contábil, a regulamentação jurisprudencial e a interpretação tributária constitui um campo dinâmico, no qual a transparência e a segurança jurídica são fundamentais para a atração de investimentos e para a sustentabilidade do setor, afinal é imperioso criar condições de certeza e igualdade que habilitem o contribuinte a sentir-se senhor de seus próprios atos e dos atos dos outros[4].

4 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Segurança Jurídica e normas gerais tributárias*. RDTributário 17-18/51.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal e pelos acórdãos do CARF supra referidos reforça que os rendimentos financeiros decorrentes dos investimentos compulsórios realizados pelas seguradoras não compõem a base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS. Essa interpretação encontra respaldo na distinção entre receitas operacionais – que refletem o objeto social das seguradoras – e receitas acessórias oriundas de aplicações compulsórias, cuja finalidade é garantir a solvência e a segurança dos contratos de seguros.

A exclusão desses rendimentos da base de cálculo promove uma tributação mais justa, evitando que as seguradoras sejam oneradas por receitas que, apesar de auferidas, decorrem do cumprimento de uma imposição legal. Dessa forma, o debate não apenas contribui para a segurança jurídica e para o aprimoramento do planejamento tributário, mas também reforça a necessidade de uma interpretação que considere a essência da atividade empresarial típica do setor securitário.

Com a devida incorporação de dispositivos normativos – como o Decreto-Lei nº 76/66, a Lei nº 8.212/91, a Lei nº 9.718/1998, a IN SRF nº 247/2002 e a Lei nº 4.595/64 – bem como as decisões judiciais que consagram essa linha interpretativa, o presente estudo oferece subsídios para a continuidade do debate e para o aprimoramento das práticas tributárias no setor de seguros. A segurança jurídica, ao ser reforçada por meio de decisões e pareceres fundamentados, contribui para um ambiente de negócios mais equilibrado e competitivo, preservando os princípios da legalidade e da capacidade contributiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Segurança Jurídica e normas gerais tributárias*. RDTributário 17-18/51.

LAURENTIIS, Thais De; Costa, Márcio. Rendimentos financeiros vinculados aos ativos garantidores das provisões técnicas devem ser tributados pelo PIS/COFINS? In Contribuições: evolução jurisprudencial no CARF, STJ e STF. Marcelo Magalhães Peixoto, Leonardo Ogassawara de Araújo Branco, Micheli Przepiorka (Coord.), 1 ed., São Paulo: MP, 2022

MOSQUERA, Roberto Quiroga; SCHOUERI, Luís Eduardo. Manual da Tributação Direta da Renda. São Paulo: IBDT, 2020.

OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL DE ADEQUAÇÃO DO JULGADO À JURISPRUDÊNCIA SUPERVENIENTE E A QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA: UMA ANÁLISE APROFUNDADA DO CASO DA MULTA ISOLADA

LAÉRCIO CRUZ ULIANA JUNIOR

Conselheiro e Vice-presidente de Turma Aduaneira no CARF. Doutorando em Direito pela UFPR. Presidente Honorário da ACONCARF. Linkedin: Léercio Uliana https://www.linkedin.com/in/laercio-uliana/

SUMÁRIO: 1. Introdução: A Impermanência do Julgado Diante da Evolução Jurisprudencial e a Necessidade de Adequação; 2. Embargos de Declaração: Da Finalidade Aclaratória aos Efeitos Infringentes – Uma Análise da Mutabilidade do Julgado; 2.1. O Fato Superveniente como Catalisador da Adequação do Julgado; 2.2. As Questões de Ordem Pública e o Devedor Controle Judicial; 2.3. O Efeito Translativo dos Recursos e a Amplitude da Revisão; 3. Caso Concreto: A Multa Isolada por Compensação Tributária não Homologada e a Imposição da Adequação do Julgado no CARF; 3.1. A Imperatividade da Observância dos Precedentes no CARF; 3.2. Eficiência Administrativa e Pacificação dos Litígios: A "Autorrevisão" do CARF; 4. Conclusão: Eficiência, Segurança Jurídica e Legitimidade Através da Adaptação dos Julgados; Referências

1. INTRODUÇÃO: A IMPERMANÊNCIA DO JULGADO DIANTE DA EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL E A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO

O direito, enquanto fenômeno social e normativo, não é uma estrutura monolítica e imutável. Pelo contrário, sua natureza é inerentemente dinâmica, refletindo as complexidades e as evoluções da sociedade que regula. Nesse cenário, as decisões judiciais e administrativas, outrora proferidas sob uma determinada compreensão normativa, podem se ver confrontadas com novas realidades jurídicas. Tais realidades emergem, notadamente, da consolidação de entendimentos por cortes superiores – cujas decisões, em certas hipóteses, possuem caráter vinculante – ou do surgimento e reconhecimento de questões de ordem pública, que podem alterar substancialmente o panorama sob o qual um processo foi analisado e julgado.

A pergunta que se impõe, então, é: como um sistema jurídico, que preza pela segurança e estabilidade das relações sociais – pilares de um Estado de Direito –, pode simultaneamente permitir a adaptação de decisões já proferidas para refletir essa nova compreensão jurídica, evitando a perpetuação de injustiças ou a ineficiência do sistema? A rigidez excessiva na aplicação do princípio da segurança jurídica, embora fundamental, pode levar a anacronismos e à manutenção de soluções contrárias ao direito vigente ou à justiça material.

É nesse delicado equilíbrio que o presente artigo se insere. Seu objetivo precípuo é desvelar o papel dos embargos de declaração como um instrumento processual de valor estratégico, capaz de transcender sua função ordinária de mera correção de vícios formais, e adquirir excepcionais efeitos infringentes. Tal fenômeno se manifesta de forma mais nítida quando o recurso se confronta com a necessidade de incorporar fatos supervenientes ou de sanar omissões relacionadas a questões de ordem pública.

Para ilustrar a relevância e a operacionalização desse mecanismo, será minuciosamente analisado o caso emblemático da multa isolada por compensação tributária não homologada. A declaração de inconstitucionalidade dessa penalidade pelo Supremo Tribunal Federal (STF) representou um marco, impondo a revisão de julgados não apenas na esfera judicial, mas, de forma crucial, também na esfera administrativa, especialmente no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Este estudo demonstrará como os embargos de declaração se tornam um veículo essencial para garantir que o Direito, em sua constante evolução, seja aplicado de forma justa e atualizada.

2. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: DA FINALIDADE ACLARATÓRIA AOS EFEITOS INFRINGENTES – UMA ANÁLISE DA MUTABILIDADE DO JULGADO

Tradicionalmente, a finalidade dos embargos de declaração, delineada no Art. 1.022 do Código de Processo Civil (CPC/2015), é a de sanar vícios intrínsecos e formais da decisão judicial ou administrativa. Estes vícios compreendem a obscuridade (falta de clareza na redação do julgado), a contradição (existência de proposições inconciliáveis dentro da própria decisão ou entre seus fundamentos e a parte dispositiva), a omissão (a ausência de manifestação sobre ponto ou questão que deveria ter sido abordado) ou o erro material (equívoco evidente de cálculo, digitação ou qualquer outro de natureza perceptível sem necessidade de interpretação). A função primordial, portanto, é aprimorar o julgado, tornando-o mais inteligível, coeso e completo, sem, contudo, alterar seu conteúdo substancial ou o mérito da controvérsia.

Contudo, a dinâmica da hermenêutica jurídica e a evolução jurisprudencial, tanto nos tribunais quanto nos órgãos administrativos, bem como a consistente doutrina processualista, têm reconhecido, em situações de extrema excepcionalidade, a possibilidade de atribuição de efeitos infringentes a esse recurso. Isso significa que o saneamento de um dos vícios, ao invés de apenas aperfeiçoar a forma, pode resultar na modificação do próprio conteúdo da decisão embargada.

A modificação do julgado via embargos de declaração ocorre quando a correção de uma omissão – por exemplo, a não análise de um argumento jurídico relevante, a desconsideração de uma prova essencial, ou a inobservância de uma norma aplicável ou precedente vinculante – ou a retificação de um erro material for de tal magnitude que, ao ser efetivada, altere intrinsecamente a conclusão da decisão. Essa atribuição de efeitos infringentes é admitida em hipóteses específicas e de grande relevância, mormente quando se está diante de um fato superveniente com aptidão para influir no resultado do julgamento ou de uma questão de ordem pública.

2.1. O FATO SUPERVENIENTE COMO CATALISADOR DA ADEQUAÇÃO DO JULGADO

Um "fato superveniente" é aquele que surge ou se torna conhecido após a prolação da decisão, mas que possui aptidão para influir decisivamente no julgamento do mérito, conforme o Art. 493 do CPC/2015. No contexto dos embargos de declaração com efeitos infringentes, o fato superveniente mais relevante é, muitas vezes, a decisão de um tribunal superior que pacifica uma questão jurídica de forma vinculante ou que declara a inconstitucionalidade de uma norma.

A emergência de um precedente vinculante, como uma tese firmada em sede de repercussão geral pelo STF ou em recurso repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), constitui um fato superveniente de particular importância. Tal precedente, ao estabelecer uma interpretação obrigatória do direito, cria uma nova realidade normativa que não pode ser ignorada pelos julgadores. Fredie Didier Jr. (2020), um dos expoentes da doutrina processual, defende que a "verdade jurídica" não é estática; ela se adapta às novas compreensões e aos novos comandos normativos. O processo, nesse sentido, deve refletir essa adaptação para evitar decisões dissociadas da realidade normativa e, em última instância, garantir a coerência e a unidade do sistema jurídico. A não consideração de um fato superveniente relevante pode configurar omissão sanável via embargos, resultando na atribuição de efeitos infringentes para adequar a decisão.

2.2. AS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA E O DEVEDOR CONTROLE JUDICIAL

Por sua vez, as "questões de ordem pública" representam matérias de interesse público primário, que tocam em preceitos fundamentais da organização jurídica do Estado e da sociedade. Dada sua imperatividade e relevância, são de conhecimento obrigatório e ofício pelo julgador em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de provocação das partes. A inconstitucionalidade de uma lei, a incompetência absoluta do juízo, a decadência e a prescrição são exemplos notórios de questões de ordem pública que, se não observadas, podem levar à nulidade ou invalidade da decisão.

Se a decisão embargada deixou de considerar uma inconstitucionalidade já declarada pelo STF, por exemplo, mesmo que as partes não a te-

nham suscitado previamente, ou a tenham feito de forma insuficiente, os embargos de declaração configuram o palco adequado para a correção. Isso se deve à imperatividade do tema, que transcende a esfera de interesse das partes e afeta a própria higidez do ordenamento jurídico. A correção, nesse caso, não é uma faculdade, mas um dever do julgador, visando à conformidade da decisão com a ordem constitucional.

2.3. O EFEITO TRANSLATIVO DOS RECURSOS E A AMPLITUDE DA REVISÃO

Adicionalmente, o "efeito translativo" dos recursos desempenha um papel crucial na ampliação da cognição do julgador em sede de embargos de declaração, especialmente no tocante às questões de ordem pública. Este efeito permite que o tribunal *ad quem* (ou, como no caso dos embargos de declaração, o próprio órgão que proferiu a decisão) examine de ofício matérias que, por sua natureza de ordem pública, podem ser conhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição. Isso ocorre mesmo que tais matérias não tenham sido objeto de recurso específico, de prequestionamento expresso ou de debate aprofundado pelas partes.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é pacífica e reiterada nesse sentido, validando a análise de tais questões de ofício. Um exemplo elucidativo é a tese firmada em julgados como o *STJ, REsp 801.154/TO e outros*, onde se afirma que: *STJ, REsp 801.154/TO e outros*

> "As matérias de ordem pública, ainda que desprovidas de prequestionamento, podem ser analisadas excepcionalmente em sede de recurso especial, cujo conhecimento se deu por outros fundamentos, à luz do efeito translativo dos recursos."

Essa prerrogativa do efeito translativo reforça o poder-dever do julgador de garantir a observância da ordem jurídica, mesmo em sede de um recurso que, à primeira vista, parece ter uma finalidade mais restrita. Dessa forma, os embargos de declaração, quando utilizados para veicular um fato superveniente (como um precedente vinculante) ou para corrigir uma omissão em relação a uma questão de ordem pública (como uma inconstitucionalidade), transformam-se em um mecanismo essencial para a adequação do julgado, promovendo a justiça material e a conformidade irrestrita com o ordenamento jurídico vigente.

3. CASO CONCRETO: A MULTA ISOLADA POR COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA NÃO HOMOLOGADA E A IMPOSIÇÃO DA ADEQUAÇÃO DO JULGADO NO CARF

O caso da multa isolada por compensação tributária não homologada emerge como um exemplo didático e de extrema relevância para a compreensão da aplicação prática dos princípios discutidos. Essa penalidade, originalmente prevista no Art. 74, § 17, da Lei nº 9.430/96, era aplicada de forma automática e incidia sobre o valor do débito de Declarações de Compensação (DCOMP) que não fossem homologadas pela autoridade fiscal. A previsão legal implicava que a mera não homologação, independentemente de dolo, má-fé ou qualquer outro ilícito substancial por parte do contribuinte, já era suficiente para a imposição da multa, o que gerou profunda controvérsia jurídica.

A controvérsia em torno da constitucionalidade dessa multa alcançou o patamar da Suprema Corte, culminando no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 796.939/RS pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Neste julgado, o STF firmou o Tema 736 da Repercussão Geral, estabelecendo uma tese que redefiniu o entendimento jurídico sobre a matéria:

> *RE 796.939/RS (Tema 736)*
> "É inconstitucional a multa isolada prevista em lei para incidir diante da mera negativa de homologação de compensação tributária por não consistir em ato ilícito com aptidão para propiciar automática penalidade pecuniária."

Essa decisão do STF não foi meramente interpretativa; ela representou um fato superveniente de caráter vinculante, dotado de efeitos *erga omnes*, ou seja, aplicável a todos. Imediatamente após sua prolação e publicação, a norma que fundamentava a multa isolada perdeu sua validade constitucional, tornando a cobrança desarrazoada e desprovida de fundamento legal válido. A inconstitucionalidade da multa, por sua natureza, passou a ser reconhecida como uma questão de ordem pública em todos os processos em que fosse discutida, demandando sua observância por todos os órgãos julgadores.

Nesse sentido o julgado do CARF:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL.
> Constata a existência de erro material verificado no relatório do acórdão, é de rigor o acolhimento dos embargos de declaração como embargos inominados para a correção da falha.

FATO SUPERVENIENTE. DECLARAÇÁO DE INCONSTICUIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL APÓS O JULGAMENTO DO RECURSO VOLUNTÁRIO. POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DO JULGADO. ART. 98 DO REGIMENTO INTERNO. EFEITO TRANSLATIVO DOS RECURSOS E A AMPLITUDE DA REVISÃO. ART. 493 DO CPC.

É cabível a concessão de efeitos infringentes aos embargos de declaração ante a presença de fato superveniente, que seja hábil para alterar o resultado do julgamento. Essa possibilidade encontra amparo normativo no que dispõe o art. 493 do Código de Processo Civil. Ainda, o regimento interno do CARF impõe observância da declaração de inconstitucionalidade nos termos do art. 98.

MULTA ISOLADA. DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO (DCOMP). NÃO HOMOLOGAÇÃO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CANCELAMENTO DA MULTA.

Por força do disposto no art. 98, inciso II, parágrafo único, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), c/c a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no RE nº 796.939/RS, a multa isolada exigida em decorrência da não homologação de Dcomp deve ser cancelada. PAF nº 14090.720171/2019-10. Rel. Laércio Cruz Uliana Junior. CARF Turma 3401.

Assim, com base no art. 493 do CPC, se mostra adequada tal revisão para adequação de ofício.

3.1. A IMPERATIVIDADE DA OBSERVÂNCIA DOS PRECEDENTES NO CARF

No âmbito administrativo, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), órgão paritário responsável pelo julgamento de litígios tributários federais, possui o dever legal e regimental de observar as decisões do STF em repercussão geral. O Art. 98 do Regimento Interno do CARF (RICARF) é explícito nesse sentido, estabelecendo um mecanismo de vinculação que reflete a hierarquia das normas e a primazia da Constituição. Conforme o dispositivo:

Art. 98, §1º, II, "b", RICARF

"O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou decreto que: (…)

II - fundamente crédito tributário objeto de: (…)

b) Decisão transitada em julgado do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, proferida na sistemática da repercussão geral ou dos recursos repetitivos…"

Este artigo impõe ao CARF a obrigação de conformar suas decisões aos precedentes vinculantes do STF e do STJ. Diante de um acórdão do CARF que, por exemplo, havia inicialmente dado provimento parcial a um recurso do contribuinte, apenas para reduzir proporcionalmente a base de cálculo da multa isolada (como frequentemente ocorria antes da decisão do STF), os embargos de declaração se tornam o veículo apropriado e necessário para a completa correção do julgado.

Ao serem opostos, esses embargos permitem que o próprio colegiado do CARF reavalie sua decisão inicial à luz do Tema 736 da repercussão geral. A adequação se faz imperativa porque a declaração de inconstitucionalidade pelo STF não se limita a permitir uma "redução proporcional" da penalidade, mas impõe a completa exclusão da multa. O que antes poderia ser interpretado como um "erro material" (a manutenção indevida de parte da multa) ou uma omissão em relação a um argumento do contribuinte, transforma-se, após a tese vinculante do STF, em uma omissão grave de uma questão de ordem pública (a inconstitucionalidade total da multa).

Nesse contexto, os embargos de declaração recebem efeitos infringentes de forma inquestionável, resultando no cancelamento integral da multa isolada.

3.2. EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA E PACIFICAÇÃO DOS LITÍGIOS: A "AUTORREVISÃO" DO CARF

Essa dinâmica exemplifica a importância dos embargos de declaração não apenas como um corretivo processual, mas também como uma ferramenta de "autorrevisão" do órgão julgador. A persistência na manutenção de uma cobrança que foi declarada inconstitucional pela Suprema Corte implicaria em uma afronta direta à autoridade do STF, gerando uma litigiosidade desnecessária. O contribuinte, nesse cenário, seria compelido a buscar o Poder Judiciário para obter a tutela de seu direito, sobrecarregando o sistema de justiça e gerando custos adicionais para todas as partes envolvidas.

A manifestação do Conselheiro Laércio Cruz Uliana Junior, ao atuar como relator em caso análogo, demonstra uma compreensão pragmática e alinhada com os princípios de eficiência e celeridade processual. Ele observa que: *Conselheiro Laércio Cruz Uliana Junior, in texto*

> "não aplicar os efeitos infringentes de ofício por esse colegiado, fere os princípios da eficiente administrativa e celeridade, pois, o presente seria passível de recurso para instância superior ou de revisão pela unidade de origem".

Essa visão não apenas reconhece a validade jurídica da aplicação dos efeitos infringentes, mas também reforça a relevância do mecanismo para a pacificação dos litígios e a otimização dos recursos públicos e privados. Ao permitir que a correção ocorra na própria esfera administrativa, evita-se a judicialização em massa de questões já pacificadas pela mais alta corte do país, promovendo uma maior previsibilidade e segurança jurídica para o contribuinte e para a Administração. É um testemunho da capacidade do sistema jurídico de se auto-regular e adaptar, garantindo que a justiça seja entregue de forma eficaz e tempestiva. Nesse sentido, a jurisprudência:

4. CONCLUSÃO: EFICIÊNCIA, SEGURANÇA JURÍDICA E LEGITIMIDADE ATRAVÉS DA ADAPTAÇÃO DOS JULGADOS

A presente análise reforça a tese de que a capacidade de um sistema jurídico de se adaptar a novas realidades normativas e interpretativas é crucial para sua efetividade, sua legitimidade e sua capacidade de promover a justiça material. Neste contexto, os embargos de declaração se revelam um instrumento processual de valor inestimável, indo muito além de sua função aclaratória inicial.

Quando fatos supervenientes de caráter vinculante, como os precedentes firmados por cortes superiores em repercussão geral, ou questões de ordem pública imperativas, como a declaração de inconstitucionalidade de normas, emergem, os embargos de declaração, com a atribuição excepcional de efeitos infringentes, tornam-se o veículo indispensável para que os julgados sejam revistos e alinhados à nova interpretação do direito. Essa flexibilidade é um pilar da segurança jurídica, pois garante que as decisões reflitam a ordem jurídica vigente, e não apenas a que existia no momento da prolação original.

O caso da multa isolada por compensação tributária não homologada é um testemunho eloquente dessa funcionalidade essencial. A declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do Tema 736 da Repercussão Geral, impôs aos órgãos administrativos, como o CARF, o inadiável dever de cancelar essa exigência. A utilização dos embargos de declaração, nesse cenário, não apenas

garante a supremacia da Constituição e a fidelidade aos precedentes vinculantes, mas também promove a eficiência administrativa e a celeridade processual. Ao permitir que a própria esfera administrativa corrija suas decisões em conformidade com o entendimento da Corte Suprema, evita-se a desnecessária proliferação de ações judiciais e fortalece-se a confiança do cidadão no sistema de justiça.

Em suma, a correta e inteligente aplicação dos embargos de declaração, com a atribuição de efeitos infringentes em hipóteses bem delineadas, contribui para a construção de um ambiente jurídico mais justo, previsível e alinhado aos ditames constitucionais. Este recurso não é um mero formalismo, mas um pilar de um sistema que se reconhece em constante evolução, buscando sempre a adequação entre o enunciado da norma e a realidade da sua aplicação, para o bem da segurança jurídica e da efetividade da justiça.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Método, 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 796.939/RS. Relator: Min. Edson Fachin, Julgamento: 13/02/2019, Publicação: 27/02/2019. Tema 736 da Repercussão Geral.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRg no RE nos EDcl no AgRg no REsp n. 1.392.773/MG. Relatora: Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 5/8/2015, DJe de 10/9/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 801.154/TO. Relator: Min. Teori Albino Zavascki, DJ 21/05/2008.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. Vol. 2. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 44. ed. São Paulo: Malheiros, 2023.

A DEDUTIBILIDADE DE PERDAS COM OPERAÇÕES DE HEDGE NA APURAÇÃO DO PIS E DA COFINS: ANÁLISE CRÍTICA DO ACÓRDÃO Nº 3302-014.857

LAURA BAPTISTA BORGES

Conselheira da 1ª Turma da 1ª Câmara da 3ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Advogada licenciada. Pós-graduada em Direito Tributário e graduada em Ciências Contábeis.

MARINA RIGHI RODRIGUES LARA

Conselheira da 2ª Turma da 3ª Câmara da 3ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Doutora em Direito Público pela *Università degli studi di Roma Tor Vergata*. Mestre em Direito Tributário pela *Università Commerciale Luigi Bocconi*.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Contexto fático e jurídico do julgado; 3. PIS e Cofins: base de cálculo e dedutibilidade de perdas com hedge por instituições financeiras; *4. Hedge* contábil x *hedge* econômico; 5. A autonomia conceitual; 6. A análise crítica do Acórdão nº 3302-014.857; 7. Considerações Finais

1. INTRODUÇÃO

A apuração da base de cálculo do PIS e da Cofins, especialmente sob o regime da não cumulatividade, tem sido objeto de intensos debates doutrinários e jurisprudenciais. Em instituições financeiras, cuja atividade envolve operações complexas com derivativos – como os contratos de *hedge* –, surgem dificuldades específicas na interpretação da legislação aplicável.

Neste contexto, o presente artigo tem por objetivo analisar criticamente o acórdão nº 3302-014.857, proferido pela 3ª Seção do CARF, que entendeu ser legítima a dedução das perdas decorrentes de *hedge* econômico (ou macro *hedge*) da base de cálculo da Cofins. Para tanto, realiza-se uma breve contextualização fática e jurídica do acórdão. Em seguida, passa-se a examinar a base de cálculo das contribuições e a possibilidade de dedutibilidade de perdas com *hedge* por instituições financeiras, distinguindo-se os conceitos de *hedge* contábil e *hedge* econômico e suas implicações jurídicas.

Na sequência, discute-se a autonomia conceitual do direito em relação a outras áreas do conhecimento, como a contabilidade e a economia, com ênfase na interpretação normativa do próprio direito tributário e das características próprias de cada tributo. Por fim, realiza-se uma análise crítica do referido acórdão, à luz do princípio da legalidade, da jurisprudência dos tribunais superiores e dos limites normativos aplicáveis ao PIS e à Cofins, apontando as virtudes e as preocupações que dele decorrem.

2. O CONTEXTO FÁTICO E JURÍDICO DO JULGADO

O acórdão examinado neste artigo trata da exigência de contribuições ao PIS e à Cofins imposta a uma instituição financeira, em decorrência da exclusão, reputada indevida pela fiscalização, de despesas com derivativos da base de cálculo desses tributos. A controvérsia centrou-se na (im)possibilidade de dedução dessas perdas como operações de *hedge*, diante da alegada ausência de correlação direta entre os instrumentos financeiros utilizados e os riscos que se buscava proteger – exigência prevista na Instrução Normativa RFB nº 1.515/2014, voltada à apuração do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

De um lado, a autoridade fiscal sustentou que as operações não atendiam aos requisitos formais e materiais que caracterizariam operações de *hedge stricto sensu*, exigindo uma vinculação objetiva entre ativo e passivo. De outro lado, a contribuinte defendeu que, na ausência de definição legal específica no regime jurídico do PIS e da Cofins, deveria prevalecer o conceito econômico e contábil de *hedge*, reconhecido por normas internacionais, como a IAS 39, e pela doutrina.

A relatora do caso, Conselheira Francisca das Chagas Lemos, identificou como cerne da controvérsia a indevida transposição de critérios normativos do IRPJ para as contribuições em questão, sem respaldo em lei específica. Com base no princípio da legalidade tributária, mais especificamente nos artigos 97 e 142 do Código Tributário Nacional (CTN), e na leitura sistemática da legislação aplicável, concluiu pela inexistência de condicionantes formais que restrinjam a dedutibilidade de perdas decorrentes de operações de *hedge* no âmbito do PIS e da Cofins. Nesse cenário, entendeu pela legitimidade da dedução de perdas oriundas de operações de *hedge* econômico, desde que demonstrada sua finalidade protetiva, independentemente da existência de correlação direta com ativos ou passivos específicos.

Embora também tenha reconhecido, no caso concreto, a legitimidade da dedução das perdas decorrentes das operações com derivativos, o Conselheiro Lázaro Antônio Souza Soares divergiu parcialmente da fundamentação adotada pela relatora. Acompanhando-a pelas conclusões, destacou, porém, que a ausência de regulamentação específica nas normas que regem o PIS e a Cofins não impediria a aplicação subsidiária das disposições previstas na legislação do IRPJ, especialmente quando se trata de suprir lacunas normativas.

Partindo do pressuposto da integração sistêmica e da interdisciplinaridade do direito tributário, sustentou que conceitos econômicos, como o de *hedge*, devem ser interpretados à luz das práticas contábeis e dos referenciais técnicos, como aqueles consagrados na norma internacional IAS 39, a qual reconhece modalidades amplamente utilizadas no mercado financeiro, como o macro *hedge*. A partir de tais fundamentos, reconheceu a validade das operações de *hedge* econômico e a consequente dedutibilidade das perdas, ainda que ausente a correlação estrita entre ativos e passivos individuais exigida pela Instrução Normativa RFB nº 1.515/2014.

Feito o breve resumo da controvérsia examinada pelo acórdão, antes de se adentrar na análise aprofundada do caso concreto, mostra-se imprescindível a fixação de algumas premissas teóricas que permitirão a adequada compreensão dos fundamentos jurídicos e econômicos subjacentes à controvérsia. É o que se propõe a seguir.

3. PIS E COFINS: BASE DE CÁLCULO E DEDUTIBILIDADE DE PERDAS COM HEDGE POR INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Como se sabe, a base de cálculo das contribuições ao PIS e à Cofins varia conforme o regime de apuração adotado e a natureza da pessoa jurídica contribuinte. De modo geral, para as pessoas jurídicas sujeitas ao regime não cumulativo, a base de cálculo é a receita bruta, conforme definida no artigo 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77, com possibilidade de exclusões e deduções expressamente previstas em lei. Especificamente no que diz respeito a determinadas instituições do sistema financeiro nacional, como bancos comerciais, bancos de investimento, cooperativas de crédito, sociedades de arrendamento mercantil, corretoras e distribuidoras de títulos e valores mobiliários, a legislação estabeleceu regras particulares a respeito do que pode ou não ser considerado para fins de apuração da base das referidas contribuições.

Nesse contexto, o § 6º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 é central. O dispositivo prevê que essas instituições, além das exclusões gerais do § 5º, poderão excluir ou deduzir da base de cálculo do PIS e da Cofins despesas típicas da atividade financeira, como (i) despesas de intermediação financeira; (ii) deságio na colocação de títulos; (iii) perdas com títulos de renda fixa e variável (exceto ações); e (iv) perdas com ativos financeiros e mercadorias em operações de *hedge*.

A redação da norma admite, portanto, a exclusão da base de cálculo de tais instituições dos valores relativos às perdas com ativos financeiros e mercadorias em operações de *hedge*. A grande controvérsia, nesse contexto, reside na interpretação do que configuraria uma operação de *hedge* dedutível, para fins do PIS e da Cofins. Existe um conceito único de *hedge*? Esse conceito está relacionado com as ciências econômicas ou contábeis? Para fins tributários, existe um conceito único de *hedge*? É aquele estabelecido na legislação do IRPJ? Existe um conceito próprio para o PIS e a Cofins? Existem requisitos infralegais que devem ser obedecidos? Essas serão algumas perguntas que serão respondidas ao longo do presente trabalho.

4. *HEDGE* CONTÁBIL X *HEDGE* ECONÔMICO

Com a crescente integração dos mercados globais, é comum que pessoas jurídicas utilizem instrumentos derivativos[1] conforme a estratégia de cada entidade: tanto para obter lucros com as variações de preços e taxas no mercado, quanto para mitigar riscos decorrentes da volatilidade de tais fatores externos – como taxas de juros, variações cambiais e preços de *commodities*.[2] Essa última finalidade dos derivativos se consolidou como ferramenta essencial de gestão de risco, utilizada comumente como forma de proteção de posições expostas a riscos de mercado: o chamado *hedge*.[3]

Naturalmente, sendo a contabilidade o principal instrumento de comunicação entre a entidade e seus diversos públicos, é essencial que suas demonstrações apresentem elevado grau de transparência e confiabilidade, especialmente no que se refere às operações com instrumentos derivativos.[4] Diante desse contexto, uma adequada representação dos efeitos das estratégias de *hedge* sobre as posições protegidas se demonstra imprescindível para assegurar uma representação fiel da situação econômico-financeira da entidade.

Ocorre que, a contabilização dessas operações pode gerar assimetrias nas demonstrações financeiras, já que os derivativos e os itens protegidos podem seguir critérios contábeis distintos. Diante desse contexto, é que se coloca o *hedge* contábil, isto é, "um tratamento contábil específico que reconhece os resultados positivos e negativos veri-

---

1 No Brasil, o art. 1º, §1º da Circular BCB nº 3.082 de 30 de janeiro de 2002 define instrumentos financeiros derivativos como "*aqueles cujo valor varia em decorrência de mudanças em taxa de juros, preço de título ou valor mobiliário, preço de mercadoria, taxa de câmbio, índice de bolsa de valores, índice de preço, índice ou classificação de crédito, ou qualquer outra variável similar específica, cujo investimento inicial seja inexistente ou pequeno em relação ao valor do contrato, e que sejam liquidados em data futura.*"

2 CAPELLETTO, Lucio Rodrigues; OLIVEIRA, Jaildo Lima de; CARVALHO, L. NELSON. Aspectos do hedge accounting não implementados no Brasil. RAUSP. Revista de Administração, v. 42, p. 511-523, 2007.

3 Tal definição encontra amparo no "Glossário Completo" disponibilizado pelo Banco Central do Brasil ao estabelecer que Hedge são "*operações realizadas com o objetivo de obter proteção contra o risco de variações de taxas de juros, de paridade entre moedas e do preço de mercadorias.*" Disponível em: http://www.bcb.gov.br/glossario.asp?Definicao=1670&idioma=P&idpai=GLOSSA RIO.

4 IUDÍCIBUS, Sérgio. **Teoria da Contabilidade.** São Paulo: Editora Atlas, 1980, p. 16.

ficados nos instrumentos financeiros (derivativos ou não), utilizados para proteção, simultaneamente aos resultados positivos e negativos nas posições do objeto protegido".[5] Isso garante que ganhos e perdas sejam refletidos de forma sincronizada no resultado ou no patrimônio líquido, buscando neutralizar seus efeitos.

No Brasil, cabe à Circular Bacen nº 3.082/2002 estabelecer e consolidar os "critérios para registro e avaliação contábil de instrumentos financeiros derivativos", determinando, assim, preceitos para a contabilização de determinadas operações de *hedge* por ela regulamentadas.

Em diversos casos, contudo, como ocorre com a maior parte das instituições financeiras, o *hedge* contábil é pouco (ou quase nunca) utilizado. Tais instituições se valem de instrumentos financeiros derivativos para gerenciar e proteger globalmente os riscos de suas posições ativas, passivas, bem como de compromissos assumidos e/ou de operações futuras, isto é, para um gerenciamento de riscos global e não por operação individual: o chamado macro *hedge*.[6]

Dessa forma, como observa Santos,[7] "as operações com finalidade de cobertura (*hedge*) podem proteger, além de direitos e obrigações, itens não reconhecidos no balanço patrimonial, mas sujeitos a riscos que podem afetar resultados futuros, variações no fluxo de caixa, transações projetadas e prováveis, entre outros elementos, impactando, assim, a atividade econômica da pessoa jurídica". Em outras palavras, pode-se dizer que, embora todo *hedge* contábil represente um *hedge* econômico, nem toda operação de *hedge,* do ponto de vista econômico, será tratada contabilmente como *hedge* – seja por escolha da entidade ou por não cumprimento dos requisitos técnicos exigidos.[8]

---

5 CAPELLETTO, Lucio Rodrigues; OLIVEIRA, Jaildo Lima de; CARVALHO, L. NELSON. Aspectos do hedge accounting não implementados no Brasil. RAUSP. Revista de Administração, v. 42, p. 511-523, 2007.

6 CAPELLETTO, Lucio Rodrigues; OLIVEIRA, Jaildo Lima de; CARVALHO, L. NELSON. Aspectos do hedge accounting não implementados no Brasil. RAUSP. Revista de Administração, v. 42, p. 511-523, 2007.

7 SANTOS, Ramon Tomazela. Operações com finalidade de cobertura (hedge) e a proteção de fluxo de caixa de transações prováveis. FÓRUM DE DIREITO TRIBUTÁRIO, v. 102, p. 79-102, 2019.

8 SILVA, Fernando Chiqueto da. Hedge accounting no Brasil. 2014. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12136/tde-27062014-182634/. Acesso em: 19 jul. 2025.

Feitas essas singelas considerações a respeito da existência de divergências entre os conceitos adotados por áreas distintas (economia e contabilidade), impõe-se examinar mais uma questão: a relação entre os conceitos utilizados nas diversas áreas do conhecimento. É o que se passa a analisar.

5. A AUTONOMIA CONCEITUAL

A interpretação jurídica requer especial atenção à definição e à delimitação dos conceitos empregados pelo legislador. Não raramente, os termos utilizados na legislação coincidem com expressões consagradas na contabilidade ou na economia, o que pode validar entendimentos equivocados – embora recorrentes – sobre a natureza e a função de cada campo do conhecimento. Parte-se, muitas vezes, da suposição de que a economia teria o papel de qualificar os fatos do mundo fenomênico, cabendo à contabilidade registrá-los e ao direito regulá-los, em uma espécie de subordinação conceitual.[9]

Contudo, ainda que a contabilidade tenha como um de seus objetivos centrais o registro de operações de natureza econômica, ela não se confunde com a ciência econômica. Trata-se de áreas do conhecimento autônomas, com objetos, métodos e finalidades distintas. Obviamente, isso não quer dizer que não possa haver em determinados casos uma correspondência de conceitos. Significa apenas que tal correspondência não deve ser presumida como regra absoluta ou dogma metodológico. Da mesma forma, não se pode presumir uma correspondência necessária entre os conceitos empregados pela contabilidade ou pela economia e aqueles adotados pelo direito, justamente em razão da capacidade desses campos operarem com finalidades próprias e construírem seus referenciais conceituais de maneira autônoma.[10]

Ao analisar o conceito constitucional de receita estabelecido no art. 195, I, "b" da Constituição Federal (CF), a Ministra Relatora, Rosa Weber, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 606.107/RS reconheceu expressamente que não se deve buscar equiva-

9 Fonseca, Fernando Daniel de Moura. Imposto sobre a renda: uma proposta de diálogo com a contabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 41-42

10 LUPI, Raffaello. Diritto Amministrativo dei tributi. Funzione tributaria: studio sociale e introduzione tecnica. Seconda edizione interamente rielaborata, 2021. Disponível em: https://didattica.uniroma2.it/files/index/insegnamento/185193-Diritto-Tributario, p. 43-44.

lência absoluta entre os conceitos contábil e tributário. A contabilidade pode servir como ponto de partida para a apuração tributária, mas não subordina a tributação, que deve ser moldada pelos princípios e regras próprios do Direito Tributário.[11]

Tais premissas encontram plena aplicabilidade dentro do próprio direito. É possível que um mesmo termo possua significados diversos conforme o ramo em que se insere, em virtude das finalidades específicas e dos princípios estruturantes de cada área. É o que frequentemente se observa com o direito civil e o direito tributário.[12] A título exemplificativo merece destaque o RE nº 651.703,[13] que ao argumento de que o conceito de serviço para fins tributários não precisa corresponder àquele encontrado no direito civil, declarou a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) sobre serviços de operadoras de planos de saúde.

De forma mais específica, o mesmo pode ocorrer dentro do próprio direito tributário, entre diferentes tributos. Certos vocábulos – como, por exemplo, o termo "insumo" – podem assumir contornos conceituais distintos conforme o tributo analisado – tais como o IRPJ, o Imposto sobre Produto Industrializado (IPI) e o PIS ou a Cofins –, refletindo peculiaridades normativas e até mesmo constitucionais próprias. Esse foi o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) na ocasião do julgamento do Recurso Especial (REsp) nº 1.221.170/PR, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.[14]

Todas essas nuances foram sistematizadas de forma precisa por Tarello,[15] para quem não se pode presumir que o emprego de um termo técnico em um texto legislativo implique, automaticamente, a adoção

11 RE n. 606.107, relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2013, DJe 25/11/2013.

12 Nesses casos, segundo Tarello, o intérprete deve, em uma primeira fase da interpretação, decidir se há ou não uma remissão implícita, ou seja, deve-se decidir se o uso do termo faz referência ao mesmo instituto previamente regulamentado (caso em que há remissão e presunção) ou não. (TARELLO, Giovanni. L'interpretazione della legge, Milano: Giuffrè, 198, pp. 137-138)

13 RE n. 651703, relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2016, DRJe de 26/04/2017

14 REsp n. 1.221.170/PR, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 22/2/2018, DJe de 24/4/2018

15 TARELLO, Giovanni. L'interpretazione della legge, Milano: Giuffrè, 198, p. 138

do mesmo significado técnico em outros diplomas normativos. Inexiste, portanto, uma presunção absoluta de uniformidade terminológica por parte do legislador. Ao contrário, observa-se na prática legislativa contemporânea uma considerável variabilidade: um mesmo vocábulo pode assumir sentidos técnicos distintos a depender do ramo do direito em que é utilizado – como, por exemplo, no confronto entre o direito civil e direito penal – ou mesmo dentro de um único ramo, conforme o instituto jurídico específico ao qual se vincula.

Desse modo, pode-se concluir que a definição conceitual no âmbito tributário deve ser analisada caso a caso, à luz do arcabouço normativo aplicável e das finalidades e especificidades do tributo envolvido, evitando generalizações que desconsiderem a autonomia e os limites de cada campo do conhecimento. Feitas tais considerações teóricas, passa-se, enfim, a análise mais aprofundada do caso concreto.

6. A ANÁLISE CRÍTICA DO ACÓRDÃO Nº 3302-014.857

Com base nas premissas anteriormente expostas, é possível desenvolver uma análise crítica do acórdão em referência, destacando seus méritos e limitações.

Merece destaque o objeto central da decisão: o reconhecimento da dedutibilidade das perdas decorrentes de operações de *hedge* econômico, ainda que estas não se enquadrem formalmente nos critérios do *hedge* contábil.

A Circular Bacen nº 3.082/2002 não define *hedge*, mas apenas estabelece critérios para a contabilização das operações que regulamenta, sem esgotar a definição do seu conteúdo. Tal posicionamento reflete uma compreensão mais realista da atividade das instituições financeiras, que frequentemente adotam estratégias de gestão integrada de riscos (macro *hedge*), não vinculadas diretamente a ativos ou passivos individualizados. O que importa, nesse contexto, é a finalidade protetiva das operações, e não a sua evidenciação contábil.

Apesar de reforçar, com acerto, a noção de que dentro do próprio direito tributário é possível encontrar conceitos autônomos, o acórdão incorre em uma imprecisão conceitual ao afirmar que o conceito de *hedge*, no caso, deve ser compreendido sob uma ótica econômica e não jurídica. Embora correta a distinção entre *hedge* contábil e *hedge* econômico, também teria sido oportuno distinguir este último do concei-

to jurídico-tributário de *hedge*, que é, em última análise, o que se aplica à interpretação da Lei nº 9.718/98. O termo "*hedge*", no contexto do PIS e da Cofins, é de natureza jurídica e deve ser interpretado como tal – ainda que, no caso concreto, sua interpretação coincida com a noção de *hedge* econômico amplamente aceita no mercado financeiro.

Essa distinção é sutil, mas fundamental. O uso do conceito econômico pelo direito tributário não significa subordinação à ciência econômica, mas adesão à realidade dos fatos econômicos protegida pela legislação tributária. A referência a "operações de *hedge*" no § 6º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 é genérica e não condiciona a dedutibilidade ao atendimento de requisitos contábeis formais ou à existência de correlação direta entre ativos e passivos específicos. Assim, subordinar a exclusão das perdas à observância de critérios técnicos estranhos à própria legislação do PIS e da Cofins violaria o princípio da legalidade tributária.

Esse entendimento fortalece a autonomia conceitual entre o direito, a contabilidade e a economia – sem, contudo, ignorar que, em determinados casos, pode haver convergência entre esses campos. O importante é reconhecer que essa convergência não deve ser presumida nem imposta fora dos limites legais.

Além disso, o voto da Conselheira Relatora Francisca das Chagas Lemos reafirma com precisão a proteção ao princípio da legalidade, ao rejeitar expressamente a transposição automática de normas legais e infralegais próprias do IRPJ e da CSLL – como a Instrução Normativa RFB nº 1.515/2014 – para o regime do PIS e da Cofins. A relatora evidencia que os regimes jurídicos aplicáveis às operações de *hedge* não são uniformes entre os distintos tributos. Enquanto, no campo do IRPJ e da CSLL, o art. 77, §2º, da Lei nº 8.981/95[16] atribui ao Poder Executivo competência normativa para estabelecer requisitos adicio-

16 Lei n. 8.981/95: "Art. 77. O regime de tributação previsto neste Capítulo não se aplica aos rendimentos ou ganhos líquidos: (…) V – Em operações de cobertura (hedge) realizadas em bolsa de valores, de mercadoria e de futuros ou no mercado de balcão. § 1º. Para efeito do disposto no inciso V, consideram-se de cobertura (hedge) as operações destinadas, exclusivamente, à proteção contra riscos inerentes às oscilações de preço ou de taxas, quando o objeto do contrato negociado: a) estiver relacionado com as atividades operacionais da pessoa jurídica; b) destinar-se à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica. § 2º. O Poder Executivo poderá definir requisitos adicionais para a caracterização das operações de que trata o parágrafo anterior, bem como estabelecer procedimentos para registro e apuração dos ajustes diários incorridos nessas operações."

nais e disciplinar os procedimentos de registro e apuração dos ajustes relacionados às operações de *hedge*, no que se refere ao PIS e à Cofins, o art. 3º, § 6º, da Lei nº 9.718/98 limita-se a permitir a dedução, de forma genérica, de perdas com ativos financeiros e mercadorias, sem condicionar sua eficácia a requisitos formais ou infralegais.[17]

Nesse sentido, pode-se dizer que a relatora adota uma leitura sistematicamente coerente com a autonomia conceitual do direito tributário, reconhecendo que a interpretação de institutos jurídicos pode – e, em certos casos, deve – variar conforme o tributo considerado. Tal compreensão está em sintonia com a orientação firmada pelo STJ no julgamento do REsp nº 1.221.170/PR, em que se reconheceu expressamente a pluralidade conceitual do termo "insumo", a depender do contexto normativo específico de cada tributo. Ao respeitar essa diferenciação, a posição adotada pela Conselheira mostra-se plenamente compatível com o art. 150, I, da Constituição Federal (CF) e os arts. 97 e 142 do CTN, que consagram a legalidade estrita na definição dos elementos essenciais da obrigação tributária, inclusive no tocante à delimitação da base de cálculo e das deduções admitidas.

Por outro lado, a tese vencedora, adotada pela maioria da turma, ao admitir – ainda que de forma sutil – a aplicação subsidiária das normas do IRPJ à sistemática do PIS e da Cofins, pode suscitar críticas. O voto do Conselheiro Lázaro Antônio Souza Soares, embora alinhado à conclusão do caso, defende que, diante de uma lacuna na legislação das contribuições, seria legítima a aplicação integrativa de regras previstas na legislação do IRPJ. A fundamentação parte do princípio da unicidade do direito e da interpretação sistemática do ordenamento tributário, sustentando que a utilização subsidiária de conceitos do IRPJ garantiria coerência normativa e evitaria assimetrias práticas, como a necessidade

17 Lei nº 9.718/98, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35/01: "Art. 3º O faturamento a que se refere o Art. 2o compreende a receita bruta de que trata o Art. 12 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977. (Redação dada pela Lei n" 12.973, de 2014) (…) § 6" Na determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, as pessoas jurídicas referidas no § 1º do Art. 22 da Lei no 8.212, de 1991, além das exclusões e deduções mencionadas no § 5º, poderão excluir ou deduzir: I - No caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil e cooperativas de crédito: (…) e) perdas com ativos financeiros e mercadorias, em operações de hedge; (…)"

de dupla escrituração ou a fragmentação conceitual entre tributos que incidem sobre a mesma realidade econômica.

Apesar da sofisticação do argumento, tal interpretação enfraquece o princípio da legalidade tributária, previsto no art. 150, I, da CF. A possibilidade de suprir lacunas (nesse caso, inexistente) por meio de regras próprias de outros tributos compromete a segurança jurídica e abre margem para que a Administração Tributária restrinja direitos ou imponha obrigações sem respaldo legal, o que é vedado pelo sistema constitucional tributário brasileiro.

Em suma, o acórdão acerta ao reconhecer a validade jurídica das operações de *hedge* econômico como fundamento legítimo para a dedutibilidade de perdas no âmbito do PIS e da Cofins. No entanto, a fundamentação adotada por parte da turma julgadora, ao propor uma aplicação subsidiária da legislação do IRPJ, representa um risco interpretativo relevante e deve ser cuidadosamente ponderada, sob pena de insegurança jurídica e desvio do princípio de legalidade tributária adotado pela CF.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acórdão nº 3302-014.857, analisado no presente trabalho, representa um importante avanço na construção de uma jurisprudência mais sensível à complexidade das operações financeiras e à realidade econômica enfrentada por instituições do setor bancário e do mercado de capitais. Ao reconhecer a legitimidade da dedução de perdas decorrentes de operações de *hedge* econômico para fins de apuração do PIS e da Cofins, o colegiado sinaliza para uma interpretação tributária mais pragmática das normas.

Contudo, o progresso interpretativo evidenciado não prescinde de cautela. O respeito ao princípio da legalidade, alicerce do sistema tributário nacional, impõe limites à atuação da autoridade fiscal e dos órgãos julgadores administrativos. Nesse sentido, a solução proposta pela Conselheira Relatora – no sentido de que não há, na legislação específica do PIS e da Cofins, exigência de observância aos critérios formais estabelecidos para o IRPJ e a CSLL – apresenta sólida fundamentação jurídica e respeita os contornos normativos aplicáveis.

Ademais, a diferenciação entre os regimes tributários deve ser compreendida como expressão da autonomia conceitual do direito

tributário em relação a outras disciplinas, como a contabilidade e a economia, bem como da própria independência normativa entre diferentes tributos.

Não obstante, a interpretação analógica proposta pelo voto vencedor – que admite a aplicação subsidiária de normas de outros tributos com base na lógica da unicidade do sistema tributário – suscita reflexões importantes sobre os limites da hermenêutica tributária, sobretudo no que se refere à criação de restrições ou condicionantes não previstas em lei. Embora a coerência sistêmica seja desejável, ela não pode se sobrepor à legalidade nem justificar a aplicação de critérios normativos próprios de tributos diversos.

Dessa forma, ainda que o acórdão em análise represente um precedente relevante e positivo no que tange à compreensão jurídica das operações de *hedge* no âmbito das contribuições ao PIS e à Cofins, é necessária cautela na adoção de seus argumentos. Em conclusão, a análise crítica do acórdão evidencia não apenas os desafios interpretativos que envolvem a aplicação da legislação tributária às operações de *hedge*, como também a importância de uma abordagem que respeite os limites legais e a autonomia dos diversos campos do conhecimento e das áreas do direito.

SÚMULA CARF 210: PERSPECTIVAS DA RESPONSABILIDADE DE GRUPOS ECONÔMICOS

LEONARDO NUÑEZ CAMPOS

Conselheiro da 1ª TO da 4ª Câmara da Segunda Seção do CARF. Doutor em Direito Constitucional e Processual Tributário pela PUC/SP. Mestre em Direito Tributário pela FGV Direito. Advogado licenciado, sócio do Cruz Campos Lobo Advogados.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O conceito de grupo econômico; 2.1. Modelos legislativos de regulação; 2.2. Grupos Econômicos no Direito Positivo Brasileiro; 2.3. Grupo econômico: conceito; 3. Súmula CARF Nº 210: conteúdo e fundamentação; 4. Inconstitucionalidade do art. 30, IX, da lei Nº 8.212/91; 5. Conclusão

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade tributária de grupos econômicos situa-se na confluência sensível entre o Direito Societário e o Direito Tributário, exigindo uma articulação refinada entre a autonomia das pessoas jurídicas e os mecanismos de imputação obrigacional previstos na legislação fiscal. A crescente adoção de estruturas empresariais plurissocietárias, característica marcante da economia contemporânea, desafia os fundamentos tradicionais da dogmática jurídica e impõe ao intérprete o dever de repensar categorias estabelecidas à luz da realidade econômica.

A dinâmica organização das empresas, embora seja uma realidade inafastável[1], pode causar perplexidade aos estudiosos de direito, na medida em que põe em cheque aquilo que o português Engrácia Antunes denominou como "vacas sagradas" do direito das sociedades comerciais: os dogmas da personalidade jurídica da sociedade comercial e da limitação de responsabilidade dos sócios[2].

É nesse contexto que se insere a controvérsia em torno da Súmula CARF nº 210, que passou a admitir a responsabilização solidária de empresas integrantes de grupo econômico "de qualquer natureza", com base no art. 30, IX, da Lei nº 8.212/91, ainda que ausente vínculo concreto com o fato gerador da obrigação tributária. Tal entendimento, embora legitimado no plano da jurisprudência administrativa, suscita relevantes objeções dogmáticas e constitucionais.

O presente artigo parte da premissa de que a responsabilidade tributária só pode ser validamente atribuída a terceiros quando presentes os requisitos previstos no Código Tributário Nacional, especialmente os arts. 124 e 128, os quais exigem, respectivamente, o interesse jurídico comum e a vinculação material com o fato gerador. Sustenta-se,

---

1 Danilo Borges dos Santos Gomes de Araújo e Walfrido Warde Jr. afirmam que: "Hoje, não seria absurdo dizer que os grupos representam o grosso daqueles fenômenos econômicos-sociais que estão na esfera do direito societário, ainda que os textos legislativos acanhem-se em assim se expressar. Algum laconismo legislativo é suprido pelos cada vez mais abundantes precedentes jurisprudenciais, pela já consolidada doutrina, e, sobretudo, pelos maneirismos e pelos interesses do homem de empresa." ARAUJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JR., Walfrido. **Os grupos de sociedade: o estado atual da técnica. In Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa.** (ORGS.) ARAUJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JR., Walfrido. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 16.

2 ANTUNES, José Engrácia. **Estrutura e responsabilidade da empresa: o moderno paradoxo regulatório**. *In* Revista Direito GV, v. 1, n. 2. p. 029-068, p. 39.

com base na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal — em especial no RE nº 562.276/PR —, que o art. 30, IX, da Lei nº 8.212/91 padece de inconstitucionalidade formal e material, e que sua aplicação nos moldes da Súmula nº 210 compromete a segurança jurídica, a legalidade tributária e a coerência do sistema. A análise proposta busca contribuir para a superação das distorções interpretativas que atualmente afetam a temática da responsabilidade de grupos econômicos no direito tributário brasileiro.

2. O CONCEITO DE GRUPO ECONÔMICO

O conceito jurídico de *grupo econômico* deriva de uma evolução histórica da empresa enquanto forma organizada de exercer atividade econômica. Inicialmente, predominaram modelos atomísticos, com empresários individuais que reuniam esforço e patrimônio próprios e arcavam com todos os riscos. Essa fase, típica até o século XVIII, baseava-se na concorrência livre e dispersa, com agentes econômicos independentes..

Com a Revolução Industrial, emergiu a empresa societária — sobretudo a sociedade anônima — que permitiu captação de recursos mediante participação pulverizada, personificação jurídica e limitação da responsabilidade. Esses institutos inauguraram a imortalidade da empresa e sua capacidade de concentrar capital e riscos entre diversos agentes.

Já no cenário globalizado do século XX, as corporações passaram a adotar estruturas plurissocietárias: criação de subsidiárias, holdings, alianças contratuais e parcerias estratégicas, a fim de diversificar riscos, otimizar operações e se adaptar a marcos regulatórios distintos. Segundo Antunes, a prática empresarial contemporânea substituiu a empresa unissocietária por um conjunto de entidades jurídicas autônomas, vinculadas por controle comum —"O átomo cedeu progressivamente o seu lugar à molécula[3]",

3 ANTUNES, José Engrácia. **Estrutura e responsabilidade da empresa: o moderno paradoxo regulatório.** *In* Revista Direito GV, v. 1, n. 2., jun-dez. 2005. p. 029-068. p. 36.

2.1. MODELOS LEGISLATIVOS DE REGULAÇÃO

A complexificação das estruturas empresariais, sobretudo a partir da formação de grupos societários, impôs desafios significativos ao Direito Societário clássico, cuja dogmática tradicional — centrada na autonomia da pessoa jurídica e na separação patrimonial — revelou-se insuficiente para lidar com os conflitos decorrentes da coordenação entre múltiplas sociedades sob direção comum. Diante dessa nova realidade, diferentes ordenamentos jurídicos passaram a adotar modelos normativos específicos para regular as relações intersocietárias, com o objetivo de proporcionar segurança jurídica e mitigar potenciais abusos contra minoritários, credores e terceiros.

A experiência comparada revela que as respostas legislativas variaram conforme os contextos institucionais e econômicos de cada país, mas podem ser sistematizadas em dois grandes paradigmas: o **modelo contratual**, que exige a formalização jurídica da relação de grupo, e o **modelo orgânico**, que reconhece a existência do grupo a partir de sua configuração fática, ainda que sem instrumento constitutivo expresso.

Importa destacar, desde já, que esses modelos referem-se estritamente à perspectiva do Direito Societário, e não se confundem com os critérios adotados por outros ramos jurídicos — como o Direito do Trabalho ou o Direito Tributário — que, por vezes, operam com pressupostos distintos. No Brasil, por exemplo, o Direito Societário segue a tradição do modelo contratual, enquanto a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) adota concepção eminentemente orgânica, baseada na subordinação material e na direção comum.

O modelo contratual, conhecido na doutrina alemã como *Konzernrecht*, foi estruturado a partir da Lei das Sociedades por Ações da Alemanha (Aktiengesetz) de 1965, sendo posteriormente adotado, com variações, por outros países como Brasil, Portugal, Croácia, Eslovênia e Taiwan. A característica essencial desse modelo é a positivação da figura do grupo de sociedades mediante convenção formal, celebrada entre as empresas envolvidas, em que se estabelecem os termos da coordenação, a repartição de responsabilidades, e os mecanismos de controle e tutela.

Trata-se, portanto, de um modelo que privilegia a forma jurídica como critério legitimador da atuação da sociedade dominante. A existência de um contrato — ou convenção — é condição necessária

para o reconhecimento do grupo, sendo este então denominado **grupo de direito**.

O Direito brasileiro, influenciado pela experiência alemã, acolheu esse modelo na Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações), especialmente nos arts. 265 e seguintes, os quais disciplinam a formação de grupos mediante convenção formal. Contudo, na prática, verifica-se que pouquíssimas sociedades se organizam como grupos de direito no Brasil, o que limita a aplicação efetiva do regime legal.

Diante disso, predomina no cenário nacional a figura dos **grupos de fato**, isto é, estruturas de controle e dependência que se estabelecem sem convenção formal. Embora desprovidos de convenção formal nos moldes do Capítulo XXI da Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76), são expressamente reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir do exercício de poder de controle ou de influência significativa sobre outras sociedades. Regulados principalmente pelo Capítulo XX da mesma lei, esses grupos constituem-se por meio de relações de dominação que se manifestam na prática societária, ainda que não formalizadas em contrato de formação de grupo de sociedades. O art. 243, §1º, da Lei das S.As. define como controladora a sociedade que, direta ou indiretamente, tenha preponderância nas deliberações sociais ou poder de eleger a maioria dos administradores, o que permite a configuração de um grupo econômico com base na realidade fática do controle societário. Nessas hipóteses, embora a autonomia patrimonial de cada sociedade seja preservada, impõe-se à controladora o dever de agir com lealdade e boa-fé, sendo-lhe vedado impor à controlada sacrifícios não compensados em benefício do grupo, conforme estabelece o art. 245 da mesma lei.

Em contraposição ao modelo contratual, o **modelo orgânico** parte de uma concepção substancialista da relação entre sociedades. Nesse paradigma, o que importa não é a existência de uma convenção formal, mas sim a efetiva subordinação de uma ou mais sociedades a uma direção econômica unitária, independentemente da estrutura jurídica adotada. A identificação do grupo decorre, assim, da realidade material e da constatação de um centro decisório comum.

Essa abordagem encontra inspiração nos projetos europeus de unificação do direito societário, como o Estatuto da Sociedade Anônima Europeia (SAE) e o Projeto de 9ª Diretiva Comunitária sobre grupos de sociedades, que propõem a superação das limitações do modelo con-

tratual mediante o reconhecimento da direção unitária como critério suficiente para a caracterização do grupo. Nesses modelos, o exercício do poder de direção pela sociedade-mãe é juridicamente legítimo, ainda que não formalizado por contrato, desde que acompanhado por mecanismos adequados de tutela dos interesses das sociedades subordinadas e dos seus respectivos *stakeholders*.

A adoção do modelo orgânico é típica de sistemas jurídicos que buscam refletir com maior fidelidade a realidade econômica e empresarial, permitindo ao Direito Societário lidar com as múltiplas formas de organização do capital que escapam às estruturas tradicionais. No Brasil, essa concepção foi acolhida de maneira expressiva em outros ramos do Direito, notadamente no Direito do Trabalho e no Direito Tributário, como demonstra o art. 2º, §2º da CLT e o art. 30, IX da Lei nº 8.212/91, os quais reconhecem a responsabilidade solidária entre empresas sob direção comum, ainda que mantida a autonomia formal de suas personalidades jurídicas.

Enquanto o modelo contratual preserva o formalismo jurídico como condição de validade da atuação do grupo, o modelo orgânico privilegia a substância da relação de dominação ou coordenação entre sociedades. Em ambos os casos, o ordenamento busca compatibilizar os benefícios econômicos da atuação conjunta com a proteção dos interesses juridicamente relevantes de terceiros e do mercado como um todo.

2.2. GRUPOS ECONÔMICOS NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

A legislação brasileira não permaneceu alheia à realidade econômica da organização plurissocietária das empresas. Ao longo das décadas, diversos diplomas normativos passaram a reconhecer e regular os efeitos jurídicos decorrentes da existência de grupos de sociedades. Entretanto, essa regulação foi construída de forma fragmentada e assistemática, com definições distintas e por vezes incompatíveis entre si, o que tem gerado uma pluralidade de conceitos jurídicos de grupo econômico conforme o ramo do direito considerado.

O resultado desse panorama é uma significativa insegurança conceitual: cada subsistema jurídico trata a noção de grupo de forma autônoma, adotando critérios próprios de identificação e consequências

normativas específicas, sem um eixo sistematizador comum[4]. Como bem aponta Viviane Prado[5], "defende-se, portanto, a não-unidade do conceito de grupo de sociedades de forma a ser aplicado a todo o sistema jurídico. Cada ramo do direito deve estabelecer os elementos específicos, levando em consideração os objetivos a serem atingidos".

Essa heterogeneidade é perceptível mesmo dentro do próprio Direito Societário, no qual diferentes enfoques coexistem: ora a ênfase recai sobre a proteção patrimonial, ora sobre os deveres de informação, a contabilidade consolidada, a insolvência, a responsabilidade dos administradores ou os limites da personalidade jurídica. Essa diversidade reflete a dificuldade em construir uma definição jurídica única para o grupo econômico, dada a multiplicidade de funções que o conceito cumpre em cada contexto regulatório.

A primeira menção legislativa relevante no Brasil remonta à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), promulgada em 1943. Seu art. 2º, § 2º, prevê a responsabilidade solidária entre empresas que, embora juridicamente autônomas, estejam sob a direção, controle ou administração comum, constituindo um grupo empresarial. Trata-se de uma norma protetiva, voltada à preservação dos créditos trabalhistas diante da potencial insolvência de uma das sociedades. O critério adotado é claramente **orgânico**, fundado na realidade da direção comum e não na existência de convenção formal entre os integrantes do grupo.

No campo do Direito Societário, a regulação dos grupos foi introduzida com a Lei nº 6.404/76, influenciada pela Aktiengesetz alemã. O legislador adotou o **modelo contratual**, prevendo, no Capítulo XXI, a

---

4 Esta ideia está presente nos escritos de Gunther Teubner: "Exigências mínimas de segurança jurídica poderiam ser satisfeitas através da previsão de um conjunto de elementos típicos e fixos do conceito de grupo, comuns a todos os ramos jurídicos, designadamente em matéria de direcção unitária do grupo. Todavia, uma vez verificada esta condição mínima comum, os critérios de imputação deveriam permanecer flexíveis e determináveis de acordo com o contexto jurídico concreto em causa. Finalmente, poder-se-ia evitar a degradação de uma tal técnica de imputação múltipla numa arbitrária '*Kadijustiz*' caso se salvaguardasse a sua orientação pelas máximas seguintes: manutenção das vantagens organizacionais da descentralização e eficácia regulatória enquanto implementação dos objetivos político-jurídicos das normas. TEUBNER, Gunther. *Unitas miltiplex: a organização do grupo de empresas como exemplo*. Trad. Engrácia Antunes. Revista Direito GV, v. 1 n. 2. p. 077-100, jun-dez, 2005, p. 98.

5 PRADO, Viviane Muller. *Conflito de interesses nos grupos societários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 153.

figura do grupo de direito: uma organização voluntária, formalizada por convenção entre sociedades controladora e controladas (art. 265), com o objetivo de combinar esforços e compartilhar atividades. Ainda que as sociedades mantenham autonomia patrimonial e personalidade jurídica própria (art. 266), a existência da convenção permite que a controladora exerça direção estratégica em nome do interesse do grupo, com respaldo legal.

Em contraposição, o Capítulo XX da mesma lei disciplina os grupos de fato, cuja constituição decorre do exercício do controle ou da influência significativa (art. 243). Nesses casos, não se admite que a controlada sacrifique seu interesse próprio em benefício do grupo, salvo se houver justa compensação. A atuação da sociedade dominante está sujeita à vigilância jurídica quanto à legalidade e à boa-fé, em especial para proteção de minoritários e credores.

Outros ramos do direito também abordaram a questão dos grupos econômicos, com lógicas próprias. Por exemplo **o Direito do Consumidor**, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) prevê a responsabilidade subsidiária entre empresas do mesmo grupo econômico; (ii) **No Direito Concorrencial**, a Lei nº 8.884/94 — e posteriormente a Lei nº 12.529/11 — estabeleceu a responsabilidade solidária entre empresas integrantes de grupos econômicos, de fato ou de direito, quando ao menos uma delas praticar infração à ordem econômica (art. 33). Aqui, pela primeira vez, a legislação brasileira utilizou explicitamente os termos "grupo econômico", "de fato" e "de direito", ancorando-se na classificação oriunda do Direito Societário. (iii) Na legislação anticorrupção, a Lei nº 12.846/13 (Lei da Empresa Limpa) previu a responsabilidade solidária entre controladoras, controladas, coligadas e consorciadas, bem como a extensão de acordos de leniência às empresas que integram o mesmo grupo econômico, de fato ou de direito, novamente sem definição sistemática dos termos.

Esse panorama demonstra a ausência de um conceito unificado e normativamente estável de grupo econômico no ordenamento brasileiro. Cada subsistema jurídico opera com definições *ad hoc*, moldadas segundo a finalidade normativa perseguida — seja a proteção do trabalhador, a repressão à concorrência desleal, a responsabilização por atos ilícitos ou o controle da atividade econômica. Essa fragmentação conceitual compromete a previsibilidade das decisões jurídicas e dificulta a segurança jurídica dos agentes econômicos.

O Direito Tributário brasileiro, diante da prevalência das organizações plurissocietárias na atividade econômica, não poderia deixar de reconhecer os efeitos jurídicos das relações intragrupo. Essa regulação, contudo, se dá de forma dispersa e com critérios variados, refletindo a ausência de sistematização conceitual. De modo geral, as normas tributárias voltam-se a dois objetivos centrais: combater a erosão da base tributária por estruturas artificiais de planejamento fiscal e definir responsabilidades pelo cumprimento das obrigações tributárias.

A Lei nº 4.502/64, ao tratar do IPI, foi pioneira ao disciplinar as chamadas "firmas interdependentes" (art. 42), reconhecendo vínculos societários relevantes para fins de apuração do imposto, como forma de evitar manipulações de preços entre empresas do mesmo grupo. Já o Decreto-Lei nº 1.598/77, ao regulamentar o IRPJ, chegou a prever a tributação conjunta de sociedades em grupos formalizados (nos termos da Lei nº 6.404/76) ou em casos de controle superior a 80%, ainda que essa previsão tenha sido revogada em 1978, demonstrando oscilação legislativa e falta de coerência entre os regimes societário e fiscal.

A atual disciplina da distribuição disfarçada de lucros (arts. 60 e 61 do mesmo decreto-lei) adota a figura da "pessoa ligada" — que inclui sócios, administradores, parentes e empresas do mesmo grupo — como parâmetro para presunções fiscais. Todavia, a norma afasta efeitos gravosos quando o negócio é praticado no interesse da sociedade ou entre empresas formalmente agrupadas por convenção societária, evidenciando a relevância da forma jurídica para a neutralização de presunções.

O legislador tributário também se preocupou com práticas de subcapitalização (arts. 24 a 27 da Lei nº 12.249/10) e com manipulações nos preços de transferência (Lei nº 9.430/96), reconhecendo que a proximidade entre empresas vinculadas pode distorcer a base de cálculo dos tributos. Essas normas expandem o conceito de vinculação para além dos limites do controle societário, abrangendo vínculos contratuais, tecnológicos e comerciais relevantes.

Além disso, soluções de consulta da Receita Federal[6] reconhecem expressamente a legitimidade dos contratos de rateio de custos entre

6 Apenas a título de exemplo, cita-se as SC nº 08/2012 e Solução de Divergência nº 23/2012. Mais recentemente, a Solução de Consulta Nº 72 COSIT, de 10/04/2025 dispôs: REGIME DE TRIBUTAÇÃO. LUCRO REAL. LUCRO PRESUMIDO. OBRIGATORIEDADE. PESSOAS JURÍDICAS COM MESMO QUADRO SOCIETÁRIO E MESMO OBJETO SOCIAL. Os grupos econômicos formados de acordo com os Capítulos XX e XXI da

integrantes de grupo econômico. A Lei nº 13.043/14 também admitiu a transferência de prejuízos fiscais entre empresas do mesmo grupo para fins de parcelamento de débitos tributários.

Por fim, a responsabilidade tributária solidária é tratada com maior clareza no art. 30, IX, da Lei nº 8.212/91 (contribuições previdenciárias), regulamentado pela IN RFB nº 2.110/2022, que no art. 275, §1º, prevê que *"caracteriza-se grupo econômico quando uma ou mais empresas estiverem sob a direção, o controle ou a administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica. (CLT, art. 2º, § 2º)"*. Ainda, o §2º do mesmo artigo esclarece: *"Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes. (CLT, art. 2º, § 3º)."*

2.3. GRUPO ECONÔMICO: CONCEITO

Diante da pluralidade de formas pelas quais o direito positivo brasileiro emprega o termo "grupo econômico", torna-se essencial uma sistematização conceitual que permita compreender a unidade semântica subjacente às suas diversas utilizações. Essa tarefa não é meramente teórica: é condição para a coerência normativa e para a segurança jurídica dos destinatários das normas.

Lei nº 6.404, de 1976, em que há pleno respeito à independência da personalidade jurídica de seus integrantes, mantendo-se a autonomia patrimonial, administrativa e operacional de cada um deles, não caracterizam, necessariamente, situações de abuso da personalidade jurídica ou planejamento tributário abusivo. Caso seja constatado que, em duas pessoas jurídicas com CNPJ formalmente diversos, há o mesmo quadro societário ou pertençam a um mesmo grupo econômico, há o mesmo objeto social e há a mesma administração, a sociedade empresária poderá ser enquadrada como uma só, mas com dois estabelecimentos, caso em que a apuração do IRPJ deverá ser realizada de forma centralizada e seguindo um único regime de tributação, conforme determina a legislação. Caso a pessoa jurídica permaneça com as suas atividades independentes, ainda que pertença ao mesmo grupo econômico e possua o mesmo objeto social, poderá manter-se optante pelo regime de tributação com base no lucro presumido, sempre que atender aos requisitos legais previstos no art. 587 do Decreto nº 9.580, de 2018, e no art. 13 da Lei nº 9.718, de 1998, independentemente do regime optado pela sua proprietária.

A construção do conceito jurídico de grupo econômico é, antes de tudo, um exercício de metalinguagem. Como explica Clarice von Oertzen de Araujo[7], é a partir da linguagem normativa (muitas vezes imprecisa, ambígua ou lacunosa) que a Ciência do Direito sistematiza os sentidos atribuíveis aos signos jurídicos. Assim, definir grupo econômico é identificar seus elementos essenciais em contraste com outras formas de organização empresarial.

Embora não haja definição legal unificada, é possível identificar três categorias principais:

1. **Grupos societários de direito**: constituídos mediante convenção formal, nos termos do Capítulo XXI da Lei das S.As;
2. **Grupos societários de fato**: formados por relações de controle e coligação, sem convenção formal, conforme Capítulo XX da mesma lei;
3. **Grupos orgânicos**: aqueles em que a direção é exercida por meios informais ou indiretos, com base em poder econômico, pessoal ou institucional.

Para efeito sistemático, propõe-se que o termo "grupo econômico" funcione como gênero, englobando as três categorias acima.

O grupo econômico, assim compreendido, é uma organização plural de sujeitos que exercem atividade econômica coordenada, sob direção unitária, em função de um interesse que transcende o de cada integrante isolado. Seus elementos estruturantes são: (i) pluralidade de sujeitos; (ii) direção unitária; e (iii) interesse de grupo.

A pluralidade é autoexplicativa: não há grupo sem múltiplos partícipes. Esses podem incluir sociedades empresárias, pessoas naturais, entidades do terceiro setor e até entes da Administração Pública, desde que atuem no mercado com finalidades empresariais.

A direção unitária é o elemento funcional que confere coerência à atuação do grupo. Pode se manifestar por controle societário, influência significativa, poder econômico, dependência técnica, marca compartilhada, estrutura administrativa comum etc. Fábio Konder Comparato[8] enfatiza que o domínio pode decorrer de situações de fato, cabendo ao julgador identificá-lo a partir de indícios e presunções.

---

7 ARAUJO, Clarice von Oertzen de. Semiótica do direito. São Paulo, Quartier Latin, 2005. pág. 24.

8 COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima.* 5. ed. atual. por Calixto Salomão Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 43.

O interesse de grupo é a razão de ser da direção unitária. Ele justifica a coordenação das atividades individuais em prol de um resultado coletivo. Em grupos de direito, essa atuação conjunta é admitida legalmente, mesmo com eventual prejuízo de um partícipe. Em grupos de fato ou orgânicos, o sacrifício do interesse individual sem compensação pode configurar abuso, ensejando sanções civis, tributárias ou trabalhistas.

Portanto, grupo econômico deve ser entendido como o conjunto de pessoas naturais ou jurídicas que, exercendo atividade empresária, estão submetidas a uma direção unitária em prol de um interesse comum que transcende os interesses individuais dos seus membros. Essa compreensão permite uma abordagem coerente do tema nos diversos ramos do Direito, sem desconsiderar suas especificidades normativas.

3. SÚMULA CARF Nº 210: CONTEÚDO E FUNDAMENTAÇÃO

A Súmula nº 210 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), aprovada pela 2ª Turma da Câmara Superior em 26 de setembro de 2024, consolidou entendimento há muito defendido por parte da jurisprudência administrativa previdenciária. Seu enunciado afirma que:

> *"As empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem solidariamente pelo cumprimento das obrigações previstas na legislação previdenciária, nos termos do art. 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/1991, c/c o art. 124, inciso II, do CTN, sem necessidade de o fisco demonstrar o interesse comum a que alude o art. 124, inciso I, do CTN."*

A importância normativa da súmula reside em três elementos centrais: a adoção literal do art. 30, IX, da Lei nº 8.212/91; o enquadramento do dispositivo no art. 124, II, do CTN; e, sobretudo, a afastabilidade do requisito do interesse comum como condição para a responsabilização solidária das empresas que integram o grupo.

Trata-se de enunciado com forte impacto na prática da fiscalização previdenciária. Na medida em que prescinde da demonstração de vínculo material entre a empresa coobrigada e o fato gerador da obrigação tributária, a súmula simplifica a instrução dos autos de infração, legitima imputações baseadas em presunções estruturais — como a comunhão de sócios, instalações, funcionários ou objetivos econômicos — e amplia, de forma significativa, a extensão subjetiva da obrigação tributária.

Os precedentes que fundamentaram a edição da súmula, notadamente os Acórdãos nº 9202-007.682, 9202-010.131 e 9202-010.178, conformam um padrão decisório que privilegia a evidência da coordenação funcional entre as empresas, independentemente de formalização jurídica ou mesmo de benefício direto. Tais decisões caracterizam o grupo econômico com base em critérios como compartilhamento de estrutura operacional, identidade de dirigentes, centralização de decisões e atuação sinérgica, o que inclui, de modo particular, os chamados grupos orgânicos.

A leitura feita pelo CARF, portanto, reflete uma lógica de simplificação administrativa, na qual o art. 30, IX, assume papel normativo autônomo e suficiente, sem necessidade de integração com os demais dispositivos do CTN — ou, mais precisamente, com o art. 124, I, que exige a existência de interesse comum no fato gerador. O CARF entende que, sendo a solidariedade ali "expressamente prevista em lei", não se exige qualquer outra demonstração, cabendo à fiscalização apenas a prova da vinculação entre as empresas.

Essa orientação, no entanto, encontra severas objeções. Do ponto de vista dogmático, a aplicação direta do art. 30, IX, da Lei nº 8.212/91, sem mediação pelos critérios gerais de responsabilidade tributária estabelecidos no CTN, especialmente o art. 128, cria uma ruptura sistemática: subverte a lógica relacional entre fato gerador e sujeito passivo e reduz a responsabilidade solidária a uma questão de estrutura organizacional, e não de conduta, benefício ou vínculo com o fato gerador.

Por fim, ao tomar o art. 30, IX, como base suficiente para imputação solidária, o CARF ignora as objeções de ordem constitucional levantadas pela doutrina — especialmente quanto à exigência de que normas sobre responsabilidade tributária sejam veiculadas por lei complementar, nos termos do art. 146, III, "b", da CF. Ainda que o CARF esteja impedido de exercer controle de constitucionalidade, sua vinculação à legalidade estrita deveria conduzir a uma interpretação restritiva, e não maximalista, de norma cuja validade é razoavelmente contestável.

A Súmula nº 210, portanto, representa um ponto de inflexão: consolida uma jurisprudência administrativa que, ao buscar eficácia arrecadatória e segurança decisória interna, descola-se das garantias fundamentais do sistema tributário e intensifica o potencial de litigiosidade judicial. Sua aplicação, ainda que legítima no âmbito do CARF, deve

ser analisada com cautela e senso crítico, à luz dos princípios constitucionais e da jurisprudência superior.

Embora vinculante no âmbito administrativo, as imputações de responsabilidade solidária para integrantes de grupos econômicos prevista no art. 30, IX, da Lei nº 8.212/91, albergados Súmula CARF nº 210 podem ser questionadas em âmbito judicial, especialmente por conta da inconstitucionalidade material e formal da norma.

4. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 30, IX, DA LEI Nº 8.212/91

A norma do art. 30, IX, da Lei nº 8.212/91 dispõe que "as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei". Tal previsão tem sido objeto de intenso debate doutrinário e jurisprudencial quanto à sua validade constitucional e compatibilidade com o sistema normativo tributário brasileiro.

Inicialmente, importa destacar que a Constituição Federal de 1988, no art. 146, III, "b", exige que as normas gerais em matéria de responsabilidade tributária sejam veiculadas por lei complementar. Esse comando é reiterado pelo status normativo do Código Tributário Nacional, recepcionado como lei complementar. Portanto, toda inovação legislativa que pretenda dispor sobre responsabilidade tributária, em especial no tocante à solidariedade entre sujeitos distintos, deve necessariamente respeitar a reserva de lei complementar. Como a Lei nº 8.212/91 é lei ordinária, o art. 30, IX, padece de vício formal insanável.

O precedente mais relevante nesse contexto é o julgamento do Recurso Extraordinário nº 562.276/PR, pelo Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral reconhecida. Naquela ocasião, foi declarada a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei nº 8.620/93, dispositivo que previa responsabilidade solidária de sócios de empresas limitadas por dívidas previdenciárias. O conteúdo normativo era muito semelhante ao do art. 30, IX, da Lei nº 8.212/91, na medida em que busca a responsabilização de um terceiro que não tem relação com o fato gerador do tributo em função de algum liame de relação entre este e o contribuinte.

O STF fundamentou sua decisão em dois eixos principais: (i) a violação da reserva de lei complementar para normas gerais de responsabilidade tributária (fundamento formal); e (ii) a ausência de vínculo

concreto do sócio com o fato gerador ou com ilícitos previstos no art. 135 do CTN (fundamento material).

A ratio decidendi do julgamento do RE 562.276/PR impõe limites claros à responsabilização de terceiros no âmbito tributário: deve haver previsão em lei complementar e, mais importante, deve existir nexo entre a conduta do responsável e o fato gerador da obrigação. Aplicando esse paradigma ao art. 30, IX, da Lei nº 8.212/91, é possível afirmar que a mera existência de um grupo econômico, sem demonstração de que a empresa solidariamente cobrada tenha contribuído concreta e diretamente para a ocorrência do fato gerador, não basta para a configuração da solidariedade.

Essa exigência de vínculo material decorre também do art. 128 do CTN, que condiciona a responsabilização de terceiros à hipótese de a lei atribuir-lhes expressamente essa condição, sendo clara a determinação de que a pessoa responsável deve ser "vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação".

A tentativa de se admitir a constitucionalidade do art. 30, IX, da Lei nº 8.212/91 com fundamento no art. 124, II, do CTN não se sustenta. Esse dispositivo apenas permite que a lei preveja hipóteses de solidariedade, mas não autoriza que tal previsão ocorra por lei ordinária em matéria de normas gerais. Além disso, o art. 128 do CTN, que impõe a vinculação do terceiro ao fato gerador, veda a extensão dessa responsabilidade solidária, por lei ordinária, imposta contra quem tem apenas vínculos societários ou mesmo orgânicos com o contribuinte, sem que participem do fato gerador.

A possibilidade de interpretação conforme o CTN do art. 30, IX da Lei nº 8.212/91 deve ser admitida, desde que se condicione sua aplicação aos limites traçados pelo próprio Código. Isso implica reconhecer que a responsabilidade solidária entre empresas de um mesmo grupo somente pode ser validamente atribuída quando houver interesse jurídico comum na situação que constitua o fato gerador, nos termos do art. 124, I, do CTN — e não mero vínculo econômico ou societário — ou, alternativamente, quando restar demonstrado que a empresa apontada como responsável participou direta e concretamente da realização do fato gerador, hipótese em que incidiria o art. 128. Nessa perspectiva, a interpretação conforme não ignora o texto da norma ordinária, mas o reconduz à moldura constitucional e legalmente adequada, evi-

tando a responsabilização objetiva ou automática de terceiros alheios à obrigação tributária e preservando a coerência do sistema.

Reitere-se que o órgão de direção de um grupo econômico ou mesmo a sociedade controladora, mesmo quando tomam decisões estratégicas, não realizam materialmente os fatos geradores. Assim como a assembleia de acionistas não é sujeito passivo de tributos por decidir os rumos da companhia (art. 121 da Lei das S.As), também não o será a empresa controladora apenas por orientar a política de um grupo. A responsabilidade tributária exige mais que direção estratégica: requer a prática ou a corresponsabilidade na prática do fato jurídico tributário.

Encontra-se, em âmbito doutrinário, uma série de autores que defendem a inconstitucionalidade do dispositivo em comento, ou ainda a necessidade de interpretação conforme os limites do CTN.

Dentre aqueles que entendem pela inconstitucionalidade do art. 30, IX, da Lei nº 8.212/91, está Ives Gandra Martins, para quem nenhuma lei ordinária pode autorizar uma responsabilidade que conflite com o Código Tributário, e, como as empresas partícipes de grupos econômicos são autônomas e não realizam o fato gerador em conjunto, não há suporte para a atribuição de responsabilidade de qualquer espécie para os grupos. De forma enfática, assevera:

> Sendo assim, é ilegítimo, ilegal, inconstitucional, arbitrário, aético e imoral o procedimento da Administração Fazendária de alargar as hipóteses de responsabilidade tributária previstas no CTN, adotando o conceito de "grupo econômico", tal qual como delineado na legislação trabalhista (art. 2º, parágrafo 2º da CLT)[9].

É também de se destacar a posição de Maria Rita Ferragut, para quem é inconstitucional por violação a reserva de lei complementar prevista no art. 146, III, "b" da Constituição, já que o dispositivo da lei ordinária não guarda referência com nenhuma das hipóteses de responsabilização do CTN, sendo "absolutamente inovador na ordem jurídica[10]". Da mesma forma, Sacha Calmon Navarro Coelho[11]:

---

9 MARTINS, Ives Gandra. **Grupos econômicos e responsabilidade tributária.** *In:* Revista Dialética de Direito Tributário nº 236. São Paulo: Dialética, 2015, p. 101.

10 FERRAGUT, Maria Rita. **Grupos econômicos e solidariedade tributária.** *In:* Revista Dialética de Direito Tributário nº 229. São Paulo: Dialética, 2014, p. 98.

11 COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O sujeito passivo da obrigação tributária. In:* Revista Dialética de Direito Tributário nº 240. São Paulo: Dialética, 2015, p. 164.

> Entretanto, como sabido, a sujeição passiva solidária grupal não encontra guarida na legislação tributária e fere os dispositivos constantes do Código Tributário Nacional, ao responsabilizar pessoas jurídicas totalmente diversas pelo pagamento do crédito tributário, em desacordo com as regras de responsabilidade solidária. Trata-se de normal geral que somente poderia ser alterada por lei complementar, nos termos do art. 146 da CF/88.

Já a outra corrente pode ser representada pelo pensamento de Renato Lopes Becho, o qual entende que o art. 30, IX, da Lei nº 8.212/91 deve ser interpretado sistematicamente, conforme os contornos do CTN, de modo que a aplicação da lei ordinária seria possível desde que "as empresas envolvidas do mesmo grupo econômico tenham atuado conjuntamente, de alguma forma, para permitir que o fato gerador em concreto tenha sido realizado[12]".

Aprofundando as reflexões sobre os limites do legislador ordinário na imposição de solidariedade com base no art. 124, II, do CTN ao caso dos grupos econômicos, Frederico Menezes Breyner parte da mesma premissa que Becho: o devedor solidário eleito pela lei deve ter participação concreta na situação que constitua o fato gerador do tributo, para então explicitar que, na dinâmica empresarial dos grupos econômicos, cada uma das sociedades possui autonomia para, em nome próprio, praticar os atos ordinários de gestão da empresa.

Segue o autor explicando que, conforme autorização do art. 273 da Lei de Sociedades Anônimas, nos grupos de direito a administração de cada uma das sociedades têm o dever de observar a orientação geral estabelecida e as instruções expedidas pelos administradores dos grupos. Os órgãos grupais não descem ao nível da administração ordinária das sociedades, mas, a depender da forma de organização do grupo e das instruções emanadas, as sociedades do grupo "não têm meios para impedir a sua própria oneração por fatos geradores realizados por outras integrantes", existindo "hipóteses em que caberá à direção unitária decidir pela própria realização das operações e negócios das demais sociedades, bem como administrar os encargos deles decorrentes[13]". E arremata:

---

12 BECHO, Renato Lopes. **A responsabilização tributária de Grupo Econômico**. *In:* Revista Dialética de Direito Tributário nº 221. São Paulo: Dialética, 2014, p. 136.

13 BREYNER, Frederico Menezes. **Responsabilidade tributária das sociedades integrantes de Grupo Econômico.** *In:* Revista Dialética de Direito Tributário nº 187. São Paulo: Dialética, 2011, p. 74.

> Logo, o art. 30, IX, da Lei 8.212/91 apenas pode ser utilizado para impor a responsabilidade tributária solidária à sociedade controladora ou ao órgão de direção do grupo, com fundamento no art. 124, II, e 128 do CTN, quando constatado, mediante provas concretas a cargo do Fisco, que elas atuaram concretamente junto à sociedade contribuinte de forma a determinar a realização do fato gerador e decidir pelo (des)cumprimento das obrigações tributárias.
>
> Preconiza-se assim a interpretação do art. 30, IX, da Lei 8.212/91 em conformidade com as normas constitucionais de imposição do encargo tributário e com o CTN (art. 124, II, c/c o art. 128), para admitir que esse novo dispositivo legal imputa responsabilidade solidária apenas às sociedades de um mesmo grupo que concretamente participaram da ocorrência do fato gerador e do cumprimento das respectivas obrigações tributárias, por meio de determinações concretas junto à sociedade contribuinte tomadas na qualidade de centro decisório, não bastando, para tanto, a atuação meramente diretiva e indicativa dos objetos do grupo sem interferência direta na administração das sociedades integrantes.[14]

Assim, o debate doutrinário nos mostra que a doutrina majoritária entende pela inconstitucionalidade do dispositivo da Lei nº 8.212/91, havendo posições que buscam interpretação conforme, que, ainda assim, são incompatíveis com a interpretação dada pela Súmula CARF n. 210.

A conclusão, portanto, é inequívoca: o art. 30, IX, da Lei nº 8.212/91 é inconstitucional por ofensa à reserva de lei complementar e por desrespeito ao princípio da legalidade estrita em matéria tributária. Sua aplicação compromete a segurança jurídica, confunde sujeitos passivos e amplia indevidamente o alcance das normas de responsabilidade. Sua revogação ou declaração de inconstitucionalidade pelo STF é medida necessária para a restauração da coerência do sistema tributário nacional e para a preservação da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas.

5. CONCLUSÃO

A análise crítica da responsabilidade tributária de integrantes de grupos econômicos, à luz da Súmula CARF nº 210 e do art. 30, IX, da Lei nº 8.212/91, evidencia uma grave dissonância entre a prática administrativa e os fundamentos constitucionais e legais do sistema tributário brasileiro. Embora seja legítima a preocupação do Fisco com a evasão e a elisão fiscal praticadas mediante estruturas societárias complexas,

14 Op cit., p. 78.

não se pode admitir a imputação objetiva de responsabilidade tributária com base em vínculos presumidos ou estruturas organizacionais genéricas.

O regime constitucional tributário exige, para a imposição de responsabilidade solidária, não apenas previsão legal válida, mas também a demonstração de vínculo jurídico concreto entre o terceiro e o fato gerador. A norma do art. 30, IX, por ser veiculada por lei ordinária, ofende a reserva de lei complementar prevista no art. 146, III, "b", da Constituição Federal. Além disso, seu conteúdo normativo — ao permitir responsabilização solidária ampla e automática — contraria os princípios da legalidade, da tipicidade e da segurança jurídica, bem como os arts. 124 e 128 do Código Tributário Nacional.

O julgamento do RE nº 562.276/PR pelo Supremo Tribunal Federal reafirmou que a responsabilidade de terceiros em matéria tributária não pode se fundar em meras presunções estruturais, sendo imprescindível o nexo entre a conduta do responsável e a obrigação tributária. À luz desse precedente e da melhor doutrina, conclui-se que a Súmula CARF nº 210, ao legitimar a aplicação irrestrita do art. 30, IX, desrespeita os limites constitucionais da atividade arrecadatória do Estado e precisa ser revista.

Impõe-se, portanto, o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 30, IX, da Lei nº 8.212/91, seja por vício formal — por afrontar a exigência de lei complementar —, seja por vício material — por permitir responsabilização desprovida de vínculo com o fato gerador. Mesmo que se admita interpretação conforme à Constituição e ao CTN, que condicione a imputação de responsabilidade à demonstração de interesse jurídico comum ou à efetiva participação da empresa na realização do fato gerador, o conteúdo da Súmula CARF nº 210 precisa ser revisto. Qualquer leitura que autorize a solidariedade automática compromete a coerência do ordenamento e deve ser rejeitada em favor de um sistema tributário racional, justo e juridicamente seguro.

O ÁGIO FORMADO NOS INVESTIMENTOS DE PESSOAS JURÍDICAS BRASILEIRAS EM INVESTIDAS ESTRANGEIRAS

LUCAS ISSA HALAH

Conselheiro Vice-Presidente de Turma da Primeira Seção do CARF. Doutorando em Direito Tributário pela FD/USP, Mestre em Direito pela FDRP/USP e Especialista em Direito Tributário Internacional pelo IBDT.

HENRIQUE NIMER CHAMAS

Conselheiro Vice-Presidente de Turma da Primeira Seção do CARF. Doutorando e Mestre em Direito pela FDRP/USP. Especialista em Direito Tributário pelo IBET.

GUILHERME ADOLFO DOS SANTOS MENDES

Conselheiro Titular da Primeira Seção do CARF. Presidente de Câmara e membro titular da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF). Mestre e Doutor em Direito pela FD/USP. Professor Doutor de Direito Tributário da FDRP/USP.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Normas gerais relacionadas à amortização fiscal do ágio; 2. O ágio no investimento em pessoa jurídica estrangeira; 2.1. A correlação entre a amortização fiscal do ágio e a tributação dos ganhos de capital; 2.2. Empresa-veículo criada em razão de imposições regulatórias alienígenas.; 2.3. Os resultados decorrem de atividades desempenhadas no exterior.; 2.4. A exegese do art. 23, parágrafo único do Decreto-lei nº 1.598/77.; Conclusão; Bibliografia

INTRODUÇÃO

O ágio por expectativa de rentabilidade futura, denominado pela lei de *goodwill* a partir de 2014[1], e sua posterior amortização dedutível na apuração das bases de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro constituem questão econômica relevante para a tomada de decisão de adquirir participações societárias. A possibilidade de dedução desses valores em razão de operações de fusão, incorporação e cisão, independentemente da alienação do investimento, é naturalmente fator considerado também na precificação do negócio, e o ambiente de maior segurança jurídica propiciado pelo regramento veiculado na lei nº 9.532/97 foi importante catalizador no Programa Nacional de Desestatização[2].

A Lei nº 9.532/1997 estabeleceu que o ágio, a partir dos eventos de reorganização societária em que se fundem os patrimônios da investidora e da investida, pode ser deduzido com efeitos fiscais, mas por meio da amortização com prazo mínimo de 60 meses.

A natureza dessa prescrição é objeto de divergências doutrinárias, sendo considerada, por alguns (e.g. AMARO, 2015, p. 714), um benefício fiscal. A visão de tratar-se de benefício fiscal faz com que parte da Doutrina e jurisprudência adotem interpretações mais restritivas ao seu aproveitamento, a exemplo dos Acórdãos nº 1401-003.185 e 1302-004.007 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

Outros, porém, reputam tratar se de uma regra limitadora de direito anteriormente mais amplo, razão pela qual usualmente adotam posições hermenêuticas menos estritas. Seguindo esta vertente, podemos mencionar SCHOUERI, 2012, p.80; ÁVILA, 2014, p. 151; PINTO & CARNEIRO, 2022, p. 16; DIAS & LAVEZ, 2016; e BIANCO, 2019, pg. 204.

Essa divergência possui origem no regime jurídico anterior, sob a égide do Decreto-lei nº 1.598/1977, na sua redação original. Para aqueles que consideram indedutível, o ágio, sob o regime anterior do Decreto-lei nº 1.598/1997, a Lei nº 9.532/1997 estabeleceu um benefício fiscal. Para os demais que consideravam válida a dedutibilidade

---

1 Decreto-lei nº 1.598/77, art. 20, III (incluído pela Lei nº 12.973/2014): "III - ágio por rentabilidade futura (**goodwill**), que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores de que tratam os incisos I e II do **caput**."

2 O Programa Nacional de Desestatização foi instituído pela Lei nº 8.031/1990, revogada pela Lei nº 9.491/1997.

integral e imediata por ocasião do encontro dos patrimônios da investidora e da investida, o então novo regime teria criado uma limitação temporal para a dedução.

A Lei nº 12.973/2014 trouxe novos contornos para a matéria, mas sem alterar profundamente o regime jurídico anterior. Esse diploma normativo basicamente estabeleceu requisitos mais rigorosos para a demonstração do valor do ágio por rentabilidade futura e afastou, de forma expressa, a dedutibilidade da amortização do ágio gerado por meio de operações realizadas entre partes relacionadas, o chamado "ágio interno".

Devido aos valores elevados dessas operações e às divergências interpretativas entre o fisco e os contribuintes, inúmeras autuações foram realizadas, contestadas e julgadas pelo CARF, ao longo de mais de duas décadas. É, portanto, tema recorrente nas decisões do Tribunal Administrativo.

Ademais, as decisões do CARF pela manutenção da autuação produziram o efeito natural de levar os contribuintes a evitar praticar condutas majoritariamente repelidas pelo Tribunal. Se a empresa-veículo não é aceita em razão do seu caráter efêmero e ausência de substrato econômico, esse modelo deixava de ser adotado para, em seu lugar, serem usadas empresas com atividades operacionais e de vida longa com o fito de promover a confusão patrimonial e, consequentemente, o aproveitamento do ágio.

Com o tempo, as operações se sofisticaram, assim como as acusações fiscais e, conseguintemente, as decisões do CARF. Só na questão atinente à intitulada "empresa-veículo", discute-se: (i) se possui caráter efêmero (criada e extinta num curto intervalo de tempo); (ii) se possui substância econômica; (iii) se foi constituída antes ou depois da aquisição na investida; (iv) se foi criada pelo adquirente ou pelo alienante e, neste caso, se essa criação pelo alienante foi motivada pela própria operação de alienação; (v) se há razões não tributárias para o emprego da empresa dita veículo e, no caso de haver tais razões, se são decorrentes de mera conveniência societária ou são impostas por regras regulatórias.

O tempo serviu para tornar o tema da amortização do ágio bastante sofisticado na jurisprudência do CARF, mas não para pacificar as lides. Quase sempre, os julgados terminam com votação empatada ou maioria estreita de votos.

O presente artigo não tem por objetivo oferecer uma solução para esse conflito. Nosso objetivo é identificar se a questão do aproveitamento do ágio por rentabilidade futura pode possuir contornos ainda mais imbricados em um tipo particular de operações, que envolvem empresas domiciliadas no exterior.

As aquisições internacionais podem ser divididas em duas categorias, conforme o vetor do investimento: (i) do exterior para o Brasil e (ii) do Brasil para o exterior. A primeira diz respeito aos casos de pessoas jurídicas estrangeiras que adquirem participações societárias em pessoas jurídicas brasileiras, movimento intensificado a partir da década de 1990 com o Programa Nacional de Desestatização. A segunda é o inverso. O investidor é nacional e a investida (empresa-alvo) é estrangeira.

Os casos da segunda categoria são bem mais recentes na jurisprudência pátria, porque as operações com este vetor se intensificaram com a estabilização e fortalecimento da economia interna, fenômeno que impulsionou a expansão das empresas nacionais para o exterior, em um processo no qual o Brasil deixa de ser meramente importador de capital estrangeiro e passa a exportá-lo.

Essa segunda categoria é o nosso foco de análise e pode ser dividida em duas subcategorias. Na primeira, a relação entre a sociedade investidora e a sociedade alvo do investimento se estabelece de maneira indireta mediante o uso de uma sociedade intermediária, que pode estar situada no Brasil, ou no exterior. A primeira é investidora indireta na empresa-alvo e a segunda é investidora direta. O encontro patrimonial então é promovido entre a empresa nacional investidora indireta e a sociedade intermediária investidora direta, permanecendo incólume a empresa-alvo estrangeira ao final da operação. Já, na segunda subcategoria, a sociedade brasileira investidora adquire diretamente a sociedade estrangeira investida e subsequentemente a incorpora, tornando a investida uma filial ou sucursal da investidora brasileira.

São escassos os casos da primeira subcategoria em que se opta pelo uso de uma sociedade intermediária no exterior, e mais escassos ainda são os casos da segunda subcategoria, e não há de se estranhar. Além de algumas jurisdições dificultarem a incorporação de suas empresas por pessoas jurídicas estrangeiras (CONYBEARE; KIM, 2010), a incorporação internacional envolve complexidades burocráticas e opera-

cionais adicionais que renegam esta estrutura de investimento quase ao ostracismo.

Talvez por conta da raridade dessas estruturas de investimento no exterior, e de ter sido a legislação pensada em um momento no qual o Brasil era primordialmente um país importador de capitais, a legislação não trata dela com profundidade nem especificidade, dando azo a lacunas que demandam do intérprete esforço adicional.

O presente trabalho irá analisar ambas as subcategorias. Afinal, possuem traços em comum (investidor nacional e investida estrangeira) e a dificuldade ou inviabilidade do aproveitamento do ágio por meio de uma subcategoria pode levar à implementação da outra.

1. NORMAS GERAIS RELACIONADAS À AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO

O artigo 7º da Lei nº 9.532/1997 introduziu, no sistema jurídico, regras pelas quais apenas o ágio fundado economicamente na expectativa de rentabilidade futura do investimento seria dedutível a partir da confusão patrimonial entre a pessoa jurídica investidora e a pessoa jurídica investida. Pela primeira vez no ordenamento, o tratamento fiscal do ágio seria distinto conforme seu fundamento econômico.

No plano regulamentar, os artigos 385 e 386 do Decreto nº 3.000/99 (o Regulamento do Imposto de Renda de 1999 — RIR/1999), consolidavam as disposições legais sobre a dedução do ágio. Já a disciplina atual, alterada pela Lei nº 12.973/2014, encontra-se consolidada nos artigos 421 e 433 do Decreto nº 9.580/2018, o RIR/2018.

O regramento anterior, consolidado no artigo 385 do RIR/1999[3], voltava-se à determinação do desdobramento do custo de aquisição de participações societárias. Determinava-se ao contribuinte que ava-

3 Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

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

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

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).

liasse investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor do patrimônio líquido, desdobrar o custo de aquisição em: *(i)* valor do patrimônio líquido na época da aquisição; e *(ii)* do ágio ou deságio na aquisição, correspondente ao resultado da diferença entre o custo de aquisição do investimento e o patrimônio líquido. Ainda, afeto à possibilidade de se deduzir as despesas de amortização do ágio, era necessário atribuir o fundamento econômico do ágio ou deságio, podendo ser justificado o sobrepreço em virtude do valor de mercado de bens do ativo da investida, do valor da expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida ou do fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Por seu turno, o artigo 421 do RIR/2018[4] estabelece o dever do contribuinte de desdobrar o custo de aquisição do investimento em: (i) valor do patrimônio líquido na época da aquisição; (ii) mais ou menos-valia correspondentes à diferença entre o valor justo dos ativos da investida; e (iii) ágio por rentabilidade futura (*goodwill*).

Em comparação com a disciplina anterior, a diferença mais significativa está na expressa previsão do caráter residual do ágio por rentabilidade futura, pois, a partir das alterações promovidas pela Lei nº

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):

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

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

III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º).

4 Art. 421. O contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-lei nº 1.598, de 1977, art. 20, caput, incisos I ao III):

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, observado o disposto no art. 423;

II - mais ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I do caput; e

III - ágio por rentabilidade futura (goodwill), que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores de que tratam os incisos I e II do caput .

12.973/2014 no Decreto-lei nº 1.598/77, deve corresponder à diferença entre o custo do investimento e o somatório do valor do patrimônio líquido com a mais ou menos-valia decorrente do valor justo dos ativos da investida, nos termos do inciso III, art. 421, do RIR/2018. Esse caráter residual é ainda reforçado pelo disposto no §3º do mesmo artigo, uma vez que o reconhecimento e a mensuração do investimento devem ser realizados, em primeiro lugar, pelos "ativos identificáveis adquiridos e dos passivos assumidos a valor justo" e, só posteriormente, pela rentabilidade futura (*goodwill*).

Em relação aos eventos que desencadeiam a possibilidade de amortização, o tratamento atual também não é significativamente distinto do anterior.

O artigo 386 do RIR/1999[5] tratava especificamente das situações de absorção patrimonial em virtude de incorporação, fusão ou cisão com ágio ou deságio e disciplinava a dedutibilidade do ágio. A legislação tributária autorizava a dedução do lucro real de despesas de amortização do ágio, cujo fundamento fosse a expectativa de rentabilidade futura, nos termos do inciso II do §2º do artigo 385 do RIR/1999, à razão de um sessenta avos para cada mês do período de apuração.

Na disciplina atual, constante do artigo 433 do RIR/2018[6] continua a ser necessária a confusão patrimonial entre a investidora e a investida e o prazo mínimo de amortização é igualmente de, no mínimo, 60 (sessenta) meses.

---

5 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 nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10): (…)

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;

6 Art. 433. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra em decorrência de incorporação, fusão ou cisão, na qual detinha participação societária adquirida com ágio por rentabilidade futura (goodwill) decorrente da aquisição de participação societária entre partes não dependentes, apurado de acordo com o disposto no inciso III do caput do art. 421 , poderá excluir, para fins de apuração do lucro real dos períodos de apuração subsequentes, o saldo do referido ágio existente na contabilidade na data da aquisição da participação societária à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração (Lei nº 12.973, de 2014, art. 22, caput).

A única distinção significativa entre os dois dispositivos é a expressa previsão, no modelo atual, de dedutibilidade apenas para a amortização do ágio gerado entre partes não relacionadas, ou seja, explicitamente a lei afastou a possibilidade de dedução do chamado ágio interno.

Desse modo, na disciplina atual, a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra pessoa jurídica não dependente na qual detinha participação societária adquirida com ágio por rentabilidade futura por meio de incorporação, fusão ou cisão, poderá excluir o referido ágio da apuração do lucro real dos períodos subsequentes à razão de um sessenta avos, para cada mês do período de apuração.

Verificamos, assim, que as alterações legais promovidas pela Lei nº 12.973/2014 em nada inovaram o panorama normativo anterior com qualquer especificidade voltada a endereçar as questões exclusivas relacionadas aos casos sob análise, de investidora nacional e investida estrangeira.

Dessa forma, nossa análise acerca de aspectos peculiares desse tipo de operação, que possam impedir ou dificultar o aproveitamento do ágio, aplica-se a ambos os contextos normativos, isto é, tanto sob a vigência da Lei nº 9.532/97, quanto a partir das alterações no tratamento fiscal do ágio promovidas pela Lei nº 12.973/2014.

2. O ÁGIO NO INVESTIMENTO EM PESSOA JURÍDICA ESTRANGEIRA

A despeito da escassez de precedentes que enfrentem frontalmente o tema, vislumbramos 4 (quatro) principais pontos de atenção que poderiam levar à arguição de inviabilidade do aproveitamento fiscal do ágio gerado em operações com vetor de investimento destinado ao exterior.

O primeiro deles parte da potencial vinculação da dedução fiscal do ágio à tributação dos ganhos de capital auferidos pelo alienante. O segundo diz respeito ao uso de pessoas jurídicas intermediárias nos investimentos indiretos. O terceiro decorre do fato de os resultados futuros por cuja rentabilidade se pagou serem verificados no exterior. Por fim, o quarto decorre da visão de que o parágrafo único do art. 23 do Decreto-lei nº 1.598/76 vedaria tal aproveitamento. Passemos a analisar cada um deles.

2.1. A CORRELAÇÃO ENTRE A AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO E A TRIBUTAÇÃO DOS GANHOS DE CAPITAL

O primeiro potencial fator de distinção entre as operações que resultem em investimentos no exterior está atrelado à inadmissão da amortização fiscal do ágio nas situações em que não se comprova a tributação dos ganhos de capital auferidos pelo alienante.

O questionamento não é cerebrino. A par de viabilizar o encontro entre as contas da investida e da investidora de maneira mais célere e menos burocrática, o uso de pessoas jurídicas intermediárias pode decorrer de tentativas do vendedor de evitar a tributação dos ganhos de capital em território brasileiro, ou em qualquer território, por exemplo, alocando pessoa jurídica intermediária em país que tenha celebrado com o Brasil tratado para evitar a dupla tributação.

Enfrentando a potencial relação de causalidade entre ágio e ganho de capital, o Acórdão nº 1301-003.469 manifestou o entendimento de que eventual falta de apuração e tributação dos ganhos de capital não implicaria a glosa das despesas com ágio. Vejamos a ementa:

> AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA COM ÁGIO. FALTA DE PAGAMENTO DE IMPOSTO SOBRE O GANHO DE CAPITAL.
> O fato de a parte vendedora ter obtido, artificialmente, o efeito de impedir a ocorrência do fato gerador relativo ao ganho de capital deveria ensejar a exigência do respectivo tributo da parte vendedora, e não justificar a recusa no reconhecimento dos efeitos do correspondente ágio, efetivamente suportado pela parte compradora. Por essa razão, há que se afastar a ausência de pagamento do Imposto sobre o ganho de capital como motivo para considerar ilegítimo o ágio correspondente.

Adotando-se a premissa do Acórdão supra, a ausência da apuração ou tributação dos ganhos de capital pelo alienante não deveria prevalecer.

Por outro lado, o Acórdão nº 1401-000.850 enfrenta outra correlação entre o ágio e os ganhos de capital, identificando situação que, a um só tempo, legitima a glosa do ágio e afasta a tributação dos supostos ganhos de capital. Vejamos:

> "COERÊNCIA INTERNA DO AUTO DE INFRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DE DUAS INFRAÇÕES FISCAIS ANTAGÔNICAS ENTRE SI
> O Auto de Infração deve manter uma coerência interna. Se a Autoridade Fiscal defende a inexistência efetiva dos atos de reorganização societária e conclui pela impossibilidade de gerar efeitos fiscais, esse mesmo argumen-

> to deveria balizar a impossibilidade de ser apurado ganho de capital nas operações tidas como inexistentes.
> Não se pode manter duas acusações fiscais (amortização do ágio e ganho de capital) baseadas em fundamentos antagônicos, sendo que a confirmação de uma acusação fiscal (inexistência das operações de geração de ágio) implica necessariamente na impossibilidade de a outra prosperar (apuração de ganho de capital sobre o ágio na venda). Os fatos narrados no Auto de Infração são incompatíveis entre si."

O Acórdão analisou a incompatibilidade da desconsideração das reorganizações societárias no bojo das quais foi gerado o ágio, por artificialidade, e a tributação do alienante pelos ganhos de capital auferidos. Na ocasião, chegou-se à conclusão de incompatibilidade da tributação de ganhos de capital auferidos em operação cujo ágio foi glosado em razão da inexistência dos efeitos das operações societárias para a sua geração.

O entendimento não abarca todas as razões de glosa de despesas com ágio, mas estabelece a premissa de que, em determinadas situações, há correlação entre a glosa das despesas com a amortização do ágio e a impossibilidade de tributação dos correspondentes ganhos de capital em razão de uma causa comum (inexistência efetiva dos atos de reorganização societária).

Todavia, não se pode deduzir desse julgado, nem de similares, a conclusão de que o direito à amortização do ágio depende da tributação do ganho de capital correspondente, uma vez que não se fixou qualquer relação de causalidade entre as duas situações. Por outros termos, o Acórdão não considerou que a glosa da amortização do ágio é causa da não tributação do ganho de capital e, muito menos, que a amortização do ágio depende da tributação do ganho. O julgado identificou apenas uma correlação não causal entre duas situações (amortização do ágio e ganho de capital), que ocupam o lugar lógico de consequências de uma causa comum entre si.

2.2. EMPRESA-VEÍCULO CRIADA EM RAZÃO DE IMPOSIÇÕES REGULATÓRIAS ALIENÍGENAS.

Antecipamos na introdução deste trabalho a ampla gama de posições sobre a validade do ágio quando sua constituição ou amortização é viabilizada mediante a constituição de pessoas jurídicas intermediárias, alcunhadas de "empresas-veículo".

Neste particular, localizamos na jurisprudência do CARF o entendimento de que o uso de pessoas jurídicas intermediárias para superar obstáculos regulatórios ou burocráticos justificaria o uso das chamadas empresas-veículo, pois demonstrariam a existência de propósito extrafiscal para a estrutura adotada. Neste sentido, encontramos o Acórdão nº 1301.004-390 de 2020, de relatoria do Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto:

> (...)
> AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA NA AQUISIÇÃO DO INVESTIMENTO EM RAZÃO DE QUESTÕES REGULATÓRIAS. PROPÓSITO NEGOCIAL EXTRAFISCAL. POSSIBILIDADE.
> Comprovada que a utilização de empresa para aquisição do investimento se deu por razões regulatórias e que, portanto, denotou à operação propósito negocial extrafiscal, e cumpridas as demais premissas para amortização do ágio, restabelece-se a dedução das respectivas despesas.
> CUSTO DE AQUISIÇÃO. PARCELA COMPOSTA POR DÍVIDA.
> A composição do custo do investimento deve ser aferida à data da aquisição, sendo que e, se o sacrifício patrimonial não se deu totalmente à vista, mas sim com a assunção de dívida em uma operação realizada entre partes independentes, não há porque não considerar tal parcela como compondo o custo de aquisição, inclusive sua parcela desdobrada em ágio.

Entendimento similar foi manifestado no Acórdão 9101-006.486, de 2023, na Declaração de Voto do Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado.

Não se descarta, de outra banda, entendimento pelo qual o objetivo de superar obstáculos regulatórios seria na realidade elemento apto a invalidar o ágio, quando a geração ou amortização do ágio não seria possível na operação diretamente realizada.

Ambas as vertentes não trazem elementos exclusivos ao ágio nas operações em que a investida está situada no exterior, mas para ambas a potencial utilização de pessoas jurídicas intermediárias parece, a princípio, ser relevante.

Para a primeira vertente, eventual vedação a que a sociedade estrangeira seja incorporada por uma sociedade brasileira poderia consistir motivação extrafiscal apta a chancelar o ágio mesmo no caso de utilização de uma pessoa jurídica intermediária. Para a segunda, tal vedação seria indício de ilicitude da amortização do ágio.

Para ambas as vertentes, mostra-se relevante a adoção de estruturas societárias que se valham de pessoas jurídicas intermediárias em virtude da necessidade de superar obstáculos advindos do elemento

internacional afeito à empresa-alvo, entretanto, cada uma extrai da estrutura societária conclusões opostas, cujo color pode ainda variar a depender do obstáculo que se pretendeu superar com o uso da pessoa jurídica intermediária.

Segundo nossas pesquisas, a particular circunstância dos obstáculos advindos da localização da empresa-alvo no exterior, como restrições regulatórias no país estrangeiro, não foi enfrentada ainda, pelo CARF, como aspecto distintivo dos demais tipos de operação. Todavia, a inexistência de decisões com essa característica pode decorrer da própria escassez de operações em que o investidor é nacional e o investimento é estrangeiro e não do fato de esse aspecto particular ser considerado irrelevante.

À medida que o Brasil deixa de ser exclusivamente um país importador de capital e se torna um ator relevante, no palco mundial da aquisição de negócios transfronteiriços, não descartamos a possibilidade de esse traço peculiar aflorar de acusações fiscais e, conseguintemente, vir a ser enfrentado pelos órgãos de julgamento administrativo. Afinal, quando limitações normativas norteiam a posição dos julgadores, não podemos menosprezar as dificuldades inerentes à interpretação do direito alienígena, bem como a prova do seu teor e da sua vigência, nos termos do §3º, art. 16, do Decreto nº 70.235/1972.

2.3. OS RESULTADOS DECORREM DE ATIVIDADES DESEMPENHADAS NO EXTERIOR.

Uma peculiaridade que poderia vir à tona decorre do fato de a rentabilidade futura cuja projeção deu ensejo ao ágio decorrer de sociedade estrangeira, direta ou indiretamente.

Firme na premissa de que a permissão da amortização fiscal do ágio à razão de 1/60 avos ao mês a partir da incorporação decorre da intenção subjacente de permitir o confronto da rentabilidade futura com as despesas incorridas pelo adquirente para comprar essa rentabilidade (princípio do emparelhamento de receitas e despesas e com os períodos contábeis), poder-se-ia aventar que a legislação brasileira não teria albergado o fenômeno da confusão patrimonial envolvendo sociedade alienígena, pois tal rentabilidade futura pertenceria ao exterior.

O questionamento encontraria substrato normativo sob a égide do princípio da territorialidade vigente no Brasil até o advento da Lei nº

9.249/1995. Até então, o Decreto-lei nº 4.506/64 preconizava a segregação entre atividades exercidas no exterior e aquelas em território pátrio, de maneira que nem mesmo os resultados auferidos no exterior por sociedade brasileira estariam aqui sujeitos à tributação.[7]

Sob esse paradigma, poderia ser questionado o aproveitamento fiscal da amortização do ágio mesmo no caso da participação direta com posterior incorporação e extinção da empresa estrangeira pela nacional. No entanto, a partir da Lei nº 9.249/1995, artigos 25 a 27, foi estabelecida a tributação em bases universais em nosso País, a qual esvaziou o sentido desse tipo de questionamento, dado que, com a incorporação da sociedade estrangeira, os lucros em questão passaram a ser tributáveis no Brasil como lucros da sociedade brasileira, embora auferidos no exterior.

2.4. A EXEGESE DO ART. 23, PARÁGRAFO ÚNICO DO DECRETO-LEI Nº 1.598/77.

A possibilidade de amortização fiscal do ágio decorrente da aquisição (direta ou indireta) de pessoas jurídicas estrangeiras também pode sofrer questionamentos decorrentes da exegese do art. 23, parágrafo único do Decreto-lei nº 1.598/77.

A interpretação do dispositivo desafia a evolução do tratamento tributário dos lucros auferidos no exterior, partindo do contexto no qual o Brasil fiava-se ao princípio da territorialidade, passando pela tributação em bases universais sob os regramentos da Lei nº 9.249/95, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 e chegando, ao final, ao cenário em que vigora a Lei nº 12.973/2014. Passemos a analisá-lo dentro de cada contexto normativo referido e considerando a alteração redacional promovida pela lei nº 12.973/14.

A redação original do art. 23 (anterior às alterações promovidas pelo Decreto-lei nº 1.648/78) deve ser inicialmente compreendida no contexto em que o Brasil encampava o princípio da territorialidade e, por isso, não tributava os rendimentos auferidos pelas pessoas jurídicas brasileiras no exterior, quanto menos os rendimentos decorrentes de controladas e coligadas situadas no exterior, conforme já exposto no tópico antecedente.

---

7 "Art. 63. No caso de emprêsas cujos resultados provenham de atividades exercidas parte no País e parte no exterior, somente integrarão o lucro operacional os resultados produzidos no País"

Considerando que, sob a égide do art. 63 do Decreto-lei nº 4.506/64, os lucros auferidos pela sociedade brasileira no exterior não estavam sujeitos à tributação em solo pátrio, o artigo 23 em sua redação original teve o papel de (i) reforçar a impossibilidade de dupla tributação dos resultados das controladas e coligadas situadas também no Brasil, e (ii) confirmar a prevalência do princípio da territorialidade, a despeito da obrigatoriedade de avaliação dos investimentos em outras sociedades, nacionais ou estrangeiras, pelo método de equivalência patrimonial (MEP) introduzido pelo art. 248 da Lei nº 6.404/76.

Havia, na época, a opção conferida ao contribuinte de adicionar ao lucro real as contrapartidas da avaliação do investimento pelo método de equivalência patrimonial.

Nesse momento legislativo, os lucros auferidos pela sociedade brasileira no exterior, bem como aqueles auferidos por suas controladas e coligadas no exterior, estariam ambos sujeitos tão somente aos eventuais tributos alienígenas a despeito de tais lucros, quando auferidos por coligadas e controladas, serem refletidos no Brasil em virtude da avaliação dos investimentos pelo método de equivalência patrimonial.

A reformulação redacional promovida pelo Decreto-lei nº 1.648/78, que introduziu no art. 23 seu parágrafo único, manteve a opção pela neutralidade fiscal.

Em 1995 verifica-se uma mudança de paradigma, pois o Brasil implementa com os artigos 25 a 27 da Lei nº 9.249/95 a tributação em bases universais, determinando que tais lucros fossem computados em 31 de dezembro de cada ano. Contudo, o regramento não previa expressamente uma regra que impedisse o represamento de lucros no exterior caso decorressem diretamente de coligadas ou controladas estrangeiras, situação na qual a tributação em solo pátrio dependeria da efetiva disponibilização de tais lucros à sociedade brasileira[8].

8 Vide a redação esclarecedora do art. 1º da Lei nº 9.532/97. "Art. 1º Os lucros auferidos no exterior, por intermédio de filiais, sucursais, controladas ou coligadas serão adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil. (Vide Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001) § 1º Para efeito do disposto neste artigo, os lucros serão considerados disponibilizados para a empresa no Brasil: a) no caso de filial ou sucursal, na data do balanço no qual tiverem sido apurados; ~~b) no caso de controlada ou coligada, na data do pagamento ou do crédito em conta representativa de obrigação da empresa no exterior.~~ (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

De toda forma, a Lei nº 9.249/95 garantia a neutralidade fiscal do método de equivalência patrimonial (§6º do art. 25), dispensando alterações no art. 23 e parágrafo único do Decreto-lei nº 1.598/77.

Mantinha-se assegurado que, se a empresa nacional "A" controladora ou coligada da sociedade estrangeira "B" avalia o respectivo investimento pelo MEP, o lucro de "B" ainda não disponibilizado a "A" deve ser excluído da apuração do Lucro Real para que este lucro não seja tributado no Brasil antecipadamente, ou até mesmo em duplicidade caso venha a ser distribuído a "A" no futuro.

O RIR/1999, responsável por promover a consolidação interpretativa da legislação sobre o Imposto sobre a Renda, manteve a previsão em seu art. 389, expressando a visão não isenta de questionamentos (SCHOERI, 2012, p. 88)[9] de que o dispositivo permanecia em vigor, talvez por vislumbrar nele norma alheia à amortização fiscal do ágio, mas que limitava-se a tratar da neutralidade do MEP isoladamente considerado, já que a dedutibilidade fiscal do ágio foi objeto específico da Lei nº 9.532/97.

Os lucros no exterior receberam novo tratamento fiscal com a Medida Provisória nº 2.158-35/2001, cujo art. 74 que passa a considerar disponibilizados à controladora ou coligada brasileira os lucros que tenham sido apurados por controlada ou coligada no exterior. A chamada distribuição ficta dos lucros foi objeto de questionamentos levados à Suprema Corte na ADI nº 2.588/01, cujo julgamento, permeado pela avaliação do poder de influência da pessoa jurídica brasileira sobre a estrangeira, e pela classificação da jurisdição na qual se encontra a controlada ou coligada estrangeira face ao pretenso objetivo antiabuso, concluiu pela inaplicabilidade do art. 74 da MP nº 2.158-35/2001 às empresas coligadas localizadas em países sem tributação favorecida, e pela aplicabilidade do dispositivo aos lucros das empresas controladas situadas em paraísos fiscais, assim definidos em lei.

O teor do julgado e a *ratio decidendi* que o permeou foram refletidos na Lei 12.973/14. Ao mesmo tempo, a lei nº 12.973/2014 promove alterações no tratamento fiscal do ágio, visando a endereçar algumas questões causadoras de divergências entre fisco e contribuintes, como a alocação residual do ágio e o ágio interno, dando também nova re-

9 Schoueri aponta que, em sua leitura, o parágrafo único teria sido revogado por incompatibilidade com tributação em bases universais, nos termos do art. 2°, parágrafo 2° da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

dação ao parágrafo único do art. 23 do Decreto-lei nº 1.598/76 e confirmando a visão já exarada no RIR/99 de que o dispositivo não teria sido revogado.

Eis a redação anterior a 2014 e a redação hoje vigente:

> "Art. 23 - A contrapartida do ajuste de que trata o artigo 22, por aumento ou redução no valor de patrimônio liquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).
>
> ~~Parágrafo único - Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).~~
>
> Parágrafo único. Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da redução dos valores de que tratam os incisos II e III do **caput** do art. 20, derivados de investimentos em sociedades estrangeiras que não funcionem no País. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)"

A alteração redacional adequou o dispositivo às demais alterações legislativas propostas pela lei nº 12.973/14, confirmando de maneira expressa sua permanência no ordenamento.

A análise evolutiva e contextualizada das alterações promovidas no art. 23, notadamente de seu parágrafo único, associada à postura do Poder Executivo de reafirmar a sua permanência no ordenamento por meio do art. 389, parágrafo 1º do RIR/1999, permite a compreensão do art. 23 e de seu parágrafo único, a partir de 2014, como dispositivos com mero efeito pragmático, que confirmariam a neutralidade fiscal do MEP independentemente do regime e requisitos para a tributação dos lucros auferidos direta ou indiretamente no exterior, sem pretender dispor sobre o tratamento fiscal do ágio, objeto de disposições próprias na Lei nº 9.532/97 e, posteriormente, na Lei nº 12.973/14.

Ao fim e ao cabo, portanto, a sustentação deste potencial questionamento parece demandar o enfrentamento das premissas interpretativas que parecem ter norteado o legislador e mesmo o Poder Executivo, embora não tenhamos localizado na jurisprudência, até o momento, o enfrentamento do tema.

CONCLUSÃO

No Brasil, ainda prevalecem as operações de aquisição de empresas nacionais por investidores estrangeiros em relação àquelas na direção oposta, em que atores brasileiros passam a expandir seus negócios mundo afora por meio da aquisição de empresas no exterior.

São inúmeros os casos do primeiro tipo de operação, em que a amortização do ágio decorrente foi contestada pelo fisco e levou o CARF a se manifestar por meio de decisões cada vez mais refinadas e repletas de sutilezas.

Já as operações do segundo tipo ainda estão longe de sobejar, mas podem vir a se constituir numa nova fronteira de conflito entre os contribuintes e as autoridades fiscais com um número ainda maior de pontos de discordância.

Nosso propósito, assim, foi o de identificar esses novos possíveis pontos e conjecturar acerca da solução para cada um deles a partir de precedentes do próprio CARF, ainda que não tratem da específica temática.

Foram identificadas 4 (quatro) questões, que podem vir a ser suscitadas como típicas desse tipo de operação e impeditivas ao aproveitamento fiscal da amortização do ágio: (i) não dedutibilidade da amortização do ágio em razão do ganho de capital ser apurado no exterior e, desse modo, não ser alcançado pela tributação brasileira; (ii) emprego de pessoas jurídicas intermediárias nos investimentos indiretos em razão de restrições próprias do país de domicílio da empresa-alvo; (iii) verificação no exterior dos resultados futuros que serviram de fundamento econômico para o pagamento do ágio; e, finalmente, (iv) intepretação de que o parágrafo único do art. 23 do Decreto-lei nº 1.598/76 estabelece uma proibição expressa ao aproveitamento da amortização do ágio, no caso de investimentos no exterior.

Em relação à primeira, a jurisprudência do CARF não ampara a tese de que a amortização do ágio depende da tributação do ganho de capital decorrente das mesmas operações. Quanto à segunda, as características das restrições regulatórias próprias do país de domicílio da empresa investida podem, de fato, ser um aspecto a se considerar por aqueles que reputam relevantes as razões não tributárias para fins de aferir a dedutibilidade da amortização do ágio. No tocante à terceira, desde o estabelecimento no Brasil do modelo de tributação da renda

em bases mundiais, não encontramos fundamento que legitime uma possível objeção a ser feita pelas autoridades fiscais em razão dos resultados serem obtidos no exterior. Por fim, no tocante à quarta, não encontramos acórdão que tenha enfrentado o tema, mas conjecturamos, com base numa análise histórica do dispositivo, que sua aplicação não se constitui óbice para a amortização do ágio.

Por derradeiro, vale o registro de que esses 4 (quatro) pontos correspondem apenas àqueles identificados pelos autores e não afastam a possibilidade de outros irromperem com o avançar das discussões acadêmicas e jurisprudenciais sobre as operações aqui analisadas.

BIBLIOGRAFIA

AMARO, Luciano. **Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura**. In: Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo: Ed. IASP, 2015.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Imposto de Renda das Empresas**. São Paulo, Atlas, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Notas sobre o Novo Regime Jurídico do Ágio**. In: Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos), 5º volume; coordenação de MOSQUERA, Roberto Quiroga & LOPES, Alexsandro Broedel. São Paulo, Dialética, 2014; p. 149-159.

BIANCO, João Francisco. **Ainda o ágio pago na aquisição de investimento**. In: Controvérsias jurídico-contábeis; coordenação de PINTO, Alexandre Evaristo & outros. São Paulo, Atlas, 2019; p. 199-214.

CONYBEARE, John & KIM, Dong-Hun. **Barbarians at the Gates: State Control of Global Mergers and Acquisitions**. IN: The World Economy, 33(9), 2010, p. 1175-1199.

DIAS, Karem Jureidini & LAVEZ, Raphael Assef. **"Ágio interno" e "Empresa veículo" na jurisprudência do CARF: um estudo acerca da importância dos padrões legais na realização da igualdade tributária.** IN: Análise de casos sobre o aproveitamento do ágio: IRPJ e CSLL; coordenação de PEIXOTO, Marcelo Magalhães & FARO, Maurício Pereira. São Paulo, MP Editora, 2016, p. 327-353.

PINTO, Alexandre Evaristo & CARNEIRO, Bárbara Melo. Aproveitamento do ágio e a existência de dois laudos. **Revista de Direito Contábil Fiscal**, vol. 4, número 8, jul./dez. 2022; p. 15-32.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Ágio em reorganizações societárias:** aspectos tributários. São Paulo, Dialética, 2012.

A RESPONSABILIDADE DO GRUPO ECONÔMICO & A SÚMULA CARF Nº 210

LUDMILA MARA MONTEIRO DE OLIVEIRA

É doutora em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), com período de investigação na McGill University, pós-doutora e mestra pela UFMG. Vice-Presidente da Segunda Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), Conselheira da Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF e professora.

SUMÁRIO: Introdução; I. Esclarecimentos iniciais; I. 1. O quórum para a aprovação das súmulas e o dever da imparcialidade; I. 2. A responsabilidade no digesto tributário; II. A súmula CARF Nº 210; II.1. O contexto de aprovação; II.2. As críticas deferidas contra a súmula Nº 210; II.3. A defesa da súmula CARF Nº 210; II.4. A súmula CARF Nº 210 na prática; Conclusão; Referências

INTRODUÇÃO

O Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF) introduziu duas novas formas para a proposição de Súmulas: uma, por iniciativa de conselheiro integrante de uma das turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) – *ex vi* do art. 124 –; e, a outra, por conselheiro integrante de Turma Ordinária, desde que a proposta seja confirmada pela respectiva turma, sendo então encaminhada para análise da Turma da CSRF competente para tanto – *ex vi* do art. 125.

A novidade trazida pelo art. 124 possibilita que qualquer conselheiro da Turma da CSRF apresente uma proposta de enunciado de súmula, desde que esta se refira a uma matéria sob competência da turma e represente uma tese consolidada em pelo menos três acórdãos, os quais devem ter sido decididos por unanimidade ou por maioria.

O objetivo do presente trabalho é analisar o verbete sumular que, no âmbito da Segunda Seção, recebeu da iniciativa privada as mais pesadas oposições – a Súmula CARF nº 210, que exibe a seguinte redação:

> As empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem solidariamente pelo cumprimento das obrigações previstas na legislação previdenciária, nos termos do art. 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/1991, c/c o art. 124, inciso II, do CTN, sem necessidade de o fisco demonstrar o interesse comum a que alude o art. 124, inciso I, do CTN.

Para tanto, abordaremos **i)** o procedimento para aprovação dos enunciados de observância obrigatória para as conselheiras e conselheiros do CARF; **ii)** a responsabilidade tributária no CTN; **iii)** as críticas deferidas à Súmula CARF nº 210; para, por fim, **iv)** aclararmos o porquê entendemos acertada sua edição.

I. ESCLARECIMENTOS INICIAIS

I. 1. O QUÓRUM PARA A APROVAÇÃO DAS SÚMULAS E O DEVER DA IMPARCIALIDADE

Não raro há quem se surpreenda com o fato de súmulas desfavoráveis às empresas terem sido aprovadas por conselheiros representantes dos contribuintes. Por depender da concordância de, "no mínimo, três quintos da totalidade dos conselheiros do respectivo colegiado, com participação obrigatória do Presidente e d[a] Vice- Presidente do CAR-

F"[1] é óbvio que, sendo o órgão paritário, súmulas somente serão aprovadas com votos tanto de representantes da Fazenda Nacional quanto dos representantes dos contribuintes.

Incumbe a cada uma das turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) "aprovar enunciado de súmula que trate de matéria concernente à sua competência." Sendo cada colegiado composto por um total de 10 (dez) conselheiros e conselheiras – 5 (cinco) advindos dos quadros da Receita Federal do Brasil (RFB) e outros 5 (cinco) indicados por confederações patronais e centrais sindicais –, necessário o voto favorável de, no mínimo, 7 (sete) para que o verbete seja aprovado e se torne de observância obrigatória, sob pena de perda de mandato no CARF.[2]

Há de ser pontuado ainda que a perplexidade com o apoio dos *representantes dos contribuintes* para a aprovação de súmulas contrárias ao interesse de corporações reacende um alerta.[3] Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE),

> [a] natureza de curto prazo dessas nomeações, a remuneração comparativamente baixa e o fato de que, tanto antes quanto depois dessa nomeação, esses juízes podem trabalhar para o setor privado e podem obter benefícios diretos ou indiretos devido às posições que assumem em seu papel de juiz no CARF poderiam, em alguns casos, criar também um potencial risco de conflito de interesses, o que pode ser muito difícil de mitigar.

Embora até mesmo o RICARF tenha elegido as expressões "representantes dos contribuintes" e "representantes da Fazenda Nacional" certo exercerem os conselheiros e conselheiras atípica função judicante. Ao ingressarem no CARF agem como **julgadores**, e não como **mandatários ou procuradores**, como sugere o termo *representante* inadvertidamente utilizado.

Obviamente, não se nega que o detentor do assento junto ao CARF – a RFB, as centrais sindicais e as confederações patronais – bus-

---

1 *Ex vi* do §2º do art. 124 do Regimento Interno do CARF (RICARF).

2 **Art. 85 do RICARF**. Perderá o mandato o conselheiro que: (…) **VI -** deixar de observar enunciado de súmula do CARF ou de resolução do Pleno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, bem como o disposto nos art. 98 a 100.

3 A carta enviada ao Min. da Fazenda pela Diretora da OCDE, Grace Perez-Navarro pode ser lida na versão original, em inglês, ou na versão traduzida para o português. Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/noticias/2023/abril/carta-enviada-pela-ocde-ao-ministro-da-fazenda-aponta-oportunidade-de-melhoria-nas-regras-do-carf>.

carão indicar aqueles que reúnam as condições técnicas necessárias para preencher os requisitos de ingresso no órgão, além de, por suas respectivas formações técnicas e acadêmicas, melhor encamparem os interesses da categoria. Isso, contudo, não significa estarem os "conselheiros fazendários" compelidos a sempre manterem a autuação fiscal enquanto, noutra banda, obrigados os "conselheiros dos contribuintes" a todo custo afastá-la ou deixar de aprovar súmula que pretende, no âmbito do contencioso administrativo, pacificar controvérsias e uniformizar posições para todos os administrados.

Para o Poder Judiciário, o caráter de imparcialidade constitui elemento do órgão de jurisdição, como condição para que o Juiz possa exercer sua função dentro do processo, de forma a colocar a Autoridade entre e acima das partes, como pressuposto de validade dos seus atos. Já os julgadores administrativos são conduzidos pela *imparcialidade mitigada*, na medida em que não se encontram em posição superior à da autoridade autuante e do contribuinte, e nem tem como finalidade a promoção de justiça tributária ou fiscal (a promoção da justiça está umbilicalmente ligada à imparcialidade conferida ao Judiciário). Atuação imparcial no julgamento administrativo diz respeito a ausência de interesse no objeto do processo, ou de favorecimento de qualquer das partes. Desta forma, "o dever de imparcialidade no julgamento administrativo resta jungido às questões afetas à suspeição e impedimento para o julgamento, e à ética na produção do ato."[4]

À exemplo do que previsto do Código de Processo Civil – *ex vi* dos arts. 144 e 145 –, a Lei nº 9.784/1999 traz em seu Capítulo VII as causas de impedimento e suspeição, tanto de servidores quanto de autoridades julgadoras, aplicáveis no âmbito do processo administrativo fiscal federal. É dizer: estaria o princípio da imparcialidade, no contencioso administrativo fiscal, adstrito à aferição de vínculo subjetivo do julgador com alguma das partes.

A beleza maior do julgamento administrativo de composição paritária – com a distribuição de assentos entre diversas perspectivas, dentre as quais destacamos a do trabalhador, a da indústria, a do agronegócio, a da fiscalização, *etc*. – repousa na existência de uma série de vieses que, justamente por não serem acriticamente aceito por todos, fomentam a deliberação, aprimorando a prestação jurisdicional exercida de

4 Cf. o voto de declaração da Cons.ª SONIA DE QUEIROZ ACCIOLY no acórdão CARF nº 9202-010.610.

forma atípica. Atuação de modo técnico e imparcial, sem negligenciar dos limites do contencioso administrativo fiscal, é o que se espera dos conselheiros e conselheiras do CARF. Daí, não causa espanto que conselheiros designados pela Receita Federal do Brasil encampem entendimentos contrários aos interesses do erário, nem que conselheiros não-fazendários ostentem posições desfavoráveis à iniciativa privada.

I. 2. A RESPONSABILIDADE NO DIGESTO TRIBUTÁRIO

Curioso pensar como nosso CTN, editado em atroz regime, não só veio a ser materialmente recepcionado pela pródiga Carta de 1988, como mantém sua higidez, malgrado as alterações sofridas nestes seus quase 60 anos.

São dois os incisos do art. 124 que arrolam aqueles solidariamente obrigados ao recolhimento do tributo:

- o **inc. I** que menciona "as pessoas que tenham **interesse comum** na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal"; e,
- o **inc. II** que indica "as **pessoas expressamente designadas em lei**."

Como bem esclarece a ex-conselheira do Carf, Junia Sampaio,

> [a] doutrina majoritária classifica as hipóteses acima mencionadas de **solidariedade de fato** (inciso I) e **solidariedade jurídica** (inciso II). No entanto, (…), embora o CTN tenha utilizado a expressão "designadas por lei" apenas na hipótese do inciso II, não é possível admitir que a situação prevista no inciso I estivesse fora de uma previsão legal, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade estrita (art. 150, I, CF/88).[5]

Da doutrina e da jurisprudência colhem-se outros valiosos ensinamentos para a interpretação do disposto no inc. II do art. 124 do CTN: o **primeiro** é que, como bem ensina a Prof.ª MISABEL DERZI, em suas notas de atualização à obra de BALEEIRO, solidariedade "não é forma de inclusão de um terceiro no polo passivo da obrigação tributária, apenas forma de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já compõem o polo passivo." [6] O **segundo** é que não poderia o legislador

5 SAMPAIO, Junia R. G. A Responsabilidade Tributária nos Grupos Econômicos. *In:* MACHADO SEGUNDO, Hugo de B.; MURICI, Gustavo L.; RODRIGUES, Raphael S.. **O Cinquentenário do Código Tributário Nacional**, V. 1. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 581/598.

6 Cf. BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense,2007, p. 729.

ordinário imputar solidariedade a devedores que, por disposição do Digesto Tributário, devam responder subsidiariamente. O **terceiro** é que "[o] art. 124, II, do CTN não autoriza o legislador a criar, a título de solidariedade, novos casos de responsabilidade tributária sem a observância dos requisitos exigidos pelo art. 128 do CTN."[7]

JUNIA SAMPAIO esclarece que "a imputação do vínculo de solidariedade pressupõe que o sujeito mantenha relação, ainda que indireta, com o fato gerador tributário ou com a pessoa que o realizou (art. 128 do CTN)."[8] O art. 128 do CTN não aborda a necessidade de demonstração de "interesse comum no fato gerador" – *ex vi* do inc. I do art. 124 do CTN –, e sim apenas uma vinculação, ainda que singela, do responsável ao fato gerador da obrigação tributária. Firmadas as premissas, passemos à análise do malfadado enunciado.

II. A SÚMULA CARF Nº 210

II.1. O CONTEXTO DE APROVAÇÃO

Antes de iniciada a votação do verbete sumular de nº 210 o decano da Turma, o Cons. MAURÍCIO RIGHETTI, pediu a palavra para apresentar os motivos pelos quais foi favorável à aprovação do enunciado. Na oportunidade, ressaltado que

> [a] inscrição é no sentido de encaminhar pela aprovação do enunciado, mas antes de abordar a sua aplicação queria deixar claro ao que ela não se aplica.
> Este enunciado não se presta a definir quais os requisitos deve estar presentes no caso concreto para que esteja, ou não, configurado o Grupo Econômico de qualquer natureza, de fato ou de direito, permanecendo, assim sendo, sob a análise dos Colegiados Ordinários a comprovação de sua existência. Entretanto, uma vez que o Colegiado Ordinário entenda pela configuração do grupo econômico, haverá o necessário reconhecimento da vigência do art. 30, inciso IX, da Lei nº 8.212, que combinado com o art. 124, II, do CTN, impõe a responsabilidade solidária das empresas que

7 PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020 [*e-book*].

8 SAMPAIO, Junia R. G. A Responsabilidade Tributária nos Grupos Econômicos. *In:* MACHADO SEGUNDO, Hugo de B.; MURICI, Gustavo L.; RODRIGUES, Raphael S.. **O Cinquentenário do Código Tributário Nacional**, V. 1. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 581/598.

compõem dito grupo pelas obrigações decorrentes daquele diploma legal (Lei nº 8.212).[9]

Pontuado que a aferição está condicionada ao *caso concreto*. E mais do que isso: no exercício do controle de legalidade perpetrado no âmbito administrativo não é facultado ao conselheiro ou à conselheira afastar a aplicação da lei, cuja validade não tenha sido extirpada pelo Poder Judiciário. Calha transcrever o que dispõe os dois dispositivos referenciados na Súmula CARF nº 210:

> **CTN**
> Art. 124. São solidariamente obrigadas:
> (...)
> II - as pessoas expressamente designadas por lei.
> **Lei nº 8.212/1991**
> Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:
> (...)
> IX - as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei.

O inc. IX do art. 30 da Lei nº 8.212/91, que não foi afastado por ilegalidade ou inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, determina que "as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta lei." O que pretende aclarar o verbete sumular CARF de nº 210 é que a hipótese de solidariedade trazida no inc. IX do art. 30 da Lei nº 8.212/91 vincula-se ao inc. II do art. 124 do CTN (pessoa expressamente designada em lei) – e não ao inc. I do art. 124 do CTN (interesse comum no fato gerador).

II.2. AS CRÍTICAS DEFERIDAS CONTRA A SÚMULA Nº 210

A despeito de ter sido aclarado que a caracterização do grupo econômico somente seria possível a partir da análise do caso concreto, as críticas formuladas visaram atacar uma suposta responsabilidade objetiva de todo e qualquer conglomerado. Aventado, em suma, que:

- Teria havido afronta à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "no sentido de que o fato de haver pessoas jurídicas que pertençam ao mesmo grupo econômico, por si só, não

9 Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=XjlwXJlYtgQ>. Acesso em: 15 de mar. de 2025.

enseja a responsabilidade solidária, na forma prevista no art. 124 do CTN."[10]

- Teria sido inobservado o Tema de nº 13 o Supremo Tribunal Federal, no qual firmado a tese de que "é inconstitucional o art. 13 da Lei nº 8.620/1993, na parte em que estabelece que os sócios de empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, por débitos junto à Seguridade Social."
- Teria havido aparente silêncio de dois dos paradigmas que deram ensejo à súmula quanto à malfadada responsabilidade objetiva do grupo econômico.
- Teria havido colisão com a Instrução Normativa RFB nº 971, de 13 de novembro de 2009.
- Teria havido afronta ao Parecer Normativo Cosit/RFB nº 4/18.
- Teria a súmula aptidão de aumentar a litigiosidade, com a anotação de que inexistente a possibilidade de manutenção da responsabilidade tributária objetiva no âmbito do Poder Judiciário

II.3. A DEFESA DA SÚMULA CARF Nº 210

Dentre as inúmeras falácias lógicas existentes a do espantalho é, quiçá, uma das mais conhecidas e utilizadas (consciente ou inconscientemente). Ela ocorre quando "a posição ou o argumento de uma pessoa é substituído por uma versão distorcida, exagerada ou deturpada."[11] Luta-se, no final das contas, com o espantalho criado, e não com aquilo que é real.

Para demonstrar a colisão da súmula com a jurisprudência dos Tribunais Superiores os opositores da edição do verbete sumular trouxeram à baila a Instrução Normativa RFB nº 971, de 13 de novembro de 2009, que assim dispunha:

---

10 **STJ**. EREsp nº 834.044/RS, julgado em 08/09/2010. Em igual sentido: AgInt no REsp nº 1860479/PR, julgado em 28/09/2020; AgRg no AREsp nº 89.618/PE, rel. Ministro Gurgel de Faria, julgado em 23/06/2016; AgInt no REsp nº 1.911.919/SP, julgado em 09/11/2022.

11 " Substituting a person's actual position or argument with a distorted, exaggerated, or misrepresented version of the position of the argument." BENNETT, Bo. **Logically Fallacious**: The Ultimate Collection of Over 300 Logical Fallacies. Sudbury: eBookIt, 2012 [*e-book*].

> **Art. 152**. São responsáveis solidários pelo cumprimento da obrigação previdenciária principal:
> **I -** as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza, entre si,
> (...)
> **Art. 494**. Caracteriza-se grupo econômico quando 2 (duas) ou mais empresas estiverem sob a direção, o controle ou a administração de uma delas, compondo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica.
> **Art. 495**. Quando do lançamento de crédito previdenciário de responsabilidade de empresa integrante de grupo econômico, as demais empresas do grupo, responsáveis solidárias entre si pelo cumprimento das obrigações previdenciárias na forma do inciso IX do art. 30 da Lei nº 8.212, de 1991, serão cientificadas da ocorrência.

Entretanto, com as modificações introduzidas pela Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), veio a ser a Instrução Normativa RFB nº 971/2009 revogada, estando atualmente em vigor a Instrução Normativa RFB nº 2.110, de 17 de outubro de 2022, que assim determina:

> **Art. 136**. São responsáveis solidários pelo cumprimento da obrigação previdenciária principal:
> **I -** as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza, entre si;
> (...)
> **Art. 275.** No momento do lançamento de crédito previdenciário de responsabilidade de empresa integrante de grupo econômico, as demais empresas do grupo, responsáveis solidárias entre si pelo cumprimento das obrigações previdenciárias na forma do inciso I do caput do art. 136 serão cientificadas da ocorrência. (Lei nº 8.212, de 1991, art. 30, caput, inciso IX; e Regulamento da Previdência Social, de 1999, art. 222)
> § 1º Caracteriza-se grupo econômico quando uma ou mais empresas estiverem sob a direção, o controle ou a administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica. (CLT, art. 2º, § 2º)
> § 2º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes. (CLT, art. 2º, § 3º)

Todo o alvoroço, com a devida vênia, não se sustenta.

A uma, porque a súmula não se presta a definir grupo econômico. Para a aplicação do verbete imprescindível que a caracterização do grupo econômico tenha sido ultimada.

A duas, pois, no exercício do controle de legalidade, o enunciado apenas replica o disposto no inc. IX da Lei nº 8.212/91, que atribui responsabilidade ao grupo econômico – quando a situação fática já tiver apontado a comprovação de sua existência, *repise-se*.

A três, porque a própria Instrução Normativa RFB nº 2.110/2022 espanca quaisquer dúvidas acerca da impossibilidade de a mera identidade de sócios fazer caracterizar o grupo econômico, afastando o receio de afronta – reflexa, *frise-se* – da tese firmada no Tema de nº 13 do STF, que abordaremos mais adiante. É dizer: em momento algum sustenta a súmula que a "mera identidade de sócios" seria apta para a caracterização do grupo econômico, com a consequente imputação de responsabilidade solidária.

A quatro, porque novamente a Instrução Normativa RFB nº 2.110/2022 deixa clara a premência de que, para fins de caracterização do grupo econômico, haja a demonstração do interesse integrado, da efetiva comunhão de interesses e da atuação conjunta das empresas dele integrante, na esteira da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Cumpre registrar que a Lei nº 8.212/91 não trouxe quaisquer contornos para melhor delimitar a responsabilidade solidária das empresas que integram o grupo econômico de qualquer natureza. E, no âmbito da Receita Federal tal lacuna é suprida *justamente* pela Instrução Normativa RFB nº 2.110/2022, que inclusive replica, no inc. I do seu art. 136, a hipótese de responsabilidade ora abordada.

O § 2º do seu art. 275, curvando-se às alterações inseridas na CLT pela Reforma Trabalhista de 2017, determina que

> [n]ão caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes. (CLT, art. 2º, § 3º).

Em que pese ser despicienda a demonstração do "interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal" (inc. I do art. 124 do CTN), a leitura do dispositivo denota ser essencial a comprovação de um *plus*, de algo além do mero fato de ostentarem idêntico quadro societário para fazer atrair a responsabilidade.

Como narramos no tópico precedente, formulada, ainda, a alegação de que a Súmula CARF nº 210 afrontaria o Parecer Normativo Cosit/RFB nº 4/18. Tampouco entendemos merecer guarida a tese, uma vez que o escopo do retromencionado parecer normativo é a responsabili-

dade solidária fundada no inc. I do art. 124 do CTN – e não na do inc. II do art. 124 do CTN, como a prevista no inc. IX do art. 30 da Lei nº 8.212/91. Confira-se:

> A consulente informa que se trata da "possibilidade de atribuição de responsabilidade ao terceiro que praticou atos ilícitos em conjunto com o contribuinte, com fundamento no art. 124, I, do Código Tributário Nacional (CTN)." Especificando um pouco mais a consulta, cita a situação da prática de atos ilícitos por terceiros que concorrem para a ocorrência da sonegação de tributos.
> É relatado que "o art. 124, I, do Código Tributário Nacional, tem sido utilizado nos lançamentos, em regra, como norma autônoma e suficiente para atribuir responsabilidade tributária nas seguintes situações: i) grupos econômicos; ii) sociedades em comum; iii) casos em que houve fraude ou conluio".
> Reconhece, no entanto, a falta de uniformidade na interpretação do referido dispositivo, não obstante a existência, segundo ela, de "recentes decisões (judiciais) reconhecendo a aplicação do art. 124, I do CTN nas situações envolvendo confusão patrimonial, interposição de pessoas físicas e jurídicas, fraudes, indícios da prática de atos e negócios jurídicos que propiciem o esvaziamento patrimonial em detrimento dos interesses fazendários".
> A consulente entende ser possível a responsabilização pelo art. 124, I, do CTN a terceiro que tenha praticado atos ilícitos, citando jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), desde que esteja cabalmente comprovada a concorrência para a prática do ato ilícitos, nos seguintes termos:
> (...)
> Ao cabo, formula os seguintes questionamentos:
> - O art. 124 do CTN admite a responsabilização solidária por débitos tributários entre componentes do mesmo grupo econômico quando restar comprovada a existência de liame inequívoco entre as atividades desempenhadas por seus integrantes mediante comprovação de confusão patrimonial ou de outro ato ilícito contrário às regras societárias?
> - O art. 124, I, é hipótese de responsabilidade capaz de atrair a sujeição passiva de terceiros que tenham praticado atos ilícitos tributários em conjunto com o contribuinte ou com o substituto tributário?
> - Em caso afirmativo, tem interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal a pessoa que por seus atos ou omissões concorre para a prática de infração à legislação tributária?

Apesar de o parecer não se prestar interpretar quaisquer dos dispositivos indicados no verbete sumular, podemos dele coletar importante conclusão:

> [A] terminologia "grupo econômico" deve ser lida com cuidado, pois é plurívoca. (…). Pode ocorrer de em uma determinada situação os requisitos para a configuração do que se denomina "grupo econômico" sejam mais restritos, ou mesmo distintos, do que em outra.

O "interesse comum", na forma exigida no inc. I do art. 124 do CTN é inaplicável para a configuração da responsabilidade prevista no inc. IX do art. 30 da Lei nº 8.212/91; contudo, reconhece a própria Receita Federal que, para a configuração do grupo econômico, podem haver requisitos "mais restritos, ou mesmo distintos" a depender da situação configurada.

Essas constatações nos parecem sinalizar para a insubsistência do receio de que autos de infração sejam lavrados contra todo e qualquer integrante de grupo econômico. Não deu a súmula um "cheque em branco" às auditoras e auditores fiscais. A uma, pelo enunciado não definir os elementos caracterizadores do grupo econômico sobre o qual recairá a responsabilidade. A duas porque os auditores sequer são obrigados a observar súmula do CARF, diferentemente do que ocorre com os pareceres e instruções exarados pela própria RFB – *vide* inc. I do art. 100 do CTN e inc. I do art. 33 da IN RFB nº 2.058/21.

Ressalve-se que a força vinculante existe apenas em *situações idênticas*: ao lavrar uma autuação com base no inc. IX do art. 30 da Lei nº 8.212/91 c/c o inc. II do art. 124 do CTN não devem obediência ao Parecer Normativo Cosit/RFB nº 4/18 que, como esperamos ter demonstrado, trata *exclusivamente* do inc. I do art. 124 do CTN.

Entendemos, ainda, que a aventada inaptidão dos precedentes (Acórdãos 9202-007.682, 9202-010.131 e 9202-010.178), que escoraram a edição da Súmula CARF nº 210 também não merece prosperar. Isso porque, a tese sumarizada no verbete sumular sob escrutínio está em consonância com a legislação previdenciária de regência e ainda com a jurisprudência dos Tribunais pátrios. Ainda que alguns entendam pairar dúvidas quanto ao acerto da caracterização do grupo econômico nos precedentes que deram azo à súmula, tal fato é alheio ao seu objeto. Assentada a existência do conglomerado, por aplicação da norma cogente insculpida no inc. IX do art. 30 da Lei nº 8.212/91 c/c inc. II do art. 124 do CTN, há de ser reconhecida a responsabilidade solidária. Na tentativa de demonstrar o desacerto do enunciado, foi lançado mão ao Tema de nº 13 do Supremo Tribunal Federal. Dito que, embora tenha o Pretório Excelso se debruçado sobre o disposto no art. 13 da Lei 8.620/1993, as razões de decidir ali estampadas seriam suficientes

a comprovar estar a Súmula CARF nº 210 na contramão do entendimento externado pela Mais Alta Corte.

Em verdade, a constitucionalidade da retromencionada norma veio a ser desafiada por extrapolação do disposto no inc. III do art. 135 do CTN, que versa sobre *responsabilidade pessoal*, com consequente afronta à al. "b" do inc. III do art. 146 da CRFB/88 (matérias reservadas à lei complementar). O debate, com a devida vênia, não guarda relação com o objeto da Súmula CARF nº 210. Pedimos licença para transcrever o que nos parece ser o ponto nodal do desate do Tema de nº 13 do STF, colhido da ementa de seu *leading case*:

> O art. 13 da Lei 8.620/93 não se limitou a repetir ou detalhar a regra de responsabilidade constante do art. 135 do CTN, tampouco cuidou de uma nova hipótese específica e distinta. Ao vincular à simples condição de sócio a obrigação de responder solidariamente pelos débitos da sociedade limitada perante a Seguridade Social, tratou a mesma situação genérica regulada pelo art. 135, III, do CTN, mas de modo diverso, incorrendo em inconstitucionalidade por violação ao art. 146, III, da CF.

Diferentemente do art. 13 da Lei nº 8.620/93, que imputava responsabilidade às pessoas físicas extrapolando as balizadas do art. 135 do CTN, o inc. IX do art. 30 da Lei nº 8.212/91 traz a responsabilidade solidária de pessoas jurídicas. A *ratio decidendi* do Tema de nº 13 é outra, eis que "as normas previstas nos artigos 134 e 135 não se referem a responsabilidade tributária das pessoas jurídicas," [12] como há muito alertou JUNIA SAMPAIO.

Por derradeiro, muitos dos opositores da Súmula CARF nº 210 externaram duas certezas: **i)** a de que sua aplicação contribuiria ativamente para um incremento na já agigantada litigiosidade; e, **ii)** a de que o Poder Judiciário afastaria a responsabilidade tributária ali prevista.

A preocupação parece flertar com o *argumentum ad consequentiam* (apelo às consequências) e, em certa medida, com o *argumentum in terrorem* (apelo ao terror). Este diz respeito ao uso de um temor, não baseado em evidências, como motivador para que uma ideia ou uma proposição seja aceita; ao passo que o primeiro se atrela à conclusão de que uma ideia seria verdadeira ou falsa porque as consequências de sua verdade ou falsidade seriam desejáveis ou indesejáveis. [13]

---

12 Cf. SAMPAIO … *Idem*.

13 Cf. BENNETT, Bo. **Logically Fallacious**: The Ultimate Collection of Over 300 Logical Fallacies. Sudbury: eBookIt, 2012 [*e-book*].

Não estamos a rechaçar os pertinentes apontamentos trazidos por estudiosos filiados à teoria crítica da decisão judicial; entretanto, exercícios de previsão de catastrófico futuro não escorado em dados pode acabar por precipitar desconfortos com algo que pode sequer vir a se materializar, mormente por serem parcos os recursos especiais, que versam *especificamente* sobre a responsabilidade atribuída ao grupo econômico pela Lei nº 8.212/91, apreciados pelo col. STJ.

Transcrevemos, por oportuno, excertos de precedentes do Tribunal da Cidadania que, a meu ver, chancelam o que dispõe a legislação – e a súmula CARF nº 210:

> Quando se sabe que a solidariedade fixada na legislação previdenciária é bastante ampla, a ponto de bastar que uma das componentes do grupo não cumpra suas obrigações fiscais, para que outra as assuma, é de extrema importância que o acórdão estabeleça se, no caso concreto, ficou configurado a existência de grupo empresarial.[14]
>
> [O] caso em apreço versa sobre a solidariedade estipulada no inc. II do art. 124 do CTN (…). A lei invocada pela origem para a aplicação dessa regra foi o art. 30, inc. IX, da Lei n. 8.212/91 (…).
>
> [N]ão se aplica no caso concreto a jurisprudência desta Corte de que inexiste solidariedade passiva em execução fiscal apenas por pertencerem as empresas ao mesmo grupo econômico, já que tal fato, por si só, não justifica a presença do "interesse comum", tendo em vista que essa locução - interesse comum - é oriunda no inc. I do art. 124 do CTN e não do inc. II, sob análise.[15]

O verbete sumular de nº 210 do CARF nada mais faz do que aclarar a responsabilidade solidária do grupo econômico prevista na legislação previdenciária. Já a (não) caracterização do conglomerado há de ser apreciada a partir dos elementos do caso concreto. É sobre este ponto que os imparciais julgadores que integram o CARF deverão se debruçar.

II.4. A SÚMULA CARF Nº 210 NA PRÁTICA

Inegável serem as súmulas importantes ferramentas para que a tão-sonhada segurança jurídica, previsibilidade e celeridade sejam alcançadas. Para tanto, imprescindível a consideração não só do contexto de promulgação da súmula, mas como ainda das decisões que motivaram a sua criação.

---

14 **STJ**. AgRg no REsp nº 1.097.173/RS, julgado em 23/4/2009.

15 **STJ**. REsp nº 1.144.884/SC, julgado em 7/12/2010.

Conforme esperamos ter aclarado, não tem a Súmula CARF nº 210 qualquer pretensão de definir qual grupo econômico é passível de responsabilização solidária. De modo a demonstrar como, *na prática*, tem se dado sua aplicação, selecionamos dois precedentes, ambos proferidos pela Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, na tentativa de espancar receios quanto à suposta atribuição de "responsabilidade objetiva", reforçando a necessidade de aferição dos *elementos concretos* de cada caso para fins de caracterização do grupo econômico.

Passados poucos meses da aprovação do enunciado, entendido, à unanimidade, pelo não conhecimento do recurso especial interposto pelo responsável solidário, por entender que

> [s]ão díspares as situações em análise: no acórdão recorrido há a narrativa de que teria a fiscalização apontado "que existem diversos interesses comuns entre essas duas empresas, tais como controle acionário, administradores, atividade econômica e entende que também têm interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal"; no paradigma, noutro giro, o afastamento da responsabilidade solidária é justificado pela ausência de provas que deveriam ter sido produzidas pela fiscalização.[16]

Deveras, como bem pontuado pelo Cons. Leonam Rocha de Medeiros em declaração de voto, para a escorreita aplicação da Súmula CARF nº 210 imperioso

> compreender que há dois momentos basilares a serem aferidos e somente no 2º momento (e de forma isolada) se falará na aplicação da referida súmula, a saber:
> **1º)** Deve-se aferir se há a configuração ou caracterização de grupo econômico, especialmente analisada a diretriz excludente do § 3º do art. 2º da CLT ou, em mesmo sentido, do § 2º do art. 275 da Instrução Normativa nº 2.110, de 17 de outubro de 2022 (aqui, neste momento, não se fala em aplicação da Súmula CARF nº 210);
> **2º)** Uma vez configurado ou caracterizado o grupo econômico (na forma do momento 1º, que deve ser comprovado e superado), deve-se aferir se a responsabilidade solidária é aplicada sem necessidade de o fisco demonstrar o interesse comum a que alude o art. 124, inciso I, do CTN (aplicação, no particular específico, da Súmula CARF nº 210).[17]

Noutro caso, em que o juízo de admissibilidade foi igualmente negativo por unanimidade de votos, foi asseverado que

---

16 **CARF**. Acórdão nº 9202-011.563, sessão de 26 de nov. de 2024.

17 *Idem*.

> [o] acórdão paradigmático de nº 2402-008.965, ao afirmar ser imprescindível a demonstração do interesse comum (inc. I do art. 124 do CTN) para fins de atribuição de solidariedade prevista no inc. IX do art. 30 da Lei nº 8.212/1991, exibe entendimento que colide com o verbete sumular de nº 210 deste eg. Conselho:
>
> > As empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem solidariamente pelo cumprimento das obrigações previstas na legislação previdenciária, nos termos do art. 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/1991, c/c o art. 124, inciso II, do CTN, sem necessidade de o fisco demonstrar o interesse comum a que alude o art. 124, inciso I, do CTN.
>
> São dois os incs. do art. 124 do CTN que arrolam aqueles solidariamente obrigados ao recolhimento do tributo: **i)** o inc. I que menciona "as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal" (**solidariedade de fato**); e, **ii)** o inc. II que indica "as pessoas expressamente designadas em lei (**solidariedade jurídica**). Diferentemente do que sustentado no paradigma, a responsabilidade atribuída pela Lei nº 8.212/1991 é jurídica – *ex vi* do inc. II do art. 124 do CTN –, e não de fato.
>
> A al. "c" do inc. III do § 12 do art. 118 do Regimento Interno deste Conselho determina que não servirá como paradigma o acórdão que, na data da admissibilidade do recurso especial, contrariar súmula pelo próprio órgão editada. Por colidir a tese contida no acórdão paradigmático de nº 2402-008.965 com a Súmula CARF nº 210, há de ser o juízo de admissibilidade do recurso especial negativo.
>
> Acrescento que, **caso quisessem as responsáveis solidárias discutir o desacerto de sua caracterização enquanto integrantes do mesmo grupo econômico deveriam ter apresentado acórdãos ofertando soluções díspares em situações fáticas similares. No presente caso pretendeu-se devolver apenas a imprescindibilidade de demonstração do interesse comum, tema este já abordado, em sentido antagônico, por súmula editada pelo CARF.**[18]

Se tivesse a súmula imputado responsabilização objetiva, como bradado, sentido algum haveria em perquirir as razões que levaram a fiscalização concluir pela caracterização do grupo econômico.

CONCLUSÃO

No atual estado da arte, permanece no ordenamento o inc. IX do art. 30 da Lei nº 8.212/91, razão pela qual são as conselheiras e os conselheiros do Carf, no estrito exercício do controle de legalidade do lançamento, obrigados a observá-lo. Inexiste precedente vinculante apto

18 **CARF**. Acórdão nº 9202-011.681, sessão de 12 de fev. de 2025.

a afastar a aplicação da norma de responsabilidade prevista na Lei nº 8.212/91, de modo a autorizar a invocação do parágrafo único do art. 98 do RICarf.

Não se nega que os desafios são muitos e a realidade constantemente cambiante é assaz complexa; contudo, nem todas as situações são complicadas como *a priori* parecem ser. Como bem aclara o Min. MAURO CAMPBELL MARQUES,

> à luz do art. 124, inc. II, do CTN e do art. 30, inc. IX, da Lei nº 8.212/91, basta aferir se, a partir do contexto fático-probatório dos autos, há elementos suficientes para caracterizar a existência de "empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza", para, em caso positivo, concluir pela existência de solidariedade. [19]

O fato de a súmula, editada com respaldo em norma ainda vigente, desagradar não significa estar eivada de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade. E, ainda que esteja, só ao Poder Judiciário compete expurgar do ordenamento jurídico a norma que a ampara, caso vislumbre as indigitadas afrontas à Carta Constitucional e/ou ao Digesto Tributário. Agradando ou não há de ser a Súmula Carf nº 210, no âmbito do contencioso administrativo fiscal federal, observada.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense,2007, p. 729.

BENNETT, Bo. **Logically Fallacious:** The Ultimate Collection of Over 300 Logical Fallacies. Sudbury: eBookIt, 2012 [e-book].

CARF. Acórdão nº 9202-011.563, sessão de 26 de nov. de 2024.

———. Acórdão nº 9202-011.681, sessão de 12 de fev. de 2025.

———. Acórdão nº 9202-010.610 sessão de 21 de dez. de 2022

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário** Completo. São Paulo: Saraiva Educação, 2020 [e-book].

SAMPAIO, Junia R. G. A Responsabilidade Tributária nos Grupos Econômicos. *In:* MACHADO SEGUNDO, Hugo de B.; MURICI, Gustavo L.; RODRIGUES, Raphael S. **O Cinquentenário do Código Tributário Nacional**, V. 1. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 581/598.

STJ. EREsp nº 834.044/RS, sessão de 08 de set. 2010.

———. AgRg no REsp nº 1.097.173/RS, sessão de 23 de abr. de 2009.

———. REsp nº 1.144.884/SC, sessão de 7 de dez. de 2010.

19 *Idem*.

REFLEXÕES SOBRE PLANEJAMENTOS TRIBUTÁRIOS

LUIS HENRIQUE MAROTTI TOSELLI

Vice-Presidente da 1ª Seção de Julgamentos do CARF. Conselheiro Titular da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF). Mestre em Direito Tributário pela PUC-SP. Professor convidado em cursos de Pós-Graduação.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Planejamento Tributário; 3. Planejamento Tributário Essencialmente Interpretativo; 4. Planejamento Tributário Fático-Jurídico Material; 5. Planejamento Tributário Fático-Jurídico Pessoal; 6. Conclusões

1. INTRODUÇÃO

É com grande satisfação que participamos, a convite dos Organizadores do "VII Questões Controvertidas no CARF", desta obra coletiva que prestigia os 100 (cem) anos de existência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), o antigo *Conselho de Contribuintes*.

E atuando há 9 (nove) anos como Conselheiro no âmbito da 1ª (Primeira) Seção de Julgamentos do CARF, pudemos constatar a existência de uma certa *insegurança jurídica* no que diz respeito aos critérios empregados nos julgamentos de casos de planejamentos tributários.

Daí o nosso interesse de buscar definir as *verdadeiras questões* que devem (ou deveriam) ser enfrentadas pelos *intérpretes autênticos* quando da análise da *eficácia ou* ***não*** de estruturas que levam ao caminho de uma *economia fiscal*.

2. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

Não há dúvidas de que, em um *Estado Democrático Fiscal*, como é o caso do Brasil, os cidadãos (pessoas físicas e jurídicas) têm o dever de pagar tributos. Nas palavras de Hugo de Brito Machado[1] *embora nem sempre tenha sido assim, pagar tributo é atualmente um dever fundamental do cidadão. Há mesmo quem diga que o tributo é o preço da cidadania*.

Também **é inquestionável** que a solidariedade, a capacidade contributiva, a estrita legalidade, o direito de propriedade e a livre iniciativa foram contemplados no nosso ordenamento jurídico como valores ou princípios que impactam diretamente a relação jurídico-tributária.

Não se pode perder de vista, ademais, que a implementação de *planejamentos tributários*, assim definidos como o emprego de medidas tendentes a reduzir a carga tributária dentro dos limites constitucionais/legais, além de uma faculdade do contribuinte, constitui dever do administrador de sociedade no exercício de sua função de maximizar os resultados da entidade sob sua gestão.

Como pontuou Alfredo Augusto Becker[2]:

> […] todo indivíduo, desde que não viole regra jurídica, tem a indiscutível liberdade de ordenar seus negócios de modo menos oneroso, inclusive tri-

1 Direitos fundamentais do contribuinte e a efetividade da jurisdição. São Paulo: Ed. Atlas. 2009. P. 11.

2 Teoria geral do Direito Tributário. 4ª ed. São Paulo: Noeses. 2007. P. 142.

butariamente. Aliás, seria absurdo que o contribuinte, encontrando vários caminhos legais (portanto, lícitos) para chegar ao mesmo resultado, fosse escolher justamente aquele meio que determinasse pagamento de tributo mais elevado.

Com efeito, a busca por economia tributária se dá essencialmente em face da adoção de planejamentos tributários tendentes a: **(i)** "aumentar" despesas dedutíveis, **(ii)** "reduzir" receitas tributáveis; e/ou **(iii)** tomar *créditos escriturais*, cabendo ao contribuinte apurar e declarar os tributos que entender devidos previamente, na sistemática do dito *lançamento por homologação*.

Por outro lado, cabe ao Fisco, nos termos do artigo 142 do CTN, *constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível*.

Paralelamente, na hipótese de o contribuinte agir com *dolo*, *fraude* ou ***simulação***, o artigo 149, VII, também do CTN, prescreve ainda que *o lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa*.

Sobressai desses dispositivos legais o dever da Administração Tributária pela busca da *verdade material*, que tem o *poder* de promover, mediante *lançamento de ofício*, os ajustes que entender necessários caso constate falta ou insuficiência de recolhimento. Isso ocorre com a *requalificação jurídica* dos fatos declarados, expediente que deve ser utilizado quando a fiscalização não concordar com a aplicação de uma regra que veicula *benefício fiscal*, com uma *dedução*, com uma *exclusão* ou com uma *tomada de crédito escritural*, seja por adotar uma interpretação da lei divergente daquela adotada pelo contribuinte, seja por entender que o sujeito passivo praticou conduta dolosa, simulada ou fraudulenta.

É do Fisco o **ônus de comprovar que o contribuinte não pagou ou recolheu a menor determinado tributo, ônus este que, à luz do artigo 50, § 1º, da Lei nº 9.784/99**, inclui o dever de motivação explícita, clara e congruente acerca da infração apurada.

Na prática, e para fins exclusivamente didáticos, podemos *classificar* os planejamentos tributários em três grandes *espécies*:

i. pela tentativa de o contribuinte enquadrar um negócio ou uma operação em alguma norma de *isenção,* de *benefício fiscal ou* que

confere direito a *crédito escritural*, o que ora denominamos de ***planejamento tributário essencialmente interpretativo***;

ii. pela celebração de atos ou negócios jurídicos com efeitos econômicos, tais como contratos de *mútuo*, *debêntures*, *aluguel, leasing, aquisição de investimentos com ágio, cisão* etc., ora denominado de ***planejamento tributário fático-jurídico material***; e

iii. mediante *interposição de pessoas* em reestruturações societárias ou operacionais, que chamaremos de ***planejamento tributário fático-jurídico pessoal***.

3. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ESSENCIALMENTE INTERPRETATIVO

Sob a rubrica de *planejamento tributário essencialmente interpretativo* enquadramos as tentativas dos contribuintes de subsumir um negócio ou uma operação **à hipótese legal de** alguma regra de *isenção,* de *benefício fiscal ou* de *direito a crédito escritural* que enseja a redu**ção de** suas bases tributáveis.

Como exemplos desses *tipos* de *planejamento tributário* podemos citar o pagamento de Juros sobre Capital Próprio (JCP) retroativos, exclusão de receitas de subvenções para investimento, depreciação integral na atividade rural, gastos como insumo para fins de creditamento de PIS e Cofins **Não-Cumulativos etc.**

São situações nas quais não se questiona o fato ou a operação praticada, mas sim seu enquadramento na norma que garante o direito à determinada redução tributária.

Conflitos dessa natureza, contudo, demandam responder fundamentadamente a seguinte pergunta: **O contribuinte cumpriu os requisitos legais?**

Caso a *resposta* do Julgador seja positiva, o planejamento tributário deve ser considerado eficaz ou oponível ao Fisco, não havendo no que se falar em infração à legislação tributária. Caso, todavia, a resposta seja negativa, e isto deve ser devidamente motivado, cabível a *requalificação* (*glosa*) com a consequente cobrança do tributo que deixou de ser recolhido.

A análise, então, da legitimidade ou não de um *planejamento tributário essencialmente interpretativo* gira em torno do princípio da legalidade, ou seja, do entendimento do Julgador sobre o campo de abran-

gência da lei. Daí cair como uma luva, em julgamentos desta espécie de busca por economia tributária, o antigo brocardo romano, *ubi lex non distinguir nec nos distinguere debemus*, onde a lei não distingue, não compete ao intérprete distinguir.

Cabe aqui também o alerta de Carlos Maximiliano[3]:

> Cumpre evitar não só o apego exagerado à letra dos dispositivos positivos, como também ao excesso contrário, o de forçar a exegese e deste modo encaixar na regra escrita, graças *à* fantasia do hermeneuta, as teses pelas quais este se apaixonou, de sorte que vislumbra no texto idéias apenas existentes no cérebro, ou no sentir individual, desvairado por ojerizas e pendores, entusiasmos e preconceitos. […]
> A interpretação deve ser objetiva, desapaixonada, equilibrada, as vezes audaciosa, porém não revolucionária, aguda, mas sempre atenta, respeitadora da lei.

Reconhecemos, é certo, que o *intérprete autêntico* exerce seu trabalho investigativo com os olhos voltados para todo o sistema normativo, apreciando os casos litigiosos de acordo com suas próprias convicções e cultura. A *arte de aplicar o Direito,* pois, traz em si carga valorativa, o que afasta a ideia de que há sempre nos textos legais uma *verdade absoluta*, afinal a interpretação pode variar de intérprete para intérprete.

Isso não significa dizer, porém, que o exercício jurisdicional é ilimitado, sob pena de incorrer em patente *ativismo jurídico*. Pelo contrário, mesmo sob o *pragmatismo* inerente ao Direito, devem os operadores do sistema jurídico obediência irrestrita ***à lei***, ainda que o conteúdo normativo contrarie o seu senso pessoal de justiça.

Na lição de ***Sérgio André Rocha***[4]:

> Note-se que ao reconhecermos que textos normativos são como caixas de Lego, não estamos renunciando à segurança jurídica. De maneira alguma. Como já apontamos, verificar que o órgão de aplicação tem alguma margem de conformação — inclusive em campos como o Direito Tributário e o Direito Penal — não equivale a estabelecer que o intérprete não está vinculado ao texto constitucional ou à lei — ou limitado pelas combinações possíveis da caixa de Lego.

---

3 Hermenêutica e Aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense. 9ª edição. P. 103 e 107.

4 Interpretação de textos normativos tributários: quebra-cabeça ou caixa de Lego?. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-jun-17/interpretacao-de-textos-normativos-tributarios-quebra-cabeca-ou-caixa-de-lego/

E ainda que nosso Legislador eventualmente possa não zelar pela técnica ou clareza, vícios porventura contidos nas leis devem ser corrigidos pelo Poder Judiciário. Como indicava Kelsen[5], particularmente ao dissociar o direito posto da moral, não existe lei ruim… existe a lei e se ela nos foi imposta, nos cabe, tão só, cumpri-la ou fazer cumprir.

Nesse sentido, ao construir a norma individual e concreta, cabe ao Julgador reunir esforços para se livrar de *preconceitos*, devendo qualificar a conduta de acordo com o que foi previamente positivado, com respeito ao sentido mínimo das palavras empregadas e abstraindo-se de seu juízo próprio acerca de como a lei poderia ou deveria ter sido prescrita.

Tal como proclamou Alexis de Tocqueville[6]: *a intervenção da Justiça na Administração não prejudica senão ao andamento normal dos trabalhos, enquanto que a intervenção da Administração na Justiça corrompe os homens e os torna, a um só tempo, revolucionários e servis*.

4. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO FÁTICO-JURÍDICO MATERIAL

Essa *espécie de planejamento tributário* consiste na tentativa do sujeito passivo se valer dos efeitos econômicos decorrentes da formalização de atos ou negócios jurídicos na apuração de tributos, tais como despesas com *juros, aluguel* e *debêntures*, neutralidade de uma *permuta*, *amortização de ágios, cisão* etc.

Em um primeiro momento, pode-se dizer que prevaleceu na jurisprudência do CARF uma corrente, digamos, *formalista*, no sentido de que, não havendo regra legal (*norma anti-elisiva* propriamente dita) proibindo ou limitando expressamente a celebração de um determinado ato ou negócio jurídico para o fim pretendido, os contribuintes, na ausência de emprego de meios ilícitos, possuiriam livremente o direito de usufruir de seus efeitos econômicos para fins tributários.

Considerando, porém, o *abuso* na aplicação desta questionável premissa de que *tudo que não está proibido, estaria automaticamente permitido*, somado à imperfeição técnica da redação do parágrafo único do artigo

5 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito, versão condensada pelo próprio Autor. Tradução de J. Cretella Jr., e Agnes Cretella, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 60.

6 TOCQUEVILLE, Alexis de. *El antiguou régimen y La revolución*. Guadarrama: Madrid. 1969, p. 90.

116 do CTN[7] e seu alcance, a jurisprudência passou a exigir o elemento *propósito negocial* nesses planejamentos, imputando ao contribuinte o ônus de comprovar que, além da economia tributária, os contratos e atos por ele formalizados estariam acompanhados de outras razões econômicas, sob pena de serem considerados *ineficazes* ou *inoponíveis* ao Fisco.

Como diria o dito: *nem tanto ao céu nem tanto ao inferno*. Essa *polarização de teses* (*excesso de formalismo* x *propósito negocial*), na verdade, mostra-se insuficiente para solucionar tais controvérsias, gera insegurança jurídica e ignora o instituto da simulação como a *ferramenta* adequada e fornecida pelo próprio Direito para resolver a problemática da *eficácia* ou *oponibilidade* dos negócios jurídicos formalizados à luz do Direito Privado perante o Fisco.

A simulação, diga-se, acabou ficando ainda mais clara como limite dessa *espécie* de planejamento tributário após o STF ter julgado a constitucionalidade do parágrafo único do referido artigo 116 do CTN na ADIN nº 2.446.

Com base nesse importante precedente, verifica-se que o STF assentou que não há autorização legal no Direito Tributário brasileiro que autorize uma *interpretação econômica*, assinalando justamente que, na ausência de adoção de meios ilícitos, e não havendo lei ordinária que limite a prática de determinados atos ou negócios jurídicos, é a *simulação* (e seu viés, a *dissimulação*) o *gatilho* para *requalificar juridicamente os fatos*, permitindo que as autoridades fiscais *neutralizem* a eficácia de atos ou negócios jurídicos considerados simulados na *apuração tributária*, devendo a substância, e não a forma, prevalecer.

Mas o que é simulação no negócio jurídico? Esta é a questão-chave que deve ser enfrentada em se tratando de *desconsideração* dos efeitos econômicos de atos/contratos formalizados pelas pessoas físicas e jurídicas.

De acordo com os incisos II e III do § 1º do artigo 167 do Código Civil, *haverá simulação nos negócios jurídicos quando*:

> […]
> II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;
> III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

---

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

A hipótese prevista no inciso III em questão não desperta muita polêmica, afinal o texto legal é *claro* no sentido de que, em caso de *adulteração* no aspecto temporal do negócio, que pode ser manipulado para o passado (*antedatado*) ou para o futuro (*pós datado*), haverá simulação.

Já a hipótese do inciso II - simulação por *declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira* - relaciona-se aos seguintes elementos: ***(i)*** a própria *existência real* do negócio jurídico formalizado; ***(ii)*** a sua *efetiva natureza,* de modo que o negócio celebrado pode encobrir outro, o verdadeiro, ou resultar em uma alteração ou inobservância do tipo/causa correspondente; ou ***(iii)*** quando o *valor* da prestação não corresponder à realidade.

Sob esse viés, todo ato ou negócio jurídico tem uma *causa jurídica* – ou "função típica", que corresponde aos contornos jurídicos que o Direito espera do próprio negócio celebrado. A *causa,* pois, equivale à observância do escopo típico de cada espécie negocial.

A propósito, o ex. Ministro Moreira Alves esclarece que a *causa* diz respeito à "função prática" do ato ou negócio jurídico, que não se confunde com o *motivo* que leva à sua utilização. Em suas palavras[8]:

> […] é preciso desde logo fazer a distinção, que é fundamental, entre a causa do negócio jurídico e o motivo dele. A causa do negócio jurídico nada mais é do que a finalidade econômico-prática a que visa à lei quando cria um determinado negócio jurídico. Assim, por exemplo, na compra e venda, a causa do negócio jurídico é a troca da coisa pelo dinheiro (preço); no contrato de locação, é a troca do uso da coisa pelo dinheiro (aluguel). Essa causa, nada mais é, em última análise, do que uma causa objetiva que traduz o esquema que a lei adota para cada figura típica, como é a compra e venda, como é a locação. Já o motivo, não. O motivo é de ordem subjetiva das partes que se utilizam de determinado negócio jurídico. Por exemplo, uma pessoa pode utilizar-se do contrato de compra e venda para adquirir alguma coisa com – e é o motivo – a finalidade subjetiva de desfazer-se dessa coisa. Enfim, o motivo, as finalidades subjetivas, que não se confundem com aquela coisa objetiva e que diz respeito ao esquema do próprio negócio jurídico.

8 "As Figuras Correlatas da Elisão Fiscal". Revista Fórum de Direito Tributário n. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 11. Idem na palestra inaugural do XVIII Simpósio Nacional de Direito Tributário do Centro de Extensão Universitária. "Pesquisas Tributárias - Nova Série - 10". São Paulo: RT. 2004. P. 13.

Tal, então, como foi positivada e integrada com os demais dispositivos legais do Código Civil[9], haverá simulação quando o ato/negócio jurídico formalizado: **(i)** seja *inexistente* (materialmente ou quantitativamente) na realidade; ou quando praticado **(ii)** em *desconformidade* com a sua respectiva *causa* ou *finalidade jurídica*; ou **(iii)** para *dissimular* outro negócio típico.

Havendo simulação, e pouco importa a *forma* adotada ou o tal do *propósito negocial*, o Fisco passa a ter o poder-dever de operar no *plano da ineficácia* dos efeitos econômicos pretendidos, sendo-lhe autorizado a *requalificar juridicamente os fatos*, de modo a atingir a verdade material e efetiva capacidade contributiva.

Assim, por exemplo, se determinado contribuinte deduziu juros decorrentes de mútuo, o Fisco pode *desconsiderar* o mútuo não sob a motivação de falta de propósito negocial, mas apenas se reunir provas de que o mútuo não atendeu a sua causa jurídica. Para tanto, deve fundamentar em que aspecto o contrato de mútuo investigado escondeu outro negócio ou em que ponto ele **não cumpriu seus requisitos mínimos (entrega de recursos, prazo de devolução, juros** *intercompany* acima do mercado etc.).

O Fisco também poderá requalificar juridicamente, também a título de exemplo, despesas com debênture apenas se criar a convicção de que tal debênture foi simulada, ou seja, que não cumpriu seus requisitos mínimos, devendo justificar os motivos que o levaram a criar tal convicção.

Poderá considerar ineficaz uma *cisão* desde que reúna elementos que demonstrem não ter ocorrido uma *verdadeira cisão*. E por assim adiante…

---

9 Nesse sentido são as expressões "fim econômico ou social", constante do artigo 187, "função social do contrato", reportada no artigo 421 e, ainda, no signo "substância" que se valeu o artigo 173, todos do Código Civil:

"Art. 173. O ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo".

"Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

"Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica".

Esses exemplos dão conta de que, no âmbito do *planejamento tributário fático-jurídico material*, onde a *simulação* representa o *divisor de águas* da sua *eficácia* ou *ineficácia*, as perguntas que os Julgadores devem fazer e responder são as seguintes: **o ato ou negócio que o contribuinte diz ter feito realmente foi feito? Existiria um outro negócio encoberto pelo que foi formalizado? O negócio jurídico celebrado atendeu a sua respectiva causa jurídica?**

Tais perguntas, e principalmente as respostas, devem ser construídas no plano fático-jurídico, e não por meio dessa *dicotomia* entre a formalidade do negócio e o motivo eminentemente tributário. Primeiro deve-se apurar os fatos; depois deve ser analisado como o Direito disciplina o ato que foi formalizado; e somente em seguida deve-se aferir a *(in)existência* efetiva do negócio ou a sua *(des)conformidade* com a sua respectiva *causa jurídica*.

No *planejamento tributário fático-jurídico material,* portanto, as discussões devem (ou deveriam) ter por objeto não o motivo que levou as partes formalizarem um negócio ou o cumprimento de seus requisitos formais, mas sim a existência ou não de vícios quanto ao conteúdo (substância) do que se diz ter praticado, reiterando aqui que, na ausência de violação de *norma anti-elisiva* própria, e uma vez não caracterizada a simulação, legítima a economia tributária gerada.

5. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO FÁTICO-JURÍDICO PESSOAL

Na seara tributária, a interposição de uma pessoa (física ou jurídica) pode gerar economia tributária, o que costuma ocorrer em reestruturações societárias ou operacionais, que ora denominamos de *planejamento tributário fático-jurídico pessoal*.

Assim, por exemplo, ocorrem com a segregação de atividades operacionais como meio de se valer de regimes tributários mais benéficos; constituição de holdings para amortização fiscal de ágio; alocação de ganho de capital na pessoa física mediante redução de capital; constituição de Fundos de Investimentos para diferimento de tributação; Sociedades em Conta de Participação etc.

Evidentemente que esses exemplos indicam a intenção de obter economia tributária, que sempre vai figurar como motivo de qualquer planejamento tributário, mas não basta somente a formalização

(constituição) de uma pessoa na operação para julgar a reestruturação como eficaz.

De fato, a questão quanto à *oponibilidade* de *interposição de pessoas* também deve se concentrar na existência ou não de simulação, agora não em relação ao ato/negócio praticado, mas quem realmente praticou.

Segundo o artigo 167, §1º, I, do Código Civil, *haverá simulação nos negócios jurídicos quando aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem.*

Tal dispositivo repudia a denominada *interposição fictícia*. Ao contrário da *interposição real*, onde o interposto atua em nome próprio, tornando-se titular dos direitos e obrigações derivados do negócio que intervém, na *interposição fictícia* o interposto figura como um "laranja" ou uma "casca", limitando-se à aposição do seu nome no documento que formaliza determinado ato ou o negócio celebrado (*empresta-nome*).

Dessa forma, em se tratando de *planejamento tributário fático-jurídico pessoal*, onde a controvérsia gira em torno de quem efetivamente deve ser considerado como parte do negócio ou operação, a pergunta que deve ser respondida é a seguinte: **há ou não interposição fictícia (ou simulada) de pessoa?** Ou, em outros termos: **Aquele que diz que praticou o ato foi quem de fato praticou?**

Assim, em se tratando de segregação de atividades, deve-se perquirir se realmente a empresa interposta reuniu as condições operacionais e administrativas que o negócio exige. Já para uma SCP - Sociedade em Conta de Participação ou um FIP – Fundo de Investimento em Participação, a questão passa a ser se tais entidades atenderam ou não as suas respectivas *causas jurídicas*. Para tanto, deve-se avaliar como o sistema jurídico lidou com cada um desses tipos societários para em seguida aferir se as partes de fato observaram a legislação aplicável. E já no caso de *holding*, deve-se interpretar se ela cumpriu o *mínimo* do que se espera dessa espécie de sociedade aos olhos da lei.

Nesse contexto, entendemos que os Julgadores na verdade deveriam se atentar **não na economia tributária** buscada, mas sim para os fatos e motivação que levaram a fiscalização a questionar a efetiva participação de pessoas interpostas na operação.

Caso as circunstâncias demonstrem que houve interposição fictícia, e isto deve estar devidamente motivado a partir de dados concretos,

correta a requalificação da sujeição passiva. Caso contrário, não há que se falar em simulação, devendo o planejamento ser considerado eficaz.

6. CONCLUSÕES

A adoção de planejamento fiscal, entendido como a prática de atos ou negócios jurídicos lícitos que implicam na redução de carga tributária, é assegurado pelo Direito, constituindo inclusive dever do administrador de sociedade na sua função de maximizar os resultados da entidade sob sua gestão.

A busca por economia tributária, em linhas gerais, se dá em face da adoção de atos tendentes **(i)** a "aumentar" despesas dedutíveis, **(ii)** a "reduzir" receitas tributáveis; e/ou **(iii)** a tomar *créditos escriturais*.

Na prática, o *planejamento tributário* pode para fins didáticos ser classificado em três grandes *espécies*:

i. ***planejamento tributário essencialmente interpretativo,*** como decorrente da tentativa de o contribuinte enquadrar um negócio ou uma operação em alguma norma de *isenção,* de *benefício fiscal ou* que confere direito a *crédito escritural*.

Nessas situações, deve o Julgador responder a seguinte pergunta: *O contribuinte cumpriu os requisitos legais?* Caso entenda que sim, e isto deve estar motivado, o planejamento tributário deve ser assegurado. E caso entenda que não, o que também demanda motivação, cabível a requalificação (glosa) com a consequente cobrança do tributo que deixou de ser recolhido.

A análise, portanto, da legitimidade ou não do *planejamento tributário essencialmente interpretativo* envolve o princípio da legalidade.

ii. ***planejamento tributário fático-jurídico material***, como decorrente da celebração de atos ou negócios jurídicos com efeitos econômicos na apuração das bases tributáveis.

Descartadas as hipóteses de utilização de meios ilícitos e infringência à *norma anti-elisiva* específica, a fiscalização apenas pode se opor aos efeitos de atos ou negócios jurídicos caso demonstre haver simulação, ou seja, quando bem evidenciar que o negócio formalizado não ocorreu na realidade, que ele foi praticado em *desconformidade* com a sua respectiva *causa* ou *finalidade jurídica* ou que foi feito para *dissimular* outro negócio típico.

Para tanto, deve-se primeiro apurar e compreender os fatos, depois deve ser analisado como o Direito disciplina o negócio, para somente em seguida apurar a *existência* efetiva do negócio ou a *(des)conformidade* entre a sua *forma* e *substância*.

iii. ***planejamento tributário fático-jurídico pessoal***, como decorrente de *interposição de pessoas* em reestruturações societárias ou operacionais.

Nessa *espécie de planejamento tributário* a controvérsia gira em torno de quem efetivamente deve ser considerado como parte do negócio ou operação, de modo que a pergunta que deve ser respondida é a seguinte: *há ou não interposição fictícia (ou simulada) de pessoa?*

Caso os fatos demonstrem que houve interposição fictícia, correta a requalificação da sujeição passiva. Caso contrário, não há que se falar em simulação, devendo o planejamento ser considerado eficaz.

COLETÂNEA VI QUESTÕES CONTROVERTIDAS CARF: O VALOR TRIBUTÁVEL MÍNIMO E O CONCEITO DE PRAÇA NA LEGISLAÇÃO DO IPI

MARCOS ROBERTO DA SILVA

Mestre em Direito pela UCP. Especialista em Direito Tributário pela UGF. Bacharel em Direito. Ex-Conselheiro Representante da Fazenda Nacional no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Auditor Fiscal da Receita Federal. Brasília/DF.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Valor Tributável Mínimo (VTM); 3. O Conceito de "praça" e a redação do art. 15-A atribuída pela Lei no 14.395/2022; 4. O VTM e a Jurisprudência do CARF; 5. Conclusão; Referências Bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

Os debates acerca da tributação do IPI incidente sobre a saída do produto de estabelecimento industrial quando a autoridade tributária aplica a norma insculpida no art. 195 do Decreto nº 7.212/2010 (Regulamento do IPI – RIPI) na qual prevê a atribuição de um Valor Tributável Mínimo (VTM) de acordo com o preço corrente no mercado atacadista da "praça" do remetente não é recente. Decisões distintas no âmbito administrativo e judicial demonstram que a jurisprudência está longe de ser considerada pacífica sobre o tema.

Diante desses entendimentos diversos, este artigo visa apresentar a base legal-regulamentar sobre a tributação pelo IPI que alcancem a situação posta, analisar os conceitos doutrinários e as previsões legais sobre "praça" aplicáveis ao caso, bem como apresentar os entendimentos jurisprudenciais do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e do Poder Judiciário sobre o tema.

2. O VALOR TRIBUTÁVEL MÍNIMO (VTM)

Antes de adentrarmos especificamente no que vem a ser o VTM e o seu emprego numa apuração da tributação pelo IPI, necessário rememorar que os contribuintes do referido tributo são o importador, o industrial e o equiparado a industrial conforme disposição contida no art. 24 do RIPI/2010 e que o fato gerador previsto no art. 35 do RIPI/2010 é "o desembaraço aduaneiro de produto de procedência estrangeira" e "a saída de produto do estabelecimento industrial".

Outra definição relevante na apuração do VTM está relacionada ao que vêm a ser "firmas interdependentes" conforme disposto no art. 612 do mesmo RIPI que, de forma objetiva, estabelece que são aquelas nas quais uma possui 15% (quinze por cento) ou mais de participação no capital social da outra, ou que possuam mesmo diretor ou sócio nas funções de gerência, que vendam ou consignem mais que 20% (vinte por cento) na distribuição com exclusividade ou que 50% (cinquenta por cento) nos demais casos, quando uma for a única adquirente de um ou mais produtos da outra ou, ainda, quando uma vender a outra mediante contrato de participação ou ajuste semelhante.

Considerando a previsão legal-normativa acima sintetizada, e relevante para o estudo em questão, indispensável a reprodução do art. 195, I do RIPI/2010 no qual encontra-se previsto o que é o VTM.

> O valor tributável não poderá ser inferior:
> I - ao **preço corrente no mercado atacadista da praça do remetente** quando o produto for destinado a outro estabelecimento do próprio remetente ou a estabelecimento de firma com a qual mantenha relação de interdependência;

Verifica-se que, havendo uma operação mercantil entre empresas interdependentes, o preço praticado nesta relação comercial não poderá ser inferior àquele praticado no "mercado atacadista da praça do remetente".

Antes de avançarmos ao estudo do conceito de "praça" na apuração do VTM, observa-se ainda que o mesmo artigo 195, em seu inciso III, estabelece outra forma de apuração do VTM na qual deve ser definido pela soma dos custos de fabricação, financeiros, de venda, de administração e de publicidade, acrescido do lucro normal. Esta forma de apuração do VTM deve ser utilizada quando o destino dos produtos saídos do estabelecimento industrial for um comerciante autônomo (ambulante ou não) para venda direta ao consumidor. Neste sentido, esta forma de apuração do VTM até poderia ser aplicada em uma operação mercantil realizada entre empresas interdependentes, entretanto, esta permissão legal contida no §1º do art. 15 da Lei nº 4.502/64, acrescido pelo Decreto-lei nº 1.593/77, foi explicitamente revogada pelo art. 18 da Lei nº 7.798 de 10 de julho de 1989.

Entretanto, apesar da mencionada revogação observa-se ainda que o parágrafo único do artigo 196 estabelece que "inexistindo o preço corrente no mercado atacadista" adota-se como base de cálculo para a apuração do VTM a mesma composição de custos adicionada da margem de lucro descrita no revogado §1º do art. 15 da Lei nº 4.502/64.

Ultrapassada essas questões iniciais que envolvem as formas de apuração do VTM, no tópico a seguir será abordada a questão controvertida sobre a conceituação de "praça" para fins de apuração do VTM no IPI.

3. O CONCEITO DE "PRAÇA" E A REDAÇÃO DO ART. 15-A ATRIBUÍDA PELA LEI NO 14.395/2022

Conforme já descrito no tópico anterior, o valor tributável na venda de produtos que derem saída de estabelecimento industrial não poderá ser inferior àquele praticado no "mercado atacadista da praça do remetente". Mas qual o conceito de praça? Neste tópico serão apresen-

tados alguns conceitos relacionados à praça em uma acepção comercial da palavra.

A palavra "praça" para fins comerciais, com sentido mais amplo que uma praça (espaço físico), tem origem no art. 32 do Código Comercial de 1850[1], que assim estabelecia:

> Praça do comércio é não só o local, mas também a reunião dos comerciantes, capitães e mestres de navios, corretores e mais pessoas empregadas no comércio.

De acordo com a definição contida no dicionário Michaelis, "praça" é o "*Lugar público onde se compram mercadorias postas à venda; feira, mercado; Conjunto das casas comerciais e bancárias de uma cidade*". Ou seja, a significação da palavra segundo o dicionário possui a extensão territorial de um município.

A expressão "praça" para fins comerciais também foi utilizada na antiga lei do cheque que, nas palavras de Fabio Ulhôa Coelho[2] também alcança a extensão de um município

> "Entende-se por cheque da mesma praça, para fins de definição do prazo de apresentação, aquele em que o local designado como sendo o de emissão é o mesmo município onde se encontra a agência pagadora do sacado".

Rubens Requião trouxe em sua obra "Curso de direito comercial"[3] uma diferenciação entre o vendedor "pracista" e o "vendedor viajante", no qual destacava que o "pracista visita a clientela da cidade" e o "vendedor viajante se desloca numa região às vezes extensa para visitar a clientela". Por via indireta, na interpretação de Requião o conceito de "praça" estaria também atrelado ao espaço geográfico de um município.

Joel de Menezes Niebuhr assim conceituou "praça" no contexto das licitações e contratos da Administração Pública em seu livro "Licitação Pública e Contrato Administrativo"[4] como sendo os municípios que estão inseridos dentro de uma determinada região:

---

1 https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm

2 COELHO, Fábio Ulhôa. Direito comercial. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 315

3 REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. I, p. 152

4 NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 6. ed. Belo Horizonte: Forum, 2023.

> (…) conceito de praça não é definido pela Lei. Nada obstante, cumpre apreender o vocábulo praça em vista de municípios que sejam vizinhos e cujas atividades comerciais sejam integradas, mesmo em virtude da continuidade dos respectivos núcleos urbanos. A praça abrange, por corolário, os municípios que integram a mesma região metropolitana, micro-região ou aglomerado urbano.

Por sua vez, Diógenes Gasparini em sua obra "Direito Administrativo"[5] apresenta um entendimento de que praça comercial será determinada conforme o valor do contrato que virá a ser celebrado, variando quando se tratar de convite, tomada de preços ou concorrência. No caso da modalidade de licitação por concorrência, Gasparini entende que a "praça" pode ser entendida até como o país.

Em 30 de novembro de 1981 foi publicado o Parecer Normativo nº 44 da Coordenação do Sistema de Tributação (CST) da Receita Federal, no qual tratou especificamente do tema em debate e trouxe a seguinte redação no seu item 6:

> 6. Registram os Dicionários da Língua Portuguesa que mercado, convencionalmente, significa a referência feita em relação à compra e venda de determinados produtos.
> 6.1. Isto significando, por certo, que numa mesma cidade, ou praça comercial, o mercado atacadista de determinado produto, como um todo, deve ser considerado relativamente ao universo das vendas que se realizam naquela mesma localidade, e não somente em relação àquelas vendas efetuadas por um só estabelecimento, de forma isolada.

Apesar desse antigo posicionamento da Receita Federal, a Coordenação Geral de Tributação (COSIT), por intermédio da Solução de Consulta Interna (SCI) nº 8 de 13 de junho de 2012 se manifestou da seguinte forma:

> 9. Ou seja, existindo diversos estabelecimentos atuantes no mercado atacadista, não será válida a determinação do valor tributável mínimo tomando por base o preço praticado por apenas um estabelecimento, isoladamente considerado. Deve-se levar em conta "o mercado atacadista de determinado produto, como um todo".
> 9.1. Agora, se "o mercado atacadista de determinado produto, como um todo", possui um único vendedor, é inevitável que o valor tributável mínimo seja determinado a partir das vendas por este efetuadas. Nem por isso tais operações de compra e venda por atacado deixarão de caracterizar a existência de um "mercado atacadista", possibilitando, portanto, a aplicação da regra estatuída no inciso I do art. 195 do RIPI/2010.

5 GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 1993, p.337

> 9.2. Assim, o valor tributável mínimo aplicável às saídas de determinado produto do estabelecimento industrial que o fabrique, e que tenha na sua praça um único distribuidor, dele interdependente, corresponderá aos próprios preços praticados por esse distribuidor único nas vendas que efetue, por atacado, do citado produto.
> 10. Dessa forma, as operações realizadas por este estabelecimento corresponderão ao "universo das vendas" a que se refere o Parecer Normativo CST nº 44, de 1981, e tais operações de compra e venda configurarão o "mercado atacadista" de que trata o inciso I do art. 195 do RIPI/2010.

Sintetizando, a SCI nº 8/2012 destaca que, havendo um único distribuidor no mercado atacadista, o VTM corresponderá aos preços praticados por esse distribuidor único. Entretanto, se houver mais de um distribuidor do mesmo produto, este não poderá se basear nos preços praticados por apenas um desses distribuidores atacadistas.

Denota-se de todos os apontamentos pregressos que há entendimentos díspares a respeito do conceito de "praça" não só na literatura doutrinária quanto na jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), que será detalhado mais adiante. Entretanto, relevante apresentar o posicionamento exposto pelo Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, na qualidade de relator do processo nº 1019861-18.2022.4.01.0000, em julgamento do Agravo de Instrumento, assim dispôs:

> Ademais, conforme afirma a agravada no processo de origem, a conceituação de mercado ou praça deve acompanhar as transformações da realidade econômica e social e hoje, com a globalização, e, especialmente, com o mercado eletrônico, o conceito de praça assume conotação completamente distinta, podendo referir-se a determinado país, região, continente, com características peculiares, tais como o mercado europeu da Comunidade Europeia ou asiático, ou mesmo, o mundo todo de forma globalizada.
> Dessa forma, a agravante, pessoa jurídica do ramo de cosméticos. com faturamento anual de quase 50 milhões de reais, e cujos produtos são comercializados em todo o território nacional por meio de suas interdependentes, não pode pretender restringir o termo praça previsto no art. 195, I, do Decreto 7.212/2010 somente ao Município de Pombos-PE, que possui população estimada pelo IBGE em 27 mil habitantes e que não constitui todo o mercado consumidor da agravante.

Portanto, me alinhando com as colocações do Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa, o conceito de "praça" deve ser analisado e interpretado de acordo com a época e o tipo de operações mercantis que serão negociadas. Seguramente, a realidade econômica e o merca-

do globalizado e digitalizado dos dias atuais possuem características próprias e distintas das relações comerciais que ocorriam há vinte ou trinta anos atrás, mais diferentes ainda daquelas praticadas no século XIX. Nesta linha de raciocínio a "praça" com fins comerciais poderá ter dimensões que inclusive podem ultrapassar os limites de um país.

Diante das colocações e interpretações apresentadas, notadamente não há uma congruência no entendimento a respeito do significado do termo "praça", o que levou a diversas interpretações e aplicações do conceito por parte da Administração Tributária Federal ao longo dos anos, especialmente quando dos julgamentos dos processos no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. A jurisprudência do CARF sobre essa matéria nunca foi pacífica, havendo julgamentos pelo voto de qualidade e por maioria de votos, e identificado um único julgamento que foi decidido por unanimidade de votos.

Diante dos grandes desafios enfrentados nessas divergências de interpretação, o Congresso Nacional editou a Lei nº 14.395/22 que inseriu o art. 15-A na Lei nº 4.502/64 que assim dispõe:

> Para os efeitos de apuração do valor tributável de que tratam os incisos I e II do caput do art. 15 desta Lei, considera-se praça o Município onde está situado o estabelecimento do remetente.

A questão posta e debatida nos julgamentos do CARF posteriores a Lei nº 14.395/2022 é no sentido de que a referida lei surgiu para criar um novo conceito de "praça" ou como uma lei eminentemente interpretativa?

Antes de procedermos uma avaliação técnica, doutrinária e jurisprudencial da questão posta, relevante indicar que o Presidente da República vetou essa proposição legislativa através da Mensagem de Veto Total nº 489/2021 por entender que estaria contrariando o interesse público em face da insegurança jurídica e o descompasso com o entendimento aplicado pela 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais que, por maioria de votos, havia definido que o conceito de "praça" não se limitaria ao de um Município. Posteriormente o Congresso Nacional derruba o veto e promulga a Lei nº 14.395/2022.

Para verificação da retroatividade de uma lei, inicia-se a análise jurídica trazendo o que dispõe o art. 106 do Código Tributário Nacional, no qual determina que uma lei será aplicada a ato ou fato pretérito quando for expressamente interpretativa.

Obedecendo os ditames contidos nas normas gerais do direito tributário, algumas leis que tratam de matérias tributárias contiveram em sua redação termos que indicavam expressamente que se tratava de uma norma interpretativa. A título de exemplo, pode-se citar as Leis nºs 12.995/2014 e 14.173/2021 que trouxeram a redação "para efeitos de interpretação" em seu conteúdo. Indubitavelmente, o conteúdo das referidas leis possuía um cunho interpretativo das normas nelas indicadas.

Destaque-se ainda que existe a possibilidade de determinada norma legal conter a mencionada expressão "para efeitos de interpretação", mas que o seu conteúdo venha a inovar determinada matéria no mundo jurídico, como foi o caso da Lei Complementar nº 118/2005 que, embora tenha se autoproclamado interpretativa, trouxe uma inovação normativa ao reduzir o prazo para repetição ou compensação de indébito de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Esse caso gerou uma discussão jurídica, alcançando o Supremo Tribunal Federal (STF) e culminando no julgamento do RE nº 566.621/RS, com decisão em 04/08/2011 no sentido de que a mencionada Lei Complementar se tratava de uma lei nova, não interpretativa.

Portanto, no entendimento deste autor e respeitando posições divergentes, não havendo previsão expressa na Lei nº 14.395/2022 que a adoção do novo conceito de "praça" é meramente interpretativo, não há que se falar em retroatividade desta nova disposição legal.

Considerando as análises do conceito de "praça" e da retroatividade das novas disposições contidas na Lei nº 14.395/2022 e a sua aplicação na apuração do VTM, não menos importante apresentar a jurisprudência recente do CARF sobre ambas as situações.

4. O VTM E A JURISPRUDÊNCIA DO CARF

A questão principal posta neste artigo tem sido objeto de intensas discussões no âmbito dos julgamentos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Alguns julgados foram no sentido de que "praça" não tem a necessária identidade com as configurações geopolíticas, especialmente a de um Município. Este entendimento encontra-se consubstanciado nos Acórdãos nº 9303-015.075 e 3401-012.915, em julgamentos realizados em abril de 2024.

Em sintonia com a imparcialidade nos julgamentos do CARF, no Acordão nº 3402-011.381, também proferido no ano de 2024, o colegiado entendeu, por unanimidade de votos, que "praça" é o Município onde está situado o estabelecimento do remetente. O referido julgado adotou o entendimento de que o objetivo do legislador foi para elucidar as controvérsias do tema. Apesar de o julgamento ter sido proferido por unanimidade de votos, alguns Conselheiros da 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento revisaram seus posicionamentos em julgamentos posteriores.

A 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento do CARF no Acórdão nº 3102-002.738, também decidindo pelo voto de qualidade, ressalta que o conceito de "praça" está atrelado a "mercado" que não tem a necessária identidade com as configurações geopolíticas, em especial a de um Município. Reforça as disposições contidas na Solução de Consulta nº 8/2012 que, havendo um único estabelecimento distribuidor, o VTM aplicável será aquele praticado por esse. No que concerne a retroatividade da nova disposição inserida pela Lei nº 14.395/2022, o voto condutor também se alinha ao entendimento de houve a criação de um novo conceito de "praça" sem que tenha havido qualquer menção a efeitos retroativos.

Em 13 de fevereiro de 2024, decidindo pelo voto de qualidade, no Acórdão nº 9303-014.772 o colegiado entendeu que "praça" não representa o Município onde está estabelecido a Contribuinte, mas qualquer outro ponto do território nacional. Destaque-se que os Conselheiros Oswaldo Gonçalves de Castro Neto e Tatiana Josefovicz Belisário entenderam que o conceito de "praça" passou a ser atrelado a "município" a partir da Lei nº 14.395/2022, com caráter interpretativo e aplicável a casos anteriores. Já os Conselheiros Alexandre Freitas Costa e Cynthia Elena de Campos entenderam que o conceito de "praça" sempre foi atrelado a "município", não tendo a Lei nº 14.395/2022 alterado essa questão.

Percebe-se, notadamente, que os entendimentos recentes sobre o conceito de "praça" encontram-se divergentes e diversos conforme decisões proferidas em cada colegiado deste e. Tribunal Administrativo. Contudo, tem prevalecido nos acórdãos do CARF que as disposições inseridas pela Lei nº 14.395/2022 não possuem caráter interpretativo, não podendo, por conseguinte, retroagirem para alcançar fatos pretéritos a sua entrada em vigor.

5. CONCLUSÃO

Conclui-se que o conceito de "praça" para fins de atribuição do valor tributável mínimo na venda de produtos que derem saída de estabelecimento industrial pode ser considerado, para parte da doutrina e da jurisprudência, como sendo restrito à localidade de um município. Entretanto, para outra parte da doutrina e da jurisprudência, na qual me filio, a extensão territorial que vai delimitar a "praça" em uma operação mercantil, especialmente quando considerada a realidade econômica e o mercado globalizado e digitalizado dos dias atuais, pode ser entendida como sendo os limites de um município, de um estado federativo ou mesmo o próprio Brasil como um todo.

Inconteste que a partir de 8 de julho de 2022 o art. 15-A da Lei nº 4.502/64, inserido pela Lei nº 14.395/22, determinou que, para efeitos de apuração do VTM, considera-se "praça" o Município onde está situado o estabelecimento do remetente. Contudo, tal disposição não pode ser considerada interpretativa para retroagir e alcançar atos e fatos pretéritos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal. **Parecer Normativo CST no 44**, de 23 de novembro de 1981. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 30 nov. 1981. Não paginado. Disponível em:[https://normasinternet2.receita.fazenda.gov.br/#/consulta/externa/125956/visao/original]. Acesso em: 04/08/2025.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal. **Solução de Consulta Interna no 8**, de 13 de junho de 2012. Disponível em: [https://www.normaslegais.com.br/legislacao/sci-8-2012.htm]. Acesso em: 04/08/2025.

———. Presidência da República. **Decreto no 7.212**, de 15 de junho de 2010. Regulamenta a cobrança, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 jun. 2010. Não paginado. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7212.htm]. Acesso em: 04.08.2025.

———. Presidência da República. **Lei no 556**, de 25 de junho de 1850. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm]. Acesso em: 04.08.2025.

———. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Agravo de Instrumento 1019861-18.2022.4.01.0000**, j. 18.08.2022, *DJe* 18.08.2022, rel.

Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa. Agravante: VIDFARMA INDUSTRIA DE MEDICAMENTOS LTDA. Agravado: Fazenda Nacional. Disponível em: https://pje2g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=52684cc4a24dad906d2e31a02dcadd9555cb5b3980c2eb2f5bb3a91b9077b15893f154ac3a01a7640cd3a1028ef1d3f77ac29ade6db9fe04&idProcessoDoc=253792045. Acesso em: 04.08.2025.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Direito comercial**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1993.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA POR INVESTIDOR ESTRANGEIRO: ANÁLISE COMPARATIVA DOS CRITÉRIOS PARA AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO COM UTILIZAÇÃO DE "EMPRESA-VEÍCULO" NA JURISPRUDÊNCIA DO CARF E DO STJ

MARIA CAROLINA MALDONADO MENDONÇA KRALJEVIC

Doutora em Direito Tributário pela PUC-SP. Mestre em Direito Tributário pela PUC-SP. Especialista em tributação internacional pelo IBDT. Conselheira da 1ª Turma da Câmara Superior do CARF. Contadora e advogada (licenciada).

SUMÁRIO: Introdução; 1. Breve evolução normativa acerca da amortização fiscal do ágio; 2. Critérios para a amortização fiscal do ágio com utilização de "empresa-veículo"; 3. O caso da aquisição de participação societária com ágio por investidor estrangeiro; Conclusões; Bibliografia

INTRODUÇÃO

Na amortização fiscal do ágio com utilização das chamadas "empresas-veículo", a adquirente, que pode ser uma empresa localizada no Brasil ou no exterior, transfere recursos para sua controlada, situada no Brasil, por meio de integralização de capital ou constituição de dívida, para que essa adquira participação societária em empresa brasileira com ágio por expectativa de rentabilidade futura. Após a aquisição, comumente, a adquirida incorpora a adquirente, ou vice-versa, e, com a confusão patrimonial[1], surge a possibilidade de o ágio por expectativa de rentabilidade futura ser amortizado para fins fiscais à razão de até 1/60 por mês, nos termos do inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532/1997.

Quando isso ocorre, comumente, a Receita Federal do Brasil glosa as despesas com ágio com base, principalmente, nos argumentos de artificialidade da "empresa-veículo" e ausência de confusão patrimonial entre a investida e a dita "real investidora", isto é, aquela que acreditou na mais valia do investimento, elaborou eventuais estudos de rentabilidade futura, decidiu pela aquisição da participação societária e desembolsou originariamente os recursos empregues. E a exigência de IRPJ e da CSLL decorrente da glosa de tais despesas, com frequência, vem acompanhada de multa de ofício qualificada de 100% ou 150%, se houver reincidência, do valor dos tributos em razão da imputação de fraude ou sonegação.

No âmbito judicial, ainda são poucos os julgados acerca da amortização fiscal do ágio com utilização de "empresa-veículo", sendo que, no Superior Tribunal de Justiça ("STJ"), há dois importantes precedentes sobre o tema: o Recurso Especial ("Resp") nº 2.026.473/SC, de Relatoria do Ministro Gurgel de Faria, julgado pela Primeira Turma em 05.09.2023 ("Caso Cremer"), e o Resp nº 2.152.642/RJ, de Relatoria do Ministro Franciso Falcão, julgado pela Segunda Turma em 06.11.2024 ("Caso Joana D'Arc").

No Caso Cremer se concluiu, dentre outros, que o uso de "empresa-veículo", por si só, não impede que o ágio seja amortizado para fins fiscais, sendo necessária a análise das características de cada operação. No Caso Joana D'Arc, por sua vez, embora a conclusão seja

1 Nos termos da legislação, a confusão patrimonial pode ocorrer, ainda, por meio de eventos de fusão ou cisão.

desfavorável à tese dos contribuintes, o caso tem uma peculiaridade, que será explorada detalhadamente adiante: a análise realizada pelos Ministros partiu da premissa de que "a operação societária promovida pela recorrida de fato teve por objeto a criação de pessoa jurídica sem correspondência econômica no mundo real".

Esse exame casuístico das operações que envolvem a amortização fiscal do ágio com uso de "empresa-veículo", já é, há muito, realizado pelo CARF. Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho é extrair os critérios contidos nos Recursos Especiais de números 2.026.473/SC e nº 2.152.642/RJ e na jurisprudência atual da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais ("CSRF") do CARF acerca da amortização fiscal do ágio na aquisição de participação societária por investidor estrangeiro. E, ao final, comparar as balizas traçadas pelo STJ com as circunstâncias fáticas que comumente levam os julgadores da 1ª Turma da CSRF a concluir pela insubsistência dos lançamentos de IRPJ e CSLL sobre o tema.

1. BREVE EVOLUÇÃO NORMATIVA ACERCA DA AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO

A evolução normativa da amortização fiscal do ágio com base em expectativa de rentabilidade futura pode ser dividida em três grandes marcos: (i) Decreto-lei nº 1.598/1977; (ii) Lei nº 9.532/1997; e (iii) Lei nº 12.973/2014.

O Decreto-lei nº 1.598/1977, que introduziu o tema em nosso ordenamento jurídico[2], tratou dos efeitos fiscais do ágio por expectativa de rentabilidade futura da seguinte forma: (i) na aquisição do investimento, o custo de aquisição deveria ser desdobrado, sendo o ágio uma das parcelas que o compõe, sem qualquer consequência tributária (art. 20); (ii) na manutenção do investimento, eventuais alterações contábeis no valor do ágio não afetariam o lucro real, de forma que, caso o ágio fosse deduzido na apuração do lucro contábil, deveria ser adicionado na apuração do IRPJ (art. 25); (iii) na alienação ou liquida-

2 Como explica Eliseu Martins, "até 1977, não se aplicava sequer a equivalência patrimonial, e todo o valor pago na aquisição de participações societárias (incluindo o goodwill) era apresentado simplesmente como parte do custo dos Investimentos, que eram mostrados sem qualquer detalhamento". (MARTINS, Eliseu. Goodwill: baixa, amotização ou impairment? E quando originado do passivo. In Revista Fipecafi de Contabilidade, Controladoria e Finanças. v 1, n. 1, 2020, p. 11)

ção do investimento, o ágio seria considerado na apuração do ganho ou perda de capital, ainda que, contabilmente, tivesse sido baixado (art. 34). Além disso, (iv) na hipótese de incorporação, fusão ou cisão envolvendo investidora e investida, alguns contribuintes passaram a amortizar o ágio na apuração do lucro real, independentemente de seu fundamento, no prazo de até 10 anos, com arrimo no art. 34 do Decreto-lei nº 1.598/1977[3].

Posteriormente, o art. 7º da Lei nº 9.532/1997 autorizou a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, a amortizar o valor do ágio por expectativa de rentabilidade futura à razão de até 1/60 por mês[4]. Além disso, o art. 8 da referida norma esclareceu que a possibilidade de amortização do referido ágio se aplica ainda que a empresa incorporada, fusionada ou cindida seja aquela que detenha a participação societária.

Note-se que a Lei nº 9.532/1997 não alterou nenhum dispositivo do Decreto-lei nº 1.598/1977, mas, sim, regulou expressamente a possibilidade de amortização fiscal do ágio quando houvesse confusão patrimonial entre investidora e investida. Muito se diz acerca dos objetivos que levaram à publicação da Lei nº 9.532/1997[5], mas da exposição de motivos da Medida Provisória nº 1.602/1997, convertida na referida norma, consta que as alterações tinham por fim coibir os "planejamentos tributários" por meio dos quais empresas deficitárias eram adquiridas com ágio "com a finalidade única de gerar ganhos de natureza

3 Sobre o tema: SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo: Dialética, 2012, p. 66.

4 Em sua redação original, a Lei nº 9.532/1997 determinava que a amortização fiscal do ágio deveria ocorrer nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados em até dez anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão. Tal previsão, entretanto, foi revogada pela Lei nº 9.718/1998.

5 Há quem sustente que o objetivo era incentivar investimentos no processo de privatização no âmbito do Programa Nacional de Desestatização – PND (MEIRA, Thaís de Barros; FARO, Maurício Pereira. A Jurisprudência do CARF sobre o Aproveitamento do Ágio e as Alterações Introduzidas pela Medida Provisória nº 627. In *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*, 5º volume, São Paulo: Dialética, 2014, p. 261). A Instrução Normativa CVM nº 319/1999 inclusive adota o termo "benefício fiscal" a se referir ao ágio amortizável com base na legislação tributária.

tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária"[6].

Por fim, o regramento fiscal do ágio sofreu consideráveis alterações com a publicação da Lei nº 12.973/2014, editada, principalmente, para regular os efeitos fiscais decorrentes da convergência das normas contábeis brasileiras aos padrões internacionais. A partir de então, diversas questões polêmicas passaram a ser tratadas pela legislação, como (i) a vedação à dedutibilidade do ágio interno; (ii) a determinação de que o ágio com base em expectativa de rentabilidade futura fosse o valor residual, após a alocação da contraprestação paga pelo investimento ao valor do patrimônio líquido e à mais-valia dos ativos da investida; e (iii) a exigência de demonstração da mais ou menos-valia dos ativos por meio de laudo elaborado por perito independente a ser protocolado na Receita Federal ou registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos até o último dia do décimo terceiro mês subsequente ao da aquisição da participação societária.

Apesar de o ágio amortizado com emprego de "empresa-veículo" ser, há muito, fonte de controvérsias, a novel legislação nada dispôs sobre o tema, permanecendo incólume os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, que se limitam a exigir que uma pessoa jurídica absorva patrimônio de outra, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, ou vice-versa, para que possa ocorrer a referida amortização fiscal. O silencio do legislador, por um lado, prolonga a insegurança jurídica que ronda o tema e, por outro, reforça o entendimento de que não há na legislação proibição à utilização de empresas holding para adquirir investimentos com ágio – o que, como se verá a seguir, da margem ao estabelecimento de critérios pela jurisprudência para autorizar a amortização fiscal do ágio com utilização de empresa-veículo.

2. CRITÉRIOS PARA A AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO COM UTILIZAÇÃO DE "EMPRESA-VEÍCULO"

A Primeira Turma do STJ, no Recurso Especial nº 2.026.473/SC, deu parcial provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, tão-só para afastar a multa imposta em face da interposição dos embargos de declaração, mantendo integralmente a decisão recorrida que au-

6 Disponível em https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/14400?sequencia=337, p. 18023, acesso em 18.01.2024.

torizou a amortização fiscal do ágio. Ao fazê-lo, o Tribunal analisou tanto operação de ágio entre partes relacionadas realizada antes de 2014, como aquisição de participação societária com ágio com emprego de "empresa-veículo". No que se refere ao último ponto, o STJ entendeu, em resumo, que (i) a rejeição apriorística do emprego de "empresa-veículo" contraria o disposto no §3º do art. 2º da Lei n. 6.404/1976, que faculta a criação de holding "como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais"; (ii) não há proibição legal para que uma sociedade empresária seja criada como "veículo" para facilitar a realização de um negócio jurídico; e (iii) compete ao Fisco demonstrar, caso a caso, a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que o emprego de "empresa-veículo" para amortização fiscal do ágio já seria abusiva.

No Recurso Especial nº 2.152.642/RJ, por sua vez, a Segunda Turma do STJ, nos termos do voto do Ministro Francisco Falcão, parte da premissa de que se trata de um ágio artificial, gerado em uma operação entre partes relacionadas e cuja amortização foi realizada com o emprego de uma "empresa-veículo" "sem correspondência econômica no mundo real". Caso sejam pinçados trechos do acórdão e considerados de forma descolada da premissa fixada, o "Caso Joana D'Arc" pode ser interpretado como uma vedação absoluta à utilização de "empresa-veículo" em aquisições de participação societária com ágio.

Exemplificativamente, pode-se citar a afirmação, contida na página 17 do voto, no sentido de que "os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997 foram inseridos no ordenamento jurídico pelo legislador com o fim específico de coibir a prática de planejamentos tributários abusivos", isto é, aqueles em que uma empresa superavitária adquire com ágio uma empresa deficitária, para posterior incorporação, "sem que houvesse um propósito negocial que não fosse a geração de ganhos de natureza tributária". Ainda mais grave é o entendimento no sentido de que, não obstante o cidadão tenha liberdade de contratar e de auto-organizar seus negócios, deve-se coibir o "abuso no exercício de direitos", assim entendido, nos termos da doutrina citada no acórdão, como o ato praticado dentro dos limites do direito subjetivo, mas que é contrário ao direito "enquanto corpo de regras sociais obrigatórias". E, adiante, complementa que o abuso de direito, "para que seja considerado antijurídico, demanda, para além da utilização de um instituto para fins aos quais o ordenamento não o destina, que esta utilização afete direito de terceiros, ainda que não haja a intenção de prejudicar por

parte daquele que o exerce". Por fim, e ainda com relação ao abuso de direito, o acórdão é categórico no sentido de que "o abuso de direito no caso encerra violação dos primados da capacidade contributiva, em sua condição de corolário da própria isonomia".

Assim, se analisados isoladamente, sem se considerar a premissa de que se trata de uma operação artificial, diversos trechos do "Caso Joana D'Arc" podem ser utilizados para coibir a amortização fiscal do ágio em operações legítimas, com a exigida fundamentação econômica e o atendimento aos demais requisitos contidos na legislação. E, por essa razão, é indispensável que o acórdão seja interpretado considerando a peculiaridade do caso subjacente, sobre a qual se firma todo o racional nele contido. E, considerando o inteiro teor do acórdão e as circunstâncias do caso subjacente, especificamente no que se refere à utilização de empresa-veículo, o Recurso Especial nº 2.152.642/RJ parece vedar a amortização fiscal do ágio nas situações em que a empresa tem existência apenas formal, sem real operacionalidade, tendo sido criada apenas para que servisse de trânsito de ágio.

No âmbito do CARF e, em especial, da 1ª Turma da CSRF, vigem três correntes acerca da possibilidade de amortização fiscal do ágio com utilização de "empresa-veículo": a *primeira corrente*, que entende pela impossibilidade absoluta de amortização fiscal do ágio; a *segunda corrente*, que reconhece a possibilidade de amortização a depender das circunstâncias do caso concreto; e a *terceira corrente*, que quase sempre admite a amortização fiscal do ágio em tal situação.

Os defensores da *primeira corrente*[7] examinam a amortização fiscal do ágio, em um primeiro momento, a partir da regra geral de dedutibilidade, contida no art. 47 da Lei nº 4.506/1964 e replicada no art. 299 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000/1999 ("RIR/99"), e concluem que nas "operações especialmente construídas, mediante inclusive utilização de empresas de papel, de curtíssima duração, sem funcionários ou quadro funcional incompatível, com capital social mínimo", as despesas não dispõem dos atributos de normalidade ou usualidade exigidos pela legislação. Em seguida, com base nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, entendem que a norma "se dirige à pessoa jurídica investidora originária, aquela

7 Nesse sentido é, por exemplo, o Acórdão nº 9101-004.498, comumente invocado pelos defensores da *primeira corrente*, julgado em 06.11.2019, de Relatoria da Conselheira Amélia Wakako Morishita Yamamoto, mas cujo redator designado para o voto vencedor foi o Conselheiro André Mendes de Moura.

que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição", de forma que a confusão patrimonial entre a "empresa-veículo" e a investida não se subsome à hipótese prevista pelo legislador, donde a impossibilidade de amortização fiscal do ágio. Ou seja, ainda que a "empresa-veículo" não seja uma empresa de papel, os adeptos à *primeira corrente* mantêm a glosa da despesa com ágio com base na denominada "tese do real adquirente".

Para os defensores da *terceira corrente*[8], o planejamento tributário, assim entendido como a tentativa legítima de buscar economia de tributos, somente não será oponível ao fisco quando comprovada a ocorrência de simulação ou fraude. Nos julgados mais recentes, invoca-se o voto condutor da Ministra Cármen Lucia, na ADI nº 2.446, para reforçar o argumento de que "a norma não proíbe o contribuinte de buscar, pelas vias legítimas e comportamentos coerentes com a ordem jurídica, economia fiscal, realizando suas atividades de forma menos onerosa".

Na análise da artificialidade da "empresa-veículo", parte-se da premissa de que as holdings são sociedades que têm por objeto social a participação em outras empresas, como autoriza o §3º do art. 2º da Lei nº 6.404/76, de forma que, ao contrário do que ocorre com empresas industriais, comerciais ou prestadoras de serviço, que exigem perenidade e estrutura física e operacional, "a prova da existência e objeto de uma *holding* se dá justamente com seu ato constitutivo, inscrição perante o fisco e declarações dos sócios". Diante disso e considerando que não há na legislação proibição à utilização de empresas holding para adquirir investimentos com ágio, concluem os julgadores dessa corrente pela sua amortização fiscal desde que comprovada a existência da "empresa-veículo" a partir de seus atos constitutivos, pouco importando eventual duração efêmera ou inexistência de funcionários, registros contábeis ou outras operações.

Já no que se refere à exigência de confusão patrimonial entre a "real investidora" e a investida, os adeptos da *terceira corrente* ressaltam que o artigo 7º da Lei n° 9.532/1997 faz referência àquele que "detém" a participação societária adquirida com ágio – e não ao supridor dos recursos – e, assim, a "real investidora" é a pessoa que recebe o bem em troca do pagamento do preço, que, no caso, pode ser uma

8 Exemplo recente da terceira corrente é o Acórdão nº 9101-006.787, julgado em 06.11.2023, de Relatoria do Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli.

"empresa-veículo". Com isso, rechaçam os fundamentos frequentemente invocados pelas Autoridades Fiscais para glosar as despesas com ágio gerado em aquisição de participação societária com uso de "empresa-veículo".

Ainda nessa corrente, há quem defenda que, embora a utilização de empresa-veículo seja possível, já que "a integralização de capital em empresa dita 'veículo' faz com que os valores integralizados passem a pertencer a tal empresa", é preciso que a aquisição da participação societária tenha sido efetivamente realizada pela "empresa-veículo" – e não por sua controladora[9].

Como se sabe, o CARF é um órgão colegiado, paritário, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, composto por "conselheiros representantes da Fazenda Nacional" e "conselheiros representantes dos contribuintes", na terminologia adotada pelo Decreto nº 70.235/1972, que será aqui adotada. Em razão principalmente da formação acadêmica e experiência profissional prévia, é comum encontrar, nos adeptos da *primeira corrente*, "conselheiros representantes da Fazenda Nacional" e, dentre os que defendem a *terceira corrente*, "conselheiros representantes dos contribuintes". Nesse cenário, quando se trata da amortização fiscal de ágio com utilização de "empresa-veículo", com frequência, são os julgadores partidários da *segunda corrente*, considerada intermediária, que definem o resultado do julgamento.

Na s*egunda corrente*, afasta-se a aplicação direta da "tese do real adquirente", defendida pela *primeira corrente*, e analisa-se as circunstâncias do caso concreto com maior rigidez do que na *terceira corrente*, já que não basta que se prove a existência da holding, o fato de a aquisição da participação societária ter sido por ela realizada e a ausência de simulação ou fraude. Assim, os julgadores adeptos da *segunda corrente* examinam a "existência de fato (ou não) da empresa-veículo interposta no negócio para viabilizar a amortização do ágio", bem como a sua utilidade no negócio, de forma que, caso verificado que seu único propósito seja a redução de carga tributária da empresa investida, será mantida a glosa da despesa.

---

9 Foi o que levou a Relatora a converter o julgamento em diligência na Resolução n.º 9101-000.122, para verificar a afirmação contida no Termo de Verificação Fiscal de que parte dos pagamentos pela aquisição da participação societária foi realizada diretamente da controladora da "empresa-veículo" para os vendedores, em especial se houve contabilização de tais pagamentos na "empresa-veículo" (j. em 05.04.2024, Rel. Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic).

No Acórdão nº 9101-006.787[10], por exemplo, deu-se provimento ao recurso especial do contribuinte por maioria, sendo que, três conselheiros acompanharam integralmente o voto do relator, adepto da *terceira corrente*, dois o fizeram pelas conclusões, um dos que acompanhou pelas conclusões apresentou declaração de voto indicando sua filiação à *segunda corrente*. Nos termos da referida declaração de voto, a "empresa-veículo" ficou ativa durante dois exercícios, manteve contas bancárias e reconheceu receitas financeiras, além daquelas decorrentes do investimento adquirido com ágio, o que demonstra sua existência de fato. No que se refere à utilidade da "empresa-veículo" no negócio, entendeu o julgador que "inexistindo qualquer elemento e mesmo acusação direta de que tal pacto teria sido simulado, descabe ao Fisco questionar a estrutura negocial adotada para afastar seus efeitos fiscais".

Apresentadas as balizas firmadas pelo STJ, bem como os fundamentos das três principais correntes defendidas pelos julgadores da 1ª Turma da CSRF do CARF acerca da amortização fiscal do ágio com utilização de "empresa-veículo", examinaremos, a seguir, a posição dos órgãos especificamente no que se refere aos casos de aquisição de participação societária com ágio por investidos estrangeiro, por meio da constituição de "empresa-veículo" no Brasil.

3. O CASO DA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA COM ÁGIO POR INVESTIDOR ESTRANGEIRO

Nos processos em que se discute a amortização fiscal do ágio decorrente de aquisição de participação societária por investidor estrangeiro, a Autoridade Fiscal comumente alega que a constituição de "empresa-veículo" no Brasil seria a única forma para o investidor estrangeiro viabilizar a amortização fiscal do ágio no país, já que, do contrário, se a aquisição fosse realizada diretamente pela controladora no exterior, não haveria como "usufruir de tal benefício". Esse argumento pode ou não vir acompanhado da imputação de artificialidade à "empresa-veículo".

Os contribuintes, por sua vez, além de todos os fundamentos de praxe, encampados pela *terceira corrente*, sustentam que o emprego de "empresa-veículo" é fundamental para a realização do negócio, tendo

10 Julgado em 06.11.2023, Relator Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli.

em vista diversos entraves decorrentes da aquisição de participação societária no país por investidor estrangeiro, tais como a necessidade de disponibilização imediata de caixa, a impossibilidade de obtenção de financiamento local e a exigência negocial de abertura de conta bancária de caução ("escrow account").

O STJ, ao tratar do tema no Recurso Especial nº 2.026.473/SC, expressamente afirmou que, quando a investidora é empresa estrangeira, por razões práticas, **é ainda mais justificável a** utilização de uma "empresa-veículo" no país, vez que "confere mais segurança quanto à possibilidade de se valer da norma interna de dedução do ágio (o que não aconteceria se a incorporação fosse internacional); permite a negociação com base na moeda local; pode facilitar a realização de operações locais".

Não obstante a sinalização favorável do STJ, no âmbito da 1ª Turma da CSRF, a análise do tema segue sendo casuística e o resultado do julgamento igualmente depende daqueles julgadores adeptos à *segunda corrente*. No entanto, existem algumas circunstâncias específicas que, quando presentes, levam os julgadores do CARF a autorizar ou não a amortização do ágio na aquisição de participação societária por investidor estrangeiro.

No Acórdão nº 9101-006.940[11], por exemplo, por maioria de votos, negou-se provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, sendo que o único conselheiro "representante da Fazenda Nacional", que acompanhou o relator, o fez pelas conclusões e apresentou declaração de voto evidenciando sua adesão à *segunda corrente*. As peculiaridades fáticas que levaram o julgador a assim decidir foram, em resumo, as seguintes: (i) ausência de acusação fiscal de inexistência de fato ou existência simulada da "empresa-veículo", em que pese sua curta duração; (ii) registro contábil de receita financeira e despesas bancárias, fiscais e de assessorias jurídica, suportadas e pagas com recursos próprios da "empresa-veículo"; e (iii) existência de outras pessoas jurídicas controladas pelo investidor estrangeiro, que poderiam realizar a aquisição da participação societária com ágio com os mesmos efeitos fiscais daqueles verificados na "empresa-veículo".

11 Julgado em 07.05.2024, Relatora Edeli Pereira Bessa, Redator designado para o voto vencedor Luis Henrique Marotti Toselli.

Da mesma forma, no Acórdão nº 9101-007.053[12], os julgadores, por maioria, votaram por dar provimento ao recurso especial do contribuinte, sendo que os dois conselheiros "representantes da Fazenda Nacional", que acompanharam o voto vencedor, o fizeram pelas conclusões. Nos termos da declaração de voto apresentada por um deles, a acusação de fraude e simulação trazida pela Autoridade Fiscal foi rechaçada tanto pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento ("DRJ"), como pela Turma Ordinária do CARF, não subsistindo no plano jurídico. Além disso, a efemeridade da "empresa-veículo" não importou ao julgador, tendo em vista que sua utilização foi neutra do ponto de vista tributário, já que o investidor estrangeiro já atuava no Brasil por meio de uma empresa operacional e o mesmo resultado seria alcançado na hipótese de a aquisição da participação societária se dar por tal pessoa jurídica.

Por outro lado, no Acórdão nº 9101-006.897[13], contemporâneo ao Acórdão nº 9101-006.940 acima tratado e julgado, em sua maioria, pelos mesmos conselheiros, concluiu-se pela impossibilidade de amortização fiscal do ágio em operação de aquisição de participação societária por investidor estrangeiro com uso de "empresa-veículo". Isso porque, nos termos do voto do relator, (i) todas as negociações para a aquisição da participação societária foram realizadas pelo investidor estrangeiro; (ii) os grupos estrangeiros contrataram a confecção do laudo da empresa alienada; (iii) os recursos advindos do exterior permaneceram por menos de um dia na "empresa-veículo" e foram repassados à alienante na forma de "antecipação contratual"; (iv) a empresa-veículo somente foi formalizada no momento de assinatura do acordo de compra e venda das ações; e (iv) inexistia qualquer **óbice operacional, regulatório ou** financeiro que tornasse necessária a constituição da "empresa-veículo".

Interessante que o relator do Acórdão nº 9101-006.897, que comumente se filia à *segunda corrente*, expressamente afirmou que, nas operações que envolvem diversos investidores estrangeiros, a constituição de empresa no Brasil, muitas vezes, se justifica em razão da necessidade de contratação de financiamento no país ou das dificuldades inerentes à concretização do negócio de forma individualizada com cada

12 Julgado em 09.07.2024, Relatora Edeli Pereira Bessa, Redatora do voto vencedor Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic.

13 Julgado em 03.04.2024, Relator Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

investidor estrangeiro – o que, entretanto, não ocorreu no referido caso, já que os recursos empregues na operação foram integralmente aportados pelos investidores estrangeiros, que, por sua vez, formaram um consórcio em uma empresa situada no Japão.

Por fim, no Acórdão nº 9101-006.789[14], negou-se provimento ao recurso especial do contribuinte por voto de qualidade, nos termos do voto da relatora. No entanto, dois julgadores a acompanharam pelas conclusões e, da declaração de voto apresentada por um deles - que, frise-se, segue a *segunda corrente* – se extrai que tal conclusão decorreu da constatação de que a "empresa-veículo foi inserida nas operações apenas no papel", vez que (i) os recursos provenientes da controladora no exterior foram imediatamente repassados aos vendedores, não havendo que se falar na necessidade de disponibilidade de recursos no país; (ii) inexistem provas de que a "empresa-veículo" tenha participado das negociações para a aquisição da participação societária e os prazos envolvidos evidenciam que não houve, de fato, qualquer atuação; (iii) a duração da "empresa-veículo" foi efêmera e nela não há registros contábeis que seriam comuns a qualquer tipo de empresa; e (iv) não foram comprovadas as alegadas situações que justificariam o emprego da "empresa-veículo".

CONCLUSÕES

Das decisões proferidas pela STJ se pode inferir que, desde que não haja comprovada artificialidade na operação, não há óbice à amortização fiscal do ágio com emprego de "empresa-veículo", o que é especialmente justificável no caso de investidor estrangeiro, já que a constituição de empresa no Brasil seria a única forma de se valer do previsto no artigo 7º da Lei nº 9.532/1997.

No âmbito do CARF, atualmente, é possível identificar na 1ª Turma da CSRF, basicamente, três correntes acerca da possibilidade de amortização fiscal do ágio com utilização das chamadas "empresa-veículo": a *primeira corrente*, que entende pela impossibilidade absoluta de amortização fiscal do ágio; a *segunda corrente*, intermediária, que reconhece a possibilidade de amortização a depender das circunstâncias do caso concreto; e a *terceira corrente*, mais permissiva, que quase sempre admite a amortização fiscal do ágio em tal situação.

14 Julgado em 06.11.2023, Relator Guilherme Adolfo dos Santos Mendes.

Como evidenciado acima, tendo em vista a composição e estrutura do CARF, é a posição dos julgadores adeptos da *segunda corrente* que define o resultado do julgamento. Para eles, é preciso examinar a existência de fato da "empresa-veículo", bem como sua utilidade no negócio, para se concluir acerca da possibilidade de amortização fiscal do ágio no caso concreto.

Especialmente nas operações que envolvem amortização fiscal do ágio decorrente de aquisição de participação societária por investidor estrangeiro, são características que, com frequência, importam à *segunda corrente* no julgamento favorável aos contribuintes: (i) a ocorrência (e subsistência) de acusação fiscal de inexistência de fato ou existência simulada da "empresa-veículo"; (ii) o registro contábil de receitas e despesas pela "empresa-veículo", ainda que relacionadas à aquisição da participação societária; (iii) a existência de outras pessoas jurídicas, controladas pelo investidor estrangeiro, que poderiam realizar a aquisição da participação societária com ágio com os mesmos efeitos fiscais daqueles verificados na "empresa-veículo"; e (iv) a verificação de necessidade de contratação de financiamento no país ou de dificuldades inerentes à concretização do negócio de forma individualizada com cada investidor estrangeiro.

Por outro lado, nos casos julgados de forma contrária aos contribuintes pelos filiados à *segunda corrente*, há a presença de alguns dos seguintes elementos: (i) realização das negociações e atos preparatórios para a aquisição da participação societária diretamente pelo investidor estrangeiro; (ii) efemeridade da "empresa-veículo" e/ou dos valores a ela transferidos para a aquisição da participação societária; (iii) inexistência de **óbice operacional, regulatório ou financeiro que tornasse necessária a constituição da "empresa-veículo"**.

Por fim, a análise de tais julgados do CARF corrobora o entendimento do STJ de que não há impedimento apriorístico à amortização fiscal do ágio com emprego de "empresa-veículo" quando não há artificialidade na operação. No entanto, especialmente nos casos de aquisição de participação societária com ágio por investidor estrangeiro, as razões invocadas pelo STJ para justificar a utilização de "empresa-veículo" não são, em sua maioria, compartilhadas pelos conselheiros do CARF cujo posicionamento define o resultado dos julgamentos sobre o tema.

BIBLIOGRAFIA

MARTINS, Eliseu. Goodwill: baixa, amotização ou impairment? E quando originado do passivo. In Revista Fipecafi de Contabilidade, Controladoria e Finanças. v 1, n. 1, 2020

MEIRA, Thaís de Barros; FARO, Maurício Pereira. A Jurisprudência do CARF sobre o Aproveitamento do Ágio e as Alterações Introduzidas pela Medida Provisória nº 627. In Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos), 5º volume, São Paulo: Dialética, 2014

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

DISTRIBUIÇÃO DE DIVIDENDOS E AJUSTE A VALOR JUSTO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

MAURÍCIO PEREIRA FARO

Advogado, graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), pós-graduado em Direito Tributário no Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET) e mestre em direito pela Universidade Gama Filho.

DANIEL LITWINCZUK LAMARCA

Advogado, graduado em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), pós-graduado em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro (FGV) e mestre em Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

SUMÁRIO: Introdução; 1. Conceito de ajuste a valor justo; 2. Tributação de AVJ conforme realização do ativo; 3. Distribuição de dividendos ainda que amparada em lucros decorrentes de ajuste a valor justo à luz da jurisprudência do CARF; Considerações finais; Referências

INTRODUÇÃO

A contabilidade contemporânea tem vivenciado significativas transformações, impulsionadas pela internacionalização das normas contábeis, notadamente os padrões do International Financial Reporting Standards ("IFRS"). Nesse contexto, destaca-se a introdução do conceito de valor justo (*fair value*), que alterou substancialmente a forma de mensuração dos ativos e passivos das entidades.

O ajuste a valor justo ("AVJ") reflete uma tentativa de aproximar a contabilidade à realidade econômica, substituindo métodos históricos por critérios baseados em preços de mercado. Em outras palavras: "*trata-se de um paradigma recente para o modelo contábil, que, superando a ideia de que ativos e passivos deveriam ser marcados pelo custo histórico de aquisição, passou a demonstrar o valor justo de ativos com imediata liquidez (como moeda estrangeira, ouro)*"[1].

No Brasil, o AVJ foi conceituado por meio do Comitê de Pronunciamentos Contábeis ("CPC") no pronunciamento técnico nº 46 (equivalente ao IFRS 13) como "*o preço que seria recebido pela venda de um ativo ou que seria pago pela transferência de um passivo em uma transação não forçada entre participantes do mercado na data de mensuração*".

Adequando-se ao padrão IFRS, o nosso país passou a prever essa nova forma de mensuração e evidenciação do patrimônio por meio da Lei nº 11.638/07, que alterou a Lei nº 6.404/76 ("Lei das S/A"), estando sujeito ao regime tributário de transição ("RTT"), nos termos do art. 16, da Lei nº 11.941/09. Com o advento da Lei nº 12.973/14, alterações significativas foram adotadas, principalmente no que tange ao diferimento da tributação do ajuste a valor justo para o momento da realização do ativo, desde que o contribuinte evidenciasse contabilmente em "subconta" a diferença entre o valor do ativo mensurado de acordo com a legislação societária (Lei das S/A) e o valor mensurado de acordo com os critérios vigentes em 31 de dezembro de 2007 (critérios contábeis anteriores à Lei nº 11.638/2007 e respectivos CPC's).

Diante desse cenário fértil para a análise da delimitação conceitual do ajuste a valor justo, suas implicações na contabilidade societária e, principalmente, os desdobramentos fiscais que essa prática pode

1 MARTINS, Eliseu. *Ensaio sobre a Evolução do Uso das Características do Valor Justo*. In MOSQUEIRA, Roberto Quiroga e LOPES, Alexsandro Broedel. Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos). Dialética. São Paulo, 2010, pp. 138-141.

acarretar em caso de distribuição de dividendos, o presente estudo tem como principal objetivo percorrer pelos aspectos controversos do tema à luz da jurisprudência do CARF, contribuindo assim para uma melhor definição desses conceitos controverso, cuja relevância não pode ser deixada de lado. O que se pretende é desenvolver, por meio de uma metodologia de revisão teórica empregada, bases sólidas para uma aplicação consistente dos conceitos perquiridos neste trabalho.

Sobre a metodologia aplicada, a pesquisa foi classificada em duas etapas complementares: bibliográfica e descritiva. O levantamento bibliográfico, que serve de base para construção dos pilares teóricos que permeiam o presente trabalho foi amplo e abrangente, o que incluiu legislações, artigos acadêmicos, dissertações, livros e publicações vinculadas ao tema. Na segunda fase, conforme já citado, buscou-se coletar informações sobre o modo pelo qual o CARF tem decidido sobre a distribuição de dividendos, ainda que amparada em lucros decorrentes de AVJ.

Para tanto, no primeiro capítulo, será analisado o conceito de valor justo na contabilidade, ocasião em que será abordado todo o histórico envolvendo essa temática e a base legal desse instrumento. Posteriormente, no segundo capítulo, foi necessário dissecar a tributação de AVJ e se existe a necessidade de realização do ativo à luz da jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Finalmente, o objetivo principal desse estudo é atingido em seu último capítulo, cujo conteúdo se refere a identificar os limites impostos pela legislação e admitidos pela jurisprudência do conselho administrativo de recursos fiscais para a distribuição de dividendos ainda que amparada em lucros decorrentes de ajuste a valor justo, buscando trazer clareza acerca da natureza deste elemento em consonância com a finalidade inicialmente traçada.

1. CONCEITO DE AJUSTE A VALOR JUSTO

Para compreensão do tema – o que, em momento posterior, garante a possibilidade de analisar de maneira mais concentrada os aspectos tributários da distribuição de dividendos quando estamos diante de um AVJ – se faz necessário conceituar esse instrumento.

Em resumo, o ajuste a valor justo é um procedimento contábil utilizado para atualizar o valor de um ativo ou passivo ao seu valor de mer-

cado, ao valor pelo qual este ativo poderia ser negociado ou o passivo liquidado entre partes interessadas e informadas, em uma transação em condições normais de mercado, na data de avaliação.

Esse critério representa uma ruptura em relação ao método tradicional de registro pelo custo histórico de aquisição, pois privilegia a mensuração em valores atuais de mercado, proporcionando informações contábeis mais precisas, relevantes e transparentes para a tomada de decisões.

A nova forma de mensuração e evidenciação do patrimônio foi bem recebida pelo mercado, especialmente diante do contexto de globalização e da crescente demanda por harmonização internacional dos padrões contábeis[2], uniformizando as informações contábeis por meio de demonstrações financeiras elaboradas com base em um único referencial técnico, o que se concretizou com a padronização promovida pelo IFRS.

No Brasil, o conceito de valor justo foi estabelecido pelo CPC, órgão responsável, nos termos da Resolução nº 1.055, de 7 de outubro de 2005, e do art. 173, §§ 3º e 5º, da Lei das S/A, por emitir normas contábeis harmonizadas aos padrões internacionais de contabilidade.

Em linha com a determinação contida na Lei nº 11.638/2007 de padronização ao IFRS, o pronunciamento técnico 46 do CPC, definiu no item 9 o valor justo como "*o preço que seria recebido pela venda de um ativo ou que seria pago pela transferência de um passivo em uma transação não forçada entre participantes do mercado na data de mensuração*"[3].

Essa mudança exigiu, por consequência, a reavaliação do regime de tratamento tributário vigente, diante da necessidade de compatibilizar as novas normas contábeis com os princípios e critérios próprios do sistema tributário nacional. Houve assim uma superação da ideia anterior de que ativos deveriam ser marcados pelo valor histórico, sem considerar com fatores como valorização e inflação - a partir de então, se observa uma demonstração de valores justo de ativos com a imediata liquidez das empresas.

---

2 CHARNESKI, Heron. Normas Internacionais de Contabilidade e Direito Tributário Brasileiro – Série Doutrina Tributária Vol. XXIV. São Paulo: Quartier Latin, 2018, pp. 90-91.

3 COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS. CPC. Pronunciamento Técnico CPC 46 – Mensuração do Valor Justo. São Paulo: Fundação Comitê de Pronunciamentos Contábeis, 2012.

2. TRIBUTAÇÃO DE AVJ CONFORME REALIZAÇÃO DO ATIVO

Nos termos do art. 6º do Decreto-Lei nº 1.598/1977, o lucro líquido contábil é o ponto de partida para a apuração do lucro real, base de cálculo do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas ("IRPJ"). No entanto, conforme dispõe o art. 43 do Código Tributário Nacional ("CTN"), o fato gerador do imposto é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza. Isso significa que, para fins tributários, é indispensável a ocorrência de um acréscimo patrimonial efetivo e realizado, que represente um ganho concreto, juridicamente disponível, o que nem sempre se verifica nas mensurações contábeis baseadas em valor justo.

Dessa forma, como o lucro contábil passou a incorporar critérios de mensuração subjetivos e prospectivos, tornou-se necessário criar um mecanismo transitório para evitar que variações contábeis, sem realização efetiva, fossem indevidamente tributadas. Para tanto, o legislador instituiu o RTT por meio da Lei nº 11.941/2009, com o objetivo de neutralizar os efeitos fiscais decorrentes da adoção dos IFRS, permitindo a utilização das antigas regras contábeis para apuração do que é tributável.

Nos termos dos artigos 15 e 16 da Lei nº 11.941/2009, as alterações introduzidas pela Lei nº 11.638/2007, que modificaram os critérios de reconhecimento de receitas, custos e despesas utilizados na apuração do lucro líquido do exercício, não produziram efeitos para fins de apuração do lucro real das pessoas jurídicas submetidas ao RTT. Nesses casos, para efeitos exclusivamente fiscais, deveriam ser mantidos os métodos e critérios contábeis vigentes em 31 de dezembro de 2007.

Com o advento da Lei nº 12.973/2014, o RTT foi extinto, permitindo-se a adaptação definitiva dos padrões contábeis internacionais (IFRS) ao sistema tributário nacional, com vistas à harmonização entre a contabilidade societária e a tributação. A nova legislação restabeleceu a conexão entre o lucro contábil e o lucro tributável, de modo que, na sistemática do lucro real, o lucro líquido apurado segundo as normas da Lei das S/A e dos Pronunciamentos Contábeis do CPC passou a ser novamente o ponto de partida para a apuração do IRPJ e da CSLL.

O mesmo regime de neutralidade que vigorava no RTT relativamente a ganhos e perdas decorrentes de AVJ, inclusive para propriedades para investimento, foi mantido, *mutatis mutantis*, nas regras estabelecidas

pela Lei nº 12.973/14. Note-se que não se trata de benesse do legislador, mas sim imposição do princípio de realização da renda, que orienta a incidência do imposto de renda no Brasil, cujo fato gerador é a "*aquisição de disponibilidade econômica e jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza*" (CTN, art. 43).

Como visto anteriormente, como parâmetro para prestação de informação verdadeira ao mercado, em matéria jurídica, o AVJ constitui mera estimativa e, portanto, não representa o efetivo custo de aquisição de um determinado ativo, tampouco valor pecuniário pelo qual aquele ativo possa ser trocado por seu titular. Partindo dessa premissa, por se traduzir em mera expectativa e insuscetível de ser exigido junto a terceiros, o AVJ não pode deveria considerado como um acréscimo ou decréscimo de riqueza de uma sociedade, tal como defende Ricardo Bolan e Vinícius Alberto Rossi Nogueira[4].

Não por acaso, a fim de assegurar a migração do RTT para as novas regras da Lei nº 12.973/14, esse diploma legal prevê a obrigatoriedade de promover a abertura de "subcontas" capazes de evidenciar e controlar os ajustes de AVJ efetuados no período anterior a sua vigência, para assegurar que não dessem causa à tributação (arts. 66 e 67 da Lei nº 12.973/14).

Logo, aqui um importante marco temporal foi firmado no que tange aos desdobramentos de um AVJ, na medida em que o disposto no art. 66, da Lei 12.973/14, aplicável ao AVJ constituído antes da vigência da referida, estabelece orientação substancialmente similar ao art. 13, da lei 12.973/14. Caso o contribuinte evidencie contabilmente em "subconta" a diferença entre o valor do ativo mensurado de acordo com a legislação societária (Lei nº 6.404/76) e o valor mensurado de acordo com os critérios vigentes em 31 de dezembro de 2007 (critérios contábeis anteriores à lei 11.638/2007 e respectivos CPCs), a tributação fica diferida para o momento da realização do ativo.

Não há, no ordenamento, uma definição do conceito de "realização". A despeito disso, pode-se dizer, de forma ampla, que "realização" constitui a conversão de um ativo por outro, de natureza distinta, por meio de determinado ato ou negócio jurídico que não é ato de su-

4 Ricardo Bolan, Vinícius Alberto Rossi Nogueira, *Transferências de bens e direitos com AVJ em reorganizações societárias*, in Giancarlo Chamma Matarazzo e Luiz Felipe Centeno Ferraz (orgs), *Impactos tributários decorrentes da adoção do IFRS no Brasil*, São Paulo: Blucher, 2019, p. 90.

cessão universal (ex. alienação, baixa) e, também, redução do valor de um bem ou direito em decorrência do reconhecimento dos efeitos temporais (ex: amortização, depreciação, exaustão). Na contabilidade, há "realização" de um ativo no momento em que há um crédito no valor do ativo, em contrapartida ao resultado, no todo (ex. alienação ou baixa) ou em parte (ex. amortização, depreciação, exaustão), conforme entende Ricardo Mariz[5].

Tal entendimento é respaldado pela jurisprudência do CARF[6], que já circunscreveu a definição de *realização de um ativo* a casos de alienação a qualquer título, depreciação, amortização ou exaustão. Indo além, tais precedentes chegaram a ponto de diferenciar a realização de bens da realização de reserva constituída com contrapartida em patrimônio líquido (caso analisado era de reavaliação de ativo constituída com contrapartida em reserva de reavaliação no patrimônio líquido).

Fiéis a esses conceitos os arts. 13 e 66 da Lei nº 12.973/14 vincularam a AVJ ao "ativo" que lhe é associado. A fim de neutralizar os efeitos da reavaliação do *ativo*, o controle em subconta de AVJ correspondente é realizado na mesma proporção daquele primeiro. Como resultado, as hipóteses de realização consistem necessariamente nas operações que importam em sua baixa ou cancelamento, total ou parcial, que se verifica notadamente nos casos típicos de "*depreciação, amortização, exaustão, alienação ou baixa*".

Por sua vez, uma vez registrada, a AVJ deixa de guardar qualquer relação com eventual lucro que tenha sido formado por ganho que ela gerou. Na contabilidade, a reavaliação do ativo (no caso, uma propriedade para investimento), se contrapõe a uma subconta específica, criada com a finalidade única e exclusiva de neutralizar os efeitos daquela reavaliação. Por essas razões, a relação dessa subconta de AVJ se estabelece apenas com o "ativo" (bem) que lhe deu causa, e jamais com qualquer outro elemento contábil, incluindo resultado de exercício ou reserva de lucros.

Na medida em que fugiria à regra legal (e lógica) de vinculação ao "ativo" associado à AVJ, caso tivesse sido intenção do legislador estabelecer a realização tributável desse valor no momento de uma distribui-

5 Oliveira, Ricardo Mariz, *Fundamentos do Imposto de Renda,* Editor Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2008, páginas 371/372.

6 CARF, acórdão nº 1102-00.124, rel. conselheira Sandra Faroni, sessão de 10/12/2009.

ção de lucros, tal previsão deveria ter sido prevista de forma expressa pela lei. Mesmo porque, por consistir em nova hipótese de incidência do imposto de renda, sua criação jamais poderia ser inferida ou admitida por recursos indiretos de interpretação como a *analogia*.

O artigo 108, §1º, do Código Tributário Nacional ("CTN") reforça que a analogia não pode ser utilizada para criar hipóteses de incidência tributária. Assim, não se pode equiparar, por analogia, a distribuição de lucros à realização do AVJ para fins de antecipação da tributação, sob pena de violação da legalidade e da tipicidade cerrada.

Sobre o tema, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ("STJ")[7] é firme no sentido de que a realização do AVJ somente ocorre nas hipóteses expressamente previstas em lei, não sendo possível ampliar o conceito para abarcar situações não contempladas, como a mera distribuição de lucros baseada em reservas formadas por AVJ.

Como se não bastassem os argumentos acima, tanto é verdade que a distribuição de lucros não possui qualquer relação de AVJ contabilizado pela pessoa jurídica, e muito menos se traduz em sua realização para fins tributários, que a Lei nº 12.973/14 contém regra específica (art. 72) para isentar dividendos originados de lucros relativos dos anos de 2008 a 2013 ("lucro IFRS"), na hipótese de terem sido superiores ao "lucro fiscal" daquele mesmo período.

Caso a distribuição de lucros importasse na realização, para fins tributários, de AVJ, o "lucro fiscal" seria exatamente igual ao "lucro contábil", de modo que referido art. 72 da Lei nº 12.973/14 passaria a ser letra morta. Restaria a isenção de dividendos sob a regra geral do art. 10 da Lei nº 9.249/05, mas a regra isentiva específica da Lei nº 12.973/14, aplicável aos exercícios de exercícios abrangidos pelo RTT, não teria qualquer utilidade.

Embora a contabilidade societária sirva de base para o cálculo do lucro tributável, não determina, por si só, a incidência tributária. A Lei nº 12.973/14 conferiu tratamento de neutralidade fiscal ao AVJ, como já visto. De acordo com o art. 13 da referida Lei, os ganhos decorrentes de avaliação de ativo ou passivo com base no valor justo não serão computados na determinação do lucro real, desde que o respectivo aumento no valor do ativo ou a redução no valor do passivo seja registrado contabilmente em subconta vinculada ao ativo ou passivo.

7 STJ, Resp 760.230, relator Ministro Luiz Fux, DJ 27/05/2009.

Ou seja, a diferença entre o valor do ativo mensurado de acordo com a legislação societária (Lei nº 6.404/76 – já com os novos padrões IFRS/CPCs) e o valor mensurado de acordo com os critérios vigentes em 31 de dezembro de 2007 (critérios contábeis anteriores à Lei nº 11.638/2007 e seus respectivos Pronunciamentos Contábeis – CPCs) deve ser evidenciada contabilmente em subconta vinculada ao ativo ou passivo.

Essa subconta serve para registrar e controlar a diferença, que será computada na determinação do lucro real à medida em que o ativo for realizado, inclusive mediante depreciação, amortização, exaustão, alienação ou baixa, ou quando o passivo for liquidado ou baixado (art. 13, §1º, Lei nº 12.973/14), de modo a permitir à Receita Federal acompanhar a realização do ativo e, consequentemente, a incidência tributária diferida.

A partir desse momento é conferido um tratamento equânime, de forma que, ao reavaliar valores contábeis, a sociedade terá como tributável apenas o ativo que for realizável – paga-se tributo a partir do momento que o dinheiro "entrar". Portanto, a tributação de dividendos ocorrerá quando for realizada alguma operação, como na alienação, amortização de um imóvel, por exemplo.

Embora o AVJ represente um avanço significativo na qualidade das informações contábeis e atenda à demanda por transparência e comparabilidade no mercado global, não se traduz, por si só, em fato gerador do IRPJ e da CSLL. Isso ocorre porque o AVJ reflete apenas estimativas de valor baseadas em expectativas de mercado e não a efetiva aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda, como exige o CTN.

O Direito Tributário brasileiro, fundado em princípios como a legalidade, a capacidade contributiva e a realização da renda, impõe limites claros à incidência tributária. Nem toda variação patrimonial registrada pela contabilidade, especialmente aquelas de natureza potencial ou subjetiva, é suficiente para gerar obrigação tributária. A exigência de efetiva realização assegura que somente ganhos concretos e materializados possam ser objeto de tributação, afastando o risco de que o contribuinte seja onerado por valores ainda não incorporados ao seu patrimônio de forma definitiva.

Nesse contexto, as alterações introduzidas pela Lei nº 11.638/2007, com a adoção dos padrões internacionais de contabilidade (IFRS), exigiram uma adaptação no sistema tributário, inicialmente por meio do

Regime Tributário de Transição (RTT) e, posteriormente, com a promulgação da Lei nº 12.973/2014. Esta última consolidou a compatibilização entre contabilidade e tributação ao restabelecer o lucro contábil como base de cálculo do IRPJ, mas com ressalvas importantes, como o tratamento fiscal neutro do AVJ.

Ao exigir que os ajustes decorrentes da AVJ sejam registrados em subcontas vinculadas e só integrem o lucro real no momento de sua realização efetiva, a legislação protege o contribuinte contra a antecipação indevida de tributos sobre ganhos meramente estimados. Tal mecanismo assegura a conformidade com os princípios constitucionais e tributários, promovendo justiça fiscal e previsibilidade para os agentes econômicos.

3. DISTRIBUIÇÃO DE DIVIDENDOS AINDA QUE AMPARADA EM LUCROS DECORRENTES DE AJUSTE A VALOR JUSTO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO CARF

Apesar da relevância do assunto, no âmbito do CARF, a discussão encontra-se ainda em fase embrionária, havendo poucos acórdãos no órgão administrativo paritário que denotam o posicionamento de suas turmas. Dos poucos acórdãos administrativos até o momento proferidas sobre o tema, é possível verificar que o CARF tem considerado a centralidade do princípio da realização da renda para a incidência tributária.

Sobre o tema, a 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção do CARF, nos termos do voto do relator e por maioria de votos, proferiu o acórdão nº 1401-007.393 nos autos do Processo Administrativo nº 11052.720011/2019-39[8], nos seguintes termos:

> "*Entendo que a realização do ativo gerador do AVJ deve provocar alterações em seu registro no patrimônio da entidade, parciais (por meio de depreciação) ou totais quando de sua alienação ou outra situação representativa da saída do bem do patrimônio.*

Diante do caso concreto, entendeu-se que, embora a distribuição dos lucros tenha repercussões no âmbito do direito societário, não leva ao ingresso de recursos ou acréscimo patrimonial, não havendo que se

8 CARF, Processo nº 11052.720011/2019-39, Primeira Turma Ordinária, da 4ª Câmara, da 1ª Seção do CARF, Relator Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano, Julgamento: 19/02/2025.

falar em implicações tributárias sobre esse fato. Filiando-se à posição majoritária da doutrina especializada, a qual enfatiza que a realização do AVJ somente se verifica nas hipóteses de alienação, baixa, depreciação, amortização ou exaustão do ativo, o CARF entendeu que não é possível ampliar esse conceito para abarcar a mera distribuição de lucros baseada em reservas formadas por AVJ.

Contudo, analisando os julgados, é possível observar que o CARF exige que o AVJ seja registrado em subcontas vinculadas e só integrem o lucro real no momento de sua realização efetiva, protegendo o contribuinte contra a antecipação indevida de tributos sobre ganhos meramente estimados e assegurando a conformidade com os princípios constitucionais e legais.

Na jurisprudência, no entanto, existe divergência quanto às consequências do descumprimento dessa obrigação pelos contribuintes. Por um lado, existem aqueles que defendem que a simples ausência de inclusão dos valores referentes à AVJ nas subcontas implica a necessidade de recolhimento imediato dos tributos[9]; havendo, por outro lado, aqueles que defendem que a ausência de inclusão representa mero descumprimento de obrigação acessória, não gerando a obrigação de arcar com a obrigação principal[10].

Os fundamentos daqueles com uma visão mais formalista e rigorosa se dá no sentido de que a contabilização do AVJ nas subcontas de acordo com as normas societárias é indispensável para que se produzam os efeitos do diferimento, nos termos dos arts. 64 e 66 da Lei nº 12.973/2014. Assim: "*a ausência de subcontas impede o adiamento da tributação, devendo a diferença positiva ser adicionada ao lucro real e à base de cálculo da CSLL no período de apuração em que ocorreu a adoção inicial da referida norma*"[11].

O fundamento central desse entendimento é que a legislação tributária, ao permitir o diferimento da tributação do AVJ, condicionou expressamente esse benefício à observância de um controle formal, por meio de subcontas vinculadas ao ativo ou passivo objeto do ajuste. A ausência desse controle, portanto, não seria uma mera falha de proce-

9 Veja-se, nesse sentido: Acórdãos nº's 1302-007.328, e 1301-004.091.

10 Veja-se, nesse sentido: Acórdãos nº's 1101-001.664, 1402-007.057, 1401-003.873 e 1402-003.589.

11 CARF, Processo nº 10120.737908/2018-05, 2ª Turma Ordinária, da 3ª Câmara, da 1ª Seção, Relatora Conselheira Natália Uchôa Brandão, Julgamento: 29/01/2025.

dimento, mas sim um descumprimento de condição legal para o gozo do diferimento, o que acarreta a tributação imediata do ganho, independentemente de eventual possibilidade de auditoria ou rastreamento dos valores por outros meios.

Esse posicionamento, em detrimento ao conceito de renda, afirma que o simples descumprimento de obrigações formais implica a perda direta do direito ao diferimento garantido pela legislação tributária – independentemente de ser possível a demonstração dos referidos valores através de demonstrações contábeis.

Em contraposição, aqueles que adotam um posicionamento que privilegia a efetividade do controle fiscal sobre o formalismo estrito, entendem que a ausência de subcontas, por si só, não implica automaticamente a tributação do ganho decorrente de AVJ, sob pena de afronta ao conceito de renda previsto no art. 43 do CTN. A título de exemplo, no Acórdão nº 1101-001.664, o colegiado entendeu que, se os valores estiverem escriturados de maneira a permitir o controle da avaliação com base no valor justo, ainda que de forma diversa da prevista no artigo de lei, supera-se o fato de o contribuinte não ter observado exatamente a forma contábil de evidenciação do ganho[12].

Segundo esse entendimento, a ausência de subcontas caracteriza descumprimento de obrigação acessória, sujeita à penalidade própria, mas não enseja, por si só, a tributação do AVJ como se realizado fosse, desde que não haja prejuízo ao Fisco e seja possível a auditoria dos valores. O foco, portanto, recai sobre a substância econômica e a possibilidade de fiscalização efetiva, e não sobre a estrita observância da forma. O acórdão ressalta que a obrigação principal (pagamento do tributo) só surge com a ocorrência do fato gerador, ou seja, com a efetiva realização do ativo, e não com a mera ausência de controle formal.

Esse entendimento busca evitar que meras falhas formais resultem em tributação de ganhos não realizados, em descompasso com os princípios constitucionais da capacidade contributiva e da legalidade, e com o conceito de renda efetivamente adotado pelo ordenamento jurídico tributário brasileiro.

Um aspecto adicional a ser considerado na análise da jurisprudência do CARF sobre o assunto, diz respeito aos impactos da mudança

12 CARF, Processo nº 10380.725747/2019-19, 1ª Turma Ordinária, da 1ª Câmara, da 1ª Seção, Relator Conselheiro Efigênio de Freitas Júnior, Julgamento: 29/07/2025.

de regime de apuração de IRPJ sobre os saldos de AVJ. No acórdão nº 1301-007.744, a discussão girou em torno da migração do regime de Lucro Real para o de Lucro Presumido e da possibilidade de manutenção do diferimento dos ajustes a valor justo já registrados. A maioria do colegiado entendeu que, ao optar pelo Lucro Presumido, o contribuinte não mais se submete às regras de apuração do Lucro Real – regime em que a legislação autoriza o controle dos ajustes por meio de subcontas vinculadas e sua realização via depreciação, amortização ou alienação. Nessa perspectiva, a migração de regime descaracterizaria o mecanismo legal do diferimento, tornando imediatamente tributáveis os saldos de AVJ existentes na data da mudança[13].

O fundamento central dessa posição é que o Lucro Presumido, por sua própria sistemática simplificada, não comporta a manutenção de controles individualizados de ativos ou passivos que permitam acompanhar a realização futura dos ajustes. Assim, permitir a continuidade do diferimento equivaleria a conceder ao contribuinte um benefício fiscal não previsto em lei, em potencial violação ao princípio da legalidade. Para a maioria, a mudança de regime seria, portanto, um marco jurídico-tributário que antecipa a tributação dos ganhos latentes, ainda que não houvesse ocorrido, do ponto de vista econômico, a realização do ativo subjacente.

Por outro lado, o voto vencido no referido acórdão defendeu posição distinta, enfatizando que a mera alteração do regime de apuração não constitui, por si só, evento de realização do AVJ. Segundo esse entendimento, a realização tributária continua vinculada a eventos econômicos concretos – alienação, baixa, depreciação, amortização ou exaustão – de modo que não haveria fundamento legal para considerar a mudança de regime como fato gerador autônomo. Tributar os saldos de AVJ apenas em razão da alteração do regime implicaria, nessa visão, uma interpretação extensiva e desfavorável ao contribuinte, em desacordo com os princípios da tipicidade fechada e da capacidade contributiva.

Esse debate demonstra que a discussão no âmbito do CARF sobre o tratamento tributário do AVJ não se restringe ao cumprimento ou não das exigências formais relacionadas às subcontas. A controvérsia se

13 CARF, Processo nº 17095.721969/2021-41, 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara, da 1ª Seção, Relator Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza, Julgamento: 20/02/2025.

amplia para cenários em que a própria estrutura do regime tributário adotado interfere na possibilidade de diferimento. Ao mesmo tempo em que a maioria entende que a mudança de regime retira do contribuinte o direito de manter diferimentos iniciados sob a égide do Lucro Real, vozes dissidentes ressaltam que a essência do princípio da realização da renda deveria prevalecer, independentemente do regime de apuração escolhido.

Assim como a melhor doutrina, a inclinação jurisprudencial do CARF tem se dado no sentido de entender que a contabilidade societária serve de base para o cálculo do lucro tributável, mas não determina, por si só, a incidência tributária no caso concreto.

Em síntese, os limites para a distribuição de dividendos amparada em lucros decorrentes de AVJ, à luz da jurisprudência do CARF, são claros e objetivos: a tributação do AVJ somente ocorre com a efetiva realização do ativo, nas hipóteses expressamente previstas em lei – havendo divergência quanto à necessidade do cumprimento de obrigações acessórias para garantia desse direito -; e a neutralidade fiscal do AVJ deve ser preservada, em respeito aos princípios da legalidade, tipicidade e realização da renda. Qualquer tentativa de antecipar a tributação por meio de interpretações extensivas ou analógicas encontra óbice na legislação e na jurisprudência, assegurando previsibilidade e segurança jurídica aos contribuintes.

O respeito a esses limites é fundamental para a estabilidade do sistema tributário e para a proteção dos direitos dos contribuintes diante da crescente complexidade das operações societárias e das exigências de transparência e conformidade fiscal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise empreendida ao longo deste artigo permitiu a identificação e delimitação dos principais contornos jurídicos e contábeis atinentes à distribuição de dividendos amparada em lucros decorrentes de ajustes a valor justo (AVJ), especialmente à luz da legislação vigente e da jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). O estudo evidenciou que a adoção dos padrões internacionais de contabilidade (IFRS) e a consequente incorporação do conceito de valor justo ao ordenamento contábil brasileiro representaram um avanço significativo no sentido de conferir maior transparência, relevância e comparabilidade às demonstrações financeiras das enti-

dades. Contudo, tais inovações trouxeram consigo desafios relevantes para a harmonização entre a contabilidade societária e o regime jurídico-tributário nacional.

No âmbito tributário, restou claro que o princípio da realização da renda, consagrado no artigo 43 do Código Tributário Nacional, constitui o eixo central para a definição do momento de incidência do imposto sobre a renda. A mera mensuração contábil de ativos e passivos a valor justo, por representar expectativa, e não disponibilidade econômica ou jurídica efetiva, não configura, por si só, fato gerador de tributação. A legislação infraconstitucional, especialmente a Lei nº 12.973/2014, consolidou o entendimento de que os ganhos decorrentes de AVJ somente devem ser computados na determinação do lucro real quando efetivamente realizados, seja por alienação, baixa, depreciação, amortização ou exaustão do ativo subjacente, desde que observados os controles formais exigidos, notadamente a escrituração em subcontas vinculadas.

A jurisprudência do CARF, ainda que incipiente e por vezes divergentes em aspectos formais, tem majoritariamente reafirmado a centralidade do princípio da realização da renda, afastando a possibilidade de antecipação da tributação sobre lucros meramente estimados ou potenciais, inclusive na hipótese de distribuição de dividendos lastreados em reservas formadas por AVJ. O órgão administrativo tem reconhecido que a distribuição de dividendos, por si só, não implica realização do AVJ para fins tributários, salvo disposição legal expressa em sentido contrário. Ademais, a exigência de controle formal por meio de subcontas, embora relevante para a fruição do diferimento tributário, não pode ser interpretada de modo a subverter os princípios da legalidade, tipicidade cerrada e capacidade contributiva, sob pena de se tributar ganhos não realizados em afronta ao conceito constitucional de renda.

Outro ponto de destaque refere-se à controvérsia acerca das consequências do descumprimento das obrigações acessórias relativas ao controle em subcontas, bem como à discussão sobre a manutenção do diferimento em caso de mudança de regime de apuração do IRPJ. Tais debates revelam a complexidade do tema e a necessidade de contínua evolução da jurisprudência administrativa, de modo a assegurar segurança jurídica e previsibilidade aos contribuintes, sem descurar da efetividade da fiscalização tributária.

Em síntese, o presente estudo demonstrou que a neutralidade fiscal do AVJ, a observância do princípio da realização da renda e o respeito aos limites impostos pela legalidade e tipicidade são elementos essenciais para a adequada tributação da distribuição de dividendos em contextos de ajustes a valor justo. A consolidação desses entendimentos é fundamental para a estabilidade do sistema tributário, a proteção dos direitos dos contribuintes e a promoção de um ambiente de negócios pautado pela transparência, conformidade e justiça fiscal. Recomenda-se, por fim, o contínuo acompanhamento da evolução legislativa e jurisprudencial sobre o tema, bem como o aprimoramento dos controles internos e das práticas contábeis e fiscais pelas entidades, a fim de mitigar riscos e assegurar o pleno cumprimento das obrigações legais e tributárias.

REFERÊNCIAS

CHARNESKI, Heron. Normas Internacionais de Contabilidade e Direito Tributário Brasileiro – Série Doutrina Tributária Vol. XXIV. São Paulo: Quartier Latin, 2018, pp. 90-91

MARTINS, Eliseu. ***Ensaio sobre a Evolução do Uso das Características do Valor Justo***. In MOSQUEIRA, Roberto Quiroga e LOPES, Alexsandro Broedel. Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos). Dialética. São Paulo, 2010, pp. 138-141.

Ricardo Bolan, Vinícius Alberto Rossi Nogueira, ***Transferências de bens e direitos com AVJ em reorganizações societárias***, in Giancarlo Chamma Matarazzo e Luiz Felipe Centeno Ferraz (orgs), ***Impactos tributários decorrentes da adoção do IFRS no Brasil***, São Paulo: Blucher, 2019, p. 90.

Oliveira, Ricardo Mariz, ***Fundamentos do Imposto de Renda,*** Editor Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2008, páginas 371/372.

REFORMA TRIBUTÁRIA SOBRE A RENDA E A BUSCA PELA EFICIÊNCIA ECONÔMICA E EQUIDADE TRIBUTÁRIA NO BRASIL

RACHEL FREIXO

É Conselheira na 3ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e Subsecretária de Estado de Competitividade na Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SEDES) do Governo do Espírito Santo. Professora universitária e advogada (licenciada), possui ampla experiência acadêmica e profissional. É especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET), mestre e doutoranda em Ciências Contábeis e Administração pela Fucape Business School, além de ser formada em Gestão ESG pelo Insper. Defensora ativa da diversidade e inclusão nos setores corporativo e público, Rachel e mãe de uma menina.

A tributação da renda no Brasil permanece como um dos principais desafios para a construção de um sistema fiscal mais justo e eficiente. A retomada da tributação sobre lucros e dividendos, atualmente isentos desde a Lei nº 9.249/1995, voltou ao epicentro do debate público, especialmente em razão das crises econômicas recentes e da pressão por novos mecanismos de financiamento de políticas sociais.

Diante da crise que afeta diretamente as concepções, funções e dimensões do Estado, este é chamado a agir velozmente frente às mais diversas conjunturas sociais e econômicas pelas quais passa a sociedade. Nesse contexto, temas como reforma tributária e a retomada da tributação sobre lucros e dividendos retornaram ao centro dos debates políticos brasileiros.

Para se alcançar um sistema tributário maduro, diante das reformas a que se propõe, o poder público deveria empregar esforços em uma reforma ampla e estrutural, de modo a simplificar e integrar a tributação das três bases tributáveis atualmente existentes: consumo, patrimônio e renda.

No Brasil, no entanto, o processo de reforma ocorre de forma fragmentada e desintegrada. Em uma via, caminham as propostas de reforma tributária que tratam apenas da base de tributação sobre o consumo (IPI, ISS, ICMS, PIS, COFINS etc.); em outra via, tramitam propostas normativas que visam à reforma da base tributária sobre a renda (IRPF, IRPJ, JCP, CSLL etc.), com destaque para a retomada da tributação sobre lucros e dividendos.

Especificamente quanto à denominada "Reforma da Renda", o Poder Público possui em tramitação diversas propostas normativas destinadas a retomar a tributação do imposto sobre a renda na distribuição dos lucros por meio dos dividendos realizados pelas pessoas jurídicas, uma vez que, desde 1996, com a entrada em vigor da Lei nº 9.249/1995, essa operação encontra-se isenta.

Este artigo realizou análise descritiva das justificativas dos projetos de lei nº 1619/11; PL 6094/13; PL 1952/19; PL 2015/19; PL 3061/19; PL 3241/20 e PL 2337/21, atualmente em tramitação no Congresso Nacional, os quais visam à retomada da tributação de dividendos.

Ao se analisar as justificativas dos projetos de lei, é possível extrair os seguintes argumentos principais: (1) a necessidade de novas fontes de receitas, inclusive, mas não somente, para contrabalancear a perda arrecadatória decorrente de gastos com novos programas sociais im-

plementados pelo Governo Federal – evidenciando um objetivo meramente arrecadatório; (2) a intenção de colocar o Brasil em pé de igualdade com os atuais modelos internacionais de tributação, considerando que a maioria dos países da OCDE tributa dividendos – indicando uma readequação do sistema tributário brasileiro à luz do cenário internacional; (3) o restabelecimento da justiça fiscal, com base no argumento de que o regime atual privilegia a camada mais rica da população, em que o rico paga menos e o pobre paga mais tributo – com fundamento no princípio da capacidade contributiva; e (4) a necessidade de inibir a utilização da isenção como instrumento de manipulação tributária por parte das sociedades empresárias, que visam reduzir significativamente a carga tributária – o que se refere à chamada agressividade fiscal.

Nota-se que, em linhas gerais, as justificativas dos projetos de lei pautam-se fundamentalmente nos conceitos de capacidade contributiva e agressividade fiscal, além do objetivo de cunho arrecadatório, deixando em segundo plano a eficiência econômica e a equidade da política pública tributária.

Por enunciação, compreende-se a instância de mediação entre a língua e a fala, ou seja, a enunciação é a materialização da língua na fala, revelando, nessa teoria, três categorias que constituem o dizer: a pessoa, o tempo e o espaço (Benveniste, 1974). O enunciado jurídico é dito por alguém, direcionado a alguém, referindo-se a uma terceira pessoa.

Benveniste (1974) ensina ainda que as condições de emprego das formas não são, em nosso modo de entender, idênticas às condições de emprego da língua, tratando-se, na verdade, de dois mundos distintos. O autor destaca, ainda, o quão útil é insistir nessa diferença, a qual implica uma outra maneira de ver as mesmas coisas, uma outra forma de descrevê-las e interpretá-las.

Enquanto os argumentos dos projetos de lei se pautam em temas como capacidade contributiva, agressividade fiscal e objetivo meramente arrecadatório, a literatura, sobretudo a internacional, aponta que discussões sobre eficiência econômica e equidade deveriam ser centrais nos debates envolvendo políticas públicas tributárias.

Em dissertação anterior, Freixo (2021) analisou empiricamente os fundamentos dos projetos de lei que propõem a retomada da tributação sobre lucros e dividendos no Brasil, política suspensa desde

1996. A partir de dados de empresas listadas na B3 entre 1996 e 2020, verificou-se que os argumentos recorrentes, como a defesa da capacidade contributiva e o combate à agressividade fiscal, não encontravam respaldo empírico consistente. A pesquisa concluiu que as justificativas apresentadas carecem de sustentação nos dados econômicos disponíveis, o que compromete a legitimidade das propostas legislativas e pode sujeitá-las ao controle de constitucionalidade.

Stiglitz (2015), laureado com o Nobel de Economia em 2001, destaca que os governos, ao decidirem a melhor forma de aumentar a receita de que necessitam, deveriam antes verificar se a medida proposta possui as seis principais características de um bom sistema tributário, sob pena, inclusive, de se afastarem do objetivo esperado (Costa & Vieira, 2021).

Para que se aproximem dos resultados almejados, o poder público deve observar se a política tributária que intenta implementar atende aos seguintes critérios: (i) se promove eficiência econômica; (ii) se assegura simplificação administrativa; (iii) se garante responsabilidade política; (iv) se busca a equidade; (v) se é uma medida flexível e, por fim, (vi) se é resistente à corrupção.

Por eficiência econômica, entende-se a análise do impacto direto e indireto que determinado tributo trará para a economia e a vida do indivíduo. Todos os tributos afetam o comportamento humano e alteram os preços relativos, e, com isso, o resultado da alocação de recursos também é modificado. Assim, uma preocupação constante é saber até que ponto o sistema tributário desestimula a poupança e o trabalho, e distorce outras decisões relativas ao consumo e à produção.

Stiglitz (2015) explica que a tributação sobre os salários, ou sobre o retorno do capital (como os dividendos), altera o equilíbrio da economia, podendo levar o indivíduo, para evitar impostos, a decidir trabalhar menos com o objetivo de reduzir sua responsabilidade fiscal, o que, por consequência, diminuirá sua renda e, em decorrência, o consumo no mercado.

Uma alternativa para a implementação de uma política tributária eficiente seria a chamada "tributação corretiva", pela qual o legislador opta por tributar atividades que geram externalidades negativas, como a poluição, em vez de tributar a renda, o que simultaneamente aumenta a arrecadação e melhora a eficiência econômica (Stiglitz, 2015).

Outro critério relevante é o da simplicidade administrativa. A medida tributária deve ser de fácil implementação e relativamente barata para administrar. A literatura aponta que bons sistemas fiscais dependem do autocumprimento, ou seja, o sistema deve ser desenhado para tornar o cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, algo simples e voluntário (Stiglitz, 2015).

Destaca-se, ainda, que a política tributária precisa ser flexível, isto é, ter a capacidade de responder facilmente, ou automaticamente, às mudanças nas circunstâncias econômicas (Stiglitz, 2015).

A responsabilidade política transparente é outra característica essencial e cada vez mais exigida, pois exige que o tributo seja claro quanto a quem está pagando e quem está se beneficiando. Stiglitz (2015) afirma que o imposto de renda sobre a pessoa física é um bom exemplo de instrumento transparente.

A quinta característica, que caminha lado a lado da transparência, é a resistência à corrupção. Stiglitz (2015) aponta que um sistema tributário no qual os fatos geradores são mais facilmente observáveis e verificáveis por terceiros tende a ser mais resistente à corrupção. Novamente, o imposto sobre a renda da pessoa física é apresentado como exemplo.

Por fim, a característica de maior relevância é a equidade entre os indivíduos. A partir da leitura dos projetos de lei, observa-se o argumento unânime de que a atual isenção sobre dividendos é "injusta", pois reduz a carga tributária dos mais ricos e aumenta a dos assalariados. Há, no entanto, grande dificuldade inicial em se definir o que é, de fato, justo ou injusto, e também em delimitar com precisão quem é rico ou pobre para fins tributários. A literatura econômica oferece duas categorias distintas de justiça: equidade horizontal e equidade vertical.

Em síntese, entende-se por equidade horizontal a ideia de que indivíduos em condições econômicas semelhantes devem ser tratados de maneira igualitária, ou seja, devem pagar tributos com a mesma carga. Já a equidade vertical compreende a busca pela progressividade, ou seja, tributar proporcionalmente mais aqueles que possuem maior capacidade contributiva, sendo novamente o imposto sobre a renda da pessoa física, com suas alíquotas progressivas, um bom exemplo.

Embora a maior parte dos projetos de lei analisados mencione pelo menos parte dos critérios técnicos que caracterizam um bom sistema tributário, observa-se que, na prática, a lógica predominante por trás

dessas propostas ainda é essencialmente fiscalista. Os achados mais recentes sugerem que a tributação de dividendos no Brasil tem sido proposta, majoritariamente, com fins arrecadatórios, sem articulação consistente com políticas de redistribuição de renda, simplificação do sistema ou estímulo ao desenvolvimento econômico.

Além disso, é importante reconhecer que, mesmo com a aprovação da chamada reforma tributária sobre o consumo, que instituiu o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) e a Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS), formando um modelo de IVA dual, não se alterou substancialmente a natureza regressiva do sistema tributário brasileiro. A carga tributária continua fortemente concentrada sobre o consumo, o que contraria as práticas dos países mais desenvolvidos, nos quais a tributação sobre a renda possui maior peso relativo.

Nesse contexto, a retomada da tributação de dividendos se apresenta, mais uma vez, como uma medida com foco prioritariamente arrecadatório, sem romper com o modelo estrutural que penaliza o consumo em detrimento da renda. Tal configuração contribui para a manutenção de distorções históricas e, longe de representar um avanço na justiça fiscal, tende a onerar ainda mais a sociedade especialmente os segmentos que mais dependem dos serviços públicos financiados por essa arrecadação.

Por isso, em vez de representar um redesenho do sistema fiscal em direção à equidade, a medida pode acabar reforçando a lógica de um Estado que busca arrecadar mais, sem necessariamente redistribuir melhor. A tributação de dividendos, portanto, precisa ser analisada não apenas como instrumento arrecadatório, mas à luz de um projeto maior de justiça social, eficiência econômica e responsabilidade institucional sob pena de, novamente, falharmos e onerarmos justamente quem mais faz uso do fruto arrecadatório: nós, sociedade.

REFERÊNCIAS

Abraham, M. (2018). Curso de direito financeiro. Rio de Janeiro: Forense.

Alzahrani, M., & Lasfer, M. (2012). Investor protection, taxation, and dividends. Journal of Corporate Finance, 18(4), 745–762.

Becker, A.A. (1972). Teoria Geral do Direito Tributário. São Paulo: Saraiva.

Beisse, H. (1984). Direito tributário: estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira. São Paulo: Saraiva.

Blaylock, B., Shevlin, T., & Wilson, J, R. (2011). Tax avoidance, large positive temporary book-tax differences, and earnings persistence. The Accounting Review, v. 87, n. 1, p. 91-120,.

Blouin, J. L., Raedy, J. S., & Shackelford, D.A. (2014). Dividends, Share Repurchases, and Tax Clienteles: Evidence from the 2003 Reductions in Shareholder Taxes. The Accounting Review. v. 86, p.887-914.

Botelho, L. H. F. F. & Abrantes, L. A. (2018). Reflexões sobre as incidências tributárias no Brasil e suas relações com o desenvolvimento socioeconômico nacional. Ciências Sociais Unisinos, 54(1), 126-133. Retrieved from: de http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/article/view/csu.2018.54.1.12/60746193

Brasil. Receita Federal do Brasil. (2017). Carga tributária no Brasil: Análise dos tributos e base de incidência. Retrieved from: http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributários-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributária-no-brasil/carga-tributária-2016.pdf Chaves, R. F. (2021). ***Retomada da tributação de dividendos no Brasil: Análise empírica quanto aos argumentos dos projetos de lei fundamentados em capacidade contributiva e agressividade fiscal*** (Dissertação de mestrado, FUCAPE).

Caravlho, C.V., & Silva, J.M.P.Q (2015). Tributação De Lucros E Dividendos No Brasil: Uma Perspectiva Comparada. Brasília: Câmara dos Deputados. Recuperado em 12 maio, 2020, de https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/26840?_ga=2.70707664.1964804214.1591897220-454310556.1591547952

Carraza, R.A. (2010). Curso de Direito Constitucional Tributário. São Paulo: Malheiros.

CHEN, Shuping. (2010). Are family firms more tax aggressive than non-family firms. Journal of Financial Economics, v. 95, n. 1, p. 41-61.

Coelho, L. M. (2010). Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica. São Paulo: Saraiva.

Coelho, L. M. (2011) Interpretação constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva.

Confederação Nacional de Municípios. (2016) . Estudo sobre a não tributação de lucro e dividendos no Brasil. de https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/Estudo%20sobre%20a%20n%C3%A3o%20tributa%C3%A7%C3%A3o.pdf

Dunbar, A., Higgins, D. M., Phillips, J. D. & Plesko, G. A. (2010). What do

Ferreira, F. R., Martinez, A. L., Costa, F. M. D., & Passamani, R. R. Book-tax differences e gerenciamento de resultados no mercado de ações do Brasil. Revista de administração de empresas, 52(5), 488-501.

Forti, C. A. B., Peixoto, F. M., & Alves, D. L. (2015). Fatores determinantes do pagamento de dividendos no Brasil. Revista Contabilidade & Finanças, 26(68), 167-180.

Futema, M. S., Basso, L. F. C., & Kayo, E. K. (2009). Estrutura de capital, dividendos e juros sobre o capital próprio: testes no Brasil. Revista Contabilidade & Finanças, 20(49), 44-62.

Garbin, J. F. B. R. (2020). Política de Distribuição de Proventos e Dividendos (Dissertação de mestrado). Fundação Getúlio Vargas - FGV. São Paulo, SP, Brasil. Recuperado em 15 novembro, 2020, de http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29015/Projeto%20Final_Janaina%20Garbin_v13.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Gruber, J., & Saez, E. (2002). The elasticity of taxable income: evidence and implications. Journal of Public Economics, 84, 1–32

Hanlon, M. & Slemrod, J. (2009). What Does Tax Aggressiveness Signal Evidence from Stock Price Reactions to News About Tax Aggressiveness. Journal of Public Economics. v.93, n.1-2, p.126-141.

Hanlon, M., & Heitzman, S. (2010). A review of tax research. Journal of Accounting and Economics, 50(2), pp. 127–178. Recuperado em 15 novembro, 2018, de https://doi.org/10.1016/j.jacceco.2010.09.002

Insper. (2020) Relatório de Pesquisa (parcial): Tributação da Renda no Brasil – Parte I: Fundamentos da Tributação de Lucros e Dividendos. Recuperado em 12 dezembro, 2020, de https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2020/08/Reforma-Tributação-da-Renda-Parte-1-04ago20.pdf

Junior, D. B. C. V., & Pontes, V. M. R. (2016). Políticas De Dividendos: Um Estudo Comparativo Entre Empresas Brasileiras E Norte-Americanas. Revista Universo Contábil. 12(1), 25-44.

Kothari, S. P., & Shanken, J. (1997). Book-to-market, dividend yield, and expected market returns: A time-series analysis. *Journal of financial economics*, *44*(2), 169-203.

Lanis, R. & Richardson, Grant. (2011). The effect of board of diretor composition on corporate tax aggressiveness. Journal of Accounting and Public Policy, v.30, n.1, p.50-70.

Larenz, Karl. (1997). Metodologia da ciência do direito. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

Leal, R. P., & Carvalhal-da-Silva, A. L. (2007). Corporate governance and value in Brazil (and in Chile). Investor protection and corporate governance: Firm-level evidence across Latin America, 213-287. Recuperado em 05 abril, 2018, de http://www.ip.usp.br/portal/images/biblioteca/revisao.pdf

Leal, R. P., & De Oliveira, C. L. (2002). An evaluation of board practices in Brazil. Corporate Governance: The international journal of business in society.

Lintner, J. (1956). Distribution of incomes of corporations among dividends, retained earnings, and taxes. The American Economic Review, 46(2), 97-113.

Lopes, T. (2012). Custos Políticos Tributários: O impacto do tamanho da alíquota tributária efetiva. (Tese de doutorado). Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, SP, Brasil. Recuperado em 10 agosto, 2020, de https://teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12136/tde-06022013-190650/pt-br.php#:~:text=Sob%20a%20perspectiva%20temporal%2C%20a,menor%20sua%20al%C3%ADquota%20tribut%C3%A1ria%20efetiva.

MAGALHÃES, Maria da Conceição Ferreira. (1989). A hermenêutica jurídica. Rio de Janeiro: Forense.

Martinez, A. L., & da Silva, R. F. (2017). Agressividade Fiscal e o Custo de Capital de Terceiros no Brasil, *Revista de Gestão, Finanças e Contabilidade*, 7(1), 240-251.

MARTINEZ, A., L., & RAMALHO, G., C. (2014). Family Firms and Tax Aggressiveness in Brazil. International Business Research, v. 7, n. 3, p. 129.

MARTINS, I. G. (1989). Capacidade Econômica e Capacidade Contributiva. Resenha Tributária, Caderno de Pesquisas Tributárias. São Paulo, n. 14, p 33.

McClure, R., Lanis, R., Wells, P., & Govendir, B. (2018). The impact of dividend imputation on corporate tax avoidance: The case of shareholder value. Journal of Corporate Finance, 48, 492–514.

Mendes, G. F., & DUTRA, M. D. (2008). Capacidade contributiva: análise à luz dos direitos humanos e fundamentais (Dissertação de mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Brasília, DF, Brasil. Recuperado em 20 junho, 2020, de https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/100

Meneguini, F. B, & Saab. F. (2020). Análise de Impacto Regulatório: perpectivas a partir da Lei de Liberdade Economica. Brasília: Nucléo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado. Recuperado em 12 maio, 2020, de https://www12.senado.leg.br/públicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td271

Mertens, K., & Olfa, J. L. M. (2018). Marginal Tax Rates and Income: New Time Series Evidence. The Quarterly Journal of Economics, 133 (4), 1803–1884. Recuperado em 20 junho, 2020, de https://academic.oup.com/qje/article-abstract/133/4/1803/4880451

Ministério da Fazenda (2017). Efeito Redistributivo da Política Fiscal no Brasil. Recuperado em 14 junho, 2020, de https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/públicacoes/boletim-de-avaliacao-de-politicas-públicas/arquivos/2017/efeito_redistributivo_12_2017.pdf/view

Paulsen, L. (2017). Curso de direito tributário completo. São Paulo: Saraiva.

Richardson, G., LANIS, R. (2012). Corporate social responsibility and tax aggressiveness: An empirical analysis. Journal of Accounting and Public Policy. 31 (1), 86-108.

Sabbag, E. M. (2009). Manual de direito tributário. São Paulo: Saraiva.

Saez, E., Slemrod, J., & Giertz, S., H. (2012). The Elasticity of Taxable Income with Respect to Marginal Tax Rates: A Critical Review. Journal of Economic Literature, 50 (1), 3–50.

Schoeuri, L.E. (2005). Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica. Rio de Janeiro: Forense.

Schoueri, L. E., & Galendi Júnior, R. A. (2017). Thematic Reports: Brazil. Em Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context: 2016 eatlp congress munich, pp. 2-4 june 2016. (pp. 199–232). Amsterdam: Intl Bu- reau of Fiscal Doc.

Recuperado em 12 dezembro, 2020, de https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/17_036_tax_avoidence_revisited_EATLP_15_final_web.pdf

Shackelford, D. A., & Shevlin, T. (2011). Empirical tax research in accounting. Journal of Accounting and Economics. N. 31, p. 321-387.

Shackelford, D. A.; Shevlin, T (2001). Empirical tax research in accounting. Journal of Accounting and Economics. 31, 321-387.

Siqueira, R. B, & Nogueira, J. R. (2020). Porta está aberta para a Renda Básica Universal. Recuperado em 14 junho, 2020, de https://valor.globo.com/eu-e/noticia/2020/04/09/artigo-rozane-bezerra-de-siqueira-e-jose-ricardo-bezerra-nogueira-porta-esta-aberta-para-a-renda-basica-universal.ghtml

Stiglitz, J. E. (2015). *Economia do setor público* (4ª ed.). AMGH.

Tang, T. & Michael, F. (2010). Can Book-Tax Differences Capture Earnings Management and Tax Management? Empirical Evidence from China. *The International Journal of Accounting, Forthcoming.* Recuperado em 01 novembro, 2019, de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1679190

Tipke, K. (1984). O Princípio da Igualdade e a Idéia de Sistema no Direito Tributário. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira, São Paulo: Saraiva.

Vancin, D. F, & Procianoy, J. L. (2016). Índices contábeis e a decisão do pagamento de dividendos. Revista Contemporânea de Contabilidade, 13(28), 57-80.

Vancin, D. F., & Procianoy, J. L. (2016). Os fatores determinantes do pagamento de dividendos: o efeito do obrigatório mínimo legal e contratual nas empresas Brasileiras. Revista Brasileira de Finanças, 14(1), 89-123.

Vancin, D., & Prociany, J. L. (2016). Índices contábeis e a decisão do pagamento de dividendos. Revista Contemporânea de Contabilidade, Florianópolis, 13 (28), 57-80. Recuperado em 20 junho, 2020, de https://periodicos.ufsc.br/index.php/contabilidade/article/view/2175-8069.2016v13n28p57

O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E O CARF

RICARDO PIZA DI GIOVANNI

Curriculum do autor Conselheiro Titular da Primeira Seção do CARF. Graduado em Direito pela PUC-Campinas. Especialista em Direito Tributário pelo IBET e pela PUC-Campinas. Especialista em Gestão e Estratégia de Empresas pela Unicamp. Aluno Ouvinte do Doutorado da Puc-São Paulo em 2015. Certificado em "Business English" pela NESE, Massachusetts, Estado Unidos. Professor de Direito Tributário e de Filosofia do Direito da UNIFAC – Centro Universitário de Paulínia há 11 anos. Professor de Pós Graduação "MBA em Planejamento Tributário" da UNIP-Campinas por 3 anos. Foi, por 15 anos, Gestor Jurídico de empresas Multinacionais e de Grande Porte.

Conforme é de conhecimento amplo, são três os lemas da Revolução Francesa "Liberdade, Igualdade, Fraternidade" ("Liberté, Égalité, Fraternité" em francês). A Reforma Tributária criou, ao meu entender, um novo Princípio Tributário, o Princípio da Fraternidade, cuja essência já vem sendo aplicada pelo CARF de longo data.

A Emenda Constitucional nº 132, de 2023, trouxe uma adição significativa ao artigo 145 da Constituição Federal, incluindo o § 3º, que determina que o Sistema Tributário Nacional deve observar as premissas da simplicidade, da transparência, da justiça tributária, da cooperação e da defesa do meio ambiente. Essa alteração representa uma oportunidade notável para o crescimento e o desenvolvimento do país. Vejamos o novo "capítulo" da Constituição Federal no aspecto tributário:

> ***Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:***
> *(…) § 3º O Sistema Tributário Nacional deve observar os princípios da simplicidade, da transparência, da justiça tributária, da cooperação e da defesa do meio ambiente. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 132, de 2023)*

Ouso a chamar o parágrafo terceiro do artigo 145 da CF acima transcrito como Princípio Tributário da Fraternidade. Muitos juristas estão destacando esse importante ponto da reforma tributária.

A adoção dessa premissa é fundamental para a criação de um ambiente econômico favorável ao crescimento, onde a relação entre o Fisco e os contribuintes seja baseada na confiança e na cooperação. A isso podemos relembrar o conceito de Fraternidade da Revolução Francesa. A Fraternidade refere-se ao espírito de solidariedade e camaradagem entre os cidadãos. Esse lema enfatiza a importância da união e da cooperação entre os membros da sociedade. Durante a Revolução, a fraternidade era vista como essencial para a construção de uma nação forte e coesa, onde os indivíduos se viam como irmãos e estavam dispostos a trabalhar juntos pelo bem comum, conforme destacou Bobbio[1]:

> *"A fraternidade refere-se ao espírito de solidariedade e camaradagem entre os cidadãos. Esse lema enfatiza a importância da união e da cooperação entre os membros da sociedade. Durante a Revolução, a fraternidade era vista como essencial para a construção de uma nação forte e coesa, onde os indivíduos se viam como irmãos e estavam dispostos a trabalhar juntos pelo bem comum"* (Bobbio, 1995, p. 110).

1 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1995.

A Fraternidade Tributária poderia resultar na diminuição da complexidade do sistema tributário, caso haja uma colaboração mútua. No entanto, se persistir a desconfiança e a disputa entre Fisco e Contribuinte, o sistema tributário continuará a ser complexo, com novas regras sendo introduzidas tanto para coibir a sonegação quanto para proteger os contribuintes de cobranças indevidas.

Na condição de Conselheiro do CARF, tenho observado a complexidade da legislação tributária e as situações que dela decorrem, muitas vezes resultantes da compreensível desconfiança do Fisco em relação ao comportamento dos contribuintes. Por outro lado, as empresas desenvolvem soluções legítimas e complexas, para evitar a tributação indevida ou excessiva.

O CARF por ser um órgão paritário, neutro, proporciona um debate direcionado à construção de ideias por origens diferentes e perspectivas diferentes. Isso resulta em INTERPRETAÇÕES diferentes sobre os conceitos tributários, especialmente sobre a ocorrência ou não de simulação e o abuso de forma. Muitas vezes o Colegiado debate os casos em seus detalhes e são justamente esses detalhes que indicam a legalidade ou não dos planejamentos das empresas. Consigo identificar que muitos planejamentos, mesmo julgados de maneira contrária às empresas, teve como ponto de partida a boa-fé.

Na condição de advogado tributário de departamento jurídicos de grandes empresas fui chamado muitas vezes a opinar sobre os planejamentos estratégicos corporativos e na maioria absoluta das vezes a preocupação do empreendedor era no sentido de programarem seus negócios sem descumprir o sistema tributário. É fato que o sistema tributário é complexo e o primeiro temor das empresas é certificar-se de que entendeu corretamente as regras. O segundo temor é saber se o sistema tributário foi entendido de maneira a não se pagar tributo a maior, erro esse que poderia resultar em perda de competividade perante o mercado e o terceiro temor seria investir é uma operação realmente lucrativa, sendo claro que a carga tributária muitas vezes é a maior responsável pela lucratividade ou não da operação. Pode-se escolher um melhor fornecedor, pode-se investir em pesquisas, pode-se treinar melhor os colaboradores, incentivá-los, mas a carga tributária é um dos principais motivo do sim ou não do sucesso do negócio.

Com isso, as empresas tem de competir com sistemas tributários internacionais mais eficientes. Esse é o cenário do Brasil do passado e

que ainda precisa mudar. Nesse cenário, na dúvida interpretativa sobre a questão tributária, muitas vezes as empresas decidem "arriscar" e considerar uma carga tributária mais favorável, sob pena de não viabilizarem o negócio. Esse risco de interpretação é comum porque, no Brasil, sabe-se que os temas tributários amadurecem com o tempo, e o que outrora era indefinido com o tempo fica consolidado e a empresa que não "arriscar" pode perder uma oportunidade. Um exemplo clássico dessa "aposta" é a chamada "Tese do Século" onde debateu-se a exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição ao PIS e COFINS. O que outrora era uma dúvida, foi estabelecida como certa a favor dos contribuintes pelo Supremo Tribunal Federal. Não vamos entrar aqui no mérito das melhores maneiras processuais de "arriscar", porque também incluo no conceito de "risco", por exemplo, estabelecer um debate perante o Poder Judiciário com depósito judicial do montante integral discutido.

No entanto, outras vezes, a tese não é tão ampla, e, por exemplo, em caso de operações de exportação, o contribuinte precisa definir qual estratégia adotar, de imediato, e não tem esse tempo para esperar o tema tributário amadurecer. Com isso, grandes empresas, pautam suas estratégias baseadas em pareceres complexos de juristas que visam interpretar a norma tributária da maneira mais coerente com o sistema, estabelecendo uma ponte entre o negócio e o sistema jurídico que consolidar-se-á no futuro.

Nesse cenário, entra o CARF. Felizmente o contribuinte tem, em uma de suas estratégias, a certeza de que o tema poderá ser debatido no tribunal paritário, democrático, de conhecimento aprofundado e específico. Logicamente, as empresas de grande performance não esperam ser autuadas. Não realizam seus planejamentos contando em serem autuadas, mas sabem que se forem interpretadas de maneira desfavorável poderão expor seus argumentos e conceitos perante o CARF. Isso é segurança jurídica, previsibilidade, estabilidade econômica. Essa visão é a que trago como experiência do setor privado, focado em assessoria em construção de negócios, cuja função era qualificar a segurança jurídica tributária desses negócios e essa visão naturalmente utilizo agora para analisar, de maneira, neutra, os casos apresentados ao colegiado que atuo e que atuei. Ou seja, não temos um lado definido, mas temos uma experiência que nos marca no aspecto interpretativo.

O tempo passou e, com muito entusiasmo e dever cívico, encontro-me na posição de julgar esses negócios planejados pelas em-

presas, dentre outras situações. Percebo, com muita satisfação e respeito, que outros julgadores, inteligentíssimos, preparadíssimos, tem visões resultantes de carreira diferentes da minha. Isso é o sabor o CARF, o debate com opiniões diferentes.

O fato é que os Conselheiros Fazendários se depararam inúmeras vezes em sua vida profissional com contribuintes incentivados, infelizmente, pela evasão fiscal e não pela boa-fé. Os olhos de nossos colegas são atentos a manobras desonestas de muitos contribuintes e, compreensivelmente, podem tender a identificar a questão de interpretação como evasão. O papel dos auditores fiscais é de extrema importância para o crescimento econômico. A empresa desonesta destrói a livre concorrência, a livre iniciativa, a arrecadação e o crescimento da sociedade. A empresa correta precisa do trabalho da fiscalização para manter-se viva no mercado.

Com isso, o CARF realiza o trabalho de separação das condutas evasivas, das condutas interpretativas. Muitas vezes isso é visto na análise dos Planejamos Tributários.

Em tese, algumas estratégias não podem ser classificadas como Planejamento Tributário e sim de planejamento de evasão. Entendo que o termo Planejamento Tributário "Abusivo" é incorreto. Isto porque o abuso em si descaracteriza o conceito de Planejamento Tributário.

A legislação permite o Planejamento Tributário, permite que o contribuinte busque a maneira menos onerosa de pagar tributos e até mesmo de não pagá-los nos termos da lei. Quando **não** há Planejamento Tributário há evasão, esta sim vedada pela Ordenamento Jurídico Tributário.

Com isso, as diferentes experiências de carreira e a paridade de composição dos julgadores do CARF permite a construção de conhecimento especial em um órgão de julgamento e, é justamente essa construção dialética que permite aplicar a exegese sobre estruturas e documentos com conclusões eventualmente não identificadas em momentos anteriores.

Nesse sentido, o método dialético de debates encaminha o caso para a identificação de um conceito/detalhe ainda não revelado, inclusive, em um documento já apresentado anteriormente no processo. E nesse momento evidencia-se uma ponte, uma ligação possível a outro eventual documento nos autos e outros conceitos. No CARF, muitas vezes os documentos são apresentados e aceitos no decorrer do processo jus-

tamente em razão dessa nova análise. Em outras palavras, o Princípio da Verdade Material clama pela complementação de um indício manifestado no debate, clama pela aplicação de outra análise da realidade. Aceita novos documentos no decorrer do processo. No caso a caso, a complementação pode ocorrer quando da observação da sequência de fatos da operação.

Note-se, não se trata de supressão de instância, e sim de complementação de pontos que já existiam no processo e ainda não estavam maduros para serem identificados, vistos, com visões diferentes cujo método dialético desperta.

Isso significa dizer que o Princípio da Verdade Material, característica próprio do Processo Administrativo, não se aplica apenas para beneficiar o contribuinte recorrente e sim beneficiar todo o sistema tributário, a fim de dar oportunidade da verdade vir à luz o quanto antes.

De mais a mais, restará claro, ao menos para para a maioria da turma, após debates, que ocorreu ou não simulação caso a caso. Ou seja, o Principio da Verdade Material fundamenta também o não provimento do recurso. O relator pavimenta o debate com conceitos do direito, debatidos pela interpretação sobre a existência do abuso de forma ou não. É uma diferença tênue que exige, como dissemos, um profundo debate, o que é diferente de uma imposição autoritária

É importante ressaltar que, no meu entendimento e de muitos doutrinadores, o Planejamento Tributário é essencial para o desenvolvimento de um país. Busca-se, nos parâmetros da lei, reduzir custos, eficiência administrativa e otimização das atividades de uma empresa e até mesmo da pessoa física.

Ocorre que, como já dissemos, o Planejamento Tributário como forma de economia fiscal, apresenta algumas vezes uma linha tênue entre o Planejamento Tributário (elisão fiscal) do planejamento ilícito (evasão fiscal).

Há vasta doutrina e julgados do CARF que dispõem sobre os critérios delimitadores da linha tênue que separam a elisão e a evasão fiscal, quais sejam, abuso de forma, abuso de direito, fraude, simulação, dissimulação, propósito negocial (*business purpose*) e substância sobre a forma (prevalência da substância sobre a forma).

No caso a caso a linha tênue pode ser de difícil identificação, mediante a forma apresentada, o que demanda, como dito, profundo de-

bate entres os julgadores e esse debate identifica a Verdade Material das operações narradas pela fiscalização.

Com isso, pode estar correta a autoridade administrativa ao desconsiderar o negócio jurídico, como pode não estar.

Nesse ponto, clamamos para que a sociedade, de maneira, geral, repudie as empresas desonestas, fazendo-o de diversas maneiras, desde a solicitação de nota fiscal nas transações, até recusando-se a comprar ou negociar com empresas inidôneas. Elas contaminam nosso sistema. Empresas de alta performance vem utilizando-se de sistema de *compliance* justamente para monitorar o comportamento ético de seus colaboradores, fornecedores e clientes. Esse é o caminho.

Por outro lado, espero que o CARF se aprimore ainda mais em questões de debates interpretativos, curando-se dos traumas gerados por contribuintes desonestos e caminhando para consolidar ainda mais a democracia tributária fraterna. O CARF está pronto para isso. Já faz isso e o faz com uma experiencia de 100 anos. Pode-se disser que o CARF manifesta a Fraternidade.

A questão da Igualdade relembramos que antes da Revolução, a sociedade francesa estava estruturada em classes rigidamente divididas, com a nobreza e o clero desfrutando de privilégios que a maioria do povo não tinha. A igualdade buscada pela Revolução visava eliminar essas distinções legais e garantir que todos os cidadãos tivessem os mesmos direitos e oportunidades, independentemente de sua origem social. Resta claro que os grandes grupos econômicos têm mais condições de entender a complexidade do sistema tributário, suas oportunidades e riscos. Um sistema menos complexo pode abrir espaço para o crescimento de empresas menores porque essas poderão superar a barreira da ausência do suporte dos super especialistas tributários. Hoje uma empresa sem o suporte de um especialista tributário tende a não sobreviver.

Fato é que, no sistema atual, o micro empreendedor e a pessoa física, muitas vezes não tem qualquer ideia do caos que estão inseridos. Particularmente, lamento que o aumento da alçada do CARF tenha dificultado o acesso de pequenas empresas e do contribuinte pessoa física da sofisticação do debate estabelecido no CARF. Entendo a necessidade de otimização dos julgamentos, mas gostaria muito de voltar a ver o "pequeno" contribuinte com acesso ao CARF.

E ainda sobre a questão de igualdade, não posso deixar de mencionar a necessidade democrática de se igualar os salários dos conselheiros indicados pelo Fisco dos salários dos conselheiros indicados pela sociedade civil.

Os conselheiros indicados pela sociedade civil recebem três vezes menos do que os indicados pelo Fisco, não tem direito a férias, Décimo Terceiro e demais direitos constitucionais. A igualdade tributária também passa por essas questões porque os conselheiros são imparciais, não tem um lado definido. Ou seja, são iguais, com carreiras de origem diferentes, mas naquele posto de julgamento são iguais, não podendo prevalecer a carreira originária da sociedade civil como a menos remunerada.

Esse cenário, no mínimo, induz a uma instabilidade do órgão porque apesar dos conselheiros indicados pela sociedade civil desejarem manter-se no CARF por todo o mandato (hoje no mínimo 8 anos), muitos conselheiros precisam também pensar no sustento próprio e de suas famílias. Com isso, a maioria dos conselheiros indicados pela sociedade deixam seus cargos muito antes de terminarem seus mandatos, perdendo o CARF profissionais competentes, treinados e comprometidos. O custo de reposição para a sociedade talvez seja até maior do que o custo de equiparação salarial. Convido a sociedade a refletir sobre esse aspecto e fortalecer a democracia tributária também por esse ponto, lembrando que a equiparação salarial não é uma decisão do próprio CARF e sim do Congresso Nacional.

Mas de maneira, geral, Contribuinte e Fisco são tratados de maneira igualitária no CARF com mesmos direitos de apresentação de argumentos. Isso é uma maturidade democrática muito importante.

Na sequência, vem a questão da Liberdade. Palavra que aprecio em todos os conceitos semânticos em face de viabilizar que cada um escolha o próprio caminho, a sua própria história e seus efeitos. A Liberdade inspira e motiva. A Liberdade é em si é uma força de criação, de transformação, de evolução. Quem é livre é criador e o Criador nos fez livres. A Liberdade, portanto, inova, multiplica, expande, gera crescimento. Ser livre nos torna co-criadores, partícipes da busca pela perfeição. Integrantes do Todo.

Em termos jurídicos, entendo que em decorrência do princípio da Livre Iniciativa, as empresas podem escolher a forma mais adequada

para organizar seus negócios e obter os recursos financeiros necessários para atingir seus objetivos institucionais.

A empresas podem fazer uso de um direito mediante causas reais que levem a seguir a forma e o caminho que trilham sem, com isso, configurar necessariamente abuso de direito e nem fraude à lei.

Com todo respeito, entendo que não cabe ao Fisco impor ao contribuinte a adoção de estrutura que seja a mais rentável aos cofres públicos; não há na legislação brasileira qualquer dispositivo que impeça um grupo empresarial de expandir as suas atividades no Brasil e sim o contrário, porque existem normas, como a norma do ágio, para incentivar o fortalecimento de atividade para desenvolvimento do país.

Portanto, entendo que o contribuinte tem o direito de estruturar o seu negócio com vistas à redução de custos e despesas, inclusive à redução de tributos, sem que isso, necessariamente, implique qualquer ilegalidade e, de acordo com o caso específico, os atos e negócios praticados, as vezes autuados pela fiscalização, na verdade tem fundamento legítimo.

Ademais, conforme é de conhecimento notório, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.446/DF, via da qual reconheceu, **com importantes observações**, a constitucionalidade da inclusão do parágrafo único ao artigo 116 do Código Tributário Nacional, pela Lei Complementar nº 104, de 2001, abaixo transcrito:

> *Art. 116. (…)*
> *(…)*
> *Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.*

No voto da Excelentíssima Ministra Cármen Lúcia, ministra relatora de referida Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.446/DF, **foi ressaltada a questão da injuridicidade da adoção de interpretação econômica como elemento configurador da dissimulação da ocorrência do fato gerador nos seguintes termos**:

> *"(…)*
> *8. A norma do parágrafo único do art. 116 não dispõe, ao contrário do pretendido pela autora, de espaço autorizado de interpretação econômica. Ali não se trata da interpretação da lei, o que se dá no Capítulo IV do Código*

Tributário Nacional intitulado "Interpretação e Integração da Legislação Tributária".
Tem-se no artigo 110: e aqui ela reproduz o dispositivo
"A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias."
Esse dispositivo não foi alterado pela Lei Complementar n. 104/2001.
9. De se anotar que elisão fiscal difere da evasão fiscal. Enquanto na primeira há diminuição lícita dos valores tributários devidos pois o contribuinte evita relação jurídica que faria nascer obrigação tributária, na segunda, o contribuinte atua de forma a ocultar fato gerador materializado para omitir-se ao pagamento da obrigação tributária devida.
A despeito dos alegados motivos que resultaram na inclusão do parágrafo único ao art. 116 do CTN, a denominação "norma antielisão" é de ser tida como inapropriada, cuidando o dispositivo de questão de norma de combate à evasão fiscal.
(…)

Desta forma, a maioria de votos do STF foi formada no sentido de que o artigo 116 do CTN só autoriza a descaracterizar as operações realizadas com dissimulação, **não se aplicando, portanto, para as hipóteses de economia lícita do tributo**. Extrai-se, esse entendimento, inclusive, do voto do Ministro Dias Tófoli que no mérito, destacou que o art. 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional não busca impedir, ainda que por vias transversas, o planejamento tributário lícito, mas sim inibir condutas ilícitas.

Portanto, a autoridade administrativa não poderia "desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária" (cfe. parágrafo único do art.116 do CTN), **mediante uma interpretação meramente econômica**.

A legislação permite o Planejamento Tributário, permite que o contribuinte busque a maneira menos onerosa de pagar tributos e até mesmo de não pagá-los nos termos da lei. Planejamento Tributário é essencial para o desenvolvimento de um país. Busca-se, nos parâmetros da lei, reduzir custos, eficiência administrativa e otimização das atividades de uma empresa e até mesmo da pessoa física.

A atitude do Fisco no sentido de desqualificar e requalificar os negócios privados somente poderá ocorrer se o Fisco puder demonstrar de forma inequívoca que o ato foi abusivo por ter sido distorcido seu ob-

jetivo ou extrapolados seus limites, o que pode, em tese, configurar-se, inclusive se tiver por sua única ou principal finalidade conduzir a um menor pagamento de imposto. O acima exposto segue os conceitos ensinados por Marco Aurélio Greco, cujo trecho abaixo sintetiza toda a ideia.

> *Em suma, não há dúvida de que o contribuinte tem o direito, encartado na Constituição Federal, de organizar sua vida da maneira que melhor julgar. Porém, o exercício deste direito supõe a existência de causas reais que levem a tal atitude. A auto-organização com a finalidade predominante de pagar menos imposto configura abuso de direito, além de poder configurar algum outro tipo de patologia do negócio jurídico, como, por exemplo, a fraude à lei. (pág. 228).*[2]

Portanto, o CARF é uma etapa importantíssima na consolidação da liberdade econômica das empresas, cujo real liberdade econômica é conjugada com utilização das possibilidades da legislação tributária.

É crucial, neste momento de mudanças, aprofundarmos nosso entendimento sobre os conceitos de colaboração, transparência e justiça tributária. Um Fisco que atua de maneira a não prejudicar a atividade econômica das empresas contribui para um ambiente de maior arrecadação e desenvolvimento econômico. A segurança jurídica resultante de uma colaboração efetiva entre Fisco e contribuintes beneficia todos os brasileiros.

E agora a sequência, o Crescimento.

Uma vez que somos fraternos, que nos tratamos de maneira igualitária, nos permitimos ser livres, estamos destinados a crescer.

Crescimento nos remete a ideia de andar para frente. De avançar. Como podemos avançar com relação ao CARF?

Sugiro que todos os envolvidos – autoridades tributárias, gestores empresariais, contribuintes – reflitam sobre as premissas da simplicidade, da transparência, da justiça tributária, da cooperação e da defesa do meio ambiente. Seria extremamente benéfico promover eventos que envolvam representantes do Poder Executivo, Legislativo, Judiciário e do CARF para discutir esses desafios. Precisamos estabelecer essa dialética com os diversos representantes da sociedade e com a própria sociedade. Com satisfação, estamos assistindo a diversos debates no Brasil, seja no poder público, seja por diversas entidades da sociedade,

---

2 *GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo, Dialética, 2011, p.194-248*

seja nos meios acadêmicos. Destaco o trabalho da OAB do Rio de Janeiro, liderada pelo Advogado Maurício Faro, tendo, como muito sucesso, organizado do evento "Questões Controvertidas no CARF", cuja edição de 2024, Sexta Edição, tive o prazer e a oportunidade de participar.

Idealmente, podemos aumentar a participação das autoridades do Fisco e dos gestores empresariais nesses eventos para entender os desafios enfrentados pelas empresas e vice-versa. Precisamos refletir sobre esses temas de maneira transparente com o Fisco, com as empresas e com os contribuintes a fim de podemos agir, todos, de forma a cumprir a determinação constitucional de que "O Sistema Tributário Nacional deve observar os princípios da simplicidade, da transparência, da justiça tributária, da cooperação e da defesa do meio ambiente". O CARF pode entrar nessa maratona de transformações. Esse é o Princípio da Fraternidade em sua manifestação concreta, real e nobre.

O CARF há 100 anos é reconhecido como um local de debate tributário democrático. A paridade dos julgadores, cada qual com sua experiência de vida, de carreira, de estudos, agrega em muito na construção da melhor interpretação da legislação tributária aplicável aos fatos específicos de cada caso. São 100 anos de experiência. Podemos aproveitar o momento de mudanças tributárias e essa experiência para melhorar a construção da harmonia tributária.

Com todo respeito, o Princípio da Fraternidade expressado no artigo 145, parágrafo terceiro, clama pela harmonia e não pela criação de conceitos conflitantes. O CARF já tem experiência de 100 anos e poderia ser utilizado também nesse momento.

Estamos acompanhando o projeto de lei criar normas para *uniformização da jurisprudência administrativa do IBS e da CBS*. Ainda há tempo de fortalecermos o ideal de um processo administrativo unificado para julgar também o IBS e avançar a partir dessa premissa, crescer, nos debates sobre Fraternidade, Igualdade e Liberdade. A implementação do parágrafo terceiro do artigo 145 do CTN não apenas pede simplificação do sistema tributário, mas também demanda um ambiente de maior confiança e cooperação entre Fisco e contribuintes e de harmonia. Este é um momento decisivo para reavaliarmos nossas práticas e construir um sistema tributário mais eficiente, que ajude o Fisco a fiscalizar melhor, que ajude as empresas a crescerem, que beneficie toda a sociedade brasileira. O CARF é um paradigma a ser seguido pelo Brasil e pelo mundo.

REFERÊNCIAS

Brasil. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.446/DF. Relatora: Ministra Cármen Lúcia.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1995.

International Olympic Committee. (2024). Paris 2024 Olympic marathon route. Olympic Games Paris 2024. Disponível em: https://olympics.com/en/paris-2024/information/olympic-marathon-route . Acesso em: 22 jul. 2024.

GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo, Dialética, 2011, p.194-248.

Laurentiis, T. de. (2024, julho 17). *Vinculação do CARF na reforma tributária: um perigo iminente e eminente*. Consultor Jurídico. Disponível em https://www.conjur.com.br/2024-jul-17/vinculacao-do-carf-na-reforma-tributaria-um-perigo-iminente-e-eminente/.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ADUANEIRO NO BRASIL: ESPÉCIES, EVOLUÇÃO E PERSPECTIVAS

ROSALDO TREVISAN

Doutor em Direito (UFPR), Professor de Direito Aduaneiro, Tributário e Internacional em diversas instituições de ensino, no Brasil e no exterior. Professor do corpo permanente *stricto sensu* da Universidade Católica de Brasília (UCB). Autor/coordenador de vários livros e artigos científicos sobre Direito Aduaneiro, Tributário e Internacional. Instrutor do BID, consultor do FMI e especialista acreditado pela OMA em matérias aduaneiras. Membro das equipes redatoras dos Regulamentos Aduaneiros brasileiros de 2002 e 2009, e do grupo responsável pela redação do Código Aduaneiro do MERCOSUL. Membro da Academia Internacional de Direito Aduaneiro (ICLA). Conselheiro da Câmara Superior de Recursos Fiscais e Presidente da 4ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento do CARF, especializada em matéria aduaneira.

SUMÁRIO: 1. Espécies de contencioso administrativo em matéria aduaneira; 2. Tratados internacionais sobre contencioso em matéria aduaneira; 3. O CEJUL e o tratamento brasileiro para o contencioso referente a perdimento; 4. Tratamento brasileiro para o contencioso referente a multas e o processo administrativo tributário; 5. Reflexões finais: evolução e perspectivas; Referências

1. ESPÉCIES DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EM MATÉRIA ADUANEIRA

Na principal norma aduaneira brasileira do século passado, o Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966[1], contemporânea ao Código Tributário Nacional[2], já constava uma disciplina específica para o contencioso administrativo em matéria aduaneira.

Com a organização típica de uma codificação, o Decreto-Lei nº 37/1966 subdivide-se em oito títulos: I - Imposto de Importação (arts. 1 a 32); II - Controle Aduaneiro (arts. 33 a 70); III - Regimes Aduaneiros Especiais (arts. 71 a 93); IV - Infrações e Penalidades (arts. 94 a 117); V - Processo Fiscal (arts. 118 a 136); VI - Prescrição (arts. 137 a 141); VII - Organização Aduaneira (arts. 142 a 159); e VIII - Disposições Finais e Transitórias (arts. 160 a 178).

O Título VI, que trata especificamente de "Processo Fiscal", por seu turno, foi desmembrado em três Capítulos: I - Disposições Gerais (arts. 118 a 127); II - Pedido de Reconsideração e Recurso (arts. 128 a 130); e III - Disposições Especiais (arts. 131 a 136). À época, as decisões sobre o tema eram tomadas por tribunal administrativo

---

1 Dos 172 artigos do Decreto-Lei 37/1966, apenas 42 permanecem vigentes com suas redações originais. Em relação aos demais artigos do Decreto-Lei nº 37/1966, 39 tiveram nova redação dada por leis posteriores, como a Lei nº 10.833/2003 e a Lei nº 12.350/2010; 24 foram expressamente revogados; e 67 já não produzem efeitos, e sequer foram disciplinados no Regulamento Aduaneiro, entre eles vários dos referentes a "processo fiscal" (TREVISAN, Rosaldo. Uma Contribuição à Visão Integral do Universo de Infrações e Penalidades Aduaneiras no Brasil, na busca pela Sistematização. *In*: TREVISAN, Rosaldo (Org.). **Temas Atuais de Direito Aduaneiro III**. São Paulo: Aduaneiras, 2022, p. 622).

2 Aliás, a comissão elaboradora do Código Tributário Nacional e a comissão elaboradora do Decreto-Lei 37/1966, que tinha a intenção de ser uma espécie de "Código Aduaneiro", contaram com um membro comum: Gerson Augusto da Silva, profissional com ampla participação no desenvolvimento de toda a política tributária e aduaneira nas décadas de 1950 e 1960, e um dos "pais" da ALALC (Associação Latino-Americana de Livre Comércio), que depois viria a originar a ALADI (Associação Latino-Americana de Integração), nave-mãe integracionista que alberga o MERCOSUL. (COSTA E SILVA, Oswaldo. Introdução. A vida e a obra de Gerson Augusto da Silva. *In*: SILVA, Gerson Augusto da. **Estudos de Integração e de Harmonização Tributária. Coleção Gerson Augusto da Silva, n. 8**. Brasília: ESAF, 1983, p. 18-34).

especializado: o Conselho Superior de Tarifa[3], conforme art. 128, II, "a", do Decreto-Lei nº 37/1966, mediante prévio depósito do valor em litígio ou prestação de fiança idônea. No caso de fatos puníveis com a perda de mercadoria (*v.g.*, os relacionados no art. 105 do Decreto-Lei nº 37/1966), a apreensão se estenderia até a decisão administrativa definitiva (conforme art. 131 do Decreto-Lei nº 37/1966).

A disciplina processual se referia aos quatro tipos de penalidades tratadas no art. 96 do Decreto-Lei nº 37/1966: "perda do veículo transportador"; "perda da mercadoria"; "multa"; e "proibição de transacionar com repartição pública ou autárquica federal, empresa pública e sociedade de economia mista", tratando de temas como a competência para a lavratura de autuação, casos de nulidade do lançamento, e disposições sobre preparo do processo, intimações, ciência, pedido de reconsideração e recurso.

Com a Reforma Administrativa de 1967 (Decreto-Lei nº 200/1967), e a sua implantação na Direção-Geral da Fazenda Nacional, foi criada a Secretaria da Receita Federal (Decreto-Lei nº 63.659/1968), com estrutura na qual a Aduana já não era visível no desmembramento em Coordenações-Gerais (de Tributação, de Fiscalização e de Arrecadação)[4]. E sucedeu-se a isso um contencioso administrativo (Decreto nº

---

3 O contencioso administrativo em matéria aduaneira, no Brasil, remonta ao império, e foi aperfeiçoado com a Criação do Conselho de Contribuintes, inicialmente voltado ao Imposto de Renda, em 1922, mas que acabou acompanhado por um "Conselho Superior de Tarifa", em 1931. Em 1934, com a chamada "Reforma Aranha" (em alusão ao Ministro da Fazenda Oswaldo Aranha), subdividiu-se a Direção-Geral da Fazenda Nacional em três grandes diretorias: Imposto de Renda, Rendas Internas e Rendas Aduaneiras, e, com base nessa estrutura, foram criados três Conselhos para julgamento do contencioso administrativo: o Primeiro Conselho, que cuidava do Imposto de Renda; o Segundo, que tratava do Imposto de Consumo e de outros tributos internos; e o Terceiro, conhecido por "Conselho Superior de Tarifa", que tratava de temas aduaneiros, aí compreendidas inclusive as questões referentes ao imposto de importação. Em 1938, o trabalho do Conselho Superior de Tarifa foi intensificado, levando o governo a dividi-lo em duas Câmaras, uma encarregadas de classificação de mercadorias, e outra sobre temas como isenções de direitos de importação, apreensões e contrabando, avaria e revisão de despachos referentes a assuntos distintos da classificação de mercadorias. (MARTINS, Ana Luísa. **Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: 85 anos de imparcialidade na solução de litígios fiscais**. Rio de Janeiro: Capivara, 2010, p. 29-107, *passim*).

4 EZEQUIEL, Márcio da Silva. **Receita Federal: 50 anos (1968-2018)**. Brasília: Receita Federal, 2018, p. 148-150. A invisibilidade da Aduana nos dois primeiros escalões da Secretaria da Receita Federal (embora a Aduana estivesse presente em

70.235/1972) no qual a invisibilidade dos temas aduaneiros foi igualmente encampada, aparentemente por mera convicção de que estava compreendida nos temas tributários[5].

Diante da invisibilidade da Aduana na nova estrutura organizacional superior da Secretaria da Receita Federal, várias das disposições aduaneiras passaram a ser disciplinadas como simples subconjuntos de temas tributários, alastrando a compreensão generalizada da hierarquia organizacional aos atos normativos. E não era só a Aduana que perdia seu *status* organizacional. Também o Conselho de Contribuintes passava por uma de suas das fases mais conturbadas.[6]

O Decreto-Lei nº 822/1969 deixava claro, à época, em seu art. 2º, que o Poder Executivo regularia o "processo administrativo de determinação e exigência de créditos tributários federais, penalidades, empréstimos compulsórios e o de consulta". E o Decreto-Lei nº 37/1966, embora disciplinasse, com estatura legal, disposições gerais sobre o que denominava "processo fiscal", também deixava ao regulamento o estabelecimento da competência para julgamento (art. 125).

Não tardou para que o julgamento de temas aduaneiros, efetuado em instância final pelo Conselho Superior de Tarifa, com atribuição exclusiva e especialização, fosse transformado em um "Quarto Conselho de Contribuintes"[7], depois alterado para "Terceiro Conselho de Contribuintes", mesclando conteúdo aduaneiro com diversos temas tributários residuais que não encontraram guarida nos demais conselhos.

O Decreto nº 70.235/1972, originalmente mero regulamento do Decreto-Lei nº 822/1969, reproduz vários artigos do Decreto-Lei

---

subdesmembramentos da fiscalização e da tributação) perdurou até 1985, quando foi criada a Coordenação-Geral de Administração Aduaneira - TREVISAN, Rosaldo. Direito Aduaneiro e Direito Tributário - Distinções Básicas. *In*: TREVISAN, Rosaldo (org.). **Temas atuais de Direito Aduaneiro**. São Paulo: Lex, 2008, p. 42-43.

5 EZEQUIEL, Márcio da Silva. **Receita Federal:50 anos (1968-2018)**. Brasília: Receita Federal, 2018, p. 148-150.

6 Desde a instauração de inquérito (que resultou em arquivamento) no Segundo Conselho de Contribuintes, pelo regime militar, em 1964, até a desnecessidade de nomeação de conselheiros pelo Presidente da República, passando o Ministro da Fazenda a indicar os conselheiros, presidentes e vice-presidentes de conselhos em câmaras (1967), chegando o conselho a ficar dentro da estrutura da Secretaria da Receita Federal por alguns meses (MARTINS, Ana Luisa. **Conselho Administrativo…**, *op. cit.*, p. 88).

7 Denominação dada pelo art. 66 do Decreto nº 70.235/1972.

nº 37/1966, como o referente a nulidades (que vai do art. 119 do Decreto-Lei nº 37/1966 para o art. 59 do Decreto nº 70.235/1972), e registra, em sua ementa, que dispõe sobre "o processo administrativo fiscal" (tomando de empréstimo a expressão usada no Decreto nº 37/1966, que também adota como título do Capítulo I). Mas, em seu art. 1º, o mesmo Decreto nº 70.235/1972 afirma que "rege o processo administrativo de determinação e exigência dos créditos tributários da União e o de consulta sobre a aplicação da legislação tributária federal" (sendo mais fiel a sua base legal, o Decreto-Lei nº 822/1969).

De fato, as designações "processo administrativo fiscal" e "processo administrativo de determinação e exigência de créditos tributários…" são tratadas como sinônimas, sob pena de haver contradição interna sobre o âmbito de aplicação do Decreto nº 70.235/1972. E é fácil perceber como, no próprio decreto e nas legislações que o sucedem, sobre o contencioso, o "aduaneiro" ficou tão invisível dentro da estrutura do "tributário" (presente, mas não expressamente mencionado)[8] quanto na Secretaria da Receita Federal.

Passava, assim, todo o contencioso administrativo de matéria tributária (nessa designação entendidas como incluídas as matérias de competência do extinto Conselho Superior de Tarifa: classificação, valor, contrabando "e quaisquer outras decorrentes de leis ou regulamentos aduaneiros" - terminologia usada no Decreto nº 24.036/1934) a ser regido pelo Decreto nº 70.235/1972.

O único tema aduaneiro que ficaria de fora desse contexto se refere ao "perdimento de bens por danos causados ao Erário", para o qual a Emenda Constitucional nº 1/1969, em seu art. 153, § 11, demandou a edição de norma de estatura legal, que veio a ser publicada somente na década seguinte (Decreto-Lei nº 1.455/1976)[9].

O referido Decreto-Lei nº 1.455/1976 passou a tratar, assim, de uma segunda espécie de contencioso administrativo em matéria aduaneira: o referente à aplicação da pena de perdimento de mercadorias e veículos transportadores. E o rito adotado no art. 27 do Decreto-Lei

8 Perceptível apenas em vestígios como o deixado no art. 7º, que afirma que o procedimento "fiscal" tem início com "… a apreensão de mercadorias" ou o "começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada".

9 Sobre o processo legislativo, inclusive constitucional, referente à pena de perdimento, remete-se a: TREVISAN, Rosaldo; FAZOLO, Diogo Bianchi; VALLE, Maurício Dalri Timm do. Considerações sobre o Perdimento Aduaneiro de Bens na Legislação Brasileira. **Revista Direito Tributário Atual**, n. 51, 4.quad. 2022, p. 174-196.

nº 1.455/1976 foi bem diferente do estabelecido no Decreto nº 70.235/1972, seja pelo prazo de impugnação de 20 dias, ou pelo julgamento em instância única no âmbito da própria Receita Federal.

A Lei nº 10.833/2003 (art. 76) criou ainda uma terceira espécie de contencioso administrativo em matéria aduaneira, que, a exemplo da segunda, não envolve exigência pecuniária. Trata-se do contencioso referente a sanções administrativas aplicadas a intervenientes em operações de comércio exterior: (a) advertência; (b) suspensão do registro, licença, autorização, credenciamento ou habilitação para utilização de regime aduaneiro ou de procedimento simplificado, exercício de atividades relacionadas com o despacho aduaneiro, ou com a movimentação e armazenagem de mercadorias sob controle aduaneiro, e serviços conexos; e (c) cancelamento ou cassação, em relação ao registro, licença, autorização, credenciamento ou habilitação referidos na letra "b". Essa terceira espécie herda, *v.g.*, o prazo de impugnação de 20 dias do Decreto-Lei nº 1.455/1976, embora preveja duplo grau de jurisdição.

Essas são as três principais espécies de contencioso administrativo em matéria aduaneira. E as penalidades previstas na legislação acabaram se amoldando ou remetendo a um desses três ritos processuais (sendo raros casos de novas penalidades que criaram ritos processuais próprios, a exemplo da prevista no art. 75 da Lei nº 10.833/2003).

As multas por infrações administrativas ao controle das importações (art. 3º, II, da Lei nº 6.562/1978), as multas por falta de recolhimento de direitos *antidumping* e compensatórios (art. 7º, § 5º, da Lei nº 9.019/1995), a multa substitutiva do perdimento (art. 23, § 3º, do Decreto-Lei nº 1.455/1976, na redação dada pela Lei nº 12.350/2010), e as multas pelo descumprimento da obrigação de devolver mercadorias estrangeiras cuja importação não seja autorizada por órgão anuente com fundamento na legislação relativa a saúde, metrologia, segurança pública, proteção ao meio ambiente, controles sanitários, fitossanitários e zoossanitários (art. 46, § 13, da Lei nº 12.715/2012, na redação dada pela Lei nº 13.097/2015), *v.g.*, acabaram remetidas ao rito do processo administrativo fiscal/tributário (Decreto nº 70.235/1972).

O perdimento de moeda (Medida Provisória nº 2.158-35/2001, art. 89), por seu turno, utilizou a segunda espécie de contencioso aqui descrita (prevista no Decreto-Lei nº 1.455/1976).

E as sanções administrativas de advertência e suspensão, na hipótese de descumprimento de requisito técnico ou operacional para o alfan-

degamento (art. 37 da Lei nº 12.350/2010), foram endereçadas ao rito das sanções administrativas (art. 76 da Lei nº 10.833/2003).

Por conta das dimensões do presente estudo, optamos por concentrar a análise nas matérias que hoje estão a cargo do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e do Centro de Julgamento de Penalidade Aduaneiras (CEJUL), pelo que não aprofundaremos, neste momento, o tratamento da terceira modalidade de contencioso administrativo aduaneiro, hoje movida mediante recurso hierárquico, nos termos do art. 76 da Lei 10.833/2003, dentro da estrutura da RFB[10].

---

10 Na legislação aduaneira brasileira existem, hoje, 41 condutas puníveis com "sanções administrativas" (12 medidas de advertência, 11 de suspensão e 18 de cancelamento de registro, licença, autorização, credenciamento ou habilitação) - TREVISAN, Rosaldo. Uma contribuição à visão integral do universo de infrações e penalidades aduaneiras no Brasil, na busca pela sistematização. ***In***: TREVISAN, Rosaldo (org.). **Temas Atuais de Direito Aduaneiro III**. São Paulo: Aduaneiras, 2022, p. 613-619. A denominação "sanções administrativas", adotada pela Lei nº 10.833/2003 (e pelo Regulamento Aduaneiro), é pouco adequada, pois, a rigor, tanto o perdimento quanto as multas também são "sanções administrativas" (penalidades aplicadas pela Administração Aduaneira, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário). Poderia ter tratado o legislador, *v.g.*, de medidas restritivas de direitos aos intervenientes em operações de comércio exterior, para evitar confusão entre gênero e espécie. O rito de aplicação de "sanções administrativas" foi inicialmente estabelecido nos §§ 8º a 14 do art. 76 da Lei nº 10.833/2003, herdando o duplo grau do processo referente a crédito tributário (mas com envio do recurso à autoridade imediatamente superior à que proferiu a decisão em primeira instância) e o prazo de impugnação do rito de perdimento (20 dias, prazo que é aumentado para 30 dias em fase recursal à segunda instância). E, como aqui já exposto, foi estendido (pelo art. 37 da Lei nº 12.350/2010) às sanções por descumprimento de requisito técnico ou operacional para o alfandegamento. A partir da Lei nº 13.043/2014, as intimações em relação à aplicação de "sanções administrativas" passaram a ser pela via pessoal, postal ou por meio eletrônico, podendo, ainda, de modo semelhante ao encontrado no processo administrativo referente a crédito tributário, ser adotada a intimação editalícia, quando improfícuas as demais modalidades. A Lei nº 14.651/2023, que buscou adaptar a legislação sancionatória/recursal brasileira à CQR, não alterou o rito das sanções administrativas, que já adotava duplo grau de jurisdição, com recurso hierárquico (parecido com o adotado na Lei nº 9.784/1999, que rege, em geral, o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal). Aparentemente, a preocupação da doutrina brasileira concentrou-se na pena de perdimento, não focando atenção nas "sanções administrativas". De fato, são raros os estudos aduaneiros que se debruçam sobre as penalidades de advertência, suspensão e cassação de registro, licença, autorização, credenciamento ou habilitação.

2. TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE CONTENCIOSO EM MATÉRIA ADUANEIRA

No Direito Aduaneiro[11], os principais temas (classificação, valoração, origem, defesa comercial, licenças de importação…) já estão substancialmente uniformizados internacionalmente, em tratados multilaterais, principalmente no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) e da Organização Mundial das Aduanas (OMA)[12].

E mesmo temas de uniformização mais complexa, internacionalmente, como o relativo a sanções aduaneiras e ao contencioso a elas

---

11 Aqui entendido como o ramo didaticamente autônomo do Direito integrado por um conjunto de proposições jurídico-normativas que disciplinam as relações entre a Aduana e os intervenientes nas operações de comércio exterior, estabelecendo os direitos e as obrigações de cada um, inclusive no que se refere a restrições e incentivos tributários e não tributários nas importações e exportações (TREVISAN, Rosaldo. Direito Aduaneiro e Direito Tributário - Distinções Básicas. *In* TREVISAN, Rosaldo (org.). **Temas Atuais de Direito Aduaneiro.** São Paulo: Lex, 2008, p. 40-41). Ou, como sintetiza Ricardo Xavier Basaldúa, "*o conjunto de normas jurídicas, no âmbito do Direito Público, que tem por objeto regular o intercâmbio internacional de mercadorias*"(BASALDÚA, Ricardo Xavier. *El derecho aduanero y la Organización Mundial del Comercio*. *In*: COTTER, Juan Patricio (coord.). ***Estudios de Derecho Aduanero: homenaje al Dr. Juan Patricio Cotter Moine***. Buenos Aires: LexisNexis, 2007, p. 3). O reconhecido autor argentino já adotava tal postura em obra anterior, ao afirmar como elemento essencial do Direito Aduaneiro o intercâmbio internacional de mercadorias (***Introducción al Derecho Aduanero***. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988 - reed. 2008, p. 214). Em complemento, anote-se que Andrés Rohde Ponce define Direito Aduaneiro como "*conjunto de instituições e princípios que se manifestam em normas jurídicas que regulam a atividade aduaneira do Estado, as relações entre o Estado e os particulares que intervêm em tal atividade, a infração a essas normas, suas correspondentes sanções e os meios de defesa dos particulares perante as autoridades aduaneiras do Estado*" ("*conjunto de instituciones y principios que se manifiestan en normas jurídicas que regulan la actividad aduanera del Estado, las relaciones entre el Estado y los particulares que intervienen en dicha actividad, la infracción a esas normas, sus correspondientes sanciones y los medios de defensa de los particulares frentes a las autoridades aduaneras del Estado*") (**Derecho Aduanero Mexicano. Tomo I-Fundamentos y regulaciones de la actividad aduanera.** México: Tirant lo Blanch, 2021, p. 67-68).

12 Sobre o processo de internacionalização do Direito Aduaneiro, remete-se a: TREVISAN, Rosaldo. Direito Aduaneiro no Brasil: a hora e a vez da internacionalização. *In*: TREVISAN, Rosaldo (org.). **Temas Atuais de Direito Aduaneiro II**. São Paulo: Lex, 2015, p. 11-60; e a TREVISAN, Rosaldo. **O imposto de importação e o Direito Aduaneiro Internacional**. São Paulo: LEX, 2017, p. 83-138.

referente, já estão incluídos em tratados internacionais celebrados nas últimas décadas.

Neste estudo merecem destaque dois relevantes tratados internacionais aduaneiros multilaterais que incluem amplo espectro de temas de comércio exterior, incluindo regimes e procedimentos aduaneiros, facilitação do comércio e tributos incidentes nas importações, entre outros, afetando o contencioso administrativo nacional.

O primeiro deles é a Convenção de Quioto Revisada (CQR/OMA)[13], em vigor internacional desde 03/02/2006, que conta com 138 membros[14], e que trouxe, em seu Anexo Geral disposições processuais referentes ao direito de recurso (Capítulo 10) e procedimentais relativas a formalidades aduaneiras (normas 3.39 a 3.45, ao final do Capítulo 3), e, em seu Anexo Específico "H" (de adesão facultativa, e hoje aceito apenas por 34 países, entre os quais não está o Brasil) à disciplina geral das infrações e penalidades.[15]

O Brasil, que é membro da CQR/OMA desde 05/09/2019, data de depósito de seu instrumento de ratificação, deveria implementar as disposições do Anexo Geral, que não admite reservas, até 05/12/2022 (no caso de normas) ou 05/12/2024 (no caso de normas transitórias),

---

13 Sobre a CQR/OMA, remete-se a: BASALDÚA. Ricardo Xavier. *El Convenio de Kyoto Revisado: Antecedentes y Principios Aduaneros Involucrados*. *In*: TREVISAN, Rosaldo (org.). **Temas Atuais de Direito Aduaneiro III**. São Paulo: Aduaneiras, 2022, p. 81-120; e MORINI, Cristiano. A Convenção de Quioto Revisada e a Modernização da Administração Aduaneira. *In*: TREVISAN, Rosaldo (org.). **Temas Atuais de Direito Aduaneiro II**. São Paulo: Lex, 2015, p. 163-198.

14 WCO. ***Revised Kyoto Convention. Position as Regards Ratifications***. Disponível em: https://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/global/pdf/about-us/legal-instruments/conventions-and-agreements/revised-kyoto/pg0339ea.pdf?la=en. Acesso em 10 ago. 2025.

15 Tais países são Argélia, Canadá, Japão (com reservas), Jordânia, Libéria (com reservas), Madagascar, Maurício, Mianmar, Noruega, Nova Zelândia, Tadjiquistão e Uzbequistão, aos quais se adicionam os países que aderiram a todos os 25 Anexos Específicos da CQR: Azerbaijão, Benin, Burkina Faso, Camarões, Comores, Congo (Rep.), Congo (Rep. Dem.), Costa do Marfim, Egito, Filipinas (com reservas), Gabão, Gâmbia, Malawi, Níger, Papua Nova Guiné, Senegal, Seychelles, Togo, Turcomenistão, Uganda, Ucrânia e Zimbabwe. (WCO. ***Revised Kyoto Convention. Position as Regards Ratifications***. Disponível em: https://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/global/pdf/about-us/legal-instruments/conventions-and-agreements/revised-kyoto/pg0339ea.pdf?la=en. Acesso em 10 ago. 2025).

conforme art. 13 do Corpo da Convenção.[16] Entre tais disposições, cabe mencionar a que consta na norma 10.5 do Capítulo 10 do Anexo Geral da CQR/OMA:

> "Quando um recurso interposto perante as Administrações Aduaneiras seja indeferido, o requerente deverá ter um direito de recurso para uma autoridade independente da administração aduaneira"[17].

Inspirado na CQR/OMA, e regulando, no aspecto aqui tratado (procedimentos), o Artigo VIII do GATT, o Acordo sobre a Facilitação do Comércio (AFC/OMC)[18], em vigor internacional desde 22/02/2017, e que conta com 161 membros[19], tratou, em seu art. 6.3, das penalidades aduaneiras, definindo "penalidades" (6.3.1), estabelecendo a compe-

---

16 No Brasil, o texto da CQR/OMA foi aprovado pelo Decreto Legislativo n. 56, de 18/06/2019, e promulgado pelo Decreto n. 10.276, de 13/03/2020. A CQR entrou em vigor para o Brasil em 05/12/2019, conforme art. 18.2 do Corpo da Convenção, e, portanto, as normas do Anexo Geral deverão ser aplicadas no Brasil em 36 meses a partir de tal data (art. 13.1) e as normas transitórias, em 60 meses (art. 13.2). Antes de esgotado tal prazo, poderá ainda ser solicitada ao Comitê de Gestão da CQR uma prorrogação, que será concedida apenas em circunstâncias excepcionais, e por prazo máximo de um ano (art. 13.4). Como informado no sítio *web* da OMA, a prorrogação solicitada pelo Brasil, referente ao Capítulo 10 do Anexo Geral, foi autorizada em março de 2023. (WCO. ***Newsroom - 09 mar.2023 - The RKC/MC kicks off discussion on the draft revisions to the RKC Guidelines***. Disponível em: https://www.wcoomd.org/en/media/newsroom/2023/march/the-rkc-mc-kicks-off-discussion-on-the-draft-revisions-to-the-rkc-guidelines.aspx. Acesso em 10 ago. 2025).

17 Nos idiomas autênticos da CQR/OMA (inglês e francês): "***Where an appeal to the Customs is dismissed, the appellant shall have the right of a further appeal to an authority independent of the Customs administration***"; e "***Lorsqu'un recours introduit devant la douane est rejeté, le requérant a le droit d'introduire un nouveau recours devant une autorité indépendante de l'administration des douanes***".

18 Sobre o AFC/OMC, remete-se a: NEUFELD, Nora. ***The long and winding road: how WTO members finally reached a Trade Facilitation Agreement***. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201406_e.htm; acesso em 10 ago. 2025; TREVISAN, Rosaldo. O Acordo sobre a Facilitação do Comércio e seu Impacto na Legislação Aduaneira Brasileira. ***In***: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (Org.). **Constituição, Tributação e Aduana no Transporte Marítimo e na Atividade Portuária**. 1. ed. Belo Horizonte: Forum, 2020, v. I, p. 37-67; e FERNANDES, Rodrigo Mineiro. A implementação do Acordo sobre Facilitação Comercial no Brasil. ***In***: TREVISAN, Rosaldo (org.). **Temas Atuais de Direito Aduaneiro III**. São Paulo: Aduaneiras, 2022, p. 431-468.

19 WTO. ***Trade Facilitation Agreement. Ratifications List.*** Disponível em: https://www.tfafacility.org/notifications-ratifications/ratifications-list. Acesso em 10 ago. 2025.

tência de cada membro para disciplina da responsabilidade (6.3.2), e dispondo sobre: proporcionalidade (6.3.3), questões éticas (6.3.4), necessidade de explicação por escrito (6.3.5) e denúncia espontânea (6.3.6). Sobre procedimentos de recurso ou revisão, o AFC/OMC traz, em seu art. 4.1, tratamento mais flexível que a CQR/OMA, em função da expressão "e/ou":

> "Cada Membro assegurará que qualquer pessoa para quem a Aduana emita uma decisão administrativa tenha o direito, dentro de seu território, a: (a) uma revisão ou recurso administrativo a uma autoridade administrativa superior ou independente da autoridade ou repartição que tenha emitido a decisão; e/ou (b) uma revisão ou recurso judicial da decisão"[20].

No Brasil, o texto do AFC/OMC foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 1, de 04/03/2016, e promulgado pelo Decreto nº 9.326, de 03/04/2018. Considerando que todas as disposições notificadas pelo Brasil como categoria "B" tiveram como prazo final 31/12/2019, o AFC/OMC já é vigente e totalmente aplicável no País.

Assim, é inegável que há tratados internacionais aplicáveis e vinculantes para o Brasil, no que se refere a contencioso aduaneiro, mormente ao direito de recurso, e tais disposições são aplicáveis inclusive na área em que o Direito Aduaneiro intersecciona o Direito Tributário.

Portanto, ao se tratar de contencioso brasileiro sobre temas aduaneiros não se pode ignorar a disciplina internacional da matéria, e nem perder de vista a amplitude que o termo "aduaneiro" tem em tais tratados.

---

20 Nos idiomas autênticos do AFC/OMC (ingles, francês e espanhol): "*Each Member shall provide that any person to whom customs issues an administrative decision has the right, within its territory, to: (a) an administrative appeal to or review by an administrative authority higher than or independent of the official or office that issued the decision; and/or (b) a judicial appeal or review of the decision*"; "*Chaque Membre prévoira que toute personne faisant l'objet d'une décision administrative rendue par les douanes a droit, sur son territoire: a) à un recours ou à un réexamen administratif devant une autorité administrative supérieure au fonctionnaire ou au service ayant rendu la décision, ou indépendante de lui; et/ou b) à un recours ou à un réexamen judiciaire concernant la décision*"; e "*Cada Miembro dispondrá que la persona a quien vaya dirigida una decisión administrativa de la aduana tiene derecho, en su territorio, a lo siguiente: a) recurso administrativo ante una autoridad administrativa superior al funcionario u oficina que haya emitido la decisión o independiente de ese funcionario u oficina, o revisión administrativa por tal autoridad; y/o b) recurso o revisión judicial de la decisión*".

3. O CEJUL E O TRATAMENTO BRASILEIRO PARA O CONTENCIOSO REFERENTE A PERDIMENTO

Na legislação aduaneira brasileira existem, hoje, 41 condutas puníveis com o perdimento, sendo 33 de perdimento da mercadoria, 7 de perdimento do veículo transportador e 1 de perdimento de moeda[21]. A todas elas se aplicava o rito previsto originalmente no art. 27 do Decreto-Lei nº 1.455/1976, aqui já apresentado, que se inicia com a lavratura de auto de infração acompanhado de termo de apreensão (e, se for o caso, de termo de guarda), havendo prazo de 20 dias da intimação para apresentação de impugnação. A decisão, até o advento da Lei nº 14.651/2023, era proferida em instância única, pelo Ministro da Fazenda, tendo sido a competência regimentalmente atribuída, no âmbito do Ministério da Fazenda, a titulares de unidades da Secretaria da Receita Federal.

Para desobstruir depósitos de mercadorias apreendidas (principalmente aqueles com elevado volume de cargas de baixo valor - *v.g.*, Foz do Iguaçu), a Lei nº 12.058/2009 agregou um § 5º ao art. 27 do Decreto-Lei nº 1.455/1976, estabelecendo, em caso de configuração de abandono de mercadorias (incisos II e III do art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455/1976) de valor inferior a US$ 500,00, rito simplificado de aplicação da pena de perdimento, permitindo ao Ministro da Fazenda aumentar em até duas vezes o limite estabelecido.

Foi ainda permitida (inicialmente, na redação dada pela Lei nº 12.350/2010 aos arts. 29 e 30 do Decreto-Lei 1.455/1976) a destinação das mercadorias apreendidas após a decisão administrativa definitiva, ainda que pendente de apreciação judicial o processo, e a destinação imediata, após a apreensão e a lavratura da autuação, em casos específicos (*v.g.*, semoventes, perecíveis, explosivos), estabelecendo-se que, na hipótese de decisão administrativa ou judicial que determine a

21 Para uma visão integral do universo de 175 infrações e penalidades aduaneiras, no Brasil, remete-se a: TREVISAN, Rosaldo. Uma contribuição à visão integral do universo de infrações e penalidades aduaneiras no Brasil, na busca pela sistematização. *In*: TREVISAN, Rosaldo (org.). **Temas Atuais de Direito Aduaneiro III**. São Paulo: Aduaneiras, 2022, p. 571-630. Sobre a pena de perdimento, remete-se ainda a: BRUYN JÚNIOR, Herbert Cornélio Pieter de. **Direito Aduaneiro: pena de perdimento**. v. 2. Curitiba: Juruá, 2019; a FAZOLO. Diogo Bianchi. **Infrações Aduaneiras à luz do Direito Aduaneiro Internacional**. São Paulo: *Caput Libri*s, 2024; e a SEHN. Solon. **Curso de Direito Aduaneiro**. 3. Ed. .Rio de Janeiro: Forense, 2025, p. 583-627.

restituição de mercadorias que houverem sido destinadas, será devida indenização ao interessado, tendo por base o valor declarado para efeito de cálculo do imposto de importação ou de exportação.

Era perceptível que o rito de instância única havia sido impactado pela disposição da CQR/OMA, aqui mencionada no tópico anterior, sobre a possibilidade de apresentação de recurso a uma "autoridade independente da administração aduaneira".

Buscando compatibilizar a legislação brasileira ao tratado internacional, foi apresentado ao Congresso Nacional, em 28/04/2023, o Projeto de Lei nº 2.249/2023, que alterava o Decreto-Lei nº 1.455/1976, a Lei nº 10.833/2003 e a Lei nº 14.286/2021, para "dispor sobre a aplicação e o julgamento da pena de perdimento de mercadoria, veículo e moeda".

O Projeto, aprovado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, seguiu para sanção presidencial em 04/08/2023. De seu texto, percebe-se que a disciplina processual referente ao perdimento (de mercadoria, veículo transportador e moeda) é alterada, nitidamente com o objetivo de adaptação à CQR/OMA.

Pela redação final, que culminou na Lei nº 14.651/2023: (a) o prazo de impugnação foi mantido em 20 dias da ciência da autuação (na redação dada ao art. 27-A do Decreto-Lei nº 1.455/1976); (b) a intimação pode ser efetuada de forma pessoal, por via postal, por meio eletrônico, ou por edital, sem ordem de preferência (art. 27-A, §§ 1º e 2º); (c) passou a ser possível a destinação de mercadorias e veículos após declaração de revelia ou decisão de primeira instância desfavorável ao autuado (art. 29, § 1º); e (d) instituiu-se duplo grau de jurisdição administrativa para o contencioso referente a perdimento de mercadoria, veículo transportador e moeda, em rito e conforme competências a serem definidos em ato do Ministro da Fazenda (art. 27-E).

As medidas tratadas na Lei nº 14.651/2023, conforme dispõe seu art. 4º, aplicam-se aos procedimentos de aplicação e julgamento das penas de perdimento de mercadoria, de veículo e de moeda pendentes de decisão definitiva.

A Portaria Normativa do Ministro da Fazenda nº 1.005/2023 criou o Centro de Julgamento de Penalidades Aduaneiras (CEJUL), no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, e estabeleceu o julgamento monocrático da penalidade de perdimento (e também da multa referida no art. 75 da Lei nº 10.833/2003), por Equipe Nacional

de Julgamento (ENAJ), com recurso a uma segunda instância administrativa, colegiada (Câmaras Recursais do CEJUL).

O novo rito adotado representou nítido avanço em relação ao anterior (monocrático e de instância única), e buscou dar efetividade e celeridade a tal espécie de contencioso, tendo em conta que as mercadorias estarão apreendidas, ao menos até a decisão de primeira instância, o que pode comprometer a capacidade de armazenamento dos depósitos nas unidades aduaneiras, ou a própria integridade das mercadorias, sendo recomendável que as instâncias de julgamento tenham estrutura e procedimentos substancialmente mais céleres do que os que encontramos, por exemplo, hoje, nas DRJ e no CARF.[22]

Tive a oportunidade de participar em painel no evento comemorativo de um ano de atividades do CEJUL, em 27/11/2024[23], ocasião em que se traçou um panorama do início da experiência desse tribunal administrativo aduaneiro, sendo incontestável (e uníssono) que o modelo representa uma evolução do anterior, de instância única, e que, como todo modelo, pode (e deve) ser aperfeiçoado, por exemplo, no que se refere à publicidade e transparência da íntegra das decisões e do controle de acervo, possibilitando não só pesquisas estatísticas aplicadas e de jurimetria, como ampla busca jurisprudencial a partir de palavras-chave, e visualização pública de tempo médio de julgamento da evolução dos posicionamentos.

É importante reiterar que o CEJUL foi criado exclusivamente para atendimento aos ditames da Convenção de Quioto Revisada (e não

22 De 2017 a 2020, o tempo médio de julgamento nas DRJ variou de 32,4 meses a 30,8 meses, mantendo-se sempre acima de 30 meses (aproximadamente 900 dias). E, no CARF, variou de 43,7 meses a 42,3 meses, mantendo-se sempre acima de 40 meses (aproximadamente 1200 dias), conforme SERPA, Sandro de Vargas. Uma análise econômica do contencioso tributário brasileiro. **Dissertação de Mestrado**. Universidade de Brasília (UnB), 2021, p. 29. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/42310/1/2021_SandrodeVargasSerpa.pdf. Em março de 2025, o tempo médio de julgamento nas turmas ordinárias do CARF era de 1229 dias (CARF. **Dados Gerenciais do CARF**. Disponível em: https://carf.economia.gov.br/dados-abertos. Ambos os acessos em 10 ago. 2025.

23 O evento, que contou com Auditores-Fiscais da Receita Federal, acadêmicos, magistrados, e especialistas na área aduaneira e processual, foi transmitido pelo Youtube, no canal da Receita Federal, com link disponível em: https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/noticias/2024/novembro/o-centro-de-penalidades-aduaneiras-cejul-realiza-seminario-comemorativo-do-seu-primeiro-ano. Acesso em 10 ago. 2025.

por alegações pretéritas de inconstitucionalidade, que, diga-se, jamais encontraram eco no Poder Judiciário brasileiro), e que as disposições de tal Convenção "… não constituem obstáculo à aplicação da legislação nacional no que se refere a proibições ou restrições aplicáveis a mercadorias sujeitas a controle aduaneiro" (art. 3º do Corpo da CQR/OMA). Portanto, sequer necessitaríamos de duplo grau de jurisdição para determinadas hipóteses de aplicação da pena de pedimento (*v.g.*, mercadorias proibidas ou com licenciamento vedado ou suspenso)[24].

Importante salientar ainda que o rito de aplicação de "sanções administrativas" (advertência, suspensão e cassação/cancelamento), previsto no art. 76 da Lei nº 10.833/2003, não foi remetido à competência do CEJUL, e que há expressa previsão de multa (apesar do título deste tópico se referir apenas a perdimento) na esfera de jurisdição do CEJUL (para a infração tipificada no art. 75 da Lei nº 10.833/2003)[25].

Portanto, o CEJUL se apresenta como uma das possíveis soluções para a celeridade demandada em julgamentos administrativos aduaneiros, seja por atender aos ditames da Convenção de Quioto Revisada[26],

24 O fato de o CEJUL ter instituído duplo grau não afronta, no entanto, a CQR/OMA, tendo em conta que o art. 2º do Corpo da Convenção estabelece que "… será lícito a qualquer Parte Contratante conceder maiores facilidades do que as previstas na Convenção, recomendando-se a concessão de tais facilidades na medida do possível".

25 "Art. 75. Aplica-se a multa de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) ao transportador, de passageiros ou de carga, em viagem doméstica ou internacional que transportar mercadoria sujeita a pena de perdimento:: - sem identificação do proprietário ou possuidor; ou II - ainda que identificado o proprietário ou possuidor, as características ou a quantidade dos volumes transportados evidenciarem tratar-se de mercadoria sujeita à referida pena. (…)"

26 Nesse sentido, ROCHA, Sérgio André. O Centro de Julgamento de Penalidades Aduaneiras (Cejul) e a Convenção de Quioto Revisada, em Justiça Tributária. **Revista Eletrônica Conjur**. 22. Jan 2024 (disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-jan-22/o-cejul-e-a-convencao-de-quioto-revisada/), fazendo, entre outros, referência a artigos que publicamos logo após a criação do CEJUL (TREVISAN, Rosaldo. Convenção de Quioto revisada: juntos e 'shallow now'?, em Território Aduaneiro. **Revista Eletrônica Conjur**. 5. Dez 2023 (disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-dez-05/convencao-de-quioto-revisada-juntos-e-shallow-now/). Ambos os acessos em: 10 ago. 2025. As críticas ao CEJUL fundadas em necessidade de paridade numérica de componentes ou de necessidade de nova estrutura fora do âmbito da RFB parecem exigir algo que não se encontra nos outros 136 membros da Convenção de Quioto Revisada, ou, em outras palavras, objetivam alastrar ao CEJUL, para cumprimento de um tratado internacional, a forma doméstica de com-

ou por ter potencial de efetuar julgamentos administrativos em menos tempo do que no rito que se analisa a seguir, que trata do processo administrativo de determinação e exigência de crédito tributário.

Essa vantagem de CEJUL, em termos de celeridade, aliada à ausência de estoques, pode ser uma das soluções para a (in)segurança jurídica criada pelo julgamento do STJ no Tema Repetitivo 1.293, ainda sem trânsito em julgado[27].

4. TRATAMENTO BRASILEIRO PARA O CONTENCIOSO REFERENTE A MULTAS E O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Na legislação aduaneira brasileira existem, hoje, 93 condutas puníveis com multas, tendo 15 delas por base de cálculo o valor do tributo ou direito[28] que deixou de ser recolhido, e 78 por descumprimento de obrigações aduaneiras, sendo 44 delas estabelecidas em montantes fixos, em reais, e 34 em função do valor das mercadorias ou da operação[29].

posição do CARF, que, diga-se, não encontra construção igual no Direito Comparado (o que culminaria na absurda conclusão de que nenhuma das partes da CQR/OMA a cumpre).

27 Sobre esse julgado, remete-se a: TREVISAN, Rosaldo, VALLE, Maurício Timm do. Tema STJ 1.293 — bom para quem? **Revista Eletrônica Conjur**. 22. Abr 2025 (disponível em: https://www.conjur.com.br/2025-abr-22/tema-stj-1-293-bom-para-quem/).

28 Está-se aqui a tratar tanto de tributos quanto de direitos *antidumping* e compensatórios, que, no Brasil, ainda estão longe de gozar de uniformidade doutrinária no que se refere a sua natureza jurídica. A legislação, no entanto, optou por tratar a falta de recolhimento de tais direitos, em geral, da mesma forma que é tratada a falta de recolhimento de tributos (art. 7º, § 3º, da Lei nº 9.019/1995). Já tivemos a oportunidade de nos manifestar preliminarmente sobre o tema em: TREVISAN, Rosaldo. **O imposto de importação e o Direito Aduaneiro Internacional**. São Paulo: Aduaneiras/LEX, 2017, p. 240-254.

29 TREVISAN, Rosaldo. Uma contribuição à visão integral do universo de infrações e penalidades aduaneiras no Brasil, na busca pela sistematização. *In*: TREVISAN, Rosaldo (org.). **Temas Atuais de Direito Aduaneiro III**. São Paulo: Aduaneiras, 2022, p. 597-613.

Dessas 93 multas, 92 estão sujeitas ao rito previsto no Decreto nº 70.235/1972[30], que trata de determinação e exigência de crédito tributário (processo administrativo fiscal), algumas delas por força de expressa remissão legal[31].

Tal rito, embora pouco alterado de 1972 até recentemente, também evoluiu ao longo do século atual, passando o julgamento de primeira instância a ser colegiado em 2001. O julgamento de segunda instância, que já era colegiado desde a criação do Primeiro Conselho de Contribuintes, em 1924[32], assim permaneceu nos demais Conselhos posteriormente criados, todos reunidos em três Seções de Julgamento no âmbito do CARF, desde 2009.

O rito do Decreto nº 70.235/1972 é comum às exigências de tributos e penalidades tributárias, sendo a palavra "tributário", de longa data, utilizada (a nosso ver, indevidamente) para abranger o aduaneiro, no Brasil, especialmente no que se refere ao julgamento administrativo sob o rito de tal Decreto.

A Lei nº 11.941/2009, que criou o CARF, estabeleceu, em seu art. 48, que o órgão tem competência para "*… julgar recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância, bem como recursos especiais, sobre a* ***aplicação da legislação referente a tributos*** *administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil*" (*grifo nosso*).

Assim, não é à toa que no sítio *web* de tal órgão de julgamento ainda se encontra como missão "*Assegurar à sociedade imparcialidade e celeridade na solução dos litígios tributários*", e como visão "*Ser reconhecido pela excelência no julgamento dos litígios tributários*" [33].

---

30 A exceção é a já citada multa prevista no art. 75 da Lei nº 10.833/2003, que é, atualmente, julgada pelo CEJUL.

31 É o caso das multas por falta de recolhimento de direitos *antidumping* e compensatórios (art. 7º, § 5º, da Lei nº 9.019/1995, na redação dada pela Lei nº 10.833/2003) e da multa substitutiva do perdimento (art. 23, § 3º, do Decreto nº 1.455/1976, na redação dada pela Lei nº 12.350/2010).

32 O Decreto nº 16.580/1924, que criou o Primeiro Conselho de Contribuintes, estabeleceu que o órgão teria cinco membros. A estrutura paritária para os Conselhos surge apenas no Decreto nº 24.036/1934 ("Reforma Aranha"), com a consequente instituição do voto de qualidade, proferido pelo presidente do colegiado (art. 175).

33 Disponível em: https://www.gov.br/carf/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/mapa-estrategico, onde ainda aparece o Mapa Estratégico 2020-2023 do CARF. Acesso em 10 ago. 2025. Cabe destacar que em setembro de 2024, o CARF aprovou uma nova missão institucional, dentro do Plano Estratégico 2024-2027: "Solucionar

A invisibilidade dos temas aduaneiros, escondidos por detrás da palavra "tributário", e a evolução paulatina, mas ainda titubeante, por vezes, na distinção entre institutos tributários e aduaneiros não é apanágio brasileiro, e não pode ser atrelada unicamente ao contencioso no âmbito do CARF[34].

A celeuma ocasionada com as principais alterações efetuadas no critério de desempate no julgamento no âmbito do CARF, de 2020 a 2023[35], por exemplo, revela que as construções normativas sequer contemplaram especificamente temas aduaneiros.

Para que se tenha uma ideia da multicitada invisibilidade do aduaneiro, no "contencioso administrativo tributário", cabe apontar o chamado "diagnóstico do contencioso tributário administrativo", elaborado pela ABJ, em estudo encomendado pela RFB, com apoio do BID, que produziu relatório que sequer cita a palavra "Aduana" ou suas variantes[36].

Tal diagnóstico, entre outros, norteou o trabalho de elaboração de projetos para aperfeiçoar o contencioso administrativo, encomendado à equipe de juristas designada pelos presidentes do Senado Federal e do

---

litígios tributários e aduaneiros em última instância administrativa com imparcialidade, celeridade e excelência, proporcionando segurança jurídica à sociedade".

34 O *Centro Interamericano de Administraciones Tributarias* (CIAT), em sua base de dados sobre tribunais tributários administrativos e judiciais, ao apontar as competências de vários "tribunais tributários administrativos", menciona que a temática aduaneira é apreciada em dez dos onze que participaram da pesquisa (Argentina, Bolívia, Brasil, Costa Rica, El Salvador, Espanha, México, Nicarágua, Peru e Uruguai). No mesmo estudo, são apontados três, entre cinco "tribunais tributários judiciais", que tratam também da temática aduaneira (Chile, Equador e Venezuela). Entre os respondentes, somente o "tribunal tributário administrativo" do Panamá e os "tribunais tributários judiciais" da Colômbia e de Portugal informaram não tratar de matéria aduaneira (CIAT. ***Base de datos sobre Tribunales Tributarios Administrativos y Judiciales***. Disponível em: https://www.ciat.org/tribunales-tributarios/. Acesso em 10 ago. 2025).

35 Estamos a falar da inusitada e complexa história que vai da Lei nº 13.988/2020 à Lei nº 14.689/2023. Não se pretende aqui aprofundar esse tema, que renderia, por si, um extenso artigo ou um livro, com muito suspense (por exemplo, sobre a paternidade de propostas) e enredo tragicômico.

36 Sumário executivo e ao relatório completo em: https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos/diagnostico-do-contencioso-tributario-administrativo. Acesso em 10 ago. 2025. Uma das possíveis aparições da "aduana" foi ofuscada pela tradução (reveladora da invisibilidade do "aduaneiro"), quando "***Her Majesty's Revenue and Customs***" constou no relatório como "administração tributária do Reino Unido".

STF[37], que teve o mérito de acrescentar a palavra "aduaneiro" em alguns tópicos e o demérito de não o fazer criteriosamente. Registre-se, como exemplo, que a palavra "aduaneiro" aparece no nome do anteprojeto referente a "… arbitragem em matéria tributária e aduaneira", fazendo a devida distinção, enquanto o anteprojeto intitulado "mediação tributária" trata tanto de mediação em matéria tributária quanto aduaneira.[38]

Os titubeios presentes nesses projetos, usando a palavra "aduaneiro" às vezes englobada no tributário, as vezes de forma autônoma, endossam a confusão histórica entre institutos tributários e aduaneiros, no Brasil, e fazem com que o "aduaneiro" seja "encaixado" sem critérios técnicos aqui (no processo tributário, regido pelo Decreto nº 70.235/1972) ou acolá (no processo administrativo, na reforma da Lei nº 9.784/1999), gerando insegurança jurídica, e ignorando inclusive, ritos como o previsto no Decreto-Lei nº 1.455/1976 e no art. 76 da Lei nº 10.833/2003, e disposições de tratados internacionais que versam exclusivamente sobre o contencioso administrativo aduaneiro, como a CQR/OMA, aqui já mencionada. Esse problema de falta de critério técnico distintivo no emprego da terminologia, gerando subjetividade e insegurança jurídica, refletiu-se, recentemente, no julgamento pelo STJ do Tema Repetitivo 1.293.[39]

---

37 O resultado dos trabalhos da comissão (nove anteprojetos) foi transformado em Projetos de Lei, disponíveis em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/19092022-Senado-apresenta-projetos-para-reforma-dos-processos-administrativo-e-tributario.aspx. Acesso em 10 ago. 2025.

38 Destacamos os principais problemas dessa regulação despadronizada e distante da encontrada em outros países, ou nas melhores práticas internacionais, em: TREVISAN, Rosaldo. Contribuições aduaneiras para a melhoria do contencioso administrativo, em Território Aduaneiro. **Revista Eletrônica Conjur**. 3 Mai. 2022 (disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-mai-03/territorio-aduaneiro-contribuicoes-aduaneiras-melhoria-contencioso-administrativo/); e em TREVISAN, Rosaldo. Contencioso aduaneiro: uma luz no fim do túnel?, em Território Aduaneiro. **Revista Eletrônica Conjur**. 20 Set. 2022 (disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-set-20/territorio-aduaneiro-luz-fim-tunel-contencioso-aduaneiro-2022/). Ambos os acessos em 10 ago. 2025.

39 Referente a prescrição intercorrente, e que é de extrema relevância, porque, imediatamente, ocasiona sobrestamento de processos e, após o trânsito em julgado, vinculará a Administração e os órgãos julgadores. O precedente definiu, de forma generalizante, como infrações aduaneiras administrativas, ou não tributárias aquelas em que "… a norma infringida visa primordialmente ao controle do trânsito internacional de mercadorias ou à regularidade do serviço aduaneiro, ainda que, reflexamente, possa colaborar para a fiscalização do recolhimento dos tributos inci-

Embora a falta de uniformidade terminológica ainda traga transtornos à compreensão do contencioso aduaneiro, a situação acabou amenizada por algumas providências recentes no âmbito do CARF, como a criação de turmas especializadas aduaneiras, em abril de 2024. Com base no art. 46 do novo Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF 1.634/2023[40], foi editada a Portaria CARF 627, de

---

dentes sobre a operação", e como infrações aduaneiras tributárias aquelas em que a "obrigação descumprida, conquanto inserida em ambiente aduaneiro, destinava-se direta e imediatamente à arrecadação ou à fiscalização dos tributos incidentes sobre o negócio jurídico realizado". A decisão está disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?cod_tema_final=1293&cod_tema_inicial=1293&novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T. Sobre o tema, e as consequências da mudança de entendimento para aplicar apenas na década de 2020 uma norma de 1999, retroativamente, tratamos na trilogia: TREVISAN, Rosaldo. Prescrição intercorrente e aduana: *"Back to the future"* (partes 1, 2 e 3), , em Território Aduaneiro. **Revista Eletrônica Conjur**. 28 Fev., 4 Abr. e 9 Mai. 2023 (disponível em: Prescrição intercorrente e aduana: "Back to the future" (parte 1) , Prescrição intercorrente e Aduana: "Back to the future" (parte 2), e Prescrição intercorrente e aduana: "Back to the future" (parte 3)). E, mais recentemente: TREVISAN, Rosaldo, VALLE, Maurício Timm do. Tema STJ 1.293 — bom para quem? **Revista Eletrônica Conjur**. 22. Abr 2025 (disponível em: https://www.conjur.com.br/2025-abr-22/tema-stj-1-293-bom-para-quem/). Todos os acesos em 10 ago. 2025.

40 "Art. 46. O Presidente do CARF, visando à adequação da distribuição do acervo entre as Seções e Câmaras e à celeridade de sua tramitação, poderá: I - temporariamente, estender a especialização estabelecida nos arts. 43 a 45 para outra Seção de Julgamento; e II - **em razão do alto grau de especialização demandado para analisar determinadas matérias**, respeitado o disposto nos art. 43 a 45, instituir Câmaras e Turmas de Julgamento especializadas para tratar de tributo ou matéria específicos, tais como: a) tributos previstos nos incisos I, III e VIII do art. 45 (***I - Contribuição para o PIS/Pasep e Cofins, inclusive quando incidentes na importação de bens e serviços; III - IPI; e VIII - Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE)***), quando se tratar de operações de importação; b) tributos previstos nos incisos IX a XX do art. 45 (***IX - Imposto sobre a Importação (II); X - Imposto sobre a Exportação (IE); XI - contribuições, taxas e infrações cambiais e administrativas relacionadas com a importação e a exportação; XII - classificação tarifária de mercadorias; XIII - isenção, redução e suspensão de tributos incidentes na importação e na exportação; XIV - vistoria aduaneira, dano ou avaria, falta ou extravio de mercadoria; XV - omissão, incorreção, falta de manifesto ou documento equivalente, bem como falta de volume manifestado; XVI - infração relativa à fatura comercial e a outros documentos exigidos na importação e na exportação; XVII - trânsito aduaneiro e demais regimes aduaneiros especiais, e regimes aplicados em áreas especiais, salvo a hipótese prevista no inciso XVII do art. 105 do Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966; XVIII - remessa postal internacional, salvo as hipóteses previstas nos incisos XV e XVI, do art. 105, do***

18/04/2024, estabelecendo competência a uma Câmara formada por duas turmas ordinárias especializadas aduaneiras. A partir de então, todos os processos em trâmite no CARF que tratem de temas aduaneiros passarão a ser julgados pela Primeira e pela Segunda Turmas Ordinárias da Quarta Câmara da Terceira Seção do CARF (sem prejuízo da competência para o trato desses temas em turmas extraordinárias, dentro de seu limite de alçada).

E quando nos referimos a temas aduaneiros, abrangemos todas as multas aduaneiras (à exceção daquela apreciada pelo CEJUL), tanto as que interseccionam o reino tributário, quanto aquelas que sequer tangenciam tal seara.

Não se tem dúvida de que, entre todos os ritos aqui citados, o do Decreto nº 70.235/1972 (tributário, na acepção de "invisibilidade" que abrange algumas penalidades pecuniárias aduaneiras) é o que mais reclama aperfeiçoamento, para dar conta do excessivo acervo de julgamento e da exacerbada litigância, além de ser o mais relevante em termos econômicos[41].

5. REFLEXÕES FINAIS: EVOLUÇÃO E PERSPECTIVAS

Registramos, ao longo dos tópicos anteriores, a evolução do tratamento das modalidades de contencioso aduaneiro no Brasil, todas com notáveis avanços no presente século, suficientes para que possamos afirmar que hoje temos a melhor configuração de contencioso aduaneiro da história brasileira.

Decreto-Lei nº 37, de 1966; XIX - valor aduaneiro; e XX - bagagem); c) hipótese prevista no §1º do art. 45 (***descumprimento de normas antidumping ou de medidas compensatórias***); e d) inciso XXI do art. 45, quando relacionado aos tributos ou matérias previstos nas alíneas "a" ou "b" do inciso II deste artigo (***penalidades pelo descumprimento de obrigações acessórias pelas pessoas físicas e jurídicas, relativamente aos tributos de que trata este artigo***). §1º O disposto nos incisos I e II aplica-se, exclusivamente, aos processos ainda não distribuídos às Câmaras. §2º Na hipótese do inciso II haverá pelos menos duas turmas ordinárias com a mesma especialização de tributo ou de matéria." (*grifos e destaques em itálico nossos*).

41 Em 2018, o contencioso tributário federal (administrativo e judicial) ultrapassava o patamar de R$ 3,4 trilhões, correspondente a 50,4% do PIB nacional, e, isolando-se o contencioso tributário administrativo na esfera federal, chegava-se, em 2018, a 16,4% do PIB, ante 0,28% e 0,19% de mediana nos países da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico - OCDE (**Revista ETCO**, São Paulo, n. 25, ano 17, ago. 2020, disponível em: https://www.etco.org.br/wp-content/uploads/WEB_Revista-ETCO_Agosto-2020_02.pdf). Acesso em 10 ago. 2025.

Mas ainda estamos muito distantes das melhores práticas mundiais, em termos quantitativos (pelo alto teor de litigância e pelo pouco amadurecimento de meios alternativos de solução de conflitos). Portanto, os avanços obtidos, embora significativos, não nos permitem, de forma alguma, estacionar.

Há oportunidades no horizonte, e que devem ser objeto de olhar atento da comunidade aduaneira. O trâmite do conjunto de anteprojetos produzidos pela Comissão de Juristas designada pelo Senado e pelo STF tem potencial de redução de litígios, se aparadas arestas com potencial oposto (a exemplo da disposição que permite ao CARF a redução de penalidades fixadas em lei, ainda sem critérios objetivos, ou da transformação dos "meios alternativos" em verdadeiros "meios cumulativos"). E poderia contemplar em ritos específicos a questão referente ao perdimento (hoje tratado de forma mais evoluída e célere no CEJUL) e às "sanções administrativas".

Aliás, os ritos de perdimento e "sanções administrativas", com o passar do tempo, poderiam incorporar ferramentas exitosas do CARF, como Súmulas e julgamentos na sistemática dos recursos repetitivos. E disponibilizar acervo de julgados (a exemplo do CARF, que já possui plataforma com mais de meio milhão de julgados).

O CARF, por seu turno, tem a oportunidade de, com o novo Regimento Interno, que aumentou o número de turmas, que passaram a operar com seis julgadores cada, e com a especialização aduaneira, aqui celebrada e endossada[42], incrementar a quantidade e a qualidade técnica dos julgamentos, com redução do tempo de apreciação dos processos.

Aliás, a adoção de modelos exitosos no exterior também se apresenta como oportunidade (e desafio). Esse foi o ponto fraco das últimas medidas adotadas em relação ao contencioso referente a crédito tributário. Nenhum dos estudos que resultaram em anteprojetos/projetos de lei ou medidas de redução do contencioso aduaneiro pecuniário foi

42 Tratamos das vantagens da especialização em: TREVISAN, Rosaldo, MEIRA, Liziane Angelotti; MACEDO, Leonado Correa Lima. Por um contencioso aduaneiro especializado, em Território Aduaneiro. **Revista Eletrônica Conjur**. 9 Jul. 2024 (disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-jul-09/por-um-contencioso-aduaneiro-especializado/). Acesso em: 10 ago. 2025. Ainda sobre a importância da jurisdição especializada em matéria aduaneira: BASALDÚA, Ricardo Xavier. *Importancia de la Jurisdicción Especializada en Materia Aduanera: Situación en Argentina*. *In*: TREVISAN, Rosaldo (org.). **Temas Atuais de Direito Aduaneiro II**. São Paulo, Lex, 2015, p. 66-67.

acompanhado de análise de experiências internacionais exitosas. A falta de *benchmarking* para um tema de tamanha importância econômica é, a nosso ver, inexplicável.

Eis um grande desafio: verificar que países apresentam mecanismos eficazes de contencioso administrativo, adaptando as medidas à realidade brasileira.

Para evitar a perpetuação das confusões entre institutos, uma visão sistemática do conteúdo das disposições tributárias e aduaneiras - e de sua área de intersecção - em muito auxiliaria no deslinde dos contenciosos administrativos, e no aprimoramento das soluções técnicas especializadas que tradicionalmente oferecem o CARF e os demais órgãos de julgamento administrativo aduaneiro, como o CEJUL.

E a decisão recente do STJ, no já citado Tema Repetitivo 1.293, tem potencial de pressionar a celeridade nos julgamentos aduaneiros do CARF (ao menos na acepção de "administrativo aduaneiro não tributário" dada pela corte judicial) e do CEJUL, ou até de, diante de um cenário de flagrante impossibilidade de cumprimento dos prazos em função do acervo e da quantidade de julgadores, no CARF, acabar provocando deslocamento de algumas das competências para o CEJUL, que já aprecia ao menos uma multa aduaneira e diversas penalidades de perdimento que tratam de matéria que o STJ classificaria como "aduaneira tributária" no precedente citado[43].

Superar as velhas confusões entre o "aduaneiro" e o "tributário", nesse cenário, não é uma meta, mas uma condição para seguir adiante na missão de resolver litígios administrativos, com imparcialidade, celeridade e conhecimento técnico/jurídico especializado, com julgadores capacitados para enfrentar não só os temas aduaneiros clássicos internacionais (valoração, classificação, origem), mas os novos temas

43 Por exemplo, as seguintes condutas puníveis com perdimento, essencialmente tributárias: mercadoria estrangeira, encontrada ao abandono, desacompanhada de prova do pagamento dos tributos aduaneiros (Decreto-Lei 37/1966, art. 105, IX); mercadoria estrangeira, já desembaraçada e cujos tributos aduaneiros tenham sido pagos apenas em parte, mediante artifício doloso (Decreto-Lei 37/1966, art. 105, XI); mercadoria transferida a terceiro, sem o pagamento dos tributos aduaneiros e de outros gravames, quando desembaraçada com isenções de caráter especial (Decreto-Lei 37/1966, art. 105, XIII); e mercadoria fracionada em duas ou mais remessas postais ou encomendas aéreas internacionais visando a elidir, no todo ou em parte, o pagamento dos tributos aduaneiros ou quaisquer normas estabelecidas para o controle das importações ou, ainda, a beneficiar-se de regime de tributação simplificada (Decreto-Lei 37/1966, art. 105, XVI).

aduaneiros (como os impactos aduaneiros que derivarão da reforma tributária, aprovada pela Emenda Constitucional 132/2023, e já disciplinada na Lei Complementar 214/2025, faltando justamente – para variar – um acordo sobre o rito processual a ser adotado para determinados aspectos sobre os novos tributos criados).

E, como desafio-mor (um ideal, um sonho!), poderíamos concentrar os contenciosos aduaneiros (a exemplo e outros países, como a Argentina) como um capítulo em um Código Aduaneiro Brasileiro, onde também estariam consolidadas as disposições sobre Definições, Sujeitos Aduaneiros, Tributos Aduaneiros, Regimes Aduaneiros e Infrações/Penalidades Aduaneiras.

Esse ideal começou a tomar corpo. Por meio do PL 4.423/2024, publicado no Diário do Senado Federal em 18 de novembro de 2024, e derivado de trabalhos de equipe formada por especialistas do Ministério da Fazenda, do Ministério do Desenvolvimento, Indústria, Comércio e Serviços, e do Senado, com a participação de outros órgãos públicos e do setor privado na elaboração do texto, tramita no Senado o Projeto de "Lei Geral de Comércio Exterior", que trata de quase todos esses temas (à exceção de tributos, penalidades e contenciosos), incorporando as melhores práticas internacionais previstas na CQR/OMA e no AFC/OMC, além de outros instrumentos modernos de facilitação do comércio[44].

O contencioso administrativo aduaneiro, que muito avançou nos últimos tempos, assim como os estudos sobre Direito Aduaneiro, no Brasil[45], ainda tem ampla oportunidade de melhoria, e não é demasiado

---

44 Sobre o desenvolvimento recente do Direito Aduaneiro, no Brasil, tratamos em: TREVISAN, Rosaldo. El "despertar" del Derecho Aduanero en Brasil, **Aduana News**. Buenos Aires, 19 abr. 2024. Disponível em: https://aduananews.com/el-despertar-del-derecho-aduanero-en-brasil/. Acesso em 28 mar. 2025.

45 Sobre a Lei Geral de Comércio Exterior, remete-se a: TREVISAN, Rosaldo. Lei Geral de Comércio Exterior: um alinhamento importante, , em Território Aduaneiro. **Revista Eletrônica Conjur**. 17 Set. 2024 (disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-set-17/lei-geral-de-comercio-exterior-um-alinhamento-importante/); BRANCO, Leonardo, ANDRADE, Thális. Lei Geral de Comércio Exterior e a modernização das aduanas, em Território Aduaneiro. **Revista Eletrônica Conjur**. 15 Out. 2024 (disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-out-15/820823/); PIERI, Fernando. Anteprojeto da Lei Geral de Comex: comentários, em Território Aduaneiro. **Revista Eletrônica Conjur**. 22 Out. 2024 (disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-out-22/anteprojeto-da-lei-geral-de-comex-comentarios-parte-1/); e TREVISAN, Rosaldo. Churchill, Caetano e o 'tema do momento', em Território Aduaneiro. **Revista Eletrônica Conjur**. 5 Nov. 2024 (disponível em: https://www.conjur.com.

imaginar que o Brasil pode, à luz das melhores práticas internacionais, encontrar soluções para os desafios que hoje se apresentam.

Que o CARF e o CEJUL contribuam na concretização desse sonho, de uma regulação e uma disciplina específica do contencioso aduaneiro (e, por que não, de toda a matéria aduaneira, codificada), no Brasil, libertado da apropriação seletiva pouco criteriosa de institutos tributários e da vala comum ocasional do Direito Administrativo. E que não mais nos furtemos a identificar as melhores práticas internacionais sobre o tema do contencioso administrativo, que muito podem contribuir para o aprimoramento de nosso modelo.

Conhecendo os acertos e erros dos outros, provavelmente teríamos perspectivas plausíveis de acertar mais e errar menos na construção de um contencioso administrativo aduaneiro (e até tributário) brasileiro.

REFERÊNCIAS

BASALDÚA, Ricardo Xavier. ***Introducción al Derecho Aduanero***. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988 - reed. 2008.

BASALDÚA, Ricardo Xavier. *El derecho aduanero y la Organización Mundial del Comercio*. *In*: COTTER, Juan Patricio (coord.). ***Estudios de Derecho Aduanero: homenaje al Dr. Juan Patricio Cotter Moine***. Buenos Aires: LexisNexis, 2007, p. 3-26.

BASALDÚA, Ricardo Xavier. *Importancia de la Jurisdicción Especializada en Materia Aduanera: Situación en Argentina*. *In*: TREVISAN, Rosaldo (org.). **Temas Atuais de Direito Aduaneiro II**. São Paulo, Lex, 2015, p. 61-85.

BRANCO, Leonardo, ANDRADE, Thális. Lei Geral de Comércio Exterior e a modernização das aduanas, em Território Aduaneiro. **Revista Eletrônica Conjur**. 15 Out. 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-out-15/820823/.

CARF. **Dados Gerenciais do CARF**. Disponível em: https://carf.economia.gov.br/dados-abertos.

CIAT. ***Base de datos sobre Tribunales Tributarios Administrativos y Judiciales***. Disponível em: https://www.ciat.org/tribunales-tributarios/.

COSTA E SILVA, Oswaldo. Introdução. A vida e a obra de Gerson Augusto da Silva. *In*: SILVA, Gerson Augusto da. **Estudos de Integração e de Harmonização Tributária. Coleção Gerson Augusto da Silva, n. 8**. Brasília: ESAF, 1983, p. 15-55.

EZEQUIEL, Márcio da Silva. **Receita Federal:50 anos (1968-2018)**. Brasília: Receita Federal, 2018.

br/2024-nov-05/churchill-caetano-e-o-tema-do-momento/). Todos os acessos em 28 mar. 2025.

FAZOLO. Diogo Bianchi. **Infrações Aduaneiras à luz do Direito Aduaneiro Internacional**. São Paulo: *Caput Libri*s, 2024.

FERNANDES, Rodrigo Mineiro. A implementação do Acordo sobre Facilitação Comercial no Brasil. *In*: TREVISAN, Rosaldo (org.). **Temas Atuais de Direito Aduaneiro III**. São Paulo: Aduaneiras, 2022, p. 431-468.

MARTINS, Ana Luísa. **Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: 85 anos de imparcialidade na solução dos litígios fiscais**. Rio de Janeiro: Capivara, 2010.

NEUFELD, Nora. ***The long and winding road: how WTO members finally reached a trade facilitation agreement***. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201406_e.pdf.

PIERI, Fernando. Anteprojeto da Lei Geral de Comex: comentários, em Território Aduaneiro. **Revista Eletrônica Conjur**. 22 Out. 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-out-22/anteprojeto-da-lei-geral-de-comex-comentarios-parte-1/.

ROCHA, Sérgio André. O Centro de Julgamento de Penalidades Aduaneiras (Cejul) e a Convenção de Quioto Revisada, em Justiça Tributária. **Revista Eletrônica Conjur**. 22. Jan 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-jan-22/o-cejul-e-a-convencao-de-quioto-revisada/.

ROHDE PONCE. Andrés. **Derecho Aduanero Mexicano. Tomo I-Fundamentos y regulaciones de la actividad aduanera.** México: Tirant lo Blanch, 2021.

SEHN. Solon. **Curso de Direito Aduaneiro**. 3. Ed. .Rio de Janeiro: Forense, 2025.

SERPA, Sandro de Vargas. Uma análise econômica do contencioso tributário brasileiro. **Dissertação de Mestrado**. Universidade de Brasília (UnB), 2021. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/42310/1/2021_SandrodeVargasSerpa.pdf.

TREVISAN, Rosaldo. Direito Aduaneiro e Direito Tributário - Distinções Básicas. *In*: TREVISAN, Rosaldo (org.). **Temas atuais de Direito Aduaneiro**. São Paulo: Lex, 2008, p. 11-55.

TREVISAN, Rosaldo. Direito Aduaneiro no Brasil: a hora e a vez da internacionalização. *In*: TREVISAN, Rosaldo (org.). **Temas Atuais de Direito Aduaneiro II**. São Paulo: Lex, 2015, p. 11-60.

TREVISAN, Rosaldo. **O imposto de importação e o Direito Aduaneiro Internacional**. São Paulo: LEX, 2017.

TREVISAN, Rosaldo. O Acordo sobre a Facilitação do Comércio e seu Impacto na Legislação Aduaneira Brasileira. *In*: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (Org.). **Constituição, Tributação e Aduana no Transporte Marítimo e na Atividade Portuária**. 1. ed. Belo Horizonte: Forum, 2020, v. I, p. 37-67.

TREVISAN, Rosaldo. Uma Contribuição à Visão Integral do Universo de Infrações e Penalidades Aduaneiras no Brasil, na busca pela Sistematização. *In*: TREVISAN, Rosaldo (Org.). **Temas Atuais de Direito Aduaneiro III**. São Paulo: Aduaneiras, 2022, p. 571-630.

TREVISAN, Rosaldo. Contribuições aduaneiras para a melhoria do contencioso administrativo, em Território Aduaneiro. **Revista Eletrônica Conjur**. 3 Mai.

2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-mai-03/territorio-aduaneiro-contribuicoes-aduaneiras-melhoria-contencioso-administrativo/.

TREVISAN, Rosaldo. Contencioso aduaneiro: uma luz no fim do túnel?, em Território Aduaneiro. **Revista Eletrônica Conjur**. 20 Set. 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-set-20/territorio-aduaneiro-luz-fim-tunel-contencioso-aduaneiro-2022/.

TREVISAN, Rosaldo. Prescrição intercorrente e aduana: ***"Back to the future"* (*partes 1, 2 e 3), , em Território Aduaneiro.* Revista Eletrônica Conjur**. 28 Fev., 4 Abr. e 9 Mai. 2023 Disponível em: Prescrição intercorrente e aduana: "Back to the future" (parte 1) , Prescrição intercorrente e Aduana: "Back to the future" (parte 2), e Prescrição intercorrente e aduana: "Back to the future" (parte 3)).

TREVISAN, Rosaldo. Convenção de Quioto revisada: juntos e 'shallow now'?, em Território Aduaneiro. **Revista Eletrônica Conjur**. 5. Dez 2023. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-dez-05/convencao-de-quioto-revisada-juntos-e-shallow-now/).

TREVISAN, Rosaldo. El "despertar" del Derecho Aduanero en Brasil, **Aduana News**. Buenos Aires, 19 abr. 2024. Disponível em: https://aduananews.com/el-despertar-del-derecho-aduanero-en-brasil/.

TREVISAN, Rosaldo. Lei Geral de Comércio Exterior: um alinhamento importante, , em Território Aduaneiro. **Revista Eletrônica Conjur**. 17 Set. 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-set-17/lei-geral-de-comercio-exterior-um-alinhamento-importante/.

TREVISAN, Rosaldo. Churchill, Caetano e o 'tema do momento', em Território Aduaneiro. **Revista Eletrônica Conjur**. 5 Nov. 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-nov-05/churchill-caetano-e-o-tema-do-momento/.

TREVISAN, Rosaldo; FAZOLO, Diogo Bianchi; VALLE, Maurício Dalri Timm do. Considerações sobre o Perdimento Aduaneiro de Bens na Legislação Brasileira. **Revista Direito Tributário Atual**, n. 51, 4.quad. 2022, p. 174-196.

TREVISAN, Rosaldo, MEIRA, Liziane Angelotti; MACEDO, Leonado Correa Lima. Por um contencioso aduaneiro especializado, em Território Aduaneiro. **Revista Eletrônica Conjur**. 9 Jul. 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-jul-09/por-um-contencioso-aduaneiro-especializado/).

VALLE, Maurício Timm do; TREVISAN, Rosaldo. Tema STJ 1.293 — bom para quem? **Revista Eletrônica Conjur**. 22. Abr 2025. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2025-abr-22/tema-stj-1-293-bom-para-quem/.

WCO. ***Newsroom - 09 mar.2023 - The RKC/MC kicks off discussion on the draft revisions to the RKC Guidelines***. Disponível em: https://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/global/pdf/about-us/legal-instruments/conventions-and-agreements/revised-kyoto/pg0339ea.pdf?la=en. Acesso em 28 mar. 2025.

WCO. ***Revised Kyoto Convention. Position as Regards Ratifications***. Disponível em: https://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/global/pdf/about-us/legal-instruments/conventions-and-agreements/revised-kyoto/pg0339ea.pdf?la=en.

WTO. ***Trade Facilitation Agreement. Ratifications List.*** Disponível em: https://www.tfafacility.org/notifications-ratifications/ratifications-list.

CONTRATO DE COMPARTILHAMENTO DE CUSTOS ENTRE MATRIZ AMERICANA E FILIAL SITUADA NO BRASIL. TRIBUTAÇÃO DOS REEMBOLSOS PARA O EXTERIOR

SERGIO ANDRÉ ROCHA

Professor Titular de Direito Financeiro e Tributário da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Parecerista. Email: sergio.andre@sarocha.com.br.

SUMÁRIO: I. Considerações Introdutórias; 1. Contexto Fático; 2. Escopo e Quesitos; II. Fundamentos Jurídicos Deste Parecer; 1. Breves Comentários sobre os Contratos de Compartilhamento de Custos e Despesas; 1.1. A Exigência de Contrato Escrito; 1.2. O Critério de Rateio; 1.3. O Compartilhamento é de Atividades-Meio, não de Atividades-Fim; 1.4. A Inexistência de Margem de Lucro; 1.5. Um Contrato de Compartilhamento de Custos e Despesas não é um Contrato de Prestação de Serviços; 2. Os Fatos Geradores dos Tributos Considerados neste Parecer; 2.1. O Fato Gerador do IRRF; 2.2. Os Fatos Geradores da CIDE-Royalties, do PIS/COFINS-Importação e do ISS; 3. Manifestações Relevantes da Receita Federal do Brasil; 3.1. Verdadeiros Reembolsos não são Tributáveis; 3.2. Reembolsos no Âmbito de Contratos de Compartilhamento não Geram Renda para a Centralizadora; 3.3. Compartilhamento de Custos não é uma Prestação de Serviços; 3.4. Reembolsos no Contexto de um Contrato de Compartilhamento de Custos e Despesas não são Passíveis de Tributação; 4. Conclusão desta Seção; III. Análise da Situação Concreta Apresentada Para Análise; 1. Não se Pode Esquecer: A [•] Brasil é uma Filial; 2. O que se Está Compartilhando é Infraestrutura Administrativa; 3. Não se Identifica qualquer Caráter Lucrativo no Contrato; 4. O Benefício Mútuo é Evidente; 5. O Contrato prevê Critérios Objetivos e Razoáveis de Rateio; IV. Respostas aos Quesitos

I. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

1. CONTEXTO FÁTICO

No dia 01 de janeiro de 2022, tornou-se eficaz o **Contrato de Reembolso de Custo** (adiante apenas "Contrato") celebrado entre a [•], sociedade sem fins lucrativos constituída sob as leis do Estado de Nova York, Estados Unidos da América, doravante referida como [•], e a sua filial localizada no Brasil ("[•] BR").

Conforme registrado na letra "b" dos "Considerandos" do Contrato, para a realização de suas atividades, a [•] "funciona por meio de uma rede de escritórios localizados em todo o mundo, a fim de poder verificar o cumprimento das normas no momento e local convenientes para os clientes da Matriz".

E para tanto que a [•] tem estabelecida uma filial no Brasil, a [•], registrada no país com base no artigo 1.134 do Código Civil, cuja redação é a seguinte:

> "Art. 1.134. A sociedade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no País, ainda que por estabelecimentos subordinados, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionista de sociedade anônima brasileira.
> § 1º Ao requerimento de autorização devem juntar-se:
> I - prova de se achar a sociedade constituída conforme a lei de seu país;
> II - inteiro teor do contrato ou do estatuto;
> III - relação dos membros de todos os órgãos da administração da sociedade, com nome, nacionalidade, profissão, domicílio e, salvo quanto a ações ao portador, o valor da participação de cada um no capital da sociedade;
> IV - cópia do ato que autorizou o funcionamento no Brasil e fixou o capital destinado às operações no território nacional;
> V - prova de nomeação do representante no Brasil, com poderes expressos para aceitar as condições exigidas para a autorização;
> VI - último balanço.
> § 2º Os documentos serão autenticados, de conformidade com a lei nacional da sociedade requerente, legalizados no consulado brasileiro da respectiva sede e acompanhados de tradução em vernáculo."

Atualmente, a autorização prevista neste artigo para que sociedade estrangeira estabeleça filial no Brasil está prevista na Instrução Normativa DREI nº 77/2020.

Para os propósitos dos comentários adiante, é importante pontuarmos que a [•] Brasil **não é** uma subsidiária da [•], sendo uma filial da entidade americana, ou seja, uma sua extensão em território brasileiro.

É exatamente neste contexto que se deve analisar o Contrato que nos foi apresentado para a elaboração deste Parecer.

Sabe-se que é absolutamente comum e usual que grupos empresariais, nacionais e internacionais, celebrem acordos de compartilhamento e rateio de custos e despesas. A sua finalidade é permitir que tais grupos possam operar sem ter que multiplicar a realização de áreas e equipes de suporte, como as áreas de recursos humanos, marketing, controladoria, contabilidade, jurídica, etc. Em outras palavras, por meio deste tipo de contrato, permite-se que as várias entidades de um grupo empresarial usufruam de uma infraestrutura de suporte, tendo como obrigação o reembolso do custo incorrido pela entidade centralizadora dos custos e despesas. Esta é a natureza do Contrato.

Como detalharemos melhor adiante, o compartilhamento de custos e despensas intragrupo usualmente têm os seguintes requisitos principais: (i) a existência de um instrumento contratual escrito; (ii) a previsão de critérios objetivos e razoáveis para o rateio dos custos e despesas; (iii) o caráter instrumental dos mesmos; e (iv) e a cobrança do reembolso pelos custos e despesas centralizados.

Quando analisamos o Contrato, verificamos que todas essas características estão ali previstas.

Obviamente, o requisito da existência de um contrato escrito foi atendido. Ademais, o Anexo A estabelece os critérios, objetivos e razoáveis, para o rateio dos custos e despesas com (i) Planejamento e Análise de Negócios; (ii) Departamento de Recursos Humanos; (iii) Jurídico (Legal/Compliance/Risco); (iv) Marketing e Comunicações; (v) Saúde Corporativa, Segurança, Qualidade e Meio Ambiente (HSQE); (vi) Serviços Financeiros (FSG); (vii) Sistemas de Gerenciamento de Informações (IMS) - excluídos Servidores e Data Centers; e (viii) Desenvolvimento de Negócios Corporativos e Setores de Negócios.

Ao revermos esta listagem, já notamos que o terceiro requisito, referente ao caráter instrumental da atividade centralizada, está plenamente atendido.

Por fim, a inexistência de margem de lucro é extraída da própria definição contratual de custos compartilháveis, como se lê na alínea "e" da cláusula 1 do Contrato, cuja redação é a seguinte: [•]

Analisaremos todas essas questões detalhadamente adiante. Nesta seção cumpre-nos apenas sumariar a base fática que consideraremos adiante:

- [•] e [•] Brasil são entidades que integram o mesmo grupo econômico, sendo a [•] Brasil uma filial da [•] e, portanto, integrando a própria pessoa jurídica norte-americana.
- A [•] , como matriz do grupo [•] no mundo, realiza uma série de atividades instrumentais de suporte em benefício das demais entidades [•] no mundo, inclusive em benefício da filial brasileira.
- O custo de tais atividades é compartilhado pelas beneficiárias, que suportam o ônus financeiro referente àqueles custos e despesas que lhe são relacionados.
- Tal custo é recobrado pela [•] sem a adição de qualquer margem ou verba, de modo que a [•] Brasil devolve para a entidade americana exatamente aqueles montantes que foram pagos pela mesma por sua conta e ordem.

Apresentado este contexto fático, no próximo item sumariaremos as conclusões alcançadas ao fim deste Parecer.

2. ESCOPO E QUESITOS

Tendo em conta os fatos narrados na seção anterior, o escopo deste Parecer é a análise do tratamento fiscal dos contratos de compartilhamento de custos e despesas em geral, e do Contrato celebrado entre a [•] e a [•] Brasil, considerando a legislação do Imposto de Renda Retido na Fonte ("IRRF"), da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico instituída pela Lei nº 10.168/2000 ("CIDE-Royalties"), da Contribuição para o PIS e da COFINS-Importação ("PIS/COFINS-Importação") e do Imposto sobre Serviços ("ISS").

Para tornar mais claras nossas conclusões, apresentaremos respostas objetivas aos seguintes quesitos:

1. Quais são as características essenciais de um contrato de compartilhamento de custos e despesas intragrupo?
2. O Contrato de Reembolso de Custo celebrado entre a [•] e a sua filial Brasileira atende a tais requisitos?
3. Reembolsos remetidos para os Estados Unidos da América em decorrência do Contrato de Reembolso de Custo celebrado entre a

[•] e a sua filial Brasileira estão sujeitos à incidência do Imposto de Renda Retido na Fonte?

4. Reembolsos remetidos para os Estados Unidos da América em decorrência do Contrato de Reembolso de Custo celebrado entre a [•] e a sua filial Brasileira estão sujeitos à incidência da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico instituída pela Lei nº 10.168/2000?
5. Reembolsos remetidos para os Estados Unidos da América em decorrência do Contrato de Reembolso de Custo celebrado entre a [•] e a sua filial Brasileira estão sujeitos à incidência da Contribuição para o PIS-Importação e da COFINS-Importação?
6. Reembolsos remetidos para os Estados Unidos da América em decorrência do Contrato de Reembolso de Custo celebrado entre a [•] e a sua filial Brasileira estão sujeitos à incidência do Imposto sobre Serviços?

Listados os quesitos a serem respondidos, na seção seguinte trataremos de forma detalhada dos fundamentos jurídicos de nossa opinião.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DESTE PARECER

1. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE OS CONTRATOS DE COMPARTILHAMENTO DE CUSTOS E DESPESAS

Os contratos de compartilhamento ou rateio de custos ou despesas, conhecidos internacionalmente como *cost-sharing agreements*, são uma prática muito comum na gestão de grupos empresariais, doméstica ou internacionalmente. Eles foram bem definidos por Alberto Xavier, nos seguintes termos:

> "Os contratos de compartilhamento de custos são contratos inominados celebrados entre duas ou mais empresas (via de regra integradas num mesmo grupo econômico) pelo qual uma ou mais empresas ('comparticipantes') se obrigam a assumir uma quota-parte dos custos necessários à fruição de bens ou direitos ou à realização de atividades do interesse comum de todos, sendo que os custos inerentes a essa fruição ou exercício são incorridos apenas por uma (Centro de Custos), à qual é exclusivamente imputável a obrigação do respectivo pagamento, por ela realizado em nome próprio."[1]

1 XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 397.

Em linhas gerais, em um contrato desta natureza temos uma entidade centralizadora, que suporta custos e despesas comuns, que, portanto, beneficiam diversas entidades de um mesmo grupo econômico.

Como esses custos e despesas são, por natureza, das entidades participantes, para a centralizadora tais pagamentos devem ser entendidos como "pagamentos feitos por conta e ordem de terceiros", os quais serão posteriormente reembolsados.

Exatamente por essa característica particular, de se cuidarem de custos e despesas incorridos por conta e ordem de terceiros, é que os contratos de compartilhamento devem atender a algumas características específicas, que passamos a comentar.

1.1. A EXIGÊNCIA DE CONTRATO ESCRITO

Os contratos de compartilhamento de custos e despesas são **contratos atípicos** que não têm regulamentação própria no Direito brasileiro. Por esta razão, e considerando, principalmente, que estes contratos têm como requisito mais importante a previsão de critérios objetivos e razoáveis de rateio, é comum se mencione como uma condição de validade que os mesmos sejam estabelecidos por meio de instrumento formal.

É verdade que não há objeção a contratos verbais no Direito Contratual pátrio. Nada obstante, dada a especificidade dos contratos de que estamos cogitando, parece haver sentido na premissa de que o mesmo deve ser formalizado documentalmente pela entidade centralizadora e a(s) participante(s).

1.2. O CRITÉRIO DE RATEIO

Como apontamos no item anterior, é possível que a exigência de contrato escrito esteja diretamente relacionada com a obrigatoriedade de previsão, entre as partes, de critérios **objetivos e razoáveis** para o rateio dos custos e despesas.

Um critério de rateio é considerado objetivo quando ele é passível de verificação por um auditor independente. Por outro lado, ele será razoável quando houver congruência entre o critério e o custo ou despesa sendo compartilhado.

Por exemplo, se as entidades estiverem rateando custos de atividades de recursos humanos, por exemplo, o número de empregados de cada pessoa jurídica será um critério objetivo e razoável. Ele é objetivo, porque auditável, e é razoável, pois está diretamente relacionado à natureza do gasto.

Imaginemos, então, uma situação na qual uma entidade centralizadora "A" tivesse uma área de recursos humanos que exercesse tais atividades para as demais empresas do grupo, "B" e "C", e que "A" tivesse 20 empregados, "B" 30 empregados e "C" 50 empregados.

Neste caso, aplicando-se como critério de rateio o número de funcionários, imaginando que o custo da área de recursos humanos fosse R$ 1.000,00, este valor seria rateado entre "A", "B" e "C", que arcariam, respectivamente, com R$ 200,00, R$ 300,00 e R$ 500,00 do gasto total.

Note-se que um critério de rateio pode ser objetivo – auditável – porém não razoável. Pensemos neste exemplo: decide-se ratear os custos da área de relação com investidores com base no número de funcionários de cada entidade.

Ora, neste caso o critério seguirá sendo objetivo, podendo ser auditado por um observador independente. Contudo, ele não será razoável, uma vez que não guarda nenhuma relação com a natureza da atividade que está sendo compartilhada – relação com investidores.

Os critérios de rateio podem, ainda, ser classificados como diretos ou indiretos. Um critério será direto quando relacionado ao próprio custo ou despesa incorridos. Por exemplo, o número de funcionários é um critério direto de rateio das despesas com a área de recursos humanos. De outra parte, um critério será indireto se tentar aferir o montante que deve ser suportado por cada entidade partindo de um fato econômico relacionado com o custo ou despesas rateados, mas que não é uma medida direta do mesmo. Por exemplo, o faturamento da empresa é um critério indireto para o compartilhamento de gastos com a área de recursos humanos.

1.3. O COMPARTILHAMENTO É DE ATIVIDADES-MEIO, NÃO DE ATIVIDADES-FIM

Outro requisito comumente estabelecido para os contratos de compartilhamento de custos e despesas é que ele alcança **atividades-meio**,

e não **atividades-fim**. Esta distinção foi bem estabelecida por Aires Fernandino Barreto, nos seguintes termos:

> "A distinção entre uma e outra resulta da seguinte constatação: ou se está diante de atividades desenvolvidas em benefício próprio, como requisito, condição ou até mesmo sofisticação, para a produção de outra utilidade qualquer para terceiros, ou são elas, em si mesmas consideradas, o próprio fim pretendido, é dizer, quando, de per si, constituem a própria utilidade que se quer por à disposição de outrem.
>
> De há muito deixamos evidenciado que o 'alvo da tributação é o esforço humano prestado a terceiros, como fim ou objeto, e não as suas etapas, passos ou tarefas intermediárias, necessárias à obtenção do fim. Não a ação desenvolvidas como requisito ou condição do *facere* (fato jurídico posto no núcleo da hipótese de incidência do tributo), mas apenas as que caracterizem o próprio fim ou objeto'.
>
> Note-se, assim, que, se as etapas, passos, processos, tarefas, obras, são feitas, promovidas, realizadas 'para o próprio prestador' e não 'para terceiros', ainda que estes os aproveitem (já que, aproveitando-se do resultado final, beneficiam-se das condições que o tornaram possível), têm-se simples atividade-meio."[2]

Assim, nota-se que atividades-meio são aquelas desenvolvidas internamente e que são acessórias, instrumentais para a realização da atividade empresarial da pessoa jurídica. São atividades que não geram receitas para a entidade, mas que viabilizam que a pessoa jurídica realize suas atividades, auferindo receitas com as mesmas.

1.4. A INEXISTÊNCIA DE MARGEM DE LUCRO

O último requisito de um contrato de compartilhamento de custos e despesas é que a entidade centralizadora deve recobrar os valores pagos por conta de terceiros – as demais entidades participantes – por seu valor de custo.

Com efeito, vimos que em um contrato de compartilhamento está baseado na premissa de que uma das empresas irá centralizar a realização de atividades que beneficiam a uma ou mais entidades do mesmo grupo econômico. Mencionamos que, neste caso, estamos diante da realização de atividades-meio, que a centralizadora não exerce empresarialmente.

---

2 BARRETO, Aires F. ISS – Intributabilidade das Atividades-Meio: Imperativo Constitucional. In: BARRETO, Aires F. *Direito Tributário Contemporâneo: Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 32-33.

Ora, assim sendo, é da natureza deste tipo de contrato que o reembolso, para ter esta natureza, reflita exatamente o montante incorrido pela centralizadora em benefício das demais. Esta é uma das características que ressalta o caráter "não empresarial" destes contratos, uma vez que certamente se referem a atividades que a entidade centralizadora não exerce para auferir receitas.

1.5. UM CONTRATO DE COMPARTILHAMENTO DE CUSTOS E DESPESAS NÃO É UM CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Tendo em conta os comentários anteriores, um aspecto atualmente incontroverso na doutrina é que o contrato de compartilhamento de custos e despesas não se caracteriza como um contrato de prestação de serviços.

A primeira característica destes contratos, como vimos, é que as entidades envolvidas estão, de fato, se associando para arcar conjuntamente custos e despesas comuns. Trata-se de um contrato de caráter nitidamente associativo.

Este traço associativo é uma decorrência de duas características principais dos contratos de compartilhamento: o fato de abrangerem apenas atividades-meio e a ausência de qualquer margem de lucro ou cobrança pela atividade de centralização.

Com efeito, a natureza instrumental das atividades de contratação centralizada, que não fazem parte do objeto social ou da atividade empresarial desenvolvida pela centralizadora, afasta o contrato de compartilhamento de custos e despesas da prestação de serviços no contexto de uma relação empresarial.

É pacífico na doutrina que contratos de prestação de serviços são onerosos e sinalagmáticos, sendo que esta não é a característica típica dos compartilhamentos, onde cada participante tem apenas e tão somente que suportar o seu próprio custo, nada pagando para a centralizadora ou qualquer outra entidade participante.

Nesse sentido, Edvaldo Brito, em nota de atualização à obra de Orlando Gomes, ressalta que "o contrato de prestação de serviço é oneroso. Se gratuito o serviço prestado, ter-se-á doação ou contrato atípi-

co".[3] No mesmo sentido, Gustavo Tepedino e Paula Greco Bandeira afirmam, de forma categórica, que o contrato de prestação de serviços "trata-se de contrato bilateral ou sinalagmático, vez que as obrigações assumidas pelo prestador de serviços encontram sua causa jurídica naquelas contraídas pelo tomador. Vale dizer: há vínculo de interdependência entre o serviço a ser prestado e a obrigação de pagar a remuneração pelo tomador".[4] Esta característica dos contratos de prestação de serviços é ressaltada, de maneira reiterada, pela doutrina civilista.[5]

Este aspecto se conecta com o fato de que contratos de compartilhamento de custos e despesas **não devem incluir margem de lucro**, sob pena de se tornarem contratos de prestação de serviços.

Vê-se, assim, que um contrato de compartilhamento de custos e despesas não equivale a um contrato de prestação de serviços, por lhe faltar uma característica essencial: a onerosidade. O compartilhamento **não envolve a remuneração da entidade centralizadora dos custos e despesas**. A pessoa jurídica que exerce este papel no grupo não está prestando serviços para as demais, mas sim coordenando o pagamento por custos e despesas comuns.

2. OS FATOS GERADORES DOS TRIBUTOS CONSIDERADOS NESTE PARECER

Apresentados os comentários gerais sobre os contratos de compartilhamento de custos e despesas, nesta seção analisaremos os fatos geradores do IRRF, da CIDE-Royalties, do PIS/COFINS-Importação e do ISS, para na seção seguintes comentarmos sobre a incidência, ou não, destes tributos sobre os pagamentos de reembolsos para não residentes no contexto de tais contratos.

---

3 GOMES, Orlando. *Contratos*. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 307.

4 TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos de Direito Civil Volume 3: Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 290.

5 Ver: DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 315; RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 592; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 526.

2.1. O FATO GERADOR DO IRRF

Ainda hoje, o fundamento legal último do IRRF é encontrado nos artigos 97 e 100 do Decreto-Lei nº 5.844/1943.[6] - [7] Este diploma legal foi editado com base no artigo 180 do entulho autoritário que foi a Constituição Federal de 1937, segundo o qual "enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União". Até hoje, boa parte da legislação do Imposto de Renda está baseada nesse Decreto-Lei, editado pelo Presidente Getúlio Vargas, que havia fechado o Congresso Nacional e usurpado suas competências.[8]

Além de ter uma legislação de difícil compreensão, a própria natureza do IRRF gera alguma perplexidade. Vejamos.

---

6 "Art. 97. Sofrerão o desconto do impôsto à razão de 15% os rendimentos percebidos. (Redação dada pela Lei nº 154, de 1947)

a) pelas pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no estrangeiro; (Vide Lei nº 154, de 1947)

b) pelos residentes no país que estiverem ausentes no exterior por mais de doze meses, salvo os referidos no art. 73;

c) pelos residentes no estrangeiro que permaneceram no território nacional por menos de doze meses.

§ 1º Os rendimentos referidos no artigo 96, já tributados na fonte, sofrerão apenas o desconto da diferença do impôsto, até perfazer 15%. (Redação dada pela Lei nº 154, de 1947) […]

§ 3º A taxa de que trata êste artigo incidirá sôbre os rendimentos brutos, salvo se provierem de capitais imobiliárias, hipótese em que será permitido deduzir, mediante comprovação, as despesas previstas no art. 16."

"Art. 100. A retenção do imposto, de que tratam os arts. 97 e 98, compete à fonte, quando pagar, creditar; empregar, remeter ou entregar o rendimento. (Vide Lei nº 9.249, de 1995)

Parágrafo único. Excetuam-se os seguintes casos, em que competirá ao procurador a retenção:

a) quando se tratar de aluguéis de imóveis;

b) quando o procurador não der conhecimento à fonte de que o proprietário do rendimento reside ou é domiciliado no estrangeiro."

7 Ver o artigo 744 do Regulamento do Imposto de Renda de 2018 ("RIR/2018"), aprovado pelo Decreto nº 9.580/2018.

8 Sobre este Decreto-Lei, ver: FERREIRA, Benedito. *A História do Tributo no Brasil: Causas e Efeitos*. Brasília: [S/Ed.], 1986. p. 77.

Em última instância, obviamente que o IRRF tem fundamento constitucional no artigo 153, III, da Constituição Federal e base no artigo 43 do Código Tributário Nacional (CTN), que estabelece o fato gerador do Imposto de Renda. Este artigo 43, que foi recepcionado pela atual Constituição, tem a seguinte redação:

> "Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:
> I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;
> II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior."

Segundo Ricardo Mariz de Oliveira, "o art. 43 da lei complementar explicita o que está meramente implícito na discriminação constitucional dessa competência tributária",[9] de modo que o dispositivo do CTN se torna relevantíssimo para se concretizar a competência outorgada pelo artigo 153, III, da Constituição Federal, conforme expressamente determina o artigo 146, III, "a", do texto constitucional.

A partir deste dispositivo *[artigo 43]* é construída a interpretação de que o CTN teria adotado as teorias da **renda-produto** (inciso I) e da **renda-acréscimo** (inciso II),[10] sendo que, ao fazer referência a "acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior", o inciso II levaria à conclusão de que a **renda-produto** também se trataria de acréscimo patrimonial. Nesse sentido, argumenta Ricardo Mariz de Oliveira que "o inciso II indireta e implicitamente afirma que as ren-

9 OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 282; OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: IBDT, 2020. v. I. p. 357.

10 Luís Eduardo Schoueri apresenta-nos claras definições de **renda-produto** e **renda-acréscimo**. Segundo o referido autor "de acordo com a teoria da renda-produto, ou teoria da fonte, considera-se a renda o fruto periódico de uma fonte permanente". Por outro lado, "a teoria da renda-acréscimo patrimonial adota o conceito de renda a partir da comparação da situação patrimonial em dois momentos distintos" (SCHOUERI, Luís Eduardo. O Mito do Lucro Real na Passagem da Disponibilidade Jurídica para a Disponibilidade Econômica. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (Coords.). *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2010. p. 243). Sobre o tema, do mesmo autor, ver: SCHOUERI, Luís Eduardo; MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Manual da Tributação Direta da Renda*. São Paulo: IBDT, 2020. p. 13-14. Disponível em: https://ibdt.org.br/site/wp-content/uploads/2020/04/ManualTributacaoDiretaRenda_16x23cm.pdf. Acesso em 15 de fevereiro de 2021.

das, definidas no inciso I, também são fatores de acréscimo patrimonial, pois, ao dizer que os proventos são '*os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior*', também reconhece tal efeito e tal característica nas rendas".[11]

Conforme aponta João Victor Guedes Santos, esse conceito de renda é adotado de forma majoritária pela doutrina.[12] Contudo, como destaca o mesmo autor, não se pode desconsiderar que o conceito de renda previsto no inciso I do artigo 43 do CTN dá "margem interpretativa para que haja incidência individualizada sobre ganhos e rendimentos (líquidos), independentemente da existência de acréscimo patrimonial global".[13] Também Luís Eduardo Schoueri aponta que "no inciso I poderá haver renda-produto que não se mede a partir de um acréscimo patrimonial. Assim é o caso de rendimentos pagos a não residentes".[14]

Há que se recordar, contudo, que o fato gerador do Imposto de Renda não é apenas a obtenção de renda ou proventos de qualquer natu-

---

11 OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. ***Fundamentos do Imposto de Renda***. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 285; OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. ***Fundamentos do Imposto de Renda***. São Paulo: IBDT, 2020. V. I. p. 359. Sobre o tema, ver: BIFANO, Elidie Palma. ***O Mercado Financeiro e o Imposto sobre a Renda***. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 121-131; RIBEIRO, Ricardo Lodi. ***Tributos: Teoria Geral e Espécies***. Niterói: Impetus, 2013. p. 101-107; FERNANDES, Edison Carlos. ***Imposto Sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e Contribuição Social Sobe o Lucro Líquido – CSLL***. São Paulo: Atlas, 2015. p. 31-38; ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. ***Imposto sobre a Renda das Empresas***. 14 ed. São Paulo: MP Editora, 2021. p. 51-56; LOPES, Roberto Salles. ***Conceito de Renda para Fins Tributários e IFRS***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 25-181; DUTRA, Micaela Dominguez. ***Deduções Fundamentais***. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020. p. 192-213.

12 SANTOS, João Victor Guedes. ***Teoria da Tributação e Tributação da Renda nos Mercados Financeiros e de Capitais***. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 183.

13 SANTOS, João Victor Guedes. ***Teoria da Tributação e Tributação da Renda nos Mercados Financeiros e de Capitais***. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 185.

14 SCHOUERI, Luís Eduardo. O Mito do Lucro Real na Passagem da Disponibilidade Jurídica para a Disponibilidade Econômica. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (Coords.). ***Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)***. São Paulo: Dialética, 2010. p. 247. Ver, também: QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. ***Imposto Sobre a Renda***. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018. p. 254-264. Há autores que põe em dúvida a legitimidade da tributação de não residentes sobre rendimentos brutos. Ver: PINTO, Alexandre Evaristo. Exame Crítico da Tributação dos Pagamentos de Serviços Prestados por não Residentes pelo Imposto de Renda Retido na Fonte. ***Revista Direito Tributário Atual***, São Paulo, n. 30, 2014. p. 78-83.

reza, mas sim a aquisição da **disponibilidade jurídica ou econômica** de renda ou proventos de qualquer natureza, como já destacava Hugo de Brito Machado.[15] Embora o tema não seja pacífico na doutrina, prevalece o entendimento bem sumariado pelo citado autor ao afirmar que "a disponibilidade econômica decorre do *recebimento* do valor que se vem a acrescentar ao patrimônio do contribuinte. Já a disponibilidade jurídica decorre do simples *crédito* desse valor, do qual o contribuinte passa juridicamente a dispor, embora este não lhe esteja ainda nas mãos".[16]

Entra em cena o **princípio da realização da renda**. Segundo Fernando Aurelio Zilveti, "o conteúdo do princípio da realização da renda é a identificação, antes de impor ao contribuinte a obrigação de pagar imposto, da renda efetivamente realizada".[17] Elidie Bifano faz a relação entre o **princípio da realização da renda** e a exigência de sua **disponibilização**, afirmando que "parece certo que o princípio da realização da renda permite a aplicação de um conceito de renda como acréscimo efetivamente disponibilizado".[18] A mesma relação faz Victor Borges Polizelli, no trabalho monográfico mais completo sobre o tema, em que deixou consignado que "posto que não contenha uma formulação explícita do princípio da realização, o artigo 43 do CTN, ao falar das *disponibilidades jurídica e econômica*, oferece indicativos razoáveis para que se identifiquem métodos de apuração da renda".[19]

A partir desses comentários já se percebe uma característica fundamental do IRRF: **ele só pode incidir em situações em que o não residente tem um acréscimo patrimonial!**

---

15 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 41 ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 324.

16 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 41 ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 322. Sobre o tema, ver: MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Renda e Proventos de Qualquer Natureza: O Imposto e o Conceito Constitucional*. São Paulo: Dialética, 1996. p. 120-126.

17 ZILVETI, Fernando Aurelio. O Princípio da Realização da Renda. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *Direito Tributário: Homenagem a Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. v. I. p. 314.

18 BIFANO, Elidie Palma. *O Mercado Financeiro e o Imposto de Renda*. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 136.

19 POLIZELLI, Victor Borges. *O Princípio da Realização da Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 202. p. 358.

Ora, tendo em conta o que vimos anteriormente, isso é exatamente o que não ocorre nos contratos de compartilhamento de custos e despesas.

De fato, a entidade centralizadora, quando paga por custos e despesas que beneficiam as pessoas jurídicas participantes, está realizando pagamentos por conta e ordem de terceiros. Dessa forma, quando ela recebe reembolsos pelos valores pagos, ela não tem um **acréscimo patrimonial, mas sim uma recomposição patrimonial**.

Dessa maneira, não há como se cogitar da incidência do IRRF sobre reembolsos de despesas que sejam caracterizadas como meras recomposições patrimoniais, ou seja, que visem apenas e tão somente possibilitar que o centralizador retorno à sua posição econômica inicial, sem qualquer aumento ou incremento patrimonial.

2.2. OS FATOS GERADORES DA CIDE-ROYALTIES, DO PIS/COFINS-IMPORTAÇÃO E DO ISS

Como veremos, todos esses tributos têm uma característica em comum: a consumação de seus fatos geradores **depende** da identificação de uma prestação de serviços.

Com efeito, o fato gerador da CIDE-Royalties está previsto no *caput* e nos §§ 2º e 3º do artigo 2º da Lei nº 10.168, cuja redação é a seguinte:

> "Art. 2º Para fins de atendimento ao Programa de que trata o artigo anterior, fica instituída contribuição de intervenção no domínio econômico, devida pela pessoa jurídica detentora de licença de uso ou adquirente de conhecimentos tecnológicos, bem como aquela signatária de contratos que impliquem transferência de tecnologia, firmados com residentes ou domiciliados no exterior.
> § 1º Consideram-se, para fins desta Lei, contratos de transferência de tecnologia os relativos à exploração de patentes ou de uso de marcas e os de fornecimento de tecnologia e prestação de assistência técnica.
> § 1º-A. A contribuição de que trata este artigo não incide sobre a remuneração pela licença de uso ou de direitos de comercialização ou distribuição de programa de computador, salvo quando envolverem a transferência da correspondente tecnologia.
> § 2º A partir de 1º de janeiro de 2002, a contribuição de que trata o *caput* deste artigo passa a ser devida também pelas pessoas jurídicas signatárias de **contratos que tenham por objeto serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes** a serem prestados por residentes ou domiciliados no exterior, bem assim pelas pessoas jurídicas que pagarem,

creditarem, entregarem, empregarem ou remeterem *royalties*, a qualquer título, a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior.
§ 3º A contribuição incidirá sobre os valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, a cada mês, a residentes ou domiciliados no exterior, a título de remuneração decorrente das obrigações indicadas no *caput* e no § 2º deste artigo." (Destaque nosso)

A CIDE-Royalties tem diversos fatos geradores, como o pagamento de royalties a qualquer título e a celebração de contratos de transferência de tecnologia. Porém, no que interessa a este Parecer, seu fato gerador consiste na contratação de serviços técnicos, de assistência técnica ou de assistência administrativa. Contudo, o que se sujeita à incidência da contribuição são **sempre** serviços.

O PIS/COFINS-Importação têm seu fato gerador previsto no artigo 1º da Lei nº 10.865/2004. Em textual:

"Art. 1º Ficam instituídas a Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público incidente na Importação de Produtos Estrangeiros ou Serviços - PIS/PASEP-Importação e a Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social devida pelo Importador de Bens Estrangeiros ou Serviços do Exterior - COFINS-Importação, com base nos arts. 149, § 2º , inciso II, e 195, inciso IV, da Constituição Federal, observado o disposto no seu art. 195, § 6º .
§ 1º Os serviços a que se refere o caput deste artigo são os provenientes do exterior prestados por pessoa física ou pessoa jurídica residente ou domiciliada no exterior, nas seguintes hipóteses:
I - executados no País; ou
II - executados no exterior, cujo resultado se verifique no País. […]."

Vê-se que, neste caso, há uma peculiaridade: os PIS/COFINS-Importação incidem sobre serviços, mas não quaisquer serviços. As contribuições somente incidem sobre serviços (i) executados no país; ou (ii) executados no exterior, cujo resultado se verifique no país. Dessa forma, atividades integralmente executadas no exterior e cujo resultado material ocorre no exterior não estão sujeitas à incidência das contribuições.

Por fim, também no que se refere ao ISS, o fato gerador do imposto é a prestação dos serviços, como se infere do artigo 1º, § 1º, da Lei Complementar nº 116/2003, que tem a seguinte redação:

"Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

§ 1º O imposto incide também sobre o serviço proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País. […]."

Assim como nos demais casos, notamos que o fato gerador do ISS é a prestação de serviços. Neste caso, há uma questão específica do imposto municipal, referente à inconstitucionalidade de sua incidência sobre atividades executadas integralmente no exterior.

Fica evidente, então, o fato que nos fez agregar a análise destes tributos de forma conjunta: **são todos tributos que incidem sobre a prestação de serviços**.

Como pontuamos no item II.1.5, **contratos de compartilhamento de custos e despesas não são contratos de prestação de serviços**. Faltam-lhes alguns elementos.

Em primeiro lugar, vimos que estamos tratando de atividades-meio de suporte, que sequer integram o objeto da entidade centralizadora e não desempenhadas empresarialmente.

Ademais, considerando que a onerosidade é caraterística intrínseca dos contratos de serviços, vimos que os contratos de compartilhamento são a sua antítese.

Com efeito, contratos de compartilhamento de custos e despesas são, em essência, contratos de pagamento por conta e ordem de terceiros. A entidade centralizadora não faz mais do que pagar um custo ou despesa de terceiros e recuperar os recursos empregados em tal pagamento por conta e ordem. Trata-se de uma operação de soma zero. É um típico reembolso caracterizado como uma recomposição patrimonial.

Consequentemente, o que se verifica é que o pagamento do reembolso à entidade centralizadora, em um contrato de compartilhamento de custos e despesas, não materializa os fatos geradores da CIDE-Royalties, do PIS/COFINS-Importação e do ISS.

As posições que defendemos acima encontram apoio em manifestações explícitas da Receita Federal do Brasil, como passamos a demonstrar.

3. MANIFESTAÇÕES RELEVANTES DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL

Partindo dos comentários anteriores, temos algumas premissas principais para determinação do tratamento fiscal de remessas de reembolsos no contexto de contratos de compartilhamento de custos e des-

pesas: (i) o fato de que a entidade centralizadora não tem qualquer ganho ou acréscimo patrimonial em decorrência de sua atividade; (ii) a constatação de que tal centralizadora não realiza as atividades-meio como parte de sua atividade empresarial; e (iii) a verificação de que o contrato de compartilhamento é, em si, não oneroso, na medida em que se busca recompor o patrimônio da centralizadora dos custos e despesas sem o acréscimo de qualquer margem de lucro.

Ao revermos as principais manifestações da Receita Federal sobre o tema vamos notar que nossas premissas e conclusões encontram apoio na interpretação das autoridades fiscais. Vejamos.

3.1. VERDADEIROS REEMBOLSOS NÃO SÃO TRIBUTÁVEIS

Um primeiro aspecto importante, e que vale a pena ressaltarmos, é que atualmente não há mais qualquer dúvida quanto ao fato de que as autoridades fiscais aceitam o fato de que remessas ao exterior a título de reembolsos de despesas não se sujeitam à incidência do IRRF, da CIDE-Royalties e do PIS/COFINS-Importação. Essa posição foi estabelecida de forma explícita na **Solução de Consulta COSIT nº 378/2017**, cuja ementa é a seguinte:

> "ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE – IRRF
> EMENTA: REEMBOLSO DE DESPESAS A MATRIZ OU EMPRESA DO GRUPO EMPRESARIAL DOMICILIADA NO EXTERIOR. REMUNERAÇÃO PAGA NO EXTERIOR DE SÓCIO-ADMINISTRADOR OU PROFISSIONAL EXPATRIADO RESIDENTE NO BRASIL. INCIDÊNCIA.
> Quando da remuneração por pessoa jurídica domiciliada no Brasil a sócio-administrador ou profissional expatriado residente no País, com pagamento no exterior realizado por sua matriz ou por empresa do mesmo grupo empresarial domiciliada no exterior, as remessas ao exterior a título de reembolso não deverão sofrer retenção de imposto de renda na fonte (IRRF), até o limite do valor percebido no exterior pelo sócio-administrador ou pelo profissional expatriado da pessoa jurídica domiciliada no Brasil, **por não se caracterizarem rendimentos da empresa domiciliada no exterior**.
> DISPOSITIVOS LEGAIS: Regulamento do Imposto de Renda, Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, alínea "a" do art. 685. […]
> ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP
> EMENTA: REEMBOLSO DE DESPESAS A MATRIZ OU EMPRESA DO GRUPO EMPRESARIAL DOMICILIADA NO EXTERIOR. REMUNERAÇÃO PAGA NO EXTERIOR DE SÓCIO-ADMINISTRADOR OU PROFISSIONAL EXPATRIADO RESIDENTE NO BRASIL. INCIDÊNCIA.

> Quando a remuneração por pessoa jurídica domiciliada no Brasil a sócio-administrador ou profissional expatriado residente no País, com pagamento no exterior realizado por sua matriz ou por empresa do mesmo grupo empresarial domiciliado no exterior, as remessas ao exterior a título de reembolso não sofrem incidência do PIS-Importação, **por não se caracterizarem contraprestação por serviços prestados pela empresa domiciliada no exterior**. […].” (Destaques nossos)

Neste caso estávamos diante de situação bastante próxima da que ora nos ocupamos: uma entidade não residente estava fazendo pagamentos por conta e ordem de pessoa jurídica residente no Brasil, e recebendo, a título de reembolso, a devolução dos valores despendidos.

Acertadamente, ao concluir que se tratava de uma mera recomposição patrimonial do não residente, as autoridades fiscais concluíram que este não estava auferindo renda, da mesma forma que não estava prestando um serviço para o residente no Brasil.

3.2. REEMBOLSOS NO ÂMBITO DE CONTRATOS DE COMPARTILHAMENTO NÃO GERAM RENDA PARA A CENTRALIZADORA

Já na Solução de Consulta COSIT nº 378/2017, comentada no item anterior, havia ficado assentado que reembolsos pagos para não residentes não configuram renda dos mesmos. Este aspecto ficou ainda mais claro na Solução de Divergência COSIT nº 23/2013. Mesmo que longa, transcrevemos a seguir a íntegra da ementa desta decisão:

> “ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO EMENTA: É possível a concentração, em uma única empresa, do controle dos gastos referentes a departamentos de apoio administrativo centralizados, para posterior rateio dos custos e despesas administrativos comuns entre empresas que não a mantenedora da estrutura administrativa concentrada. Para que os valores movimentados em razão do citado rateio de custos e despesas sejam dedutíveis do IRPJ, exige-se que correspondam a custos e despesas necessárias, normais e usuais, devidamente comprovadas e pagas; que sejam calculados com base em critérios de rateio razoáveis e objetivos, previamente ajustados, formalizados por instrumento firmado entre os intervenientes; que correspondam ao efetivo gasto de cada empresa e ao preço global pago pelos bens e serviços; que a empresa centralizadora da operação aproprie como despesa tão-somente a parcela que lhe cabe de acordo com o critério de rateio, assim como devem proceder de forma idêntica as empresas descentralizadas beneficiárias dos bens e serviços, e contabilize as parcelas a serem ressarcidas como direitos de créditos a recuperar; e, finalmente, que

seja mantida escrituração destacada de todos os atos diretamente relacionados com o rateio das despesas administrativas. Relativamente à Contribuição para o PIS/Pasep e à Cofins, observadas as exigências estabelecidas no item anterior para regularidade do rateio de dispêndios em estudo: **a) os valores auferidos pela pessoa jurídica centralizadora das atividades compartilhadas como reembolso das demais pessoas jurídicas integrantes do grupo econômico pelo pagamento dos dispêndios comuns não integram a base de cálculo das contribuições em lume apurada pela pessoa jurídica centralizadora**; b) a apuração de eventuais créditos da não cumulatividade das mencionadas contribuições deve ser efetuada individualizadamente em cada pessoa jurídica integrante do grupo econômico, com base na parcela do rateio de dispêndios que lhe foi imputada; c) o rateio de dispêndios comuns deve discriminar os itens integrantes da parcela imputada a cada pessoa jurídica integrante do grupo econômico para permitir a identificação dos itens de dispêndio que geram para a pessoa jurídica que os suporta direito de creditamento, nos termos da legislação correlata. DISPOSITIVOS LEGAIS: arts. 251 e 299, Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999; art. 123 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN); arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998; art. 1º da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002; e art. 1º da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003." (Destaque nosso)

Na fundamentação desta decisão, as autoridades fiscais registraram posição alinhada com o que estamos sustentando neste Parecer. Vejam-se os seguintes trechos:

"20. Cabe acentuar que o fato gerador e a base de incidência da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins circunscrevem-se ao alcance semântico dos vocábulos receita e faturamento. A extensão significativa do signo receita vai além do campo de abrangência do signo faturamento, e compreende, além dos valores auferidos pela venda de bens ou pela prestação de serviços, outros recursos auferidos que tenham o condão de aumentar o patrimônio de uma entidade, ainda que fora do contexto de sua atividade ordinária. Assim, a expressão receita por si só representa todo o espectro de incidência dessas exações.

21. O núcleo semântico do vocábulo receita **parece exigir de toda operação que pretenda portar tal característica que em seu bojo haja o *animus* de gerar riqueza**. Isto sob a ótica de incremento de valores positivos no patrimônio de uma determinada entidade. Permeia também como aspecto norteador da expressão receita o fato de ela representar **o fim perseguido por qualquer entidade, cabendo às despesas o papel instrumental de fomentar a persecução desse objetivo**.

22. Neste contexto, impende reconhecer que os valores auferidos pela pessoa jurídica centralizadora como ressarcimento pelos demais integrantes do grupo econômico dos dispêndios que ela suportou com as atividades compartilhadas não constituem receita **por lhes faltar essencialmente o**

elemento caracterizador desse tipo de ingresso, qual seja o ganho, o potencial para gerar acréscimo patrimonial.

23. Com efeito, é peculiar ao gerenciamento concentrado de despesas que uma entidade pertencente ao grupo econômico, normalmente a matriz, assuma inicialmente os custos e despesas necessários para operacionalização da sistemática. Tais dispêndios são de responsabilidade de todas as unidades que usufruam dos bens e serviços consumidos. **O fato de a unidade centralizadora dos custos e despesas receber das unidades descentralizadas as importâncias que inicialmente suportou, em benefício destas, não configura receita, mas simplesmente reembolso dos valores adiantados**." (Destaques nossos)

Alguns aspectos interessantes desta decisão, que por mais que tenha sido proferida considerando um compartilhamento doméstico, em nada se distancia de um compartilhamento de custos e despesas internacional.

Em primeiro lugar, da mesma forma que sustentamos acima, a decisão fala na necessidade de se identificar um *animus* de gerar riqueza, dando relevância à natureza da atividade da entidade centralizadora que, como dissemos, não realiza tais atividades com objetivos empresariais.

No parágrafo 21 acima transcrito destaca-se a noção de fim a que se destina a entidade. Ora, nos casos de contratos de compartilhamento de custos e despesas o **fim** da entidade não é realizar atividades-meio como recursos humanos, jurídico, controladoria, etc., o que descaracteriza tais atividades como prestações de serviços geradoras de receitas.

Já no parágrafo 22 foi ressaltada outra característica que vimos pontuando: o caráter não oneroso dos contratos de compartilhamento, o que os distingue de contratos de prestação de serviços potencialmente geradores de acréscimos patrimoniais. Conforme salientado nesta passagem, carecem os contratos de compartilhamento de custos e despesas do "potencial para gerar acréscimo patrimonial".

A parte final do parágrafo 23 conclui o raciocínio que apresentamos até aqui, ao ressaltar a natureza de "pagamentos por conta e ordem de terceiros" da atuação da centralizadora. Não é por outra razão que se estabelece, ali, que "o fato de a unidade centralizadora dos custos e despesas receber das unidades descentralizadas as importâncias que inicialmente suportou, em benefício destas, não configura receita, **mas simplesmente reembolso dos valores adiantados**". (Destaque nosso)

Esta Solução de Divergência nº 23/2013 corrobora, a toda evidência, as posições que vimos defendendo até aqui. Porém, não é só: a Receita Federal já reconheceu, também, que os contratos de compartilhamento de custos e despesas não configuram a prestação de serviços.

3.3. COMPARTILHAMENTO DE CUSTOS NÃO É UMA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Uma decisão interessante, que corrobora nosso entendimento no sentido de que um contrato de compartilhamento de custos não equivale a um contrato de prestação de serviços é a Solução de Consulta COSIT 21/2015.

Neste caso, a Receita Federal analisou se contratos de compartilhamento deveriam ser registrados no então vigente Sistema Integrado de Comércio Exterior de Serviços, Intangíveis e Outras Operações que Produzam Variações no Patrimônio – Siscoserv. Ao responder ao contribuinte as autoridades fiscais foram categóricas ao diferenciar compartilhamentos de custos da prestação de serviços. Mais uma vez vamos recorrer a um longo trecho da fundamentação desta Solução de Consulta, que é necessário para fins de maior clareza quanto à posição adotada pelo Fisco:

> "17 No contexto desse tipo de operação, duas situações podem se apresentar. Na primeira delas, a pessoa jurídica centralizadora dos custos, para prover às demais integrantes do grupo de atividades previstas em contrato, utiliza-se dos serviços prestados por um terceiro, não pertencente ao grupo. Na segunda, a centralizadora, visando ao atingimento dos objetivos pactuados, lança mão de sua própria estrutura. Em ambos os casos, as beneficiárias devem 'reembolsar' aquela que arcou com os custos, seja para fazer frente às despesas com a contratação de terceiros (primeiro caso), seja para ressarci-la das despesas próprias incorridas (segundo caso).
> 18 A primeira situação se materializa quando o acordo intra-grupo possibilita a subcontratação de terceiros para o desempenho das atividades de interesse comum. Efetivando-se essa previsão, o contrato firmado entre a pessoa jurídica centralizadora e o terceiro (alheio ao grupo) adquire natureza de uma autêntica prestação de serviço. A subcontratação trata-se de negócio regido por princípio de mercado, no qual o contratado atua na exploração de sua empresa com finalidade lucrativa da mesma forma que o faria se estivesse exercendo sua atividade no âmbito de uma relação bilateral típica.
> 18.1 Nessa hipótese, caso o prestador seja residente ou domiciliado no exterior, não resta dúvida de que nascerá a obrigação de registro da informação referente a essa transação no Siscoserv. O importante em rela-

ção a essa operação é deixar claro a quem cabe o registro e contra quem este deverá ser feito, ou seja, definir quem são, de fato, prestador e tomador do serviço.

18.2 Na realidade, a transação apresenta, de um lado, o terceiro, contratado pela pessoa jurídica centralizadora, a quem cabe a prestação do serviço; e do outro, no pólo tomador, encontram-se todos aqueles a quem se dirige o serviço prestado, ou seja, aqueles a quem esse serviço aproveita. Estes devem ainda, por força do contrato intra-grupo, arcar com os custos dessa operação, efetuada por intermédio da centralizadora, que no caso possui não o caráter de um reembolso, mas sim de autêntico preço pelo serviço prestado.

18.3 Dessa forma, ocorrendo a subcontratação de serviços a serem prestados por residente ou domiciliado no exterior que aproveitem à consulente, esta assumirá o ônus de registro da informação no Siscoserv, relativamente à parcela do serviço que lhe couber. Para tanto, deve identificar na NBS a correta classificação do serviço e informá-lo, tendo como valor da operação o montante remetido à centralizadora.

19 A segunda situação exposta no item 17 exibe peculiaridades que a distinguem do caso anterior, impactando no fundamento que dá causa a seu registro no Siscoserv. Essa situação diz respeito à hipótese em que, na execução de um acordo de rateio de custos e despesas, a pessoa jurídica responsável pela centralização dos custos utiliza sua própria estrutura administrativa em benefício das demais integrantes do grupo, as quais se aproveitam de atividades, que, pela sua natureza, podem ser exercidas no interesse comum." (Destaques nossos)

Nesta decisão, as autoridades fiscais distinguiram duas situações: uma em que a centralizadora contrata terceiros que atuariam em benefício do grupo empresarial – que seria tratada como prestação de serviços –, e outra onde a centralizadora, utilizando sua própria estrutura, realizaria atividades em benefício das demais participantes – que não configurariam a prestação de um serviço.

3.4. REEMBOLSOS NO CONTEXTO DE UM CONTRATO DE COMPARTILHAMENTO DE CUSTOS E DESPESAS NÃO SÃO PASSÍVEIS DE TRIBUTAÇÃO

Uma das decisões mais recentes da Receita Federal sobre o tema reconheceu a não tributação dos reembolsos no contexto dos contratos de compartilhamento de custos e despesas. Trata-se da Solução de Consulta COSIT nº 276/2019, cuja ementa tem a seguinte redação:

"Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF
CONTRATO DE COMPARTILHAMENTO DE CUSTOS. SOCIEDADES DE MESMO GRUPO ECONÔMICO. SERVIÇOS TÉCNICOS. DESPESAS. REEMBOLSO. PAGAMENTO, CRÉDITO, ENTREGA, EMPREGO OU REMESSA. FAVORECIDO: RESIDENTE OU DOMICILIADO NO EXTERIOR. INCIDÊNCIA.
Incide IRRF sobre os valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos a residente ou domiciliado no exterior a título de remuneração de serviços técnicos prestados entre empresas do mesmo grupo econômico, **ainda que esses serviços decorram do cumprimento de contrato genericamente denominado de contrato compartilhamento de custos (Cost Sharing Agreement), mas que não atenda aos requisitos para sua caracterização.**
Dispositivos Legais: Decreto nº 9.580, de 2018, art. 744; Lei nº 10.168, de 2000, art. 2º-A; Medida Provisória nº 2.159-70, de 2001, art. 3º; IN RFB nº 1.455, de 2014, art. 17, caput, e § 1º, inciso II; SC Cosit nº 8, de 2012; SD Cosit nº 23, de 2013.
Assunto: Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - CIDE
CONTRATO DE COMPARTILHAMENTO DE CUSTOS. SOCIEDADES DE MESMO GRUPO ECONÔMICO. SERVIÇOS TÉCNICOS. DESPESAS. REEMBOLSO. PAGAMENTO, CRÉDITO, ENTREGA, EMPREGO OU REMESSA. FAVORECIDO: RESIDENTE OU DOMICILIADO NO EXTERIOR. INCIDÊNCIA.
Há incidência de CIDE-royalties sobre os valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos a residente ou domiciliado no exterior a título de remuneração de serviços técnicos prestados entre empresas do mesmo grupo econômico, **ainda que esses serviços decorram do cumprimento de contrato genericamente denominado de contrato compartilhamento de custos (Cost Sharing Agreement), mas que não atenda aos requisitos para sua caracterização.**
Dispositivos Legais: Lei nº 10.168, de 2000, art. 2º-A; Medida Provisória nº 2.159-70, de 2001, art. 3º; IN RFB nº 1.455, de 2014, art. 17, caput, e § 1º, inciso II; SC Cosit nº 8, de 2012; SD Cosit nº 23, de 2013.
Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep-Importação
CONTRATO DE COMPARTILHAMENTO DE CUSTOS. SOCIEDADES DE MESMO GRUPO ECONÔMICO. SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS. EXECUÇÃO NO BRASIL. EXECUÇÃO NO EXTERIOR (COM RESULTADO NO BRASIL). DESPESAS. REEMBOLSO. PAGAMENTO, CRÉDITO, ENTREGA, EMPREGO OU REMESSA. FAVORECIDO: RESIDENTE OU DOMICILIADO NO EXTERIOR. INCIDÊNCIA.
o pagamento, o crédito, a entrega, o emprego ou a remessa de valores a residentes ou domiciliados no exterior, a título de contraprestação por serviço executado no Brasil, ou no exterior, cujo resultado se verifique no Brasil, corresponde a fato gerador da Contribuição para o PIS/Pasep-Importação e da Cofins-Importação; **ainda que esse serviço decorra do cumprimento de contrato genericamente denominado de contrato compartilhamento de custos (Cost Sharing Agreement), mas que não atenda aos requisitos para sua caracterização.**

Dispositivos Legais: Lei nº 10.865, de 2004, art. 1º e art. 3º.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins-Importação

CONTRATO DE COMPARTILHAMENTO DE CUSTOS. SOCIEDADES DE MESMO GRUPO ECONÔMICO. SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS. EXECUÇÃO NO BRASIL. EXECUÇÃO NO EXTERIOR (COM RESULTADO NO BRASIL). DESPESAS. REEMBOLSO. PAGAMENTO, CRÉDITO, ENTREGA, EMPREGO OU REMESSA. FAVORECIDO: RESIDENTE OU DOMICILIADO NO EXTERIOR. INCIDÊNCIA.

o pagamento, o crédito, a entrega, o emprego ou a remessa de valores a residentes ou domiciliados no exterior, a título de contraprestação por serviço executado no Brasil, ou no exterior, cujo resultado se verifique no Brasil, corresponde a fato gerador da Contribuição para o PIS/Pasep-Importação e da Cofins-Importação; **ainda que esse serviço decorra do cumprimento de contrato genericamente denominado de contrato compartilhamento de custos (Cost Sharing Agreement), mas que não atenda aos requisitos para sua caracterização.**

Dispositivos Legais: Lei nº 10.865, de 2004, art. 1º e art. 3º." (Destaques nossos)

Uma leitura apressada desta decisão poderia levar à conclusão de que as autoridades fiscais teriam sustentado a incidência do IRRF, da CIDE-Royalties e do PIS/COFINS-Importação sobre os contratos de compartilhamento de custos. Nada obstante, os trechos destacados acima deixam bastante clara a posição da Receita Federal: não basta a denominação "Cost-Sharing Agreement", o contrato concreto tem que **atender aos requisitos para a sua caracterização**.

Logo, em sentido contrário, atendendo o contrato os requisitos para a caracterização de um contrato de compartilhamento, a consequência imediata será a não incidência dos aludidos tributos.

Esta conclusão é suportada pela leitura do parágrafo 39 da fundamentação desta decisão, onde se lê o seguinte:

"39. Diante de tais fundamentos, conclui-se que incide a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (Cide-royalties), de que trata o art. 2º da Lei nº 10.168, de 2000, e IRRF, de que trata o art. 744 do Decreto nº 9.580 , de 22 de novembro de 2018 (RIR/2018), sobre os valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos a título de remuneração de residente ou domiciliado no exterior decorrente da prestação de serviços técnicos entre empresas do mesmo grupo econômico**, ainda que tais contratos sejam denominados genericamente de contrato de rateio de despesas, mas que não atendam aos requisitos para sua caracterização**." (Destaque nosso)

O que se percebe é a posição do Fisco neste caso evidenciou – o que é até mesmo evidente –, que não basta denominar um contrato de "compartilhamento de custos" para que, automaticamente, passe a ter tal natureza. Um contrato de prestação de serviços seguirá tendo esta natureza mesmo que seja chamado "genericamente", como mencionado pelas autoridades fiscais, de rateio de despesas.

O parágrafo 35 da fundamentação da Solução de Consulta COSIT nº 276/2019 reforça nossa interpretação:

> "35. Desse modo, tendo em vista as características mencionadas sobre o contrato de compartilhamento de custos, entende-se que o contrato apresentado pela consulente, não atende, em geral, aos requisitos de seu enquadramento como contrato de rateio de custos e despesas entre empresas do mesmo grupo, pois não há benefício mútuo esperado para matriz no exterior, em relação às atividades desempenhadas pelo setor de engenharia, bem como a forma contratual avençada para remuneração é uma retribuição direta pela vantagem auferida pela consulente. Assim, o caráter bilateral e oneroso para configuração de prestação de serviços encontra-se satisfeito."

Portanto, a característica essencial do contrato de compartilhamento de cursos, segundo esta decisão, é a existência de um benefício mútuo decorrente das atividades desenvolvidas pela centralizadora. Em outras palavras, um típico contrato de rateio tem como premissa que as diversas entidades de um grupo econômico usufruirão uma infraestrutura comum, beneficiando-se, mutuamente, da mesma.

Dessa forma, vemos que mesmo esta decisão reforça a posição que vimos defendendo até aqui. Um contrato de compartilhamento de custos e despesas **não se confunde com uma prestação de serviços e, consequentemente, não pode ser tributada como se prestação de serviços fosse**.

4. CONCLUSÃO DESTA SEÇÃO

Diante dos comentários anteriores, podemos concluir esta seção afirmando o seguinte:

- Contratos de compartilhamento de custos e despesas são contratos não onerosos, por meio dos quais pessoas jurídicas que integram um mesmo grupo econômico dividem entre si gastos de benefício mútuo. Uma ou mais entidades centralizam o pagamento direto de tais gastos, por conta e ordem das demais,

fazendo jus a um reembolso das quotas-partes das demais participantes. Trata-se de uma atividade desempenhada sem *animus* empresarial, como já reconheceu a Receita Federal, e sem objetivo de auferir lucro.

- Consequentemente, os contratos em questão **não se confundem** com contratos de prestação de serviços, da mesma maneira que não geram, para a entidade centralizadora, receita ou qualquer outra forma de acréscimo patrimonial. Estamos diante de relações neutras de pagamentos por conta e ordem de terceiros, que não acarretam ganhos para a pessoa jurídica que centraliza os pagamentos.
- O mero fato de que o não residente não aufere a disponibilidade econômica ou jurídica de um acréscimo patrimonial já exclui a possibilidade de incidência do IRRF sobre os reembolsos pagos para a entidade centralizadora. Afinal, com base no artigo 153, III, da Constituição Federal e no artigo 43 do CTN, o Imposto de Renda só pode ser exigido nessas situações.
- Ademais, uma vez que não se verifica, neste caso, a prestação de um serviço, igualmente afastada está a incidência, sobre tais reembolsos, da CIDE-Royalties, do PIS/COFINS-Importação e do ISS, uma vez que, em todos esses casos, o fato gerador do tributo é a prestação de um serviço.
- Esta interpretação está plenamente alinhada às decisões proferidas pela Receita Federal do Brasil nas Soluções de Consulta COSIT nº 21/2015, 378/2017 e 276/2019 e na Solução de Divergência COSIT nº 23/2013.

III. ANÁLISE DA SITUAÇÃO CONCRETA APRESENTADA PARA ANÁLISE

Apresentados os fundamentos jurídicos sobre a tributação de contratos de compartilhamento de custos e despesas, nesta seção analisaremos o Contrato celebrado pela [•] e sua filial localizada no Brasil.

1. NÃO SE PODE ESQUECER: A [•] BRASIL É UMA FILIAL

Tendo em conta nossas considerações anteriores, há um aspecto bastante relevante que não se pode esquecer: **a** [•] **Brasil é uma** <u>filial</u> **da** [•].

Ora, isso quer dizer que se trata da mesma entidade, a filial brasileira é um braço integrado ao tronco que é a matriz americana. Com isso, temos uma consequência evidente: não há como se cogitar da prestação de serviço para si mesmo, o chamado "autoserviço".

Vimos que uma das razões da não tributação de reembolsos no contexto de contratos de compartilhamento de custos é exatamente a ausência de intenção de lucro, ou de *animus* empresarial, como apontou a Receita Federal na Solução de Divergência nº 23/2013.

Este traço característico dos contratos de compartilhamento fica sem dúvida alguma mais evidente em uma situação como a presente, onde o que se verifica é o compartilhamento de uma infraestrutura administrativa por matriz e filial.

2. O QUE SE ESTÁ COMPARTILHANDO É INFRAESTRUTURA ADMINISTRATIVA

Apenas para reforçar a conclusão apresentada na seção anterior, não há dúvidas quanto ao fato de que o Contrato que ora examinamos trata do compartilhamento dos custos com atividades-meio de suporte administrativo.

Para confirmarmos esta afirmação, basta retomarmos a leitura do Anexo A do Contrato, onde encontrarmos os tipos de custos compartilhados, a saber: (i) Planejamento e Análise de Negócios; (ii) Departamento de Recursos Humanos; (iii) Jurídico (Legal/Compliance/Risco); (iv) Marketing e Comunicações; (v) Saúde Corporativa, Segurança, Qualidade e Meio Ambiente (HSQE); (vi) Serviços Financeiros (FSG); (vii) Sistemas de Gerenciamento de Informações (IMS) - excluídos Servidores e Data Centers; e (viii) Desenvolvimento de Negócios Corporativos e Setores de Negócios.

Não há dúvidas, portanto, de que estamos diante do compartilhamento de atividades administrativas de suporte, entre uma matriz e sua filial.

3. NÃO SE IDENTIFICA QUALQUER CARÁTER LUCRATIVO NO CONTRATO

Em linha com essas considerações e atendendo os requisitos de um típico contrato de compartilhamento de custos e despesas, deve-

mos ressaltar, como fizemos na seção I.1, que os reembolsos previstos no Contrato serão feitos pela filial à matriz **sem qualquer margem de lucro**.

Nesse sentido, repetimos aqui a alínea "e" da cláusula 1 do Contrato, que ao definir o termo "custos" explicita que **nenhuma margem de lucro será adicionada aos mesmos**. Em textual: [•]

Não podia ser diferente. Afinal, como já pontuamos algumas vezes, trata-se de uma operação consigo mesmo. Seria o mesmo que emprestar dinheiro a si próprio cobrando juros.

Este caráter interno das atividades está, inclusive, previsto na cláusula 2 do Contrato, onde se lê que "a Matriz incorre e continuará a incorrer nos custos especificados no Anexo A (os 'Custos Compartilhados') para realizar atividades de apoio a suas atividades de Classificação, que são realizadas globalmente".

4. O BENEFÍCIO MÚTUO É EVIDENTE

Considerando o Anexo A do Contrato, percebe-se que estamos diante de atividades centralizadas que beneficiam a atividade global de todas as entidades [•]. O trecho do Contrato que transcrevemos acima não deixa espaço para dúvidas quando estabelece que a [•] incorre em custos [•].

No caso em tela, tendo em conta o que destacamos no item III.1 acima, este aspecto é inquestionável. Afinal, repitamos, a [•] Brasil é uma filial da [•]. Aquelas atividades descritas no Anexo A são desempenhadas em benefício das operações globais do grupo, e não especificamente da filial brasileira.

5. O CONTRATO PREVÊ CRITÉRIOS OBJETIVOS E RAZOÁVEIS DE RATEIO

Estando completamente descartada a presença de qualquer elemento empresarial no caso em tela, resta-nos comentar um outro aspecto que, como apontamos, é essencial para um contrato de compartilhamento de custos e despesas: a existência de critérios objetivos e razoáveis de rateio.

Este requisito foi certamente atendido pelo contrato, como verificamos pela leitura do já tantas vezes citado Anexo A, que traz os

seguintes critérios de rateio, previstos para cada bloco de gastos compartilhados:

Natureza do Gasto	Critério de Rateio
Planejamento e Análise de Negócios	Os custos e as despesas relacionados ao Planejamento e à Análise de Negócios devem ser alocados com base na receita operacional proporcional (comércio + intercompany).
Departamento de Recursos Humanos	Os custos e as despesas relacionados aos Recursos Humanos Corporativos devem ser alocados com base no número efetivo de empregados.
Jurídico (Legal/Compliance/Risco)	Os custos relacionados ao Jurídico Corporativo devem ser alocados com base na receita operacional total proporcional (comércio + intragrupo).
Marketing e Comunicações	Os custos e despesas relacionados a Marketing e Comunicações Corporativas devem ser alocados com base na receita operacional total proporcional (comércio + intragrupo).
Saúde Corporativa, Segurança, Qualidade e Meio Ambiente (HSQE)	Custos e despesas relacionados à Saúde Corporativa, Qualidade de Segurança e Ambiental devem ser alocados com base na receita operacional total proporcional (comércio + intragrupo).
Serviços Financeiros (FSG)	Custos e despesas relacionados aos serviços financeiros devem ser alocados com base na receita operacional total proporcional (comércio + intragrupo).
Sistemas de Gerenciamento de Informações (IMS) - excluídos Servidores e Data Centers	Os custos relacionados aos Sistemas de Gerenciamento de Informações (IMS), excluindo Servidores e Data Centers, devem ser alocados com base no efetivo número de usuários dos computadores.
Desenvolvimento de Negócios Corporativos e Setores de Negócios	Os custos relacionados ao departamento de Desenvolvimento de Negócios Corporativos e Setores de Negócios devem ser alocados com base na receita operacional total proporcional (comércio + intragrupo).

Ao revermos os critérios de rateio previstos no Anexo A do Contrato, verificamos que todos atendem aos requisitos e objetividade e razoabilidade.

De uma maneira geral, foi dada preferência a critérios indiretos de rateio dos custos. Neste particular, a opção das contratantes alinha-se à posição das autoridades fiscais na Solução de Consulta nº 276/2019, na qual se registrou que "uma das características do contrato de compartilhamento de custos **é que a vantagem individual é medida através de métodos indiretos, com base em critérios objetivos**, e não por uma determinação direta do custo como acontece na prestação de serviços individualizados. Nesse sentido, a consulente esclarece que o critério de rateio dos custos incorridos pelo departamento de Sistemas

de Informação será o número de profissionais alocados para executar as atividades". (Destaque nosso)

O Anexo A do contrato delimita de forma precisa quais os gastos que serão compartilhados e os critérios, objetivos e razoáveis, que serão utilizados para o seu rateio, alinhando-se a toda produção sobre o tema da tributação dos contratos de compartilhamento de custos e despesas.

Além de atenderem aos requisitos de razoabilidade e objetividade, vale a pena observar que os critérios utilizados no Contrato refletem o padrão utilizado globalmente pela [•] e demais entidades localizadas em outros países.

Nota-se, portanto, que há uma conexão deste requisito com o de que tratamos no item anterior. A padronização dos critérios de rateio é diretamente relacionada à existência de um benefício mútuo das diversas entidades do grupo, que têm atividades administrativas de suporte centralizadas pela [•].

IV. RESPOSTAS AOS QUESITOS

Diante do exposto, é possível responder aos quesitos apresentados na seção I.2 da seguinte maneira:

1. **Quais são as características essenciais de um contrato de compartilhamento de custos e despesas intragrupo?**
   Os principais elementos característicos de um contrato de compartilhamento de custos são a existência de um contrato escrito, por meio do qual entidades de um mesmo grupo econômico acordam critérios objetivos e razoáveis para que uma ou mais delas centralizem o pagamento de custos e despesas referentes a atividades-meio de interesse comum, sendo a centralizadora reembolsada pelos pagamentos feitos por conta e ordem da(s) outra(s) participante(s) pelo custo incorrido, sem a adição de margem de lucro ou a cobrança de qualquer valor adicional.
2. **O Contrato de Reembolso de Custo celebrado entre a [•] e a sua filial Brasileira atende a tais requisitos?**
   Sem sombra de dúvidas. Trata-se de um contrato celebrado entre matriz e filial, portanto, em última instância, pela mesma entidade, por meio do qual se estabelecem critérios, objetivos e razoáveis, para que ambas compartilhem custos e despesas relacionados

a atividades-meio executadas pela matriz, que é reembolsada sem auferir qualquer resultado positivo com esta operação.

3. **Reembolsos remetidos para os Estados Unidos da América em decorrência do Contrato de Reembolso de Custo celebrado entre a [•] e a sua filial Brasileira estão sujeitos à incidência do Imposto de Renda Retido na Fonte?**

   Certamente não. Tendo em conta a resposta ao segundo quesito, é inquestionável o fato de que a matriz não aufere renda no Brasil mediante a realização de atividades administrativas de suporte cujo custo é reembolsado pela filial brasileira. Não se identificando qualquer acréscimo patrimonial da parte da [•] não há qualquer dúvida quanto à não ocorrência do fato gerador do IRRF.

4. **Reembolsos remetidos para os Estados Unidos da América em decorrência do Contrato de Reembolso de Custo celebrado entre a [•] e a sua filial Brasileira estão sujeitos à incidência da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico instituída pela Lei nº 10.168/2000?**

   Certamente não. Como vimos, a CIDE-Royalties incide sobre a contratação de serviços prestados por não residentes. No caso em tela, como vimos, não estamos diante de uma relação empresarial de prestação de serviços, onerosa por natureza, mas sim de uma relação de compartilhamento de infraestrutura administrativa, na qual não se identifica qualquer receita ou acréscimo patrimonial por parte da matriz, nos reembolsos recebidos de sua própria filial.

5. **Reembolsos remetidos para os Estados Unidos da América em decorrência do Contrato de Reembolso de Custo celebrado entre a [•] e a sua filial Brasileira estão sujeitos à incidência da Contribuição para o PIS-Importação e da COFINS-Importação?**

   Certamente não. Como vimos, o PIS-Importação e a COFINS-Importação incidem sobre a contratação de serviços prestados por não residentes. No caso em tela, como vimos, não estamos diante de uma relação empresarial de prestação de serviços, onerosa por natureza, mas sim de uma relação de compartilhamento de infraestrutura administrativa, na qual não se identifica qualquer receita ou acréscimo patrimonial por parte da matriz, nos reembolsos recebidos de sua própria filial.

6. **Reembolsos remetidos para os Estados Unidos da América em decorrência do Contrato de Reembolso de Custo celebrado entre a [•] e a sua filial Brasileira estão sujeitos à incidência do Imposto sobre Serviços?**

Certamente não. Como vimos, o ISS incide sobre a contratação de serviços prestados por não residentes. No caso em tela, como vimos, não estamos diante de uma relação empresarial de prestação de serviços, onerosa por natureza, mas sim de uma relação de compartilhamento de infraestrutura administrativa, na qual não se identifica qualquer receita ou acréscimo patrimonial por parte da matriz, nos reembolsos recebidos de sua própria filial.

É o parecer, s.m.j.

A NECESSÁRIA DIVULGAÇÃO DE PLANEJAMENTOS POTENCIALMENTE ABUSIVOS PELAS GRANDES EMPRESAS

SÉRGIO MAGALHÃES LIMA

Mestre em finanças Públicas, Tributação e desenvolvimento pelo PPGD/UERJ. Pós-graduado em Tributos pela PUC/RJ. Auditor-Fiscal da RFB e Conselheiro do CARF. Delegado-Adjunto da Demac/RJ de 2016 a 2020. Delegado da Delegacia de Instituições Financeiras/RJ de 2005 a 2008

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Poder e transparência fiscal; 3. A divulgação prévia dos planejamentos tributários potencialmente abusivos como instrumento de efetividade do sistema tributário; 3.1. Por uma ação mais efetiva do Fisco; 4. A Falta de transparência como resultado da crise de confiança; 5. Instrumentos de transparência fiscal no Brasil; 6. Divulgação de tratamentos fiscais incertos; 6.1. Análise das informações sobre incertezas fiscais em Demonstrações Contábeis; 7. Demais instrumentos de transparência fiscal; 8. Conclusão

1. INTRODUÇÃO

A transparência fiscal não é uma moeda de uma face só. Não obstante a necessidade de um nível de transparência cada vez maior por parte do Estado, responsabilidade essa inegável face ao poder econômico e político que possui, as grandes empresas e corporações, entidades que se internacionalizaram e cresceram acentuadamente nas últimas décadas, também hoje atraem compatível e crescente nível de responsabilidade, o que as tornam relevantes atores nesse jogo de poder, e lhes conferem a obrigação por uma maior transparência de seus atos.

É notório que as multinacionais efetuam planejamentos fiscais domésticos e transfronteiriços, muitas vezes agressivos e abusivos aos olhos das administrações tributárias, fato esse que sensibilizou os representantes membros da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) para o combate à erosão da base tributável e à transferência de lucros por meio do projeto BEPS (do inglês *Base Erosion and Profit Sifiting*), com especial destaque para a ação de nº 12, que recomenda, na busca por maior transparência, a divulgação obrigatória daqueles planejamentos. Com a Diretiva sobre Cooperação Administrativa da União Europeia de nº 6, vários países internalizaram regras nesse sentido.

No Brasil, o planejamento tributário é ponto de grande discussão na seara do contencioso administrativo e judicial. Essa discussão ganhou intensidade ultimamente com o resultado do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade da norma veiculada pelo parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional (CTN), a chamada norma geral antielisiva.

Diferente da discussão em terras europeias acerca das regras de divulgação obrigatória *(mandatory disclousure*), o foco doméstico está no estabelecimento de parâmetros para avaliação da legitimidade (ou não) de determinado planejamento tributário, bem como para definição de procedimentos a serem estabelecidos por lei ordinária, e que deverão ser observados pelo Fisco para a desconsideração de atos ou negócios jurídicos dissimuladores da ocorrência do fato gerador. Nesse contexto, perdeu-se fôlego no Brasil a tentativa de se estabelecerem regras de transparência para planejamentos tributários, principalmente após o projeto frustrado de introdução em nosso ordenamento da declaração de planejamento tributário pela Medida Provisória nº 685/2015 (MP 685/2015).

Embora não se recuse a importância da discussão sobre a aplicabilidade da norma antielisiva, e ainda sobre as fronteiras de licitude dos planejamentos tributários, procuraremos demonstrar que a essência da problemática, e que deveria ser o cerne das discussões, consiste no estabelecimento de regras para divulgação dos planejamentos tributários potencialmente abusivos, especialmente aqueles realizados pelas grandes empresas.

Contudo, diante da perceptível falta de confiança entre Fisco e contribuinte é razoável imaginar que o temor acerca da apresentação antecipada de fatos que possam vir a atrair a atenção das administrações tributárias fale mais alto em determinadas circunstâncias, seja em razão de interpretações tidas como abusivas do Fisco, seja pelo próprio receio natural de que tais interpretações se confirmem ao final.

Esse temor parece estar claro na forma, analisada no presente artigo, em que determinadas empresas apresentam informações relativas às incertezas acerca do tratamento de tributos sobre o lucro em notas explicativas às demonstrações financeiras, em atenção à Deliberação da Comissão de valores Mobiliários (CVM) nº 804/2018, ou mesmo em relatórios não obrigatórios produzidos por algumas grandes empresas em linha com a responsabilidade ESG.

Por esse contexto, o presente artigo procura revelar que à luz do princípio da transparência e da proteção à confiança, torna-se necessária a construção de uma solução que passe pela declaração prévia de planejamentos tributários potencialmente abusivos, a ser apresentada em especial por grandes empresas, mas com garantias para que eventual declaração não seja indiscriminadamente utilizada.

2. PODER E TRANSPARÊNCIA FISCAL

Transparência é um atributo pelo qual se permite enxergar o interior de certos elementos através das camadas externas pelas quais se apresentam. Essas camadas possuem origens de diversas naturezas, sendo a que mais se ostenta em função da necessária segurança de determinadas informações tidas como sensíveis, é a camada de proteção à privacidade.

Como decorrência da proteção à privacidade e à intimidade, bem como à segurança de dados sensíveis, surgem leis que procuram, por justos motivos, garantir o sigilo de determinadas informações em face de terceiros.

Contudo, por se constituir no principal detentor do poder político e econômico, o Estado Brasileiro passou a ser o principal alvo de ações voltadas para exigência de transparência, especialmente o poder executivo, em suas diferentes projeções, sendo o exemplo mais relevante a lei de acesso a informações (LAI)[1], que em dez anos já contabilizou mais de um milhão de pedidos de informação a órgãos e entidades do governo federal segundo levantamento da Controladoria-Geral da União (CGU)[2].

Em verdade, quando se trata de limitação de poder político e econômico, não se pode esquecer que a carta constitucional representa o exemplo mais ostensivo e contundente de reação à possibilidade de um exercício de poder desmedido e autoritário com reflexos negativos para toda a sociedade. Nesse sentido, com fundamento na cidadania, que evoca a necessária participação dos cidadãos na ordem política nacional, nossa carta magna, de forma a também assegurar o controle social, estabeleceu, o acesso à informação como direito fundamental dos indivíduos[3]. Mas como visto, o necessário avanço pela transparência se faz presente para que haja a necessária clareza em relação às ações daquele que detém esse poder.

Em matéria de transparência fiscal, o Estado Brasileiro muito avançou nas últimas três décadas, vez que o gasto público foi visto como o grande vilão dos problemas nacionais relacionados ao relevante déficit das contas públicas, que ganhou grande projeção a partir de escândalos políticos de desvios de verba nos anos 90 do século passado. Com a estabilidade da moeda se tornou possível se estabelecerem controles, e com a tecnologia, principalmente após o advento da internet, criaram-se condições para construção de ferramentas de acesso a essas informações.

A falta de transparência, mais intensa naquele período, e não muito menos hoje, é tida como uma das causas de males como a corrupção e malversação de dinheiro público. Criaram-se, desde o final do século passado, várias organizações de controle social além daquelas formalmente constituídas pelo poder público, conforme determinação constitucional, para exame e análise dos gastos públicos.

---

1 Lei nº 12.527, sancionada em 18 de novembro de 2011 – LAI.

2 Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-11/em-10-anos-lei-de-acesso-informacao-contabiliza-1-milhao-de-pedidos>_Acesso em 10 de jun. de 2022.

3 Conforme o art. 5º, inc. XIV: "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional."

Nesse mesmo período, a relação unívoca de poder entre Estado e Sociedade vem se transformando e se reestruturando com o crescimento das grandes empresas, notadamente das transnacionais, em uma era denominada de capitalismo informacional, termo cunhado pelo sociólogo espanhol Manuel Castells, em sua obra "*A Sociedade em Rede*", escrita em 1996. As grandes empresas, principalmente as instituições financeiras, controladores de grupos de comodities, e as gigantes da tecnologia passaram a gerar desequilíbrio na estrutura de poder até então baseada na relação entre sociedade e Estado.

O poder econômico passou a ser instrumento cada vez maior de influência no poder político em razão da necessidade, por parte dos Estados, de recursos financeiros decorrentes de arrecadação tributária e investimentos provenientes de grandes empresas, que, em decorrência da globalização e dos avanços tecnológicos, permitem-se migrar com fácil mobilidade para além das fronteiras nacionais, uma vez que serviços e comércio de muitos produtos hoje já são transacionados remotamente, e as atividades de uma empresa podem ser desmembradas e realizadas em lugares distintos do planeta, alcançando mercados produtores e consumidores de diversos países.

Para se ter uma ideia, no contexto internacional, segundo estudo da ONG *Global Justice Now*, das 100 maiores entidades econômicas do mundo em termos de receita, 69 são empresas, e 31 são países[4]. Esse fato, per si, permite-nos enxergar com certa clareza a necessidade de transparência não apenas das ações dos Estados, mas agora, de forma igualmente relevante, das grandes empresas, especialmente em sua dimensão econômica, que representa sua verdadeira fonte de poder.

O professor Ricardo Lobo Torres[5], ao discorrer sobre o princípio da transparência e globalização, assim se pronunciou:

> *A transparência fiscal é um princípio constitucional implícito. Sinaliza no sentido de que a atividade financeira deve se desenvolver segundo os ditames da clareza , abertura e simplicidade. Dirige-se ao Estado como à sociedade, tanto aos organismos financeiros supranacionais quanto às entidades não governamentais. Baliza e modula a problemática da elaboração do orça-*

4 Disponível em: <https://www.globaljustice.org.uk/news/69-richest-100-entities-planet-are-corporations-not- governments-figures-show/> Acesso em 20/09/2021.

5 TORRES, Ricardo Lobo. Planejamento tributário: elisão abusiva e evasão fiscal. Rio de janeiro: Elsevier, 2013. p 16.

mento e da sua gestão responsável, da criação de norma antielisivas, da abertura do sigilo bancário e do combate à corrupção.[6]

No plano externo, no ano de 2000, formalizou-se o movimento global pela busca de acesso a informações dos contribuintes transnacionais com a criação do Fórum Global para Transparência e Troca de Informações no âmbito da OCDE para enfrentamento de riscos à conformidade tributária gerados por paraísos fiscais[7], que se fortaleceu a partir da crise financeira de 2008, com a declaração do G 20, em abril de 2009, de que a era do sigilo bancário havia terminado, em abril de 2009 ("*the era of banking secrecy is over*")[8]. Esse movimento ecoou em terras brasileiras, e se materializou com o ingresso do Brasil na "lista branca" de países que implementam, de modo correto, os padrões estipulados pelo Fórum Global.

Em seguida, novo movimento pela transparência de informações bancárias ocorreu em março de 2010, com a lei dos Estados Unidos de conformidade fiscal de contas estrangeiras (*Foreign Account Tax Compliance Act* – FATCA), destinada ao combate de evasão fiscal que se operava pelo uso de contas bancárias e de investimentos em outros países por parte de cidadãos norte-americanos (*US Person*), fato que resultou na promulgação do acordo com o Brasil para melhoria da observância tributária internacional e implementação do FATCA por meio do Decreto da Presidência da República nº 8506, de 24 de agosto de 2015.

Esses movimentos constituíram forte influência no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade nºs 2.390, 2.386, 2.397, e 2.859, acerca da constitucionalidade dos artigos 5º e 6º da Lei Complementar 105/2001, que questionavam a permissão dada à Receita Federal do Brasil para acesso a informações bancárias de contribuintes sem prévia autorização judicial, o que foi qualificado pelo STF como mera transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, sendo a manifestação do G20 citada na ementa da ADI 2.859:

6. O Brasil se comprometeu, perante o G20 e o Fórum Global sobre Transparência e Intercâmbio de Informações para Fins Tributários (Global Forum

6 Atualmente, por meio da EC, .

7 Disponível em <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/assuntos-economicos-internacionais/cooperacao-internacional/forum-global-para-transparencia-e-troca-de-informacoes-tributarias> Acesso em 18/02/2022.

8 Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/transparency/who-we-are/history/>. Acesso em 18 de maio de 2022.

on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes), a cumprir os padrões internacionais de transparência e de troca de informações bancárias, estabelecidos com o fito de evitar o descumprimento de normas tributárias, assim como combater práticas criminosas. Não deve o Estado brasileiro prescindir do acesso automático aos dados bancários dos contribuintes por sua administração tributária, sob pena de descumprimento de seus compromissos internacionais[9]

No plano da tributação, o projeto BEPS em linha com a adoção da transparência como arma contra planejamentos tributários agressivos e abusivos inaugurou uma frente de batalha específica ao elaborar um plano de ação voltado para divulgação obrigatória desses planejamentos por parte dos contribuintes e consultores responsáveis pela sua elaboração. A ação nº 12 do BEPS traz recomendações sobre o desenho de regras de divulgação obrigatória para esquemas de planejamento tributário agressivo, levando em consideração os custos administrativos e de conformidade para administrações fiscais e empresas, aproveitando a experiência de países que implementaram essas regras[10]

Em consonância com essa ação, e com base na Diretiva sobre Cooperação Administrativa (DAC) acerca das regras de divulgação obrigatória (*Mandatoy Discousure Rules – MDR*), Diretiva (UE) 2018/822, de 25 de maio de 2018[11], denominada DAC 6, que alterou a Diretiva 2011/16/EU, vários países da União Europeia implementaram regras com a finalidade de trazer maior transparência relativa a esquemas e transações que pudessem representar riscos tributários, especialmente quanto a planejamentos tributários transfronteiriços.

A DAC 6 criou novas obrigações para os contribuintes da União Europeia prestar informações, a partir de 1º de julho de 2020, às administrações tributárias do bloco econômico, bem como tratou do intercâmbio de informações entre os países.

Ao longo de 2019 vários países publicaram seus projetos de regras de divulgação obrigatória, e aprovaram cada qual, também, no ano de 2020, sua legislação para implementação dessas regras. Tome-se como exemplo Portugal, que publicou seu projeto de legislação para implementação da

9 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11899965> Acesso em 18 de maio de 2022.

10 Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action12/>. Acesso em 19 de maio de 2022..

11 Texto em português disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX: 32018L0822&from=hr>. Acesso em 19 de maio de 2022.

DAC6, em 31 de janeiro de 2020, e o incorporou à sua legislação doméstica em 21 de julho do mesmo ano, por meio da Lei nº 26/2020.

Países como Portugal e Polônia foram além das exigências mínimas impostas pelo DAC6, relativas a acordos transfronteiriços, e estatuíram em suas leis nacionais a divulgação obrigatória de outros arranjos internos, ao contrário de países como Áustria França, Grécia, Irlanda, e Itália que somente reproduziram em suas normas internas o teor do texto da Diretiva, sem a inclusão de divulgação em relação a planejamentos tributários internos[12]. No caso da Alemanha, a obrigação de relatar os acordos domésticos pode ser implementada por meio de novo ato legislativo.

Interessante observar que as regras de divulgação, em seus aspectos subjetivos, alcançam não somente os contribuintes, mas também os intermediários, representados por quaisquer pessoas que concebam, comercializem, organizem ou disponibilizem para aplicação, ou administrem a aplicação de determinado planejamento que deva ser comunicado, a exemplo de determinadas instituições financeiras e consultores tributários. Nesse ponto, a Diretiva no item 5 de suas considerações, expõe que:

> É necessário recordar a forma como certos intermediários financeiros e outros prestadores de serviços de aconselhamento fiscal parecem ter assistido ativamente os seus clientes na dissimulação de dinheiro em territórios offshore. Além disso, embora a NCC introduzida pela Diretiva 2014/107/UE constitua um importante passo em frente na criação de um quadro de transparência fiscal na União, pelo menos em termos de informações sobre contas financeiras, ainda pode ser melhorada.

Por sua vez, a Diretiva também estabelece exceção similar à apresentação de informações por terceiros, prevista no art. 197 do Código Tributário Nacional (CTN), em relação a bens, negócios e atividades de determinado contribuinte, quanto à situações que estejam acobertadas pelo segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão (sigilo profissional), conforme item 8 das considerações iniciais daquela Diretiva:

> *… Convém não ignorar que, em certos casos, não seria exequível impor a obrigação de comunicação a um intermediário devido a um dever de sigilo*

12 Ver relatórios preparados pela KPMG acerca das normas domésticas de cada país da EU. Disponível em: <https://home.kpmg/xx/en/home/insights/2019/11/mandatory-disclosure-requirements.html>. Acesso em 19 de maio de 2022.

> *legalmente protegido ou no caso de não existir qualquer intermediário, em virtude de, por exemplo, o contribuinte conceber e utilizar um mecanismo*

Em artigo publicado no ano de 2015, Jeffrey Owens, então diretor do *Global Tax Policy Center do Institute for Austrian and International Law*, analisa como governos e empresas terão que aprender a operar em um novo ambiente caracterizado pela transparência fiscal e pelo apelo político e social em torno das questões tributárias que envolvem multinacionais e pessoas físicas de alta renda. Conclui que empresas devem garantir que quaisquer esquemas (planejamentos tributários) não sejam apenas realizados de acordo com a letra da lei, mas sim com o espírito da lei, ao passo que os Governos terão que mudar sua abordagem aos contribuintes, de forma a vê-los como parceiros, e não como adversários. Nas palavras de Owens:

> *Business will have to invest in setting up new information reporting requirements and will have to learn to justify their approach to tax planning, ensuring that any schemes are not only consistent with the strict letter of law but also with the spirit of the law. They will also have to reconsider how they use tax havens and ensure that tax is paid where value is created. Governments will also have to change their approach to taxpayers: engaging them in the formulation of tax policies and their implementation and seeing business as a partner rather than an adversary*[13].

3. A DIVULGAÇÃO PRÉVIA DOS PLANEJAMENTOS TRIBUTÁRIOS POTENCIALMENTE ABUSIVOS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DO SISTEMA TRIBUTÁRIO

Como sabido, planejamento tributário, em uma simples explicação, é a busca pela economia de tributos, e se implementa por meio do desenho e da prática de atos e negócios jurídicos que possam se subsumir a normas benéficas, ou se afastar de normas de gravosas. Nesse exercício criativo, busca-se também extrair a melhor interpretação de um texto legal de forma a se encontrar a norma adequada à implementação do planejamento.

Por essa singela definição, percebe-se que há dois possíveis pontos de atrito entre Fisco e contribuinte: o primeiro no que tange à interpretação dos fatos, especialmente quanto à congruência entre a apa-

13 Revista da Receita Federal: estudos tributários e aduaneiros, Brasília-DF, v.1, n.2, p. 49, jan./jul. 2015. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2019/12/Tax-Transparency.pdf>. Acesso em 20 de maio de 2019.

rência ou forma como se apresentam e a exteriorização de seu objeto, conteúdo e função (substância); o segundo, quanto à norma que deve ser extraída do texto legal.

As discussões mais intensas residem nos reenquadramentos de atos e negócios jurídicos diante de casos complexos, particularmente em relação à falta de consenso acerca do entendimento sobre a presença ou não de simulação nesses casos, e da divergência sobre a abrangência de planejamentos abusivos pela ilicitude.

Nesse sentido, o professor Sérgio André Rocha, em sua recente obra[14], defende a necessidade de definição da fronteira entre o dever tributário legítimo e ilegítimo om base em pesquisas sobre o entendimento dos diversos autores diante de casos concretos, e dos critérios por eles utilizados para separar economia lícita de tributos de comportamentos ilícitos repelidos pelo ordenamento jurídico.

De fato, é de extrema relevância o estabelecimento de critérios, seja para aplicação pela autoridade administrativa ou julgadora. Contudo, a conquista da segurança jurídica embora seja um objetivo a ser perseguido, parece ser de alcance duvidoso apenas por meio de um critério formal que separe planejamentos lícitos dos ilícitos em função da complexidade e diversidade das estruturas criadas para a economia tributária.

Em se tratando dessa matéria no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), normalmente alguns casos complexos de grande repercussão e relevo terminam em empate nos julgamentos ou com estreita maioria, a favor ou contra o contribuinte, em razão da visão de cada julgador sobre fatos específicos de cada caso concreto, sendo que, atualmente, com o art. 19-E da Lei 10.522/2002, o empate nos julgamentos sobre lançamentos fiscais determina a vitória do contribuinte. Contudo, apesar da virada de pêndulo pró-contribuinte, com as regras de desempate que lhes são favoráveis, a insegurança permanece, pois o ambiente jurídico ainda é instável e propício a movimentos pendulares em sentido contrário.

Desde 2001, com a introdução do parágrafo único do art. 116 do CTN, muito se discutiu sobre o alcance dessa norma, bem como as limitações procedimentais para sua aplicação. A MP 66/2002 não conseguiu passar sequer da área de arrebentação dos revoltos mares do legislativo, naufragando em poucos meses.

14 ROCHA. Sergio Andre. Planejamento Tributário e Liberdade não Simulada. Doutrina e Situação pós ADI 2.446. Casa do Direito. 2021.

Com o julgamento da ADI 2446, havia a esperança de que fossem definidos os contornos do escopo de alcance da regra geral antielisiva, de forma a se diferenciar das situações que são atualmente tratadas pelo art. 149, VII, do mesmo diploma legal, não obstante, importante registrar, não houvesse qualquer questionamento específico sobre essa questão naquela ação declaratória.

Contudo, ainda que tais contornos fossem estabelecidos, na prática, a diversidade e complexidade dos desenhos dos planejamentos, associada à necessidade de um correto juízo de valoração das provas apresentadas para comprovação de sua licitude (pelo contribuinte) ou ilicitude (pelo Fisco), impõem uma inevitável busca pela verdade dos fatos, de forma que sejam corretamente compreendidos antes da adoção de critérios que se pretendam construir para se determinar a fronteira entre o lícito e o ilícito.

Nesse sentido, não menos importante que a construção desses critérios, a divulgação prévia de planejamentos tributários potencialmente abusivos poderia inaugurar uma fase de análise prévia pelo Fisco de atos e negócios jurídicos praticados pelos contribuintes, não somente para classificação de risco fiscal, descartando-se aqueles com baixo risco de ilicitude, como também para seleção de planejamentos que mereçam um exame mais acurado por meio de procedimentos a serem criados por lei ordinária, conforme comando final do art. 116, parágrafo único do CTN.

Dessa forma, haveria a redução e o aprimoramento do contencioso tributário por meio de uma ação mais efetiva do Fisco, seja na seleção de contribuintes a fiscalizar, seja pelo alcance do conhecimento preciso dos fatos (verdade material) com a colaboração do contribuinte em procedimento que se estabeleçam medidas de proteção à confiança e de incentivo à regularização no caso de eventual constatação de infração à legislação tributária.

3.1. POR UMA AÇÃO MAIS EFETIVA DO FISCO

Em regra, as discussões sobre planejamentos tributários nascem para o mundo a partir de questionamentos do Fisco, normalmente quando são identificados como infrações ao ordenamento, passando a ser alvo de lançamentos tributários. Após a apresentação da impugnação, momento em que se inaugura o processo administrativo fiscal, e, sendo o caso, do competente recurso, advêm os julgamentos em que se tornam

públicos os fatos e as razões de decidir que passam a constituir tema de debates nos meios profissionais e acadêmicos.

No plano das administrações tributárias sabe-se que não se fiscalizam todas as empresas, pois não há material humano suficiente para tal. Nesse sentido, a boa prática indica que a análise de risco seja empregada como ferramenta necessária para lidar com a seleção de contribuintes a fiscalizar.

Contudo, sem o conhecimento das operações praticadas pelos contribuintes, torna-se complexo o trabalho de mapeamento de riscos, e, portanto, menos eficiente a aplicação de recursos humanos dirigidas à investigação.

Pode-se até questionar se o Fisco deveria priorizar o enfrentamento aos planejamentos tributários abusivos, tema levantado por Sampaio Dória ao discorrer sobre a crítica à legitimidade da elisão[15], pois entendia que em uma escala de prioridades deveria ser dada mais atenção às demais espécies de evasão, pela dificuldade da coordenação e mobilização das forças do Estado na maioria dos países. Em outra passagem, assim se manifestou sobre à realidade brasileira naquele período:

> *A elisão no Brasil não é tão frequente quanto às vezes se imagina, em virtude da carência de assessoria especializada, do receio de que não seja admitida pelas autoridades, das desvantagens ou dificuldades jurídicas, comerciais, civis do esquema optativo proposto e também pela alternativa de praticar uma evasão.*

No entanto, desde quando escreveu sua obra até os dias atuais, o número de planejamentos cresceu imensamente em razão da profusão de normas e da difusão do tema para médias e pequenas empresas, visto que a despesa tributária, representa a principal, senão a maior, dentre todas as demais despesas de uma pessoa jurídica. Assim, embora cada vez mais complexos e bem estruturados, não se pode mais afirmar que não seja representativo o número de planejamentos tributários, e que sejam menos relevantes em relação às demais matérias sob análise do Fisco.

Não à toa, o Fisco federal em seu planejamento anual de fiscalização normalmente declara que parte de seus esforços são empregados para ações contra determinados planejamentos tributários abusivos, além de demais ações selecionadas por meio de parâmetros internos. Para a

15 DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. Elisão e Evasão fiscal. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1977. Pp. 122/123.

identificação e seleção dos contribuintes a fiscalizar, o Fisco se utiliza não somente do cruzamento de informações das diversas obrigações acessórias como base para suas análises, como também de muitas horas de pesquisa antes do início de determinado procedimento fiscal.

Todavia, dada a forma como muitos arranjos tributários são estruturados, a efetiva busca pelo conhecimento somente se torna possível por meio da análise de documentos internos dos sujeitos passivos, que por sua vez cria uma nova demanda por mais informações para a intricada montagem e encadeamento das peças de um conjunto lógico, coerente e preciso dos fatos.

Nessa fase deveriam ser conhecidas todas as narrativas de forma bem sedimentada, a do Fisco e a do contribuinte, acerca do fato que se pressupõe gerador da imposição tributária. No entanto, embora o discurso seja o da busca pela transparência e pela verdade material, sob o temor das ações do Fisco, e diante da conturbada relação entre sujeitos ativo e passivo, muitos se negam durante o procedimento fiscal ao seu dever de colaboração, ou terminam por cumpri-lo de forma bem concisa, não detalhada, sob a inspiração de que "ninguém deve produzir provas contra si mesmo".

Torna-se evidente nesse contexto que o problema a ser enfrentado antecede ao inicio do processo fiscal. Primeiro porque, é preciso lembrar que a autoridade fiscal deve selecionar os contribuintes a fiscalizar com base em critérios, normalmente apoiados em riscos de ilicitude e relevância, sendo certo que sem o conhecimento prévio dos arranjos e esquemas efetuados, torna-se turva a mensuração desses riscos, o que pode gerar procedimentos indevidos. Segundo, porque procedimentos complexos demandam tempo e investimento das administrações tributárias, que não podem ser desperdiçados pela mora provocada pela falta de informações sobre todos os fatos que cercam a matéria sob exame. Muitas vezes, estrategicamente, os fatos somente são revelados em sua inteireza pelos contribuintes após inaugurada a fase processual, quando da apresentação de impugnação ou recurso para julgamento, o que afasta a possibilidade de uma avaliação mais acurada da autoridade fiscal em sede de procedimento fiscal, fato que pode levar à conclusão sobre o lançamento indevido de créditos. Suprime-se assim uma fase importante anterior ao contencioso, que muitas vezes provoca o retorno dos autos para diligências sobre pontos duvidosos não plenamente avaliados por aquela autoridade antes do lançamento, ou mesmo termina por transferir ao julgador a análise de uma massa

de provas que poderiam ser trazidas e previamente avaliadas durante o procedimento fiscal, ou mesmo em uma fase anterior ao início desse procedimento.

Logo, urge a adoção de disposições tendentes a conferir maior transparência aos planejamentos tributários antes mesmo do início do procedimento fiscal, mas devidamente acompanhadas de medidas que possam trazer segurança jurídica na declaração desses planejamentos. Nesse ponto, importante a reflexão sobre quantos procedimentos fiscais sequer teriam sido iniciados ou, se iniciados, poderiam ser encerrados sem lançamentos, se houvesse o conhecimento prévio dos fatos. Acrescente-se nessa conta o número de processos administrativos que deixariam de ser formalizados, e, se instaurados, o tempo mais célere de análise desses processos ante a apresentação de uma causa amadurecida para julgamento.

4. A FALTA DE TRANSPARÊNCIA COMO RESULTADO DA CRISE DE CONFIANÇA

Com vistas à preservação de sua sustentabilidade, as empresas passaram a incorporar um novo conceito de capitalismo voltado não somente para os acionistas (*shareholders*), mas também para a sociedade (*stakeholders*), com foco em questões ambientais, sociais, e de governança, representadas pela sigla inglesa ESG (*Enviroment, Social, Governance*).

Recentemente, em dezembro de 2021, foi noticiado o lançamento do Movimento Transparência 100% pela Rede Brasil do Pacto Global da ONU, "iniciativa que busca engajar as empresas no combate à corrupção com vistas à alcançar os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) da agenda 2030"[16]

Nesse cenário, exige-se que as empresas sejam transparentes em suas ações, especialmente as empresas de grande porte em função do poder econômico que possuem conforme visto anteriormente. No Brasil, segundo a lei 11.638/2007, são de grande porte aquelas empresas que, no exercício social anterior, possuíram ativo total superior a R$ 240.000.000,00 (duzentos e quarenta milhões de reais) ou recei-

16 Disponível em: <https://www.legiscompliance.com.br/artigos-e-noticias/3386-pacto-global-da-onu-lanca-movimento-transparencia-100-e-convida-empresas-para-assumirem-compromissos-e-metas-anticorrupcao>. Acesso em 01 de jun. de 2022.

ta bruta anual superior a R$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais), muitas delas de capital aberto com ações negociadas em bolsas estrangeiras.

A recente análise dos relatórios de sustentabilidade (relatórios ESG) de mais de 70 companhias efetuadas pelo Observatório da Transparência, inciativa do conselho consultivo no Brasil da *Global Reporting Initiative* (GRI) com base em critérios vinculados aos princípios do padrão GRI, revela um dado curioso acerca da falta de equilíbrio nos relatórios apresentados quanto à "quantidade de informações positivas – que geralmente são enaltecidas - e de informações vistas como negativas, como indicadores relativos a multas, processos e incidentes"[17]. Segundo Sonia Favaretto, presidente do conselho consultivo da instituição, "Não adianta fazer o relatório e só colocar o que é bom, deixando de fora as controvérsias, os dilemas".

É possível se extrair desse dado um viés cultural caracterizado pelo receio de que informações negativas possam comprometer a imagem das empresas perante à sociedade, particularmente no que tange à desconfiança acerca dos efeitos decorrentes da divulgação dessas informações.

No plano fiscal, esse receio se soma ao derivado das ações do Fisco, tidas muitas vezes como abusivas por parte de alguns contribuintes, o que impede o estabelecimento de uma relação mínima de confiança entre Fisco e Contribuinte para que determinados fatos possam ser apresentados à mesa com clareza e com a devida segurança jurídica.

Essa realidade, infelizmente, não está somente presente em terras brasileiras, vez que também nos demais países esse antagonismo natural marca a relação entre sujeitos ativo e passivo, decorrente da oposição ao pagamento de tributos, que se opera em maior escala quando as contrapartidas em serviços e investimento pelo Estado não se tornam visíveis.

Sobre a necessidade da construção de uma nova relação entre Fisco e Contribuinte, o professor Jeffrey Owens, ao discursar na abertura de um Workshop na Universidade de Exeter[18], em 2015, declarou que a

17 Disponível em: <https://valor.globo.com/financas/noticia/2021/10/15/estudo-traz-empresas-mais-transparentes-em-sustentabilidade.ghtml>. Acesso em 01 de junho de 2022.

18 Discurso apresentado no Workshop do Centro de Pesquisa em Administração Tributária, realizado na Universidade de Exeter. Journal of Tax Administra-

relação entre administrações tributárias, consultores fiscais e empresas estaria passando do confronto para cooperação, e manifestou sua esperança sobre a criação de um novo consenso a partir do projeto BEPS. Esclareceu na ocasião que se trataria do conceito de conformidade cooperativa (*coperative compliance*), lançado inicialmente em 2008. A confiança mútua seria a "pedra angular" dessa nova relação baseada em diálogos construtivos, e a melhor transparência seria o primeiro passo para obtenção dessa confiança.

5. INSTRUMENTOS DE TRANSPARÊNCIA FISCAL NO BRASIL

No Brasil, há várias declarações decorrentes de obrigações acessórias instituídas, contudo, nenhuma que trate da divulgação de planejamentos tributários potencialmente agressivos, em especial aqueles que alcançam mais de uma jurisdição (planejamentos transfronteiriços), e que muitas vezes se opera com auxílio de prestadores de serviço de aconselhamento fiscal, e de certos intermediários financeiros.

Houve em 2015 a tentativa de instituição de uma declaração obrigatória com vistas à apresentação de atos e negócios jurídicos praticados sem razões extratributárias relevantes, de forma atípica, com especificidade predeterminada pela Receita Federal do Brasil (RFB), e que viessem a acarretar supressão, redução ou diferimento de tributo, por meio dos artigos 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12 e 13 da medida provisória nº 685/2015.

Contra esses artigos houve ampla oposição com base, dentre outros argumentos, no cerceamento do livre exercício da atividade econômica, da autonomia do contribuinte de melhor equacionar seus negócios, afrontando-se assim o princípio da livre iniciativa. motivo pelo qual foi proposta ação direta de inconstitucionalidade de nº 5366.

Segundo relatório daquele julgado, em resposta a informações inicialmente solicitadas, a Presidente da República declarou que "as normas estão em consonância com os princípios da eficiência e da economicidade" e objetivam 'trazer segurança jurídica entre os contribuintes e o Fisco Federal, reduzindo litígios; contribuir para minimizar os gastos de ambas as partes; e incrementar a eficiência da fiscalização". Contudo, como os dispositivos impugnados não foram reproduzidos

tion Vol 1:2 2015. Disponível em: < https://research.wu.ac.at/ws/portalfiles/portal/18982887/36-162-1-PB.pdf>. Acesso em 01 de junho de 2022.

na lei de conversão, configurou-se a hipótese de prejudicialidade da ação, de forma que o processo foi extinto, sem julgamento de mérito[19].

Da leitura da petição inicial[20], importante observar que nas alegações apresentadas, reclamou-se do autoritarismo da medida, "sob a roupagem de pretender implementar um modelo de diálogo entre o Fisco e os contribuintes", e que, "sob o pano de fundo de uma suposta busca por maior transparência no vínculo entre Fisco e contribuinte, o Governo Federal impôs obrigação unilateral, altamente subjetiva e discricionária, e com sanções muito severas aos contribuintes".

Questionou-se também a obrigação do contribuinte de indicar seu planejamento tributário com base em conceitos subjetivos e genéricos, tais como "razões extratributárias relevantes, forma não usual, dados essenciais para a compreensão do ato ou negócio jurídico", bem como, no que tange à aplicação de multa qualificada, em função da presunção de omissão dolosa com intuito de sonegação e fraude pela constatação de planejamentos não declarados, a violação: do direito fundamental à presunção de inocência, à ampla defesa, ao contraditório, e ao devido processo legal; e do princípio da estrita legalidade em matéria tributária e da vedação ao confisco.

Nesse sentido, foram apresentadas referências de vários artigos que reclamam pelo respeito aos limites da atividade empresarial[21], contra a criminalização do planejamento tributário e de se querer pagar menos imposto no Brasil[22], e ainda da transparência forçada e unilateral, sem diálogo com o Fisco[23].

---

19 Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308359926&ext=.pdf >. Acesso em 22 de jun. de 2022.

20 Disponível em https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/Consultar ProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4827786 Acesso em 22 de jun. de 2022.

21 LEITE, Guilherme Cardoso. MP 685 deve respeitar limites da atividade empresarial e ordenamento normativo. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-04/guilherme-leitemp-685-respeitar-limites-atividade-empresarial>. Acesso em 22 de junho de 2022.

22 SCAFF, Fernando Facury. Querer pagar menos imposto virou crime no Brasil. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-ago-11/contas-vista-querer-pagar-imposto-virou-crime-brasil

23 BASTOS, Frederico Silva, SATO, Katherine Borges. MP 685 prevê transparência de mão única, sem diálogo com o Fisco. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-jul-31/frederico-bastos-katherine-sato-mp-685-prevetransparencia-mao-u-

Das críticas apresentadas, destaca-se a do professor Ricardo Lodi Ribeiro que em análise dos dispositivos questionados da MP 66/2015, entendeu que se tratava de uma tentativa, por via transversa, de regulamentação do parágrafo único do art. 116 do CTN. Nessa linha, reconheceu que os contornos legislativos adotados em muito se afastavam "do mecanismo trazido ao nosso direito pela Lei Complementar nº 104/2001 e de alguns dispositivos caros à constituição Federal, como a legalidade tributária, a capacidade contributiva e a livre inciativa"[24], não obstante tenha ressaltado os nobres propósitos baseados no necessário combate à elisão fiscal.

Entende o professor Ricardo Lodi que somente o abuso na liberdade de planejar deve ser combatido por normas introduzidas em nosso direito positivo, e apresenta certos requisitos que deveriam estar presentes em um modelo de combate ao planejamento caracterizado como uma elisão abusiva. À luz da necessidade conjunta desses requisitos, identifica que a medida provisória se contentou somente com apenas um, relacionado à ausência de propósito negocial, isoladamente considerada (art. 7º, inc. I da MP 685/2015), e afirma sobre a utilização de forma atípica ou pouco usual (inc. II do mesmo artigo), que esta se refere a um conceito que vai além do abuso de forma.

Manifesta também contrariedade quanto à qualificação da multa baseada na omissão de informações diante da obrigatoriedade de declaração das condutas determinadas em norma, com base na seguinte reflexão:

> *a equiparação da omissão de informações quando à prática do planejamento tributário à sonegação fiscal, a partir da obrigatoriedade de declarar as condutas atípicas ou destinadas à economia do tributo, é medida que contraria o princípio da livre iniciativa, por fundar-se em dirigismo estatal na economia privada que não é passível de ser assimilado pelo discurso consti-*

nica-dialogo-Fisco; ANDRADE, Leonardo. Transparência fiscal à força. Disponível em: http://jota.info/transparencia-fiscal-a-forca; Acesso em: 18/08/2015

24 RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Justiça, Interpretação e Elisão Tributária*. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2003, p 145-146. Requisitos: prática de um ato jurídico, ou um conjunto deles, cuja forma escolhida não se adequa à finalidade da norma que o ampara, ou à vontade e aos efeitos dos atos praticados pelo contribuinte; intenção, única ou preponderante, de eliminar ou reduzir o montante de tributo devido; identidade ou semelhança de efeitos econômicos entre os atos praticados e o fato gerador do tributo; proteção, ainda que sob o aspecto formal, do ordenamento jurídico à forma escolhida pelo contribuinte para elidir o tributo; forma que represente uma economia fiscal em relação ao ato previsto em lei como hipótese de incidência tributária.

tucional senão por uma roupagem obsoleta do princípio da supremacia do interesse público*[5], a partir da sua utilização utilitarista violadora dos direitos fundamentais dos contribuintes.*

Ao final, defende a necessidade de regulamentação do parágrafo único do art. 116 do CTN por constituir um modelo mais eficaz e respeitador das garantias constitucionais dos contribuintes. Por essa afirmação, é importante observarmos que as críticas do professor Lodi se baseiam na premissa da necessidade de procedimentos a serem estabelecidos por lei ordinária conforme estabelecido naquele parágrafo único, e na inadequação dos dispositivos questionados da MP 685/2015 como substitutos à necessária regulamentação.

Não se questiona, contudo, em outra premissa, não atacada em sua essência, a necessidade do Fisco de conhecimento dos planejamentos tributários supostamente abusivos por meio de divulgação obrigatória. O problema consiste em como fazê-lo de forma a se garantir os direitos constitucionais dos contribuintes.

Ante a carência de informações com maior profundidade de conteúdo sobre atos e negócios jurídicos estruturados pelos contribuintes, as pesquisas primárias efetuadas pelo Fisco são realizadas com o auxílio de informações divulgadas publicamente, sendo as demonstrações contábeis, especialmente as notas explicativas que as acompanham, excelente fonte de referência, muito embora se saiba que as informações contábeis são por essência dirigidas aos investidores.

6. DIVULGAÇÃO DE TRATAMENTOS FISCAIS INCERTOS

Com a Deliberação CVM 804[25], de 27 de dezembro de 2018, que aprovou e tornou obrigatória a Interpretação Técnica ICPC 22 emitida pelo do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC), passou-se a exigir que as companhias abertas (denominadas "entidades" segundo essa deliberação) determinassem seus lucros tributáveis (ou prejuízos fiscais) correntes e diferidos, ou alíquotas fiscais sob a perspectiva da autoridade fiscal em caso de conclusão pela existência de tratamento fiscal incerto.

Assim, consoante item 11 daquela Deliberação, se determinada entidade concluir não ser provável que a autoridade fiscal aceite o tra-

25 Disponível em: < https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/deliberacoes/deli0800/deli804.html>. Acesso em 22 de junho de 2022.

tamento fiscal incerto, deverá refletir o efeito da incerteza na determinação do respectivo lucro tributável (prejuízo fiscal), base fiscal, prejuízos fiscais não utilizados, créditos fiscais não utilizados e alíquotas fiscais.

Contudo, há possibilidade de reavaliação pela entidade do julgamento ou da estimativa requerida pelo ICPC 22 se os fatos e circunstâncias sobre os quais se baseiam o julgamento ou a estimativa mudarem com base em novas informações. São exemplos de fatos e circunstâncias, segundo as orientações para aplicação da Instrução (Apêndice A: A2): (i) concordância ou discordância pela autoridade fiscal do tratamento fiscal ou de outro similar utilizado pela entidade, ou (ii) informações com as quais a autoridade fiscal concordou ou discordou em relação a tratamento fiscal similar utilizado por outra entidade.

Como se vê, os tratamentos fiscais incertos são aqueles reconhecidos pela entidade independentemente de existirem autuações fiscais anteriores e que possam se refletir nos anos a que se referem as demonstrações financeiras. Em outras palavras, a incerteza pode ser fruto de posições da entidade já conhecidas pelo Fisco, ou de matérias ainda por ele não conhecidas. Com efeito, esta última possibilidade se mostra bastante sensível pelo receio das entidades em divulgarem questões que possam ser objeto de contestação futura pelo Fisco.

Em artigo publicado no jornal Jota[26], em 27/03/2019, cerca de três meses após a aprovação da Deliberação CVM 804/2018, Vanessa Rahal, Doutora e Coordenadora do INSPER, demonstrou grande preocupação quanto à efetividade da medida em razão do frágil processo de interlocução entre Fisco e Contribuinte, motivo pelo qual manifestou seu entendimento de que na prática, "não veremos a incerteza refletida nas demonstrações financeiras, e parece razoável que seja assim". Ponderou ainda que "No Brasil, a incerteza é a regra. Nosso sistema tributário é cheio de regimes diferenciados e, além disso, sempre há o fantasma da desconsideração dos negócios jurídicos decorrentes de supostos planejamentos tributários".

Enxerga que há três problemas que geram o atual ambiente de incerteza: (i) uma legislação recheada de tratamentos diferenciados, induzindo escolhas e classificações que sempre podem ser questionadas;

26 Artigo: "ICPC22 – o que fazer quando a incerteza é regra?". Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/icpc-22-o-que-fazer-quando-a-incerteza-e-a-regra-27032019>. Acesso em 22 de junho de 2022.

(ii) regulamentações que desvirtuam o objetivo do legislador, gerando questionamentos sobre sua legalidade; e (iii) a falta de coordenação entre os órgãos de interpretação a autuação. Com base nesse diagnóstico, entende que antes de se implementar esse tipo de divulgação, torna-se necessário reformular processos de integração entre os vários órgãos da Fazenda (regulamentação, interpretação, aplicação e julgamento) e garantir a segurança jurídica do contribuinte. Conclui, em suas palavras que:

> *"Não se mudará a atual cultura organizacional sem a revisão dos processos internos que envolvem a elaboração, a revisão, a interpretação e aplicação da legislação tributária. Essas atividades têm que estar integradas e o principal objetivo tem que ser o de evitar o contencioso. Uma reforma do contencioso não se começa pelo próprio contencioso".*

6.1. ANÁLISE DAS INFORMAÇÕES SOBRE INCERTEZAS FISCAIS EM DEMONSTRAÇÕES CONTÁBEIS

A partir da previsão acima citada de que "não veremos a incerteza refletida nas demonstrações financeiras…", realizamos análise das notas explicativas às demonstrações financeiras contábeis (DFC) dos últimos três anos das dez maiores empresas em lucro líquido apurado em 2021 entre as companhias listadas na B3[27]. As trinta DFC elaboradas pelas empresas selecionadas, desde 2019, ano de introdução da ICPC22, até 2021, foram disponibilizadas pela Comissão de Valores Mobiliários[28] (CVM), sendo a análise de conteúdo realizada por meio da utilização de palavras-chave[29] a fim de se identificarem não somente avaliações de tratamento fiscal incerto (TFI) ou menções específicas à ICPC 22, mas principalmente informações não conhecidas pelo Fisco e passíveis de autuação.

Inicialmente, foram elaborados quesitos, organizados sob a forma de questões e ordenados de forma que somente se avançará para a próxima questão se a resposta à questão anterior for positiva. Caso a resposta seja negativa, haverá um resultado de análise específico

27 A B3 é uma das principais empresas de infraestrutura de mercado financeiro no mundo, com atuação em ambiente de bolsa e de balcão.

28 Disponível em <https://www.gov.br/cvm/pt-br>. Acesso em 28 de maio de 2022.

29 Palavras-chave: "Incert" (radical relacionado às palavras: incerto, incerta, e incerteza), "ICPC" (referência ao ICPC 22), "IFRIC" (referência ao IFRIC 23, da qual se originou o ICPC 22), "tribut" (radical de tributo, e tributários)", "IRPJ" e "CSLL".

dentre cinco possíveis. As questões são: (1): Há menção específica às orientações contidas no ICPC 22?; (2): Há informação sobre TFI com probabilidade de não ser aceito pelo Fisco?; (3): Os TFI informados de acordo com a questão anterior se presumem desconhecidos pelo Fisco?; (4): Há identificação e detalhamento dos TFI que se presumem desconhecidos pelo Fisco? Já os resultados são: (1) Não há informação sobre orientações contidas no ICPC 22; (2) Não há informação sobre TFI com probabilidade de não ser aceito pelo Fisco; (3) Os TFI se presumem desconhecidos pelo Fisco; (4) Não há informação detalhada de TFI desconhecidos pelo Fisco; e (5) Há informação detalhada sobre TFI desconhecida pelo Fisco.

A partir desses quesitos foram lançadas no quadro seguinte respostas positivas, com o registro "sim" (s), ou negativas, com o registro "não (n), para cada uma das DFC analisadas.

Quadro 1 - Conteúdo Informativo sobre TFI em Demonstrações Contábeis

Entidade	Há menção a TFI segundo orientações do ICPC 22?			Informou se não é provável a aceitação de TFI pelo Fisco?			Os TFI presumem-se desconhecidos pelo Fisco?			Detalhou os TFI desconhecidos pelo Fisco?		
	2019	2020	2021	2019	2020	2021	2019	2020	2021	2019	2020	2021
1	s	s	n	n	n	n	n	n	n	n	n	n
2	s	s	s	n	n	n	n	n	s	n	n	n
3	s	n	n	n	n	n	n	n	n	n	n	n
4	s	n	n	n	n	n	n	n	n	n	n	n
5	s	n	n	s	n	n	n	n	n	n	n	n
6	s	s	s	s	s	s	n	n	n	n	n	n
7	s	s	s	n	n	n	n	n	n	n	n	n
8	n	n	n	n	n	n	n	n	n	n	n	n
9	s	n	n	n	n	n	n	n	n	n	n	n
10	n	s	s	n	n	n	n	n	n	n	n	n

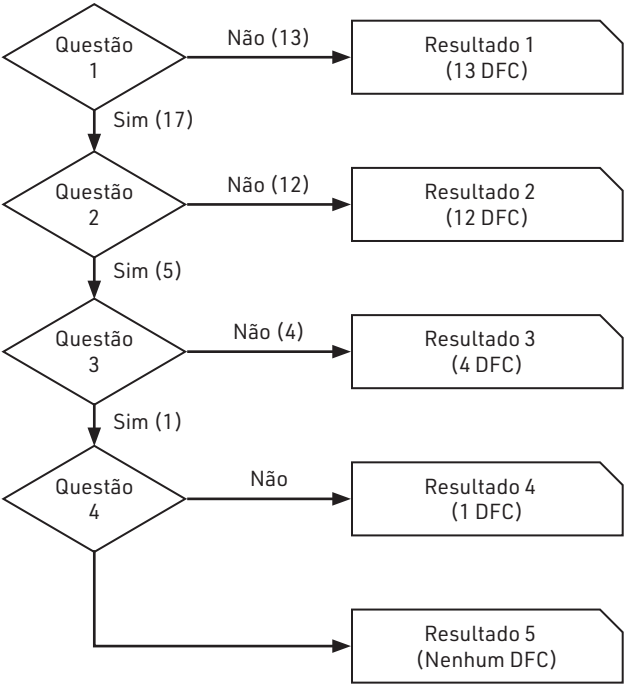
Fonte: elaboração própria. Fonte dos dados: site da CVM (www.cvm.gov.br)

Como resultado, verifica-se que não houve menção a tratamentos fiscais incertos nos moldes do ICPC 22 em dezessete das trinta DFC analisadas, sendo que uma empresa não fez referência a essa instrução em nenhum dos anos analisados. Destas dezessete DFC, apenas em cinco há informação sobre a possibilidade de incertezas não serem aceitas pelo Fisco, situações que em verdade não ficaram muito claras pela forma como foram expostas nos relatórios. Importante registrar

que há informações que, embora tenham sido informadas como possíveis de serem aceitas pelo Fisco, tratam de matérias questionadas em processos administrativos e judiciais (situações típicas de reconhecimento em contingências passivas ou em provisões), e portanto, já de conhecimento pelo Fisco. Ao final, somente em uma DFC se verificou a possibilidade de existência de TFI desconhecido pelo Fisco, mas sem informação e nem detalhamento sobre a matéria que constitui os tratamentos fiscais incertos que a entidade alega existir, pois somente foram apresentados valores que os totalizam.

O fluxograma abaixo apresenta a ordem das questões e os cinco resultados possíveis para cada demonstração financeira analisada, e sintetiza o resultado da análise das 30 DFC.

Fluxograma 1: Algoritmo de Análise e Resultado



Fonte: Elaboração própria.

Conclui-se, a partir dessa análise, que, de fato, dificilmente as incertezas correspondentes a fatos ainda não conhecidos e questionáveis pelo Fisco serão divulgadas pelas entidades, seja por receio da ação do Fisco, seja por não adoção de práticas incertas, o que retira a efetivi-

dade da medida introduzida pelo ICPC 22, uma vez que as incertezas referentes a discussões administrativas e judiciais já são informadas como contingências quando há remota probabilidade de perda, ou, ainda que esta seja provável, se a estimativa não é confiável.

7. DEMAIS INSTRUMENTOS DE TRANSPARÊNCIA FISCAL

Outro instrumento de transparência que merece alusão, embora poucas grandes empresas venham se utilizando para comunicação com os investidores e a sociedade em geral, são os denominados Relatórios de Transparência Fiscal (*Tax Transparency Report*), com conteúdo no qual reforçam os seus valores e compromissos com a ética, divulgam as estratégias da entidade, os montantes que foram objeto de arrecadação, apresentam comparativos com dados tributários decorrentes das presenças, por meio de filiais, sucursais e controladas em outro países, além de demais informações prestadas, em regra, de forma genérica e agregada.

Esses relatórios possuem um conteúdo importante, mas, são facultativos e não são muitos, além de não apresentarem informações específicas sobre atos e negócios que possam ser de interesse do Fisco, mesmo porque o público-alvo é outro.

8. CONCLUSÃO

Conforme pode-se ver, há muito o que avançar em termos de transparência, e, para isso, fundamental que haja a construção de uma boa relação entre Fisco e contribuinte. Nesse ponto, não somente o Estado, mas também as grandes empresas, em razão da forte influência econômica e política na agenda social possuem a responsabilidade de atuar proativamente na redução de conflitos tributários. Afinal essa responsabilidade não se resume apenas a questões de governança, ambiental e social, mas também se aplica em matéria fiscal, uma vez que os tributos são a principal fonte de recursos para a sustentabilidade do Estado, e por conseguinte, da sociedade. Daí porque muito se fala em Responsabilidade ESG + T (de *tax*).

A falta de informações oportunas, abrangentes e relevantes sobre estratégias agressivas de planejamento tributário é um dos principais desafios enfrentados pelas autoridades fiscais em todo o mundo, embora muitos países já estejam na dianteira desse processo em relação

ao Brasil. O acesso antecipado a essas informações oferece a oportunidade de resposta efetiva aos riscos tributários por meio de avaliações preliminares criteriosas com o direcionamento para abertura de procedimentos fiscais somente para as situações que se revelem ilícitas, reduzindo-se assim o número de procedimentos que resultam em lançamentos controversos.

Contudo, como visto, o receio pelo suposto uso abusivo destas informações pelo Estado cria uma barreira real de acesso à verdade material, fato esse que termina muitas vezes por aumentar os conflitos em função de lançamentos fiscais com base em fatos que somente são inteiramente revelados, ou pelo menos narrados sob a ótica dos contribuintes, quando instaurados os processos administrativos.

Portanto, seja para imprimir maior efetividade às ações do Fisco, seja pela busca da verdade material da relação jurídico-tributária, seja pela redução do número de conflitos fiscais, necessário se faz o prévio conhecimento pelas autoridades fiscais dos planejamentos tributários que possam não ser aceitos como tipicamente elisivos, antes mesmo de iniciado determinado procedimento fiscal. Para isso, contudo, também se torna necessária a construção de uma proteção contra ações indevidas do Fisco a fim de se garantir a segurança de que as informações prestadas serão cuidadosamente tratadas com a observância de procedimentos criados para esse fim.

Daí entende-se que, apesar da importante discussão sobre os limites do planejamento abusivo que se acentuou com o julgado da ADI nº 2446, e que reclama pela criação de critérios para separação entre o lícito e o ilícito, não se pode esquecer da necessária divulgação antecipada de planejamentos tributários para que os aplicadores da norma em sede de atividade administrativa, e não somente de julgamento, possam em tempo hábil compreender melhor os planejamentos tributários complexos em procedimento prévio com espontaneidade do contribuinte preservada.

Nesse sentido, defende-se aqui uma abordagem equilibrada de responsabilidade, tanto do Estado como dos contribuintes de grande porte, motivo pelo qual não se deve abandonar a ideia de uma regra de divulgação de planejamentos tributários potencialmente abusivos. Mais que uma ideia, urge que essa iniciativa seja tomada, no ensejo do movimento internacional, pelos Fiscos em conjunto com representan-

tes das grandes corporações empresariais brasileiras, dada a responsabilidade que possuem e que lhes impõe o dever de transparência.

A criação de uma declaração de planejamentos tributários pode, inclusive, servir de instrumento para auxiliar na construção de procedimentos que contemplem no seu bojo o rito de análise dos atos e negócios jurídicos praticados, e a decisão quanto à finalidade dissimulatória (ou não) da ocorrência do fato gerador, em uma estrutura com critérios de aferição de licitude pré-definidos, incentivos e salvaguardas que garantam a necessária proteção contra o uso indevido dessas informações por parte da administração tributária. Tais procedimentos, por certo, trariam efetividade à norma geral antielisiva.

Não se pode mais tolerar que o discurso do medo de uso abusivo de informações por parte do Estado paralise projetos de avanços em direção a uma visão única, nítida e cristalina dos fatos que possam trazer repercussão tributária. Afinal planejamentos lícitos, cuja importância para economia das empresas aqui não se discute, não necessitam de opacidade para que sejam protegidos de ações do Fisco, mas sim, pelo contrário, de transparência para que sejam conhecidos e legitimados como forma de proteção contra as ações do Fisco.

Na linha das ideias de Jeffrey Owens[30], para alcançar esse objetivo, é fundamental uma comunicação mais eficaz e transparente entre o fisco e os contribuintes, construindo uma relação de confiança mútua. Apesar dos desafios iniciais dessa mudança, os benefícios esperados são significativos: mais segurança jurídica para ambos, redução de custos operacionais, menos conflitos e aumento da credibilidade das empresas multinacionais perante a sociedade.

---

30 Nas palavras de Owens: "*All of this will require developing a more constructive and open dialogue between tax administrations and taxpayers and a relationship which is built on trust. Even though the transition to this new type of relationship may be difficult, the outcome should be greater certainty for business and government, lower compliance and administrative costs, less disputes and a regaining of public trust in MNEs*" . Revista da Receita Federal: estudos tributários e aduaneiros, Brasília-DF, v.1, n.2, p. 49, jan./jul. 2015. Disponível em: < https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2019/12/Tax-Transparency.pdf>. Acesso em 29 de jun. de 2022.

editoraletramento
editoraletramento.com.br
editoraletramento
company/grupoeditorialletramento
grupoletramento
contato@editoraletramento.com.br
editoraletramento

casadodireito
editoracasadodireito.com.br
casadodireitoed
casadodireito@editoraletramento.com.br

GRUPO ED.
LETRAMENTO