



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Larissa Ariane Paiva Franco e Coura

**OPERAÇÕES DE REESTRUTURAÇÃO
EMPRESARIAL E PLANEJAMENTO
FISCAL**

**Dissertação no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos do Mestrado em Direito,
com especialização na área de Ciências Jurídico-Políticas/Menção em
Direito Fiscal, orientada pelo Professor Doutor José Casalta Nabais,
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.**

Outubro de 2021



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Larissa Ariane Paiva Franco e Coura

**OPERAÇÕES DE REESTRUTURAÇÃO
EMPRESARIAL E PLANEJAMENTO FISCAL**

**BUSINESS RESTRUCTURING OPERATIONS
AND TAX PLANNING**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), com especialização na área de Ciências Jurídico-Políticas / Menção em Direito Fiscal, orientada pelo Professor Doutor José Casalta Nabais.

Coimbra, 2021

AGRADECIMENTOS

Agradeço, à Deus por ter abençoado e iluminado o meu caminho até aqui, tendo em vista que por muitas vezes a ele recorri nos momentos de aflição, e graças a ele consigo concluir mais essa etapa da minha vida.

Agradeço à minha mãezinha, Dorinha, por ser a maior expressão de amor, de admiração, de resiliência, de força e de determinação que eu possuo. Por não medir esforços para realizar os meus sonhos, por me ensinar a ser a pessoa que sou hoje e dar o meu melhor todos os dias, por me permitir viver uma das melhores e maiores experiências da minha vida. Eu nunca terei palavras para lhe agradecer o tanto que você faz por mim todos os dias.

Agradeço ao meu namorado, Matheus, por todo o carinho, amor, afeto e compreensão, por acreditar em mim, por apoiar todos os meus sonhos e por não sair do meu lado nem mesmo por um segundo. Se hoje estou aqui, é pelos 11 anos juntos que me motivam a ser uma pessoa melhor, a cada dia, ao seu lado.

Agradeço aos meus melhores amigos, que tanto me auxiliaram nessa caminhada, Natália, Raiane, Silvana e Bruno, por segurarem a minha mão mesmo quando os dias não eram dos melhores e por acreditaram sempre no meu potencial e no meu sucesso.

Agradeço também ao ilustre e distinto Professor Mestre Renato Armanelli Gibson, por quem tenho profunda admiração, por todo incentivo, apoio e carinho dispensados à minha pessoa, que desde o início me motivou na realização do mestrado em Portugal e que sempre me encoraja nos caminhos acadêmicos e profissionais.

E agradeço ao meu insigne orientador, Professor Doutor José Casalta Nabais, pelo brilhantismo, pela paciência e pelas sábias considerações e ensinamentos durante o meu trajeto no mestrado em direito pela Universidade de Coimbra, tanto nas salas de aula quanto no desenvolvimento destes trabalhos.

RESUMO

Em um cenário de mercado econômico cada vez mais competitivo, as empresas buscam sempre se reinventar na tomada de decisões, de modo a maximizar a obtenção de lucros e minimizar os seus custos. Buscando conferir um ambiente neutro, de modo a não impedir a prática, mas também não incentivar decisões neste sentido, alguns Estados conferem algumas prerrogativas por meio de um regime especial de tributação – o Regime da Neutralidade Fiscal - a algumas operações de reestruturação empresarial, de modo que a reorganização estrutural dos negócios possa acontecer sem onerar suficientemente as sociedades envolvidas. De todo modo, no intuito de evitar condutas evasivas ou elusivas, ainda são previstas pelos ordenamentos jurídicos estudados normas antiabuso (de caráter geral ou especial) no combate do planejamento tributário agressivo e abusivo, se prestando o presente trabalho a analisar se é possível, neste contexto, se alcançar uma economia fiscal legítima, isto é, se é possível o planejamento tributário lícito através da realização de uma operação de reestruturação empresarial.

Palavras-chave: operações de reestruturação empresarial; planejamento fiscal; regime da neutralidade fiscal; normas antiabuso.

ABSTRACT

In an increasingly competitive economic market scenario, companies always seek to reinvent themselves in decision making, so as to maximize profits and minimize their costs. Seeking to confer a neutral environment, so as not to prevent the practice, but also not to encourage decisions in this sense, some states confer some prerogatives through a special taxation regime - the tax neutrality regime - to some corporate restructuring operations, so that the structural reorganization of the business can take place without imposing a sufficient burden on the companies involved. In any case, in order to avoid evasive or elusive conducts, anti-abuse rules (of general or special nature) are still provided by the studied legal systems in the fight against aggressive and abusive tax planning. The present work aims to analyze whether it is possible, in this context, to achieve a legitimate tax economy, that is, if it is possible the lawful tax planning through a corporate restructuring operation.

Keywords: corporate restructuring operations; tax planning; tax neutrality regime; anti-abuse rules.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Constitucionalidade (Brasil)
CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Brasil)
CARF – Conselho de Administração de Recursos Fiscais (Brasil)
CGAA – Cláusula Geral Antiabuso
CIRC – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (Portugal)
COSIT – Coordenação-Geral de Tributação (Brasil)
CPPT – Código de Procedimentos e Processo Tributário (Portugal)
CSC – Código das Sociedades Comerciais (Portugal)
CSLL – Contribuição Sobre Lucro Líquido (Brasil)
CTN – Código Tributário Nacional (Brasil)
EBF – Estatuto dos Benefícios Fiscais (Portugal)
EIRELI – Empresário Individual de Responsabilidade Limitada (Brasil)
ICMS – Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (Brasil)
IMT – Imposto Municipal sobre Transmissão Onerosas de Imóveis (Portugal)
IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados (Brasil)
IR – Imposto de Renda (Brasil)
IRC – Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (Portugal)
IRPJ – Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (Brasil)
IRS - Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (Portugal)
IS – Imposto de Selo (Portugal)
ITBI – Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (Brasil)
LGT – Lei Geral Tributária (Portugal)
MERCOSUL – Mercado Econômico do Sul
OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento
RGIT – Regime Geral das Infrações Tributárias (Portugal)
RIR – Regulamento do Imposto de Renda (Brasil)
S/A – Sociedade Anônima
STA – Supremo Tribunal Administrativo (Portugal)
STF – Supremo Tribunal Federal (Brasil)
STJ – Superior Tribunal de Justiça (Brasil)
TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	3
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	5
INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 - OPERAÇÕES DE REESTRUTURAÇÃO EMPRESARIAL.....	10
1.1 - Conceito.....	10
1.2 - Contexto histórico	12
1.3 - Espécies das Operações de Reestruturação Empresarial.....	15
1.3.1 - Fusão.....	15
1.3.2 - Cisão	24
1.3.3 – Incorporação	28
1.3.4 - Transformação.....	31
1.3.5 - Entrada de ativos	34
1.3.6 - Permuta de partes sociais.....	36
CAPÍTULO 2 - PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO.....	39
2.1 - O Planejamento tributário.....	39
2.1.1 - Conceito.....	39
2.1.2 - O direito do contribuinte ao planejamento tributário	41
2.2 - Espécies	42
2.2.1 - Planejamento tributário legítimo	42
2.2.2 - Planejamento tributário abusivo	43
2.2.3 - Planejamento tributário agressivo	45
2.3 - Formas de abuso de direito e crimes contra a ordem tributária.....	46
2.3.1 - Fraude fiscal	47
2.3.2 - Simulação	48
2.3.3 - Evasão fiscal.....	49
2.3.4 - Elusão fiscal.....	50
2.3.5 - Elisão fiscal	51

CAPÍTULO 3 - O REGIME DA NEUTRALIDADE FISCAL	53
3.1 - Conceito.....	53
3.2 - Diferenças entre o Regime especial da Neutralidade Fiscal e o Regime Geral de Tributação	55
3.3 - Efeitos do Regime da Neutralidade Fiscal nas operações de reestruturação empresarial em Portugal	57
3.3.1 - Diferimento da tributação das mais-valias	57
3.3.2 - Transmissão de prejuízos fiscais	60
3.3.3 - Transmissão dos benefícios fiscais e dedutibilidade dos gastos de financiamento.....	62
3.3.4 - Outros benefícios concedidos por Portugal.....	62
3.4 - Prerrogativas concedidas pelo Brasil às operações de reestruturação empresarial	63
3.4.1 – Possibilidades de isenções tributárias	63
3.4.2 – Diferimento da tributação às sociedades tributadas pelo lucro real.....	64
3.4.3 – Transmissão de incentivos e benefícios fiscais às incorporações.....	65
3.4.4 – Transmissibilidade de prejuízos fiscais	65
3.5 - Hipóteses de inadmissibilidade do Regime da Neutralidade Fiscal	66
 CAPÍTULO 4 – ABUSOS E LIMITES AO REGIME DA NEUTRALIDADE FISCAL: AS NORMAS ANTIABUSO	 68
4.1 - Normas antiabuso: Conceito e efeitos sobre as operações de reestruturações empresariais evasivas ou fraudulentas	68
4.2 - Espécies	70
4.2.1 - Normas Gerais Antiabuso.....	70
4.2.2 - Normas Especiais Antiabuso.....	72
4.3 - As razões económicas válidas	74
4.4 - A motivação fiscal nas operações de reestruturação empresarial	76
4.5 - A possibilidade (ou não) de um planeamento tributário lícito a partir das operações de reestruturação empresarial apontadas	78
 CONCLUSÃO	 79
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	81
JURISPRUDÊNCIA CITADA.....	88

INTRODUÇÃO

As operações de reestruturação empresarial, no cenário globalizado, são de suma importância para a manutenção, sobrevivência e expansão das empresas. Dizemos isso porque, além de promover o mercado e a economia aquecidos, com a geração de empregos e a circulação de bens e mercadorias, as medidas de reorganização também têm impacto na concorrência das empresas, o que garante a otimização e a precificação dos bens que são disponibilizados nos mercados de consumo.

Ressaltamos que as motivações para a realização de uma reorganização dos negócios podem ser as mais variadas possíveis, dentre as quais podemos citar, a título de exemplo, as razões econômicas, societárias, empresariais, administrativas e, até mesmo, as fiscais.

Sucedem que os custos tributários que tais operações envolvem acabam, muitas vezes, por desestimular a realização de uma reestruturação empresarial. Isso possui impacto em toda a economia de mercado de um país (e, indiretamente, a nível global), justamente porque impede o crescimento e a expansão dos setores que sustentam e geram receitas aos cofres públicos.

Diante desse cenário, foi entendida a necessidade de se criar mecanismos tributários que não inviabilizem a realização de tais reorganizações, mas, do mesmo modo, que não incentivem a prática de tais atos quando forem adotados visando, única e exclusivamente, a diminuição da carga tributária com prejuízo ao erário.

Deste modo, Portugal e Brasil, países que serão objeto de estudo no presente trabalho, criaram mecanismos que visam a regulamentação tributária de referida matéria, constituindo, por exemplo, um Regime de Neutralidade Fiscal - como é o caso do ordenamento português -, cujas peculiaridades serão evidenciadas em detalhes nos próximos tópicos.

Ademais, será estudada a possibilidade ou não de que tais operações sejam utilizadas como forma de planejamento tributário, a partir da análise do direito comparado de cada ordenamento jurídico, o que permitirá o exame das diversidades, similaridades e pontos positivos na implementação do sistema fiscal que ampara, mas não incentiva, a realização das reestruturações empresariais.

Portanto, no capítulo 1, serão abordadas as estruturas conceituais, históricas e as modalidades das principais operações de reestruturação empresarial que serão objeto de

estudo, assim como o que o ordenamento jurídico brasileiro e português têm de regulamentação sobre o tema. No capítulo 2, serão tratados aspectos fiscais em geral, tais como as nuances do planejamento tributário, onde serão melhor especificadas as formas de evasão, elusão e elisão fiscal. No capítulo 3, serão estudadas as peculiaridades, limites, manifestações e espécies do Regime da Neutralidade Fiscal, fazendo um comparativo com o Regime Geral Tributário. Por fim, no Capítulo 4, será realizado um juízo crítico, com a apreciação global de todo conteúdo estudado, com enfoque para as violações cometidas pelos contribuintes na aplicação do Regime da Neutralidade Fiscal, que implicam no abuso de direito e em crimes contra a ordem tributária, cujas condutas são repelidas por meio das normas antiabuso.

CAPÍTULO 1 - OPERAÇÕES DE REESTRUTURAÇÃO EMPRESARIAL

1.1 - Conceito

No dicionário Michaelis¹, a palavra ‘reestruturar’ possui como significado: “dar nova estrutura a; tornar a organizar, inserindo novos elementos; recompor, reorganizar”. Em consonância à esta definição, Vicente Salas Fumás² leciona que a reestruturação de uma empresa, “*portanto, refere-se a modificações de seus elementos relativamente mais permanentes*” (tradução nossa).

Assim, iniciamos o trabalho elucidando que a reestruturação empresarial, também denominada como ‘operação de reorganização das empresas’, é o fenômeno pelo qual uma ou mais empresas remodelam suas estruturas internas e externas, como formas de melhorar a sua gestão, sobreviver ao mercado econômico e/ou expandir os seus negócios. Ademais, são ponderados os fatores de produtividade e eficiência, de forma que a empresa se torne ainda mais lucrativa e interessante aos sócios e acionistas.

Nas palavras de Domingos Ferreira³, a reestruturação constitui “*um fenômeno de crescente popularidade baseado no facto de proporcionarem um caminho mais rápido e aparentemente mais seguro para atingir os objectivos de crescimento e diversificação*”.

¹ Dicionário on-line Michaelis (2014). Reestruturar. Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=reestruturar>>. Acesso em: 22 fev. 2021.

² Salas Fumás, Vicente, et. al (2010). *Transmisiones de empresas y modificaciones estructurales de sociedades*. (La reestructuración de empresas: análisis desde la economía de la empresa y los mercados) (Cap. 1). 1ª. ed. Bosch: Barcelona, p. 36.

Texto original: “*La reestructuración de la empresa remite, por tanto, a modificaciones de sus elementos relativamente más permanentes*”.

O mesmo autor (Salas Fumás, Vicente, Op. cit, p. 36) ainda explica que a alteração na estrutura organizacional da empresa pode envolver três características basilares, a saber: fronteiras horizontais (escala de produção e número de variedades de produtos-mercados onde está presente), fronteiras verticais (recursos não humanos que possui no estabelecimento, etapas do processo produtivo que se realizam dentro dos limites de autoridade que confere a ostentação dos direitos de propriedade da empresa: o que se fabrica, o que se compra, em que alianças se participa ...) e a organização interna (definição de funções laborais, mecanismos de coordenação e motivação) (tradução nossa).

Texto original: “*Los rasgos estructurales de la empresa incluyen las fronteras horizontales (escala de producción y número de variedades de productos-mercados donde está presente), las fronteras verticales (recursos no humanos que posee en propiedad, etapas del proceso productivo que se realizan dentro de los límites de autoridad que confiere la ostentación de los derechos de propiedad de la empresa: qué se fabrica, qué se compra, en qué alianzas se participa...) y la organización interna (definición de puestos de trabajo, mecanismos de coordinación y motivación)*”.

³ Ferreira, Domingos (2017). *Fusões, aquisições, cisões e outras reestruturações de empresas*. Vol. 1. [S.l.]: Rei dos Livros, p. 187

Além do mais, referido autor ainda esclarece que a modificação estrutural das empresas ou de seus negócios é, na maioria das vezes, justificada pela incapacidade das instituições, em determinado momento, de corresponder aos valores de mercado que por ela são esperados pelos seus acionistas ou sócios e partes interessadas (clientes, fornecedores, empregados, etc.)⁴.

Para Lázaro *et. al*⁵, essas operações são comumente compreendidas como necessárias à manutenção da competitividade, sendo, ao mesmo tempo, motivo de preocupação no que diz respeito ao monopólio do setor e pelos riscos que tal empreendimento pode gerar nos consumidores. Além disto, faz-se necessária a regulamentação jurídica e legalista sobre o assunto, uma vez que a reestruturação empresarial, a depender da forma e dos objetivos com que é executada, pode obstruir a livre concorrência e trazer sérios prejuízos à economia e ao mercado financeiro mundial⁶.

Importa consignar, ainda, que as operações de reorganização negocial se tratam de procedimentos complexos, cujos termos e condições, via de regra, são amplamente negociados. Para Bruna Lopes *et. al*⁷, “a complexidade se deve às várias nuances das múltiplas matérias envolvidas no processo, conferindo alto grau de interdisciplinaridade às operações. Já a flexibilidade decorre da inexistência de procedimento específico, cogente, (...) permitindo às partes estruturá-las de formas que melhor lhes aprouver, sendo observadas, minimamente, as regras [gerais relativas aos ordenamentos jurídicos envolvidos]”.

Para mais, salientamos que existem inúmeras espécies da aludida operação de reestruturação empresarial, baseadas em decisões com os mais variados objetivos, sendo certo destacar aquelas motivadas na ampliação e modernização (ex.: fusões e aquisições) ou na diminuição e reformulação (ex.: cisão, transformação e alienações) dos negócios⁸.

Por fim, cumpre esclarecer que o estudo e compreensão do instituto em foco se faz de suma importância no mundo jurídico, especialmente em razão do tratamento fiscal

⁴ Ferreira, Domingos (2017), *Op. cit.*, p. 428.

⁵ Lázaro, Carlos; Oliveira, José Manuel; & Kroon, Nanja (2014). *Dissolução, liquidação, fusão e cisão de sociedades comerciais (aspectos contabilísticos e fiscais)* (p. 101). Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, p. 101.

⁶ Tapia Frade, Antonio D. (2019). *La Fusión transfronteriza de sociedades anónimas en derecho español y europeo*. 1ª ed. Civitas: Navarra, p. 67.

⁷ Lopes, Bruna Luiza Tarnovski *et. al* (2016). *Estudos aplicados de Direito Empresarial*. Coord.: Ana Cristina Kleindienst. São Paulo: Almedina, p. 144.

⁸ Ferreira, Domingos (2017), *Op. cit.*, p. 238.

diferenciado conferido por alguns Estados a determinados tipos de reorganização, já que os objetivos pelos quais elas são realizadas podem ser desvirtuados e fraudados pelo contribuinte ao visar benefícios além dos previstos em lei, bem como pelo impacto que as reestruturações podem causar na economia de um país ou a nível mundial.

1.2 - Contexto histórico

Ao que tudo indica, é provável que as operações de reestruturação empresarial sejam tão pretéritas quanto a origem das próprias empresas⁹, uma vez que os interesses mercantis sempre foram marcados pela expectativa de sobrevivência e expansão.

Num sentido mais amplo, Lázaro *et. al*¹⁰ confirmam que os fenômenos empresariais de reorganização dos negócios não são recentes, apesar de serem sempre atuais, já que “*a entrada e saída de empresas dos mercados e os movimentos de aglomeração ou fragmentação continuam a ter impacto nas condições de concorrência e nas relações com todos os parceiros econômicos, sociais e institucionais (...)*”.

De todo modo, é unânime entre os autores que a manifestação mais expressiva das operações de reestruturação empresarial no cenário global e, até mesmo, no ordenamento jurídico interno de muitos países, ocorreu por volta dos anos de 1980 e 1990¹¹. Isso se deu, especialmente, em decorrência da expansão do capitalismo em sua terceira fase (chamada

⁹ Molina, Elda; & Ernesto, Victorero (2018). *Las fusiones y adquisiciones en la actualidad*. Centro de Investigaciones de Economía Internacional. La Habana, p. 4.

¹⁰ Lázaro *et al.* (2010), *Op. cit.*, p. 101 e ss.

¹¹ Nesse sentido, ver: Rego, Raquel (2017). Reestruturação empresarial em Portugal durante a crise. *Anarquismo, Trabalho e Sociedade - Livro em homenagem a João Freire*. Coimbra: Edições Almedina, pp. 387-414; Elda Molina e Ernesto Victorero (2018), *Op. cit.*, p. 4; Camargos, Marcos Antônio de (2008). *Fusões e aquisições de empresas brasileiras: criação de valor, retorno, sinergias e riscos*. Belo Horizonte: Centro de Pós-Graduação e Pesquisas em Administração, p. 39.

de capitalismo financeiro¹²), bem como por fatores impulsionados pela globalização¹³, tais como a evolução tecnológica, a elevada concorrência internacional e a alta taxa de urbanização. Não bastasse isso, este período foi marcado pela junção dos bancos (instituições financeiras) com as empresas, na expectativa de maior prospecção de lucros.

Portanto, verifica-se que o cenário mundial, à época, foi caracterizado pelo acúmulo e pela concentração de capitais¹⁴, que, mediante o surgimento de empresas multinacionais e transnacionais, colaborou para o monopolismo de alguns setores no mercado. Ademais, apesar de o crescimento interno da empresa ser algo positivo a se considerar nos anos 90, as medidas implementadas neste âmbito eram obtidas por resultados muito longínquos¹⁵, o que favoreceu para a integração das economias de larga escala e das operações de reestruturação envolvendo empresas nacionais e estrangeiras.

No que compete ao Brasil, percebe-se que o aumento nas realizações de reestruturações empresariais também ocorreram de forma expressiva por volta dos anos 90, quando o governo do então presidente Fernando Collor adotou uma série de políticas internas e externas que permitiram a abertura do mercado econômico, a saber: o controle da inflação (com a estabilização da moeda), a abertura e ampliação de crédito, redução de tarifas de importação e exportação¹⁶, privatizações¹⁷, entre outros.

¹² O capitalismo financeiro, nas palavras de Oséias Ferreira e Zuleica Vicente, correspondeu a “*um processo de mundialização da economia, no qual o capital financeiro tem se expandido muito além dos limites nacionais, ocasionando a desregulamentação das economias locais em detrimento de uma acumulação constante em escala mundial*”. Ademais, para estes autores, a “*nova configuração do capitalismo*” corresponde a “*sua versão neoliberal, financeirizada e globalizada*”. (Soares Ferreira, Oséias; & Vicente, Zuleica Cristina Mizael [2016]. *Capitalismo financeiro, globalização e transformações no mundo do trabalho*. Pensar Acadêmico, Manhuaçu, v. 14, n. 2, p. 137-142, jul. / dez., p. 138 e 139). Para mais desdobramentos acerca do assunto, ver: Catani, Afrânio Mendes (1989). *O que é capitalismo*. Editora Brasiliense. Coleção Primeiros Passos, 28ª ed. São Paulo: 1989, p. 47 e ss. (cuja fase, para este autor, é denominada de ‘capitalismo tardio’).

¹³ Para Ilona Kovács, a forte influência da lógica financeira, neste período, fez com que as empresas fossem impulsionadas a procurar rentabilidade em um breve espaço de tempo. (Kovács, Ilona [2003]. *Reestruturação empresarial e emprego*. Florianópolis: Perspectiva, v. 21, nº 2, pp. 472 e 487).

¹⁴ A esse respeito: “*El paulatino crecimiento reclama las consiguientes necesidades de capital para atender las inversiones productivas. Se desarrolla la denominada economía financiera, con sus instituciones y mercados. Las empresas emiten acciones y bonos, como fuentes de financiación, y adquieren unidades económicas*” (Manzano, José Daniel Sánchez [2005]. *Fiscalidad de las operaciones de reestructuración empresarial. Fusiones, escisiones, aportaciones no dinerarias y canje de valores*. [S.l.]: Editorial de la Universidad de Granada, p. 3).

¹⁵ Molina, Elda; & Victorero, Ernesto (2018), *Op. cit.*, p. 4.

¹⁶ Magalhães, Luís Carlos G., *et. al* (2003). *Estratégias empresariais de crescimento na indústria farmacêutica brasileira: investimentos, fusões e aquisições, 1988-2002*. Texto para discussão nº 995. Brasília: Instituto de Pesquisa e Economia Aplicada (IPEA), pp. 7 e 15.

¹⁷ Linke, Ivanete (2006). *Reestruturação Societária*. CAP Accounting and Management, n. 1, ano 01, vol. 1., p. 59. Para mais desdobramentos sobre o assunto, ver: Filho, Pascoal José Marion; & Vieira, Gisele Magalhães (2010). *Fusões e aquisições (F&A) de empresas no Brasil (1990-2006)*. Revista Administrativa UFSM, Santa Maria, v. 3, n. 1, jan. / abr., p. 109-130.

Até então, o governo brasileiro adotava uma política de mercado muito fechada e protecionista, de maneira a sustentar a economia interna. Em razão dos acontecimentos no cenário mundial, entre eles o fim da Guerra Fria, da União Soviética e do mundo bipolar, o Brasil teve de se reposicionar no plano internacional, oportunidade em que o governo Collor empenhou uma série de medidas (supracitadas) para a inserção do país no mercado mundial¹⁸.

Outro fator de suma importância para a inserção do Brasil no plano internacional foi a criação, em 1991, conjuntamente com Argentina, Paraguai e Uruguai, do bloco econômico MERCOSUL (Mercado Comum do Sul), que facilitou, essencialmente, as importações e exportações entre estes países, e estimulou a expansão das empresas e o aumento de suas competitividades. A propósito, Pascoal Filho e Gisele Vieira¹⁹, salientam que o número de operações de reestruturação empresarial transfronteiriças ocorridas no Brasil no final do século XX e início do século XXI superam, em muito, as modificações negociais empenhadas em âmbito doméstico, o que contribuiu para a mais abrangente internacionalização da economia e das empresas brasileiras.

Em Portugal, as modificações estruturais das empresas foram mais propagadas na sequência das nacionalizações e graças às inúmeras privatizações ocorridas em meados dos anos 70 a 80, sendo ainda mais expressivas nas décadas seguintes²⁰. Inclusive, no ano de 1990 foi promulgada a Diretiva 90/434/CEE do Conselho, que tinha por escopo definir o regime fiscal comum que seria aplicado às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de ações entre os Estados-membros da União Europeia²¹. Aliás, uma interessante observação que faz a doutrinadora Manuela Duro Teixeira²² é que, até o momento citado, muitos países preferiram adotar uma postura relativa com relação às operações de reestruturação, regulamentando o tema primeiramente no campo fiscal (como muito ocorreu no caso das cisões empresariais), para, só num segundo momento, normatizar o instituto dentro do direito empresarial.

¹⁸ Sallum Jr., Brasílio (2011). *Governo Collor: O Reformismo Liberal e a Nova Orientação da Política Externa Brasileira*. Rio de Janeiro: DADOS - Revista de Ciências Sociais, vol. 54, nº 2, pp. 259-288.

¹⁹ Filho, Pascoal José Marion; & Vieira, Gisele Magalhães (2010), *Op. cit.*, p. 109.

²⁰ Vasconcelos, Joana. *A Cisão das Sociedades*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2001, p. 30.

²¹ Teixeira, Duro Manuela (2006). *A cisão no Direito português*. Lisboa: O Direito, ano 138º, nº III, (593-660), p. 596.

²² Teixeira, Duro Manuela (2006), *Op. cit.*, p. 596.

De acordo Raquel Rego²³, apesar de os movimentos empresariais acima suscitados terem começado a se propagar por volta dos anos de 1970 e 1980, a partir de 1990 é que a literatura científica se dedicou ao tema das reestruturações empresariais, fator esse que pode colaborar para a compreensão de que foi a partir deste ano em diante a eclosão da realização das operações de reorganização e dinamização empresarial. Esta autora ainda destaca que o sucesso e as decisões pelas operações de reestruturação, principalmente depois dos anos 2000, foram muito impulsionadas pela globalização e, também, pelas mudanças que a União Europeia passava com a criação do euro, pelas crises econômicas e pelo alargamento deste bloco econômico²⁴, época esta marcada por diversos estudos sobre o assunto visando interesses financeiros e políticos.

1.3 - Espécies das Operações de Reestruturação Empresarial

Como o próprio título do trabalho indica, o presente estudo tem por escopo analisar determinados tipos de operações de reorganização empresariais que podem ser utilizadas como meio de planejamento tributário, tendo em vista o benefício de aplicação do Regime da Neutralidade Fiscal (em Portugal) ou de uma série de vantagens tributárias concedidas pela legislação esparsa (no caso do Brasil). Sucede que esta situação tributária diferenciada não é aplicada a todo e qualquer tipo de reestruturação, cabendo à legislação de cada país definir as modalidades específicas a serem beneficiadas por este regime.

Portanto, caberá a nós, neste momento, falar pura e tão somente daquelas operações de reestruturação empresarial que são abarcadas pelo regime especial de tributação nos ordenamentos jurídicos em análise, de modo a entender as suas especificidades e diferenças quanto à regulamentação entre Brasil e Portugal.

1.3.1 - Fusão

²³ Rego, Raquel (2017), *Op. cit.*, p. 389.

²⁴ Rego, Raquel (2017), *Op. cit.*, p. 390.

Fusão é um fenômeno de sucessão empresarial pela qual duas ou mais empresas, independente do formato jurídico adotado, se unem, formando uma nova empresa, que as sucederá em todos os direitos e obrigações.

Nas exatas palavras de Diogo Costa Gonçalves²⁵, é essencial que estejam presentes três elementos básicos para a caracterização da fusão, a saber: “*i) reunião de duas ou mais sociedades numa só; ii) transmissão global do património da sociedade fundida ou incorporada para a nova sociedade ou para a sociedade incorporante; e iii) aquisição da qualidade de sócio nesta última por parte dos sócios das sociedades que se extinguem*”.

Nas lições de Vera Maçã²⁶, as fusões resultam de constantes transformações e evoluções do sistema econômico, quando a empresa individual começou a perder espaço para a empresa coletiva, na modalidade societária. Além do mais, tal autora esclarece que esta operação de reestruturação se trata de um complexo modelo de concentração decorrente da globalização da economia e das empresas, servindo para o mundo dos negócios como forma de acumular ativos na sociedade empresária sem perder a sua individualidade jurídica.

Geralmente, a decisão pela realização da fusão envolve o interesse pela redução dos custos dos negócios, a junção das tecnologias utilizadas por duas empresas distintas, a racionalização dos meios de produção ou a concentração de poder, o aumento da capacidade econômica e o fortalecimento da empresa (buscando, por exemplo, evitar a concorrência).

Dentre as características básicas do instituto em ambos os ordenamentos jurídicos em análise, podemos citar:

- a)** a existência de pelo menos duas sociedades;
- b)** a transferência global e total do patrimônio para a nova sociedade constituída;
- c)** dissolução sem liquidação das sociedades fundidas;
- d)** atribuição de participações societárias da nova empresa aos sócios das sociedades extintas.

²⁵ Gonçalves, Diogo Costa (2009). *Código das Sociedades Comerciais Anotado*. Coord.: António Menezes Cordeiro. Coimbra: Almedina, p. 1351.

²⁶ Maçã, Vera Cristina Antunes Costa da Silva (2010). *Fusões e cisões de Sociedades*. Lisboa: Revista de Direito das Sociedades. A. 2, nº 1/2, p. 406.

De acordo com Domingos Baxe²⁷, esse tipo de operação tem por vantagens: “a) a racionalização da produção e ampliação do mercado para a exportação; b) a adoção dos progressos tecnológicos; c) a reorganização das estruturas económicas empresariais; e d) evitar a concorrência (...)”. Como aspectos negativos das fusões, o mesmo autor aponta o fato de serem processos com altos custos, além de se tratar de operação morosa e com resultados tardios.

Para mais, Vera Maçãs²⁸ esclarece que a fusão difere de outras operações de concentração empresarial especialmente pelo fato de resultar, necessariamente, na extinção de ao menos uma das sociedades envolvidas.

No que concerne à classificação das fusões, percebemos também a subdivisão do instituto em tipos e espécies em ambos os ordenamentos jurídicos.

No cenário português, quanto aos tipos, as fusões são classificadas entre: concentração simples²⁹; combinação³⁰; agregação³¹; e fusão transfronteiriça³². Já quanto às espécies, são divididas em fusão por incorporação³³ (artigo 97, nº 4, alínea ‘a’ do Código das Sociedades Comerciais) e fusão por constituição de nova sociedade³⁴ (artigo 97, nº 4, alínea ‘b’ do Código das Sociedades Comerciais).

²⁷ Baxe, Domingos Salvador André (2010). *A tutela dos direitos dos sócios em sede de fusão, cisão e transformação das sociedades*. Coimbra: Edições Almedina, p. 31.

²⁸ Maçã, Vera Cristina Antunes Costa da Silva (2010), *Op. cit.*, p. 406.

²⁹ Quando a fusão é realizada entre empresas que atuam no mesmo ramo de atividade.

³⁰ Quando as empresas que serão fundidas exploram ramos empresariais semelhantes, mas não idênticos.

³¹ Quando os objetos sociais das empresas fundidas são totalmente desiguais entre si.

³² É aquela que ocorre entre empresas localizadas em territórios ou países distintos.

³³ Ocorre quando todo o patrimônio de uma ou mais sociedades são integrados em outra sociedade, já existente, cabendo aos sócios das sociedades incorporadas (que fora extinta) o direito pela participação social equivalente na sociedade incorporadora (Silva, Amândio; Antunes, João; e Franco, Paula (2010). *Dissolução, liquidação, fusão e cisão de sociedades (aspectos contábeis e fiscais)*. Lisboa: Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas (OTOC), p. 84).

³⁴ Ocorre quando duas ou mais empresas transferem o patrimônio total que possuem para a criação de uma nova empresa, extinguindo-se as empresas fundidas (Nascimento, Esmeralda; e Trabulo, Márcia (2013). *Contratos comerciais e laborais*. Coimbra: Edições Almedina, p.75).

Já no cenário brasileiro, as fusões podem ser classificadas em: horizontais³⁵, verticais³⁶, concêntricas³⁷ e conglomerados³⁸. Além disso, no Brasil, não existe a modalidade de fusão por incorporação, tal qual em Portugal. Ao contrário, no ordenamento brasileiro, existem dois institutos jurídicos distintos, que são a fusão e a incorporação. Apesar de semelhantes em alguns aspectos, ambas as operações possuem regramentos próprios. Assim, no Brasil, a fusão só é realizada para o fim de ser constituída uma nova sociedade.

Com relação à normatização do tema, no âmbito exclusivo do direito empresarial de Portugal, o instituto da fusão é, desde 1986, devidamente antevisto nos artigos 97 a 117 do Código das Sociedades Comerciais (CSC) e decorre de uma transposição da Terceira Directiva (78/855/CEE) ao ordenamento jurídico interno. Nestes artigos, são evidenciadas noções primárias do instituto, bem como as formalidades que devem ser adotadas com a elaboração do projeto de fusão, fiscalização, registo, publicação, convocação da assembleia, direitos societários e dos credores, entre outros. Entre os artigos 117-A ao 117-L, ainda são tratadas, em caráter especial, as regras atinentes às fusões transfronteiriças.

Já no que diz respeito à legislação tributária de Portugal, percebemos que o tema é, atualmente, regulamentado pelo Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (CIRC), em seus artigos 73 a 78, onde é estabelecido o regime especial aplicável a quatro tipos distintos de operações de modificação empresarial, entre eles, a fusão. Essa legislação, inclusive, decorre da transposição da Directiva 90/434/CEE para o ordenamento jurídico português, por meio do Decreto-Lei nº 123/92.

A respeito disso, importa consignar que, segundo lições prestadas por Filipi Silva³⁹, o sistema legislativo de Portugal, primeiramente, optou por distinguir as fusões internas (praticadas em âmbito nacional) das fusões transfronteiriças (realizadas entre empresas

³⁵ Fusão entre empresas que se encontram no mesmo segmento, na maioria das vezes, concorrentes (Grando, Tadeu [2015]. *Fusões e aquisições: um estudo bibliográfico da criação de valor para o acionista*. Revista Innovare, v. 1, n. 1, jan. / dez., Maráu: Editora IFIBE, p. 25).

³⁶ Fusão entre empresas que fazem parte da mesma cadeia produtiva, seja em direção aos fornecedores, seja em direção aos distribuidores (Grando, Tadeu [2015], *Op. cit.*, p. 25).

³⁷ Fusão entre empresas que, apesar de não fornecerem produtos ou prestarem serviços similares, apresentam algum tipo de sinergia (Grando, Tadeu [2015], *Op. cit.*, p. 25).

³⁸ Fusão entre empresas que não possuem atividades empresariais correlacionadas e, portanto, sequer são concorrentes entre si. Neste tipo de fusão, o que se busca é a diversificação do investimento, constituindo-se uma nova sociedade.

³⁹ Lobo Silva, Filipi (2016), *As Operações de Reestruturação Empresarial como Instrumento de Planeamento Fiscal*. Coimbra: Edições Almedina., p. 31.

situadas em países membros distintos), unificando, pouco tempo depois, por meio do Decreto-Lei 6/93, um regramento aplicável a ambos os tipos de operações.

No tocante à transposição da Directiva em Portugal, há que se destacar a abrangência com que o legislador português tratou o tema, vez que considerou que as fusões poderiam adotar 5 (cinco) formatos distintos, superando os 3 (três) indicados pela Directiva supramencionada. Foram eles:

- a)** A transferência global do património de uma ou mais sociedades (sociedades fundidas) para outra sociedade já existente (sociedade beneficiária) e a atribuição aos sócios daquelas de partes representativas do capital social da beneficiária e, eventualmente, de quantias em dinheiro que não excedam 10% do valor nominal ou, na falta de valor nominal, do valor contabilístico equivalente ao nominal das participações que lhes forem atribuídas; *(FUSÃO POR INCORPORAÇÃO)*

- b)** A constituição de uma nova sociedade (sociedade beneficiária), para a qual se transferem globalmente os patrimónios de duas ou mais sociedades (sociedades fundidas), sendo aos sócios destas atribuídas partes representativas do capital social da nova sociedade e, eventualmente, de quantias em dinheiro que não excedam 10% do valor nominal ou, na falta de valor nominal, do valor contabilístico equivalente ao nominal das participações que lhes forem atribuídas; *(FUSÃO POR CONSTITUIÇÃO DE UMA NOVA SOCIEDADE)*

- c)** A transferência global do património de uma sociedade (sociedade fundida) para a sociedade detentora da totalidade das partes representativas do seu capital social (sociedade beneficiária); *(FUSÃO POR INCORPORAÇÃO INTEGRALMENTE DETIDA - SUBSIDIÁRIA)*

- d)** A transferência global do património de uma sociedade (sociedade fundida) para outra sociedade já existente (sociedade beneficiária), quando a totalidade das partes representativas do capital social de ambas seja detida pelo mesmo sócio; (*FUSÃO POR INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADES IRMÃS*)
- e)** A transferência global do património de uma sociedade (sociedade fundida) para outra sociedade (sociedade beneficiária), quando a totalidade das partes representativas do capital social desta seja detida pela sociedade fundida. (*FUSÃO POR INCORPORAÇÃO - FUSÃO INVERSA*).

No tocante à legislação europeia, importa consignar as Directivas do Direito Societário responsáveis por normatizar a matéria das fusões empresariais. Adotando-se uma ordem cronológica, temos, em primeiro lugar, a Directiva nº 78/855/CEE, conhecida como Terceira Directiva do Conselho de 9/10/1978, que, apesar de abordar o tema de maneira superficial, foi importante nas definições das fusões nas Sociedades Anónimas, sendo os direcionamentos destinados a todos os países membros. Já a Sexta Directiva (nº 82/891/CEE), complementa a Terceira, acrescentando o tema das cisões também apenas no âmbito das Sociedades Anónimas, sendo aplicável somente aos países que já a reconheciam em seus respectivos ordenamentos jurídicos.

Há também a Directiva 2005/56/CE, transposta ao direito interno de Portugal por meio da Lei nº 19/2009, que abordou os temas das fusões transfronteiriças, principalmente diante das recorrentes concentrações entre empresas situadas em países membros diversos, implicando na sujeição da legislação interna de vários Estados.

Na sequência, tem-se a Directiva nº 2009/109/CE, de 16/09/2009, que alterou as Terceira, Sexta e Décima Directivas para o fim de simplificar os procedimentos de publicidade nas operações de reestruturação, além de inovar quanto à abordagem de aplicação do regulamento entre sociedades de formato jurídico empresarial diversos e também entre sociedades já dissolvidas.

Por fim, ainda no aspecto societário, temos a Directiva 2011/35/UE, que foi importante para a codificação e acabou por revogar a Directiva 78/855/CEE (em decorrência

das inúmeras alterações pelas quais esta sofreu). Ademais, tal diretriz regulamenta a proteção dos direitos dos sócios e de terceiros ligados à Sociedade Anônima (credores, trabalhadores, etc.), sendo esta última Directiva direcionada exclusivamente às Sociedades Anônimas, ou seja, tal normativo não se aplica a outros formatos jurídico-empresariais distintos deste.

Já em matéria de regulação tributária, temos a Directiva 90/434/CEE, que trata do regime fiscal aplicável às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de ativos e permutas de ações, que foi posteriormente revogada pela Directiva Fusões nº 2009/133/CE em razão de inúmeras modificações sofridas pelo regulamento primordial, de forma a codificar e consolidar os assuntos tratados.

A propósito, tais Directivas estabelecem um regime de tributação especial e diferenciado a ser aplicado em determinados tipos de operações de reestruturação empresarial, objetivando a neutralidade fiscal nesse tipo de transação comercial para, sem estimular a sua prática, também não coibir a sua realização. Nas palavras de Filipi Lobo Silva⁴⁰: “*Com a adoção de regras fiscais neutras teve-se em vista permitir a adaptação das empresas às exigências do mercado interno, o aumento da sua produtividade e o reforço da sua posição concorrencial no plano internacional*”.

Há que se destacar também que a Directiva Fusões, acima indicada, subdivide o conceito de fusões em 3 (três) modalidades, conforme devidamente previsto em seu artigo 2º, a saber:

i) uma ou mais sociedades transferem, na sequência e por ocasião da sua dissolução sem liquidação, o conjunto do activo e do passivo que integra o seu património para outra sociedade já existente, mediante atribuição aos respectivos sócios de títulos representativos do capital social da outra sociedade e, eventualmente, de uma quantia em dinheiro não superior a 10% do valor nominal ou, na ausência de valor nominal, do valor contabilístico desses títulos; (*FUSÃO POR INCORPORAÇÃO*)

ii) duas ou mais sociedades transferem, na sequência e por ocasião da sua dissolução sem liquidação, o conjunto do activo e do passivo

⁴⁰ Lobo Silva, Filipi (2016), *Op. cit.*, p. 29.

que integra o seu património para uma sociedade que constituam, mediante a atribuição aos respectivos sócios de títulos representativos do capital social da sociedade nova e, eventualmente, de uma quantidade em dinheiro não superior a 10% do valor nominal ou, na ausência de valor nominal, do valor contabilístico desses títulos; *(FUSÃO POR CONSTITUIÇÃO DE UMA NOVA SOCIEDADE)*

iii) uma sociedade transfere, na sequência e por ocasião da sua dissolução sem liquidação, o conjunto do activo e do passivo que integra o seu património para a sociedade detentora da totalidade dos títulos representativos do seu capital social. *(FUSÃO POR INCORPORAÇÃO INTEGRALMENTE DETIDA - SUBSIDIÁRIA)*

Tratando-se a fusão de uma modalidade de concentração empresarial, o tema também é previsto no âmbito do Regulamento das Concentrações Comunitárias (Regulamento nº 139/2004), diploma comunitário que visa a proteção da economia de mercado aberto e a livre concorrência. No direito interno, há regulamentação das fusões por meio dos artigos 36 e seguintes da Lei nº 19/2012, que estabelece o regime jurídico da concorrência em Portugal.

Já no que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, o instituto das fusões empresariais é devidamente antevisto no Código Civil (Lei nº 10.406/2002), na Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/1976) e na Lei Antitruste (Lei nº 12.529/2011).

Pela Lei das S/A, temos, nos artigos 223 e seguintes, disposições comuns ao procedimento, condições e deliberações para aprovação e correto trâmite da operação de fusão. No artigo 228, é possível acompanhar o conceito de fusão adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, segundo o qual “*fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações*”.

A Lei 6.404/1976 (Lei das S/A) merece destaque, ainda, ao promover a positivação da possibilidade de que a reorganização comercial seja operada entre sociedades de tipos iguais ou diferentes.

A lei também é responsável por regular o direito de retirada dos acionistas, o direito dos debenturistas e dos credores, bem como institui a formalidade de averbação da sucessão empresarial junto ao órgão comercial competente, de forma a tornar público o ato praticado (artigos 230 a 234 da lei supracitada).

No que competem aos artigos 1.113 e seguintes do Código Civil, estes são responsáveis pela regulamentação das fusões empreendidas por outros tipos de sociedades que não as Sociedades Anônimas, já que estas dispõem de legislação própria que regulamenta o assunto. No próprio artigo 1.119 de referida norma é explícita a sucessão empresarial, eis que determina que a nova empresa constituída assumira os direitos e obrigações da sucedida.

De todo modo, vale ressaltar que é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial que as disposições atinentes ao tema na Lei nº 6.404/76 (Lei das S/A) serão aplicadas, em caráter subsidiário, aos demais formatos de sociedade, no que couber, feitas as devidas adaptações, haja vista o diploma civilista brasileiro não ser suficiente sobre o assunto.

Há que se mencionar, ainda, a Lei nº 12.529/2011, conhecida como Lei Antitruste, promulgada com o intuito de defesa nacional da concorrência. Por meio dessa lei, o órgão governamental conhecido por CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) exerce a fiscalização de operações e atividades que possam se utilizar de mecanismos lícitos ou ilícitos para abuso do poder econômico.

A própria lei estatui a aplicação de seus efeitos a eventuais convenções e tratados que o Brasil seja signatário, o que confere caráter extraterritorial à norma.

Com relação à legislação tributária brasileira, podemos encontrar disposições acerca da fusão na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 (artigo 156, §2º, inciso I), bem como em legislações esparsas, como no Código Tributário Nacional (artigos 36, inciso II e 132) ou na Lei Complementar nº 87/1996 (artigo 3º, inciso VI) que trata do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), entre outros.

Portanto, em um quadro comparativo, percebemos que as principais diferenças entre os ordenamentos jurídicos em análise são:

- As fusões em Portugal são subdivididas em fusão por incorporação e fusão para a constituição de uma nova pessoa

jurídica, enquanto no Brasil admite-se a fusão apenas para a constituição de uma nova pessoa jurídica;

➤ Em termos de legislação, Portugal dispõe de uma direta influência das Directivas da União Europeia, inovando, em alguns casos, na transposição da norma ao direito interno (ao estender, por exemplo, a sua aplicação ou os conceitos limitados pela diretiva comunitária), enquanto no Brasil é possível verificar maior ênfase do tema tratado na Lei das Sociedades Anônimas e no Código Civil, a despeito de, em matéria fiscal, ser possível encontrar disposições tanto na Constituição Federal quanto em leis esparsas.

Quanto às similaridades, podemos citar o conceito em si, bem como os requisitos básicos para a configuração de uma operação de fusão, a saber: existência de pelo menos duas sociedades; transferência global e total do patrimônio para a nova sociedade constituída; dissolução sem liquidação das sociedades fundidas; e atribuição de participações societárias da nova empresa aos sócios das sociedades extintas.

1.3.2 - Cisão

Por meio de um conceito simplista, Giuliano Buffelli⁴¹ explica que “*uma cisão é uma operação em que uma empresa é dividida em duas ou mais empresas e as ações das novas empresas são atribuídas aos acionistas da antiga empresa*” (tradução nossa). Este autor ainda explica que a divisão total ou parcial do seu patrimônio, o que denomina de ‘ativos corporativos’, são destinados à uma ou mais sociedades distintas da doadora⁴².

Em um sentido mais amplo, Elisabete Vido⁴³ ensina que a cisão é espécie de operação de reestruturação empresarial que transfere parcelas (cisão parcial) ou a totalidade (cisão total) do seu patrimônio a uma ou mais companhias já existentes ou criadas com a finalidade

⁴¹ Buffelli, Giuliano, *et. al* (2018). *Le Operazioni Straordinarie Delle Società*. Milano: Giuffrè Editore, p. 173. Texto original: “*La scissione è un'operazione mediante la quale una società viene divisa in due o più società e le azioni o quote delle nuove società vengono attribuite ai soci della vecchia società*”.

⁴² Buffelli, Giuliano (2018), *Op. cit.*, p. 174.

⁴³ Vido, Elisabete (2020). *Curso de Direito Empresarial*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, pp. 396 e 397.

de receber tais ativos, culminando na extinção da sociedade cindida em caso de transmissão global de seus bens (isto é, no caso da cisão total).

Vale dizer que as sociedades beneficiárias sucedem as sociedades cindidas em todos os seus direitos e obrigações, e se responsabilizam, de forma proporcional, pelo patrimônio recebido.

A propósito, no Brasil, caso seja operada a cisão total com a extinção da sociedade cindida, as sociedades beneficiárias que receberem parcelas do patrimônio respondem solidariamente pelas obrigações da empresa extinta. De outro lado, tratando-se de cisão parcial, tanto a sociedade cindida quanto às beneficiárias serão responsáveis solidárias quanto às obrigações existentes antes da cisão⁴⁴ (artigo 233 da Lei das Sociedades Anônimas).

No que compete à caracterização do instituto, podemos destacar como elementos privativos da operação de cisão, em ambos os ordenamentos jurídicos, os seguintes: a) divisão do seu patrimônio e subsequente transmissão de uma ou mais dos destacamentos efetuados a outra sociedade; b) atribuição aos sócios da sociedade cindida a participação no capital social das sociedades beneficiárias com a transação; c) subsistência da sociedade, nos casos de cisão parcial, ou extinção completa da mesma, em caso de cisão total⁴⁵.

Com relação à qualificação, são percebidas algumas diferenças peculiares entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e português.

Quanto à forma, Brasil e Portugal, de forma equivalente, subdividem o instituto em cisão total (quando há a transferência global do patrimônio em favor de uma ou mais sociedades) ou em cisão parcial (quando apenas parte da sociedade é transferida a uma ou mais sociedades).

Já no que compete ao destino⁴⁶, as cisões, no ordenamento jurídico português, podem ser subclassificadas em cisão pura⁴⁷ (também denominada cisão simples), em cisão

⁴⁴ Perrotta, Maria Gabriela Venturoti; & Rios Gonçalves, Victor Eduardo (2018). *Direito empresarial: direito de empresa e sociedades empresárias*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, p. 117.

⁴⁵ Lobo Silva, Filipi (2016), *Op. cit.*, p. 48.

⁴⁶ Onde, mais uma vez, Portugal inovou frente às disposições trazidas pelo Direito da União Europeia, vez que adotou um conceito amplo de cisão, superando a classificação restrita trazida pela Sexta Directiva.

⁴⁷ Ocorre quando uma sociedade destaca parte de seu patrimônio para que, a partir deste destacamento, seja constituída outra sociedade (artigo 118, nº 1, alínea 'a' do CSC, *in* Ventura, Raúl [1990], *Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades*. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais. Coimbra: Livraria Almedina, p. 336).

dissolução⁴⁸ ou em cisão-fusão⁴⁹ (parcial⁵⁰ ou total⁵¹), com o adendo de que esta última ainda pode ser realizada por incorporação ou por constituição de nova sociedade.

No caso de Portugal, salientamos que as modalidades cisão-dissolução e cisão-total-fusão implicam na extinção da sociedade cindida.

Com relação ao Brasil, a divisão é bem mais simples, estando limitada à cisão parcial (também denominada de ‘cisão-destaque’, não acarreta a extinção da sociedade cindida - que permanece exercendo a mesma atividade, apenas com patrimônio reduzido) e à cisão total (também chamada de ‘cisão-extinção’ justamente porque, neste caso, a sociedade cindida é completamente dissolvida).

Para fins de regulamentação no Brasil, a legislação societária e tributária atinente às cisões são encontradas nos mesmos diplomas mencionados no caso das fusões. Assim, podemos encontrar a previsão do instituto, no que diz respeito à matéria societária, nos artigos 229 e seguintes da Lei das Sociedades Anônimas, bem como no regramento geral do tema previsto no Código Civil de 2002, sendo-lhe aplicadas, de forma subsidiária e no que couber, as disposições alusivas às operações de fusão, feitas as devidas adaptações, quando necessárias.

No que compete ao normativo fiscal do Brasil, é possível encontrar disposições relativas às cisões principalmente em legislações esparsas, como é o caso da Lei Complementar nº 87/1996 (artigo 3º, inciso VI), já mencionada no subtópico antecedente, que trata sobre a hipótese de isenção do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), ou o Decreto nº 9.580/2018 que trata sobre o Imposto de Renda (IR).

Vale lembrar que no sistema brasileiro, esse tipo de operação, via de regra, deve ser informada e submetida ao CADE, conforme previsto pela Lei Antitruste, a fim de evitar possíveis abusos econômicos.

Já em Portugal, as cisões são devidamente previstas, no espectro do direito societário, nos artigos 118 a 129 do CSC, que preveem não só o conceito, como também as formalidades e implicações na realização do instituto. Quanto ao normativo tributário, podemos citar o

⁴⁸ Na qual a sociedade é completamente dissolvida, sendo cada um dos destacamentos de seu patrimônio destinados a constituir uma nova sociedade (artigo 118, nº 1, alínea ‘b’ do CSC).

⁴⁹ “Destacar partes do seu patrimônio ou dissolver-se, dividindo o seu patrimônio em duas ou mais partes, para as fundir com sociedades já existentes ou com partes do patrimônio de outras sociedades, separadas por idênticos processos e com igual finalidade” (artigo 118, nº 1, alínea ‘c’ do CSC, in Domingos Ferreira [2017], *Op. cit.*, p. 450).

⁵⁰ Denominada cisão-parcial-fusão, não acarretando a extinção da sociedade cindida.

⁵¹ Denominada cisão-total-fusão, e implica a extinção da sociedade cindida.

artigo 73º, nº 2 do CIRC, que também se preocupa em conceituar o tema de forma extremamente descritiva, no intuito de clarificar as distinções entre a cisão parcial e a cisão total.

No atinente à regulamentação da matéria no Direito da União Europeia, o tema das cisões, como informado, fora introduzido ao direito comunitário por meio da já mencionada Sexta Directiva (nº 82/891/CEE), que de forma adicional ao texto da Terceira Directiva, inovou ao apresentar essa modalidade de operação de reestruturação empresarial entre os países membros, ainda que tenha sido destinada, exclusivamente, às Sociedades Anônimas.

Para mais, no que concerne ao direito societário, também são aplicáveis às operações de cisão a Directiva nº 2009/109/CE e a Directiva 2011/35/UE, bem como, em matéria tributária, a Directiva nº 90/434/CEE e a Directiva Fusões (nº 2009/133/CE), todas essas já abordadas de forma mais detalhada no subtópico anterior (que trata das operações de fusão empresarial).

Logo, concluímos que os pontos de maiores divergências entre os dois ordenamentos em análise que podemos observar serão com relação:

- a)** às classificações e modalidades de cisão - eis que o Brasil adota um conceito mais simplista do tema (subdividindo apenas em cisão parcial ou cisão total), enquanto Portugal adota inúmeras submodalidades de enquadramento (quanto à forma: cisão total e cisão parcial; quanto ao destino: cisão pura, cisão dissolução, cisão-fusão - esta, dividida em parcial ou total, que ainda se subdividem em: por incorporação e por constituição de nova sociedade);
- b)** ao fato de no Brasil não admitir a figura da cisão por incorporação, eis que faz a distinção dos dois termos em duas operações de reestruturação empresarial totalmente díspares, com regulamentos jurídicos próprios;
- c)** à extensão do tratamento legislativo dispensado sobre o tema, eis que Portugal possui um contexto normativo mais específico à regulamentação da matéria, especialmente em decorrência do

suporte que o direito da União Europeia concede, em termos de legislação, aos seus países membros.

Os pontos de similaridade são os conceitos primordiais, a essência do instituto, o reconhecimento quanto à existência da cisão de forma parcial e total, além da equivalência, para os sistemas jurídicos de ambos os países, quanto aos requisitos formais (subjetivos e objetivos) de caracterização da cisão, citados alhures.

1.3.3 – Incorporação

A incorporação enquanto fenômeno autônomo de reestruturação empresarial é reconhecida apenas no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

Diz-se isso porque, em Portugal, o instituto é tratado como mero desdobramento das operações de fusão (fusão-incorporação, *in casu*) e cisão (cisão-fusão por incorporação, *in casu*) e, portanto, possui mais caráter modal do que um caráter específico, isto é, de modificação estrutural independente. Tanto assim o é que não vemos na legislação portuguesa nenhuma regra atinente às incorporações que não estejam ligadas aos institutos acima apontados.

Em contrapartida, no Brasil, por não se adotar um conceito abrangente de fusão e cisão, o instituto da incorporação tem regramento próprio e é entendido como operação autônoma e autossuficiente, sendo equivalente às demais.

Em termos de conceito, a definição trazida pela própria lei brasileira é a de que, na incorporação, “*uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos*” (artigo 1.116 do diploma civilista brasileiro).

Já a conceituação doutrinária sobre o instituto é dada por Modesto Carvalhosa⁵², que leciona que “*a incorporação constitui negócio plurilateral que tem como finalidade a integração de patrimônios societários através da agregação do patrimônio de uma sociedade em outra, com a extinção de uma delas*”. O autor ainda complementa que a

⁵² Carvalhosa, Modesto (2014). *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 4º volume. Tomo I - arts. 206 a 242. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 335.

motivação para a realização da incorporação empresarial é a realocação do estabelecimento e recursos patrimoniais e empresariais.

É possível afirmar, inclusive, que, neste caso, o que ocorre é a extinção de uma sociedade (chamada de incorporada), cujo patrimônio (aqui compreendido em direitos e obrigações pertencentes à pessoa jurídica originária) é absorvido por outra (chamada de incorporadora).

Vale dizer ainda que por meio da transmissão do ativo e passivo da incorporada é que ocorre o aumento do capital social da incorporadora, garantindo-se as participações societárias desta aos sócios da incorporada. Além do mais, não há nenhuma vedação legal que esta operação seja realizada entre sociedades de formatos jurídicos diferentes.

Em termos de legislação, o ordenamento brasileiro regula o tema por intermédio dos artigos 223 a 225 e artigo 227 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76), bem como pelos artigos 1.116 a 1.118 do Código Civil de 2002.

Assim, por tudo que foi abordado, é possível traçar as características básicas⁵³ da operação de incorporação empresarial, a saber: a) sucessão universal (isto é, transmissão) de todos os direitos e deveres da incorporada para a incorporadora; b) extinção da personalidade jurídica da incorporada sem dissolução ou liquidação (haja vista que, com a sucessão universal, não haverá patrimônio para ser partilhado e os débitos serão assumidos pela sucessora); c) aumento do capital social da incorporadora, com consequente transferência dos sócios da incorporada para o quadro societário da sucessora.

Tendo em vista a semelhança quanto aos efeitos jurídicos da incorporação com outras modalidades de operação de reorganização empresarial, são necessários alguns esclarecimentos.

Em primeiro lugar, não se pode confundir a incorporação de sociedades empresariais com a incorporação de ações, que são fenômenos jurídicos completamente díspares. Aquela diz respeito à operação de reestruturação comercial, no qual uma sociedade deixa de existir, sendo seu patrimônio absorvido *in totum* por outra⁵⁴, enquanto no segundo caso, “os

⁵³ Xavier, Alberto (2007). *Sociedade Anônima - 30 anos da lei 6.404/76*. Incorporação de Ações: Natureza Jurídica e Regime Tributário. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, p. 122.

⁵⁴ Pimenta, Luciana (2015). *Empresarial para quem Odeia Empresarial*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 117.

*acionistas da companhia incorporada transferem a totalidade das suas ações para a incorporadora, que se torna a acionista única da primeira*⁵⁵.

Aliás, Francisco Silva e Carlos Neto⁵⁶ fazem a perfeita distinção entre os institutos ao esclarecer que no caso da incorporação de ações, *“a companhia cujas ações forem transferidas ao capital da outra sociedade - a incorporada - não se extingue, permanece como pessoa jurídica independente, com plena autonomia patrimonial, sem que ocorra a sucessão de direitos e obrigações entre as companhias envolvidas”*. Ou seja, no caso da incorporação de ações, o que acontece é a transmissão da totalidade das ações de uma sociedade já existente, e não a transmissão universal do patrimônio desta empresa.

Outro aspecto que merece ser clarificado é com relação à distinção entre a incorporação e a fusão empresarial, uma vez que ambos podem ser confundidos com as suas semelhanças. Os dois maiores pontos de divergências entre eles são:

- I)** enquanto na fusão ocorre a extinção de todas as pessoas jurídicas, com a constituição de uma nova sociedade, na incorporação uma sociedade sempre subsistirá, ao passo que as incorporadas serão extintas;

- II)** na fusão, enquanto não forem cumpridas todas as formalidades, a nova sociedade que será constituída não poderá realizar qualquer ato ou negócio de forma regular; já na incorporação, como uma sociedade é sucedida por outra, há o regular e normal desenvolvimento da atividade empresarial das duas pessoas jurídicas enquanto o procedimento é realizado.

Em linhas finais, vale ressaltar que a realização desse tipo de operação também será acompanhada e fiscalizada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), no intuito de garantir a concorrência leal e lícita, consoante preconizam os ditames da Lei Antitruste (Lei nº 12.529/2011).

⁵⁵ Costa Silva, Francisco; & Neto, Carlos Martins (2007). *A utilização do instituto da incorporação de ações como forma de burlar a exigência legal de OPA para fechamento de capital*. Revista Semestral de Direito Empresarial (RSDE) nº 1, jul. / dez. (pp. 3-45), p. 17.

⁵⁶ Costa Silva, Francisco; & Neto, Carlos Martins (2007), *Op. cit.*, p. 17.

1.3.4 - Transformação

Transformação é a operação de reorganização empresarial na qual uma sociedade de determinada natureza jurídica adota outro tipo societário. Exemplo de tal situação ocorre quando uma Sociedade Limitada tem anseio de negociar suas quotas na bolsa de valores, devendo, portanto, ser transformada em uma Sociedade Anônima, ou quando um Empresário Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) objetiva expandir suas atividades econômicas e ter sócios, devendo se transformar em uma Sociedade Limitada.

O conceito doutrinal do termo é dado por Maria de la Sierra Flores⁵⁷, que explica que “a transformação é uma operação pela qual uma sociedade adota um tipo social distinto, conservando a sua personalidade jurídica⁵⁸” (tradução nossa).

Ou seja, a pessoa jurídica permanece a mesma (com a mesma estrutura, mesmo objeto, mesmos empregados, mesma organização, etc.), alterando-se, tão somente, o formato jurídico empresarial que se apresenta, por meio da extinção dos atos constitutivos originários, substituídos por outros⁵⁹.

Assim, nesse tipo de reestruturação não haverá a dissolução ou liquidação da sociedade, mas sim a extinção do ato constitutivo originário que será substituído por outro.

Aliás, a pessoa jurídica permanece a mesma e como não há a transmissão de direitos e obrigações a outra sociedade (como ocorre em outros tipos de operações de reestruturação), já que os bens e deveres continuam na esfera patrimonial desta, não há sucessão empresarial⁶⁰.

⁵⁷ Flores, Maria de la Sierra (2015). *Derechos de Sociedades*. Sociedades de Capital (VIII): Modificaciones estructurales. 2ª ed. Barcelona: Atelier, p. 327.

⁵⁸ Texto original: “*La transformación es una operación por virtud de la cual una sociedad adopta un tipo social distinto, conservando su personalidad jurídica*”.

⁵⁹ Carvalhosa, Modesto (2002). *Comentários à Lei de Sociedade Anônima: Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976*, com modificações das Leis nº 9.457, de 5 de maio de 1997, e nº 10.303, de 31 de outubro de 2001. São Paulo: Saraiva, p. 185.

⁶⁰ Para Hugo de Brito Machado, por exemplo, é totalmente incongruente se falar em sucessão neste caso, uma vez que, permanecendo o ativo e passivo na mesma estrutura de uma pessoa jurídica, que apenas adotou uma forma diferenciada, não haveria, portanto, na sua visão, transmissão de direitos e deveres (Machado, Hugo de Brito [2010]. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Editora Malheiro, p. 138).

A esse respeito, Raúl Ventura⁶¹ (...) esclarece que “*a transformação - mudança de tipo - por si só não afecta a identidade da sociedade (transformação formal). Cada uma das alterações, ou o conjunto delas, considerada em si mesma, não impede que a sociedade continue a ser <<a única e mesma>> sociedade*”.

Quanto às classificações, há que se mencionar dois tipos de teoria na doutrina portuguesa acerca do assunto: existe a *Teoria da Continuação*, também denominada ‘transformação formal’, segundo a qual será necessária a modificação do contrato social; e a *Teoria da Novação*, também conhecida como ‘transformação extintiva’, que é aquela na qual se defende a dissolução de uma sociedade para criação de outra. Esta última assim o é em razão de cada formato societário possuir regramentos e peculiaridades específicas, sendo considerada, em Portugal, situação excepcional - tanto que Fauceglia⁶² as denomina ‘transformações mais radicais’ -, cabendo aos sócios determinar ou não a dissolução da antiga empresa para a constituição de uma nova.

Há que se esclarecer, neste caso, que apesar da dissolução, a nova sociedade criada sucederá⁶³ a dissolvida em todos os seus direitos e obrigações, com a transmissão universal do patrimônio da antiga pessoa jurídica para a recém criada⁶⁴.

Ainda quanto à caracterização da operação de transformação empresarial, Diogo Gonçalves⁶⁵ dá a sua colaboração sobre o tema ao distinguir a operação em homogénea e heterogénea. A transformação homogénea ocorre quando uma sociedade é transformada por um formato jurídico de mesma natureza societária, enquanto a transformação heterogénea envolve uma sociedade que é modificada por um formato jurídico não societário⁶⁶ o que, nas palavras do autor, é o mesmo que se transformar “*num outro ente que não uma sociedade*”.

Importante contributo sobre o instituto é dado por Giuseppe Fauceglia⁶⁷, ao evidenciar que a transformação empresarial é uma ferramenta à disposição da autonomia

⁶¹ Ventura, Raúl (1990). *Op. cit.*, p. 465.

⁶² Fauceglia, Giuseppe (2013). *Manuale di Diritto Commerciale*. Trasformazione, fusione, scissione. La trasformazione. Ideato da Vincenzo Buonocore. 11ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, p. 646.

⁶³ Perceba que a sucessão empresarial é aceita apenas para a hipótese de ocorrência da *transformação extintiva*, eis que o patrimônio será transmitido à pessoa jurídica que será constituída, o que já não ocorre no caso da *transformação formal*, em que não há a transmissão de bens para outra sociedade.

⁶⁴ Lanz, Marta (2010). *Transformação de sociedades - A problemática das transformações heterogéneas*. Revista Direito das Sociedades, ano II, número 1/2. Lisboa: Almedina, p. 238.

⁶⁵ Gonçalves, Diogo Costa (2009). *Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades Comerciais: a Posição Jurídica dos Sócios e a Delimitação do Statuo Viae*. 1ª ed. Coimbra: Almedina, p. 312

⁶⁶ Exemplo disso é no caso de uma associação se transformar em uma sociedade comercial, ou vice-versa (Lanz, Marta [2010], *Op. cit.*, p. 246).

⁶⁷ Fauceglia, Giuseppe (2013), *Op. cit.*, p. 645.

privada que serve para que as sociedades se amoldem às suas próprias necessidades, inclusive no que compete à organização estrutural e de seus estabelecimentos comerciais, no intuito de alcançarem prerrogativas tributárias e contábeis, sem ter de haver a liquidação forçada da empresa ou a criação de uma nova pessoa jurídica.

No ordenamento jurídico português, o tema é normatizado pelos artigos 130 a 140-A do Código das Sociedades Comerciais (CSC), onde são regulados os conceitos, as formalidades e os impedimentos na aplicação deste instituto.

Também se nota a regulamentação da matéria em âmbito fiscal no artigo 73 do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (CIRC), merecendo destaque o fato de tal operação de reestruturação empresarial, pela legislação societária e em sede do CIRC, não ser abrangida pelo Regime da Neutralidade Fiscal.

Contudo, vale ressaltar o entendimento recente expresso no julgado da 2ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de Portugal, datado de 30/10/2019, no processo de nº 0441/16.1BEBRG⁶⁸, segundo o qual houve a aplicação do Regime da Neutralidade Fiscal em um caso específico de transformação:

“No âmbito da evolução normal das unidades económicas, muitas empresas em nome individual transformam-se em sociedades, no intuito de adoptar a estrutura jurídica que melhor corresponda às suas necessidades.

*Quando existe uma continuidade económica, designadamente pelo facto de o empresário em nome individual continuar a deter a maioria do capital da nova sociedade e de a actividade a exercer se manter idêntica, **justifica-se que aquela transformação não seja dificultada por razões fiscais, mas, pelo contrário, que seja instituído um regime de neutralidade fiscal.***

*Assim, respeitadas as condições que aconselham esse tratamento especial, difere-se a tributação, relativamente aos elementos patrimoniais transmitidos, para o momento ulterior da sua realização, **acolhendo-se um regime semelhante ao já instituído para as fusões, cisões e entradas de activos**”.* (grifo nosso)

Com relação à legislação brasileira, o tema é regulamentado pelos artigos 1.113 a 1.115 do Código Civil vigente, bem como pelos artigos 220 a 222 da Lei das Sociedades

⁶⁸ Acórdão proferido pela 2ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo (STA) no julgamento do processo nº 0441/16.1BEBRG, datado de 30/10/2019, de Relatoria de Suzana Tavares da Silva. Disponível em: < <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/f1f5a8fedc2878d6802584ab0040f337?OpenDocument&ExpandSection=1> >. Acesso em: 16 mai. 2021.

Anônimas, sendo nesta última tratada em separado dos demais tipos de reestruturação, em seção própria.

Vale dizer que com a Lei Complementar nº 128/2008, houve inovação legislativa no sistema jurídico brasileiro ao se permitir a transformação do empresário individual (de responsabilidade ilimitada ou EIRELI) em uma sociedade empresária ou vice-versa.

Quanto à legislação fiscal sobre o assunto, apesar de o artigo 132 do Código Tributário Nacional prever hipótese de sucessão empresarial, em outras disposições também não se vê vantagens tributárias sobre o instituto⁶⁹, conforme aplicável a outros tipos de operações empresariais tratadas neste trabalho.

Portanto, de forma conclusiva, percebemos que a transformação empresarial, apesar de ser um tipo importante de modificação estrutural de uma sociedade, mesmo devidamente regulamentada por Brasil e Portugal, não abarca benefícios fiscais em ambos os países, exceto pela possibilidade de aplicação da neutralidade fiscal quando da transformação de um empresário individual à sociedade comercial, conforme entendimento recente do STA português. Aliás, nestes casos, ressalta-se que o empresário individual deverá deter, necessariamente, o maior número de quotas sociais da nova pessoa jurídica que será constituída.

1.3.5 - Entrada de ativos

A operação conhecida por entrada de ativos, também denominada ‘aumento e redução de capital’, não é figura jurídica presente no ordenamento jurídico brasileiro, mas tão somente no sistema português.

De todo modo, mesmo havendo previsão do instituto em Portugal, há que se falar que, ainda assim, não é possível encontrá-lo em nenhuma legislação societária ou empresarial, haja vista se tratar de operação pura e exclusivamente criada e prevista na seara do direito fiscal⁷⁰.

⁶⁹ Vide artigos 36 do CTN e 156, §2º, inciso I da Constituição da República Federativa do Brasil, já que em ambos, apesar de prever hipótese de isenção tributária, não são contempladas as operações de transformação empresarial.

⁷⁰ Menezes Leitão, Luíz Manuel Teles (1993), *Fusão, Cisão de Sociedades e Figuras Afins*. In *Fisco*, nº 57, set., pp. 24-27. Merece destaque o fato deste autor denominar tanto a operação de entrada de ativos quanto a permuta de partes sociais como ‘figuras afins’ às operações de fusão e cisão.

O CSC, por exemplo, sequer menciona a espécie em questão, sendo a ela aplicável o Regime da Neutralidade Fiscal especialmente por ser muito semelhante à operação de cisão parcial⁷¹ (já que em ambas ocorre a transmissão parcial do patrimônio de uma sociedade a outra).

Com relação à conceituação, o próprio artigo 73, nº 3, do CIRC define a entrada de ativos como a operação de reestruturação “*na qual uma sociedade (chamada de ‘Sociedade Contribuidora’) transfere, sem que seja dissolvida, o conjunto, um ou mais ramos de sua atividade empresarial para outra sociedade (denominada ‘Sociedade Beneficiária), tendo como contrapartida partes do capital social da sociedade beneficiária’*”.

Ou seja, nesse tipo de reorganização empresarial, a entrada de novos sócios em uma sociedade já constituída é custeada por meio da transmissão de um ou mais estabelecimentos, ramos ou setores comerciais de outra sociedade, sendo a saída de elementos patrimoniais da sociedade contribuidora compensada com ações da sociedade beneficiária. A propósito, o *quantum* atribuído a título de participação societária corresponderá aos bens transmitidos.

Filipi Silva⁷² traça dois elementos característicos da entrada de ativos, quais sejam: a) transferência de um ramo de atividade; e b) atribuição de uma participação social à sociedade transmitente.

O ‘ramo de atividade’, de acordo com o artigo 2º, alínea ‘j’ da Directiva Fusões, nada mais é do que “*o conjunto de elementos do ativo e do passivo de um departamento de uma sociedade, que constituem, do ponto de vista organizacional, uma exploração autónoma, ou seja, um conjunto capaz de funcionar pelos seus próprios meios*”. Conceito mais amplo é adotado pelo artigo 73, nº 4 do CIRC, que substitui a expressão ‘exploração autónoma’ por ‘unidade económica autónoma’, e complementa que esse “*conjunto capaz de funcionar pelos seus próprios meios*” pode “*compreender as dívidas contraídas para a sua organização ou funcionamento*”.

Já com relação à ‘atribuição de uma participação social à sociedade transmitente’, esclarece Maria Júlia Mendonça⁷³ que as ações ou quotas devem ser repassadas à própria sociedade contribuidora, e não à pessoa de seus sócios, sendo este um importante fator de

⁷¹ Silva, Felipe Lobo (2016), *Op. cit.*, p. 60.

⁷² Silva, Felipe Lobo (2016), *Op. cit.*, p. 62.

⁷³ Mendonça, Maria Júlia Ildefonso (2016), *Entrada de ativos e permuta de partes sociais no regime da neutralidade fiscal: uma análise comparativa*. Coimbra: Almedina, p. 34.

distinção da operação de entrada de ativos com a cisão parcial (na qual os sócios são beneficiados diretamente com a realização deste tipo de reorganização empresarial).

Outro ponto de distinção entre os institutos é que, enquanto na cisão parcial o patrimônio cindido não é substituído por outro, o que implica, via de regra, na redução do capital social da empresa cindida, na entrada de ativos a parte cedida pela sociedade contribuidora acaba sendo substituída pela participação no capital social da sociedade beneficiária, correspondente ao patrimônio cedido⁷⁴.

A matéria dentro do sistema jurídico português é regulamentada pelo artigo 73, n° 3 do CIRC, conforme acima transcrito, além da legislação atinente ao direito da concorrência, e também pela Directiva 2009/133/CE de 19/10/2009 (conhecida por Directiva Fusões), no âmbito do direito da União Europeia.

Em termos finais, há que se falar que a cessão de ativos implicará, necessariamente, no aumento do capital social da sociedade beneficiária, a fim de que os mesmos sejam distribuídos à sociedade contribuidora. E, também, de modo diverso ao aplicável nas regulamentações das operações de fusão, cisão ou permuta de partes sociais, não há previsão quanto à possibilidade de pagamento em dinheiro (pecúnia) como contraprestação pela transferência dos bens à sociedade beneficiária, cabendo, tão somente, o pagamento mediante a transmissão de participação societária⁷⁵.

1.3.6 - Permuta de partes sociais

Essa modalidade de alteração da estrutura negocial, antigamente denominada ‘permuta de ações’, também não encontra respaldo no ordenamento brasileiro, sendo encontrada no sistema jurídico de Portugal apenas nas matérias atinentes à legislação tributária, uma vez que tal instituto, tal qual ocorre com a entrada de ativos, também não possui regulamentação dentro do direito societário ou empresarial.

Para fins de definições, a permuta de partes sociais é um tipo de operação de reestruturação empresarial na qual uma sociedade adquire a participação do capital social de outra sociedade, tendo por efeito conferir-lhe a maioria dos direitos de voto desta ou pela

⁷⁴ Menezes Leitão, Luíz Manuel Teles (1993), *Op. cit.*, p. 25.

⁷⁵ Mendonça, Maria Júlia Ildefonso (2016), *Op. cit.*, p. 46.

qual uma sociedade, que já detenha a participação majoritária, adquire nova participação na sociedade adquirida (artigo 73, 5 do CIRC). O que se busca, neste último caso, é se alcançar o pleno domínio da sociedade adquirida, o que qualifica, dessa forma, a concentração empresarial.

Isso significa dizer que a contraprestação (isto é, o pagamento) pela aquisição de participações sociais em uma determinada sociedade (adquirida) corresponderá à troca (permuta) de participações sociais na sociedade adquirente.

Quanto às características desse tipo de operação, podemos citar: a) a troca de participações sociais; b) aquisição ou reforço da maioria dos direitos de voto⁷⁶.

Maria Júlia Mendonça⁷⁷ esclarece que a sociedade adquirente pode ser, até mesmo, constituída no ato na operação, por meio do resultado “*das entradas em espécie feitas pelos sócios da sociedade adquirida, que contribuem as suas participações sociais na sociedade adquirida para esta nova sociedade*”.

Além do mais, importa consignar que a relação de domínio é imprescindível para a caracterização desse tipo de operação, uma vez que, caso a aquisição de quotas ou ações não alcance essa relação de comando, haverá tão somente uma mera troca de ações, e não uma operação de permuta de partes sociais, o que inviabiliza a aplicação, por exemplo, de prerrogativas fiscais, tais como aquelas determinadas pelo Regime especial da Neutralidade Fiscal.

Luís Menezes Leitão⁷⁸ contribui de forma muito positiva ao distinguir a permuta de partes sociais à operação de fusão. De acordo com o autor, enquanto na fusão há a extinção de todas as sociedades envolvidas, na permuta de partes sociais isso não ocorre, estando neste ponto peculiar o principal ponto de divergência entre os dois institutos.

Por fim, cabe mencionar que no ordenamento português o tema é regulado pelo artigo 73, nº 5 do CIRC, além da legislação atinente ao direito da concorrência, e com relação ao Direito da União Europeia, pela Directiva Fusões (Directiva 2009/133/CE).

Importante dizer que o ordenamento português, com a transposição da norma, conferiu interpretação extensiva ao artigo de lei, eis que complementa que “*eventualmente*” será devida aos sócios “*uma quantia em dinheiro não superior a 10% do valor nominal ou, na falta de valor nominal, do valor contabilístico equivalente ao nominal dos títulos*”

⁷⁶ Lobo Silva, Filipi (2016), *Op. cit.*, p. 58.

⁷⁷ Mendonça, Maria Júlia Ildfonso (2016), *Op. cit.*, p. 69.

⁷⁸ Menezes Leitão, Luiz Manuel Teles (1993), *Op. cit.*, pp. 24-27.

entregues em troca”. Diante do discurso expansionista, Filipi Lobo Silva⁷⁹ entende que o legislador português aumentou a abrangência do “*regime de neutralidade fiscal às permutas de todos os tipos de participações sociais*”.

⁷⁹ Lobo Silva, Filipi (2016), *Op. cit.*, p. 55.

CAPÍTULO 2 - PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

2.1 - O Planejamento tributário

Os tributos constituem os principais meios de arrecadação do Estado e são a partir deles que são financiadas as despesas públicas básicas em benefício da sociedade, a exemplo da saúde, educação, segurança, transporte e lazer disponibilizados à coletividade.

Portanto, com a prática de algum ato que culmine na ocorrência de um fato gerador previsto em lei, surge para este cidadão a obrigação compulsória de recolhimento de tributos, os quais deverão ser quitados observados os percentuais instituídos pelas disposições legais para cada espécie (no Brasil, esse percentual é denominado ‘alíquota’ e em Portugal, ‘taxa’), podendo também ser instituídas eventuais obrigações acessórias.

De todo modo, ainda que o pagamento de tributos constitua obrigação do contribuinte, é também seu direito se planejar ou buscar meios lícitos, devidamente assegurados por lei, que lhe permitem arcar com um menor ônus fiscal. A busca legítima por essa economia tributária é amplamente conhecida no âmbito jurídico como ‘Planejamento Tributário’.

2.1.1 - Conceito

Conforme lições passadas por Hugo Segundo⁸⁰, “*o planejamento tributário é a organização lícita das atividades do contribuinte, de modo a que sobre ela recaia o menor ônus tributário possível*”.

De maneira simplista, Miquerlam Cavalcante⁸¹ elucida que o planejamento fiscal consiste na adoção, pelo sujeito passivo da obrigação tributária, de determinadas condutas e medidas jurídicas que visem diminuir os custos fiscais incidentes sobre a atividade que desempenha.

⁸⁰ Machado Segundo, Hugo de Brito (2013). *Epistemologia, prova e planejamento tributário*. Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal. Ano 6, Número 3. Coimbra: Almedina, p. 135.

⁸¹ Cavalcante, Miquerlam Chaves (2011). *O propósito negocial e o planejamento tributário no ordenamento jurídico brasileiro*. Revista da PGFN (Procuradoria Geral da Fazenda Nacional), Ano 1, Número 1, jan. / jun., p. 144.

Já o Decreto-Lei nº 29/2008 de Portugal, sem adentrar ao mérito da licitude ou ilicitude da organização fiscal e de forma mais abrangente, define o tema como “*qualquer esquema ou actuação que determine, ou se espere que determine, de modo exclusivo ou predominante, a obtenção de uma vantagem fiscal por sujeito passivo de imposto*”.

Tendo por base os conceitos expostos, é possível sintetizar o planeamento fiscal como a preparação e a organização do contribuinte, por meio de escolhas relativas, por exemplo, ao formato jurídico empresarial que uma determinada sociedade pretende adotar, ou qual o regime fiscal que melhor se encaixa às suas atividades e necessidades, objetivando recolher o mínimo de tributação possível, de modo que este encargo, aliado a outros tantos que a atividade econômica possui, não torne insustentável a manutenção e a subsistência da empresa.

Aliás, esse planeamento tributário, realizado de maneira lícita ou ilícita (esta última, sujeita à desconsideração e às sanções penais e administrativas cabíveis) pelo sujeito passivo da obrigação fiscal, traduz-se em condutas de evitação da incidência do imposto, de minoração da carga tributária ou, até mesmo, no seu diferimento.

E, no âmbito societário, o planeamento empresarial como um todo, especialmente no aspecto fiscal, torna-se uma das preocupações fundamentais dos gestores, haja vista o dever que possuem de otimização dos custos, aumento das receitas percebidas e redução dos encargos incidentes sobre a atividade desempenhada, dentre eles, aqueles atinentes à própria arrecadação tributária.

Assim, pautado na garantia da liberdade econômica e na livre gestão dos negócios, aos sócios e às pessoas jurídicas por eles constituídas são assegurados a autonomia de se organizarem da melhor maneira que lhes aprouverem, a fim de contribuir, efetivamente, e pagarem apenas pelos tributos que sejam estritamente necessários⁸².

Lembrando que essa autonomia do sujeito passivo na condução da prática comercial ou na reorganização fiscal não podem ferir ou ameaçar bens jurídicos tutelados de forma a manter o equilíbrio estatal e mundial, como é o caso da concorrência leal, do mercado financeiro e da economia como um todo, de maneira a acarretar prejuízos à coletividade⁸³.

⁸² Fernandes de Oliveira, Antônio (2009). *A legitimidade do Planeamento Fiscal, as Cláusulas Gerais Anti-abuso e os conflitos de interesse*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 14.

⁸³ Casalta Nabais, José (2002). *Estado Fiscal, Cidadania Fiscal e alguns dos seus problemas*. Boletim de Ciências Económicas: Coimbra. Vol. XLV-A, p. 579.

Em linhas finais, importa ressaltarmos também que o planejamento fiscal, além de direito legítimo e amplamente assegurado pelo Estado, é, por vezes, por este incentivado, eis que a prática de redução do ônus fiscal de maneira legítima se encontra devidamente positivada em leis e regramentos estatais, que buscam o incentivo de determinada atividade ou, até mesmo, a subsistência das sociedades empresárias, que são de suma importância para a economia nacional e mundial na circulação de riquezas.

2.1.2 - O direito do contribuinte ao planejamento tributário

Como dito alhures, o planejamento fiscal, quando realizado pelo contribuinte de maneira lícita e transparente, torna-se um direito do sujeito passivo da obrigação tributária, assegurado pelo Estado.

Tal direito, inclusive, tem como fundamento algumas diretrizes jurídicas basilares, tais quais o Princípio da Livre Iniciativa, o Princípio da Propriedade Privada, o Princípio da Livre Concorrência, o Princípio da Supletividade do Estado no Domínio Económico e o Princípio ‘da Ordem Tributária Justa’ - como nomeia Miquerlam Cavalcante⁸⁴ -, por exemplo.

Por outro lado, o direito à planificação da gestão empresarial, de modo a arcar com menos encargos tributários, não é absoluto, não sendo suficiente para se sobrepor a outros Princípios, tais como o da Dignidade da Pessoa Humana⁸⁵, da Isonomia⁸⁶, da Função Social da Propriedade⁸⁷, sendo aqueles limitados por estes princípios. Razão pela qual o planejamento tributário só pode ser alcançado nos estritos casos e hipóteses ditados em lei e desde que com esta esteja em consonância.

⁸⁴ Cavalcante, Miquerlam Chaves (2011), *Op. cit.*, p. 145.

⁸⁵ Eis que a arrecadação tributária, pelo Estado, visa o financiamento das necessidades básicas da coletividade, de forma a fornecer o mínimo para a vivência digna da população (Cavalcante, Miquerlam Chaves [2011], *Op. cit.*, p. 146).

⁸⁶ Por meio da busca pela igualdade econômica e social, que só podem ser alcançadas quando o Estado oferecer condições mínimas e dignas de vida a todos os seus cidadãos, o que só pode acontecer por meio do investimento em setores públicos necessários, custeados por meio do recolhimento de tributos (Cavalcante, Miquerlam Chaves [2011], *Op. cit.*, p. 146).

⁸⁷ Cujas importância das empresas no cenário econômico diz respeito, além das questões de empregabilidade, também aos direitos dos trabalhadores, dos consumidores e às obrigações tributárias (Cavalcante, Miquerlam Chaves [2011], *Op. cit.*, p. 146).

A propósito, salientamos que a adoção de medidas e atitudes que objetivem a diminuição da carga fiscal deve ser precedida de um propósito negocial válido, que não evidencie o intuito do contribuinte em burlar o sistema ou causar a erosão da base tributária.

Assim, a depender do modo e motivos pelos quais a reorganização negocial é realizada, ela poderá ter consequências positivas - a exemplo da efetiva e justa economia fiscal - ou negativas - com a aplicação de sanções e penalidades, nas esferas penal, tributária e administrativa, como decorrência dos excessos e abusos cometidos -, como passaremos a distinguir nos próximos tópicos.

2.2 - Espécies

2.2.1 - Planejamento tributário legítimo

O planejamento tributário legítimo é aquele em que o contribuinte, agindo nos exatos limites e permissivos da lei, se organiza e pratica determinados atos ou, ainda, deixa de executá-los, visando arcar com um menor ônus fiscal.

De acordo com Adilson Siqueira⁸⁸, o planejamento fiscal realizado de maneira lícita deve ser pautado nos princípios de organização, de profissionalidade e economicidade, e é alcançado quando o interessado busca medidas em conformidade com a legislação e o sistema jurídico para evitar, postergar ou minorar o encargo tributário devido pela ocorrência do fato gerador.

Isso significa dizer que, a partir da interpretação das normas tributárias cabíveis, o contribuinte, no exercício lícito de seus direitos, poderá se organizar para a otimização de seus custos e encargos fiscais, de modo a reduzir, diferir ou, até mesmo, evitar a carga tributária.

Para Carlos Loureiro⁸⁹, os planejamentos fiscais lícitos “*são esquemas perfeitamente dentro da legalidade, que resultam de aturado estudo que se traduz na utilização de estruturas, regimes, figuras, disposições (ou combinações de todos eles) dos quais*

⁸⁸ Sequeira, Adilson (2016). *Planejamento e gestão fiscal*. Sistema tributário actualizado e ampliado. 2ª ed. Angola: Editora Escolar, pp. 55 e 57.

⁸⁹ Loureiro, Carlos; & Neves, António Beja (2008). *Breve comentário ao recente regime de combate ao planejamento fiscal abusivo*. Revista de Finanças Públicas. Ano 1, Número 2, Verão. p. 54.

legitimamente resulta um tratamento fiscal mais eficiente, acessível a todo e qualquer contribuinte, susceptível de ser escrutinado em sede judicial”.

Ademais, em Portugal, o planeamento tributário realizado de forma lícita pelo contribuinte também pode ser conhecido por meio da expressão ‘Gestão Fiscal⁹⁰’ - que vem da expressão anglo-saxônica “*tax planning*”-, utilizada como forma de distinção a outros modos de reorganização com enfoque na redução da carga tributária.

Logo, por se tratarem de formas legítimas de organização, com hipóteses expressamente permitidas ou em consonância com a legislação tributária vigente, esta modalidade de planeamento tributário constitui direito assegurado ao contribuinte que se enquadre nas hipóteses previstas em lei.

2.2.2 - Planeamento tributário abusivo

O planeamento tributário abusivo, de acordo com os ensinamentos do ilustre Professor Doutor Casalta Nabais⁹¹, consiste na ilicitude da conduta descomedida praticada pelo contribuinte ao se aproveitar da liberdade de gestão fiscal (ou, num sentido mais genérico, da liberdade econômica que dispõe) para recolher menos tributos.

Há que se ressaltar que só serão considerados planejamentos tributários abusivos aqueles cujas condutas praticadas revelem a intenção, exclusiva ou predominantemente, de obtenção de vantagens fiscais⁹². Ou seja, só serão caracterizados como ‘abusivos’ aqueles esquemas ou atos que forem praticados dolosamente pelo contribuinte tão somente para a consecução de benefícios fiscais.

De forma a elucidar melhor o instituto, em julgamento datado de janeiro de 2020⁹³, o Conselho de Administração de Recursos Fiscais (CARF) do Brasil analisou um fato que envolvia a possibilidade de ocorrência de planeamento tributário abusivo, tendo qualificado

⁹⁰ Nesse sentido, ver: Pereira, Manuel Henriques Freitas (2009). *Fiscalidade*. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, p. 413 e 414.

⁹¹ Casalta Nabais, José (2018). *A erosão das bases tributárias das sociedades*. Boletim Ciências Económicas LXI, Coimbra, p. 305.

⁹² Loureiro, Carlos; & Neves, António Beja (2008), *Op. cit.*, p. 60.

⁹³ Conselho de Administração de Recursos Fiscais (CARF) do Brasil. Recurso Voluntário. Relatora: Gisele Barra Bossa. Processo nº 16682.722364/2016-28. Acórdão nº 1201-003.561, julgamento em 22/01/2020. Disponível em: < <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciajsf?idAcordao=8119530> >. Acesso em: 26 ago. 2021.

o instituto como aquele que é praticado por meio “do abuso de direito, abuso de forma, negócio jurídico indireto ou inexistência de propósito negocial”, ou, ainda, com a “adoção de forma jurídica anormal, atípica e inadequada”.

Salientamos, ainda, o entendimento de Marta Caldas⁹⁴ sobre o assunto, haja vista esta autora entender que o planejamento tributário abusivo corresponde à prática de atos artificiais, que podem até ser formalmente harmônicos com as normas tributárias, mas que não possuem nenhum escopo econômico, no qual, aproveitando-se de uma “imprecisão da norma fiscal, conduzem a uma vantagem fiscal não desejada pelo legislador”.

Sobre a necessidade de combate a esse tipo de planejamento tributário, Eliseu Sampaio Nogueira⁹⁵ esclarece que a busca estatal pela contenção de tais esquemas se dá porque o ato praticado, neste caso, extrapola a barreira da legalidade, atingindo o plano dos negócios ilícitos, o que faz nascer não só a desconsideração da conduta adotada, como também a aplicação de penalidades pelo Fisco.

Frisamos, em linhas finais, que os atos dos sujeitos passivos que forem tipificados como condutas de planejamento tributário abusivo serão desconsiderados pela Autoridade Tributária, conforme previsão legal estabelecida por Portugal, no artigo 38, nº 2 da Lei Geral Tributária⁹⁶, e pelo Brasil, no parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional⁹⁷, sendo possível encontrar políticas de cooperação internacional para troca de comunicações e informações a este respeito, buscando, cada vez mais, a efetiva coibição de tal prática.

⁹⁴ Caldas, Marta (2015). *O Conceito de Planejamento Fiscal Agressivo: novos limites ao planejamento fiscal?*. Cadernos IDEFF, nº 18. Coimbra: Almedina, p. 152.

⁹⁵ Nogueira, Eliseu Sampaio (2018). *Planejamento Tributário Abusivo*. Revista Diálogos Acadêmicos, Fortaleza, v. 7, n. 2, jul. / dez., p. 43.

⁹⁶ Art. 38º - *Ineficácia de actos e negócios jurídicos*

(...)

2 - As construções ou séries de construções que, tendo sido realizadas com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, sejam realizadas com abuso das formas jurídicas ou não sejam consideradas genuínas, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes, são desconsideradas para efeitos tributários, efetuando-se a tributação de acordo com as normas aplicáveis aos negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica e não se produzindo as vantagens fiscais pretendidas.

⁹⁷ Norma esta cuja aplicabilidade é questionada. Sobre o tema, o Capítulo 4 do presente trabalho abordará a questão com maiores detalhes. De todo modo, versa o parágrafo único do artigo 116 do CTN brasileiro: “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”.

2.2.3 - Planejamento tributário agressivo

O planejamento tributário agressivo se distingue do abusivo porque, enquanto neste são utilizados mecanismos ardis e artificiais (ou seja, ilícitos) para a obtenção de benefícios fiscais não pretendidos pela lei, naquele os atos praticados são reais (portanto, aparentemente e no seu aspecto formal, lícitos), mas também com o alcance de uma economia tributária não visada pelo legislador.

Caracterização de importante contribuição dada por Casalta Nabais⁹⁸ é de que no planejamento tributário agressivo, de modo oposto ao que acontece no caso do planejamento abusivo, o cerne da ilicitude está na repercussão aos cofres públicos de conduta praticada pelo contribuinte visando a minoração ilegítima do ônus fiscal, que implica em perda considerável ao ente tributante.

Aliás, no caso do planejamento agressivo, a título ilustrativo, são comuns as condutas dos contribuintes praticadas em meio a normativos de Estados distintos sobre um mesmo fato gerador, de modo que se beneficiem do regulamento do país que lhes proporcione um menor ônus fiscal.

Para a Receita Federal do Brasil, Autoridade Tributária de âmbito nacional em referido país, o conceito de planejamento fiscal agressivo foi dado em uma entrevista concedida pelo então secretário deste órgão, Carlos Alberto Barreto, ao jornal ‘*O Estado de São Paulo*’, na data de 31/12/2013⁹⁹.

Na entrevista, o secretário comunica o cruzamento de dados da Autoridade Tributária com outras instituições, na busca pela coibição de irregularidades fiscais, e entende o planejamento tributário agressivo como “ (...) *toda atuação que busca uma economia tributária no limite do entendimento da lei. O contribuinte arrisca e pode construir uma situação para tentar não ser alcançado pela norma tributária. Ele constrói a forma jurídica, às vezes sem um propósito negocial efetivo*”.

Já a OCDE, no âmbito do “*Study the Role of Tax Intermediaries*”¹⁰⁰, publicado em 2008, entende que o planejamento agressivo pode adotar duas vertentes: uma na qual o ato

⁹⁸ Casalta Nabais, José (2018), *Op. cit.*, p. 305.

⁹⁹ Caram, Adriana Fernandes Bernardo (2013). *Receita Federal promete mais rigor ao fiscalizar empresas*. O Estado de São Paulo. Economia. São Paulo, 31/03/2012, ano 134, nº 43904. Edição de 0h30, p. 18. Disponível em: < <https://acervo.estadao.com.br/pagina/#!//20131231-43904-spo-1-pri-a1-not> >. Acesso em: 28 ago. 2021.

¹⁰⁰ OCDE (2018). *Study the Role of Tax Intermediaries. Glossary*, p. 87. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/administration/39882938.pdf>>. Acesso em 28 ago. 2021.

praticado é tido por legítimo, embora os resultados sejam inesperados e não pretendidos pelas receitas fiscais¹⁰¹; e outra, em que se o contribuinte conquista uma condição fiscal mais benéfica, sem divulgar abertamente o verdadeiro ato praticado, deixando dúvidas se a conduta principal e a declaração por este prestada, que o levou a uma economia tributária, estão em consonância com a lei¹⁰².

Tal qual ocorre no caso do planejamento abusivo, as condutas dos contribuintes caracterizadas como planejamento tributário agressivo também têm sido combatidas pelos Estados em âmbito nacional e mundial, por meio de políticas e acordos de transparência, troca de informações e comunicações, como regulamenta o Decreto-Lei nº 29/2008, de 25/02/2008, em Portugal. No Brasil, vemos a previsão deste tipo de regulamento cooperativista no Decreto nº 8.842, de 29/08/2016 (que promulga a Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária, firmada pelo Brasil em Cannes no dia 03/11/2011), no Decreto nº 8.506, de 24/08/2015, e na Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 1.681, de 28/12/2016.

2.3 - Formas de abuso de direito e crimes contra a ordem tributária

A depender da forma com a qual o contribuinte empenha esforços na diminuição, retardo ou evitação da carga fiscal, sua conduta poderá ser enquadrada como um ato ilícito e atentatório contra a ordem tributária e, além de o sujeito passivo ser penalizado nas esferas fiscal, administrativa e penal, o ato praticado será desconsiderado pelo Fisco, sendo-lhe instituída a obrigação tributária que tentou, ilegitimamente, se esquivar.

Sucedem que a percepção e o enquadramento das modalidades de abuso de direito e crimes nessa esfera variam de Estado para Estado, especialmente em decorrência da

¹⁰¹ Tradução em interpretação livre. Texto original e completo: “*Planning involving a tax position that is tenable but has unintended and unexpected tax revenue consequences -> Revenue bodies’ concerns relate to the risk that tax legislation can be misused to achieve results which were not foreseen by the legislators. This is exacerbated by the often lengthy period between the time schemes are created and sold and the time revenue bodies discover them and remedial legislation is enacted*”.

¹⁰² Tradução em interpretação livre. Texto original e completo: “*Taking a tax position that is favourable to the taxpayer without openly disclosing that there is uncertainty whether significant matters in the tax return accord with the law -> Revenue bodies’ concerns relate to the risk that taxpayers will not disclose their view on the uncertainty or risk taken in relation to grey areas of law (sometimes, revenue bodies would not even agree that the law is in doubt)*”.

legislação interna de cada país e de eventuais tratados internacionais que estes são signatários.

Vale ressaltar que as modalidades abaixo expostas só constituem ilícito tributário se constatado que os benefícios fiscais alcançados foram, total ou parcialmente, obtidos em razão da utilização de atos arditos, simulados, fraudulentos ou dolosos, sem os quais não seria possível a obtenção de vantagens tributárias.

Como o enfoque do presente estudo se baseia nos ordenamentos jurídicos de Brasil e Portugal, as espécies abaixo apresentadas estão em consonância com a doutrina e a legislação de ambos os países.

2.3.1 - Fraude fiscal

A fraude fiscal ocorre com a violação expressa da lei, na qual o contribuinte pratica uma infração na busca de menores ônus tributários, cujas condutas constituem, inclusive, ilícito penal, passível de sanção.

Isso significa dizer que, na fraude fiscal, serão sempre ilícitos: i) os meios utilizados pelos contribuintes para a obtenção de vantagem tributária; e ii) os resultados obtidos em decorrência dessa prática.

Buscando uma compreensão mais ampla do tema, cabe-nos ressaltar os conceitos trazidos pelo próprio normativo português, presentes no Regime Geral das Infrações Tributárias (RGIT), segundo o qual “*Constituem fraude fiscal (...) as condutas ilegítimas tipificadas no presente artigo que visem a não liquidação, entrega ou pagamento da prestação tributária ou a obtenção indevida de benefícios fiscais, reembolsos ou outras vantagens patrimoniais susceptíveis de causarem diminuição das receitas tributárias*”¹⁰³.

¹⁰³ E para exemplificar as condutas qualificadas como fraude fiscal, o artigo 103º continua nas alíneas, *ipsis litteris*: “*A fraude fiscal pode ter lugar por: a) Ocultação ou alteração de factos ou valores que devam constar dos livros de contabilidade ou escrituração, ou das declarações apresentadas ou prestadas a fim de que a administração fiscal especificamente fiscalize, determine, avalie ou controle a matéria colectável; b) Ocultação de factos ou valores não declarados e que devam ser revelados à administração tributária; c) Celebração de negócio simulado, quer quanto ao valor, quer quanto à natureza, quer por interposição, omissão ou substituição de pessoas*”.
Aconselha-se também a leitura do artigo 104º do referido normativo, que prevê as hipóteses da prática da fraude fiscal em sua forma qualificada.

De forma a complementar a acepção da terminologia, importa-nos colacionar também o contributo da legislação brasileira sobre o tema, constante no artigo 72 da Lei nº 4.052/1964, que dispõe sobre o Imposto de Consumo, *in verbis*: “*Fraude é toda 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 imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento*”.

A propósito, importa esclarecer que a fraude fiscal é sempre praticada depois da ocorrência do fato gerador¹⁰⁴, constituindo este elemento um dos facilitadores na caracterização do instituto.

No intuito de se evitar esse tipo de conduta, além de criminalizar as condutas praticadas pelos contribuintes com este fim, os Estados vêm buscando um cenário de cooperação internacional, tanto para a prevenção quanto para o combate da fraude e evasão fiscais, consistente na transparência, comunicação e troca de informações entre os países.

2.3.2 - Simulação

A simulação consiste na prática de atos dissimulados, encobertos, obscuros ou que sequer existem, objetivando enganar o fisco para se arrecadar menos ou nenhum tributo.

É por meio de condutas maliciosas, que manipulam a existência ou não do fato gerador, por exemplo, que o sujeito passivo da obrigação tributária, noticiando um fato que não corresponde à sua real e instantânea situação, ou seja, ocultando a realidade de sua situação fiscal, incorre no ilícito da simulação.

A propósito, há que se destacar o fato de a simulação tributária também ser entendida como uma espécie de fraude fiscal, já que, tal qual ocorre na primeira, representa um vício do ato jurídico praticado.

No tocante à conceituação normativa do tema, importa-nos dizer que, no Brasil, a definição de negócio simulado é devidamente antevista no artigo 167, §1º, incisos I a III, do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406 de 10/01/2002), conforme a letra da lei: “*Art. 167 (...)*

¹⁰⁴ Torres, Ricardo Lobo (2013). *Planejamento Tributário: elisão abusiva e evasão fiscal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, p. 8.

§1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados”.

Já nos termos da legislação portuguesa, o instituto da simulação tem sua regulamentação confiada ao artigo 39 da Lei Geral Tributária (Decreto-Lei 398/98), segundo o qual: “I - Em caso de simulação de negócio jurídico, a tributação recai sobre o negócio jurídico real e não sobre o negócio jurídico simulado”.

Portanto, não há dúvidas na ilicitude da prática de simulação fiscal pelo contribuinte, podendo o ato ser desconsiderado pela Autoridade Tributária, sendo ainda aplicáveis outras penalidades na seara criminal, administrativa e fiscal ao sujeito passivo infrator.

2.3.3 - Evasão fiscal

De acordo com António Carvalho Martins¹⁰⁵, a evasão é “*um procedimento ilícito de fuga consciente ao dever e à obrigação tributária*”, eivado de má-fé, que pode ocorrer concomitantemente ou depois da ocorrência do fato gerador.

Nas palavras de António Carlos dos Santos¹⁰⁶, os atos ilícitos provenientes de evasão fiscal constituem condutas *contra legem*, que resultam em uma poupança fiscal ilícita sob a qual o sujeito passivo da obrigação tributária desfruta de valores que não lhe são devidos. E este ‘excesso’ de vantagens fiscais auferidas de maneira ilegal pelo contribuinte reflete não só em prejuízos aos cofres públicos - que deixa de arrecadar os tributos que lhe são cabíveis -, mas também à toda sociedade, que por meio deste tipo de conduta, se vê privada de uma série de investimentos públicos necessários (como saúde, educação, segurança pública, etc.)¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Carvalho Martins, António (2006). *Simulação na Lei Geral Tributária e Pressuposto do Tributo*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 15.

¹⁰⁶ Santos, António Carlos (2009). *Planejamento Fiscal, Evasão Fiscal, Elisão Fiscal: O fiscalista no seu labirinto*. Fiscalidade - Revista de Direito e Gestão Fiscal. 38ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, abr. / jun., p. 72.

¹⁰⁷ Mendonça Nogueira, Gabriela Oliveira Justino; Neto, Moisés Ozório de Souza; & Soares, José Mauro Medeiros Veloso (2019). *Planejamento tributário agressivo como forma de capitalização por meio do Refis: um estudo em uma empresa familiar*. Fortaleza: Revista Controle, v. 17, n.2, jul. / dez., p. 265 e 266.

A acepção do termo ainda comporta sua definição em sentido amplo - entendida como a prática ou a omissão de atos que visem alcançar uma vantagem fiscal -, ou em sentido estrito - enquanto condutas que acarretam a ocultação da real condição do contribuinte de modo a pagar menos tributos, cujos resultados são alcançados por meio da sonegação fiscal, fraude ou simulação, por exemplo.

Importa-nos salientar, ainda, que as principais distinções entre o instituto da evasão fiscal e da elisão fiscal são a legalidade e o momento de sua ocorrência, haja vista que enquanto na evasão o ato (comissivo ou omissivo) do contribuinte será ilícito e praticado de forma simultânea ou posterior ao nascimento da obrigação tributária, na elisão a conduta adotada é, via de regra, lícita, sendo executada antes mesmo da ocorrência do fato gerador.

2.3.4 - Elusão fiscal

A figura da elusão fiscal foi criada pela doutrina como intermediária à elisão fiscal (enquanto formas utilizadas que não são vedadas pelo ordenamento jurídico) e à evasão fiscal (medidas ardilosas e manifestamente ilícitas, que visam causar prejuízo ao Fisco).

De forma simples e elucidativa, ensina Heleno Tôrres¹⁰⁸ que a elusão pode ser entendida como a adoção de condutas pelo sujeito passivo no qual, a despeito de ser lícita do ponto de vista formal (isto é, segundo preceitos legais), são praticadas com o escopo exclusivamente fiscal, utilizando-se de artifícios para diminuição da carga tributária, o que faz com que sejam destituídos de causa jurídica.

Um exemplo clássico de elusão ocorre quando o contribuinte, baseando-se, exclusivamente, nas diferenças de alíquotas e regramentos fiscais entre diferentes nacionalidades, elege um determinado país para desenvolver suas atividades ou para ter seu núcleo de vida, buscando a anulação de uma obrigação tributária ou a sua minoração.

A propósito, temos que destacar que a prática de elusão fiscal acontece antes do nascimento da obrigação fiscal (ocorrência do fato gerador) e se baseia em atos formalmente lícitos, mas empreendidos com fraude à lei ou com abuso de direito.

¹⁰⁸ Taveira Tôrres, Heleno (2003). *Direito tributário e direito privado: Autonomia privada, simulação, elusão tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais (RT), p. 187.

Há autores, como Marta Caldas¹⁰⁹, que ainda afirmam que a definição da elusão fiscal é muito parecida com a própria acepção do planejamento tributário abusivo, haja vista ambas se referirem sobre a condição na qual, por meio do manejo dos recursos disponíveis, o contribuinte auferiu determinado proveito fiscal que a lei não pretendia atribuir ao sujeito passivo.

Logo, a prática da elusão pelo contribuinte fere os princípios e objetivos da norma, sendo, por isso, considerada um ato ilícito reprovável e passível de desconsideração pela Autoridade Tributária.

2.3.5 - Elisão fiscal

A elisão fiscal, também denominada pela doutrina brasileira como ‘economia lícita de tributos’, consiste na modalidade de planejamento tributário na qual o contribuinte busca, por intermédio de meios e situações estritamente lícitas, isto é, expressamente permitidas por lei ou não proibidas por ela, evitar a incidência do fato gerador, alcançar o diferimento da tributação ou, ainda, obter a diminuição da carga fiscal.

Nas exatas palavras de Willi Rothmann¹¹⁰, a elisão consiste no “*procedimento de interpretação das normas tributárias e consequente elaboração de plano de otimização dos custos, com as obrigações tributárias, pela redução, diferimento ou elisão dos tributos*”.

Nessa espécie de estruturação, é imprescindível a observância do preceito da legalidade, que deve orientar todos os atos a serem praticados pelo sujeito passivo, de modo que este não cometa nenhum tipo de infração tributária.

De todo modo, há que se ressaltar que, enquanto no Brasil a elisão fiscal é majoritariamente aceita e compreendida como método legal de planejamento tributário¹¹¹,

¹⁰⁹ Caldas, Marta (2015), *Op. cit.*, p. 116.

¹¹⁰ Rothmann, Gerd Willi (2015). *Afinal, o planejamento tributário pode ser criminoso?*. Tributação brasileira em evolução: estudos em homenagem ao professor Alcides Jorge Costa. São Paulo: Editora IASP, p. 676.

¹¹¹ Vale ressaltar que alguns autores brasileiros não concordam com essa premissa e entendem ser a elisão uma conduta ilícita, principalmente porque a expressão tem por significado, segundo o Dicionário de Português Online - Léxico: “1. Ato de eliminar algo; realizar a elisão de; 2. Ação de omitir”. Nesse sentido, ver: Machado, Hugo de Brito (2001). *A Norma Antielisão e o Princípio da Legalidade – Análise Crítica do Parágrafo Único do Art. 116 do CTN. O Planejamento Tributário e a Lei Complementar 104*. São Paulo: Dialética, p. 115; e Tôres, Heleno Taveira (2003). *Direito Tributário e Direito Privado: autonomia privada; simulação; elusão tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 188.

igual interpretação não compartilha Portugal¹¹² e a União Europeia. Tanto que, em 12/07/2016, fora promulgada a Directiva (UE) 2016/1164 do Conselho, que, clamando por imperativos de equidade, soberania fiscal, e tributação justa e eficaz, traça planos de combate e desencorajamento às condutas elisivas, a fim de não causar a erosão da base tributária.

Além do mais, há que se notar que ainda nas fundamentações da Directiva, em seu nº 3, é possível perceber o tratamento que a comunidade europeia confere às elisões fiscais, uma vez que as caracteriza como tipo de planejamento fiscal agressivo, cujas práticas devem ser hostilizadas.

Compartilhando o mesmo entendimento, o professor e doutrinador português José Casalta Nabais¹¹³ esclarece que a elisão fiscal constitui espécie de evasão fiscal quando compreendida em seu sentido amplo, haja vista se tratar de um tipo de abuso da liberdade tanto de planejamento tributário quanto de gestão fiscal.

Portanto, respeitadas as distinções de entendimento entre Brasil e Portugal sobre o assunto, a elisão fiscal é um importante e usual instrumento de planejamento tributário utilizado atualmente pelos contribuintes, merecendo destaque a linha tênue que a distingue do instituto da elusão fiscal.

Dizemos isso porque, enquanto a elisão fiscal busca a evitação tributária por meio de métodos lícitos, viáveis e eficazes para a diminuição da carga tributária (segundo o entendimento predominante no Brasil), a elusão fiscal utiliza meios que, embora sejam lícitos, buscam ocultar a ocorrência do fato gerador ou os reais elementos da obrigação tributária através de atos de simulação, fraude à lei, dentre outros desprovidos de causa jurídica.

¹¹² Para mais detalhes acerca da distinção que Portugal faz entre planeamento fiscal e elisão fiscal, recomenda-se a leitura do subtópico “2.2. *O pomo da discórdia: a fronteira entre planejamento fiscal e elisão fiscal*”, em: Santos, António Carlos (2009), *Op. cit.*, p. 74 e 75.

¹¹³ Casalta Nabais, José (2005). *Avaliação Indirecta e Manifestações de Fortuna na Luta Contra a Evasão Fiscal*. Faro: “Tourism & Management Studies”, Encontros Científicos, Vol. 1, p. 163.

CAPÍTULO 3 - O REGIME DA NEUTRALIDADE FISCAL

3.1 - Conceito

Constituído em contraposição às regras gerais de tributação, o Regime da Neutralidade Fiscal foi originado diante da necessidade de se criar um sistema que afastasse (ou reduzisse) eventuais óbices tributários no desenvolvimento das atividades econômicas e comerciais, e, em um contexto mais específico - objeto de estudo do presente trabalho -, das operações de reestruturação empresarial, motivadas por razões econômicas válidas.

A propósito, dentre os potenciais obstáculos que o regime busca afastar, podemos citar, por exemplo, o aumento da despesa fiscal, que serviria como desestímulo à prática de reorganizações comerciais – que já é, por si só, demasiadamente dispendiosa. Ou seja, o que se busca é não inviabilizar a adoção das reorganizações por motivos meramente fiscais.

Segundo lições trazidas por Abílio Rodrigues¹¹⁴, o Regime da Neutralidade, aplicável aos casos que se enquadrem nos pressupostos exigidos por lei, permite que a operação comercial realizada não seja onerada fiscalmente, o que ocorre por meio do diferimento da tributação. O autor ainda esclarece que no caso da neutralidade, a vantagem fiscal concedida não constitui uma isenção tributária, mas sim um diferimento no recolhimento do tributo, de modo que ele seja arrecadado em um segundo e posterior momento, tanto na esfera dos sócios (pessoas físicas ou jurídicas) quanto das sociedades envolvidas.

E quando se fala em ‘diferimento da tributação’ (aqui compreendida não só como a dilatação da arrecadação tributária, mas também na concessão de outros tipos de

¹¹⁴ Rodrigues, Abílio (2020). *A neutralidade fiscal na cisão de participações*. Vida Judiciária. Porto: Vida Económica - Editorial S.A., nov. / dez., nº 217, p. 48.

benefícios¹¹⁵⁾¹¹⁶ significa dizer que haverá, num momento futuro, a tributação definitiva¹¹⁷ dos rendimentos, lucros e mais-valias. Inclusive, há que se destacar que essa ulterior tributação será devida *quando e se* ocorrer a alienação dos elementos patrimoniais obtidos pela empresa beneficiária ou por meio da cessão de suas quotas/ações societárias no futuro, isto é, ao ser efetivamente materializado o ganho percebido pela sociedade cessionária com a reorganização.

Em complemento ao conceito trazido alhures, António Xavier, Isabel Fidalgo e José Montenegro¹¹⁸ elucidam que “*a estas operações, portanto, curvando-se perante as razões económicas válidas que normalmente estão em sua base, o legislador faculta um conjunto de disposições que visam anular as consequências fiscais que, em condições normais, lhes estariam associadas, em nome de interesses extrafiscais como o do fortalecimento ou da <<competitividade do tecido empresarial>>*”.

É importante ressaltarmos que este regime especial não deve ser compreendido como espécie de incentivo à realização das operações de reestruturação, mas também não deve servir de modo a impedir a prática de tais modificações estruturais.

Portanto, o que se buscou na constituição de tal modelo foi não aumentar os custos na realização de reorganizações empresariais que sejam planeadas, exclusivamente, por motivos econômicos e financeiros válidos. Ou seja, pretendeu-se que, a partir de referido regime, os normativos tributários não influenciassem na decisão dos gestores em praticar ou não a reestruturação empresarial.

¹¹⁵ A exemplo da dedução dos prejuízos fiscais das sociedades fundidas ou cindidas.

¹¹⁶ Cabe-nos destacar, neste ponto, que as vantagens concedidas por intermédio do Regime Fiscal da Neutralidade nas operações de reestruturação constituem benefícios estruturais e não benefícios fiscais. De acordo com Carlos Baptista Lobo, isso se dá porque: “*i) não existe norma primária de incidência; ii) não existe qualquer facto tributável; iii) não ocorre qualquer liquidação empresarial; iv) não existe qualquer transmissão patrimonial; e v) não existe qualquer interesse extrafiscal*”. Portanto, como classificado pelo próprio autor, os estímulos conferidos por esse modelo possuem natureza jurídica de um desagravamento estrutural, não constituindo, de forma alguma, um benefício fiscal. (Baptista Lobo, Carlos [2006]. *Neutralidade Fiscal das Fusões: Benefício Fiscal ou Desagravamento Estrutural? Corolários ao Nível do Regime de Transmissibilidade de Prejuízos*. Revista Fiscalidade. Lisboa: Revista de Direito e Gestão Fiscal, nº 26/27, jul. / set., p. 53).

¹¹⁷ Nas exatas palavras de Margarida Reis *et al.*, “*o Estado abdica da sua receita fiscal porque, mas apenas porque, reconhece que a eficiência organizacional das empresas é um valor extrafiscal superior aos seus interesses creditícios e ao princípio da justa repartição dos encargos fiscais*” (Reis, Margarida *et al.*, [2019]. *Tributação de Rendimentos: IRC - 2019*. Série: Formação Contínua. Coord. Margarida Reis. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, p. 159).

¹¹⁸ Xavier, António Lobo; Fidalgo, Isabel Santos; & Montenegro, José Maria (2013). *A cisão-fusão e o relevo fiscal da atribuição de participações aos sócios das sociedades cindidas - reflexões sobre o regimento previsto nos artigos 73º e seguintes do Código do IRC*. In Estudos em homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, vol. I. Coimbra: Almedina, p. 197.

E, ainda, será desconsiderada pela Autoridade Tributária toda operação que tiver como uma das motivações ou como motivação exclusiva a obtenção de vantagens fiscais (de minoração ou afastamento no recolhimento de tributos) por meio desse regime fiscal mais favorável, além de serem aplicadas, como penalidades, tanto a revogação (ou a não concessão do benefício) quanto o Regime Geral de Tributação (o que pode acabar acarretando custos muito maiores).

Ademais, importa-nos consignar que as operações de reestruturação possuem um caráter neutro do ponto de vista fiscal, uma vez que as sociedades beneficiárias subsistem no mercado econômico, apesar de não obterem vantagens pecuniárias ou patrimoniais imediatamente à realização da reorganização, razão pela qual a aplicação de um regime de tributação especial e diferenciado é mais do que necessário para não impedir a sua adoção.

Aliás, as aplicações do Regime da Neutralidade Fiscal às operações de reestruturação empresarial não são realizadas de forma automática (artigo 78, nº 1 do CIRC), motivo pelo qual o interessado deverá requerer a concessão dos benefícios junto à Autoridade Tributária, caso preencha os pressupostos legais para tanto.

3.2 - Diferenças entre o Regime especial da Neutralidade Fiscal e o Regime Geral de Tributação

As operações de reestruturação empresarial são muito importantes no contexto da dinâmica negocial, porque é um dos meios utilizados pelos gestores para garantir a sobrevivência das empresas e que lhes permite crescer diante da volatilidade do mercado econômico.

Assim, seja visando atingir uma maior eficiência na percepção de lucros, seja buscando reprimir possíveis déficits e problemas financeiros que a sociedade eventualmente estaria enfrentando, as reorganizações empresariais surgem, muitas vezes, como medidas estratégicas de melhoria no desempenho da empresa ou como salvaguarda de sua subsistência.

De acordo com o Regime Geral de Tributação (RGT) estatuído pelo artigo 46, nº 5, alínea ‘c’ do CIRC¹¹⁹ (Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas), para

¹¹⁹ SUBSECÇÃO VI - Regime das mais-valias e menos-valias realizadas

fins fiscais, consideram-se transmissões onerosas todos os resultados obtidos na fusão, cisão ou entrada de ativos com a sociedade dissolvida. Isto significa dizer que todo o patrimônio (ativo e passivo) alcançado pela sociedade beneficiária em uma operação de reestruturação, bem como as mais-valias obtidas, serão, via de regra, tributados pelo Fisco.

A propósito, a tributação das reorganizações empresariais, no caso de aplicação do Regime Geral, se dá pela diferença entre o valor de transmissão do patrimônio e o valor de aquisição que foi registrado na contabilidade da sociedade cedente, haja vista que, como dito acima, para fins tributários, considera-se como sendo feita uma alienação real entre empresas e, portanto, onerosa.

Já no Regime da Neutralidade Fiscal, como visto, desde que presentes os pressupostos exigidos por lei¹²⁰, de forma a não impedir - mas também não incentivar - esse tipo de operação, entendeu-se pela necessidade do diferimento da tributação aplicável (que poderá vir a incidir num futuro momento, quando e se houver a transmissão do patrimônio ou a cessão das quotas sociais da sociedade beneficiária) e pela concessão de outras prerrogativas fiscais.

Aliás, dentre os incentivos concedidos pelo regime especial, podemos citar, de forma exemplificativa, o diferimento da tributação das mais-valias, a transmissão dos prejuízos fiscais e a transmissão dos benefícios fiscais e dedutibilidade dos gastos de financiamento em Portugal, e a isenção de alguns tributos no Brasil, como o ICMS¹²¹ e o ITBI¹²², situações estas pormenorizadas nos tópicos subsequentes.

Todavia, há que se destacar que o Regime da Neutralidade Fiscal não é aplicável a todo e qualquer tipo de operação de reestruturação empresarial, estando restrito, por exemplo, em Portugal, apenas às operações de fusão, cisão, entrada de ativos e permutas de

Artigo 46.º - Conceito de mais-valias e de menos-valias

(...)

5(*) — Consideram-se transmissões onerosas, designadamente:

(...)

c*) A transferência de elementos patrimoniais no âmbito de operações de fusão, cisão ou entrada de ativos, realizadas pelas sociedades fundidas, cindidas ou contribuidoras;

¹²⁰ De forma a exemplificar as exigências legais, podemos citar a determinação de que os elementos patrimoniais recebidos pela sociedade adquirentes, para efeitos fiscais, possuam os mesmos valores das sociedades adquiridas anteriormente à operação (artigo 74, n.º 3 do CIRC).

¹²¹ Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

¹²² Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI).

partes sociais (artigo 73, nºs 1 a 5 do CIRC)¹²³, transfronteiriças ou praticadas em âmbito interno¹²⁴.

Portanto, percebemos que caso o Regime Geral de Tributação fosse aplicável às operações de reestruturação empresarial que são objeto de estudo deste trabalho, haveria uma espécie de desestímulo quanto às suas realizações, seja porque os potenciais ganhos decorrentes da reorganização não são imediatos - o que traria muito mais custos do que benefícios -, seja porque eventuais ganhos poderiam ser suprimidos com a tributação que incidiria sobre a transmissão do patrimônio e consequentes mais-valias.

3.3 - Efeitos do Regime da Neutralidade Fiscal nas operações de reestruturação empresarial em Portugal

3.3.1 - Diferimento da tributação das mais-valias

Em Portugal, um dos efeitos do Regime da Neutralidade Fiscal sobre as operações de reestruturação empresarial de fusão, cisão e entrada de ativos é o diferimento da tributação das mais-valias.

Nos termos do CIRC português, o termo ‘mais e menos-valias’ corresponde, respectivamente, aos “*ganhos obtidos ou as perdas sofridas mediante transmissão onerosa, qualquer que seja o título por que se opere, e, bem assim, os decorrentes de sinistros ou os resultantes da afetação permanente a fins alheios à atividade exercida (...)*” (artigo 46, nº 1 do CIRC).

Ou seja, as mais-valias correspondem ao resultado positivo (lucro ou ganho) alcançado a partir do cálculo das diferenças entre o valor de aquisição do acervo patrimonial e o valor de venda dos mesmos.

¹²³ A explicação para essas quatro operações terem sido eleitas para se beneficiarem do Regime da Neutralidade Fiscal é a de que na fusão, cisão, entrada de ativos e permuta de partes sociais o controle da empresa beneficiária é mantido pelos sócios da empresa cedente, “*ou seja, todas elas são operações em que efetivamente os proprietários não desinvestem nem a empresa se desagrega*” (Reis, Margarida *et al.* [2019], *Op. cit.*, p. 159).

¹²⁴ Casalta Nabais, José (2018). *Considerações sobre o regime fiscal da reorganização empresarial*. Academia Brasileira de Direito Tributário. São Paulo: Revista Tributária e de Finanças Públicas, v. 136, ano 26, p. 158.

Assim, se for aplicado o Regime Geral de Tributação – que, sendo o principal, incide, via de regra, sobre toda e qualquer transmissão onerosa de patrimônio -, as mais-valias apuradas serão, necessariamente, abrangidas no cálculo do lucro tributável, haja vista se entender que, neste caso, terá se operado uma alienação real, com a obtenção de vantagens a partir dos resultados adquiridos com a sociedade dissolvida.

Sucedo que a aplicação do Regime da Neutralidade Fiscal (enquanto exceção do Regime Geral) afasta a incidência da tributação das mais-valias resultantes das operações de fusão, cisão ou entrada de ativos, diferindo¹²⁵ a sua cobrança para um momento ulterior.

A propósito, compete-nos salientar que o diferimento quanto à arrecadação das mais-valias deve ser considerado sob dois aspectos: o da transmissão de elementos patrimoniais e o da transmissão de participações sociais.

Segundo o que orientam os n.ºs 1 e 4 do artigo 74 do CIRC, observamos que eventuais resultados obtidos a partir da ‘transferência do patrimônio da sociedade cedente à sociedade beneficiária’ na fusão, cisão ou entrada de ativos, serão desconsiderados pela Autoridade Tributária portuguesa, a fim de que sobre eventuais mais-valias alcançadas não venha a incidir a respectiva tributação.

Aliás, a suspensão da exigibilidade do tributo cabível só será aplicável quanto às variações positivas eventualmente observadas no momento da realização de uma das operações de reestruturação acima indicadas, não sendo assegurada a dilação da arrecadação tributária se o ativo for transferido posteriormente a um terceiro (momento em que o Fisco, finalmente, receberá pelos tributos que desconsiderou inicialmente).

A principal explicação que pode ser atrelada ao adiamento da incidência tributária das mais-valias nas situações expostas tem a ver com os altos custos que as reorganizações empresariais envolvem, somado ao fato de os resultados e proveitos econômicos não serem imediatos. Assim, se além de todos os gastos e demora na percepção de lucros ainda fossem imputados às sociedades beneficiárias a arrecadação das mais-valias apuradas, tais circunstâncias serviriam como óbice à realização das operações de reestruturação empresarial, o que o Regime da Neutralidade Fiscal visa evitar.

¹²⁵ Nesse ponto, reforçamos que o diferimento da tributação não pode ser entendido como espécie de isenção ou exclusão tributária, haja vista que o Estado Fiscal não abdica do recolhimento dos tributos cabíveis, mas, por entender que no ato das operações de reestruturação os ônus e gastos para a sociedade beneficiária são muito altos, somados aos resultados e proveitos que não são imediatos, prefere postergar o seu recolhimento para o momento em que o patrimônio ou as participações sociais forem alienadas a terceiros.

Evidenciamos, também, que para a obtenção do benefício estrutural indicado nas linhas anteriores, devem ser observados os pressupostos subjetivos expostos nas alíneas do artigo 74, nº 1 do CIRC¹²⁶, além de ser considerado, para efeitos fiscais, que os elementos patrimoniais transferidos à sociedade beneficiária possuem o mesmo valor que tinham antes da realização das operações, isto é, do que constava nos balanços contabilísticos da sociedade cedente (artigo 74, nº 3 do CIRC).

Já no que diz respeito ao diferimento da tributação das mais-valias oriundas das ‘atribuições de participações sociais das sociedades beneficiárias’, há que se dizer que, de um modo geral, os aspectos observados na transmissão patrimonial também lhe é aplicável. Seja porque naquela também há a exigência legal de que as novas participações sociais possuam o mesmo valor contábil declarado pela sociedade cedente antes da realização da operação, seja porque, do mesmo modo, serão desconsideradas eventuais mais-valias consistentes na diferença das antigas participações societárias com as atuais, acarretando o diferimento da tributação para um momento ulterior (*quando e se* as quotas forem alienadas a terceiros).

O interessante a ser destacado, nesse ponto, é a preocupação que o legislador português teve ao, reconhecendo as diferenças e individualidades de cada operação de reestruturação abrangida, abordar o instituto de maneira específica à fusão (artigo 76, nº 1 do CIRC), à cisão (artigo 76, nº 3 do CIRC), à entrada de ativos (artigo 74, nº 5 do CIRC) e à permuta de partes sociais (artigo 77, nº 1 do CIRC).

Vale notar, ainda, que o diferimento da tributação também se aplica aos casos de anulação das partes sociais expostas nos nº 6 e 7 do artigo 74 do CIRC¹²⁷, quando a sociedade

¹²⁶ Art. 74.º - Regime especial aplicável às fusões, cisões e entradas de ativos

1- (...) desde que se trate de:

a) Transferência efetuada por sociedade residente em território português e a sociedade beneficiária seja igualmente residente nesse território ou, sendo residente de um Estado membro da União Europeia, esses elementos sejam efetivamente afetos a um estabelecimento estável situado em território português dessa mesma sociedade e concorram para a determinação do lucro tributável imputável a esse estabelecimento estável; b) Transferência para uma sociedade residente em território português de estabelecimento estável situado neste território de uma sociedade residente noutro Estado membro da União Europeia, verificando-se, em consequência dessa operação, a extinção do estabelecimento estável; c) Transferência de estabelecimento estável situado em território português de uma sociedade residente noutro Estado membro da União Europeia para sociedade residente do mesmo ou noutro Estado membro, desde que os elementos patrimoniais afetos a esse estabelecimento continuem afetos a estabelecimento estável situado naquele território e concorram para a determinação do lucro que lhe seja imputável; d) Transferência de estabelecimentos estáveis situados no território de outros Estados membros da União Europeia realizada por sociedades residentes em território português em favor de sociedades residentes neste território.

¹²⁷ Artigo 74.º - Regime especial aplicável às fusões, cisões e entradas de ativos

(...)

beneficiária detém a participação no capital social das sociedades fundidas ou cindidas, e quando a sociedade fundida detém uma participação no capital social da sociedade beneficiária. Aplicando o Regime da Neutralidade a casos como estes, não serão contabilizadas - para fins de formação do lucro tributável - as mais ou menos-valias que resultem da anulação das partes de capital¹²⁸ que detinham em razão da realização da operação.

Por fim, é importante ressaltar que o diferimento da tributação das mais-valias, nos termos da legislação portuguesa vigente, apenas abarca os elementos patrimoniais transferidos e as participações sociais recebidas em razão da reestruturação. Isso significa que eventuais quantias em dinheiros percebidas pelos sócios da sociedade cedente como contraprestação da operação realizada serão tributadas normalmente a título de IRS¹²⁹ ou IRC¹³⁰, por não serem aplicáveis os estímulos da neutralidade fiscal neste caso (artigo 76, n.º 2 e artigo 77, n.º 3, ambos do CIRC).

3.3.2 - Transmissão de prejuízos fiscais

A realização de uma operação de reestruturação empresarial implica na sucessão de direitos e obrigações, parcial ou integral (a depender da modalidade adotada), da sociedade cedente (fundida, cindida ou colaboradora) para a sociedade beneficiária (adquirente). Portanto, se a primeira sociedade (deficitária) não pudesse transferir à segunda (superavitária) a possibilidade de dedução dos prejuízos fiscais, a situação se tornaria demasiadamente onerosa à sociedade adquirente, que deixaria de promover a reorganização com sociedades que tivessem o saldo fiscal negativo justamente pelo alto custo que teriam que assumir em tal hipótese.

6 - Quando a sociedade beneficiária detém uma participação no capital das sociedades fundidas ou cindidas, não concorre para a formação do lucro tributável a mais-valia ou a menos-valia eventualmente resultante da anulação das partes de capital detidas naquelas sociedades em consequência da fusão ou cisão.

7 - Quando a sociedade fundida detém uma participação no capital da sociedade beneficiária, não concorre para a formação do lucro tributável a mais-valia ou a menos-valia eventualmente resultante da anulação das partes de capital detidas nesta sociedade em consequência da fusão ou da atribuição aos sócios da sociedade fundida das partes sociais da sociedade beneficiária.

¹²⁸ As mais-valias alcançadas nas hipóteses do artigo 74, n.º 6 e 7, são consideradas, para fins fiscais, como se tratando de transmissões onerosas (artigo 46, n.º 5, alíneas 'd' e 'e' do CIRC).

¹²⁹ Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS).

¹³⁰ Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC).

Aliás, a transmissibilidade dos prejuízos fiscais constitui um dos desagravamentos mais importantes atribuídos pelo Regime da Neutralidade Fiscal, até por uma questão de justiça, permitindo, com a dedutibilidade aplicada, a diminuição do valor de imposto que deverá ser recolhido pelo sujeito passivo.

Para a formação do lucro tributável, faz-se necessário o cálculo, dentro de um determinado período de tributação, da diferença entre os ganhos, rendimentos e outras variações positivas e os gastos, perdas e demais variações negativas de determinada empresa¹³¹. Se deste cálculo resultar um saldo negativo, então estaremos diante de uma situação de prejuízo fiscal.

De acordo com a legislação vigente, a possibilidade de dedução dos prejuízos fiscais ao lucro tributável é uma realidade estabelecida pelo próprio Regime Geral (artigo 52 do CIRC), e oportuniza ao sujeito passivo que obtiver o resultado fiscal negativo apurado em determinado período de tributação a compensação deste saldo nos exercícios seguintes (quando o saldo for positivo), até o máximo de cinco períodos.

Contudo, às operações de reestruturação empresarial que forem abrangidas pelo Regime da Neutralidade Fiscal são asseguradas condições especiais quanto aos prejuízos fiscais, eis que se permite a transmissão do saldo fiscal negativo apurado na sociedade cedente à sociedade beneficiária, para fins de dedutibilidade do lucro tributável (artigo 75 do CIRC).

De todo modo, para a concessão de tal prerrogativa, faz-se necessária, inicialmente, a observância dos termos e condições estatuídos pelo regramento geral (artigo 52 do CIRC). Não bastasse isso, são limitações impostas pela lei para fruição do benefício: a) que a dedução seja realizada até certo limite (não pode exceder a 70% do respectivo lucro tributável - artigo 52, n.º 2 do CIRC); b) que seja realizada dentro de determinado prazo (de um a cinco períodos de tributação posteriores); c) e desde que os prejuízos fiscais sejam imputáveis ao patrimônio transferido e não tenham sido totalmente abatidos pela sociedade cedente.

Há que se falar, ainda, que apesar de o artigo 75, n.º 1 do CIRC prever a aplicação da prerrogativa apenas às fusões, o n.º 3 do mesmo artigo amplia os efeitos do benefício também aos outros tipos de operações em situações bem pontuais, como é o caso das cisões que

¹³¹ Anselmo Torres, Manuel (2009). *A portabilidade dos prejuízos fiscais*. In 'Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal'. Coord. e org. J. L. Saldanha Sanches, Francisco de Sousa da Câmara e João Taborda da Gama. Coimbra: Coimbra Editora, p. 111.

acarretam a extinção da sociedade cindida, ou nos casos de transferência do estabelecimento estável na fusão, cisão ou entrada de ativos.

3.3.3 - Transmissão dos benefícios fiscais e dedutibilidade dos gastos de financiamento

Para o caso de a sociedade fundida ser detentora de benefícios fiscais, o CIRC prevê a possibilidade de transmissão de tais prerrogativas à sociedade beneficiária, desde que a sociedade adquirente preencha os requisitos para a concessão dos incentivos que pretende usufruir, bem como se aplique ao caso o Regime da Neutralidade Fiscal (artigo 75-A, nº 1 do CIRC).

A propósito, da mesma forma que se admite a transferência dos benefícios fiscais, o mesmo regramento também permite que eventuais gastos de financiamento líquido das sociedades fundidas, não deduzidos por ela até a data da operação, sejam transferidos às sociedades beneficiárias, desde que ao caso seja aplicável o Regime na Neutralidade Fiscal e desde que se observe os prazos e as condições previstos em lei para tanto (artigo 75-A, nº 2 do CIRC).

Aliás, apesar de os nº 1 e 2 do artigo 75-A do CIRC direcionarem a aplicação da transmissão dos benefícios fiscais e da dedutibilidade dos gastos de financiamento às operações de fusão, o nº 3 do mesmo artigo é o responsável por estender a aplicação do normativo também às operações de cisão ou entrada de ativos, com a ressalva de que, nestas, faz-se imprescindível a apresentação de requerimento escrito do interessado e a autorização do membro do Governo responsável pelas finanças.

3.3.4 - Outros benefícios concedidos por Portugal

De forma bem simplista, importa-nos falar que as vantagens fiscais apontadas nos subtópicos antecedentes não são suficientes para esgotar os benefícios atribuídos pelo Regime da Neutralidade Fiscal a determinados tipos de operações de reestruturação empresarial.

Assim, apenas a título elucidativo, além das hipóteses previstas no CIRC, vale lembrar a concessão de benefícios fiscais que conferem a possibilidade de isenção do Imposto Municipal sobre Transmissões onerosas de imóveis (IMT), do Imposto de Selo (IS) e de emolumentos e outros encargos legais em casos bem pontuais, nos termos do artigo 60 do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF).

De todo modo, destacamos que o alcance das prerrogativas conferidas em lei demanda um criterioso quadro de especificidades (vide artigo 60, n^{os} 1, 2 e 5 do EBF), onde os benefícios só serão concedidos se rigorosamente cumprido todos os requisitos apresentados.

3.4 - Prerrogativas concedidas pelo Brasil às operações de reestruturação empresarial

No Brasil, não há expressamente definido um Regime Fiscal especial às operações de reestruturação, tal qual ocorre em Portugal e demais países da União Europeia. Inclusive, apesar de o ordenamento jurídico brasileiro contar com o Princípio da Neutralidade Fiscal, este diz respeito apenas à intenção de que a arrecadação tributária influencie o mínimo possível na tomada de decisões dos agentes econômicos, mas, em termos de legislação, este princípio não é significativamente alcançado.

Diante disso, verificamos que são poucos os incentivos fiscais atribuídos pelo Brasil às sociedades que decidem se reestruturar, cujos benefícios são concedidos em situações esporádicas e muito específicas, como expomos a seguir.

3.4.1 – Possibilidades de isenções tributárias

Nos termos da legislação brasileira, podemos encontrar a isenção tributária prevista pelo artigo 156, §2^o da Constituição da República Federativa do Brasil, corroborado pelo artigo 36, inciso II do Código Tributário Nacional brasileiro, segundo o qual o Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) não incidirá quando a transferência dos bens for

realizada por ocasião da realização da incorporação ou fusão de uma pessoa jurídica por outra ou com outra¹³².

Outro tipo de prerrogativa fiscal atribuída pelo ordenamento brasileiro diz respeito à não incidência do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre as operações realizadas e que importem na transferência do estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie (artigo 3º, inciso VI da Lei Complementar nº 87 de 1996).

Para além dessas hipóteses, também encontramos o benefício atribuído às reorganizações no que compete ao Imposto sobre Produto Industrializado (IPI), conforme entendimento expresso pelo Parecer Normativo COSIT¹³³ nº 24, de 28/11/2013.

Segundo o posicionamento adotado pelo COSIT, não ocorrerá o fato gerador do IPI quando houver a transferência da propriedade de produtos (capital de bens do ativo imobilizado, produtos acabados e matérias primas) para a nova sociedade (admitindo-se, portanto, a aplicação do instituto às fusões, cisões totais e incorporações), desde que os objetos não saiam do estabelecimento (local físico) que se encontravam antes da operação. Ou seja, se apesar da constituição de uma nova pessoa jurídica forem mantidos os produtos cedidos no mesmo local que a sociedade adquirida os mantinha, não haverá a ocorrência de fato gerador e, portanto, não haverá a incidência do IPI.

3.4.2 – Diferimento da tributação às sociedades tributadas pelo lucro real

Quanto à possibilidade de diferimento da tributação nos casos de reestruturação empresarial, vemos no ordenamento brasileiro uma situação muito específica, estatuída no artigo 518¹³⁴¹³⁵ do Regulamento do Imposto de Renda (RIR) (Decreto nº 9.580 de 2018),

¹³² Nos termos da lei, essa isenção só não será possível se a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda de bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

¹³³ Coordenação-Geral de Tributação (COSIT), que é o órgão da Receita Federal (Autoridade Tributária brasileira) responsável pelo esclarecimento de dúvidas e interpretação da legislação aduaneira e tributária quando solicitada pelo contribuinte. O auxílio prestado pode ser relativo tanto à interpretação da lei quanto às dúvidas sobre a classificação fiscal de determinada mercadoria.

¹³⁴ Art. 518. A contrapartida do aumento do valor de bens do ativo em decorrência de reavaliação na fusão, na incorporação ou na cisão não será computada para determinar o lucro real enquanto mantida em reserva de reavaliação na sociedade resultante da fusão ou da incorporação, na sociedade cindida ou em uma ou mais das sociedades resultantes da cisão.

¹³⁵ Sendo o entendimento expresso por este artigo o mesmo do artigo 37 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, cuja redação é: “*A contrapartida do aumento do valor de bens do ativo em virtude de reavaliação na fusão, incorporação ou cisão não será computada para determinar o lucro real enquanto mantida em reserva de*

segundo o qual não será computado, para fins de tributação do lucro real, o aumento do valor de bens do ativo em decorrência da realização de uma reorganização.

Mas tal estímulo só poderá ser alcançado desde que o eventual ganho de capital apurado seja mantido em reserva de reavaliação da sociedade beneficiária. A esse propósito, segundo lições trazidas por Ricardo J. Ferreira¹³⁶, “*enquanto o bem reavaliado não for alienado, baixado, depreciado, a reavaliação não representará ganho efetivo*”.

3.4.3 – Transmissão de incentivos e benefícios fiscais às incorporações

De acordo com o artigo 233 do RIR¹³⁷, nos casos de incorporação, eventuais incentivos e benefícios fiscais atribuídos à sociedade transmitente por prazo determinado poderão ser transmitidos à sociedade beneficiária por sucessão, desde que esta assim o requeira e desde que sejam observados os demais requisitos expressos em lei.

3.4.4 – Transmissibilidade de prejuízos fiscais

Por fim, há que se falar que, apesar de no Brasil não se admitir que os prejuízos fiscais sejam transmitidos à sociedade beneficiária, a compensação do saldo negativo é possível, em situações extremamente específicas, quando o regime de tributação adotado for o do lucro real e desde que as apurações sejam realizadas para fins de tributação do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) ou da Contribuição Sobre Lucro Líquido (CSLL).

A propósito, referida possibilidade de compensação é limitada ao montante de 30% do lucro real apurado (artigos 42 e 58 da Lei nº 8.981 de 1995, com as alterações dadas pela

reavaliação na sociedade resultante da fusão ou incorporação, na sociedade cindida ou em uma ou mais das sociedades resultantes da cisão”.

¹³⁶ J. FERREIRA, Ricardo. *Contabilidade Avançada e Intermediária*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Ferreira, 2004, p. 330.

¹³⁷ Art. 233. Os incentivos e os benefícios fiscais concedidos por prazo certo e em função de determinadas condições a pessoa jurídica que vier a ser incorporada poderão ser transferidos, por sucessão, à pessoa jurídica incorporadora, mediante requerimento desta, desde que observados os limites e as condições fixados na legislação que institui o incentivo ou o benefício, em especial quanto aos aspectos vinculados:

- I - ao tipo de atividade e de produto;
- II - à localização geográfica do empreendimento;
- III - ao período de fruição; e
- IV - às condições de concessão ou de habilitação.

Lei nº 9.065 de 1995), e a dedução só é cabível no caso da cisão parcial, quando a empresa cindida poderá compensar seus próprios prejuízos, proporcionalmente à parcela remanescente do patrimônio líquido (artigo 33, parágrafo único do Decreto-Lei nº 2.341 de 1987 e artigo 585, parágrafo único do Decreto Lei nº 9.580 de 2018). Ou seja, a sociedade beneficiária que houver se reestruturado por meio da incorporação, fusão ou demais casos de cisão não poderão compensar eventuais prejuízos fiscais da sociedade sucedida¹³⁸ (*caput* deste normativo).

3.5 - Hipóteses de inadmissibilidade do Regime da Neutralidade Fiscal

Conforme mencionado, o Regime da Neutralidade Fiscal, principalmente em Portugal, não é extensível a todo e qualquer tipo de operação de reestruturação empresarial, tampouco pode ser requerido em qualquer hipótese. Aliás, o regime de tributação especial só será deferido em situações pontuais, sem as quais será aplicado o Regime Fiscal Geral.

A primeira possibilidade de inaplicabilidade do Regime da Neutralidade diz respeito aos requisitos materiais exigidos em lei, isto é, com relação aos pressupostos gerais (modalidade, aspectos subjetivos e objetivos) e específicos à cada modalidade de reestruturação.

Quanto aos requisitos gerais, importa-nos falar que, como já mencionado, só poderão se beneficiar da neutralidade fiscal, em Portugal, as quatro operações definidas pelo artigo 73, nºs 1 a 5 do CIRC, a saber: fusão, cisão, entrada de ativos e permuta de participações sociais. Portanto, aquelas reorganizações realizadas e que forem diferentes de tais institutos não poderão obter as prerrogativas do Regime Fiscal especial, sendo-lhes aplicadas as normas do Regime Geral de Tributação.

¹³⁸ Vale a ressalva do entendimento adotado pela doutrina brasileira quanto à possibilidade, no caso de uma incorporação reversa (isto é, com uma sociedade deficitária incorporando uma superavitária), da dedução do prejuízo fiscal, justamente porque, nesse caso, a incorporadora deduziria seus próprios saldos negativos, não havendo que se falar em transmissão dos prejuízos fiscais. Portanto, como não há proibição legal acerca deste assunto e desde que o sujeito passivo proceda com a medida sem o intuito de burlar o Fisco (sem fraude ou simulação), a incorporação reversa é legítima e amplamente aceita. E como na fusão a empresa sucessora sempre será uma nova empresa e na cisão total a sociedade cedente é integralmente extinta, a possibilidade de dedução dos prejuízos fiscais por reestruturações só se aplica às cisões parciais (por expressa previsão legal) e às incorporações reversas (por interpretação extensiva dos juristas). Nesse sentido, ver: Weber, Sérgio Albino Vitória (2008). *Transformação, incorporação, fusão e cisão*. São Paulo: Revista de Negócios - “*Business Review*”, nº 6, set. 2008, pp. 19 e 20.

Do mesmo modo, deverão ser observados os pressupostos subjetivos, isto é, relativos às sociedades envolvidas na operação, sendo determinante o local de sua sede ou direção, conforme exposto no artigo 73, nº 7 do CIRC.

Com relação aos pressupostos específicos a cada tipo de reorganização, podemos citar o hipotético caso de ser atribuído aos sócios de uma sociedade fundida, por exemplo, quantias em dinheiro que excedam 10% do valor nominal (artigo 73, nº 1, alínea ‘a’ do CIRC), ou quando a realização da operação de permutas de partes sociais não visa obter a maioria dos direitos de voto da sociedade adquirida (artigo 73, nº 5 do CIRC). Logo, essas situações que contrariam o normativo legal estabelecido de forma especial a cada operação acabam por inviabilizar a atribuição da Neutralidade Fiscal às operações realizadas, em razão da desatenção dos gestores das sociedades envolvidas quando da sua execução.

O regime também não será admissível quando as operações envolverem a transmissão de navios, aeronaves ou bens móveis afetos à sua exploração para uma entidade (marítima ou aérea) não residente em Portugal (artigo 73, nº 8 do CIRC).

Outras hipóteses de inadmissibilidade do regime que merecem relevo dizem respeito à inobservância de eventuais obrigações acessórias, como a que a sociedade beneficiária e os sócios possuem de preservar o valor de aquisição dos elementos patrimoniais ou das participações sociais, ou no caso de não comunicarem a eleição pelo Regime da Neutralidade Fiscal quando for aplicável, o que também inviabiliza a concessão das prerrogativas a ele afetas.

E, por fim, conforme estatuído pelo artigo 73, nº 10 do CIRC, o regime também não será atribuído às operações de reestruturação que, a despeito de conterem todos os pressupostos subjetivos, objetivos e especiais, tiver por um dos principais intuitos a evasão fiscal, isto é, quando a sua realização não for realizada por razões económicas válidas, caso em que serão aplicadas as normas antiabuso, para fins de atribuição dos efeitos do Regime Geral de Tributação sobre a operação, sem prejuízo da implicação das demais penalidades.

CAPÍTULO 4 – ABUSOS E LIMITES AO REGIME DA NEUTRALIDADE FISCAL: AS NORMAS ANTIABUSO

4.1 - Normas antiabuso: Conceito e efeitos sobre as operações de reestruturações empresariais evasivas ou fraudulentas

Em razão dos possíveis benefícios fiscais concedidos pela lei em casos específicos, algumas sociedades, no uso ilegítimo da liberdade de gestão dos negócios que possuem, por intermédio da prática de meios artificiosos ou fraudulentos na busca pela economia fiscal, cometem abusos de direito e de formas jurídicas, frustrando os objetivos da norma que instituiu tais incentivos.

De modo a repelir este tipo de conduta, o direito da União Europeia, por meio da Directiva Fusões (Directiva 2009/133/CE do Conselho, de 19/10/2009), previu, em seu artigo 15, nº 1, alínea ‘a’, hipóteses em que os Estados-membros poderiam recusar a aplicação do Regime da Neutralidade Fiscal a determinados tipos de reestruturação empresarial ou, ainda, poderiam revogar o benefício a todas as sociedades envolvidas, quando restar evidente que a operação:

“Tem como principal objectivo, ou como um dos principais objectivos, a fraude ou evasão fiscais; o facto da operação não ser executada por razões comerciais válidas como a reestruturação ou racionalização das actividades das sociedades que participam na operação pode constituir uma presunção de que a operação tem como principal objectivo ou como um dos principais objectivos a fraude ou evasão fiscais”.

Portanto, percebemos que no caso de abuso do direito ou das formas jurídicas que visem a poupança fiscal, ainda que a conduta praticada seja formalmente lícita, o intuito elusivo permite à Autoridade Tributária a sua desconsideração, cuja invalidação se baseia em normas específicas, criadas com o propósito de combater a fraude e a evasão fiscal. Tais normas são comumente conhecidas, no mundo jurídico, como normas antiabuso.

Nos termos da legislação brasileira, podemos entender como abuso de direito a figura exposta no artigo 187 do Código Civil vigente, segundo o qual: *“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”.* E por abuso de forma

jurídica, prescreve o artigo 104, inciso IV da legislação civilista: “*A validade do negócio jurídico requer: (...) forma prescrita ou não defesa em lei*”.

Já com relação a possibilidade de anulação do incentivo fiscal alcançado nos casos praticados com abuso de direito, prevê o parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional¹³⁹ brasileiro 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*”.

O grande problema na aplicação do normativo é que apesar de referida redação ter sido incluída em 2001 pela Lei Complementar nº 104, a lei ordinária, que deveria determinar os procedimentos e apresentar os esclarecimentos necessários, não foi criada até a presente data, o que é apontado, por muitos autores, como uma barreira legislativa na aplicação da norma de combate à evasão fiscal. A propósito, a constitucionalidade do instituto está sendo questionada por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.446 de 2001 junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro, mas até o momento não há um resultado definitivo sobre a questão.

Assim, como não há uma autêntica e aplicável norma fiscal antiabuso de caráter geral¹⁴⁰, o ordenamento jurídico brasileiro se vale de preceitos preventivos, estatuídos em casos específicos por legislações esparsas, e no âmbito jurisprudencial, as decisões têm sido no sentido da prevalência da realidade econômica em detrimento da mera forma jurídica¹⁴¹.

¹³⁹ A respeito do artigo 116, parágrafo único do CTN, as considerações feitas por Mariana Esteves da Silva e José Maria Zanuto são de que “*Em que pese, a intenção dos legisladores de criar uma norma geral antielisiva, essa idéia não foi bem sucedida. Isso porque, utilizou-se o legislador de um dispositivo que trata da evasão fiscal para restringir as hipóteses de elisão fiscal*”. (Esteves da Silva, Mariana; & Zanuto, José Maria [2008]. *Planejamento tributário e norma geral antielisiva*. ETIC - Encontro de Iniciação Científica, v. 4, nº 4, p. 14).

¹⁴⁰ Nesse sentido, ver: Leão, Martha (2018). *A (falta de) norma geral antiabuso no direito tributário brasileiro: entre o dever fundamental de pagar tributos e o direito de economizá-los*. Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT). São Paulo: Revista Direito Tributário Atual, nº 40, pp. 552 a 555.

¹⁴¹ Nesse sentido, ver: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) - Apelação Cível nº 70075202218, Des(a). Rel(a): Marilene Bonzanini, 22ª Câmara Cível de Porto Alegre, Julgado em 09/11/2017 e publicado em 13/11/2017, com destaque para o seguinte entendimento: “*(...) pode-se empregar ao caso a interpretação econômica do fato gerador, privilegiando, para efeitos tributários, a essência e os efeitos econômicos em detrimento de elementos meramente formais*”.

Para o Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiro, “*As formas, embora salutares, não podem ser manipuladas pelas partes a fim de "manobrar" junto ao Fisco, permitindo a realização de operações jurídico-processuais e, ainda, por cima, dissimular a ocorrência dos fatos geradores da obrigação tributária*”. (STJ - Agravo em Recurso Especial nº 1426796, Ministro Relator: Sérgio Kukina, publicado em 11/02/2019).

Já em Portugal, o normativo pode ser encontrado tanto em legislações esparsas quanto no artigo 38, nº 2 da Lei Geral Tributária (LGT), cuja redação, *ipsis litteris*, é a seguinte:

“2- As construções ou séries de construções que, tendo sido realizadas com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, sejam realizadas com abuso das formas jurídicas ou não sejam consideradas genuínas, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes, são desconsideradas para efeitos tributários, efetuando-se a tributação de acordo com as normas aplicáveis aos negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica e não se produzindo as vantagens fiscais pretendidas”.

Neste sentido, vale destacarmos que o nº 3 do artigo 38 da LGT indica que os abusos de direito ou das formas jurídicas serão assim caracterizados quando as operações não forem realizadas por razões econômicas válidas, isto é, quando não revelem a substância econômica do ato praticado.

Portanto, a prática de planejamentos tributários abusivos ou agressivos, realizados pelo sujeito passivo visando a obtenção de uma vantagem fiscal não pretendida pelo legislador, de caráter evasivo ou fraudulento, enseja a aplicação de normas fiscais antiabuso, para não só desconsiderar o ato praticado como, também, para fazer incidir sobre o fato o Regime Geral de Tributação pelo qual o contribuinte tentou se esquivar.

E tais normas podem ainda ser aplicadas dentro de um contexto mais genérico, que permite a ampla adoção do instituto aos casos de fuga ao Fisco (normas gerais antiabuso), ou em um caráter mais específico, cujas hipóteses individualizadas estão previstas em leis esparsas (normas especiais antiabuso).

4.2 - Espécies

4.2.1 - Normas Gerais Antiabuso

As normas gerais antiabuso são aquelas estatuídas em caráter genérico e mais flexíveis, que buscam alcançar o maior número de situações hipotéticas possíveis que impliquem na erosão da base tributária, para combatê-las.

Segundo entendimento expresso pelo Supremo Tribunal Administrativo (STA) em Portugal¹⁴², “*As situações que cabem no âmbito da CGAA são aquelas em que são utilizadas formas jurídicas insólitas, absolutamente impróprias, em que há uma total ausência de fins económicos ou, pelo menos, uma total divergência entre o fim económico logrado e o fim para o qual o negócio e/ou a norma mobilizados foram pensados*”.

Nos termos do artigo 38, nº 2 da Lei Geral Tributária, responsável por regulamentar o assunto em Portugal, serão desconsiderados, para fins tributários, os atos praticados pelos contribuintes e que tenham por finalidade principal - ou uma das finalidades principais - o alcance de incentivos fiscais, utilizando-se de meios que frustrem a aplicação e os objetivos da norma, isto é, com o abuso de direito ou das formas jurídicas disponíveis. Ademais, além da anulação do ato praticado, ainda será imputada ao sujeito passivo da obrigação a tributação de acordo com o Regime Geral, não se efetivando os estímulos fiscais pretendidos.

A propósito, um fator essencial na apuração de fatos que visem a prática elisiva, evasiva ou elusiva, é analisar se a operação foi realizada por razões econômicas válidas, ou seja, se o negócio executado possui substância econômica legítima (artigo 38, nº 3 da LGT).

A fim de viabilizar a aplicação do normativo supra indicado, a legislação portuguesa se vale dos procedimentos estatuídos no artigo 63 do Código de Procedimentos e Processo Tributário (CPPT). Sobre referida legislação, destacamos o nº 3 do artigo, que evidencia a necessidade de constatação de que o ato foi praticado com abuso de formas jurídicas, que não tenha sido motivado por razões econômicas válidas ou a finalidade principal (ou uma das principais) foi a obtenção de estímulo fiscal não pretendido pela lei. Inclusive, o normativo ainda prevê a garantia do exercício do contraditório e da ampla defesa pelo contribuinte na apuração das questões (artigo 63, nºs 4 a 7 do CPPT).

Já no que diz respeito ao Brasil, como já adiantado, a norma aplicável, em caráter generalista, é aquela prevista pelo artigo 116, parágrafo único do Código Tributário Nacional (CTN) - que, como dito alhures, pende de eficácia jurídica, posto que foi condicionada aos

¹⁴² Acórdão da 2ª secção do Supremo Tribunal Administrativo no julgamento do processo nº 01869/13.4BEBRG 01152/17, datado de 12/05/2021, de Relatoria da Dra. Suzana Tavares da Silva. Disponível em: < http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/26732fc523c30d72802586d8004e6b60?OpenDocument&ExpandSection=1&Highlight=0,raz%C3%B5es,econ%C3%B3micas,v%C3%A1lidas#_Section1 >. Acesso em 10 out. 2021.

procedimentos que deveriam ser estabelecidos por lei ordinária. E apesar de a constitucionalidade do instituto estar sendo questionada perante o tribunal constitucional brasileiro, o reconhecimento e a anulação do planejamento tributário abusivo e agressivo têm sido efetivados, de maneira geral, por meio da aplicação da primazia da realidade econômica em prejuízo da forma jurídica.

4.2.2 - Normas Especiais Antiabuso

De acordo com as lições trazidas por João Nuno Calvão da Silva¹⁴³, as normas especiais antiabuso “*só se aplicam às situações taxativamente previstas, funcionando de forma rígida e posteriormente à elisão fiscal identificada*”.

Isso significa dizer que esta norma traz situações específicas sob as quais serão aplicadas as penalidades cabíveis caso seja configurada a situação de abuso por parte do contribuinte.

Em Portugal, as normas antiabuso especiais podem ser encontradas em diversos normativos, merecendo relevo aquela direcionada, exclusivamente, às operações de reestruturação empresarial, que são objeto deste trabalho.

Na exata letra da lei, determina o artigo 73, nº 10 do CIRC o seguinte:

“10 - O regime especial estabelecido na presente subsecção não se aplica, total ou parcialmente, quando se conclua que as operações abrangidas pelo mesmo tiveram como principal objetivo ou como um dos principais objetivos a evasão fiscal, o que pode considerar-se verificado, nomeadamente, nos casos em que as sociedades intervenientes não tenham a totalidade dos seus rendimentos sujeitos ao mesmo regime de tributação em IRC ou quando as operações não tenham sido realizadas por razões económicas válidas, tais como a reestruturação ou a racionalização das atividades das sociedades que nelas participam, procedendo-se então, se for caso disso, às correspondentes liquidações adicionais de imposto”.

¹⁴³ Calvão da Silva, João Nuno. *Elisão fiscal e cláusula geral anti-abuso*. Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados. Ano 66 - Vol. II. Set. 2006, pp. 791 a 832.
Disponível em: <<https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-ii-set-2006/doutrina/joao-nuno-calvao-da-silva-elisao-fiscal-e-clausula-geral-antiabuso/>>. Acesso em: 02 out. 2021.

Lembramos que o artigo 73 do CIRC está inserido no Regime Tributário especial da Neutralidade Fiscal aplicável às operações de fusão, cisão, entrada de ativos e permuta de partes sociais.

Assim, a inaplicabilidade da neutralidade fiscal será efetivada pela Autoridade Tributária quando se observar que as operações foram praticadas com o objetivo principal, ou com um dos objetivos principais, de evasão fiscal. E a aferição de tal circunstância será realizada nos casos em que as sociedades intervenientes estejam sujeitas a regimes de tributação distintos ou quando não sejam constatados motivos econômicos válidos para a realização das operações.

Neste aspecto, salientamos que, tal qual claramente elucidado pela norma acima transcrita, o aspecto fiscal pode ser considerado como um motivo econômico válido, desde que realizado nos estritos termos e condições da lei (planejamento tributário lícito). O que nos faz concluir que o preceito em questão não buscou impor às sociedades reestruturantes que se afastassem das razões fiscais ao se decidirem pela realização das operações, mas sim que a decisão pela reestruturação fosse motivada por razões econômicas legítimas, que não se configurasse como uma fuga consciente e dolosa ao Fisco (isto é, condutas evasivas ou elusivas).

No Brasil, o combate às práticas de evasão e elusão fiscais são realizadas de maneira preventiva pela legislação esparsa, que preveem casos singulares que poderão ser desconsiderados pela Autoridade Tributária.

É o caso, por exemplo, dos artigos 60 e 61 do Decreto Lei 1.598 de 1977¹⁴⁴, que presumem a distribuição disfarçada de lucros em determinadas situações, ou do artigo 51 do

¹⁴⁴ Art. 60 - Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica:

I - aliena, por valor notoriamente inferior ao de mercado, bem do seu ativo a pessoa ligada;

II - adquire, por valor notoriamente superior ao de mercado, bem de pessoa ligada;

III - perde, em decorrência do não exercício de direito à aquisição de bem e em benefício de pessoa ligada, sinal, depósito em garantia ou importância paga para obter opção de aquisição;

~~IV - (revogado);~~

IV - a parte das variações monetárias ativas (art.18) que exceder as variações monetárias passivas (art. 18, parágrafo único).

V - empresta dinheiro a pessoa ligada se, na data do empréstimo, possui lucros acumulados ou reservas de lucros;

VI - paga a pessoa ligada a aluguéis, *royalties* ou assistência técnica em montante que excede notoriamente do valor de mercado.

~~VII - (revogado);~~

VII - realiza com pessoa ligada qualquer outro negócio em condições de favorecimento, assim entendidas condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros;

Decreto Lei nº 2.303 de 1986¹⁴⁵, que determina a incidência do Imposto de Renda (IR) sobre todos os ganhos e rendimentos de capital, independente da nomenclatura, natureza, espécie, etc., que lhe seja atribuída, desde que se verifique a ocorrência do fato gerador de referido tributo.

4.3 - As razões económicas válidas

Conforme já exposto neste trabalho, as operações de reestruturação empresarial geralmente são executadas visando a expansão da empresa, ou como alternativa para a sua reedificação e, até mesmo, para se manterem competitivas no mercado financeiro, cada vez mais dinâmico. E as motivações para a realização ou não de uma reestruturação empresarial são as mais variadas possíveis.

De acordo com Raúl Ventura¹⁴⁶, a tomada de decisões para a realização ou não das operações de reestruturação empresarial dependem de vários fatores, entre os quais, podemos citar: econômicos, administrativos, mercadológicos, financeiros, laborais, fiscais e, até mesmo, psicológicos.

Isso significa dizer que a reorganização dos negócios precisa ter um motivo válido para que ocorra, como, por exemplo, a busca de sinergia entre duas empresas objetivando a expansão e o aumento de lucros (caráter financeiro), ou visando o planejamento tributário, por meio do qual se obterá uma economia fiscal lícita (caráter fiscal) e, até mesmo, de manutenção da concorrência, frente à volatilidade do mercado econômico (caráter mercadológico).

Sucedem que, como dito alhures, independente do motivo pelo qual a decisão pela reestruturação empresarial foi tomada, a sua fundamentação deve ter uma razão econômica válida, até porque a ausência de tal requisito poderá evidenciar o caráter evasivo da operação, de modo que a obtenção de benefícios fiscais com a operação será duramente combatida por meio das normas antiabuso.

¹⁴⁵ Art. 51 - Ficam compreendidos na incidência do imposto de renda todos os ganhos e rendimentos de capital, qualquer que seja a denominação que lhes seja dada, independentemente da natureza, da espécie ou da existência de título ou contrato escrito, bastando que decorram de ato ou negócio, que, pela sua finalidade, tenha os mesmos efeitos do previsto na norma específica de incidência do imposto de renda.

¹⁴⁶ Ventura, Raúl (1990), *Op. cit.*, p. 19.

O termo ‘razões económicas válidas’ tem a origem de sua concepção no direito europeu e seu conceito é dotado de indeterminabilidade, eis que não há uma definição precisa do que a expressão realmente significa.

Conforme lições passadas por António Mendes¹⁴⁷, “*a expressão razões económicas válidas traduz a intenção de maximizar os lucros da empresa, aumentando a sua capacidade de gerar proveitos ou reduzir os seus custos, através da reorganização da estrutura empresarial*”.

De forma elucidativa, destacam Margarida Reis *et al.*¹⁴⁸ que a compreensão do instituto deve levar em conta os dois elementos do termo: as razões económica, de um lado, e a sua validade, de outro.

Por ‘razões económicas’ podemos entender todo e qualquer ato que vise a maximização de lucros, haja vista ser este o principal objetivo de uma empresa, o que poderá ser feito por meio do alargamento das rendas percebidas ou através da redução das despesas.

Já com relação à validade de tais razões económicas empresariais, importa analisar se a intenção na prática da reestruturação empresarial é compatível com a intenção do legislador ao instituir as prerrogativas da neutralidade fiscal. Ou seja, se “*as razões económicas que permitem aplicar o regime*” (...) são “*as mesmas razões que levaram os Estados-membros a abdicar da sua receita fiscal*”¹⁴⁹.

Importante lição sobre o assunto é passada pelo professor Doutor José Casalta Nabais, que explica que a verificação das razões económicas empresariais válidas deve ter em conta a forma ou o meio, a vantagem fiscal ou o resultado e a motivação da reorganização realizada. Para referido autor, “*é importante apurar se as operações empresariais de reorganização são minimamente adequadas do ponto de vista microeconómico, dirigidas à melhoria da gestão das sociedades envolvidas através do aumento da eficiência, como do ponto de vista macroeconómico, orientadas para o aumento do potencial competitivo das sociedades ou seus estabelecimentos mediante uma estratégia de crescimento assente em tomar posição em mercados-alvo nacionais ou estrangeiros*”¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Mendes, António Rocha (2016). *IRC e as reorganizações empresariais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, p. 465.

¹⁴⁸ Margarida Reis *et al.* (2019), *Op. cit.*, p. 187.

¹⁴⁹ Idem à nota 148.

¹⁵⁰ Casalta Nabais, José (2018), *Op. cit.*, p. 164.

Aliás, com relação ao ônus da prova na verificação de tais elementos, o artigo 74 da LGT e o artigo 342 do Código Civil português levam a crer que caberá a Administração Tributária provar o abuso de direito ou de forma que alega existir, competindo ao contribuinte, em contrapartida, apresentar todos os elementos possíveis para demonstrar que a operação foi baseada em razões económicas empresariais válidas.

Vale ressaltar que as razões económicas válidas dentro de uma operação de reestruturação empresarial poderão ser comprovadas por meio do projeto da reorganização, que apresente estudo estratégico descritivo para este fim, bem como através de outros estudos económicos, de gestão, concorrenciais, de mercado, de previsão de maximização dos rendimentos, entre outros, de forma a certificar a racionalidade económica da modificação estrutural adotada.

Em termos finais, é possível concluir que a decisão pela execução de uma reestruturação empresarial deveria ser pautada exclusivamente com base em critérios económicos plausíveis, não devendo as medidas tributárias neutras (que conferem determinados privilégios a este tipo de operação) influenciar os contribuintes a praticarem ou não tais reorganizações¹⁵¹.

4.4 - A motivação fiscal nas operações de reestruturação empresarial

O carácter fiscal na decisão pela reestruturação empresarial pode ser compreendido como uma razão económica válida, desde que tal motivo não frustre os objetivos e finalidades das normas que instituíram o Regime da Neutralidade Fiscal, com seus consequentes incentivos.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), na análise do caso *Foggia*¹⁵², asseverou que as operações de reestruturação (representadas, neste caso, pela fusão) podem ser baseadas em diversos objetivos, “entre os quais podem também figurar considerações de natureza fiscal” sendo “susceptível de constituir uma razão económica

¹⁵¹ Ventura, Raúl (1990), *Op. cit.*, p. 37.

¹⁵² Acórdão proferido no processo C-126/10, de 10/11/2011, pela Quinta Secção do Tribunal de Justiça da União Europeia. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010CJ0126&from=PT> >. Acesso em 12 out. 2021.

válida, desde que, no entanto, estas considerações não sejam preponderantes no quadro da operação projectada”.

Ocorre que muitas vezes, ao optar pela realização de uma reorganização, o sujeito passivo visa se beneficiar das vantagens e da economia tributária que o Regime da Neutralidade Fiscal pode lhe conferir, sem a qual a modificação estrutural dos negócios sequer seria pensada ou adotada pelo contribuinte. Em casos como estes, será presumida a prática de evasão e fraude fiscal pelo sujeito passivo da obrigação tributária, haja vista o ato atentatório se encaixar nas hipóteses de fuga ao Fisco por meio do abuso de direito ou das formas jurídicas, sendo aplicáveis as penalidades e sanções cabíveis, previstas em lei.

Assim, apesar de a motivação fiscal poder constituir um motivo válido na decisão pela operação de reorganização, a intenção do sujeito passivo de se alcançar os incentivos fiscais não pode ser a razão predominante ou uma das razões predominantes quando da sua elaboração, de modo que outras razões económicas válidas sejam discriminadas.

A esse respeito, entendeu o Superior Tribunal Administrativo português na análise de um caso concreto¹⁵³ que “(...) *para além das vantagens inerentes a uma operação de fusão,*” (...) “*ponderados os interesses em causa, o que tinha maior peso eram as vantagens fiscais que a A. obteria com a operação em causa*”. E continua: “*O que também legitima a conclusão de que o fim que determinou a realização da operação foi a finalidade fiscal, o aproveitamento dos prejuízos fiscais das incorporadas para diminuir o lucro tributável da incorporante, o que comprova o carácter abusivo da operação*”. Ademais, “*o legislador não quer que o desagravamento fiscal suceda quando se constate que a operação nunca teria tido lugar caso não fossem as vantagens fiscais que proporciona. Ou seja, a operação tem de ter tido uma motivação eminentemente económica, ainda que tal acarrete, de forma associada, a obtenção de uma vantagem fiscal*”.

Assim, nos termos do artigo 15, nº 1, alínea ‘a’ da Directiva Fusões (Directiva 2009/133/CE do Conselho), bem como do artigo 73, nº 10 do CIRC português, não será constituída de razões económicas válidas a operação de reestruturação que tiver sido realizada exclusivamente para obter um dos incentivos fiscais conferidos pelo Regime da Neutralidade Fiscal. Motivo pelo qual, nestes casos, prevalecerá a presunção de que tais

¹⁵³ Acórdão da 2ª Secção do Superior Tribunal Administrativo (STA) no julgamento do processo nº 01852/07.9BCLSB, datado de 14/10/2020, de Relatoria da Dra. Anabela Russo. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/71f7f30f66824a748025860900446e81?OpenDocument&ExpandSection=1&Highlight=0,raz%C3%B5es,econ%C3%B3micas,v%C3%A1lidas#_Section1..>. Acesso em 10 out. 2021.

reorganizações têm como principal objetivo ou como um dos principais objetivos a fraude ou a evasão fiscal, cujos atos serão reprimidos por meio das normas antiabuso mencionadas.

4.5 - A possibilidade (ou não) de um planejamento tributário lícito a partir das operações de reestruturação empresarial apontadas

Por todo o exposto, é possível afirmar que, apesar de não ser o escopo do Regime Fiscal especial atribuído a esses casos, as operações de reestruturação empresarial podem gerar uma economia fiscal legítima ao serem realizadas e, portanto, é sim possível que o contribuinte alcance o planejamento tributário lícito por meio da reorganização dos negócios.

Todavia, o intuito de se obter os incentivos fiscais concedidos às operações de reorganização não podem ser o principal ou um dos preponderantes motivos pelos quais a decisão da reestruturação é tomada, sob pena de o ato ser qualificado como fraude ou evasão fiscal.

Para não incorrer na aplicação das normas antiabuso - que acarretaria a desconsideração do Regime da Neutralidade Fiscal -, o contribuinte deverá reunir lastro probatório suficiente à comprovação dos motivos que o levaram à adoção da reestruturação, de modo a evidenciar que esta teve por fundamento razões econômicas válidas, isto é, um propósito comercial em conformidade com a legislação que instituiu os benefícios fiscais.

De todo modo, se a poupança fiscal alcançada pelo sujeito passivo evidenciar um abuso de direito ou um abuso das formas jurídicas, os incentivos concedidos serão retirados ou negados pela Autoridade Tributária (com embasamento legal nas normas antiabuso), aplicando-se o Regime Geral de Tributação ao caso, sem prejuízo de outras penalidades cabíveis.

CONCLUSÃO

Depois de percorrer as nuances das operações de reestruturação empresarial que podem ser beneficiadas pelos ordenamentos jurídicos português e brasileiro na esfera tributária, foi possível compreender melhor as peculiaridades, distinções e similaridades de cada instituto frente às legislações dos dois países em estudo.

Além do mais, foi possível perceber as principais diferenças entre os planejamentos tributários lícito, abusivo e agressivo, além de suas figuras afins, consistentes na fraude fiscal, simulação, evasão, elusão e elisão tributárias.

No tocante ao Regime da Neutralidade Fiscal, constatamos que este confere um cenário tributário diferenciado à determinados tipos de operação de reestruturação empresarial, permitindo o diferimento da tributação, a transmissão de prejuízos fiscais, a transferência de benefícios fiscais ou a, até mesmo, a isenção tributária, sendo assegurado, ainda, outros estímulos nesta seara.

De todo modo, destacamos que os incentivos conferidos pela Neutralidade Fiscal só podem ser alcançados quando as reorganizações forem pautadas em razões econômicas válidas, assim compreendidas como medidas que, imbuídas em um propósito negocial lícito e almejando a maximização dos lucros, são realizadas em harmonia aos objetivos e propósitos pretendidos pela lei.

Mas no caso de o contribuinte cometer abusos de direito ou de formas jurídicas para a consecução da poupança fiscal por intermédio de tais reorganizações, visando, exclusivamente, alcançar os incentivos fiscais atribuídos pelo regime de tributação especial, tais operações serão presumidas como evasivas, sendo-lhes aplicadas as normas antiabuso e demais penalidade cabíveis.

As normas antiabuso, a despeito de não possuírem essa nomenclatura no ordenamento brasileiro, são de suma importância no combate de fuga ao Fisco e da erosão da base tributária, vez que permitem à Autoridade competente a desconsideração do ato praticado de maneira abusiva, bem como faz incidir sobre a situação os regramentos do Regime Geral de Tributação e todos os seus consectários, que se buscou evitar.

De forma a se precaver, o contribuinte deve realizar a operação de reestruturação de forma consciente e planejada, se resguardando por meio de estudos e documentos que

comproven a substância econômica da decisão pela reorganização, de forma a evidenciar a racionalidade na execução da modificação negocial.

Aliás, importante contributo que o presente trabalho buscou alcançar foi com relação à possibilidade de a motivação fiscal ser considerada como uma razão econômica válida nas operações de reestruturação empresarial, desde que o caráter tributário em questão não frustre os objetivos e as finalidades das normas que instituíram os privilégios fiscais a estas hipóteses. Caso contrário, será evidenciado o caráter evasivo da conduta praticada pelo contribuinte, que será, como dito, reprimida por meio das normas antiabuso e demais sanções aplicáveis.

E tudo isso foi necessário para se concluir que o planejamento tributário lícito na realização de uma operação de reestruturação empresarial é possível de ser concretizado, a despeito de o Regime da Neutralidade Fiscal ter sido instituído pelo ordenamento jurídico europeu no intuito de não evitar – mas também não estimular – a prática de reorganizações estruturais de uma empresa, desde que feito de forma transparente, segura e devidamente documentada.

Por fim, inferimos que a licitude do planejamento tributário em uma operação de reestruturação empresarial será verificada quando: 1) o caráter fiscal não for o motivo principal ou um dos motivos principais na sua realização; 2) a reorganização não tenha por intuito a evasão fiscal, isto é, alcançar uma poupança tributária não pretendida pela lei, caracterizando fuga ao Fisco; 3) a reestruturação seja organizada, planejada e baseada em razões econômicas válidas; 4) ao realizar uma operação deste gênero, o contribuinte não cometa abusos de direito ou de formas jurídicas, frustrando os objetivos e finalidades das normas, para se beneficiar das prerrogativas que o regime da neutralidade confere; e 5) o contribuinte, de forma preventiva e consciente, reúna toda a documentação pertinente e que demonstre a racionalidade econômica na adoção da medida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Anselmo Torres, Manuel (2009). A portabilidade dos prejuízos fiscais. In 'Reestruturação de Empresas e Limites do Planejamento Fiscal'. Coord. e org. J. L. Saldanha Sanches, Francisco de Sousa da Câmara e João Taborda da Gama. Coimbra: Coimbra Editora, p. 111.

Baptista Lobo, Carlos (2006). *Neutralidade Fiscal das Fusões: Benefício Fiscal ou Desagravamento Estrutural? Corolários ao Nível do Regime de Transmissibilidade de Prejuízos*. Revista Fiscalidade. Lisboa: Revista de Direito e Gestão Fiscal, nº 26/27, jul. / set., p. 53.

Baxe, Domingos Salvador André (2010). *A tutela dos direitos dos sócios em sede de fusão, cisão e transformação das sociedades*. Coimbra: Edições Almedina.

Brasil. Código Civil. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>.

Brasil. Código Tributário Nacional. Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

Brasil. Decreto nº 8.506 de 24 de agosto de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8506.htm>.

Brasil. Decreto-Lei nº 1.598 de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1598.htm>.

Brasil. Decreto-Lei nº 2.303 de 21 de novembro de 1986. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del2303.htm>.

Brasil. Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Lei Complementar nº 87 de 13 de setembro de 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm>.

Brasil. Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 1.681 de 28 de dezembro de 2016. Disponível em: < <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=79444>>.

Brasil. Lei nº 8.981 de 20 de janeiro de 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8981.htm>.

Brasil. Lei nº 9.065 de 20 de julho de 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9065.htm>.

Brasil. Lei Antitruste. Lei nº 12.529 de 30 de novembro 2011. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm>.

Brasil. Lei Complementar nº 104 de 10 de janeiro de 2001. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp104.htm>.

Brasil. Lei Complementar nº 128 de 19 de dezembro de 2008. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp128.htm>.

Brasil. Lei das Sociedades Anônimas. Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>.

Brasil. Lei que dispõe sobre o Imposto de Consumo. Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14502.htm >.

Brasil. Regulamento do Imposto de Renda. Decreto nº 9.580 de 22 de novembro de 2018. Disponível em: < https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/51525535/do1-2018-11-23-decreto-n-9-580-de-22-de-novembro-de-2018-51525026>.

Buffelli, Giuliano, *et. al* (2018). *Le Operazioni Straordinarie Delle Società*. Milano: Giuffrè Editora.

Caldas, Marta (2015). *O Conceito de Planejamento Fiscal Agressivo: novos limites ao planejamento fiscal?*. Cadernos IDEFF, nº 18. Coimbra: Almedina, p. 152.

Calvão da Silva, João Nuno. Elisão fiscal e cláusula geral anti-abuso. Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados. Ano 66 - Vol. II. Set. 2006, pp. 791 a 832. Disponível em: < <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-ii-set-2006/doutrina/joao-nuno-calvao-da-silva-elisao-fiscal-e-clausula-geral-antibuso/>>. Acesso em: 02 out. 2021.

Camargos, Marcos Antônio de (2008). *Fusões e aquisições de empresas brasileiras: criação de valor, retorno, sinergias e riscos*. Belo Horizonte: Centro de Pós-Graduação e Pesquisas em Administração.

Caram, Adriana Fernandes Bernardo (2013). *Receita Federal promete mais rigor ao fiscalizar empresas*. O Estado de São Paulo. Economia. São Paulo, 31/03/2012, ano 134, nº 43904. Edição de 0h30, p. 18. Disponível em: < <https://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/20131231-43904-spo-1-pri-a1-not> >. Acesso em: 28 ago. 2021.

Carvalho Martins, António (2006). *Simulação na Lei Geral Tributária e Pressuposto do Tributo*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 15.

Carvalhosa, Modesto (2002). *Comentários à Lei de Sociedade Anônima: Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976*, com modificações das Leis nº 9.457, de 5 de maio de 1997, e nº 10.303, de 31 de outubro de 2001. São Paulo: Saraiva.

Carvalhosa, Modesto (2014). *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 4º volume. Tomo I - arts. 206 a 242. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva.

Casalta Nabais, José (2002). *Estado Fiscal, Cidadania Fiscal e alguns dos seus problemas*. Boletim de Ciências Económicas: Coimbra. Vol. XLV-A, p. 579.

Casalta Nabais, José (2005). *Avaliação Indirecta e Manifestações de Fortuna na Luta Contra a Evasão Fiscal*. Faro: "Tourism & Management Studies", Encontros Científicos, Vol. 1, p. 163.

Casalta Nabais, José (2018). *A erosão das bases tributárias das sociedades*. Boletim Ciências Económicas LXI, Coimbra, p. 305.

Casalta Nabais, José (2018). Considerações sobre o regime fiscal da reorganização empresarial. Academia Brasileira de Direito Tributário. São Paulo: Revista Tributária e de Finanças Públicas, v. 136, ano 26, p. 158.

Catani, Afrânio Mendes (1989). *O que é capitalismo*. Editora Brasiliense. Coleção Primeiros Passos, 28ª ed. São Paulo: 1989.

Cavalcante, Mirquerlam Chaves (2011). *O propósito negocial e o planejamento tributário no ordenamento jurídico brasileiro*. Revista da PGFN (Procuradoria Geral da Fazenda Nacional), Ano 1, Número 1, jan/jun. 2011, p. 144.

Conselho de Administração de Recursos Fiscais (CARF) do Brasil. Recurso Voluntário. Relatora: Gisele Barra Bossa. Processo nº 16682.722364/2016-28. Acórdão nº 1201-003.561, julgamento em 22/01/2020. Disponível em: < <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudencia.jsf?idAcor dao=8119530>>. Acesso em: 26 ago. 2021.

Costa Silva, Francisco; & Neto, Carlos Martins (2007). *A utilização do instituto da incorporação de ações como forma de burlar a exigência legal de OPA para fechamento de capital*. Revista Semestral de Direito Empresarial (RSDE) nº 1, jul. / dez. (pp. 3-45).

Dicionário on-line Michaelis (2014). Reestruturar. Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=reestruturar>>. Acesso em: 22 fev. 2021.

Esteves da Silva, Mariana; & Zanuto, José Maria (2008). Planejamento tributário e norma geral antielisiva. ETIC - Encontro de Iniciação Científica, v. 4, nº 4, p. 14.

Fauceglia, Giuseppe (2013). *Manuale di Diritto Commerciale*. Trasformazione, fusione, scissione. La trasformazione. Ideato da Vincenzo Buonocore. 11ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore.

Fernandes de Oliveira, Antônio (2009). *A legitimidade do Planejamento Fiscal, as Cláusulas Gerais Anti-abuso e os conflitos de interesse*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 14.

Ferreira, Domingos (2017). *Fusões, aquisições, cisões e outras reestruturações de empresas*. Vol. 1. Rei dos Livros: [S.l.].

Filho, Pascoal José Marion; & Vieira, Gisele Magalhães (2010). *Fusões e aquisições (F&A) de empresas no Brasil (1990-2006)*. Revista Administrativa UFSM, Santa Maria, v. 3, n. 1, jan. / abr.

Flores, Maria de la Sierra (2015). *Derechos de Sociedades*. Sociedades de Capital (VIII): Modificaciones estructurales. 2ª ed. Barcelona: Atelier.

Gonçalves, Diogo Costa (2009). *Código das Sociedades Comerciais Anotado*. Coord.: António Menezes Cordeiro. Coimbra: Almedina.

Gonçalves, Diogo Costa (2009). *Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades Comerciais: a Posição Jurídica dos Sócios e a Delimitação Do Statuo Viae*. 1ª ed. Coimbra: Almedina.

Grando, Tadeu. *Fusões e aquisições: um estudo bibliográfico da criação de valor para o acionista*. Revista Innovare, v. 1, n. 1, jan. / dez. 2015, Marau: Editora IFIBE.

Kovács, Ilona [2003]. *Reestruturação empresarial e emprego*. Florianópolis: Perspectiva, v. 21, nº 2.

Lanz, Marta (2010). *Transformação de sociedades - A problemática das transformações heterogéneas*. Revista Direito das Sociedades, ano II, número 1/2. Lisboa: Almedina.

Lázaro, Carlos; Oliveira, José Manuel; & Kroon, Nanja (2014). *Dissolução, liquidação, fusão e cisão de sociedades comerciais (aspectos contabilísticos e fiscais)* (p. 101). Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas.

Leão, Martha (2018). A (falta de) norma geral antiabuso no direito tributário brasileiro: entre o dever fundamental de pagar tributos e o direito de economizá-los. Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT). São Paulo: Revista Direito Tributário Atual, nº 40, pp. 552 a 555.

Linke, Ivanete (2006). *Reestruturação Societária*. CAP Accounting and Management, n. 1, ano 01, vol. 1.

Lobo Silva, Filipi (2016). *As Operações de Reestruturação Empresarial como Instrumento de Planejamento Fiscal*. Coimbra: Edições Almedina.

Lopes, Bruna Luiza Tarnovski *et. al* (2016). *Estudos aplicados de Direito Empresarial*. Coord.: Ana Cristina Kleindienst. São Paulo: Almedina.

Loureiro, Carlos; & Neves, António Beja (2008). *Breve comentário ao recente regime de combate ao planeamento fiscal abusivo*. Revista de Finanças Públicas. Ano 1, Número 2, Verão. p. 54.

- Machado, Hugo de Brito (2001). *A Norma Antielisão e o Princípio da Legalidade – Análise Crítica do Parágrafo Único do Art. 116 do CTN. O Planejamento Tributário e a Lei Complementar 104*. São Paulo: Dialética, p. 115.
- Machado, Hugo de Brito (2010). *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Editora Malheiro.
- Machado Segundo, Hugo de Brito (2013). *Epistemologia, prova e planejamento tributário*. Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal. Ano 6, Número 3. Coimbra: Almedina, p. 135.
- Maçã, Vera Cristina Antunes Costa da Silva (2010). *Fusões e cisões de Sociedades*. Lisboa: Revista de Direito das Sociedades. A. 2, nº 1/2.
- Magalhães, Luís Carlos G., et. al (2003). *Estratégias empresariais de crescimento na indústria farmacêutica brasileira: investimentos, fusões e aquisições, 1988-2002*. Texto para discussão nº 995. Brasília: Instituto de Pesquisa e Economia Aplicada (IPEA).
- Manzano, José Daniel Sánchez [2005]. *Fiscalidad de las operaciones de reestructuración empresarial. Fusiones, escisiones, aportaciones no dinerarias y canje de valores*. [S.I]: Editorial de la Universidad de Granada.
- Mendes, António Rocha (2016). IRC e as reorganizações empresariais. Lisboa: Universidade Católica Editora, p. 465.
- Mendonça, Maria Júlia Ildefonso (2016), *Entrada de ativos e permuta de partes sociais no regime da neutralidade fiscal : uma análise comparativa*. Coimbra: Almedina.
- Mendonça Nogueira, Gabriela Oliveira Justino; Neto, Moisés Ozório de Souza; & Soares, José Mauto Medeiros Veloso (2019). *Planejamento tributário agressivo como forma de capitalização por meio do Refis: um estudo em uma empresa familiar*. Fortaleza: Revista Controle, v. 17, n.2, jul./dez, 2019, p. 265 e 266.
- Menezes Leitão, Luíz Manuel Teles (1993), *Fusão, Cisão de Sociedades e Figuras Afins*. In Fisco, nº 57, set.
- Molina, Elda; & Ernesto, Victorero (2018). *Las fusiones y adquisiciones en la actualidad*. Centro de Investigaciones de Economía Internacional. La Habana.
- Nascimento, Esmeralda; e Trabulo, Márcia (2013). *Contratos comerciais e laborais*. Coimbra: Edições Almedina.
- Nogueira, Eliseu Sampaio (2018). *Planejamento Tributário Abusivo*. Revista Diálogos Acadêmicos, Fortaleza, v. 7, n. 2, jul. / dez., p. 43.
- OCDE (2018). *Study the Role of Tax Intermediaries. Glossary*, p. 87. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/administration/39882938.pdf>>. Acesso em 28 ago. 2021.
- Pereira, Manuel Henriques Freitas (2009). *Fiscalidade*. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, p. 413 e 414.
- Perrotta, Maria Gabriela Venturoti; & Rios Gonçalves, Victor Eduardo (2018). *Direito Empresarial: direito de empresa e sociedades empresárias*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Educação.
- Pimenta, Luciana (2015). *Empresarial para quem Odeia Empresarial*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva.
- Portugal. Decreto-Lei nº 262/1986, de 02 de setembro de 1986. Código das Sociedades Comerciais (CSC). Disponível em: < <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34443975/view> >.
- Portugal. Decreto-Lei nº 215/1989, de 01 de julho de 1989. Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF). Disponível em: < https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34554075/view?p_p_state=maximized >.

Portugal. Decreto-Lei nº 123/1992 que altera o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (CIRC). Disponível em: < <https://dre.pt/pesquisa/-/search/291848/details/maximized> >.

Portugal. Decreto-Lei nº 6/1993, que transpõe a Directiva nº 90/434/CEE, de 23 de julho de 1990, para o ordenamento jurídico português. Disponível em: < <https://dre.pt/pesquisa/-/search/283563/details/maximized> >.

Portugal. Decreto-Lei nº 398/1998, de 17 de dezembro de 1998. Lei Geral Tributária (LGT). Disponível em: < <https://dre.pt/pesquisa/-/search/191558/details/maximized> >.

Portugal. Decreto-Lei nº 29/2008, de 25 de fevereiro de 2008. Disponível em: < <https://dre.pt/pesquisa/-/search/247717/details/maximized> >.

Portugal. Lei nº 15/2001, de 05 de julho de 2001. Regime Geral das Infrações Tributárias (RGIT). Disponível em: < https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/codigos_tributarios/rgit/Pages/regime-geral-das-infraccoes-tributarias-indice.aspx >.

Portugal. Lei nº 19/2009, de 12 de maio de 2009. Disponível em: < <https://dre.pt/pesquisa/-/search/608246/details/maximized> >.

Portugal. Lei nº 19/2012, de 08 de maio de 2012. Disponível em: < <https://dre.pt/pesquisa/-/search/553391/details/maximized> >.

Portugal. Lei nº 2/201, de 16 de janeiro de 2014. Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (CIRC). Disponível em: < <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/64205634/view> >.

Reis, Margarida et al., (2019). Tributação de Rendimentos: IRC - 2019. Série: Formação Contínua. Coord. Margarida Reis. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, p. 159.

Rodrigues, Abílio (2020). A neutralidade fiscal na cisão de participações. Vida Judiciária. Porto: Vida Económica - Editorial S.A., nov/dez de 2020, nº 217, p. 48.

Tapia Frade, Antonio D. (2019). *La Fusión transfronteriza de sociedades anónimas en derecho español y europeo*. 1ª ed. Civitas: Navarra.

Taveira Tôres, Heleno (2003). *Direito tributário e direito privado: Autonomia privada, simulação, elusão tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais (RT), p. 187.

Teixeira, Duro Manuela (2006). *A cisão no Direito português*. Lisboa: O Direito, ano 138º, nº III, (593-660).

Torres, Ricardo Lobo (2013). *Planejamento Tributário: elisão abusiva e evasão fiscal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, p. 8.

Ventura, Raúl (1990), *Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades*. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais. Coimbra: Livraria Almedina.

Rego, Raquel (2017). Reestruturação empresarial em Portugal durante a crise. *Anarquismo, Trabalho e Sociedade - Livro em homenagem a João Freire*. Coimbra: Edições Almedina.

Rothmann, Gerd Willi (2015). *Afinal, o planejamento tributário pode ser criminoso? Tributação brasileira em evolução: estudos em homenagem ao professor Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Editora IASP, p. 676.

Salas Fumás, Vicente, et. al (2010). *Transmisiones de empresas y modificaciones estructurales de sociedades*. (La reestructuración de empresas: análisis desde la economía de la empresa y los mercados) (Cap. 1). 1ª. ed. Bosch: Barcelona.

Sallum Jr., Brasílio (2011). *Governo Collor: O Reformismo Liberal e a Nova Orientação da Política Externa Brasileira*. Rio de Janeiro: DADOS - Revista de Ciências Sociais, vol. 54, nº 2.

Santos, António Carlos (2009). *Planejamento Fiscal, Evasão Fiscal, Elisão Fiscal: O fiscalista no seu labirinto*. Fiscalidade - Revista de Direito e Gestão Fiscal. 38ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, abr./jun. 2009, p. 72.

Sequeira, Adilson (2016). *Planejamento e gestão fiscal*. Sistema tributário actualizado e ampliado. 2ª ed. Angola: Editora Escolar, p. 55 e 57.

Silva, Amândio; Antunes, João; e Franco, Paula (2010). *Dissolução, liquidação, fusão e cisão de sociedades (aspectos contábeis e fiscais)*. Lisboa: Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas (OTOC).

Soares Ferreira, Oséias; & Vicente, Zuleica Cristina Mizaél (2016). *Capitalismo financeiro, globalização e transformações no mundo do trabalho*. Pensar Académico, Manhauçu, v. 14, n. 2, p. 137-142, julho-dezembro, 2016.

União Europeia. Terceira Directiva 78/855/CEE do Conselho, de 9 de outubro de 1978, fundada na alínea g) do nº 3, do artigo 54º, do Tratado e relativa à fusão das sociedades anónimas. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31978L0855> >.

União Europeia. Sexta Directiva 82/891/CEE do Conselho, de 17 de dezembro de 1982, fundada no nº 3, alínea g), do artigo 54º do Tratado, relativa às cisões de sociedades anónimas. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31982L0891> >.

União Europeia. Directiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:31990L0434> >.

União Europeia. Directiva 2005/56/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 2005, relativa às fusões transfronteiriças das sociedades de responsabilidade limitada (Texto relevante para efeitos do EEE). Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32005L0056> >.

União Europeia. DIRECTIVA 2009/109/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 16 de setembro de 2009 que altera as Directivas 77/91/CEE, 78/855/CEE e 82/891/CEE do Conselho e a Directiva 2005/56/CE no que respeita aos requisitos em matéria de relatórios e documentação em caso de fusões ou de cisões. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0109&from=SK> >.

União Europeia. Directiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de outubro de 2009, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes e à transferência da sede de uma SE ou de uma SCE de um Estado-Membro para outro. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32009L0133> >.

União Europeia. Directiva 2011/35/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2011, relativa à fusão das sociedades anónimas Texto relevante para efeitos do EEE. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32011L0035> >.

União Europeia. Directiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=celex:32016L1164> >.

União Europeia. Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas ("Regulamento das concentrações comunitárias") (Texto relevante para efeitos do EEE). Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/ALL/?uri=CELEX:32004R0139> >.

Vasconcelos, Joana. *A Cisão das Sociedades*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2001.

Vido, Elisabete (2020). *Curso de Direito Empresarial*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação.

Xavier, Alberto (2007). *Sociedade Anônima - 30 anos da lei 6.404/76*. Incorporação de Ações: Natureza Jurídica e Regime Tributário. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil.

Xavier, António Lobo; Fidalgo, Isabel Santos; & Montenegro, José Maria (2013). A cisão-fusão e o relevo fiscal da atribuição de participações aos sócios das sociedades cindidas - reflexões sobre o regimento previsto nos artigos 73º e seguintes do Código do IRC. In Estudos em homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, vol. I. Coimbra: Almedina, p. 197.

Weber, Sérgio Albino Vitoria (2008). Transformação, incorporação, fusão e cisão. São Paulo: Revista de Negócios - "*Business Review*", nº 6, set. 2008, pp. 19 e 20.

JURISPRUDÊNCIA CITADA

2011

- Acórdão proferido no processo C-126/10, de 10/11/2011, pela Quinta Secção do Tribunal de Justiça da União Europeia. Disponível em: < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CE_LEX:62010CJ0126&from=PT >. Acesso em 12 Out. 2021.

2017

- Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) - Apelação Cível nº 70075202218, Des(a). Rel(a): Marilene Bonzanini, 22ª Câmara Cível de Porto Alegre, Julgado em 09/11/2017 e publicado em 13/11/2017.

2019

- Superior Tribunal de Justiça - Agravo em Recurso Especial nº 1426796, Ministro Relator: Sérgio Kukina, publicado em 11/02/2019.
- Acórdão proferido pela 2ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo (STA) no julgamento do processo nº 0441/16.1BEBRG, datado de 30/10/2019, de Relatoria de Suzana Tavares da Silva. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/f1f5a8fedc2878d6802584ab0040f337?OpenDocument&ExpandSection=1>>. Acesso em: 16 mai. 2021.

2020

- Acórdão da 2ª Secção do Superior Tribunal Administrativo (STA) no julgamento do processo nº 01852/07.9BCLSB, datado de 14/10/2020, de Relatoria da Dra. Anabela Russo. Disponível em: <

2021

- Acórdão da 2ª secção do Supremo Tribunal Administrativo no julgamento do processo nº 01869/13.4BEBRG 01152/17, datado de 12/05/2021, de Relatoria da Dra. Suzana Tavares da Silva. Disponível em: < http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/26732fc523c30d72802586d8004e6b60?OpenDocument&ExpandSection=1&Highlight=0,raz%C3%B5es,econ%C3%B3micas,v%C3%A1lidas#_Section1 >. Acesso em 10 out. 2021.