

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Faculdade Paulista de Direito

“Fundos de Investimento em Participação: Um mecanismo de planejamento tributário”

Aluno: Luis Felipe Fessel Ayres Netto, RA00240296

São Paulo – SP 2024

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Faculdade Paulista de Direito

“Fundos de Investimento em Participação: Um mecanismo de planejamento tributário”

Estudo desenvolvido para apresentação de Monografia como Trabalho de Conclusão de Curso (“TCC”) para a Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (“PUC/SP”), sob a orientação da Professora Isabela Bonfá.

Profa. Orientadora: Isabela Bonfá

Agradecimentos

Iniciar esse recorte provou ser das partes mais difíceis desta escrita. O jeito mais fácil que encontrei para começar minhas saudações é tratar da cronologia que me trouxe até este ponto.

Assim, não poderia deixar de agradecer as duas primeiras pessoas que me iniciaram nesta trajetória, pessoas que tenho orgulho de ter como colegas de profissão, que são referência para mim em seus respectivos campos de atuação. Meus sinceros “obrigado” à Dr^a Bibiana, egressa desta Pontifícia Universidade Católica, uma chefe ímpar e de personalidade sem igual. Também transmito esse agradecimento a outro que é mais que um amigo querido, um profissional sensato, sagaz e inteligente, o Dr. Rafael.

Ainda, apesar do desafio que é listar todos os amigos e colegas que me acompanharam ao longo desta jornada quinquenal, aqui ofereço meu “obrigado” à Bruna, Luiza, Nathalia, Sabrina, ao Augusto, Francisco, Henrique, Juan e Oswaldo. Igualmente agradeço sem ressalvas aqueles que me observaram evoluindo mais de perto ainda e que me auxiliaram a traçar um norte profissional. Meu “muito obrigado” à Dr^a Flavia, Dr^a Lara, Dr^a Ana Luiza, Dr^a Giulia C. e Dr^a Giulia G., ao Dr Fabio, Dr Nuno e Dr Augusto.

Não poderia esquecer de todos os meus amigos e familiares que sempre me apoiaram, confiaram em mim e vibraram a cada vitória que tive. Em especial a Dr^a Giovanna, Dr^a Juliana, Dr^a Marcela, Dr Francisco, Felipe, Luis M., meus pais, Antonio Luis e Adriana, meu irmão Luiz Otávio, minha irmã Ana Luisa e meu primo Luiz Fernando.

Além do suporte de todos, seria impossível concluir o curso de Direito sem a incondicional força e inenarrável companheirismo que tive de minha namorada, Karen. Em homenagem a todos, mas em especial a ela, encerro esse período com honra e felicidade.

Finalmente agradeço a todos os mestres com quem cruzei o caminho, muitos professores e assistentes me trouxeram perspectiva sobre as mais amplas carreiras no Direito e me ensinaram lições valiosas que carregarei comigo para o resto da vida.

Resumo

O presente trabalho tem como principal objetivo abordar a utilização dos Fundos de Investimento em Participação como uma ferramenta lícita ao Planejamento Tributário do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física. Busca-se abordar o tema através de uma análise concentrada do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física e como o Fundo de Investimento em Participação pode ser utilizado como meio lícito para o planejamento tributário na prática.

Não obstante, será observada a doutrina sobre o tema, analisando casos reais divulgados na mídia nacional, bem como a formação da jurisprudência, que tem tendido a desconsiderar planejamentos tributários lícitos

Por fim, a presente análise proporá uma reflexão socioeconômica sobre as tendências envolvendo o tema, considerando em especial quais serão os possíveis impactos delas no ordenamento jurídico e na sociedade.

Abstract

The main objective of this work is to address the use of Equity Funds as a legal tool for Individual Income Tax Planning. It seeks to address the issue through a concentrated analysis of Personal Income Tax and how the Equity Funds can be used as a lawful means for tax planning in practice.

Nevertheless, the doctrine on the subject will be observed, analyzing real cases published in the national media, as well as the formation of case law, which tended to disregard lawful tax planning.

Finally, this analysis will propose a socio-economic reflection on the trends involving the subject, considering what their possible impacts will be on the legal system and on society.

Sumário

1.	Introdução.....
1.1.	Considerações Iniciais e Justificativa do Tema
1.2.	Delimitação do Tema
1.3.	Objetivo
1.4.	Metodologia
2.	O Planejamento Tributário.....
2.1.	Conceito de Planejamento Tributário
2.2.	Elisão, evasão e elusão fiscal
2.3.	O abuso do direito
3.	Fundos de Investimento
3.1.	Fundos de Investimento em Participação (“FIP”)
3.2.	A tributação de Fundos de Investimento em Participação
3.3.	A utilização de Fundos de Investimento em Participação como mecanismo de planejamento tributário
4.	Análise Jurisprudencial sobre o Planejamento Tributário.....
5.	A Introdução da Lei nº 14.754/2023 e Seus Impactos Para o Planejamento Tributário Mediante a Utilização de FIP
6.	Conclusão.....
7.	Referências Bibliográficas.....

1. Introdução:

1.1. Considerações Iniciais e Justificativa do Tema

O Imposto sobre a Renda é o tributo previsto pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 153, inciso III¹, sendo sua competência atribuída à União. A Carta Magna, determina ainda, no mesmo dispositivo, mas em seu § 2º, inciso I², que o Imposto sobre a Renda será regido por 3 critérios, quais sejam (i) da generalidade; (ii) da universalidade; e (iii) da progressividade.

Sendo o Sistema Tributário Nacional altamente constitucionalizado, não é acaso que se verifica que estes critérios são também alguns dos Princípios Constitucionais. São eles os responsáveis pela designação do norte em termos da aplicação de tributos no Brasil, e, em especial, a do Imposto sobre a Renda no território brasileiro. Nas palavras do Dr. Ricardo Mariz de Oliveira³:

“Toda a legislação do Imposto de Renda precisa ser construída sobre três “critérios”, adquirindo assim a consistência orgânica e coerente que a adoção de princípios pode assegurar, sendo decorrência própria da observância deles.”

A fim de buscar uma melhor compreensão sobre estas diretrizes, cabe uma breve análise a respeito de cada um, a iniciar pelo princípio da universalidade, que atribui um tratamento indistinto na incidência do imposto, alcançando da mesma forma uniforme todos os contribuintes, todos os seus rendimentos e proventos, a despeito destes terem sido ou não auferidos no Brasil e a independentemente de qualquer que seja sua origem. Assim, vejamos o que diz o Dr. Ricardo Mariz de Oliveira⁴:

¹ Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

III - renda e proventos de qualquer natureza;

² § 2º O imposto previsto no inciso III:

I - Será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei;

³ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do Imposto de Renda, São Paulo. IBDT: 2020. pg. 251

⁴ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Direito Tributário Contemporâneo. Editora Saraiva: 2012. pg 286

“O princípio da universalidade significa que todo o patrimônio do contribuinte deve ser considerado em sua integralidade, sem qualquer fracionamento [...] requer que sejam considerados todos (a universalidade dos) fatores positivos e negativos que compõem o patrimônio no início e no final do período de apuração...”

Conforme exposto, o Sistema Tributário adotado pela Constituição brasileira, em termos de renda, aplica o Princípio da Universalidade para exigir o Imposto sobre a Renda. Assim, faz-se necessária a identificação de apenas um dos três elementos em território brasileiro, seja o bem ou direito, provento ou rendimento, ou, o contribuinte.

O Princípio da Generalidade, por sua vez, determina que o Imposto sobre a Renda avaliará igualmente toda a evolução patrimonial, sem distinguir sua base ou origem. Esse tratamento tem origem na expressão latina “*pecunia non olet*”, que significa, em uma tradução livre, “o dinheiro não tem cheiro”. Dessa maneira o Estado não fica impedido de tributar a renda proveniente de atividade ilícita. Na lição do Prof. Ricardo Mariz de Oliveira⁵ abaixo:

“Generalidade significa que o imposto deve tratar por igual todo e qualquer aumento patrimonial, independentemente dos tipos de renda ou de proventos que contribuem para a sua formação, além de dever ser independente de quaisquer outras circunstâncias externas ao contexto da hipótese de incidência.”

Já o Princípio da Progressividade busca impor a equidade à tributação da renda, de tal maneira que estipula quanto maior a base de cálculo do imposto, maior será a alíquota adotada sobre esse montante. Este princípio é objeto de polêmica especialmente por conta de sua aplicação prática na Tabela Progressiva do Imposto de Renda da Pessoa Física (“IRPF”)⁶, abaixo:

⁵ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do Imposto de Renda, São Paulo. IBDT: 2020. pg. 253

⁶ Imagem 1: <https://blog.brasilprev.com.br/confira-a-nova-tabela-do-imposto-de-renda>

Base de Cálculo (R\$)	Alíquota (%)	Parcela a Deduzir do IR (R\$)
Até 2.112,00	zero	zero
De 2.112,01 até 2.826,65	7,5	158,4
De 2.826,66 até 3.751,05	15	370,4
De 3.751,06 até 4.664,68	22,5	651,73
Acima de 4.664,68	27,5	884,96

Imagen 1

Essa tabela é alvo de ferrenhas críticas, principalmente sobre 2 aspectos. O primeiro era a falta de atualização dos valores em cada faixa de tributação, o que veio a ser suprido com a edição da Medida Provisória nº 1.206, de 06 de fevereiro de 2024 pelo Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. Outra importante crítica feita à tabela diz respeito sobre a ausência de novas faixas de tributação de renda, visto a manutenção da tributação que recai sobre as classes sociais de menor poder aquisitivo. Nesse sentido, a inserção de outras faixas de renda poderia contribuir para a desoneração dos contribuintes menos abastados economicamente. Nas palavras do Professor Luís Eduardo Schoueri abaixo:⁷

“A fixação das alíquotas percentuais de um tributo pode dar-se de modo proporcional, progressivo ou regressivo. No primeiro caso, a alíquota percentual será idêntica, pouco importando o valor da base de cálculo. Nos dois últimos casos, a alíquota percentual crescerá ou decrescerá, respectivamente, conforme cresça a base de cálculo.”

Um dos princípios que regem o Imposto Sobre a Renda busca harmonizar a relação mencionada acima. Trata-se do Princípio da Capacidade Contributiva, enunciado no art. 145, § 1º, da Constituição Federal. Este característico princípio orienta que os tributos deverão dialogar com a capacidade e condição econômica dos contribuintes para pagamento das obrigações de natureza tributária.

No mais, cabe mencionar brevemente ainda os Princípios da Anterioridade e Irretroatividade. O primeiro é subdivido no direito tributário brasileiro em duas vertentes

⁷ SCHOUERI, Luis Eduardo. Direito Tributário. São Paulo. Saraiva: 2019. pg. 738

distintas, mas complementares, sendo elas: (i) a anterioridade nonagesimal, segundo a qual há um prazo de, no mínimo, 90 (noventa) dias para que uma nova lei entre em vigor, se esta majorou a cobrança de um tributo; e (ii) anterioridade anual, segundo a qual aplique-se concomitantemente ao prazo de mínimo de 90 dias, um exercício (ano) para o início da vigência dessa mesma lei que majorou um tributo. Portanto, respeitada a anterioridade nonagesimal, esta lei somente entraria em vigor no primeiro dia do exercício seguinte ao que a lei foi publicada.

É importante mencionar, todavia, que, ao que tange o IRPF, aplica-se apenas a anterioridade anual, conforme ensina professor Paulo de Barros Carvalho⁸, a seguir:

“Segundo o princípio da anterioridade, a vigência da lei que institui ou aumenta tributo deve ficar protraída para o ano seguinte ao de sua publicação, momento em que o ato se insere no contexto comunicacional do direito.”

“A anterioridade, sobre a qual acabamos de discorrer, objetiva implementar o sobreprincípio da segurança jurídica, de modo que o contribuinte não seja surpreendido com exigência tributária inesperada. A experiência brasileira, entretanto, demonstrou a incapacidade de esse princípio, sozinho, resguardar os administrados contra as providências fiscais tomadas ao final do exercício financeiro. Essa a razão pela qual o constituinte derivado, por meio da Emenda Constitucional n. 42, de 19 de dezembro de 2003, acrescentou a alínea c ao inciso III do art. 150 da Constituição, prescrevendo ser vedado à União, Estados, Distrito Federal e Municípios “cobrar tributos antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b.”

O Princípio da Irretroatividade, instrumento indispensável para a segurança jurídica, aponta a lei a ser aplicada à época da ocorrência do fato gerador do tributo. Isso quer dizer que, ainda que a lei posterior à ocorrência do fato gerador seja a mais favorável ao contribuinte, não retroagirá em favor do contribuinte, devendo ser aplicada àquele fato gerador a lei vigente à sua época.

⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. São Paulo. Saraiva Jur: 2019. pg. 218

Da mesma forma cabe ressaltar que a lei tributária também não deverá retroagir em favor do fisco.

Com isso pode-se considerar superada a introdução ao IRPF, o que nos leva, em continuidade, a tratar da regra matriz de incidência tributária desse imposto.

O critério material do IRPF é a aquisição e disponibilidade de renda e proventos de qualquer natureza, auferidos no brasil ou no exterior, por pessoas físicas residentes ou não no país. Cabe aqui ressaltar o conceito de renda e proventos, conforme ensina Mariz de Oliveira⁹, abaixo:

“Trata-se de que o fato gerador do imposto de renda consiste sempre na existência de acréscimo patrimonial, haurido pelo titular do patrimônio mediante a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de rendas e de proventos que dão existência e consistência a esse acréscimo. Em outras palavras, mediante a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de rendas e de proventos, o titular de um determinado patrimônio agraga ao mesmo tais fatores de aumento dos seus bens patrimoniais, sendo o fato gerador formado pela universalidade de fatores que positiva ou negativamente afetam esse todo patrimonial no período de tempo considerado pela lei.”

O critério temporal é o período que abrange a mutação do patrimônio do contribuinte, considerando seus gastos e rendimentos apurados. Naturalmente esse critério possui um intervalo de verificação e, para fins de apuração do imposto, considera-se o período de 01/01 a 31/12 de cada ano.

O critério espacial é aquele alcançado pelo Princípio da Universalidade, explicado anteriormente. Para que este se aplique, basta que o contribuinte, bem ou direito, rendimento ou provento esteja, de alguma maneira, vinculado ao Brasil.

⁹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Grandes questões atuais do Direito Tributário. São Paulo. Dialética: 2003. pg. 355

O critério quantitativo, por sua vez, é subdivido em dois aspectos, quais sejam: (i) Base de cálculo: correspondente ao montante tributável; e, (ii) Alíquota: Aquela de caráter progressiva, conforme imagem 1.

O critério pessoal, que determina o sujeito passivo, conforme determina o art. 1º do Decreto nº 9.580/2018, estipula que são contribuintes do IRPF todas as pessoas físicas que percebam renda e proventos de qualquer natureza, inclusive rendimentos obtidos através de ganho de capital.

Ainda, considerando a extensa variedade de espécies de rendimentos e proventos, o fisco elaborou diferentes formas de efetuar a cobrança, o lançamento e a fiscalização desse tributo.

A outra face dessa moeda é a não incidência do imposto, que pode ser alcançado mediante o uso adequado de ferramentas legítimas que o arcabouço jurídico apresenta. Esse manejo é conhecido como planejamento tributário lícito e é através dele que o contribuinte busca mitigar – quando não, anular – o impacto tributário decorrente de uma operação ou o conjunto destas.

Há diversas definições para planejamento tributário, sendo conceituado por um número de doutrinadores. Alguns elementos são verificados em considerável parte da doutrina, como conjunto de medidas preventivas, com previsão legal infra e constitucional, que produzirão, de maneira intencional ou não, economia fiscal. Vejamos as palavras de Luis Cesar Souza de Queiroz¹⁰ no trecho:

“Na elisão, o fim colimado – a obtenção de uma menor carga tributária – é alcançado de modo lícito, ou seja, o sistema jurídico não proíbe a utilização de determinado comportamento (autorização implícita)”.

É importante destacar, desde já, que o planejamento tributário não é possui facetas, podendo ser produzido com respaldo legal ou não. Em razão deste segundo caso é possível identificar um discurso oportuno da autoridade fiscal em diversas

¹⁰ QUEIROZ, Luiz Cesar Souza de. Direito Tributário. São Paulo: Quartier Latin, 2008. pg. 739

ocasiões, o que não se sustenta, uma vez que fazer jus às disposições da legislação tributária jamais poderia ser considerado algo inválido, afastando, portanto, quaisquer reações traduzidas em forma de punições administrativas ou judiciais.

Em observação da jurisprudência mais recente, seja no âmbito administrativo ou no judicial, as expressões do planejamento tributário têm se mostrado mais facilmente enumeradas, em especial quando se busca a economia fiscal.

Dessa maneira a segurança jurídica fica desestabilizada, em especial porque o contribuinte não é capaz de extrair da jurisprudência critérios uniformemente destacados para determinado planejamento tributário ser considerado válido ou não. Conforme ensina Luis Eduardo Schoueri¹¹:

“(...) o gradual abandono de categorias tradicionais do Direito brasileiro e as consequências perigosas da introdução – sem base legal – de critérios alienígenas, como o propósito negocial ou o abuso de formas jurídicas, para solução das controvérsias tributárias”.

Assim, parte do desafio afrente será analisar, e por meio desta, se possível, elucidar uma face da problemática deste tema ao abordar algumas decisões de grande repercussão que tratam do planejamento tributário e o descaracteriza, justificando esse posicionamento a partir de requisitos extralegais, o que impede a estabilização da segurança jurídica tão necessária a este ordenamento jurídico.

Esse recorte será feito por meio da verificação de casos em que o contribuinte se valeu de uma ferramenta jurídica válida, não apenas legal, mas também regulada, o fundo de investimento em participação.

Segundo o artigo 1.368-C do Código Civil Brasileiro¹²: “O fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio de natureza

¹¹ SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Planejamento tributário e o “propósito negocial”*. São Paulo: Quartier Latin, 2010

¹² Lei 10.406/2002

especial, destinado à aplicação em ativos financeiros, bens e direitos de qualquer natureza.”. O parágrafo 2º desse mesmo artigo atribui à Comissão de Valores Mobiliários a responsabilidade de disciplinar o disposto no caput¹³.

Nesse sentido, a autarquia editou a Resolução nº 175, de 23 de dezembro de 2022, para dispor sobre a constituição, funcionamento e a divulgação de informações dos fundos de investimentos, inclusive os em participação.

Antecipando momentaneamente a análise – e apenas como exemplo - cita-se o caso de operação de alienação de bens promovida pelo fundo de investimento em participação da Rede D’Or (Hamava Administração e Empreendimentos S.A.), para a qual foi realizado um planejamento tributário e sucessório utilizando-se de um FIP, estrutura que goza de benefícios fiscais, então livre de oposição legal vigente. Ainda assim, a Receita Federal, em sede de fiscalização, não homologou o planejamento executado, baseando-se em argumentos extralegais, como verificado no trecho abaixo da ementa do Acordão do CARF nº 1201- 003.278¹⁴:

“PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. CARÁTER INDUTOR DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. UTILIZAÇÃO DE FIP. OPONIBILIDADE AO FISCO. POSSIBILIDADE. A legislação tributária ao criar tributação mais favorecida aos fundos de investimento induz o contribuinte a utilizar tal instrumento como forma de planejamento tributário válido que pode ser oponível ao Fisco desde que ausentes fraude, simulação ou abuso de direito.”

Diante do exposto, resta evidente o impacto significativo que uma estratégia mal desenhada ou planejamento mal executado sujeita o contribuinte, sob a pena de ser considerado como abusivo.

¹³ Art. 1.368-C. O fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio de natureza especial, destinado à aplicação em ativos financeiros, bens e direitos de qualquer natureza. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 2º Competirá à Comissão de Valores Mobiliários disciplinar o disposto no caput deste artigo

¹⁴ Acordão nº 1201-002-278, Processo nº 16561.720133/2015-75 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, 15/06/2018 – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Relatora: Eva Maria Los

A ausência de uma análise adequada da jurisprudência administrativa e judicial tem se mostrado de importância ímpar para que um planejamento, ainda que oponível ao fisco, lograsse êxito com a homologação.

1.2. Delimitação do Tema:

O planejamento tributário é estruturado, entre outros motivos, para promover a economia fiscal de impostos como ITBI (Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis), ITCMD (Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação), ISS (Imposto sobre Serviços) e IR (Imposto sobre a Renda), por exemplo, não se limitando sua cobrança de pessoas físicas ou jurídicas. Neste estudo, o enfoque será nos planejamentos tributários voltados ao Imposto de Renda da Pessoa Física (“IRPF”).

Mais ainda, o presente trabalho analisará planejamentos embasados na legislação tributária cabível, de tal maneira que possuam maiores chances de êxito quando opostas ao Fisco, evitando, portanto sua execução de forma dolosa em relação à fraude ou simulação.

Ainda, será possível verificar que, por vezes, mesmo os oponíveis aos Fisco são desconsiderados mediante alegação de teses sem respaldo legal, *e.g.*, a do propósito negocial – como viés exclusivamente arrecadatório - provocando insegurança jurídica.

1.3. Objetivo

O objetivo deste trabalho é analisar o viés jurisprudencial brasileiro do Planejamento Tributário do Imposto de Renda da Pessoa Física, destacando, em especial, a insegurança jurídica gerada como consequência da constante flutuação de entendimentos e a ausência de criteriosidade dos julgados em âmbito administrativo e judicial.

1.4. Metodologia

Esse trabalho terá o enfoque principal na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) e o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”), além da

análise da considerável legislação e a doutrina pátria sobre o tema.

2. O Planejamento Tributário

2.1. Conceito de Planejamento Tributário

Não há na doutrina brasileira um consenso de definição de planejamento tributário. Isso se dá possivelmente em razão das formas pelas quais esse se manifesta nas mais diferentes estruturações. Veremos no próximo tópico quais são essas formas e como suas consequências se relacionam com a dificuldade em se definir planejamento tributário.

De início podemos buscar segregar o termo para buscar um entendimento quase que etimológico. Em artigo publicado em seu livro homenageando o quadragésimo aniversário de seu escritório, o Ricardo Mariz de Oliveira buscar trazer uma melhor compreensão sobre o planejamento tributário analisando em conjunto e consonância um compilado de legislações, incluindo o Código Civil de 2002 e o Código Tributário Nacional.

Sob a perspectiva do primeiro, o professor se debruçou sobre o livro do “Direito de Empresa”, no qual observou e ressaltou sobre apenas o planejamento¹⁵:

“...é função do empresário planejar as ações relativas ao objeto para o qual a entidade esteja constituída, buscando os melhores resultados que possam advir das suas decisões e ações, sendo que para os gestores essa atividade é dever, e não direito, dever advindo da sua condição de responsável por interesses daqueles que nele confiam.”

Assim, identifica-se um diálogo do Direito com outra área presente no cotidiano de todos envolvidos em sociedade, a Administração. Aqui resta evidenciado a posição do administrador ou gestor de uma empresa, o responsável por pensar a atividade empresarial, por planejá-la.

¹⁵ Estudos de Direito Tributário 40 anos de Mariz de Oliveira e Siqueira Campos Advogados, São Paulo: 2018, p. 31

Em complemento à sua exposição inicial, Mariz continua, avançando sobre o aspecto tributário da análise da atividade das sociedades civis ou empresariais¹⁶:

“O planejamento tributário se insere no contexto dessa atividade, tanto quanto (no mesmo nível, e com o mesmo fim a que se apresentam) o planejamento estratégico de identificação de mercados e localização de estabelecimentos, de logística do escoamento da produção, da tecnologia empregada no trabalho e do aperfeiçoamento da mão de obra, da criação e divulgação de marcas e produtos, na aquisição e manipulação de insumos, e de tudo o mais, em cada um desses setores sendo necessário medir custos e despesas e tentar reduzi-los ao máximo.”

Verifica-se, então, que tal como estabelecer o chamado “ponto”, que compreende o local específico em que ele (estabelecimento empresarial) se encontra, nas palavras de Fabio Ulhoa Coelho¹⁷, o planejamento tributário é igualmente crucial ao bom desenvolvimento da atividade negocial.

Nesse mesmo sentido, observa-se a lição do Professor Luis Cesar Souza Queiroz¹⁸:

“Em função do forte impacto da carga tributária brasileira sobre os custos dos agentes produtivos, estes têm desenvolvido e adotado procedimentos diversos voltados à redução dos seus custos tributários. É, nesse sentido, que a expressão planejamento tributário tem sido utilizada”

Vemos que destrinchar o termo planejamento tributário facilita a compreensão do âmbito em que este é posto à prova, porém não esclarece, no limite, como se executa na prática. A verdade é que uma definição imprópria apenas restringira indevidamente

¹⁶ Estudos de Direito Tributário 40 anos de Mariz de Oliveira e Siqueira Campos Advogados”, São Paulo, 2018, p. 32

¹⁷ COELHO, Fabio Ulhoa. Novo Manual de Direito Comercial. 31^a Edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2002. pg. 48

¹⁸ QUEIROZ, Luis Cesar Souza. Direito Tributário. São Paulo: Quartier Latin, 2008. pg 736

seu conceito, o qual abrange diversos aspectos dos mais diversos campos de estudo, como Direito, Administração e Economia, além de outros.

2.2. Elisão e evasão

Como brevemente mencionado, o Planejamento Tributário pode ser elaborado segundo os limites da legislação brasileira, sem ferir as orientações do direito pátrio e sem descumprir os requisitos impostos por ele.

Por outro lado, quando ilícito, incorre em crimes tributários, a exemplo da: i) sonegação; ii) fraude; e, iii) conluio. Esses atos estão dispostos nos art. 71 a 73, da Lei nº 4.502/64¹⁹ e na Lei nº 7.429/65²⁰.

Neste momento cabe ressaltar que não se confundem os crimes tributários acima mencionados com as práticas de elisão e evasão fiscal. Esta, quando expressa em sua forma lícita, antecede a ocorrência do fato gerador, contudo, quando ilícita, manifesta-se após a verificação do fato gerador. Já a elisão fiscal, sempre se manifestará antes do fato gerador, seja de maneira lícita ou ilícita. Conforme ensina o Professor Ricardo Lobo

¹⁹ Art. 71. “Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária (...”).

Art. 72. “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.”

Art. 73. “Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.”

²⁰ Art. 1º “Constitui crime de sonegação fiscal:

I - Prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei;

II - Inserir elementos inexatos ou omitir, rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública;

III - alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis com o propósito de fraudar a Fazenda Pública;

IV - Fornecer ou emitir documentos graciosos ou alterar despesas, majorando-as, com o objetivo de obter dedução de tributos devidos à Fazenda Pública, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis.

V - Exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário da paga, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida do imposto sobre a renda como incentivo fiscal

Pena: Detenção, de seis meses a dois anos, e multa de duas a cinco vezes o valor do tributo.

Torres²¹ no trecho:

“A evasão lícita e a elisão (licita ou ilícita) precedem a ocorrência do fato gerador no mundo fenomênico. A sonegação e a fraude (evasão ilícita) dão-se após a ocorrência do fato gerador.”

Assim, a primeira abordagem dos crimes tributários, antes de aprofundar o seu mérito no escopo do planejamento tributário, exige a compreensão de que as práticas de elisão e evasão fiscal não são sinônimos de conluio, fraude ou sonegação, visto que carregam a possibilidade de serem executadas segundo os ditames legais da norma jurídica.

A definição de evasão é o ato ou processo de fugir ou escapar. Quando exposta ao ambiente do planejamento tributário trata-se de evitar a prática de determinado fato gerador de um tributo. Nesse sentido é razoável assimilar que o simples fato deixar de fazer algo, a princípio, não importa em crime, conforme entende o Professor Ricardo Lobo Torres²² no trecho:

“Evasão (tax saving em inglês; Steuervermeidung em alemão) é a economia do imposto obtida ao se evitar a prática do ato ou o surgimento do fato jurídico ou da situação de direito suficiente a ocorrência do fato gerador tributário. É sempre lícita, pois o Contribuinte atua numa área não sujeita a incidência normativa impositiva.”

No âmbito do direito tributário, entretanto, a questão torna-se mais complexa quando o contribuinte, ao praticar determinado ato, tenha atuado de forma dolosa, fraudando ou simulando atos e negócios jurídicos.

Para que o crime tributário ocorra, é necessário verificar a ocorrência de mais do que a evasão fiscal, já que esta implica em tão somente ação ou omissão com o viés de

²¹ TORRES, Ricardo Lobo, *Planejamento Tributário: elisão abusiva e evasão fiscal*, Rio de Janeiro/RJ, Editora Campus Jurídico, 2012;

²² TORRES, Ricardo Lobo, *Planejamento Tributário: elisão abusiva e evasão fiscal*, Rio de Janeiro/RJ, Editora Campus Jurídico, 2012;

reduzir ou retardar o cumprimento da obrigação tributária, motivo pelo qual tais conceitos não podem se confundir. Além de haver a economia tributária, para o que o crime se configure, resta necessário a existência do dolo do contribuinte de fraudar a situação ocorrida, ou, ainda, simular essa mesma que fez se verificar o fato gerador do imposto de renda.

Em verdade, a elisão fiscal é conceituada pelo direito brasileiro como a interpretação de normas tributárias e a utilização de institutos legais para obtenção de uma economia tributária.

Assim como é caso da evasão, o simples fato de se interpretar a norma tributária e utilizar institutos jurídicos válidos da forma mais vantajosa em termos fiscais, não é ato capaz de configurar crime tributário, nas palavras do Professor Ricardo Lobo Torres²³:

“Elisão (tax avoidance em inglês; Steuerumgehung em alemão; alusione em italiano) pode se lícita (planejamento fiscal consciente) ou ilícita (planejamento fiscal abusivo = abusive tax avoidance). No primeiro caso, é a economia de imposto alcançada por interpretação razoável da lei tributária; no segundo, é a economia do imposto obtida pela prática de um ato revestido de forma que não se subsume na descrição abstrata da lei ou no seu espírito. (...)”.

Por outro lado, contudo, quando tais ferramentas são utilizadas em desconformidade com a lei, deturpando sua finalidade constitucional e legal, temos configurado o abuso de forma. Nesses casos, então, verifica-se configurada a elisão fiscal ilícita, acompanhada de dolo do contribuinte ao praticar fraude ou simulação, o que poderá a vir configurar crime tributário.

Finalmente é importante ressaltar que outro crime em que certas práticas nesse sentido incorrem é o de conluio, que se trata, na realidade, da prática dos crimes de sonegação ou fraude em conjunto com um ou mais contribuintes, de forma que todos se beneficiaram de alguma forma com aquela prática abusiva.

²³ TORRES, Ricardo Lobo, *Planejamento Tributário: elisão abusiva e evasão fiscal*, Rio de Janeiro/RJ, Editora Campus Jurídico, 2012

Diante do exposto, fica claro que os crimes tributários não se confundem com a prática de elisão ou evasão fiscal, sendo essa diferenciação de ímpar relevância para compreender-se as barreiras que delimitam o planejamento tributário lícito.

2.3 O abuso de direito

A teoria da proibição do abuso de direito introduziu no Brasil normas gerais para evitar a elisão no campo tributário, como parágrafo único do art. 116 do CTN por meio da Lei Complementar nº 104/2001.

Em complemento o Código Civil de 2002, que passou a vigorar em 2003, foi categórico em determinar a ilicitude do abuso do direito, como vemos em seu art. 187²⁴. Sobre o tema, o Código supriu um vácuo existente no de 1916, introduzindo ao ordenamento jurídico atual a vedação à fraude à lei e a mencionada ilicitude.

Sobre esta última vemos a lição do professor Ricardo Lobo Torres²⁵:

“O ponto mais importante do novo regimento é o que proclama a ilicitude do abuso do direito. Há autores que defendem a ilicitude do abuso de abuso de direito, como Carvalho de Santos e Cunha Sá. Outros civilistas, entretanto, discordam da tese da ilicitude. Seja como for, a ilicitude do abuso do direito está explicitamente positivada no art. 187 do Código Civil e projetará influência sobre a interpretação do abuso do direito no CTN.”

Sobre a vedação de fraude à lei, a doutrina reconhece exceções à nulidade de sua prática, visto que há autorização do próprio Código Civil, observado no art. 170²⁶. Assim, o que se tem, de fato, é uma nulidade relativa. Essa relatividade é importante para que se

²⁴ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

²⁵ TORRES, Ricardo Lobo, *Planejamento Tributário: elisão abusiva e evasão fiscal*, Rio de Janeiro/RJ, Editora Campus Jurídico, 2012. pg 20

²⁶ Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.

evite que o titular do direito abusado obtenha ou mantenha as vantagens que verificou mediante a prática do ato abusivo.

3. Fundos de Investimento

3.1. Fundos de Investimento em Participação (“FIP”)

O FIP é um conhecido instituto de Direito Civil e tem elevada importância no mercado financeiro e de capitais por seus agentes, já que é um dos mais clássicos instrumentos optado pelas grandes fortunas para sua gerência. Essencialmente o FIP é o veículo escolhido por estes contribuintes para receber, via integralização de quotas, ações e outros tipos de valores mobiliários emitidos pelas empresas das quais tem participação relevante, bem como bônus de subscrição, debêntures, cotas de outros FIPs, podendo transmitir todo o acervo societário do cotistas ou até de uma família, que passam a ser igualmente cotistas.

Esse ato pode trazer diversos benefícios, dentre eles: (i) economia tributária em diferentes aspectos operacionais; (ii) profissionalização da gestão patrimonial; e (iii) simplificação da sucessão; etc.

Enquanto instrumento robusto, a regulação que o permeia busca estipular os limites dos direitos e das obrigações das partes envolvidas em seu micro ecossistema. Essa regulação é representativa de sua participação na economia local, de forma a evitar que seus organizadores pratiquem o abuso de forma.

A despeito da legislação que – diga-se de passagem – vem sendo atualizada com frequência em busca de uma maior eficácia e eficiência deste e outros instrumento financeiros – ainda há espaço na jurisprudência sobre a legalidade em seu uso, a fim de garantir que as boas práticas de mercado sejam respeitadas e mantidas.

É justamente a verificação da ocorrência do abuso com essa ferramenta que indicará quais planejamentos com FIPs serão legítimos e, assim, oponíveis ao fisco, e quais serão desconsiderados por serem entendidos como abusivos.

3.2. A tributação de FIP

Como antecipado, o IRPF adota uma sistemática de cobrança progressiva do imposto. Nesse sentido, quanto maior for o valor dos rendimentos recebidos, maior será a alíquota aplicável.

Essa sistemática se pauta no princípio da capacidade contributiva e almeja tornar o a tributação mais justa e eficiente. Contudo, o que se observa na prática é a ausência de faixas de renda que contemplam rendimentos que superem R\$ 4.664,68 ao mês, o que significa dizer que o indivíduo que auferir rendimentos superiores a esse montante, seja em R\$ 1.000,00 ou R\$ 100.000,00, estará sujeito à mesma alíquota de tributação de IRPF.

Ainda assim, cabe ressaltar que os rendimentos possuem tratamentos diferentes a depender de sua natureza. Sob uma perspectiva rasa, esse fato não seria causa de nenhuma injustiça socioeconômica, porém, o que se verifica é, por exemplo, a cobrança do imposto sobre o salário recebido pelos trabalhadores, os quais, em sua maioria, diga-se de passagem, dependem dele para seu sustento e de suas famílias. Por outro lado, no Brasil não se tributam os lucros das empresas distribuídos aos sócios por meio de dividendos, sendo que estas pessoas, muitas vezes, não dependem desses valores para sobreviver.

A partir desse exemplo é possível compreender que o sistema tributário é complexo, e também o é o do IRPF, que possui diversas peculiaridades que tendem a favorecer os contribuintes mais abastados, ao passo que concentra a tributação da renda e proventos nas faixas mais economicamente vulneráveis e que não possuem um volume de recursos para se organizar da forma tributariamente menos onerosa.

Dado esse panorama, é possível agora analisar a estruturação de uma das estratégias de planejamento tributários mais clássicas e utilizadas e que se sustenta, de forma geral, em dois aspectos, quais sejam: (i) postergação do recolhimento do IRPF para o momento da realização da renda; e, (ii) isenção de imposto sobre a renda sobre as operações realizadas pelo Fundo no âmbito de seu portfólio.

Resgatando o fato gerador do imposto, lembramos que a aquisição de renda e proventos de qualquer natureza, auferidos no brasil ou no exterior, por pessoas físicas residentes ou não no país. Consideremos, então, um indivíduo sócio de uma empresa. Este empresário pode auferir rendimentos de sua empresa por meio de dois mecanismos: (i) distribuição de lucros e dividendos; ou (ii) pró-labore. Atualmente no Brasil a distribuição de lucros e dividendos é isenta de tributação, o que significa dizer que a integralidade dos recursos recebidos pela pessoa física não sofre tributação pelo regime do IRPF (ou qualquer outro tributo). O pró-labore, como já mencionado, fica sujeito à tributação de salários, ou seja, tabela progressiva do IRPF.

Cabe ressaltar que, para que reste configurada a distribuição de lucros isenta, ela deverá ser identificada nas escriturações contábeis da empresa e não pode ser conter caráter habitual, correndo o risco de tratar-se de salário.

Suponhamos agora que o sócio decida alienar sua empresa – ou sua participação nela – a terceiro ou outro sócio, no caso de a sociedade não ser unipessoal. Se, porventura, o alienante adquirir um resultado positivo nessa operação, em outras palavras, seu custo de aquisição for menor que o valor de venda, o sócio terá um saldo positivo nessa alienação. Essa diferença positiva é chamada de ganho de capital e atraí a incidência de IRPF.

Naturalmente não é toda operação que produz ganho de capital que sujeita o alienante à tributação pelo regime do IRPF. A Receita Federal do Brasil reconhece a alienação de bens de pequeno valor como sendo compatível com a isenção do Imposto sobre a Renda. A Instrução Normativa SRF nº 599/2005 garante o gozo desse direito pelo contribuinte que averigua o ganho de capital até o valor de R\$ 35.000,00²⁷ em uma única operação.

²⁷ A partir de 16.06.2005, fica isento do imposto de renda o ganho de capital auferido na alienação de bens e direitos de pequeno valor, cujo preço unitário de alienação, no mês em que esta se realizar, seja igual ou inferior a:

I - R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), no caso de alienação de ações negociadas no mercado de balcão;

Assim, seguindo a hipótese elaborada, caso o sócio tenha apurado um ganho de capital superior ao valor da isenção, estaria sujeito ao recolhimento de IRPF à alíquota progressiva de 15% a 22,5%²⁸.

Suponhamos, agora, que o mesmo indivíduo tenha constituído um FIP Exclusivo, portanto do qual participa apenas um cotista, e de condomínio fechado, ou seja, cujas cotas não podem ser resgatadas senão pelo seu encerramento ou liquidação.

Cabe destacar, neste momento, o que foi antecipado sobre o objeto desse estudo. Como apontado, o Fundo Exclusivo tem como característica óbvia a presença de apenas um investidor, o que induz a lógica de que a estratégia de investimento será elaborada nas conformidades dos objetivos de seu único cotista.

Esse fato isolado naturalmente aproxima do gestor do Fundo, o que, por sua vez, torna sua gestão mais personalizada. Isso fatalmente é acrescido ao custo de manutenção do veículo de investimento, o que o torna mais exclusivo ainda. Não à toa, esse tipo de estrutura é também denominado de “Fundo dos Super-ricos”

Retornando então ao exemplo, temos que o sócio da empresa resolve integralizar sua participação em um FIP exclusivo, do qual é o único investidor. Após isso, um potencial comprador apresenta uma proposta pela empresa ao FIP e ela é vendida.

II - R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), nos demais casos.

²⁸ Art. 21. O ganho de capital percebido por pessoa física em decorrência da alienação de bens e direitos de qualquer natureza sujeita-se à incidência do imposto sobre a renda, com as seguintes alíquotas: (Redação dada pela Lei nº 13.259, de 2016)

I - 15% (quinze por cento) sobre a parcela dos ganhos que não ultrapassar R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais); (Redação dada pela Lei nº 13.259, de 2016)

II - 17,5% (dezessete inteiros e cinco décimos por cento) sobre a parcela dos ganhos que exceder R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) e não ultrapassar R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais); (Redação dada pela Lei nº 13.259, de 2016)

III - 20% (vinte por cento) sobre a parcela dos ganhos que exceder R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) e não ultrapassar R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais); e (Redação dada pela Lei nº 13.259, de 2016)

IV - 22,5% (vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento) sobre a parcela dos ganhos que ultrapassar R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais). (Redação dada pela Lei nº 13.259, de 2016)

Considerando o benefício trazido pela Instrução Normativa nº 1.585/2015, os rendimentos e ganhos líquidos ou de capital auferidos pelas carteiras dos fundos de investimento são isentos de imposto de renda²⁹. Assim, a alienação da empresa, enquanto ativo do FIP, não gera um impacto fiscal direto, a nível da pessoa física, diferentemente do que ocorre quando o indivíduo realiza a operação de venda diretamente.

3.3. A utilização de Fundo de Investimento em Participação como mecanismo de planejamento tributário

O Planejamento Tributário pode se dar de diversas formas e se utilizando das mais conhecidas estratégias geradoras de economia tributária. A despeito disso, este trabalho irá se debruçar sobre uma estrutura em particular, uma que carrega certa complexidade e que se situa no limite do planejamento oponível ao fisco.

Essa estrutura, considerando sua relativa complexidade e seu considerável custo operacional, é comumente utilizada por indivíduos possuidores de um patrimônio que os distingue da grande parcela da população mundial, mas em especial, da brasileira. Assim, cabe neste ponto uma breve análise do contexto socioeconômico no qual essa ferramenta está inserida.

É importante destacar, mais uma vez, quais indivíduos possuem uma verdadeira possibilidade de constituir um fundo de investimento para se valer das justificativas acima mencionadas. Aqui, cabe destacar a última lista das 10 pessoas mais ricas do Brasil, divulgada pela revista Forbes. Nela, as maiores fortunas do país estão concentradas em famílias ou em uma única pessoa e ultrapassam 20 bilhões de reais³⁰. É desse vultoso patrimônio e célebres personalidades que tratar-se-á a seguir.

29 Art. 14. São isentos do imposto sobre a renda:

I - os rendimentos e ganhos líquidos ou de capital, auferidos pelas carteiras dos fundos de investimento;

³⁰ <https://economia.uol.com.br/amp-stories/saiba-quem-sao-os-10-mais-ricos-do-brasil-segundo-a-forbes/>

Um patrimônio da proporção mencionada, em especial quando concentrado em uma única pessoa física, ou ainda em um pequeno grupo de indivíduos da família, se torna demasiadamente complexo de manejar. Como visto, a tributação pela sistemática brasileira apresenta nuances que produzem dificuldades em gerir o patrimônio da melhor forma possível, visto a ocorrência de múltiplos fatos geradores simultâneos. Isso naturalmente dificultaria a capacidade de uma única pessoa física em cumprir todas as obrigações principais e acessórias que lhe são impostas.

Então, a grande maioria das pessoas que se encontram em tal situação passaram a se utilizar dos Fundos de Investimentos, em especial, os FIPs (Fundo de Investimento em Participação). Tais fundos são, em verdade, um mecanismo estratégico de organização e gestão de recursos que pode ser utilizado com múltiplas finalidades, atendendo distintas necessidades e objetivos.

Não é cabal em resgatar a ideia de que um fundo de investimento, seja qual for, tem como seu propósito gerar lucro ou rendimentos aos seus cotistas. Em função disso, diversos dispositivos legais existem e são criados pensando nesse objetivo e para fomentá-lo.

Ainda nessa lógica, é possível extrapolar a fundamento de um fundo e alcançar não apenas a já mencionada relevância econômica, mas também seu papel social, pela criação de empregos, pagamento de impostos, compra e venda de ativos e passivos, entre outros.

A própria regulamentação dos fundos se encarrega de dispor sobre essa relação com prestadores de serviços, como gestores, administradores e distribuidores.

Entretanto, como antecipado, os FIPs não são ordinários, não possuem funcionários, não vendem nem compram mercadorias, mas organizam o patrimônio – societário, principalmente – de seu(s) cotista(s).

Diante disso, os órgãos jurisdicionais e de fiscalização administrativa competentes para avaliar tais questões envolvendo FIPs, encontram-se diante um complexo sistema. Como mencionado, os fundos de investimento são criados para gerarem lucro e através desse lucro fomentar a economia. Assim, para auxiliá-los, o legislador elaborou diversos

dispositivos que estimulam a busca pelo lucro e potencializam o retorno dos investimentos aos cotistas. Eis que se questiona se poderia o FIP se valer de tais dispositivos, ainda que não inseridos no contexto inicialmente pensado pelo legislador?

A resposta dessa pergunta pode ser extraída da compreensão se dado planejamento tributário estruturado mediante o veículo FIP pode ser considerado legítimo e, portanto, oponível ao fisco. Para tanto devemos analisar dois pontos: (i) ausência de abuso de forma; e, (ii) propósito negocial.

A análise sequencial pretende averiguar que, cada vez mais, os planejamentos com FIPs têm sido desconsiderados por critérios abusivos, que são desconexos de seu contexto e utilizados sem previsão legal, causando insegurança jurídica.

4. Análise Jurisprudencial sobre o Planejamento Tributário

Como abordado no capítulo anterior, passarei a discorrer sobre os dois critérios apontados como essenciais para que um planejamento tributário com FIPs seja considerado oponível ao fisco, quais sejam: (i) ausência de abuso de forma; e (ii) presença de propósito negocial, lícito.

Inicialmente, apresentarei o conceito de abuso de forma. Trata-se do termo designado para averiguar ações que ultrapassam de forma manifesta os limites normais do exercício de direito, logo a responsabilidade de cumprir com certas obrigações recai àquele que praticou o abuso, não o mecanismo “meio” para tanto.

Conforme Atienza e Manera³¹ Para identificar o abuso de direito há de se verificar quatro elementos, quais sejam: (i) a existência de uma regra permissiva de um direito subjetivo; (ii) a geração de um dano a terceiros por conta do exercício desse direito subjetivo; (iii) o caráter injustificado desse dano, (iv) a criação, pelo aplicador, de uma nova regra que constitui uma exceção à norma permissiva.

³¹ ATIENZA, Manuel; e RUIZ MANERO, Juan. Ilícitos Atípicos: sobre abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. 1 ed. Tradução: Janaina Roland Matida. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 49

Ainda assim, há outros entendimentos doutrinários para o abuso de forma. Para Pedro Martins, o abuso de direito é ato lícito perante o direito positivo, mas ilícito perante princípios gerais³².

Considerando o objetivo do trabalho de tratar especificamente do IRPF e seu planejamento por meio de Fundos de Investimento em Participação, passarei a explicar como o imposto seria gerado pela Pessoa Física e o porquê da adoção de um FIP é uma das estratégias adequadas para, no mínimo, diferir a tributação, bem como quais seriam suas consequências fiscais para seu beneficiário. Para tanto, devemos retornar aos cenários hipotéticos desenhados no item anterior, em que se compara a tributação da Pessoa Física com a de um FIP.

No primeiro, há uma tributação diretamente na pessoa física alienante, de 15% a 22,5% de IR à título de ganho de capital. Por outro lado, quando a venda é realizada por um FIP, a tributação é diferida, uma vez que, a nível do cotista, somente ocorre quando do resgate das cotas ou da liquidação do Fundo, nos termos da IN 1.585/2015³³.

³² MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso de direito e o acto ilícito*. Rio de Janeiro: Renato Americano, 1935. p. 124-125

³³ Art. 32. Os rendimentos auferidos no resgate de cotas de FIP, FIF FIP e FIEE, inclusive quando decorrentes da liquidação do fundo, ficam sujeitos ao imposto sobre a renda na fonte à alíquota de 15% (quinze por cento) incidente sobre a diferença positiva entre o valor de resgate e o custo de aquisição das cotas.

§ 1º Os ganhos auferidos na alienação de cotas de fundos de investimento de que trata o caput serão tributados à alíquota de 15% (quinze por cento):

I - como ganho líquido, quando auferidos:

a) por pessoa física em operações realizadas em bolsa;
b) por pessoa jurídica em operações realizadas dentro ou fora de bolsa;

II - de acordo com as regras aplicáveis aos ganhos de capital na alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, quando auferidos por pessoa física em operações realizadas fora de bolsa.

Esse diferimento, não obstante ser um dos pilares do planejamento tributário com FIP, é objeto de estudo dos mais renomados tributaristas desta geração, como vemos pela ótica de Ricardo Oliveira de Mariz³⁴:

“Nessa definição dita microscópica do fato gerador (já que o aumento patrimonial final é sua dimensão macroscópica), ainda subsiste a velha exigência de que rendas e proventos, para integrarem o fato gerador, têm de estar adquiridos, ou melhor e mais precisamente, tem que ter havido “a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica” deles, segundo a dicção do “caput” do referido dispositivo do código.”

Essa disponibilização das rendas e dos proventos mencionados é matéria que não se discute no âmbito jurídico, seja pela doutrina, tribunais ou a própria lei, haja visto um consenso de que se trata de aquisição de bem ou valor que origina o incremento patrimonial.

A despeito disso, a atuação das autoridades fiscais baseia-se em anular essa etapa, retrocedendo ao *status quo ante*, argumentando, não incomumente e genericamente, planejamento tributário abusivo e sem propósito negocial no uso de FIP em operação de reorganização societária cujo resultado seria a alienação do investimento originalmente detido por pessoa física.

Em certas ocasiões é possível verificar que esse ímpeto arrecadatório do fiscal é tamanho que acaba por ser freado apenas no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), passando por improcedência do auto de infração lavrado julgado pelas delegacias de julgamento (DRJ), unidades da Receita Federal que julgam as ações administrativas e judiciais, como vemos:

Ementa: **“IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA – IRPF ANO CALENDÁRIO 2011, 2012 ALIENAÇÃO DE ATIVO. UTILIZAÇÃO DE FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. Não há simulação nem fraude pelo simples de que um acionista da empresa vê sua**

³⁴ OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Direito Tributário Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Prof. Luciano da Silva Amaro. Editora Saraiva. 212, p. 285

participação diluída com a entrada de outros acionistas, inclusive de Fundo de Investimento em Participação – FIP em que é cotista, em período que de reestruturação da sociedade antecedente à alienação para terceiros. A diluição da participação é válida quando ela decorre da entrada de novos investimentos e recursos, implicando valorização da sociedade. É válida a utilização de FIP quando é instrumento indispensável à realização de novos investimentos e exigido pelo próprio adquirente do ativo.” (Acórdão nº: 2202-004.793 — 1ª Turma. Sessão de: 12/09/2018, Relator: Dilson Jatahy Fonseca Neto.)

Ementa: “IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA – IRPF EXERCÍCIO 2010 ALIENAÇÃO DE ATIVO. UTILIZAÇÃO DE FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. *Não há simulação nem fraude pelo simples de que um acionista da empresa vê sua participação diluída com a entrada de outros acionistas, inclusive de Fundo de Investimento em Participação – FIP em que é cotista, em período que de reestruturação da sociedade antecedente à alienação para terceiros. A diluição da participação é válida quando ela decorre da entrada de novos investimentos e recursos, implicando a valorização da sociedade. É válida a utilização de FIP quando é instrumento indispensável à realização de novos investimentos e exigido pelo próprio adquirente do ativo.” (Acórdão nº: 2202-004.794 – 2ª Seção – Sessão de: 12/09/2018, Relator: Dilson Jatahy Fonseca Neto.)*

Dessa forma, vemos que, na prática, a simples utilização de FIP em operações societárias é motivo suficiente para aguçar o ímpeto arrecadatório dos fiscais, a despeito de todo arcabouço legal que o respalda. Assim, temos que é necessário ao contribuinte ter de acessar às instâncias superiores no âmbito administrativo para que se faça fazer a lei em seu favor.

Uma breve divagação que de nada é irrelevante sobre o contencioso administrativo no Brasil: Um estudo levantado pelo Tribunal de Contas da União e publicado em 09/05/2022 apurou que “... o contencioso tributário no Brasil, com seu elevado número

de contestações na esfera administrativa ou judicial, demonstra a complexidade e a dificuldade que o Brasil tem enfrentado na gestão desse sistema nos últimos anos.”³⁵

A análise feita pelos membros do TCU, ou seja, funcionários do próprio governo, reconhece e escancara a burocracia que o contribuinte deve enfrentar para que possa exercer sua atividade empresarial e negocial, como vemos na sequência³⁶:

“O tempo médio para a análise do contencioso administrativo é muito longo no Brasil. Nas delegacias da Receita Federal é de dois anos e sete meses. No Carf, a conclusão do contencioso leva cerca de quatro anos. Já na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), a execução fiscal dura aproximadamente nove anos.

Mesmo depois de toda a demora, apenas 5% do valor das autuações retorna aos cofres do Tesouro Nacional (TN), aqui considerados os Programas de Recuperação Fiscal (Refis).”

Outro ponto de destaque do estudo realizado pelo Tribunal de Contas é o custo apurado pelo órgão desvinculado do Poder Judiciário ou do Legislativo. Segundo o relatório, para custear o funcionamento dessa engrenagem - não esqueçamos, mantida mediante o pagamento de tributos, há um dispêndio bilionário, senão vejamos³⁷:

“O volume de recursos envolvidos no contencioso chama a atenção. Em 2019, havia, somente nas Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJs), 265.350 processos com valores gerais da ordem de R\$ 135,31 bilhões. No Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), os valores em discussão eram da ordem de R\$ 671,93 bilhões nos 117.034 processos existentes. Já no estoque da Dívida Ativa da União (DAU), o valor chegava a R\$ 2,32 trilhões para quase 17 milhões de inscrições.”

Apesar de um aparente cenário de estabilidade, trazido pela clareza da legislação e considerando decisões dos órgãos julgadores, ainda há, no escopo do tema, fiscalizações seguidas por decisões dúbias dos tribunais, administrativos em especial, que produzem

³⁵ <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-aponta-os-principais-problemas-na-gestao-tributaria-federal-entre-2015-e-2021.htm> - Acessado em 08/05/2022 às 20:32

³⁶ *Op cit.*

³⁷ *Op cit.*

consequências fiscais tanto para a pessoa jurídica, como para a pessoa física, manifestando insegurança jurídica.

É assim que o CARF tem decidido casos que aparentemente seriam pacíficos, como verificamos:

Ementa: ***“IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA – IRPF DATA DO FATO GERADOR 09/08/212, 21/02/2013, 09/11/2015, 07/10/2016 IRPF – GANHO DE CAPITAL – ALIENAÇÃO DE AÇÕES EM A PRAZO. FATO GERADOR – APURAÇÃO DE DECADÊNCIA.*** Nas vendas a prazo o fato gerador do Imposto de Renda se realiza com o efetivo pagamento da parcela acordada pelas partes, devendo este ser o momento para contagem do prazo decadencial. Não constatada a decadência.

Súmula CARF nº 112 É nulo, por erro na identificação do sujeito passivo, o lançamento formalizado contra pessoa jurídica extinta por liquidação voluntária ocorrida e comunicada ao Fisco Federal antes da lavratura do auto de infração.

Súmula CARF nº12

Constatada a omissão de rendimentos sujeitos à incidência do imposto de renda na declaração de ajuste anual, é legítima a constituição do crédito tributário na pessoa física do beneficiário, ainda que a fonte pagadora não tenha procedido à respectiva retenção.

MERO ERRO/IMPRECISÃO TÉCNICA NA IDENTIFICAÇÃO SUJEITO PASSIVO. NULIDADE. INEXISTENTE.

Somente são nulos os Autos quando constatada a ocorrência do Art. 59 do Decreto n. 70.235/1972. Não se vislumbra a ocorrência de quaisquer dessas hipóteses. O mero erro ou imprecisão técnica na identificação do sujeito passivo, desde que não macule o seu direito de defesa nem o normal andamento do processo administrativo fiscal, não gerará nulidade por vício formal ou material do lançamento. Não há nulidade sem prejuízo.

ALIENAÇÃO OU CESSÃO DE DIREITOS DE USUFRUTO IRPF - ALIENAÇÃO OU CESSÃO DE DIREITOS DE USUFRUTO. - *O ganho de capital apurado na cessão de direitos, por alienação, do usufruto está sujeito à tributação na pessoa física do usufrutuário. Ocorrendo a transmissão do usufruto e da nua-propriedade concomitantemente, isto é, em uma mesma operação, tendo como adquirente um*

terceiro, o usufrutuário e o nu-proprietário estão sujeitos à apuração do ganho de capital.

FIP. AUSÊNCIA DE FINALIDADE NEGOCIAL. *Desprovido de finalidade negocial o Fundo de Investimento em Participação FIP, constituído por uma única investidora, com um único investimento ao qual não foi aportado qualquer investimento adicional ou ato de gestão visando seu crescimento/desenvolvimento ou saneamento e cuja permanência no FIP durou alguns dias.*

FIP. DESCONSIDERAÇÃO. LEGALIDADE. *É desprovida de base a acusação de que a desconsideração do FIP afronta ao princípio da legalidade, dado que foi devidamente avaliado que a interposição do FIP no lugar da autuada tratou-se de manobra para evadir tributação de ganho de capital.*

MULTA QUALIFICADA SONEGAÇÃO. SIMULAÇÃO. DOLO. *Estando comprovada a prática deliberada de simulação, portanto, estando caracterizados o dolo e sonegação, cabe a qualificação da multa de ofício.” (Acórdão nº: 2301-005.929 – 2ª Seção – Sessão de: 14/03/2019, Relator: Marcelo Freitas de Souza Costa.)*

Apesar do acórdão apresentado ser apenas um, ele representa uma série de decisões que figuram a mais recente jurisprudência administrativa a respeito do tema, a qual considera, a despeito de todo o arcabouço jurídico, o FIP como uma estrutura a ser desconsiderada no âmbito do planejamento tributário.

Essa avaliação pode ser verificada por meio da leitura dos acórdãos de nº 2301-005.930, 2301-005.931 e 2301-005-934, todos da sessão de 14/03/2019 em que a Corte decidiu pela forma abusiva quando da constituição do FIP, de tal maneira que mantiveram os lançamentos dos créditos tributários de imposto de renda a título de ganho de capital das pessoas físicas que constituíram o Fundo de Investimento.

Analizando ainda os acórdãos mencionados acima, verificamos a recorrência da tese do propósito negocial, que se caracteriza, conforme antecipado, como um dos fatores avaliados em se tratando da validade ou desconsideração de um planejamento tributário pelos órgãos fiscalizadores e julgadores.

Com o decorrer do tempo, houve uma alteração na jurisprudência do CARF e passou-se a descartar a concepção formalista, sustentada tão somente pelo cumprimento das normas e disposições legais do ordenamento jurídico pátrio, para uma concepção substantivista, pela qual passou-se a compreender os planejamentos como insustentáveis se executados apenas com a finalidade de gerar economia tributária. Além desse critério objetivo, para fins de sua validade, deveriam também ser encorpados por substância econômica, a fim de serem considerados lícitos e válidos.

Lembremos, então a lição de Luis Cesar Souza Queiroz³⁸:

“O que se costuma denominar planejamento tributário pode, em rigor, representar três diferentes fenômenos:

- a) Um primeiro, relativo à adoção de procedimentos explicitamente autorizados pelo ordenamento jurídico (procedimentos lícitos), que podem ser usados com o propósito de incorrer numa menor carga tributária;*
- b) Um segundo, relativo à adoção de procedimentos implicitamente autorizados pelo ordenamento jurídico (procedimentos lícitos), que podem ser usados com o propósito de incorrer numa menor carga tributária;*
- c) Um terceiro, relativo à adoção de procedimentos que o ordenamento jurídico proíbe (procedimentos ilícitos), que não podem ser usados com o propósito de incorrer numa menor carga tributária”*

Vemos claramente que a estruturação de FIP e gozo do benefício de não tributação das operações a nível do portfólio de investimento da estrutura, bem como a alíquota de 15% incidente sobre a liquidação, amortização ou o resgate das cotas do fundo pelo cotista são fatos que enquadram este molde de planejamento tributário na alínea “a” apresentada pelo professor Luís de Queiroz.

Assim, ao se valer da concepção substantivista que se propõe a avaliar a tese do propósito negocial vemos uma fuga das autoridades para campos não semeados pela legalidade, ou seja, que não possuem respaldo legal, vazio de uma legislação que delimita requisitos para aceitação de um planejamento, mas também de normas proibitivas.

³⁸ QUEIROZ, Luis Cesar Souza de. Direito Tributário. Editora Quartier Latin, 2008. p. 737

Nesse aspecto, recorremos ao Código Tributário Nacional que dispôs sobre a atuação fiscal na avaliação de planejamento tributário. Em seu parágrafo único do art. 166³⁹, afirma que a autoridade administrativa poderá desconsiderar o planejamento tributário que tenha como objetivo esconder o fato gerador do tributo.

Lembremos que a outorga desse poder ao Fisco foi uma introdução recente no ordenamento jurídico brasileiro, trazido pela edição da Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, a qual adicionou ao Sistema Tributário Nacional uma norma antievasiva atuante no universo da dissimulação. Esse reforço veio consolidar o disposto no art. 149, VII também do CTN⁴⁰ que posteriormente recebeu mais uma camada de solidez com o Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/2002) que determinou em seu art. 166, VI a nulidade dos atos praticados com fraude ou com simulação, este segundo o art. 167.

Atentemos para o fato de nenhum dos dispositivos mencionados acima fazerem menção ao propósito negocial. Apesar da tentativa de introdução deste critério no arcabouço jurídico, a tese foi rejeitada pelo Congresso Nacional quando da conversão da Medida Provisória nº 66/2002 para a Lei nº 10.637/06.

A despeito disso, é possível identificar Conselheiros do CARF se utilizarem da tese do propósito negocial para votar pela inviabilização de certos planejamentos, sendo mais comumente utilizada ainda por auditores no âmbito de fiscalizações e lavratura de autos de infração, como visto.

Vemos, então, no ano de 2018 a prevalência da não aplicação da tese para desconsiderar os planejamentos tributários no CARF, conforme ementa acrescida às demais apresentadas:

³⁹ Art. 166. (...)

Parágrafo Único: A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária."

⁴⁰ Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

Ementa: “**PRELIMINARES. SUPERAÇÃO EM RAZÃO DE APRECIAÇÃO DE MÉRITO.** Nos termos do que dispõe o §3º. do art. 12 do RPAF, sendo possível o provimento no mérito, devem ser superadas preliminares de nulidade. **PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. MOTIVO DO NEGÓCIO. CONTEÚDO ECONÔMICO. PROPÓSITO NEGOCIAL. LICITUDE.** Não existe regra federal ou nacional que considere negócio jurídico inexistente ou sem efeito se o motivo de sua prática foi apenas economia tributária. Não tem amparo no sistema jurídico a tese de que negócios motivados por economia fiscal não teriam “conteúdo econômico” ou “propósito negocial” e poderiam ser desconsiderados pela fiscalização. O lançamento deve ser feito nos termos da lei. **SUBSIDIARIAMENTE. EXISTÊNCIA DE EFETIVA RAZÃO EXTRA TRIBUTÁRIA. COMPROVAÇÃO.** No caso concreto as Recorrentes comprovaram existir razões de ordem negocial e restrições impostas pela Resolução CMN 2.325/1996 que justificam as operações realizadas.” (Acórdão nº 1401-002.835 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 15 de agosto de 2018, Relator: Daniel Ribeiro Silva).

Observando essa alternância de guinadas de entendimento do CARF, o que se mantém constante é a insegurança jurídica, já que o contribuinte fica impossibilitado de observar com clareza os requisitos para que seu planejamento possa ser considerado lícito ou não, tendo que operar que a máquina do contencioso tributário, sujeitando-se a morosidade do aparato estatal, acrescendo seu custo de produção ou manutenção de sua atividade empresarial.

5. A introdução da Lei 14.754/2023 e seus impactos para o planejamento tributário mediante a utilização de FIP

Mais uma vez é importante refletir sobre qual o perfil do contribuinte que se beneficia do uso de FIP como ferramenta para um planejamento tributário lícito, ou seja, aquele se vale da elisão lícita.

Aqui tratamos do já mencionados “super ricos”, pessoas com patrimônios vultuosos, não apenas no âmbito financeiro, mas de uma maneira geral, com robustas estruturas dentro e fora do Brasil, estas chamadas *offshores*, empresas sediadas em países

ou dependências que não tributam a renda ou que tributam à alíquota inferior a 20% (vinte por cento), ou ainda, cuja legislação interna não permite acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade, conforme define o art. 1º da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 1.037/2010⁴¹.

A introdução da Lei nº 14.754/2023 no ordenamento jurídico quase que no apagar das luzes de 2023, em 12 de dezembro, colocou esse tipo de contribuinte em uma situação de repensar a desenvoltura e estrutura de sua atividade econômica e da disposição de seu patrimônio.

O destaque vai para as disposições sobre a tributação de aplicações em fundos de investimento no País. Por meio desta lei foi introduzido o sistema de tributação periódica do imposto sobre a renda, o “come-cotas”, que se trata de uma antecipação do IR retido na fonte no último dia útil dos meses de maio e novembro, aos fundos fechados.

Até então o come-cotas só era aplicado em fundos de investimento constituídos sob a forma de condomínio aberto, de tal maneira que já não é mais possível ao contribuinte diferir esse imposto, desde 1 de janeiro de 2024.

Por outro lado, há de se aclamar alguns pontos da lei, como a reafirmação da isenção de IR sobre as operações do fundo, nos termos do parágrafo primeiro do art. 16⁴² e a possibilidade de desenquadramento de certos tipos de fundos de investimento, ainda que fechados, evitando a sujeição ao come-cotas.

Neste rol encontramos no inciso I o FIP, o qual, para se valer dessa faculdade, deve adotar certos critérios objetivos a serem identificados pelas autoridades, a saber (i)

⁴¹ Instrução Normativa RFB nº 1.037, de 04 de junho de 2010

⁴² Art. 16. Os rendimentos de aplicações em fundos de investimento no País constituídos na forma do art. 1.368-C da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), ficarão sujeitos à incidência do imposto sobre a renda de acordo com o disposto nesta Lei.

Parágrafo único. Ficam isentos do imposto sobre a renda os rendimentos, inclusive os ganhos líquidos, dos títulos e valores mobiliários e demais aplicações financeiras integrantes das carteiras dos fundos de investimento.

enquadramento como entidade de investimento⁴³; e (ii) cumprimento das regras de alocação, de enquadramento e de reenquadramento de carteira previstos na regulamentação da Comissão de Valores Mobiliários⁴⁴.

Assim, vemos que, no universo desse trabalho, há, por meio da Lei nº 14.754/2023, a adição que fatores que devem facilitar o contribuinte em sua hercúlea tarefa de opor ao Fisco seu planejamento tributário pautado na elisão fiscal.

Ainda assim, segundo a Lei, esses critérios deveriam ser objeto de estudo do Conselho Monetário Nacional⁴⁵, que não tardou em editar normas para regulamentar a estrutura, qual seja a Resolução CMN nº 5.111 de 21 de dezembro de 2023.

Nesse sentido, o contribuinte fica por um lado com a agilidade do Conselho Monetário Nacional em regulamentar certas disposições da Lei 14.754/2023 benéficas a ele, mas, por outro, com a introdução de mais uma camada de interpretação por outro ente do governo, igualmente interessado em ver acrescer a receita tributária auferida pela União, sobre dispositivos que lhe atribuem benefícios fiscais.

A despeito disso, o saldo parece ser positivo, visto que a nova norma veio no sentido de atualizar a legislação fiscal pátria e trazer mais clareza para os sujeitos das relações tributárias.

⁴³ Art. 18. Quando forem enquadrados como entidades de investimento e cumprirem os demais requisitos previstos nesta Seção, ficarão sujeitos ao regime de tributação de que trata esta Seção os seguintes fundos de investimento:

I - Fundo de Investimento em Participação (FIP);

⁴⁴ Art. 20. Para fins do disposto nesta Lei, serão considerados como FIPs os fundos que cumprirem os requisitos de alocação, de enquadramento e de reenquadramento de carteira previstos na regulamentação da Comissão de Valores Mobiliários.

⁴⁵ Art. 23. Para fins do disposto nesta Lei, serão classificados como entidades de investimento os fundos que tiverem estrutura de gestão profissional, no nível do fundo ou de seus cotistas quando organizados como fundos de investimento no País ou como fundos ou veículos de investimentos no exterior, representada por agentes ou prestadores de serviços com poderes para tomar decisões de investimento e de desinvestimento de forma discricionária, com o propósito de obter retorno por meio de apreciação do capital investido ou de renda, ou de ambos, na forma a ser regulamentada pelo Conselho Monetário Nacional.

6. Conclusão:

Como exposto, é evidente que o Planejamento Tributário do Imposto de Renda da Pessoa Física pode ser executado dentro dos limites legais impostos ao contribuinte. Entretanto, considerando o avanço relativo da legislação tributária e o exercício ineficaz e ineficiente dos órgãos julgadores no sentido assegurar benefícios tributários no escopo de planejamentos tributários lícitos, não há uma consolidação da interpretação ou sequer um critério absolutamente claro sobre a execução destes ainda respeitando as determinações da legislação.

O escopo do planejamento tributário é extenso, mas focando nos que se utilizam de Fundos de Investimento em Participação, instrumento financeiro que tem como objeto a concentração de sociedades empresárias de seus sócios, almejando eventual diminuição da carga tributária em certas operações, a problemática explanada é translúcida.

Frente à um ordenamento jurídico desatualizado que dificulta o reconhecimento e não regulamenta prontamente o planejamento tributário com FIP a jurisprudência tem se valido de conceitos que beiram a extralegalidade, aplicando conceitos não intercambiáveis de outras áreas para inviabilizar os planejamentos tributários, reduzindo, de forma simplória, essa prática a uma tentativa de sonegação de impostos.

Esses conceitos, como o propósito negocial, jamais poderiam ser aplicados aos FIP, visto que, enquanto instrumento financeiro, sua natureza é a prática de negócios e existe como ferramenta de organização da atividade empresarial.

É nesse contexto que se instala um cenário de verdadeira insegurança jurídica, pois, como mencionado, não há clareza para o contribuinte sobre como operar as ferramentas disponíveis para se planejar, e menos ainda se estas poderão ser oponíveis ao fisco, validando sua atividade.

O resultado dessa configuração de insegurança é que o contribuinte com maior poder aquisitivo, que pode dispor de recursos para ingressar em lide contra a Administração Pública, no âmbito administrativo ou judicial, a fim de legitimar seu planejamentos, os quais já são válidos por lei, contratando advogados especialistas, como

pareceristas, e laudos para criar um arcabouço de provas e argumentos buscando evidenciar seus propósitos dentro de estreitos parâmetros legais, poderão ser bem sucedidos, fazendo frente àqueles argumentos sustentados meramente por uma sede arrecadatória de que dispõe o Estado, de modo a evidenciar a insegurança jurídica instaurada e alcançar a segurança jurídica determinada pela Constituição Federal.

Diante disso, é possível observar uma tendência a ser configurada – errônea, diga-se de passagem - de restrição das hipóteses em que o Planejamento Tributário do IRPF mediante a utilização de FIP, ainda que lícito, de confirmação e validação pelo Fisco em âmbito administrativo.

Assim, desenha-se um cenário no qual de um lado tem-se Fisco com uma intenção de arrecadar tributos sem se preocupar com extrapolar parâmetros e conceitos aplicáveis ao planejamento tributário com FIP, e de outro o contribuinte incerto do limite do que se pode e deve apresentar como prova de sua intenção e boa-fé diante do questionamento de seu planejamento.

Por fim, o contribuinte fica a mercê do ordenamento jurídico que não produz efeitos práticos, que não prevê as formas de planejamento que sejam válidas, e de uma ação estatal predatória, permeando o planejamento tributário de supostas invalidades, retroalimentando a insegurança jurídica ora vigente.

Referências Bibliográficas

- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de Oliveira, Fundamentos do Imposto sobre a Renda, São Paulo: Editora IBDT, 2020;
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de Oliveira. Direito Tributário Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em <https://www.marizadvogados.com.br/publicacoes/?filtro=true&autor=ricardo+mariz+de+oliveira&keyword>
- SCHOUERI, Luis Eduardo. Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2019
- CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de Oliveira. Grandes Questões atuais de Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2003.
- SCHOUERI, Luis Eduardo (coord.). Planejamento Tributário e o “Propósito Negocial”. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- Lei nº 10.406/2022:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm
- Acordão nº 1201-002-278, Processo nº 16561.720133/2015-75 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, 15/06/2018 – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Relatora: Eva Maria Los.
- OLIVEIRA, Ricardo de Mariz. Estudos de Direito Tributário 40 anos de Mariz de Oliveira e Siqueira Campos Advogados. São Paulo, 2018. Disponível em <https://www.marizadvogados.com.br/publicacoes/?filtro=true&autor=&keyword=planejamento>
- ULHOA, Fabio Coelho. Novo Manual de Direito Comercial. São Paulo: Thomson Reuters, 2002.
- Lei nº 4.729/65: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4729.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%204.729%2C%20DE%2014%20DE%20JULHO%20DE%201965.&text=Define%20o%20crime%20de%20sonega%C3%A7%C3%A3o%20fiscal%20e%20d%C3%A1o%20outras%20provid%C3%A1ncias
- Lei nº 4.502/1964: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4502.htm

- TORRES, Ricardo Lobo, Planejamento Tributário: elisão abusiva e evasão fiscal, Rio de Janeiro/RJ, Editora Campus Jurídico, 2012.
- Instrução Normativa SRF nº 599/2005:
<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15526>
- <https://economia.uol.com.br/amp-stories/saiba-quem-sao-os-10-mais-ricos-do-brasil-segundo-a-forbes/>
- ATIENZA, Manuel; e RUIZ MANERO, Juan. Ilícitos Atípicos: sobre abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. 1 ed. Tradução: Janaina Roland Matida. São Paulo: Marcial Pons, 2014
- MARTINS, Pedro Baptista. O abuso de direito e o acto ilícito. Rio de Janeiro: Renato Americano, 1935
- Instrução Normativa RFB nº 1.585/2015:
<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=67494>
- Acórdão nº: 2202-004.793 — 1ª Turma. Sessão de: 12/09/2018, Relator: Dilson Jatahy Fonseca Neto
- Acórdão nº: 2202-004.794 – 2ª Seção – Sessão de: 12/09/2018, Relator: Dilson Jatahy Fonseca Neto
- <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-aponta-os-principais-problemas-na-gestao-tributaria-federal-entre-2015-e-2021.htm>
- Acórdão nº: 2301-005.929 – 2ª Seção – Sessão de: 14/03/2019, Relator: Marcelo Freitas de Souza Costa.
- QUEIROZ, Luis Cesar Souza de. Direito Tributário. Editora Quartier Latin, 2008
- Lei nº 5.172/1966:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm
- Acórdão nº 1401-002.835 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 15 de agosto de 2018, Relator: Daniel Ribeiro Silva
- Instrução Normativa RFB nº 1.037/2010:
<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?naoPublicado=&idAto=16002>
- Lei nº 14.754/2023: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Lei/L14754.htm