

# **PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO PARA PEQUENAS E MÉDIAS EMPRESAS: SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO NA CONSTRUÇÃO CIVIL**

**TAX PLANNING FOR SMALL AND MEDIUM COMPANIES: SPECIAL PURPOSE  
ENTITY ON CIVIL CONSTRUCTION**

Rodrigo Lucas Carneiro Santos \*

## **RESUMO**

O artigo tem como problema central a questão dos limites à liberdade de contratar como início do processo de planejamento tributário de pequenos e médios investidores. Com a finalidade de delimitação temática, optou-se por analisar o caso das Sociedades de Propósito Específico – SPE – no âmbito da construção civil. Na atualidade, um conjunto de pessoas físicas e jurídicas aplica seu dinheiro neste setor, que vem se expandindo em virtude de programas governamentais de fomento. Com isso, é mister investigar primeiramente se esses empresários tem a liberdade de optar por formas negociais/societárias que julgarem fiscalmente mais atrativas, para depois analisar propriamente quais os possíveis benefícios tributários da utilização de uma SPE, no âmbito de um planejamento tributário nos mercados competitivos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sociedade de Propósito Específico; Planejamento tributário; Mercados competitivos

## **ABSTRACT**

The article has as central problem the question of the limits to freedom of contract as the beginning of a tax planning for small and medium investors. For the purpose of thematic delimitation, we chose to analyze the case of Special Purpose Entities - SPE - within the civil construction sector. At the present, a number of natural people and legal entities apply their money in this industry, which is expanding due to government incentive programs. With this, we must first investigate whether these entrepreneurs have the freedom to choose corporate forms they deem fiscally more attractive, and then analyze exactly what the possible tax benefits of using a SPE, within a context of tax planning in competitive markets.

**KEYWORDS:** Special Purpose Entity; Tax planning; Competitive markets.

## **1 INTRODUÇÃO**

O planejamento tributário é um velho, mas sempre novo tema dentro do direito tributário. É assim porque em todas as épocas as pessoas buscaram pagar sempre a menor quantidade possível de impostos, guardando dinheiro para realizar investimentos que consideravam mais importantes no contexto pessoal ou societário. Também os problemas relacionados à economia fiscal são bastante antigos e continuam muito presentes nas lides

---

\* Aluno especial do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (Mestrado em Direito Econômico) da Universidade Federal da Paraíba. Currículo lattes: <<http://lattes.cnpq.br/8194163745298928>>. E-mail: [rodrigo.lucas@outlook.com](mailto:rodrigo.lucas@outlook.com).

tributárias administrativas e judiciais. O Estado combate aquilo que reputa ser evasão fiscal e os contribuintes buscam, cada dia mais, contratar serviços de consultoria para estudar as possibilidades jurídicas lícitas de obter alguma vantagem tributária.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 – CF/88 –, a legitimidade da tributação no Brasil deixa de ter por base apenas o viés legalista e passa também a ter de considerar o espírito de solidariedade posto pelo texto constitucional. Nesse novo Estado Democrático de Direito, os contribuintes tem um dever fundamental de pagar impostos desenvolvido através de princípios fundados em uma dimensão solidária, na qual é muito forte o requisito da igualdade, nomeadamente na forma da capacidade contributiva e da progressividade. Isso aconteceu sem que o constituinte originário pusesse de lado todas as conquistas constitucionais dos antigos, ou seja, mantêm-se uma base de confiança legítima e segurança jurídica que são deduzidas das “regras-princípio” da legalidade, anterioridade, não-confisco.

Da forma exposta, percebe-se que o constituinte buscou o equilíbrio normativo constitucional em matéria tributária. Sendo assim, o intérprete tributarista necessita levar em consideração tudo aquilo que está no direito constitucional, porque hoje o direito tributário é antes de mais nada um direito constitucional tributário.

Nesse sentido, o artigo tem como problema central a questão dos limites à liberdade de contratar como início do processo de planejamento tributário de pequenos e médios investidores. Com a finalidade de delimitação temática, optou-se por analisar o caso das Sociedades de Propósito Específico – SPE – no âmbito da construção civil. Na atualidade, um conjunto de pessoas físicas e jurídicas aplica seu dinheiro neste setor, que vem se expandindo em virtude de programas governamentais de fomento (como, por exemplo, o “Minha Casa Minha Vida”) e dos programas de financiamento bancário para a construção civil.

Com isso, é mister investigar primeiramente, como objetivo geral, se esses empresários tem a liberdade de optar por formas negociais/societárias que julgarem fiscalmente mais atrativas, para depois analisar, como objetivo específico, quais os possíveis benefícios tributários da utilização de uma SPE, no âmbito de um planejamento tributário nos mercados competitivos.

A justificativa para esta pesquisa está na importância do planejamento tributário para toda e qualquer sociedade empresária, já constituída ou a ser constituída. Trata-se hoje de uma exigência da governança corporativa e de um item imprescindível a quem quiser se manter competitivo no mercado globalizado. É preciso que os sócios analisem as implicações tributárias do negócio antes mesmo de iniciá-lo, na forma de um estudo tributário prévio, que

inclua as consequências econômicas e fiscais das operações a serem realizadas e como isso repercutirá na esfera pessoal do investidor.

Para atingir os objetivos definidos, metodologicamente houve a divisão do texto em três capítulos, a saber: a) Planejamento tributário das pequenas e médias sociedades empresárias no âmbito dos mercados competitivos; b) Liberdade de contratar e o propósito comercial no planejamento tributário; c) Viabilidade e principais implicações tributárias da constituição de Sociedade de Propósito Específico na construção civil.

## **2 PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO DAS PEQUENAS E MÉDIAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS NO ÂMBITO DOS MERCADOS COMPETITIVOS**

Pequenos e médios investidores também podem fazer uso de contratos societários para obter vantagens econômicas e, ao mesmo tempo, diminuir a carga tributária. Tal conduta não impede que a sociedade empresária criada continue a exercer a denominada solidariedade fiscal, cumprindo às avessas o dever fundamental de pagar impostos. Elas são partes imprescindíveis à manutenção do sistema de arrecadação e da estabilidade do fluxo de caixa do Estado, sem o que a proteção e efetivação de todos os direitos fundamentais estariam ameaçadas.

Considerando que no século XXI existe uma busca constante pelo aperfeiçoamento das práticas da boa gestão, todos os investidores ou grupos de investidores, especialmente os pequenos e médios, que desejem colocar dinheiro em um novo negócio (como, por exemplo, na construção civil), precisa assegurar que este será competitivo, pautado em um modelo de rígido cumprimento da lei, de responsabilidades sociais e ambientais, e de enxugamento de custos desnecessários. Tudo isso combinado com o lançamento de inovações associadas ao seu negócio. Nesse ambiente há uma pressão pela diminuição do dinheiro gasto superfluamente com tributos, de maneira a gerar mais lucros para os sócios (ANDRADE FILHO, 2013, p. 983).

É certo que na era da globalização, com a sistemática quebra de fronteiras territoriais, as sociedades empresárias, os capitais e as pessoas têm trânsito quase que livre, além de contarem com acesso em tempo real a confiáveis informações acerca da situação macroeconômica dos mercados. Com isso, está posto um cenário caracterizado pela volatilidade e fragilidade frente às especulações. Essa situação pede, com urgência, um novo pensar de maneiras sustentáveis para o crescimento econômico e o desenvolvimento social.

De acordo com Maria Luiza Feitosa (2007, p. 68), tal globalização dos mercados está gerando diversos efeitos, a saber: a) aumento do volume de recursos financeiros disponíveis para investimentos, bem como uma maior velocidade das decisões; b) as estruturas de oferta e procura estão ficando mais paritárias em diversos países, o que ocasiona uma competitividade a nível mundial; c) os agentes econômicos estão desvinculados das decisões estatais, passando a tomar medidas comerciais unicamente visando seus interesses individuais; d) as estruturas político-econômicas dos diversos países estão cada vez mais interdependentes, porque todas passaram a ser pautadas por condicionantes externos ao seu território.

Isso posto, não se pode olvidar que uma empresa inserida em um mercado globalizado tem por função primordial vencer seus concorrentes e se manter competitiva, conquistando para si as maiores fatias possíveis do mercado consumidor, o que aumentará seus lucros. Não há qualquer problema em fazer isso por meio de uma otimização dos preços que pratica (graças a um planejamento tributário), desde que tudo seja feito nos limites da lei vigente<sup>1</sup> (SILVA, 2010, p. 69).

Dito isto, é preciso verificar quais são as funções do planejamento tributário, para fim de verificar como ele se encaixa na estratégia empresarial. Na lição de Silvio Aparecido Crepaldi (2012, p. 70 e 71), são elas: a) evitar a incidência do fato gerador do tributo; b) diminuir o valor total do tributo, a alíquota aplicada ou até mesmo a base de cálculo; c) adiar o adimplemento do tributo, sem a superveniência de multa. Isso porque a atividade negocial (como visto acima) demanda sempre de grande capitalização para novos investimentos; d) não cometer nenhuma forma de sonegação fiscal, e assim evitar a aplicação de penalidades; e) reembolsar os valores tributados indevidamente.

Portanto, como se vê, a otimização da carga tributária é a finalidade última do planejamento tributário (TORRES, 2012, p. 10). Em outras palavras, cada um dos indivíduos (e também as pequenas e médias sociedades empresárias) tem o direito de buscar a eficiência econômica na condução de seus negócios, desde que dentro dos limites do direito vigente (BRITTO NETO, 2014, p. 2.590). Sendo assim, percebe-se que se configura mesmo como um

---

<sup>1</sup> Com pensamento diverso, no sentido de não admitir que a diminuição da carga tributária possa legitimamente ser um diferencial competitivo, ver: GRECO, 2011, p. 18, onde se lê: “A competição num regime de mercado não pode se dar através de variáveis que não digam respeito à própria aptidão, criatividade ou à qualidade do produto ou serviço prestado. A variável tributária não deve ser instrumento de diferenciação entre concorrentes ou que interfira na competição. O ideal é que a tributação seja um piso único a partir do qual todos os concorrentes passem a agir. A variável tributária – salvo situações especiais como o uso extrafiscal do tributo – não deve ser elemento que diferencie os competidores no mercado, porque se isto ocorrer surgem distorções, pois começam a existir reflexos no market share, na participação do mercado não pelas qualidades do produto ou serviço ou da competência do agente econômico, mas porque ele descobriu um meio de diminuir a carga tributária e, com isto, consegue apresentar um preço menor do que o concorrente.”

dever de todo e qualquer gestor bem governar a sociedade empresária para que esta possa gerar a melhor rentabilidade possível aos sócios (estes, por sua vez, devem pensar desde o início qual é a constituição societária mais interessante para a consecução do negócio). Considerando que os tributos tem forte participação nos custos de qualquer atividade, o planejamento tributário atrelado à governança corporativa passa a ser a própria representação de uma condução cuidadosa dos negócios<sup>2</sup> (BRITTO NETO, 2014, p. 2.594).

Dessa maneira, o que insta os pequenos e médios investidores a realizar o planejamento tributário é justamente o fato de que há uma diversidade de oneração fiscal para diferentes hipóteses de incidência, tornando possível conseguir cargas tributárias menores. No caso dos contratos societários, a forma ou estrutura escolhida será sempre aquela que propiciar o maior conjunto de benefícios (com menores custos/riscos e maiores lucros) (TIPKE e LANG, 2008, p. 238 e 239).

A pessoa somente passa a ser contribuinte, e ter obrigação de pagar tributo, quando o fato praticado corresponde exatamente à figura posta na lei tributária, sendo que esta deve trazer todos os elementos essenciais do tributo (sujeitos ativo e passivo, base de cálculo, alíquota e hipótese de incidência). O que a lei não traz não pode ser alvo de cobrança pela administração fiscal. Observe-se que a relação jurídico-tributária somente surge a partir do momento em que for praticado o fato gerador, e antes disso a Fazenda não tem direito de fazer oposição à conduta da pessoa. Há, portanto, espaço para os pequenos e médios investidores organizarem suas atividades societárias antes de efetivamente ocorrer o fato gerador, desde que não o façam por meio de simulação ou fraude à lei.

### **3 LIBERDADE DE CONTRATAR E O PROPÓSITO NEGOCIAL NO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO**

A ideia do contrato passa por um vínculo obrigacional tutelado pelo Direito, que cria e garante a estabilidade de relações entre as partes, tornando possível a consecução dos objetivos pactuados (ARAÚJO, 2007, p. 106). Pode-se ainda dizer, no esteio de abalizada doutrina, que o contrato é o meio pelo qual uma dada situação econômica toma feições jurídicas, gerando uma relação de direitos e deveres, tal como uma lei que vigora entre as

---

<sup>2</sup> Já no prefácio do livro do professor Saldanha Sanches (2006, p. 10), é possível perceber que até mesmo um autor com doutrina alinhada a uma maior restrição do planejamento tributário reconhece a necessidade de uma gestão eficiente das relações tributárias, quando já preleciona que: “*Sem uma gestão eficiente das suas relações tributárias, ficará impossibilitado de competir em pé de igualdade com os seus concorrentes. Mais do que um direito, o planejamento fiscal toma aqui a configuração específica de um ônus*”.

partes (FEITOSA, 2007, p. 297; TAVARES, 2013, p. 164). Em outras palavras, é o disciplinamento jurídico de um jogo de interesses (LÔBO, 2011, p. 15). Os privados tem liberdade para contratar ou não, e ainda para estabelecer os termos pelos quais estão contratando, sem que haja grandes intervenções por parte do Estado.

A utilização dos contratos para fins comerciais gera três tipos de benefícios para a eficiência econômica das empresas, quais sejam: a) gestão de risco entre as partes; b) diminuição do oportunismo e ampliação da confiança, com um consequente aumento dos incentivos de cooperação; c) diminuição dos custos de transação através da utilização de cláusulas que se mostrem eficientes e alinhadas aos objetivos que se almejam (ARAÚJO, 2007, p. 106). Além disso, é sobre a figura dos contratos, sejam eles típicos ou atípicos, que recai a maior parte dos atos constitutivos das empresas, e do disciplinamento jurídico da cooperação entre empresas (contratos de *joint venture*, *know-how*, transferência de tecnologia, subordinação, etc) (ANTUNES, 2012, p. 20).

Todavia, observa-se que o desenho das cláusulas contratuais depende dos objetivos das partes no quadro de suas relações econômicas, não ficando restrita aos tipos contratuais legalmente previstos. É por isso que Pedro Pais de Vasconcelos (2009, p. 2) diz que “os tipos contratuais legais não passam de arquipélagos no ‘mare magnum’ da autonomia contratual”. E é assim porque as partes podem estipular cláusulas contratuais que façam com que os tipos contratuais se misturem ou até se modifiquem, e inclusive é possível pensar em contratos que nada tenham a ver com os tipos previstos em lei. É o que Engrácia Antunes (2012, p. 129) nomina como: “liberdade de modelação ou estatuição dos contratos”, ou seja, a liberdade dos contratantes de livremente fixar os termos e condições constantes nos contratos que firmarem.

As limitações constitucionais para a autonomia da vontade, nomeadamente o dirigismo estatal, a tipicidade contratual e os meios protetivos do consumidor, existem especialmente para regular impedir abusos do poder econômico ante a hipossuficiência de uma parte em relação à outra. Quando os contratos são firmados entre partes empresárias ou entre investidores, há uma maior liberdade ante a presunção constitucional de igualdade entre elas, com grande circulação de riqueza e onde prevalece a atipicidade contratual, com a colocação de termos contratuais que favoreçam o objetivo econômico a ser atingido (ALARCÃO, 2002, p. 3 e 4; TAVARES, 2013, p. 170).

As partes empresárias tem um espaço de autodeterminação maior, até mesmo para se adequar ao capitalismo concorrencial, o que impede uma excessiva rigidez constitucional das relações jurídico-privadas (FEITOSA, 2007, p. 319 e 320). Todavia, já alertava Orlando Gomes (2000, p. 24) que “a liberdade de contratar, propriamente dita, jamais foi ilimitada”,

mas está limitada por valores jurídicos superiores<sup>3</sup>, como por exemplo, a Ordem Pública ou qualquer proibição legal, fora dos quais é possível autorregular seus interesses da maneira que melhor lhes convenham. Não é possível, no entanto, a regulação da disciplina contratual para servir a interesses políticos do Governo, a fim de não se criar um ambiente de insegurança jurídica (FEITOSA, 2007, p. 322; VASCONCELOS, 2009, p. 153).

Quando as partes estão estabelecendo os termos com que vão contratar, elas não estão pensando no melhor para a coletividade, mas sim na maneira mais eficiente de conduzir os negócios. Nesse sentido, podem optar por tipos contratuais alternativos que conduzem todos à plena satisfação do interesse contratual em pauta. Dessa forma, não é necessário que investidores escolham a forma de consórcio para levar adiante os empreendimentos de construção civil, quando podem escolher a utilização de uma Sociedade de Propósito Específico, sob a forma de constituição contratual empresarial que for mais vantajosa.

Deve o administrador da sociedade atuar sempre com cuidado e diligência na efetivação dos negócios, afim de gerar os maiores benefícios possíveis aos sócios. E disso decorre que uma das principais motivações para a escolha de diferentes formas contratuais lícitas está no regime tributário aplicado à espécie. Assim sendo, está claro que sempre se há de escolher o caminho tributariamente mais favorável, o que representa mesmo um diferencial de competitividade para a empresa (VASCONCELOS, 2009, p. 354).

Impende verificar se a utilização da variados tipos contratuais dentro de um planejamento tributário, por si só, é lícito e constitucionalmente permitido. Ou se, de outra forma, o afastar do tipo contratual que possui um regime jurídico tributário mais gravoso é juridicamente indesejável. Para tanto, é preciso analisar quais os ditames constitucionais atinentes à matéria.

A liberdade de contratar está inserida na ideia de autonomia da vontade, que é prevista no texto constitucional logo no art. 5º, *caput*<sup>4</sup>, e garante aos brasileiros e aos estrangeiros a inviolabilidade de seus direitos à liberdade e à propriedade (GOMES, 2000, p. 22; TAVARES, 2013, p. 162).

Também o art. 170 da CF/88 há um disciplinamento constitucional que engloba a questão contratual, vez que coloca a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa como

---

<sup>3</sup> Com abordagem jurídica amplamente de teor marxista, e analisando a tutela constitucional da autonomia privada na Constituição Portuguesa de 1976, a civilista portuguesa Ana Prata afirma que os direitos de empresa (entre os quais o da liberdade de contratar) devem se integrar à consecução dos objetivos do Estado dispostos na Constituição, não mais podendo ser vistos como meios de satisfação exclusiva dos interesses das partes. Ver: PRATA, 1982, p. 216.

<sup>4</sup> CF/88: “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”.

fundamentos da ordem econômica, e, ao mesmo tempo, traça como finalidade da ordem econômica assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Nesse sentido, entre os princípios gerais que regem e norteiam a atividade econômica brasileira, destacam-se: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. No parágrafo único do mesmo artigo se verifica que a CF/88 assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de qualquer tipo de autorização por parte dos órgãos públicos, salvo nos casos especificados em lei.

A Constituição consagra ao mesmo tempo tanto o capitalismo, representado pela livre iniciativa das pessoas, quanto a solidariedade social, na medida em que busca assegurar a todos uma existência digna dentro dos ditames de uma justiça social. Observe-se que não há uma superioridade entre tais princípios, mas uma complementariedade, de maneira que um não pode se sobrepor ao outro, mas ambos devem ter a máxima força normativa possível.

É preciso ter cuidado<sup>5</sup> para não haver uma total redução dos contratos entre pessoas de direito privado à ideia da solidariedade social, de modo a que a interpretação, por exemplo, dos contratos de constituição societária seja sempre subordinada a uma concepção marxista da sociedade, o que não é o objetivo do texto constitucional. Não é possível reduzir a pessoa a um mero sujeito de direitos, que todos os problemas sejam resolvíveis pela sociedade, que os interesses coletivos sejam sempre alegadamente superiores aos interesses individuais (NEVES, 2010, p. 426 e 427). É assim até mesmo porque o direito fundamental à livre iniciativa, e os consequentes princípios da liberdade de contratar e da autonomia privada, também funcionam como trunfos contra a maioria, tal qual os demais direitos fundamentais.

---

<sup>5</sup> Sobre o cuidado com os exageros da solidariedade social aplicado aos contratos, ver, por todos: ARAÚJO, 2007, p. 434 e 435: “*Mais do que uma manifestação da nova sensibilidade ‘contextualista’ capaz de quebrar as barreiras textualistas erigidas pela relatividade contratual, a nova atitude reguladora é sobretudo tributária de um entendimento proto-colectivista, ‘comunitarista’, ou ‘solidarista’, que postula uma tão grande superioridade dos interesses e valores colectivos que, em caso de conflito, acaba por recusar liminarmente qualquer cedência a meros arranjos bilaterais, recusando por isso qualquer ‘santificação’ do contrato que lograsse furtar os arranjos bilaterais à necessária subordinação a perspectivas mais amplas e alegadamente muito mais importantes; não havendo conflito de direitos, ou de deveres, ou de interesses, nada afectaria o livre desenvolvimento de tudo o que fosse livremente estipulado num contrato – mas à primeira indicação da presença, ou até da iminência, de um conflito, sobrelevariam considerações substantivas e procedimentais exógenas ao contrato, e a muralha da relatividade contratual não resistiria às investidas de critérios de ‘justiça correctiva’.*”

O CC/02, no art. 421<sup>6</sup>, estabelece que a liberdade de contratar fica limitada pela função social do contrato. O que significa que fica repellido o individualismo exacerbado do Estado Liberal, vez que existem normas constitucionais que são a base jurídica fundamental da ordem econômica. Requer-se agora que o contrato também seja socialmente útil (DINIZ, 2004, p. 353). Já o art. 425<sup>7</sup>, do mesmo diploma legal, abre a possibilidade da estipulação de contratos atípicos, desde que observados a normas gerais do Código Civil. Permite-se assim, ante a consagração da autonomia da vontade, que as partes livremente estipulem as figuras contratuais que querem contratar, e não havendo necessidade de escolher quaisquer dos tipos legais (DINIZ, 2004, p. 357).

As pessoas podem continuar a regular seus interesses através dos contratos da maneira que melhor lhes convenha, sem que, entretanto, avancem sobre os limites que a CF/88 lhes impõe. Nessa linha de pensamento, o direito das obrigações (incluindo entre estas os contratos) serve como instrumento de concretização da autonomia da vontade das partes contraentes, realizando a tutela jurídica da preferência e a repartição dos bens, criando, na esteira de um dever de prestar, a obrigação de comportamentos positivos ou negativos (PINTO, 2008, p. 470). O direito das obrigações é, portanto, na acepção de Orlando de Carvalho (2012, p. 102), um instrumento de autodeterminação da pessoa, que satisfaz interesses e que está na esfera do arbítrio.

Toda a questão constitucional da liberdade de contratar como corolário da autonomia da vontade é importante porque a constituição de uma SPE no ramo da construção civil pode não possuir um objetivo meramente econômico. Fosse assim as partes poderiam optar, com alguma facilidade, pela via do consórcio. Todavia, é preciso perceber que mesmo que o contrato de constituição societária tenha por objetivo fundamental obter uma vantagem fiscal, e que esta sobrepuje uma suposta vantagem operacional, mesmo assim o negócio não pode ser desconsiderado pela Fazenda Pública.

A desconsideração do negócio jurídico pelo artigo 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional não poderia ocorrer visto que o meio utilizado não constitui forma de evasão fiscal, seja por simulação ou por fraude. Não há, neste caso, qualquer tentativa de ludibriar terceiros, visto que não há tentativa de realizar qualquer tipo de negócio oculto, com inserção de itens que não correspondam à realidade do negócio efetivamente praticado pelos investidores. O que existe é uma clara preferência por um esquema negocial que é eficiente

---

<sup>6</sup> CC/02: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

<sup>7</sup> CC/02: “Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.”

tanto economicamente quanto em matéria de tributos (MALERBI, 1984, p. 27).

Entretanto, existem alguns autores que entendem que o propósito negocial está essencialmente ligado às questões de planejamento tributário (GRECO, 2011, p. 212 e 213). Caso realmente se afigurasse dessa forma, a consequência prática seria que os interesses de parte a parte na relação contratual seriam totalmente postos de lado. Na prática, um dos lados pode ter interesse nas vantagens negociais, e o outro em vantagens tributárias, e assim se criaria uma situação em que a Administração Tributária somente poderia desconsiderar o negócio para um dos lados, o que não é possível (COURINHA, 2009, p. 202). Ademais, uma possível desconsideração somente passa pelos aspectos fiscais, permanecendo os aspectos societários. Entretanto, no caso específico das SPE, a desconsideração teria de atingir a própria constituição societária, o que é vedado na atual conjuntura normativa.

Como se vê, os contornos da norma posta no parágrafo único do artigo 116 levam à interpretação de que ela se refere àqueles negócios que tem por objetivo enganar a administração tributária (BARRETO, 2009, p. 56; GUTIERREZ, 2001, p. 88). Não se trata, portanto, de uma Cláusula Geral Antiabuso ou Antielisiva, que exigiria que os negócios a serem desconsiderados fossem válidos e lícitos, mas sim uma norma geral antidissimulação (CAVALI, 2006, p. 259 e 260; COURINHA, 2009, p. 169).

Sendo assim, o que se vê é que não há uma necessária integração do parágrafo único do artigo 116 do CTN, que é hoje uma norma de eficácia limitada, que não tem nem mesmo condições operacionais de aplicação na totalidade de seus efeitos. O próprio teor da norma pede que “sejam observados os procedimentos estabelecidos em lei ordinária”. Uma lei futura deverá estabelecer os procedimentos a serem adotados para a desconsideração. Isso indica que hoje é pouco importante dogmaticamente o propósito negocial (em que pese algumas decisões em sentido contrário por parte do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF), visto que não há previsão normativa para isto (CARVALHO, 2013, p. 477).

#### **4 VIABILIDADE E PRINCIPAIS IMPLICAÇÕES TRIBUTÁRIAS DA CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO NA CONSTRUÇÃO CIVIL**

Não há dúvida quanto à legitimidade da utilização da Sociedade de Propósito Específico no setor da construção civil, visto que se trata de uma forma lícita de organização societária, e para a qual apenas se exige que as cláusulas finais do contrato sejam feitas dentro dos limites da lei.

Inicialmente, todos os contratos de formação societária partem da ideia da autonomia privada, e aí encontram seu fundamento último. Entretanto, como nenhum direito é absoluto e a CF/88 é uma obra pautada na unidade normativa, existe tanto algumas limitações à liberdade de conformação das cláusulas contratuais quanto a proibição constitucional que sobre os contratos comerciais paira uma pura concepção de justiça redistributiva e social (ANDRADE, 2005, p. 127) .

Entretanto, para Heleno Taveira Torres (2005, p. 109), as normas tributárias não podem condicionar as cláusulas estabelecidas nos contratos, isso por não possuírem suficiente força vinculante de ordem pública. É assim porque não está entre os objetivos da norma tributária modificar a realidade social, a não ser em casos muito específicos de indução através da extrafiscalidade e das CIDEs. Essa é a mesma posição defendida por Rodrigo Lucas e Ana Paula Basso (2013, p. 42) quando dizem que “os impostos [...] não podem reduzir a pobreza diretamente, mas prestam um contributo indispensável para a organização da vida em comunidade ao ‘pagar’ as contas do Estado”.

Ainda seguindo a mesma linha de raciocínio, há de se verificar se existe alguma falsidade intrínseca ao negócio jurídico praticado. Nesse sentido, primeiramente se percebe que os contratos escritos têm forte presunção de veracidade, com maior credibilidade e poder probatório. Sendo assim, se a administração tributária suspeitar de algum tipo de planejamento eivado pelos vícios de fraude à lei tributária ou simulação/dissimulação, caberá a ela o ônus da prova da ilicitude (SANTOS, 2014, p. 311).

Isso tudo demonstra que o juízo de mérito quanto à admissibilidade da utilização das SPE, por pequenos e médios investidores no setor da construção civil, é positivo. Trata-se de planejamento tributário lícito e viável. Necessário então avançar o olhar para as principais implicações tributárias nesse tema.

Em um primeiro momento, poder-se-ia pensar que não há qualquer tipo de economia tributária ao se adotar a ideia de uma Sociedade de Propósito Específico no setor da construção civil, para além dos normais ganhos societários de segurança (menor risco para os sócios) e certeza (quanto à concretização dos propósitos da empresa).

Na prática é possível que a SPE opte tanto pela sistemática de recolhimento da tributação pelo lucro presumido ou pelo lucro real, o que deve fazer após serem feitos os estudos de expectativa futura do negócio, bem como da representatividade dos lucros em relação aos resultados totais. Essa escolha deve ser feita formalmente junto à Receita Federal do Brasil logo quando tiver início o ano-calendário, e da realização do pagamento da primeira parcela ou da quota-única do Imposto de Renda. A partir daí passa a ser considerada opção

definitiva para todo o ano-calendário (CREPALDI, 2012, p. 135).

Em se tratando de opção pelo lucro real, Silvio Aparecido Crepaldi (2012, p. 136) ensina que este é “o lucro líquido do período de apuração (apurado contabilmente) ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pelo Regulamento (Decreto-lei n. 1.598/1977, art.6)”. Já no que se refere ao regime do lucro presumido, este é mais simples e exige menor conjunto de documentos. Sobre ele, Silvio Aparecido Crepaldi (2012, p. 175) comenta que “recebe o nome de presumido exatamente porque nesse regime o Imposto de Renda não é calculado sobre o lucro efetivo. Tanto o IRPJ como a CSLL são calculados sobre uma base presumida de lucro, a qual é determinado percentual da receita bruta.”

De acordo com a Lei nº 12.814, de 16 de maio de 2013, podem optar pelo ingresso no regime de lucro presumido as pessoas jurídicas: a) que a receita bruta no ano-calendário anterior tenha sido igual ou inferior a R\$ 78.000.000,00 (setenta e oito milhões de reais) ou o equivalente a R\$ 6.500.000,00 (seis milhões e quinhentos mil reais) multiplicados pelo número de meses em atividade no ano-calendário anterior. Trata-se de um regime mais vantajoso para as empresas que tiverem uma alta taxa de lucratividade em relação à receita bruta<sup>8</sup>.

Em se tratando de SPE's que executam obras no setor da construção civil, o percentual de lucro presumido é de 32% (trinta e dois por cento) quando há apenas emprego de mão-de-obra, e de 8% (oito por cento) quando o empreiteiro fornecer todos os materiais necessários ao término da obra e que serão incorporados por esta. Dessa maneira, somente é uma boa escolha essa forma de tributação caso a relação lucro/receita seja superior percentualmente aos números acima mencionados. Também é preciso que seja levado em consideração a cobrança da CSLL.

No que se refere à alíquota do imposto de renda que incidirá sobre a base de cálculo, esta será de 15% (quinze por cento) sobre o percentual do lucro presumido. Também deve ser inserido na conta a aplicação do percentual de 10% (dez por cento) sobre a parcela do lucro que exceder o montante trimestral de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

Quanto à divisão dos lucros entre os sócios-investidores, poderá haver a distribuição

---

<sup>8</sup> Por receita bruta se entende que seja: “o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resulta do auferido nas operações de conta alheia. Na receita bruta se inclui o ICMS e deverão ser excluídas: as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos e os impostos não cumulativos cobrados destacadamente do comprador, dos quais o vendedor ou prestador é mero depositário, como é o caso do IPI.” Disponível em: <<[http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/perguntao/dipj2014/Capitulo\\_XIII\\_IRPJ\\_LucroPresumido2014.pdf](http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/perguntao/dipj2014/Capitulo_XIII_IRPJ_LucroPresumido2014.pdf)>>. Acesso em: 20/07/2014.

sem incidência de imposto de renda de todo aquele numerário correspondente ao lucro presumido diminuído dos impostos e contribuições a que estiver sujeita a SPE. Caso o percentual de lucro ultrapasse o presumido, poderá repassar aos sócios-investidores sem incidência de imposto de renda até o limite do lucro contábil efetivo. E ainda naquela hipótese do valor do lucro ser superior ao próprio lucro contábil efetivo, a SPE deverá os colocar como reserva de lucro acumulado, pelo que incidirá o imposto de renda com base na legislação vigente.

A grande diferença entre a SPE e o consórcio, por exemplo, está no fato de que cada consorciada deverá apurar seu próprio lucro tributável, o que é diferente da SPE, que apura o lucro de maneira única e em função da atividade que realiza.

Entretanto, o grande planejamento tributário para pequenos e médios investidores pessoa física, que optem por constituir uma SPE para atuar no setor da construção civil, é tributar seus investimentos como pessoa jurídica (e, portanto, com alíquota global somada menor) e, no que se refere a qualquer sócio (seja pessoa jurídica ou física) diminuir os problemas relacionados à divisão dos lucros e também do capital investido, este quando da dissolução normal da Sociedade. Isso pode se revelar uma maneira inteligente de realizar investimentos, desde que seja feito após estudos realizados por profissional habilitado e também de numerosos cálculos.

Ademais, quando da dissolução da SPE por findo seu objetivo constitutivo, aqueles investidores que integralizaram suas cotas em terrenos (setor da construção civil) sairão com o valor do investimento em dinheiro (os lucros já foram divididos quando da existência da própria SPE), sem maiores burocracias tributárias ou societárias, visto que o patrimônio da empresa já estará dividido em cotas percentuais.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao término de toda a exposição, é preciso que o investigador faça um resumo das principais conclusões a que chegou, de modo que seja possível ao leitor ter uma melhor compreensão de tudo o que foi dito. Vejamos:

a) A leitura da Constituição Federal de 1988 mostra um texto com forte base na legitimidade pela solidariedade, mas que manteve as conquistas liberais de segurança jurídica e confiança legítima, nomeadamente na seara tributária. Levando em consideração que o direito tributário é primeiramente um direito constitucional tributário, e que a interpretação constitucional é

inteiramente fundada no princípio da unidade, não é possível realizar hermenêutica constitucional tributária sem respeitar além da solidariedade, os “princípios-regra” da legalidade, proibição do confisco e anterioridade.

b) A otimização da carga tributária das pequenas e médias empresas, através de estudos de planejamento tributário, é essencial na boa condução dos negócios inseridos em mercados competitivos. Trata-se de item essencial em uma boa governança corporativa, visto que a CF/88 não parece querer eliminar o lucro como razão das sociedades empresárias, mas apenas buscar uma legitimação adicional na solidariedade.

c) O planejamento tributário por parte dos pequenos e médios investidores, na forma de pensar a formação societária do modo mais fiscalmente econômico possível, é uma conduta absolutamente lícita, desde que não seja feita através de simulação ou fraude contra a lei tributária. No planejamento se tem a busca por uma economia permitida, que difere dos casos de evasão fiscal porque no primeiro os atos são efetivamente queridos pelos investidores.

d) Os pequenos e médios investidores gozam de um direito fundamental de liberdade de contratar, podendo estabelecer as formas negociais/societárias que entenderem serem as mais adequadas ao bom termo do negócio no qual pretendem colocar seu dinheiro. Não estão, portanto, presos a qualquer obrigação solidária que não esteja prevista na Constituição ou na legislação infraconstitucional (estas feitas sob o prisma da solidariedade). Isso porque não há uma obrigação de pagar o maior valor possível de tributos, mas tão somente o de pagar tributo acerca do qual foram realizados os respectivos fatos geradores, e apenas na medida do que a lei determinar previamente.

e) Quanto ao propósito negocial como um requisito do planejamento tributário, a ideia aqui posta está no sentido de que o parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional prevê apenas uma norma geral antidissimulação, e ainda assim necessita de lei regulamentando como se dará a desconsideração dos negócios jurídicos. Atualmente não exista nada que obrigue o contribuinte a condicionar o seu planejamento tributário a um pretense propósito negocial.

f) Em uma análise rápida e pouco cuidadosa, poder-se-ia pensar até mesmo na inexistência da necessidade de um planejamento tributário na constituição de uma Sociedade de Propósito

Específico no setor da construção civil. Entretanto, há várias opções como, por exemplo, a escolha do regime de tributação da renda (lucro real ou lucro presumido), que devem ser analisadas por profissional da área tributária. Para além do planejamento de atuação da empresa, há também o planejamento da própria escolha da forma societária. Em verdade, o pequeno e médio investidor pessoa física que junto com outros opta por constituir uma SPE, terá a seu favor a tributação dos investimentos como pessoa jurídica (e, portanto, com alíquota global menor) e também, e aí um benefício para qualquer sócio seja ele pessoa física ou jurídica, a diminuição de questionamentos acerca da divisão dos lucros e do capital investido. Quando a SPE findar sua existência, o patrimônio de todos terá aumentado (caso haja sucesso no empreendimento) e a tributação reduzida ao menor valor possível.

## REFERÊNCIAS

ADAMS, Charles. **For good and evil**. The impact of taxes on the course of civilization. 2nd ed. Lanham/New York/Oxford: Madison Books, 2001.

ALARCÃO, Rui de. Contrato, Democracia e Direito. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, nº 20, 2002.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre os contratos atípicos à luz do Novo Código Civil. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). **Tributação nos mercados financeiro e de capitais e na previdência privada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Imposto de renda das empresas**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ANTUNES, José A. Engrácia. **Direito dos contratos comerciais**. Coimbra: Almedina, 2012.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

BARRETO, Paulo Ayres. Planejamento tributário: perspectivas teóricas e práticas. **Revista de Direito Tributário**, Malheiros, nº 105, p. 52 - 61, abril de 2009.

BASSO, Ana Paula; SANTOS, Rodrigo Lucas Carneiro. Cidadania fiscal e desenvolvimento: a erradicação da pobreza como objetivo da República. In: TAVARES NETO, José Querino (Org.); FEITOSA, Raymundo Juliano Rego. **Direito tributário II**. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

BRASIL. Receita Federal. **IRPJ – Lucro Presumido 2014**. <[http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/perguntao/dipj2014/Capitulo\\_XIII\\_IRPJ\\_LucroPresumido2014.pdf](http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/perguntao/dipj2014/Capitulo_XIII_IRPJ_LucroPresumido2014.pdf)>. Acesso em: 20.07.2014.

BRITTO NETO, Claudio Orestes. Planejamento fiscal: opção ou obrigação dos administradores? **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nº4, ano 3 (2014).

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Orlando de. **Teoria geral do direito civil**. Atualizado sob a coordenação de Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães e Maria Regina Redinha. Coimbra, 2012.

CAVALI, Marcelo Costenaro. **Cláusulas gerais antielusivas**: reflexões acerca de sua conformidade constitucional em Portugal e no Brasil. Coimbra: Almedina, 2006.

COURINHA, Gustavo Lopes. **A cláusula geral anti-abuso no direito tributário**. Contributos para a sua compreensão. Coimbra: Almedina, 2009.

CREPADI, Silvio Aparecido. **Planejamento tributário**. Teoria e prática. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos**: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra, 2007.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 20ª ed. Atualização de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento tributário**. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2011.

\_\_\_\_\_. Procedimentos de desconsideração de atos ou negócios jurídicos – o parágrafo único do artigo 116 do CTN. **Revista Dialética de Direito Tributário**, v.75, p. 127-143, Dezembro 2001.

GUTIERREZ, Miguel Delgado. Elisão e simulação fiscal. **Revista Dialética de Direito Tributário**, v. 66, p. 88 – 94, Abril de 2001.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011

MALERBI, Diva Prestes Marcondes. **Elisão tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

NEVES, A. Castanheira. **Digesta**. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros. Vol.2. Coimbra, 2010.

PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. 1. Coimbra, 2008.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

SANCHES, J. L. Saldanha. **Os limites do planeamento fiscal**. Substância e forma no direito fiscal português, comunitário e internacional. Coimbra, 2006.

SANTOS, Rodrigo Lucas Carneiro. Contratos indiretos no planejamento tributário das sociedades empresárias. In: Antônio Carlos Diniz Murta; Ubaldo Cesar Balthazar; Raymundo Juliano Rego Feitosa. (Org.). **Direito tributário**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 289-317.

SILVA, Miguel Moura e. **O abuso de posição dominante na nova economia**. Coimbra: Almedina, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional da empresa**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense/Método, 2013.

TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. **Direito tributário**. Tradução de 18 ed alemã, totalmente refeita, de Luiz Doria Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

TORRES, Heleno Taveira. Direito tributário e autonomia privada. O poder de tributar e a teoria dos negócios jurídicos na atualidade. Metodologia para a interpretação dos fatos tributários. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). **Tributação nos mercados financeiro e de capitais e na previdência privada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **Planejamento tributário: elisão abusiva e evasão fiscal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.