

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO: A REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA COMO FORMA VÁLIDA E LICITA NUMA ECONOMIA GLOBALIZADA.

I - INTRODUÇÃO.

A necessidade de se manter a competitividade dentro de seu nicho de mercado vem despertando a inventividade das companhias em desenvolver técnicas arrojadas de se conquistar novos mercados, implantando novas estratégias de negócios, concentrando atividades, otimizando recursos e oferecendo produtos e serviços mais competitivos aos consumidores.

Uma das razões que vem tomando relevância no contexto empresarial é aplicar as formas de reorganização societária, objetivando uma economia fiscal, ou seja, levar para o campo do Direito Tributário as figuras societárias da fusão, da cisão e da incorporação empresarial como forma de praticar a elisão fiscal.

II - A REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA

Além da busca pelos fatores apontados acima, as incorporações, cisões ou fusões entre empresas estão pensadas e voltadas neste diapasão à integração operacional; à evolução da tecnologia, dos sistemas de produção ou de comercialização ou; ao fortalecimento competitivo no mercado diante da concorrência;

O Código Tributário Nacional – Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966 – afirma a importância que os conceitos provenientes do direito privado possuem dentro da seara tributária, dispondo em seu art. 110 que *“A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou Municípios, para definir ou limitar competências tributárias”*.

Isso tudo, considerando a perspectiva acima apontada, deve buscar primordialmente uma resposta positiva aos seguintes questionamentos prévios - que diferenciam a Elisão da Evasão Fiscal: O planejamento tributário adotado previu e antecipou a ocorrência do fato gerador? Os atos praticados pelos contribuintes são lícitos? Está afastada qualquer forma de simulação?

Respondendo-se afirmativamente a todas estas três perguntas a legitimidade e licitude do planejamento tributário está resguardada e estará afastada a figura da Elisão Fiscal, da qual a simulação é uma de suas espécies. Tomemos o seguinte exemplo:

A empresa "Alfa Ltda" é uma grande siderúrgica e a empresa "Beta Ltda" dedica-se à plantação de eucalipto. A empresa Alfa deseja adquirir um extenso terreno pertencente à empresa Beta (seu único ativo), onde é plantado eucalipto para a utilização em alto-forno da empresa Alfa. Caso a empresa fosse efetuar a compra do terreno, ela teria que desembolsar o valor do terreno, incluídas as benfeitorias e, ainda, teria que pagar o ITBI mais as despesas cartoriais. A empresa Alfa, entretanto, desejando livrar-se do imposto e das pesadas despesas com o registro de imóveis, opta por incorporar a empresa Beta. Fazendo a incorporação, a empresa Alfa apenas pagará aos sócios da sociedade Beta o valor de mercado do bem, sendo que o dito terreno passará a integrar o patrimônio da sociedade Alfa. Não haverá a transferência do bem imóvel, uma vez que tal bem pertencia à Beta que agora pertence à Alfa. Não havendo transferência, não há o fato gerador do ITBI, logo não há que se falar em pagar impostos. O próprio CTN dispensa o recolhimento do ITBI neste caso, senão vejamos:

"Art. 36 – Ressalvado o disposto no artigo seguinte, o imposto não incide sobre a transmissão de bens ou direitos referidos no artigo anterior: I – quando efetuada para sua incorporação ao patrimônio da pessoa jurídica em pagamento do capital nela subscrito; II – quando decorrente da incorporação ou da fusão de uma pessoa jurídica por outra ou com outra."

Nota-se, pois, que, no caso em exame, a utilização da incorporação se deu com o intuito de não se pagar os impostos referentes à venda normal de um imóvel. Frise-se que foi utilizada a figura da incorporação como um negócio indireto, pois as partes não objetivavam, inicialmente, se incorporar, mas realizar uma transmissão de bem imóvel.

A incorporação não importou em qualquer espécie de sonegação fiscal ou fraude, ambas categorias pertencentes à chamada evasão fiscal ou economia ilícita de tributos. O que há na espécie e nos casos similares ao narrado, é a adoção de um caminho que, apesar de não ser o convencional, permite ao contribuinte lançar mão de uma forma jurídica, típica e válida, para realizar uma economia de tributos, o que, pensamos, ser totalmente legítimo, que damos tecnicamente o nome de Negócio Jurídico Indireto.

Isto dizer que – com base na CF-88, Arts. 5º e 170 - se não há lei, como de fato não há, que nos submeta compulsoriamente a praticar determinado fato gerador, não há nada que nos impeça de praticar determinado ato ou negócio não defeso em lei e que nos permite, legitimamente, pagar menos tributos.

Nem se afirme, por outro lado, ter havido na espécie em exame alguma forma de simulação, uma vez que não se fez presente um dos requisitos essenciais para a ocorrência dos atos simulados, qual seja, a duplicidade de negócios. Ademais, não se apresentou na hipótese qualquer das formas de simulação elencadas no Código Civil, pelo que não há que se falar, definitivamente, em simulação.

A legitimidade da fusão, cisão e incorporação de empresas como instrumento de planejamento tributário liga-se ao fato de detectarmos se estas operações realmente se realizaram; se não houve qualquer forma de simulação. Neste sentido, para apurarmos a existência do negócio indireto, que é um caminho lícito para se promover uma economia fiscal, torna-se necessário, de antemão, apurarmos qualquer forma de ato simulado.

Desta forma, à guisa de conclusão, podemos afirmar que não havendo simulação, o negócio feito com intuito de pagar menos tributo, utilizando-se para tanto, de uma forma não convencional de negócio, mas com o mesmo efeito prático dá, pois, um tom lícito à economia de tributos e as figuras de reorganização societária quando pensadas para este fim.