

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

FREDERICO LUIZ STREPPEL DREHMER

**O PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO SOB A PERSPECTIVA
DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Porto Alegre

2022

FREDERICO LUIZ STREPPPEL DREHMER

**O PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO SOB A PERSPECTIVA
DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito da Empresa e dos Negócios, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).

Orientador: Prof. Dr. Manoel Gustavo Neubarth Trindade

Porto Alegre

2022

D771p Drehmer, Frederico Luiz Streppel.
O planejamento tributário sob a perspectiva da
análise econômica do direito / por Frederico Luiz Streppel
Drehmer. -- Porto Alegre, 2022.

139 f. : il. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do
Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito
da Empresa e dos Negócios, Porto Alegre, RS, 2022.

Orientação: Prof. Dr. Manoel Gustavo Neubarth
Trindade, Escola de Direito.

1.Direito empresarial – Brasil. 2.Direito tributário –
Brasil. 3.Planejamento tributário. 4.Segurança jurídica.
5.Incentivos fiscais. I.Trindade, Manoel Gustavo
Neubarth. II.Título.

CDU 347.7(81)
34:336.2(81)
34:336.2

Catálogo na publicação:
Bibliotecária Carla Maria Goulart de Moraes – CRB 10/1252

FREDERICO LUIZ STREPPPEL DREHMER

**O PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO SOB A PERSPECTIVA
DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito da Empresa e dos Negócios, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).

Aprovado em 13 de dezembro de 2022

BANCA EXAMINADORA

Ederson Garin Porto – UNISINOS

Fabiano Koff Coulon – UNISINOS

Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira - PUC

À minha esposa Fernanda, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus pela abençoada jornada que vivi até aqui.

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Manoel Gustavo Neubarth Trindade, pela autonomia oferecida na condução da pesquisa e pelos conselhos e sugestões.

Agradeço aos professores Doutor Éderson Porto e Doutor Fabiano Coulon pelas sugestões ofertadas na banca de qualificação, as quais auxiliaram significativamente a condução da pesquisa no que se refere à delimitação do objeto estudado e dos caminhos a percorrer. Ao professor Éderson Porto também agradeço a disponibilidade em receber-me como monitor de suas prestigiosas aulas oferecidas na Faculdade de Direito da UNISINOS, período de intenso aprendizado principalmente nas práticas letivas.

Agradeço a meus pais, Vera e Sérgio, pelos exemplos de correção moral ao longo da vida. A compreensão da radical importância da família é etapa crucial da transição a uma vida plena e responsável, o que muito foi facilitada pelos intensos esforços de ambos na minha criação.

Agradeço aos colegas da Höher Advogados, sócios e colaboradores, que muito se empenharam nas minhas ausências sem jamais registrar qualquer clamor. Aos meus sócios, Rafael Höher e Thiago Feldmann, reitero a admiração pela conduta profissional e pessoal. Seu apoio foi indispensável à conclusão desta etapa.

Agradeço aos amigos que auxiliaram no refinamento intelectual da proposta de pesquisa e permitiram o amadurecimento da própria compreensão jurídica com suas discussões, provocações e divergências. Sem tais debates, por vezes intensos e acalorados, não teria trilhado o caminho que trilhei.

Agradeço à minha esposa, Fernanda Silvestrin, com quem escrevo minha história, pelos passos que trilhamos durante os anos da “fase mestrado”, que foram de muitas felicidades: nossa mudança, nosso casamento e nosso filho em meio às nossas duas dissertações. Jamais imaginei uma vida tão feliz como a que temos lado a lado.

RESUMO

A presente dissertação objetivou avaliar os planejamentos tributários pelas lentes da Análise Econômica do Direito. O estudo partiu da noção de que os atos e negócios decorrentes de planejamentos tributários são alvo de intensa divergência doutrinária e jurisprudencial, sobretudo no âmbito administrativo, acerca dos limites normativos às práticas utilizadas por contribuintes no intuito de reduzir, eliminar ou postergar a incidência de tributos, o que não impede sua ampla utilização. Apresentou-se, de forma introdutória, um esboço histórico da tributação para se chegar à exposição do estado atual da matéria. Buscou-se no panorama doutrinário e jurisprudencial contemporâneo conceitos e divergências, de maneira a expor o ambiente institucional atual. Em paralelo, foram apresentados os instrumentos extraídos de escolas tipicamente vinculadas à Análise Econômica do Direito utilizados no estudo. A *Teoria dos Custos de Transação* de Ronald Coase, a *Economia do Crime* de Gary Becker, com especial atenção à incursão realizada por Michael G. Allingham e Angmar Sandmo no âmbito tributário, e o *Problema de Agência*, de Armen Alchian e Harold Demsetz, tiveram seu núcleo essencial de compreensão invocado para a análise. Por outro lado, a segurança jurídica foi tomada como referencial qualitativo do ordenamento jurídico, buscando-se em Humberto Ávila a compreensão basilar do tema, assim como a eficiência econômica. Com base nisso, foram apresentados a estrutura de incentivos relacionada às pessoas envolvidas em planejamentos tributários e os custos de transação caracteristicamente associados às práticas. Essa compreensão permitiu apresentar as proposições finais com as recomendações que se entende adequadas à correção de incentivos perversos identificados no atual ambiente institucional dos planejamentos tributários.

Palavras-chave: tributos; planejamento tributário; evasão; segurança jurídica; estrutura de incentivos.

ABSTRACT

This dissertation aimed to evaluate tax planning through the lens of Economic Analysis of Law. The study started from the notion that the acts and businesses resulting from tax planning are subject of intense doctrinal and jurisprudential divergence, especially in the administrative scope, about the normative limits to the practices used by taxpayers in order to reduce, eliminate or postpone the incidence of taxes, which does not prevent its wide use. An introductory outline of taxation was presented in order to reach the exposition of the current state of the matter. Concepts and divergences were sought in the contemporary doctrinal and jurisprudential panorama, in order to expose the current institutional environment. In parallel, were presented the instruments extracted from schools typically linked to the Economic Analysis of Law used in the study. Ronald Coase's Transaction Cost Theory, Gary Becker's Economics of Crime, with special attention to the incursion carried out by Michael G. Allingham and Angmar Sandmo in the tax sphere, and the Agency Problem, by Armen Alchian and Harold Demsetz, had its essential core of understanding invoked for analysis. On the other hand, legal certainty was taken as a qualitative reference of the legal system, seeking in Humberto Ávila the basic understanding of the subject, as well as economic efficiency. Based on this, the incentive structure related to the people involved in tax planning and the transaction costs characteristically associated with the practices were presented. This understanding made it possible to present the final propositions with the recommendations that are considered adequate to correct the perverse incentives identified in the current institutional environment of tax planning

Key-words: taxes; tax planning; evasion; legal certainty; incentive structure.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO	16
2.1 PRESSUPOSTOS DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO	16
2.1.1 Síntese histórica	16
2.1.2 Fundamentos lógico-jurídicos do planejamento tributário	25
2.2 O “PROPÓSITO NEGOCIAL” E DEMAIS CRITÉRIOS RELEVANTES À ANÁLISE DE LICITUDE DOS ATOS E NEGÓCIOS DECORRENTES DE PLANEJAMENTOS TRIBUTÁRIOS	29
2.2.1 As correntes doutrinárias	29
2.2.2 O posicionamento do CARF	34
2.2.3 O Poder Judiciário	39
2.2.3.1 A ADI 2.446	40
3 A SEGURANÇA JURÍDICA E A EFICIÊNCIA ECONÔMICA SOB O PRISMA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	46
3.1 INSTRUMENTOS DE AED E REFERÊNCIAS DO ESTUDO	46
3.2 A SEGURANÇA JURÍDICA.....	58
3.3 A EFICIÊNCIA ECONÔMICA.....	67
4 ANÁLISE DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO SOB A PERSPECTIVA DA AED	73
4.1 A ESTRUTURA DE INCENTIVOS SUBJACENTE AOS PLANEJAMENTOS TRIBUTÁRIOS	73
4.1.1 Estrutura de incentivos dos contribuintes	75
4.1.1.1 Incentivos à elisão fiscal.....	77
4.1.1.2 Incentivos à evasão fiscal.....	83
4.1.2 Estrutura de incentivos das autoridades fiscais	92
4.1.3 Estrutura dos incentivos dos “planejadores”	100
4.2 OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO ASSOCIADOS AOS PLANEJAMENTOS TRIBUTÁRIOS	104
4.3 A SEGURANÇA JURÍDICA E EFICIÊNCIA ECONÔMICA DOS CRITÉRIOS DE ANÁLISE DE LICITUDE DOS PLANEJAMENTOS TRIBUTÁRIOS	107
4.4 PROPOSIÇÕES.....	112
5 CONCLUSÕES	117

REFERÊNCIAS.....	120
APÊNDICE A - PESQUISA QUALI-QUANTITATIVA DO USO DO “PROPÓSITO NEGOCIAL” COMO CRITÉRIO DE LICITUDE NOS PRINCIPAIS TRIBUNAIS BRASILEIROS.....	135

1 INTRODUÇÃO

Durante o império de Diocleciano (284 a 305 d.C.), a arrecadação de tributos pelos romanos havia estabelecido o terror nos territórios dominados. A humilhação imposta pelos publicanos, como são chamados os responsáveis pelo recolhimento dos tributos da época, se tornou tão frequente que muitos proprietários de áreas cultiváveis, alvos das imposições fiscais mais severas, reorganizaram suas atividades de forma a transferir sua propriedade a grandes latifundiários ou chefes militares, no intuito de se eximir das obrigações tributárias e se salvaguardar sob alguém com maior influência junto ao Imperador. A escalada desse tipo de conduta ocasionou o fracionamento do território romano em diversas áreas com centros de poder relevantes, os quais passaram também a se tornar cada vez mais arbitrários, forçando os cidadãos a buscarem refúgio nas comunidades afastadas, dominadas por bárbaros. Entre outras causas, a isso é creditada a queda do império romano, invadida seguidamente nos séculos seguintes até seu ocaso no ano de 476 d.C., marco que dá início à Idade Média.

Em outras palavras, uma atitude imprevidente do governante incentivou contribuintes a adotar medidas de contenção baseadas na permissão concedida pelo ordenamento jurídico vigente. A disseminação das práticas entre os contribuintes ocasionou o enfraquecimento do próprio governo.

Por evidente, a sociedade moderna não se encontra sob jugo semelhante aos publicanos de Diocleciano. Não é dado aos agentes fiscais do Estado Moderno torturar ou submeter devedores de tributos à humilhação. Entretanto, os governos exigem tributos cada vez maiores, mesmo em sacrifício da justiça da tributação, e os contribuintes se valem de medidas nem sempre éticas para minorar os custos derivados da imposição tributária. Falar de “planejamento tributário”, assim, não é tratar de um assunto novo. Apesar disso, as estratégias de governos e contribuintes para alcançar seus objetivos renovam-se frequentemente.

Tais condições refletem a necessidade de se examinar o tema sob diferentes perspectivas. No Brasil, incensados por um conselho administrativo atuante que julga frequentemente a temática sob os mais diversos aspectos e por uma comunidade de juristas ávida pela discussão, os dissensos se avolumam e

intensificam incertezas. Alguns especialistas, como Ricardo Mariz de Oliveira¹, chegam a afirmar que o debate chegou ao seu ponto de esgotamento, de modo que somente uma novidade relevante, como uma alteração legislativa ou a adoção de algum posicionamento pelo Supremo Tribunal Federal, poderia trazer novos elementos.

A adoção de medidas mais sofisticadas – o que muitas vezes equivale a atuações mais ousadas das empresas – tornou-se tanto uma válvula de escape de investidores e empreendedores em geral quanto um meio de obter maior lucratividade, com o que pode se confundir práticas de oportunismo². Considerando que se trata, muitas vezes, de operações de vulto financeiro relevante³, são naturalmente evidenciados os interesses que se antagonizam a partir disso. Além disso, muitos planejamentos tributários se embasam na exploração de incentivos setoriais⁴ ou regionais⁵, o que potencializa condutas possivelmente oportunistas.

Nesse sentido, o ambiente legislativo é suscetível a influência de grupos de pressão, das mais variadas origens⁶, causando a chamada “subjativação do Direito”⁷. Na síntese de Klaus Tipke⁸:

¹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do planejamento tributário. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Tributário, n. 47, p. 614, 2021.

² Por oportunismo, refere-se à definição utilizada por Oliver Williamson: “busca de vantagem própria com astúcia”, aqui traduzida livremente. Cf. WILLIAMSON, Oliver. *Opportunism and its Critics. Managerial And Decision Economics*, [s. l.], v. 14, p. 97-107, 1993. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/mde.4090140203>. Acesso em: 28 set. 2021.

³ O maior auto de infração fiscal brasileiro que se tem notícia embasou-se na ocorrência de suposta ilicitude na contabilização do ágio na operação de fusão entre as instituições financeiras Itaú e Unibanco, operação típica de planejamento tributário. O valor de autuação, atualizado em 2019, era de cerca de R\$ 27.000.000.000,00 (vinte e sete bilhões de reais). Vide: MAIA, Flávia. *Caso Itaú: maior processo do Carf está parado desde outubro*. *Revista JOTA*, Brasília, 9 set. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/itau-maior-processo-carf-parado-09092019>. Acesso em: 27 set. 2021.

⁴ A exploração de incentivos setoriais pode ser identificada, por exemplo, nos ramos de mercado em que há a chamada “incidência monofásica de PIS e Cofins”. Trata-se de sistemática de incidência das referidas contribuições em que um único elo da cadeia é alvo da tributação, isentando as demais. Empresas desse ramo passaram a segregar suas atividades empresariais, alocando a fabricação dos itens em uma pessoa jurídica que comercializa sua produção a outra pessoa jurídica, do mesmo grupo econômico, a qual realiza a distribuição. Com a “incidência monofásica”, é o faturamento da fabricante que suporta a exação tributária, ao passo que a atacadista é isenta do pagamento. Há diversos julgamentos no âmbito do CARF sobre a licitude desse método de negócios.

⁵ Exemplo claro de incentivo regional, inclusive de matiz constitucional, é a Zona Franca de Manaus, prevista no art. 40 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a qual não é infensa a críticas, como a de Marcos Lisboa. Vide: JAKITAS, Renato. *STF não ajuda a Zona Franca e deixa Brasil mais pobre, diz Marcos Lisboa*. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 26 abr. 2019. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,stf-nao-ajuda-a-zona-franca-e-deixa-brasil-mais-pobre-diz-marcos-lisboa,70002806166>. Acesso em: 27 set. 2021.

⁶ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações de jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 103.

Naturalmente têm também os políticos o direito de manifestar livremente sua opinião, mas ao preço de perder possivelmente as próximas eleições. O sucesso da economia é medido pelo lucro, o sucesso na política pelos resultados das eleições. Isso explica a dependência aos eleitores e grupos de interesse, explica também que eles reajam não simplesmente aos argumentos, mas também à pressão de interesses organizados. [...] Ostensiva e frequentemente fala-se ao invés de em mais justa, em política tributária mais favorável.

Tais circunstâncias aquilatam a importância da discussão, cujos efeitos, como visto acima, não se restringem ao cenário jurídico brasileiro. A complexidade do tema é uma decorrência da intersecção entre diferentes teorias do direito e filosofias políticas, sendo tocada, de uma maneira ou de outra, por instrumentos metodológicos distantes entre si. Interpretações discrepantes sobre a prevalência de dispositivos constitucionais geram aplicações práticas de consequências extremamente dessemelhantes. A licitude de uma determinada estrutura de negócios pode ser confirmada ou rejeitada, se adotado um ou outro posicionamento, ainda que ambos sejam embasados no texto legal vigente e chancelados por juristas renomados. A bem da verdade, um planejamento realizado pelo mesmo grupo pode ter duas análises de licitude diferentes, ainda que a única diferença entre elas resida na composição das Turmas que venham a julgá-la. Nas palavras de Paulo Ayres Barreto⁹:

Com efeito, cresceu fortemente o nível de insegurança em face da ordem jurídica posta. Os contribuintes têm dificuldades de identificar os limites à possibilidade de estruturar seus negócios com intuito de obter a maior economia fiscal possível. As autoridades administrativas não têm parâmetros seguros para avaliar o cabimento, ou não, de lançamento de ofício que propugne pela desconsideração ou requalificação dos fatos relatados pelos contribuintes, com vistas à subsunção de outros fatos, construídos pelas próprias autoridades administrativas, a hipóteses normativas cuja incidência gera maior ônus tributário. O Poder Judiciário não tem dado ao tema um tratamento uniforme, não sendo possível sequer afirmar qual é a orientação dominante.

Em parte, isso pode ser creditado ao fato de que a discussão se ambienta em cenário jurídico elevado. Toca os valores mais altos da política, já que coloca, de um lado, a liberdade e, de outro, a igualdade e a solidariedade. Seu estudo, desse modo, não permite vagueza e superficialidade. O tema do planejamento tributário é,

⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 65.

⁸ TIPKE, Klaus. *Moral tributária do Estado e dos contribuintes*. Tradução de Luiz Doria Furquim. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2012. p. 72-73.

⁹ BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário: limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016. p. 1-2.

assim, assunto de enorme debate no âmbito do direito e da economia, gerando controvérsias que perduram anos. Envolve valores que envolvem as liberdades cidadãs e a igualdade formal perante a lei, há uma divergência perene que transborda os limites em que encerrado o mundo jurídico.

Nesse sentido, deve ser destacado que se avolumam os diversos estudos de cariz dogmático. As obras sobre o assunto compõem coleções diversas, desde doutrinas amplas que fornecem fundamentação teórica completa até compilados de análises de precedentes sobre a matéria, o que bem revela a intensidade com que os estudiosos da tributação focam o tema. Por outro lado, não se trata de área com vasta presença de estudos nacionais vocacionados a debatê-la sob a perspectiva de escolas vinculadas ao movimento da Análise Econômica do Direito (AED)¹⁰. Afora monografias dedicadas à intersecção da AED com o direito tributário¹¹, como ramo autônomo da realidade jurídica, a literatura que realiza a intersecção de alguma escola ou compreensão típica de AED com o específico tema dos planejamentos tributários ainda é relativamente insólita no cenário brasileiro. Cristiano Carvalho, em seu *Teoria da Decisão Tributária*¹², reserva parte de sua obra à análise das decisões de contribuinte, magistrados, legisladores entre outros, fragmento em que examina os incentivos associados ao desenvolvimento de um planejamento tributário. Da mesma forma, Paulo Caliendo¹³ examina o Direito Tributário sob a perspectiva da AED, tratando da “análise econômica da evasão fiscal”, tema que será explorado no presente estudo. Tratando especificamente dos planejamentos tributários sob a perspectiva da AED, há no âmbito internacional o artigo *An Economic Analysis of*

¹⁰ “Contudo, como já dito, vale dizer que no Brasil são raros os estudos de análise econômica do direito que focam atenção específica à temática tributária e as suas implicações, constituindo-se este, portanto, em um dos campos mais férteis para esta abordagem analítica.” TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. *Análise Econômica do Direito Tributário - Distinção da Interpretação Econômica a Ponderações Introdutórias quanto à sua Definição e Aplicações*. *Revista Tributária das Américas*, São Paulo, Thompson Reuters, v. 7, p. 453-488, 2013.

¹¹ Examinando o direito tributário de forma mais ampla sob a perspectiva da AED, podem-se citar: CARVALHO, Cristiano. *Análise econômica da tributação*. In: TIMM, Luciano Benetti (coord.). *Direito e Economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do Direito*. Indaiatuba: Foco, 2019; CARVALHO, Cristiano. *A tributação estratégica: introdução à Teoria dos Jogos no Direito Tributário*. In: CARVALHO, Cristiano. *Direito Tributário Atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015; CARVALHO, Cristiano da Rosa. *Teoria da Decisão Tributária*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018; CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e análise econômica do Direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. Focada em uma interpretação da norma com abordagem consequencialista, pode-se citar: PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas consequências no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2011.

¹² CARVALHO, Cristiano da Rosa. *Teoria da Decisão Tributária*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

¹³ CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e análise econômica do Direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

Anti-Tax-Avoidance Doctrines, de autoria de David Weisbach¹⁴, cujo foco é a doutrina americana de combate à evasão fiscal.

Busca-se, assim, no presente trabalho examinar o tratamento dado aos atos e negócios decorrentes de planejamentos tributários no cenário brasileiro para identificar se a regulação existente garante segurança jurídica e eficiência econômica aos contribuintes. Para tanto, serão empregados instrumentos típicos de Análise Econômica do Direito no intuito de identificar (a) a estrutura de incentivos existente; (b) os objetivos subjacentes; (c) os custos de transação associados; e (d) a atividade empírica e seus óbices. Dentro dessas etapas, será possível: analisar os efeitos das normas jurídicas relacionadas, identificar o fundamento jurídico subjacente e definir a norma desejável, pautando-se a intenção na segurança jurídica e na eficiência econômica.

De modo a cumprir tais objetivos, introduzir-se-á o tema através de uma sucinta análise da história da tributação, com especial enfoque nas suas diferentes roupagens, com o intuito de estabelecer-se de maneira contextualizada o atual *status* da matéria. A partir disso, serão examinados posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, tudo no desiderato de identificar o terreno por onde se movem contribuintes e autoridades fiscais. Entre outros critérios, será dada a devida atenção ao chamado “teste de propósito negocial”, método tão famoso quanto criticado na dogmática brasileira.

No segundo capítulo, serão apresentados os instrumentos de AED e os conceitos de segurança jurídica e eficiência econômica, com que se pretende examinar a matéria. Para tanto, explanar-se-á elementos essenciais relacionados à nova economia institucional, com a “teoria dos custos de transação” e o “problema de agência”, e à “economia do crime”. Incursionar-se-á a compreensão de segurança jurídica para identificar suas variadas facetas e será apresentado o valor da eficiência econômica para o presente estudo.

Por fim, no terceiro capítulo, a confluência dos capítulos anteriores será realizada com o objetivo de expor a estrutura de incentivos de contribuintes,

¹⁴ WEISBACH, D. A. An Economic Analysis of Anti-Tax-Avoidance Doctrines. *American Law & Economics Review*, [s. l.], v. 4, n. 1, p. 88, [2021?]. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=sih&AN=6707579&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 30 jul. 2021.

autoridades fiscais e “planejadores”¹⁵. Também serão identificados os principais custos de transação verificados na área e empreender-se-á um reexame de todo o tema sob os critérios já apresentados da segurança jurídica e da eficiência econômica. Com isso, pode-se partir para as proposições que decorrem do presente estudo.

Registra-se que a elaboração do texto exigia a análise de obras estrangeiras. Quando inexistente tradução publicada, traduziu-se livremente os textos, sendo que eventuais erros são inteiramente do autor. Além disso, deve ser destacado que tudo o que aqui foi escrito, o foi da maneira mais simples e inteligível possível. Buscou-se, sobretudo, a clareza em detrimento do hermetismo.

Trata-se de pesquisa que se valerá sobretudo do método dedutivo, com domínio amplo de colheita de dados através de revisão bibliográfica, quanto aos dois primeiros capítulos. Nesse sentido, a pesquisa não se furtará à análise das compreensões trazidas pela análise normativista, mais tradicional no âmbito acadêmico brasileiro. O estudo dos conceitos afins ao tema será realizado sobre tais bases, incluindo-se aí análise de decisões paradigmáticas sobre a questão e estudos canônicos. Será realizada pesquisa jurimétrica em determinados tópicos, no intuito de dar robustez às afirmações, realizando-se os devidos apontamentos à sistemática utilizada para encontrar os precedentes.

Além disso, em termos metodológicos, evidencia-se que a pesquisa exibirá análises positivas, focadas na descrição dos elementos, e, em menor grau, análises normativas, com seu espaço quando das proposições, no sentido de recomendações a serem adotadas a partir da pesquisa.

Destaca-se que o resultado da presente pesquisa poderá servir como referência para estudiosos e profissionais da área para a compreensão do ambiente institucional dos planejamentos tributários, de modo a auxiliar a identificação de nuances relevantes à tomada de decisões. Da mesma forma, poderá servir como argumento na sugestão de alteração de determinadas políticas vigentes.

Por fim, deve ser registrada uma nota pessoal. O desenvolvimento do presente estudo coincidiu com o reforço de determinadas “certezas” assumidas pelo autor e a superação de conceitos julgados inadequados, de modo que esse processo intelectual certamente refletiu-se no texto. O longo trabalho de revisão

¹⁵ Conceito que será explorado adiante, refere-se aqui aos especialistas que auxiliam empresas a aplicar estratégias de planejamento tributário.

serviu principalmente a eliminar resquícios da confusão conceitual que se pretendia suplantar. Ainda assim, certamente haverá chagas dessa mudança no texto apresentado, que se podem traduzir em impropriedades metodológicas e conceituais. Por tais equívocos, roga-se o perdão do leitor.

2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

2.1 PRESSUPOSTOS DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

Busca-se no presente subcapítulo apresentar noções introdutórias relacionadas às condutas de planejamento tributário e suas reminiscências históricas. Para tanto, será necessário compreender como as práticas se estabelecem no contexto histórico. É feito, portanto, um apanhado forçosamente geral e sintetizado da evolução dos tributos, com o qual se objetiva ambientar o indivíduo perante a imposição da mais variada carga de impostos, taxas, ordenações e afins. Retoma-se, assim, a evolução histórica tanto sob a perspectiva dos poderes instituídos quanto das práticas tributárias ocasionais. Ao fim, apresenta-se a noção que permeia o estudo e com a qual se pretende dar cumprimento aos postulados metodológicos adotados, fundamentando-se, assim, o subcapítulo que lhe sucede, o qual tratará especificamente dos institutos normativos existentes e as divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

2.1.1 Síntese histórica

As práticas de planejamento tributário, como visto na introdução, são antigas. Considerando que a rejeição à tributação é uma característica inerente a praticamente qualquer povo ou cultura¹⁶ (a ponto de o prestigiado tributarista Ives Gandra da Silva Martins ter classificado a norma impositiva tributária como “norma de rejeição social”¹⁷), é possível deduzir que medidas implementadas no objetivo de eliminar, reduzir ou postergar a tributação tenham se iniciado de forma contemporânea ao próprio surgimento da tributação. Charles Adams¹⁸, nesse sentido, afirma: “Não existe civilização que não tributou e provavelmente não existe tributo que não tenha sido evadido” (tradução nossa). Dessa forma, é possível afirmar que as medidas de rejeição ou esquiva da tributação encontram-se amparadas em um costume demarcado que atravessou séculos.

¹⁶ ADAMS, Charles. *For Good and Evil: The Impact of Taxes on the Course of Civilization*. 2. ed. Oxford: Madison Books, 1999.

¹⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Teoria da Imposição Tributária*. 2. ed. São Paulo: Livraria dos Tribunais, 1998.

¹⁸ “There is no civilization that did not tax, and there are probably no taxes that haven’t been evaded.” ADAMS, Charles. *For Good and Evil: The Impact of Taxes on the Course of Civilization*. 2. ed., Oxford: Madison Books, 1999. p. 395.

É possível encontrá-la na história do povo judeu retratada em diversos documentos histórico-religiosos, como a Torá e o Antigo Testamento Bíblico¹⁹, na “Revolução Francesa”²⁰, nas origens da Guerra da Independência americana²¹ e na revolta de Tiradentes contra o “Quinto dos Infernos”²². Ainda que a percepção do Estado tenha atravessado mudanças indiscutíveis ao longo dos tempos, sua existência sempre se manteve atrelada, em maior ou menor medida, à arrecadação de tributos. E os cidadãos, muitas vezes, reuniram-se para combatê-los e, quando inviável a resistência, organizaram-se para evitá-los. De modo geral, pode ser afirmado que a submissão dos cidadãos aos tributos é fonte de diversas insurreições, bem-sucedidas ou não, que moldaram a história humana²³.

Os impérios, sobretudo nas priscas eras, buscaram expandir seu território no intuito de aumentar sua arrecadação, como atestam os impérios egípcios, romanos, macedônicos, persas entre outros. As exações eram asseguradas pelo exercício da força e da violência, retratadas nas situações típicas de exércitos invasores e emissários de coleta. O pagamento de tributos, muitas vezes, equivalia meramente ao “custo da paz”, ou seja, pagava-se o imposto em razão do domínio ou do próprio receio quanto a ele.

Provavelmente em razão disso, as autoridades que detinham a função de coletar impostos não padeciam de uma ótima percepção do público. Um antigo provérbio sumério diz: "Você pode ter um senhor, você pode ter um rei, mas quem você deve temer é o coletor de impostos."²⁴. Os cobradores de imposto romanos são retratados na Bíblia, por exemplo, como alvos de desconfiança do povo judeu, os quais os reconheciam como sujeitos pérfidos e destituídos de moralidade. As próprias passagens em que Jesus Cristo convoca São Mateus a seguir-Lhe²⁵ (Lc, 5,

¹⁹ A rebeldia do povo judeu em relação aos tributos é vasta e pode ser identificada em diversas insurreições que marcaram sua longa e essencial história. ADAMS, Charles. *For Good and Evil: The Impact of Taxes on the Course of Civilization*. 2. ed., Oxford: Madison Books, 1999. p. 34.

²⁰ Tocqueville afirma que a tributação crescente aliada à concessão oportunista de isenções entre aliados políticos foi causa direta à insatisfação revolucionária dos franceses. TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. 4. ed. Tradução de Yvonne Jean. Brasília: Universidade de Brasília. p. 111-112.

²¹ ADAMS, Charles. *For Good and Evil: The Impact of Taxes on the Course of Civilization*. 2. ed. Oxford: Madison Books, 1999. p. 308.

²² O “Quinto dos Infernos” originalmente refere a cobrança de tributos sobre a extração de ouro, a qual se dava sob a alíquota de um quinto do resultado, um dos estopins da Inconfidência Mineira.

²³ ADAMS, Charles. *For Good and Evil: The Impact of Taxes on the Course of Civilization*. 2. ed. Oxford: Madison Books, 1999. p. xxi.

²⁴ ADAMS, Charles. *For Good and Evil: The Impact of Taxes on the Course of Civilization*. 2. ed. Oxford: Madison Books, 1999. p. 3.

²⁵ BÍBLIA. *Bíblia Sagrada*: Edição Pastoral. São Paulo: Paulus, 1996. p. 1.317.

27) e que aceita o convite a ir à casa de Zaqueu²⁶ (Lc 19, 1-10) são realçadas pelo contraste da relação terna de Cristo com tais homens, ambos publicanos e, na perspectiva do povo, pecadores.

O modelo de tributação mencionado remanesce no mundo ocidental durante largo período, somente vindo a sofrer modificações relevantes com o ocaso do império romano. A queda de Roma no Ocidente em 476 d.C. foi o fato que marcou o fim do período histórico da Idade Antiga. A rigor, o declínio da Cidade Eterna teve início muito antes²⁷, mas é na renúncia de Rômulo Augusto que se identifica o seu ocaso²⁸. O declínio ocasionou o inevitável fracionamento do Império Romano, a partir do que se jogam as primeiras sementes para a futura instituição do sistema feudal, tipicamente vinculada a governos monárquicos da alta Idade Média, em que a tributação no mundo ocidental observa alterações drásticas. Como as grandes monarquias europeias detinham vastos domínios que eram utilizados na geração de renda, a arrecadação pela forma da tributação passa a observar menor participação no total das receitas governamentais. Na Inglaterra, era comum entre os nobres rejeitar novas imposições de tributos sob a justificativa de que “*the king should live of his own*”²⁹, compreensão que se estendia às demais grandes monarquias³⁰. Trata-se do chamado “*domain state*”, que se opõe ao “*tax state*”.

Ainda que houvesse algumas fontes tributárias de receita, como aqueles derivados do chamado direito costumeiro do rei (pedágios, tributos aduaneiros, salvo-condutos sobre caravanas mercantes e viajantes, entre outros³¹), a obtenção de novos mananciais de arrecadação dependia, assim, de certo nível de barganha

²⁶ BÍBLIA. *Bíblia Sagrada*: Edição Pastoral. São Paulo: Paulus, 1996. p. 1.340.

²⁷ Evidência anedótica disso é que Santo Agostinho publica seu sermão “*De Excidio Urbis*” em 410 d.C., o qual analisa as razões para a Queda de Roma, motivado por sua consternação diante da devastação da Cidade Eterna à época. Cf. SANTO AGOSTINHO. *O De Excidio Urbis e outros sermões sobre a Queda de Roma*. Tradução de Carlota Miranda Bruno. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2013.

²⁸ As razões para a Queda de Roma são tão complexas e alvo de tantas divergências que uma dissertação de mestrado sequer teria condições de examiná-las. Há diversas obras clássicas que se dispõem a identificar tais causas, como o monumental “*Declínio e Queda do Império Romano*” de Edward Gibbon. Cf. GIBBON, Edward. *Declínio e queda do Império Romano*. Edição Abreviada. Tradução de José Paulo Paes. São Paulo: Companhia de Bolso, 2005.

²⁹ A fim de situar o leitor: “o rei deve viver às suas próprias custas”. Trata-se de expressão comumente utilizada em obras que retratam a arrecadação pública comum aos governos do medievo.

³⁰ FERGUSON, Niall. *The Cash Nexus: Money and Power in the Modern World, 1700-2000*. New York: Basic Books, 2006. p. 52.

³¹ SCHUMPETER, Joseph Alois. *History of Economic Analysis*. Londres: Taylor & Francis e-library, 2006. p. 194.

entre o monarca e seus vassallos³², o que garantia algum controle sobre eventuais excessos monárquicos³³. Nas palavras de Joseph Schumpeter:

Apesar disso, como não era fácil instituir tributos indiretos ou revisá-los – o que, aliás, demonstra o quão distante de ‘absolutas’ eram essas monarquias – as receitas dessa fonte haviam de ser aumentadas de acordo com as oportunidades, e não em conformidade a uma estratégia racional.³⁴

Contudo, ao período conhecido como a baixa Idade Média corresponde o início do declínio do sistema feudalista. Ou seja, os concertos então havidos passaram por mudanças. Atribui-se à Paz de Vestfália o surgimento do Estado Moderno, pois os tratados que a compuseram estabeleceram originalmente normas de igualdade jurídica, territorialidade e não-intervenção entre Estados soberanos³⁵. Da mesma forma, abre espaço ao desenvolvimento dos Estados absolutistas e governos autocráticos posteriores³⁶.

Na Inglaterra, a monarquia passou a alienar seu patrimônio imobiliário, no intuito de se financiar. A liquidação de parcela relevante do patrimônio dos monarcas não foi acompanhada pela contenção de gastos, o que acarretou um cenário em que o rei, destituído de suas propriedades, passa a confrontar-se com seus vassallos pela imposição de tributos³⁷. Em contrapartida, os aristocratas ingleses, apoiados

³² SCHOUERI, Luís Eduardo. Contribuição à investigação das origens do Princípio da Legalidade em Matéria Tributária. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues (coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex, 2005. p. 714-715.

³³ Mesmo Tocqueville, confesso entusiasta da República Democrática, reconhece no arranjo então estabelecido entre reis e nobres uma força considerável de contenção de abusos: “Quando apoiado pela aristocracia, o poder real governava pacificamente os povos da Europa, a sociedade, em meio às suas misérias, gozava de várias espécies de felicidade, as quais, hoje em dia, dificilmente podemos imaginar. O poder de alguns súditos levantava barreiras inarredáveis à tirania do príncipe; e os reis, porque se sentiam revestidos aos olhos da multidão de um caráter quase divino, derivavam do próprio respeito que inspiravam a vontade de nunca abusar do poder. [...] Na verdade, os usos e costumes haviam estabelecido limites à tirania e fundado uma espécie de direito no meio da própria força”. TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução de Neil Ribeiro da Silva. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010. p. 42.

³⁴ “However, since it was not easy to introduce or reform indirect taxes either – which, by the way, shows how far those monarchies were from being ‘absolute’ – revenue from this source had to be increased according to opportunity rather than to any rational plan.” SCHUMPETER, Joseph Alois. *History of Economic Analysis*. Londres: Taylor & Francis e-library, 2006. p. 195.

³⁵ Não por acaso, considera-se também que a Paz da Vestfália funda o Direito Internacional. Cf. JUBILUT, Liliانا Lyra. *Os fundamentos do Direito Internacional Contemporâneo: da coexistência aos valores compartilhados*. In: *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*. v. 1, n. 1. Belo Horizonte: CEDIN, 2006. p. 205. Disponível em: http://centrodireitointernacional.com.br/static/anuario/5_V2/anuario_5_v2.pdf. Acesso em: 2 fev. 2022.

³⁶ SOUSA, José Pedro Galvão de. *O Estado tecnocrático*. São Luis: Resistência Cultural, 2018. p. 31.

³⁷ SCHUMPETER, Joseph Ales. *The Crisis of the Tax State*. Londres: Macmillan, 1918. Disponível em:

pelo clero anglicano, conspiraram contra o rei Jaime II, ocasionando sua fuga e exílio. Seu sobrinho, Guilherme de Orange, apoiado pelos aristocratas, assume o trono e assina a “Declaração de Direitos” de 1689, documento que marca profundamente a época, tornando-se característico futuramente da Idade Moderna e Contemporânea. Com efeito, trata-se de uma significativa alteração da compreensão do poder na ocasião, já que seus termos lhe davam a aparência de um “contrato” firmado entre os ingleses e o novo monarca, o que vem a ser a “Revolução Gloriosa”. Nesse sentido, Julian Hoppit afirma:

Era um lugar-comum durante os séculos dezoito e dezenove afirmar que o oferecimento da Coroa a Guilherme e Maria foi condicionado à aceitação deles quanto a um novo modo de juramento e, especialmente, à Declaração de Direitos. Aqui, afirmava-se, estava um contrato, quiçá informado pelas ideias lockeanas de soberania (tradução nossa).³⁸

Os efeitos da Revolução Gloriosa são sentidos nos anos póstumos. Cada uma a sua maneira, as grandes nações ocidentais passam a estabelecer limites ao poder estatal através da contratualização. As Constituições, assim, passam a ser identificadas como fonte do poder estabelecido, definindo poderes e limitações dos governantes. Tal configuração implica óbvias consequências à tributação.

Ainda que o instituto hoje conhecido como “princípio da legalidade” tenha sua origem normalmente traçada até a Magna Carta de João Sem Terra³⁹, é apenas nos Estados Modernos, dotados de aparatos constitucionais de limitação do poder, que ele passa a ganhar a relevância que tem hoje. Atualmente, é dos parlamentos democráticos que a lei instituidora de tributos deriva sua legitimação. Entende-se aí um instrumento de segurança dos contribuintes, os quais, enquanto cidadãos, podem eleger representantes que interferirão no processo de criação de leis e salvaguardarão seus interesses, no arranjo típico esperado da democracia

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5322348/mod_resource/content/1/Crise%20do%20Estado%20Fiscal.pdf. Acesso em: 2 fev. 2022. p. 4.

³⁸ “It was a commonplace through much of the eighteenth and nineteenth centuries to view the offer of the Crown to William and Mary as conditional, as dependent upon their acceptance of a new coronation oath and, especially, the Declaration of Rights. Here, it was said, was a contract, perhaps informed by Lockean ideas of sovereignty.” HOPPIT, Julian. *A Land of Liberty? England 1689-1727*. Oxford: Universidade de Oxford, 2002. p. 23.

³⁹ Conquanto a ressalva realizada por Luís Eduardo Schoueri, ao afirmar que a *Magna Charta* “não constituiu direito novo, mas apenas confirmou o direito existente”, uma vez que cobranças tributárias anteriores já dependiam do consentimento dos vassallos. Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Contribuição à investigação das origens do Princípio da Legalidade em Matéria Tributária. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues (coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex, 2005. p. 715.

representativa. Em suma, pretendia-se substituir o arranjo entre monarca e nobres, supostamente dotado de maior precariedade e instabilidade, pelas regras contratuais rígidas.

A despeito disso, é no ambiente constitucional que se vê o agigantamento do Estado, o qual não parece encontrar limites. Bertrand de Jouvenel⁴⁰ afirma:

Mas, precisamente para ser capaz de todos esses benefícios, ela precisou constituir um aparelho governamental feito de órgãos concretos – uma administração – e de direitos – um Poder Legislativo – que podemos representar como uma casa de máquinas que move os súditos com o auxílio de alavancas sempre mais poderosas.

E, por essa razão, com o auxílio dessas alavancas, por meio dessa “casa de máquinas”, o Poder tornou-se capaz, na guerra ou em vista da guerra, de exigir da nação o que um monarca medieval não teria sequer sonhado.

E arremata o mestre francês:

Do século XII ao século XVII, o poder público não cessou de aumentar. O fenômeno era reconhecido por todas as testemunhas, evocava protestos sempre renovados e reações violentas.

Desde então, ele continuou a crescer num ritmo acelerado, estendendo a guerra à medida que ele próprio se estendia. E então não o reconhecemos mais, não protestamos mais, não reagimos mais.⁴¹

De fato, o aumento das atribuições ao Estado é acompanhado de um crescimento vertiginoso do fenômeno da tributação. Ao passo que na Antiguidade e na Idade Média os povos eram tributados em alguns casos por tributos indiretos, outras por tributos diretos, incomuns eram as hipóteses em que ambas as espécies coexistiam, além do que, se coexistissem, a sua cobrança combinada não se mostrava tão elevada. Atualmente, são raras as nações que não exigem tributação direta e indireta de forma concomitante, agravada por alíquotas elevadas. Aliás, no específico caso brasileiro, há variedade de tributos diretos e indiretos, de forma que cada ente federativo possui ao menos um de cada espécie na sua esfera de competência impositiva.

Da mesma forma, o impacto da tributação tornou-se muito mais relevante. Apesar de não ser possível estimar uma carga tributária média para a Antiguidade, uma vez que as práticas tributárias se diferenciavam largamente entre os Impérios e povos, é provável estimar que a carga tributária ordinária era relativamente baixa, se

⁴⁰ JOUVENEL, Bertrand de. *O poder: história natural do seu crescimento*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Peixoto Neto, [2010?]. p. 29.

⁴¹ JOUVENEL, Bertrand de. *O poder: história natural do seu crescimento*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Peixoto Neto, [2010?]. p. 32.

comparada à atualidade. Os egípcios, governados pelos “tirânicos” faraós, chegaram a realizar cobrança de tributos sobre a expectativa de colheita, em vez de taxar a produção mesma, mas também mostravam seguidamente clemência com os cidadãos que não detinham condições de pagar⁴². Na Grécia antiga, o governo valia-se muito mais da “liturgia” – a obrigação moral que os gregos impunham a si mesmos de dedicar parte de seu esforço às atividades que satisfaziam o bem comum – do que da tributação em si para o desempenho das funções públicas⁴³. A odiosa *alcabala* espanhola, “causa primeira e mais direta do atraso e decadência da agricultura, da indústria e do comércio espanhol”⁴⁴, não superou a alíquota de 14% (quatorze por cento) ao longo de sua história.

Era comum na Antiguidade a imposição de tributos vinculados a motivos étnicos e religiosos, os quais, apesar de abomináveis, não impediam a ascensão econômica desses povos. O povo judeu é ótimo exemplo disso, pois prosperaram em diferentes nações e diferentes épocas, ainda que sofressem seguidamente com a imposição de impostos mais elevados em razão de sua condição⁴⁵.

Por outro lado, é evidente que a dominação praticada por alguns Impérios, como os assírios, ocasionava fardos muito maiores ao povo dominado, sobretudo porque o predomínio imposto era total. Ainda assim, esses exemplos configuram-se como excepcionais e episódicos no período histórico correspondente.

Por sua vez, a carga tributária média atual entre os países componentes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) foi de 35,3% (trinta e cinco inteiros e três décimos por cento)⁴⁶ do Produto Interno Bruto (PIB). Alguns países europeus, dotados de governos indiscutivelmente

⁴² Talvez não seja coincidência que o fim do Império Egípcio tenha ocorrido após o aumento excessivo de impostos. Cf. ADAMS, Charles. *For Good and Evil: The Impact of Taxes on the Course of Civilization*. 2. ed., Oxford: Madison Books, 1999. p. 8.

⁴³ ADAMS, Charles. *For Good and Evil: The Impact of Taxes on the Course of Civilization*. 2. ed. Oxford: Madison Books, 1999. p. 65.

⁴⁴ ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. 3. ed., v. 1. Madrid: Imprenta de Eduardo Cuesta, 1874. p. 149.

⁴⁵ ADAMS, Charles. *For Good and Evil: The Impact of Taxes on the Course of Civilization*. 2. ed. Oxford: Madison Books, 1999.

⁴⁶ CARVALHO JUNIOR, Pedro Humberto Bruno de. Sistema tributário dos países da OCDE e as principais recomendações da entidade: fornecendo parâmetros para a Reforma Tributária no Brasil. In: *Nota Técnica DINTE*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2022. p. 22. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/pubpreliminar/220310_publicacao_preliminar_o_sistema_tributario_dos_paises_da_ocde.pdf. Acesso em: 1 mai. 2022.

democráticos, cominam altíssima exação direta e indireta, com impostos sobre a renda em patamares superiores a 50% (cinquenta por cento)⁴⁷.

É notável, assim, que há uma mudança de perfil da percepção pública sobre a tributação. De um cenário em que a cobrança crescente de impostos e afins para arcar com gastos de guerra motivava revoluções populares passou-se a outro, em que o governo, agora democrático e representante das massas, atingiu índices muito superiores de intervenção à qual se opõe pouca ou nenhuma resistência.

É possível creditar essa alteração a um efeito colateral das repúblicas democráticas e do princípio da legalidade. Considerando que o povo passou a ser representado no governo e o Estado, enquanto ente arrecadador, somente pode realizar a cobrança de tributos mediante autorização prévia, na forma da instituição de leis chanceladas pela maioria, a própria resistência dos cidadãos altera seu local de ocorrência: das ruas inflamadas por revoltas populares foi transferida ao Parlamento dos concertos políticos; da imposição consentida entre monarca e os nobres ao direito codificado; dos *sans-culottes* aos lobistas.

O Direito, por evidente, não passa incólume a tal mudança de cultura. A alteração da percepção é tão drástica que se fala, atualmente, em tributos serem o “preço da sociedade civilizada”⁴⁸, o que gera, em outro espectro, um “dever fundamental de pagar impostos”⁴⁹. Zaqueu tornou-se o herói; Tiradentes, o vilão.

A síntese histórica acima apresentada demonstra que houve uma nítida mudança do perfil dos tributos ao longo do processo histórico. Ainda assim, a sua cobrança pelos entes estatais tem encontrado efetiva barreira na criatividade dos contribuintes. A criação de meios, artificiais ou não, para eliminar, reduzir ou postergar a incidência tributária sempre esteve presente ao longo das civilizações.

⁴⁷ Em determinado período, a Suécia adotou taxa de 85%, à qual ainda eram adicionadas outras cobranças tributárias. ADAMS, Charles. *For Good and Evil: The Impact of Taxes on the Course of Civilization*. 2. ed. Oxford: Madison Books, 1999. p. 392.

⁴⁸ É o que defendeu o juiz da Suprema Corte norte-americana Oliver Wendell Holmes em célebre voto divergente que registra: “*Taxes are what we pay for civilized society.*” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Caso Companhia General de Tabacos v. Collector (1927)*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/275/87/>. Acesso em: 14 fev. 2022.

⁴⁹ Nome da famosa obra de José Casalta Nabais, a qual, a despeito do nome, não corresponde a uma defesa enfática da discricionariedade de atuação fiscal em detrimento dos direitos dos contribuintes. A defesa ali realizada é no sentido de que o Estado, na “Idade dos Direitos” de Norberto Bobbio, depende da arrecadação para cumprir as promessas constitucionais. Nesse sentido, a tese central do livro do tributarista português vem ao encontro da compreensão aqui defendida, ou seja, há uma mudança de percepção sobre o papel do Estado e da função dos tributos. Cf. NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004.

Há episódios anedóticos encontrados em todos os períodos históricos antes retratados que revelam a disposição dos cidadãos em confrontar a tributação. Na introdução foi rememorada a prática dos romanos que houve por incentivar a formação das *villas*; há, também, o exemplo narrado por Marco Aurélio Greco⁵⁰ dos mercadores que não largavam suas mercadorias sobre o chão no intuito de evitar o pagamento de um tributo exigido sobre os que expusessem seus produtos na rua. O molde dos jornais impressos, cujo tamanho normalmente excede o dos livros, é resultado de medidas de planejamento tributário⁵¹, assim como bairros residenciais europeus, cujas casas possuem poucas janelas ou poucas chaminés⁵², e o tamanho das barbas dos cidadãos russos sob o jugo de Pedro, o Grande⁵³.

Tais exemplos somam-se aos diversos métodos já utilizados nesse intuito e que hoje contemplam sofisticação e complexidade elevadas. Com a globalização e a aproximação dos mercados dela decorrente, além das facilidades promovidas pelo advento da *internet*, os planejamentos tributários ganharam diversas roupagens. Desde a segregação de atividades até as intrincadas operações das multinacionais, o arrojo técnico dos profissionais envolvidos é notavelmente crescente.

Da mesma forma, pela perspectiva das autoridades fiscais, identifica-se evidente aprimoramento técnico. No âmbito nacional, há exemplos variados de métodos de combate à elisão tributária e profundo debate acerca das práticas a se adotar. No contexto internacional, países e organizações internacionais relevantes possuem políticas de combate aos paraísos fiscais, como a Organização das Nações Unidas⁵⁴ e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico⁵⁵.

⁵⁰ GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p.136.

⁵¹ Segundo Charles Adams, foram instituídos tributos sobre os jornais que baseavam sua cobrança no número de páginas, o que acarretou moldes cada vez maiores que geravam menor número de páginas. ADAMS, Charles. *For Good and Evil: The Impact of Taxes on the Course of Civilization*. 2. ed. Oxford: Madison Books, 1999. p. 354.

⁵² O número de janelas da casa, assim como o de chaminés, foi alvo de tributos na Idade Moderna. KEEN, Michael; SLEMROD, Joel. *Rebellion, Rascals and Revenue: Tax Foolies and Wisdom Through the Ages*. Princeton: Princeton University, 2021. p. 222-223.

⁵³ No intuito de atingir um grupo determinado, cujos homens eram distintos por suas barbas, o Czar passou a exigir o pagamento de um tributo, sendo que a quitação da obrigação era representada por um artefato oficial que deveria ser portado pelo cidadão. KEEN, Michael; SLEMROD, Joel. *Rebellion, Rascals and Revenue: Tax Foolies and Wisdom Through the Ages*. Princeton: Princeton University, 2021. p. 173.

⁵⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. *Final study on illicit financial flows, human rights and the 2030 Agenda for Sustainable Development of the Independent Expert on the effects of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of all human rights, particularly economic, social and*

É possível examinar as ações do Fisco e as reações dos contribuintes à tributação sob as mais variadas perspectivas. A síntese histórica acima fornecida permite uma aproximação do objeto sob perspectivas institucionais, o que autorizará, ao longo do texto, apreender elementos essenciais da perspectiva do individualismo metodológico.

Além da síntese histórica e, de certa maneira, partindo-se dela, examinam-se a seguir os fundamentos lógico-jurídicos do planejamento tributário.

2.1.2 Fundamentos lógico-jurídicos do planejamento tributário

Exposto o panorama histórico que evidencia a mudança de perfil dos tributos ao longo da história, passa-se ao exame mais aprofundado do objeto de estudo, o planejamento tributário. Como base, adota-se a perspectiva da análise econômica do direito e da escolha racional. Partindo-se do pressuposto da escolha racional, a opção pelo planejamento tributário enquadra-se dentro da maximização de utilidade que é esperada do indivíduo, uma vez que acarreta maior disponibilidade de patrimônio à sociedade empresária ou ao contribuinte que age dessa maneira. De modo a realizar a adequada aproximação do objeto, examinar-se-á a seguir o conceito normalmente empregado. Posteriormente, serão examinados os fundamentos jurídicos do planejamento tributário, com o exame da legislação de amparo e da literatura especializada.

A rigor, o conceito de planejamento tributário não é alvo de grandes divergências. É comum entre os diversos conceitos existentes que haja referência aos seguintes pontos: a) a adoção de atos ou negócios prévios à ocorrência do fato descrito na hipótese de incidência dos tributos; b) o intuito de retardar, mitigar ou eliminar a incidência do tributo sobre uma ou todas as atividades consideradas; c) a referência à imprescindível licitude do ato ou negócio tomado em consideração. Mesmo autores que adotam posicionamentos muito discrepantes quanto à margem

cultural rights. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/31/61. Acesso em: 29 jul. 21.

⁵⁵ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Towards Global Tax Co-operation: Report to the 2000 Ministerial Council Meeting and Recommendations by the Committee on Fiscal Affairs*. 2000. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/harmful/2090192.pdf>. Acesso em: 29 jul. 21.

de atuação dos contribuintes, como Marciano Seabra Godoi⁵⁶ e Paulo Ayres Barreto⁵⁷, convergem na adoção desses elementos.

A despeito disso, Heleno Tôrres⁵⁸ explora o conceito a partir de uma compreensão peculiar. Na sua perspectiva,

Com a expressão “planejamento tributário” deve-se designar tão-só a técnica de organização preventiva de negócios, visando a uma legítima economia de tributos, independentemente de qualquer referência aos atos ulteriormente praticados.

Ou seja, a eventual ilicitude dos atos realizados em decorrência do planejamento não interfere na definição, uma vez que o ato de planejar em si é considerado lícito. O planejamento, então, “não é mais que uma técnica de ‘teste’ preventivo que o operador faz do ordenamento, apreciando os fatos futuros à luz do ordenamento vigente, numa projeção do ordenamento sobre os fatos posteriores”⁵⁹. Disso decorre que “o Estado não controla o planejamento; controla, sim, a concretização dos atos condicionados pelas informações veiculadas pelo planejamento”⁶⁰. Essa compreensão do planejamento enquanto processo, oposto ao resultado (que pode ser a elisão ou evasão fiscal), estabelece uma distinção adequada entre as expressões “planejamento tributário” e os institutos jurídicos da “elisão” ou da “evasão”⁶¹, os quais são reservados à classificação dos atos decorrentes do planejamento. Com tais perspectivas, o autor arremata um conceito diverso:

o planejamento tributário deve ser visto como um procedimento de interpretação do sistema de normas, visando à criação de um modelo de ação para o contribuinte, caracterizado pela otimização da conduta como forma de economia tributária, num agir voltado imediatamente para o sucesso, em termos pragmáticos.⁶²

⁵⁶ GODOI, Marciano Seabra. Planejamento tributário. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.) *Planejamento tributário*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 478.

⁵⁷ BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário: limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016. p. 227.

⁵⁸ TÔRRES, Heleno. *Direito Tributário Internacional: planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 37.

⁵⁹ TÔRRES, Heleno. *Direito Tributário Internacional: planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 37.

⁶⁰ TÔRRES, Heleno. *Direito Tributário Internacional: planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 38.

⁶¹ E a “elusão”, se adotada a perspectiva de parcela da doutrina tributária.

⁶² TÔRRES, Heleno. *Direito Tributário Internacional: planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 40.

A compreensão do insigne tributarista, como se verá adiante, dá subsídios à definição de planejamento tributário que será adotada no presente estudo. Com efeito, não há como se imputar qualquer pecha de ilicitude à noção de planejamento, apenas aos atos que dele decorram.

Isto é, na compreensão ora defendida, o planejamento tributário não se confunde com os institutos da elisão e da evasão. Não é por isso, contudo, que se deve afirmar que eles não são relacionados. Pelo contrário, há uma nítida vinculação. Para ilustrar, pode-se recorrer a um exemplo simples. Tome-se a seguinte operação pré-jurídica, consistente no ato do consumidor que racionaliza e opta por adquirir um veículo, uma atitude possivelmente mental apenas, e o contrato de compra e venda que posteriormente realiza com o revendedor de automóveis, um negócio jurídico propriamente. A decisão do consumidor antecede o ato e lhe dá, posteriormente, forma jurídica quando combinada com a intenção do revendedor de alienar o bem. O contato social que antecede a realização do negócio jurídico de compra e venda é, nesse sentido, pré-jurídico⁶³, assim como o planejamento tributário. Caso seja interrompido antes de o negócio ser iniciado – ou o planejamento posto em prática – não há qualificação jurídica. A elisão ou evasão é a consequência jurídico-tributária da conduta posta em prática.

Ainda assim, é necessário distinguir os fatos relevantes à análise mais propriamente jurídica – ainda que dotada de marcada interdisciplinaridade. A “elisão” e a “evasão” fiscais são categorias levadas em consideração no ato do planejamento, não sendo limitadores da atividade do contribuinte. Como será visto adiante, a “evasão” pode ser considerada uma conduta viável, conquanto ilícita, se bem compreendida sua possível consequência.

Compreendido o conceito, é necessário firmar a base jurídica da atuação dos indivíduos, cidadãos ou firmas, que praticam atos decorrentes do planejamento tributário na sua esfera de atividades. Com efeito, é no altiplano constitucional que se busca a fundamentação da conduta, sobretudo nos dispositivos que preveem os princípios da liberdade e da livre iniciativa. Ou seja, o planejamento tributário insere-se num contexto institucional que pressupõe a liberdade de decisão do contribuinte, o qual pode optar por adotar uma conduta ou outra. O posicionamento narrado,

⁶³ Ainda que, no âmbito do Direito Privado, reconheça-se a obrigatoriedade de as partes observarem a boa-fé objetiva inclusive durante a chamada fase pré-contratual. Trata-se de peculiaridade que não afeta a validade da analogia, desde que feita essa devida ressalva.

aliás, reflete o que pensa a maioria dos tributaristas que se dedicam ao estudo do tema.

Nesse sentido, é possível citar os estudos de Marciano Seabra Godoi⁶⁴, Ives Gandra da Silva Martins e Paulo Lucena de Menezes⁶⁵, Romulo Cristiano Coutinho da Silva⁶⁶, entre outros. Martha Toribio Leão⁶⁷ identifica na confluência de dois elementos constitucionais o direito a economizar tributos através do planejamento tributário: previsão de regras constitucionais expressas de competência impositiva e a limitação constitucional rígida ao exercício do poder de tributar. Marco Aurélio Greco, por sua vez, adota uma perspectiva crítica que sustenta a existência de três fases da discussão envolvendo os planejamentos tributários, mas assevera no princípio da legalidade e na oposição entre o contribuinte e o Estado o fundamento teórico da chamada “primeira fase”⁶⁸.

As divergências, como será visto adiante, instauram-se com maior intensidade em outros tópicos concernentes ao tema. Desde a preponderância dos princípios invocados perante outras normas de igual estatura até a extensão normativa de dispositivos legais, há uma infinidade de posicionamentos doutrinários encontrados e que se imiscuem na complexidade do tema.

Exposta as bases jurídicas das práticas de planejamento tributário, passa-se à análise dos critérios que definem a licitude dos atos que dele decorrem. Com efeito, é essa indefinição que acarreta o atual estágio de segurança jurídica da temática, como será visto futuramente. Para tanto, serão expostas as divergências doutrinárias acerca do tema e, posteriormente, os posicionamentos do Poder Judiciário.

⁶⁴ GODOI, Marciano Seabra de. A figura da fraude à Lei Tributária Prevista no art. 116, parágrafo único do CTN. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 68, p. 102, 2001.

⁶⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENEZES, Paulo Lucena de. Elisão fiscal. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 63, p. 159-160, 2000.

⁶⁶ SILVA, Rômulo Cristiano Coutinho. *Planejamento tributário e segurança jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 174.

⁶⁷ LEÃO, Martha Toribio. *O direito fundamental de economizar tributos: entre liberdade, legalidade e solidariedade*. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 197.

⁶⁸ GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 142-150.

2.2 O “PROPÓSITO NEGOCIAL” E DEMAIS CRITÉRIOS RELEVANTES À ANÁLISE DE LICITUDE DOS ATOS E NEGÓCIOS DECORRENTES DE PLANEJAMENTOS TRIBUTÁRIOS

2.2.1 As correntes doutrinárias

A seguir, serão apresentados os pontos de convergência e divergência da doutrina brasileira quanto ao tema. Não se busca, aqui, realizar uma exposição ampla e pormenorizada do pensamento de cada autor de relevo, mas um mero apontamento das convergências e uma descrição das inúmeras divergências com a indicação dos argumentos utilizados para embasar a posição. A escolha dos nomes indicados para cada posicionamento se deu através de uma análise acerca da relevância do referido autor no tópico examinado⁶⁹.

De início, pode-se destacar os posicionamentos que divergem entre si já na maneira de classificar os atos de contribuinte, cenário em que a divergência já se estabelece com grande ênfase. Ainda que a maioria⁷⁰ dos tributaristas incline-se a afirmar a existência de apenas duas hipóteses de classificação de atos (elisão e evasão, respectivamente, lícita e ilícita⁷¹), há diversos autores de grande relevo que concebem três hipóteses distintas. Nesse sentido, temos Marco Aurélio Greco⁷² que afirma a superação do modelo bivalente – lícito/ilícito – por um novo, o qual possui três categorias: atos ilícitos, atos lícitos e eficazes perante o Fisco e atos lícitos e ineficazes perante o Fisco. Com base em outra nomenclatura, mas também se valendo de três hipóteses de atuação, Heleno Taveira Tôrres⁷³ sustenta a existência das seguintes categorias: elisão, evasão e elusão.

⁶⁹ Registra-se aqui uma escolha por conta de adequação entre a escolha do referencial teórico e recorte temático.

⁷⁰ GODOI, Marciano Seabra. Planejamento tributário. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.) *Planejamento tributário*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 480.

⁷¹ É digno de nota que nem essa correlação utilizada no texto é unânime. Rubens Gomes de Sousa, por exemplo, separa os atos tributários lícitos dos ilícitos recorrendo às expressões “fraude fiscal” e “evasão lícita”. Cf. SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Financeiras, 1954. p. 99. Já Hermes Marcelo Huck distingue as mesmas categorias entre “elisão eficaz” e “elisão ineficaz”. Cf. HUCK, Marcelo Hermes. *Evasão e elisão: rotas nacionais e internacionais do planejamento tributário*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 45.

⁷² GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 399.

⁷³ TÔRRES, Heleno Taveira. Limites ao planejamento tributário – normas antielusivas (gerais e preventivas) – a norma geral de desconsideração de atos ou negócios do Direito brasileiro. In: MARINS, James (coord.). *Tributação e antielisão*. Livro 3. Curitiba: Juruá, 2003. p. 36.

Porém, é nos requisitos à licitude do planejamento tributário que os tributaristas debatem de forma mais intensa. Aqui, há uma miríade de divergências. Os posicionamentos variam sensivelmente, refletindo aspectos fundamentais do pensamento de cada autor. Em um espectro, é possível posicionar os autores mais inclinados à defesa da ampla liberdade do contribuinte (e, conseqüentemente, maior restrição à atividade arrecadatória), enquanto no outro extremo do espectro posicionam-se tributaristas que mitigam a compreensão de legalidade estrita ou da tipicidade fechada, dando armas à atuação fiscal, sobretudo através da interpretação dos princípios da solidariedade e da capacidade contributiva⁷⁴.

Melhor caminho para iniciar tal descrição é a própria Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)⁷⁵ e a interpretação que dela fazem os especialistas. É na interpretação das disposições contidas nas “limitações constitucionais ao poder de tributar” que se encontra a primeira celeuma relevante. Trata-se da possibilidade de se atribuir relevância ao disposto no art. 145, §1º, da CRFB para a ampliação dos poderes da atividade arrecadatória. Enquanto autores da estirpe de Marco Aurélio Greco⁷⁶ e Sérgio André Rocha⁷⁷ possuem a “capacidade contributiva” como um dos principais argumentos à ampliação dos poderes do Fisco na atividade arrecadatória, Paulo Ayres Barreto⁷⁸, por exemplo, rejeita qualquer interpretação do referido dispositivo no sentido de “prejudicar” os contribuintes. Em síntese, o primeiro grupo mencionado compreende o dispositivo como uma manifestação, no âmbito tributário, do princípio da solidariedade, positivado no art. 3º, I, da CRFB; de outro lado, o segundo grupo afirma que a inserção do mencionado comando constitucional entre as “limitações constitucionais ao poder de tributar” impede a interpretação favorável ao Fisco.

Ainda dentro da interpretação emprestada à CRFB, pode-se destacar a divergência tida entre os autores quanto à intensidade da reserva legal em âmbito

⁷⁴ Sérgio André Rocha vai além e distingue quatro posicionamentos quanto ao plano “aplicativo-concreto” dos planejamentos tributários: os libertários extremos, os libertários moderados, os solidaristas moderados e os solidaristas extremos. ROCHA, Sérgio André. O planejamento tributário na obra de Misabel Abreu Machado Derzi. *Revista de Direito Tributário Atual*, São Paulo, IBDT, n. 49, p. 457-458, 2021.

⁷⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jul. 2021.

⁷⁶ GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 152-172.

⁷⁷ ROCHA, Sérgio André. *Planejamento tributário na obra de Marco Aurélio Greco*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 112-114.

⁷⁸ BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário: limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016. p. 91-98.

tributário. Em resumo, aqui se discute a necessidade de a lei, em sentido *lato*, tratar o fato descrito na hipótese de incidência de maneira exaustiva ou não. Marco Aurélio Greco⁷⁹, embasado em uma interpretação “funcional” do direito tributário, sustenta que a relevância da legalidade no âmbito do direito tributário é parcialmente eclipsada pela presença do princípio da capacidade contributiva. Além disso, sustenta a inviabilidade de um direito tributário que observe uma verdadeira tipicidade cerrada. Alfredo Augusto Becker⁸⁰, por outro lado, rejeita a interpretação “funcional”, afirmando que a atividade do intérprete da norma tributária é unicamente de subsunção. Marciano Seabra Godoi⁸¹ pondera ambos os posicionamentos, sustentando que há uma tipicidade obrigatoriamente observável pelo direito tributário, mas ela não exige o intérprete de impingir sua valoração na construção da norma decorrente do texto legal.

Além da interpretação da CRFB, os posicionamentos encontram discrepância quanto à possibilidade de se buscar na legislação “não-tributária”⁸² os critérios à análise da licitude do planejamento tributário. Lívia de Carli Germano⁸³, amparada no escólio de Heleno Taveira Tôrres, abriga parcela considerável de sua doutrina sobre a possibilidade de se reputar algum negócio jurídico ineficaz perante o Fisco no conceito de “causa”, vinculado intrinsecamente ao direito privado. José Eduardo Soares de Melo⁸⁴, em contrapartida, assevera que as disposições do Direito Civil não podem ser aproveitadas no âmbito do exame de licitude de planejamentos tributários por desrespeito à reserva de lei complementar contida no art. 146 da CRFB. Paulo Ayres Barreto, por seu turno, afasta a aplicabilidade de disposições próprias do Direito Privado nesse âmbito por se basearem em princípios fundantes distintos daqueles aplicáveis ao Direito Público⁸⁵. Por essa lógica, ampara o Código Civil⁸⁶

⁷⁹ GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 152-172.

⁸⁰ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Lejus, 2002. p. 67.

⁸¹ GODOI, Marciano Seabra. Planejamento tributário. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.) *Planejamento tributário*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 483-495.

⁸² Na falta de expressão melhor, recorre-se a “não-tributária” para aludir a toda legislação cujo fim não seja eminentemente de cunho regulatório das imposições tributárias dos entes pertencentes à República Federativa do Brasil.

⁸³ GERMANO, Lívia de Carli. *Planejamento tributário e limites para a desconsideração do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁸⁴ MELO, José Eduardo Soares de. A desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil e seu reflexo no Direito Tributário. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (coord.). *Direito tributário e o novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 165.

⁸⁵ BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário: limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016. p. 38-39.

sobre os princípios da eticidade e da operabilidade, o que não vislumbra no Código Tributário Nacional⁸⁷, de modo que a transição entre eles não é autorizada⁸⁸. Em decorrência dessa discussão, a relevância do conceito de “causa” do negócio jurídico é rejeitada por alguns e incensada por outros.

A motivação do contribuinte também revela divergências entre os autores. Martha Toribio Leão sustenta o “direito fundamental de economizar tributos”, reputando inconstitucional qualquer norma que exija motivação extratributária (ou seja, além do interesse em retardar, reduzir ou eliminar a tributação) para a validade dos atos dos particulares⁸⁹. Marco Aurélio Greco abomina essa perspectiva, alegando que a motivação unicamente tributária destitui o negócio jurídico de sua causa válida⁹⁰. Destaca-se, aqui, o tema da “intenção negocial” ou “propósito extratributário”, outros nomes dados ao “propósito negocial”.

A figura do “propósito negocial” é baseada no “*business purpose test*”, originado de precedentes oriundos do direito norte-americano⁹¹. De uma maneira muito resumida, pode-se afirmar que se trata de uma doutrina que visa a combater as transações simuladas, aparentes ou artificiais que buscam, unicamente, evitar a incidência da tributação⁹². Essa doutrina é tipicamente vinculada ao regime de *common law*, sobretudo se considerada a sua formação. Como afirma João Dácio Rolim, apoiando-se em magistério de Charles Gustafson, o “*business purpose test*” surge não em derivação normativa do texto legal, mas da leitura da intenção legislativa subjacente à edição dos textos⁹³.

Em grande parte, a isso são devidas as diversas reservas na doutrina brasileira quanto à importação do conceito e sua utilização no âmbito da análise de licitude dos atos e negócios decorrentes de planejamentos tributários. Quanto ao

⁸⁶ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 29 jul. 2021.

⁸⁷ BRASIL. *Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 29 jul. 2021.

⁸⁸ BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário: limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016. p. 150-151.

⁸⁹ LEÃO, Martha Toribio. *O direito fundamental de economizar tributos: entre liberdade, legalidade e solidariedade*. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 307.

⁹⁰ GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 201-254.

⁹¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Caso Gregory v. Helvering (1935)*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/293/465>. Acesso em: 27 fev. 2022.

⁹² ROLIM, João Dácio. *Normas antielisivas tributárias*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 157-166.

⁹³ ROLIM, João Dácio. *Normas antielisivas tributárias*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 157-158.

tema, reitera-se o posicionamento de extensa gama de tributaristas no sentido de que a invocação de uma figura estranha ao ordenamento jurídico pátrio e oriunda de sistema jurídico de matriz diversa (recorda-se aqui que se originou em sistema de *common law*) é um menoscabo à legislação vigente, a qual prevê meios específicos de desconsideração dos atos jurídicos dos contribuintes. Ainda assim, a aferição da causa do negócio jurídico, geralmente a pedra de toque da ocorrência de simulação, é muitas vezes vinculada à identificação de propósito comercial subjacente.

Intimamente vinculado aos temas anteriores, destaca-se a discussão quanto à possibilidade de se atribuir ineficácia fiscal a planejamentos tributários considerados lícitos, que acaba refletindo a compreensão antes mencionada acerca da classificação das hipóteses de atuação do contribuinte. Os tributaristas que afirmam ser apenas duas as hipóteses de classificação rejeitam a possibilidade, enquanto os demais a acolhem.

O tema ainda atrai a discussão quanto à norma a ser construída a partir do parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional. O texto constante do dispositivo legal é assim construído:

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

A interpretação do referido dispositivo no contexto da doutrina tributarista é marcado pela divergência. Há quem se refere ao texto positivado como: a) legítima norma antielisiva⁹⁴ (ou antielusiva⁹⁵); b) inconstitucional tentativa de restringir o princípio da legalidade⁹⁶; c) reforço às determinações já existentes em outras normas do Código Tributário Nacional⁹⁷; d) mecanismo introdutor da possibilidade de desconsideração de atos dissimulados (simulação relativa)⁹⁸; e) dispositivo (ainda)

⁹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. Norma Geral Antielisão. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). *Planejamento tributário*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 622-625.

⁹⁵ TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário e Direito Privado: autonomia privada, simulação; elusão tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 244.

⁹⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Norma antielisão Tributária e o Princípio da Legalidade, à luz da segurança jurídica. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 119, p. 125, 2005.

⁹⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 272; CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 568.

⁹⁸ COELHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado. Valor contábil dos bens e direitos do ativo da pessoa jurídica entregues a acionista a título de devolução de sua participação no capital social. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 92, p. 123, 2003.

ineficaz em virtude da ausência da regulação apropriada⁹⁹; e f) dispositivo de pouca ou nenhuma eficácia prática¹⁰⁰.

Como afirmado, esse amplo rol de divergências é refletido no âmbito da jurisprudência administrativa, sobretudo o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), que não estabeleceu seu posicionamento baseado em assertivas fundadas numa interpretação pretensamente coerente dos comandos legais, mas avaliando casuisticamente, como sói a um tribunal. Tais circunstâncias, naturalmente, acarretam certas interpretações incongruentes, mas ainda assim permitem extrair critérios de julgamento comumente utilizados.

2.2.2 O posicionamento do CARF

O CARF é o tribunal administrativo que sucedeu os antigos Primeiro, Segundo e Terceiro Conselhos de Contribuintes através de sua unificação. Compõe-se de colégios paritários cuja função é julgar recursos de ofício ou voluntários de decisão proferida em Delegacias Regionais de Julgamento, além de julgar recursos especiais no âmbito da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), conforme art. 48 da Lei n. 11.941/09¹⁰¹. Sua importância ao estudo decorre de sua competência e atuação, uma vez que se trata do tribunal administrativo que julga processos em que se discute exações federais. Pelo desenho constitucional, o ente federal possui em sua competência a maior parcela dos tributos em espécie, de modo que o tribunal revisa diuturnamente temas que são de inegável interesse para a pesquisa ora empreendida.

Ao julgar processos fiscais que retratam diversas medidas de redução, postergação ou eliminação da incidência tributária, tornou-se possível visualizar a compreensão que a corte referida possui quanto à temática. Ainda que composto por diversos conselheiros, há uma linha condutora do raciocínio geralmente empregado e que deve ser examinada aqui para a exata compreensão do objeto do

⁹⁹ Nesse sentido, GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 557-562; BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário: limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016. p. 224-226.

¹⁰⁰ CARVALHO, Cristiano da Rosa. *Teoria da Decisão Tributária*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018. p. 259.

¹⁰¹ BRASIL. *Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009*. Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários; concede remissão nos casos em que especifica; institui regime tributário de transição, entre outras disposições. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11941.htm. Acesso em: 29 jul. 2021.

estudo. Nesse sentido, pode-se atestar que houve, ao menos desde o início deste século, uma postura arrojada do tribunal, a qual não outorgava ampla liberdade aos contribuintes na realização de planejamentos tributários, sem, entretanto, deixar de observar, em maior ou menor grau, as limitações impostas à atuação fiscal pelos princípios e regras constitucionais. A referida postura foi largamente influenciada pela introdução do parágrafo único do art. 116 ao Código Tributário Nacional antes mencionada¹⁰².

De modo a demonstrar a afirmação, lança-se mão do estudo coordenado por Luis Eduardo Schoueri e organizado por Rodrigo de Freitas¹⁰³, o qual avaliou julgamentos publicados entre 2002 e 2008 no âmbito do Conselho de Contribuintes. Os resultados de sua pesquisa sustentam que a análise da validade dos planejamentos tributários era baseada principalmente¹⁰⁴ em três critérios: a) tempo decorrido entre os atos analisados, b) coerência entre os resultados buscados e os meios utilizados e, em menor escala, c) a vinculação entre as partes envolvidas. Valendo-se da mesma metodologia, mas analisando período distinto (2008 a 2013), Antonio Lopo Martinez e Luiz Felipe de Almeida Coelho¹⁰⁵ identificaram a manutenção da importância dos três critérios antes mencionados, mas apontaram a motivação extratributária (ou “propósito negocial”) e o respeito à legislação “não-tributária” como critérios dominantes na avaliação empreendida pelas turmas responsáveis pelos julgamentos. Em paralelo, Pedro Augusto do Amaral Abujamra Asseis¹⁰⁶ examinou decisões publicadas entre 2010 e 2013 valendo-se também da mesma metodologia, realizando, contudo, uma segmentação de sua pesquisa para analisar apenas julgamentos de planejamentos tributários relacionados à amortização fiscal de ágio, e identificou a manutenção da validade dos critérios com ligeiras particularidades.

¹⁰² SCHOUERI, Luís Eduardo. O REFIS e a desjudicialização do Direito Tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 232, p. 107-109, 2015.

¹⁰³ SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.); FREITAS, Rodrigo de (org.). *Planejamento tributário e o “propósito negocial”*: mapeamento de decisões do conselho de contribuintes de 2002 a 2008. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 440.

¹⁰⁴ Registra-se que os critérios apresentados não eram os únicos identificados nas decisões, mas representam as mais relevantes balizas consideradas pelos julgadores no período analisado.

¹⁰⁵ MARTINEZ, Antonio Lopo; COELHO, Luiz Felipe de Almeida. Planejamento tributário com operações societárias: critérios de validade utilizados pelo CARF. *Revista Contemporânea de Contabilidade*, Florianópolis, UFSC, v. 13, n. 30, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/2175-8069.2016v13n30p193>. Acesso em: 29 jul. 21.

¹⁰⁶ ASSEIS, Pedro Augusto do Amaral Abujamra. A importância do “propósito negocial” no planejamento tributário: análise à luz dos recentes julgamentos do CARF sobre amortização fiscal de ágio. *Revista de Direito Tributário Atual*, São Paulo, IBDT, n. 29, p. 277-292, 2013.

Em outras palavras, o tribunal administrativo não ostentou posicionamento descompassado do que a doutrina tributária, em geral, discute, mas se valeu de uma compreensão que impôs limites à liberdade do contribuinte e à própria influência do princípio da legalidade. Sua análise casuística foca nos elementos dos negócios jurídicos examinados para definir a ocorrência, ou não, de atos que a lei vigente permite revisão para fins de incidência tributária. Nessa senda, o tribunal administrativo tem sido influenciado decisivamente pela compreensão defendida por Marco Aurélio Greco em sua obra de referência sobre o assunto, “Planejamento Tributário”¹⁰⁷. Fábio Piovesan Bozza¹⁰⁸ publicou estudo em que sustenta a ampla acolhida à concepção causalista e a referência constante ao mencionado tributarista.

Sobre tais bases, a figura do “propósito negocial” ganhou relevância e se tornou motivo de divergência relevante. Na hipótese de atos ou negócios jurídicos realizados unicamente com o objetivo de retardar, reduzir ou eliminar tributos (em outras palavras, destituídos de “propósito negocial”), a discussão sobre sua licitude e eficácia perante o Fisco revela defensores e detratores. Com efeito, não é possível identificar uma associação clara e direta entre a doutrina do “propósito negocial”, como visto anteriormente, com os critérios identificados nas pesquisas mencionadas.

A escolha dos parâmetros normativos pelo tribunal não é infensa a críticas, tal qual realizadas frequentemente pela doutrina especializada. É possível identificar, por exemplo, julgamentos em que a adoção dos critérios de análise de licitude se realizou de maneira totalmente descompassada das métricas antes observadas. Nesse sentido, decisões que se tornaram célebres na área, como o Caso Lupatech¹⁰⁹, embasaram-se integralmente na aferição do “propósito negocial” para cancelar o lançamento fiscal realizado em desfavor do contribuinte¹¹⁰. Por outro, revisando-se precedentes recentes do CARF e da CSRF, é possível identificar julgados em que a ausência do “propósito negocial” é considerada irrelevante, de

¹⁰⁷ GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

¹⁰⁸ BOZZA, Fábio Piovesan. *Planejamento tributário e autonomia privada*. São Paulo: IBDT/Quartier Latin, 2015.

¹⁰⁹ BRASIL. Ministério da Fazenda. Câmara Administrativa de Recursos Fiscais. *Recurso Especial do Contribuinte n. 11020.724.809/2011-70*. Lupatech S.A. v. Fazenda Nacional. Acórdão n. 1402-001.404. 2ª Turma. Relator: Conselheiro Paulo Roberto Cortez; Redator: Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alenca. Julgado em 09 jul. 2013. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/11020724809201170_5320772.pdf. Acesso em: 27 fev. 2022.

¹¹⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. O REFIS e a desjudicialização do Direito Tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 232, p. 111, 2015.

modo que os conselheiros se valem de outros critérios, os quais se encontram expressamente previstos na legislação, para reconhecer a ocorrência de evasão tributária. É ilustrativo disso a fundamentação utilizada em acórdão proferido pela CSRF em que a própria admissibilidade do pedido apresentado é ancorada na existência de posicionamentos antagônicos do tribunal administrativo acerca da relevância do propósito negocial à configuração da simulação. A existência da referida controvérsia é destacada no seguinte trecho:

Em síntese, portanto, o entendimento do acórdão paradigma é no sentido de que, de forma genérica e abrangente, a falta de propósito negocial *de per si* não constitui simulação ou dissimulação, independentemente de qual seja a hipótese de incidência tributária de que se trate.

Por sua vez, o acórdão recorrido adota posicionamento praticamente oposto ao do paradigma, convicto de que sem propósito negocial válido e fundamento econômico apropriado, que se revele de pronto, o ato não se sustenta perante a órbita tributária.

[...]

Vê-se, portanto, que enquanto o acórdão paradigma chega a dispensar propósito negocial para a validade do ato, o acórdão recorrido exige a sua demonstração e conformidade nos seus mais amplos aspectos, sendo, assim, diametralmente discordes neste que é o ponto comum que os une e evidencia a similitude entre ambos quanto a esse tópico, relativo à validade do ato negocial para efeitos tributários [...]¹¹¹

Posteriormente, no âmbito do julgamento proferido também na CSRF, houve a compreensão de que a aferição do “propósito negocial” é irrelevante para a definição da ocorrência de simulação ou fraude trazida na legislação que prevê as sanções tributárias. Trata-se do processo n. 16561.720192/2012-09¹¹², cuja ementa afirma:

A figura de origem estrangeira da *ausência de propósito negocial*, dentro da narrativa de que o contribuinte praticou determinado ato ou negócio jurídico visando exclusivamente obter vantagem tributária, não configura nenhuma das hipóteses legais de *simulação* e de *fraude*, conforme a devida conceituação de Direito Civil, e nem pode se amoldar às previsões dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64

¹¹¹ BRASIL. Ministério da Fazenda. Câmara Superior de Recursos Fiscais. *Recurso Especial do Contribuinte n. 16561.720170/2014-01*. Tinto Holding Ltda. v. Fazenda Nacional. Acórdão n. 9101-004.382. 1ª Turma. Relator: Conselheiro Demetrius Nichele Macei; Redatora: Conselheira Edeli Pereira Bessa. Julgado em 10 set. 2019. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/16561720170201401_6085831.pdf. Acesso em: 18 jan. 2022.

¹¹² BRASIL. Ministério da Fazenda. Câmara Superior de Recursos Fiscais. *Recurso Especial do Procurador n. 16561.720192/2012-09*. Fazenda Nacional v. Tilibra Produtos de Papelaria Ltda. Acórdão n. 9101-005.876. 1ª Turma. Relatora: Conselheira Andréa Duek Simantob; Redator: Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella. Julgado em 11 nov. 2021. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/16561720192201209_6546463.pdf. Acesso em: 18 jan. 2022.

A partir disso, é imprescindível registrar que a inexistência de regras que balizem a aplicação do referido critério ocasiona insegurança jurídica relativa, já que o argumento é frequentemente invocado no âmbito das fundamentações dos votos proferidos no CARF e não há parâmetros legais objetivos que amparem sua observância. É possível que isso tenha levado à inviabilidade de sua consolidação na jurisprudência administrativa. Mesmo após diversos anos em que foi referido nas decisões do CARF, seja como elemento orientador da ocorrência de evasão, seja indicado como irrelevante para o caso, a inconstância na sua aplicação acarretou a própria baixa “utilidade” do conceito.

Além disso, a alteração do critério de desempate nos julgamentos, inovação trazida pela Lei n. 13.988/20¹¹³, é um fator que deve gerar impactos na relevância do “propósito negocial” na análise do critério de licitude. Com efeito, a mencionada inexistência de regras de balizamento acarreta seguidamente decisões divididas, de modo que os autos de lançamento eram mantidos em consideração à regra de desempate antes prevista que outorgava peso maior ao voto proferido pelo Presidente da Turma, representante da Fazenda Nacional no órgão¹¹⁴. Com a alteração do critério, as decisões divididas são consideradas favoráveis aos contribuintes.

Isso posto, é inevitável afirmar que há um ambiente de marcada divergência no âmbito das decisões do CARF acerca da definição dos critérios que determinam a licitude dos atos e negócios realizados por contribuintes. Ainda assim, é possível identificar períodos em que pesquisas quantitativas identificaram a prevalência de critérios específicos, os quais não se confundiam com a mera presença de “propósito negocial”. A falta de regras mais objetivas que definam de forma clara os critérios é um possível motivo à incerteza gerada.

¹¹³ O art. 28 da Lei n. 13.988/20 afasta o voto de qualidade nas hipóteses de “processo administrativo de determinação e exigência do crédito tributário”. BRASIL. *Lei n. 13.988, de 14 de abril de 2020*. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis n. 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13988.htm. Acesso em: 21 jan. 2022.

¹¹⁴ Embasado no art. 25, §9º, do Decreto n. 70.235/72, o Regimento Interno do CARF prevê no seu art. 54: “As turmas só deliberarão quando presente a maioria de seus membros, e suas deliberações serão tomadas por maioria simples, cabendo ao presidente, além do voto ordinário, o de qualidade.” BRASIL. Presidência da República. Ministério da Fazenda. *Portaria MF n. 343, de 9 de junho de 2015*. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências. Brasília, DF: Ministério da Fazenda, 2015. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/regimento-interno/reg-outros/ricarf-multi-11072016.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2022.

2.2.3 O Poder Judiciário

No âmbito do Poder Judiciário, a discussão não se estabelece com a mesma intensidade do que nos tribunais administrativos federais, sobretudo porque não há equivalência na quantidade de casos julgados. Com efeito, é possível afirmar que são relativamente escassos os posicionamentos dos tribunais componentes da hierarquia do Poder Judiciário quanto à licitude dos atos e negócios decorrentes de planejamentos tributários.

Há razões para isso. Luís Eduardo Schoueri¹¹⁵ ressalta, nessa seara, a deletéria influência dos parcelamentos tributários especiais, ao estilo do REFIS, uma vez que os amplos benefícios incentivam contribuintes a aderir aos seus termos e renunciar à discussão acerca da licitude dos créditos tributários no âmbito judicial, impedindo a formação de uma jurisprudência ampla e madura sobre tais questões. Alguns programas de parcelamento tributário especial são expressamente vocacionados a enquadrar evasões específicas. É possível apontar, por exemplo, o art. 39, §1º, da Lei n. 12.865/13¹¹⁶ e o Programa de Regularização Tributária Rural instituído pela Lei n. 13.606/18¹¹⁷. Da mesma forma, alterações legislativas permitiram a instauração de programas de transação tributária relacionados a “contencioso tributário de relevante e disseminada controvérsia jurídica”¹¹⁸, gerando, recentemente, a abertura de prazo para regularização de débitos tributários “oriundos de amortização fiscal do ágio no regime jurídico anterior à Lei nº 12.973,

¹¹⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. O REFIS e a desjudicialização do Direito Tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 232, p. 714-715, 2015.

¹¹⁶ Autorizava expressamente a inclusão de débitos vinculados a discussões judiciais quanto à exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da Cofins, Cf. BRASIL. *Lei n. 12.865*, de 9 de outubro de 2013. Altera os prazos previstos nas Leis nº 11.941, de 27 de maio de 2009, e nº 12.249, de 11 de junho de 2010 e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/l12865.htm. Acesso em: 5 mar. 2022.

¹¹⁷ O Programa de Regularização Tributária Rural (PRR) detinha o fim de beneficiar os produtores rurais que deixaram de recolher a chamada “Contribuição ao Funrural”. Cf. BRASIL. *Lei n. 13.606*, de 9 de janeiro de 2018. Institui o Programa de Regularização Tributária Rural (PRR) na Secretaria da Receita Federal do Brasil e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/l13606.htm. Acesso em: 5 mar. 2022.

¹¹⁸ Expressão utilizada pelo art. 16 da Lei n. 13.988/20. Cf. BRASIL. *Lei n. 13.988*, de 14 de abril de 2020. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis n. 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13988.htm. Acesso em: 5 mar. 2022.

de 2014”¹¹⁹, tema que gerou enormes divergências no âmbito do CARF e toca aspectos centrais à temática tratada nesse estudo.

Enfim, não há grande arcabouço jurisprudencial para permitir uma compreensão da orientação geral do Poder Judiciário sobre o tema. Ainda assim, empreendeu-se pesquisa quali-quantitativa na jurisprudência para examinar a relevância outorgada ao “propósito negocial” no âmbito dos julgamentos. Dá-se foco aqui, sobretudo, na análise realizada pelos tribunais selecionados quanto à figura mencionada e seu eventual impacto sobre o exame de licitude dos atos e negócios jurídicos firmados por contribuintes. A pesquisa jurimétrica foi realizada em alguns tribunais selecionados (STF, STJ, TRF3, TR4, TJSP, TJMG, TJRJ, TJRS) e é mencionada no Apêndice I do presente estudo, com um pequeno resumo do modo como utilizada a expressão.

A despeito do baixo número de decisões encontradas, é amplo o reconhecimento da relevância da figura do “propósito negocial” nos processos identificados. É necessário reconhecer que o aprofundamento nos meandros técnicos comumente avaliados nos julgamentos do CARF, por exemplo, não é identificado nos acórdãos encontrados. A constituição de sociedades ou realização de negócios com fim exclusivamente tributário é, no mais das vezes, tomado como sinônimo de fraude ou simulação (muitas vezes sendo utilizados os conceitos de forma indistinta).

2.2.3.1 A ADI 2.446

Em paralelo a isso, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 2.446¹²⁰ com trâmite no Supremo Tribunal Federal (STF), permitiu que a corte examinasse um importante tópico relacionado à temática dos planejamentos tributários. Trata-se da ação de controle concentrado ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio

¹¹⁹ BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Edital n. 9*, de 3 de maio de 2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/edital-n-9/2022-397019463>. Acesso em: 7 jul. 2022.

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.446*. Autor: Confederação Nacional do Comércio – CNC; Réu: União Federal. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Julgado em 08/04/22, publicado em 11/04/22. Pleno. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760366746>. Acesso em: 7 jul. 2022.

no intuito de discutir a constitucionalidade do parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional, o qual foi introduzido pela Lei Complementar n. 104/01¹²¹.

Os votos apresentados revelam um posicionamento relativamente ambíguo à definição dos critérios de licitude dos atos e negócios jurídicos realizados pelos contribuintes, ainda que permitam o reconhecimento de diversos limites à construção de normas a partir do referido dispositivo. De modo a compreender com exatidão o precedente formado, é necessário incursionar brevemente sobre os elementos do caso.

A ADI 2.446 foi proposta em 18 de abril de 2001 pela Confederação Nacional do Comércio com o objetivo de, em síntese, declarar a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei Complementar 104/01, o qual acrescentou o parágrafo único ao art. 116 do Código Tributário Nacional. Trata-se, como visto, de dispositivo cuja interpretação é marcada por intensa divergência doutrinária, de modo que o pronunciamento da Corte Suprema era aguardado com expectativa realçada. Diante da relevância do caso, considera-se adequado realizar um breve resumo das manifestações apresentadas nos autos do processo.

A petição inicial afirmou a inconstitucionalidade do dispositivo com base em três argumentos: violação ao princípio da legalidade, violação ao princípio da tipicidade fechada e introdução da “interpretação econômica no Direito Tributário Brasileiro, ensejando tributação por analogia, também vedado pelo dispositivo legal, infringindo o princípio da certeza e segurança das relações jurídicas”. Para tanto, embasa-se no já examinado modelo bivalente de atuação do contribuinte, que sustenta haver dois tipos de classificação possível à conduta: elisão e evasão. A partir disso, sustenta que qualquer legislação que albergue a autorização de a autoridade fiscal desconsiderar atos lícitos dos contribuintes (ou seja, hipóteses elisivas da tributação) deve ser considerada inconstitucional, o que afetaria, conseqüentemente, o dispositivo trazido pela Lei Complementar n. 104/01.

Em resposta formal à pretensão trazida na ADI 2.446, houve manifestações distintas de quatro entes públicos: Presidência da República, Congresso Nacional, a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República. A primeira sustentou que o dispositivo visa unicamente a afastar o abuso no exercício do direito

¹²¹ BRASIL. *Lei Complementar n. 104*, de 10 de janeiro de 2001. Altera dispositivos da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp104.htm. Acesso em: 6 maio 2022.

a realizar práticas elisivas. Alegou, nesse sentido, a inexistência de uma “tipicidade fechada” ou “legalidade estrita” no âmbito da CRFB, o que já afastaria qualquer pretensão de inconstitucionalidade da norma. O segundo rejeitou a compreensão apresentada na petição inicial, sustentando que não havia introdução de “interpretação econômica” e que, conquanto houvesse, não haveria inconstitucionalidade. Por essa lógica, alegou que não há proibição constitucional ao combate à “elisão fiscal dissimulada”. A terceira, por sua vez, reiterou os argumentos contidos na manifestação apresentada pela Presidência da República. Por fim, a quarta sustentou que o dispositivo detém finalidade unicamente antievasiva, de modo que não há a inconstitucionalidade alegada.

Por sua vez, os Ministros manifestaram-se em duas vertentes: o voto da Ministra Relatora Carmen Lúcia e a divergência inaugurada pelo Ministro Ricardo Lewandowski. A Relatora foi acompanhada pelos Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luis Fux, Rosa Weber e Nunes Marques, enquanto a divergência foi acompanhada pelo Ministro Alexandre de Moraes.

A despeito de se posicionar no sentido de julgar improcedente a pretensão de inconstitucionalidade da norma, é certo que o voto proferido não corresponde a um reconhecimento de ampla discricionariedade às autoridades fiscais. Nesse sentido, o posicionamento adotado pela Ministra envereda, em primeiro lugar, por afastar as alegações contidas na petição inicial e, em segundo lugar, por estabelecer limites, conquanto não muito precisos¹²², à interpretação da norma a ser construída a partir do dispositivo examinado.

Superadas as questões formais que poderiam impedir o julgamento, o raciocínio empregado embasa-se inicialmente na fixação dos marcos compreendidos pela doutrina como balizadores da tipicidade, corolário da legalidade. Ao tratar do histórico do trâmite legislativo, a Ministra faz referência à Exposição de Motivos apresentada na origem do trâmite legislativo que culminou na edição da Lei Complementar 104/01, a qual registra:

¹²² Em manifestações realizadas principalmente através de *webinars* ou debates *online*, nota-se relevante condenação aos fundamentos do voto. Há críticas contundentes, por exemplo, de Sérgio André Rocha e Roberto Quiroga Mosquera em debates do estilo. Cf. ABRADT BRASIL. ADI 2446. *Parágrafo único do art. 116, CTN - Observatório da Jurisprudência*. [S. l.: s. n.], 24 jul. 2020. 1 vídeo (2 h 13 min). Participação de Roberto Quiroga Mosquera, Luis Eduardo Schoueri, Lana Borges, Luís Flávio Neto, Leonardo Alvim, Sérgio André Rocha e Valter Lobato. Disponível em: <https://youtu.be/UDjChT7ibnA>. Acesso em: 21 jan. 2022. *Live*.

A inclusão do parágrafo único ao art. 116 faz-se necessária para estabelecer, no âmbito da legislação brasileira, norma que permita à autoridade tributária desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com finalidade de elisão, constituindo-se, dessa forma, em instrumento eficaz para o combate aos procedimentos de planejamento tributário praticados com abuso de forma ou de direito.¹²³

A remissão ao texto que origina o trâmite legislativo indica que houve uma contradição entre o que se pretendia com a alteração legal e a interpretação do texto publicado, como revelará a Ministra adiante em seu voto. De toda forma, a menção abre espaço ao reconhecimento de que o dispositivo detém eficácia limitada. O voto assevera: “A plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer procedimentos a serem seguidos. [...] Assim, o parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional pende, ainda hoje, de regulamentação”.

Estabelecida tal premissa, a fundamentação assegura que a noção de “fato gerador” como a hipótese previamente descrita em lei não foi violada pela introdução do parágrafo único ao art. 116 do Código Tributário Nacional. Pelo contrário, o próprio dispositivo refere expressamente o instituto sem buscar afetar a compreensão que a legislação já lhe outorgava. Nas palavras da Ministra Carmen Lúcia:

Faz-se necessária, assim, a configuração de fato gerador que, por óbvio, além de estar devidamente previsto em lei, já tenha efetivamente se materializado, fazendo surgir a obrigação tributária. Assim, a desconsideração autorizada pelo dispositivo está limitada aos atos ou negócios jurídicos praticados com intenção de dissimulação ou ocultação desse fato gerador. [...] Autoridade fiscal estará autorizada apenas a aplicar base de cálculo e alíquota a uma hipótese de incidência estabelecida em lei e que tenha se realizado.

Como dito anteriormente, os argumentos que sustentam a inexistência de violação à noção estabelecida de “fato gerador” são ponderados a seguir com o reconhecimento de que o contribuinte tem o direito de buscar métodos menos onerosos de tributação, desde que empregados métodos lícitos:

Não se comprova também, como pretende a autora, retirar incentivo ou estabelecer proibição ao planejamento tributário das pessoas físicas ou jurídicas. A norma não proíbe o contribuinte de buscar, pelas vias legítimas

¹²³ BRASIL. Presidência da República. *Mensagem n. 1.459, de 17 de outubro de 1999*. Exposição de Motivos do Projeto de Lei Complementar n. 77/99. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD16OUT1999.pdf#page=42>. Acesso em: 21 jan. 2022.

e comportamentos coerentes com a ordem jurídica, economia fiscal, realizando suas atividades de forma menos onerosa, e, assim, deixando de pagar tributos quando não configurado fato gerador cuja ocorrência tenha sido lícitamente evitada.

Em prosseguimento, registra-se, também, que o dispositivo legal não autoriza interpretações que o insiram na condição de norma antielisiva:

A despeito dos alegados motivos que resultaram na inclusão do parágrafo único ao art. 116 do CTN, a denominação “norma antielisão” é de ser tida como inapropriada, cuidando o dispositivo de questão de norma de combate à evasão fiscal.

Assim, é possível afirmar que a interpretação do parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional conferida pela Ministra Relatora em seu voto: a) sustenta o modelo bivalente (o qual dispõe sobre a existência de duas classificações possíveis aos atos decorrentes do planejamento tributário do contribuinte: elisão e evasão); b) reconhece a vigência do princípio da legalidade estrita no âmbito do Direito Tributário; c) afirma a existência do direito do contribuinte a escolher a opção fiscal menos onerosa; d) declara que a norma decorrente é ainda ineficaz, em razão da ausência da legislação disciplinadora.

Em suma, o resultado da ADI 2.446 já serve ao fim de estabelecer alguns marcos normativos que auxiliarão a afastar a insegurança jurídica que viceja nesse âmbito e permitirá maior eficiência econômica, porque reduzirá custos de conformidade e de transação associados aos planejamentos realizados. A rigor, os votos manifestados deixam claro que a norma a ser construída a partir do texto legal ainda depende de regulação por lei ordinária, o que, de certa maneira, limita a discricionariedade fiscal na hipótese.

Por outro lado, algumas críticas são aplicáveis à fundamentação utilizada, sobretudo em razão de não adentrar em questões mais profundas e de não oferecer contornos ainda mais precisos à atuação dos contribuintes. Não há, por exemplo, qualquer análise sobre a viabilidade de invocação de institutos do Direito Privado à averiguação da licitude dos arranjos realizados no âmbito de planejamentos tributários, tampouco menção à (in)viabilidade de invocar figuras como o “propósito negocial” ou outros critérios afins para autorizar a desconsideração dos negócios jurídicos pela fiscalização.

Ainda assim, trata-se de um precedente que certamente influenciará o futuro da análise dos planejamentos tributários, tanto no que se refere à conformação da

discricionariedade das autoridades fiscais, quanto à definição de alguns limites à margem de atuação dos contribuintes, sem esquecer de incentivos à própria atividade legislativa. Apesar das críticas necessárias ao julgamento, é estimado que acarrete maior calculabilidade, o que traz a reboque a segurança jurídica almejada.

Com isso, encerra-se o presente capítulo, o qual buscou contextualizar do ponto de vista histórico e jurídico o tema de fundo. A síntese histórica apresentada buscou apresentar a evolução do fenômeno da tributação e a alteração da percepção identificada sobre ele. Essa contextualização histórica serviu ao fim de amparar a noção que guiou o estudo logo posterior, a saber, a compreensão do planejamento tributário e suas bases conceituais. Com o conceito e sua base bem estabelecida, apresentou-se o “estado da questão” com especial foco nas divergências entre os especialistas e o tratamento dado à matéria pelas principais cortes, tanto na seara administrativa quanto na judicial. Por fim, o exame da ADI n. 2.446/DF, por sua especial relevância ao tema, encerrou a exposição. Desse modo, a contextualização pretendida aparenta ter sido alcançada com o enquadramento dos subsídios mais relevantes à apreensão do tema.

Cuida o próximo capítulo de apresentar as noções de Análise Econômica do Direito que dão amparo ao estudo do ponto de vista metodológico e os critérios jurídicos e econômicos próprios à compreensão. Serão analisados os instrumentos típicos utilizados nesse particular, com foco especial sobre a vertente neoinstitucionalista e a abordagem econômica do crime e da sanção – o qual servirá sobretudo a amparar a análise econômica da sonegação e de seu combate. Já os critérios jurídicos e econômicos são aqui traduzidos na análise da segurança jurídica e da eficiência econômica, conceitos particularmente relevantes para a Análise Econômica do Direito.

3 A SEGURANÇA JURÍDICA E A EFICIÊNCIA ECONÔMICA SOB O PRISMA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

3.1 INSTRUMENTOS DE AED E REFERÊNCIAS DO ESTUDO

O estudo que ora se apresenta adota como referencial teórico a AED, sobretudo em sua vertente neoinstitucionalista e da chamada “economia do crime”. A primeira vertente selecionada baseia-se notadamente nos estudos de Ronald Coase e Oliver Williamson. Para essa teoria, a transação é a unidade básica da análise econômica. A partir dessa perspectiva, retira-se o foco do sistema de preços, tão caro à economia neoclássica, centralizando-o nas interações da empresa no ambiente de mercado e suas estruturas internas. O campo de pesquisa da economia passa a ser os problemas organizacionais. Já a segunda examina a atividade criminosa como um empreendimento econômico, identificando principalmente as estruturas de incentivo que informam a atividade realizada pelo criminoso¹²⁴.

A AED tem sua origem em uma conjunção do realismo jurídico americano¹²⁵⁻¹²⁶ com o pragmatismo. O realismo jurídico baseava-se na rejeição ao pensamento jurídico tradicional, que buscava na coerência interna e na lógica os parâmetros para aferir a correção das decisões. Para tanto, procurava nos aportes de outros campos, como a economia, um método de aperfeiçoamento da decisão. Há, aqui, um marcado elemento de transdisciplinaridade que virá a constituir cerne indelével da AED.

Por outro lado, o pragmatismo, herdeiro do utilitarismo, concedeu o embasamento filosófico necessário à AED. Ao afirmar que o “princípio da felicidade” constituía o esteio da legitimidade da atividade estatal, houve por eleger o bem-estar da maioria como baliza à atuação do governo. Trata-se de compreensão mais do

¹²⁴ É de se ressaltar que a pretensão de albergar ao estudo uma análise baseada nessa vertente de AED não havia sido cogitada inicialmente e se deu ao longo do curso da pesquisa, uma vez que se identificou seu poderoso *insight* àquilo que ostentava a condição de objetivo profundo da pesquisa: a identificação das estruturas de incentivos incidentes sobre os agentes relevantes vinculados aos planejamentos tributários.

¹²⁵ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do Direito: contribuições e desmistificações. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006; WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do Processo Civil: como a Economia, o Direito e a Psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 130.

¹²⁶ Ainda que seja necessário ressaltar que os precursores não tinham o realismo jurídico como referencial teórico, como advertem Bruno Bodart e Luiz Fux. BODART, Bruno; FUX, Luiz. *Processo Civil e análise econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 23.

que relevante ao estabelecimento dos fundamentos do que viria a ser a origem dos estudos da AED.

A partir dessas bases, tem-se o início dos estudos que viriam a formar o nascedouro da AED, com as publicações das monografias *The Economics of Discrimination*, de Gary Becker¹²⁷, *The Problem of Social Cost*, de Ronald Coase¹²⁸, e *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, de Guido Calabresi¹²⁹. O primeiro aplica conceitos econômicos à análise do fenômeno da criminalidade; o segundo trata da questão envolvendo as chamadas externalidades, conceito fundamental aos estudos desenvolvidos na vertente neoinstitucionalista; e o último examina a distribuição dos riscos na responsabilidade civil.

Esses estudos foram precursores de diversas outras análises realizadas nos mais variados campos. Inicialmente desenvolvida por economistas, estudos da área logo ocasionaram o surgimento de vertentes distintas, como a “teoria da agência”, proposta ainda na década de 1960 por Armen Alchian e Harold Demsetz¹³⁰ e sintetizada por Michael Jensen e Willian Meckling¹³¹, a economia comportamental, que gerou diversos ganhadores do prêmio Nobel de Economia, sem mencionar algumas escolas de influência, como a das normas sociais, de Eric Posner¹³². A influência de Richard Posner, sobretudo com sua obra de sintetização do movimento, *Economic Analysis of Law*¹³³, é marcante¹³⁴. Desse modo, atualmente é possível reconhecê-la como um movimento¹³⁵, principalmente em razão das grandes diferenças de referencial entre as vertentes.

¹²⁷ BECKER, Gary. *The Economics of Discrimination*. Chicago: The University of Chicago, 1959.

¹²⁸ COASE, Ronald. The problem of social cost. *The Journal of Law & Economics*, Chicago, The University of Chicago, v. III, 1960.

¹²⁹ CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, 70. *The Yale Law Journal* 499, 1961.

¹³⁰ ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, Information Costs, and Economic Organization. *The American Economic Review*, Nashville, v. 62, n. 5, p. 777-795, 1972.

¹³¹ JENSEN, Michael; MECKLING, Willian. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*, Lausanne, v. 3, n. 4, p. 6-7, 1976. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=94043. Acesso em: 29 jul. 2021.

¹³² POSNER, Eric Andrew. *Law and Social Norms*. Cambridge: Harvard University, 2002.

¹³³ POSNER, Richard Allen. *Economic Analysis of Law*. 9. ed. Frederick: Aspen, 2014.

¹³⁴ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphanie. *Análise econômica do Direito*. Tradução de Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 11.

¹³⁵ CALIENDO, Paulo. Direito Tributário e análise econômica do Direito: contribuições e limites. *Revista da Fundação Escola Superior de Direito Tributário*, Porto Alegre, FESDT, n. 3, p. 185-205, 2009. Disponível em: <https://fesdt.org.br/docs/revistas/3/artigos/11.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2021.

No Brasil, a obra de Guiomar Theresinha Estrella Faria, “Interpretação Econômica do Direito”¹³⁶, pode ser considerada a precursora sobre o assunto. A obra expõe as ideias principais envolvendo o movimento, apontando os predecessores teóricos, os principais nomes do movimento à época e as críticas a ele dirigidas. A partir de então, são diversos os estudos que pavimentaram o caminho de crescimento da AED no cenário nacional.

Realça-se o valor acadêmico do campo de estudos, o qual vem rendendo frutos valiosos. Por evidente, trazer suas análises a um cenário da *civil law*, como o brasileiro, não é simples, sobretudo porque suas bases metodológicas são pensadas em cultura diferente. De todo modo, a empreitada é justificada e pode render bons resultados, a ponto de Ejan Mackaay e Stéphanie Rousseau fazerem desse um dos objetivos de sua obra *Análise Econômica do Direito*¹³⁷. A AED revela instrumentos valiosos ao deitar seu foco nos resultados e efeitos das normas jurídicas sobre a realidade e esse é o referencial que se busca. Valer-se da economia como método de avaliação do impacto das normas sobre a atividade humana e extrair lições para aperfeiçoá-las, eis a intenção subjacente do trabalho.

A AED, ao menos na vertente do movimento que ora se utiliza como referencial teórico, estabelece como premissas fundamentais¹³⁸ de sua metodologia as pressuposições de que: a) indivíduos são agentes racionais¹³⁹ que fazem escolhas no sentido de maximizar sua utilidade; b) tais escolhas estabelecem-se numa ordem de preferências transitivas. Com isso, quer-se afirmar que os indivíduos optam racionalmente pelas alternativas que lhes parecem mais adequadas, mesmo que não se rejeite a existência de deficiências informacionais. Além disso, sustenta-se que as opções realizadas obedecem a um critério racional de ordenação hierárquica de escolhas (o indivíduo que prefere a opção A à opção B e a opção B à opção C preferirá, necessariamente, a opção A à opção C).

¹³⁶ FARIA, Guiomar Theresinha Estrella. *Interpretação Econômica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

¹³⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphanie. *Análise econômica do Direito*. Tradução de Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 675.

¹³⁸ SPECTOR, Horacio. Justicia y bienestar. Desde una Perspectiva de Derecho Comparado. *Doxa*, Valência, n. 26, p. 243, 2003. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10075/1/doxa26_13.pdf. Acesso em: 21 jan. 2022.

¹³⁹ Por evidente, trata-se de modelo metodológico que não é infenso a críticas. A Economia Neurocomportamental é exemplo de campo de sucesso relevante que apresenta censuras relevantes ao modelo. Uma análise ampla dos estudos sobre esse tema pode ser encontrada em: KOROBKIN, Russell; ULEN, Thomas. Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics. *California Law Review*, Los Angeles, v. 88, n. 4, p. 1.051-1.144, 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/3481255>. Acesso em: 18 jan. 2022.

Essa compreensão estabelece como sujeito paradigma da pesquisa o chamado *homo oeconomicus*¹⁴⁰. Apesar das críticas ao conceito, é de se notar que o objeto de análise, de certa maneira, não será a conduta do indivíduo propriamente, mas o ordenamento jurídico que o circunda e seus mecanismos de incentivos. Adotar como modelo de possíveis condutas aquelas estabelecidas pelo sujeito que pretende a máxima satisfação, tal qual inseridas na compreensão inerente ao *homo oeconomicus*, revela-se assim como uma medida metodologicamente sustentável.

Instrumento imprescindível à pesquisa empreendida é a “teoria dos custos de transação”. Na sucinta definição de Robert Cooter e Thomas Ulen¹⁴¹, “Os custos de transação são os custos das trocas ou comércio”. Oliver Williamson recorre à análise da atividade fabril como metáfora à compreensão dos custos de transação. Nesse sentido, sustenta que, no intuito de identificar a correção da atividade fabril, “em sistemas mecânicos, procuramos a fricção [...] a contrapartida econômica da fricção é o custo de transação” (tradução nossa)¹⁴². Ronald Coase¹⁴³ os classificou em três espécies: a) elaboração e negociação dos contratos; b) busca e aquisição de informações (assimetria de informações) e; c) fiscalização/monitoramento do contrato.

Manoel Gustavo Neubarth Trindade¹⁴⁴ afirma, baseado em Ronald Coase, que é a existência de custos de transação que impede a ocorrência disseminada e inevitável de situações de eficiência econômica na negociação privada. Em outras palavras, esses custos, a depender de sua magnitude, acarretam a possibilidade de que a negociação privada não conduza a cenário eficiente. Eis aí a relevância do Direito, enquanto mecanismo redutor das falhas do mercado, já que objetiva assegurar a existência mesma desse contexto de trocas livres da melhor forma

¹⁴⁰ É importante reiterar que não se desconhecem as amplas críticas à noção de racionalidade. Contudo, por motivos metodológicos, elege-se o paradigma do *homo oeconomicus* pelos motivos elencados no texto. Entre outras célebres críticas contundentes, pode-se citar SEN, Amartya. *Rational Fools: a Critique of Behavioral Foundations of Economic Theory. Philosophy and Public Affairs*, Nova Iorque, Blackwell Publishing, v. 6, n. 4, p. 317-344, 1977.

¹⁴¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 105.

¹⁴² “In mechanical systems, we look for frictions [...] The Economic counterpart of friction is transaction cost”. WILLIAMSON, Oliver. *The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach. American Journal of Sociology*, [s. l.], v. 87, Issue 3, p. 552, nov. 1981.

¹⁴³ COASE, Ronald. The problem of social cost. *The Journal of Law & Economics*, Chicago, The University of Chicago, v. III, 1960.

¹⁴⁴ TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. *Análise econômica do Direito dos contratos: uma nova abordagem do Direito Contratual como redutor das falhas de mercado*. Londrina: Thoth, 2021. p. 171.

possível¹⁴⁵. A análise dos custos de transação, pois, busca examinar “o custo comparativo da efetivação do planejamento, adaptação e monitoramento entre estruturas de governança alternativas” (tradução nossa)¹⁴⁶.

Os custos de elaboração e negociação dos contratos relacionam-se aos custos relacionados à própria efetivação da transação, a qual pode demandar tempo e esforços significativos até que seja efetivamente acordada. Considerando as particularidades do negócio – ou as “balizas determinantes”, como se verá a seguir – é possível que seja imprescindível superar barreiras de entendimento entre as partes de modo que seja encontrado o ponto de equilíbrio transacional.

A busca e a aquisição de informações visam a superar a assimetria de informações inerente a determinados estilos de contratação. Partindo-se do pressuposto de que compradores e fornecedores não possuem subsídios idênticos sobre o bem ou serviço a ser transacionado e que o fornecedor não irá revelar integralmente, seja por inexistência do dever, seja oportunismo, a busca e aquisição de informações constitui-se um custo relevante, pois demanda atenção e esforços das partes para identificar possíveis janelas de oportunismo.

Por fim, a fiscalização e o monitoramento do contrato detêm especial relevância na hipótese de negócios com duração sucessiva ou prolongada. Sobretudo quando houver objetivos a serem cumpridos ou prazos a serem observados (termos ou condições, no linguajar civilista), as partes arcam com os custos de fiscalizar o efetivo preenchimento das circunstâncias previstas, o que atrai custos de transação dessa espécie. Também podem ser chamados de custos de controle e de execução.

Examinadas as espécies de custos de transação, cumpre identificar quais circunstâncias os potencializam. Trata-se das balizas determinantes, as quais são informadas sobretudo pelos seguintes critérios: a) especificidade; b) frequência; c) incerteza; d) racionalidade limitada; e e) comportamento oportunista^{147,148}.

¹⁴⁵ TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. *Análise econômica do Direito dos contratos: uma nova abordagem do Direito Contratual como redutor das falhas de mercado*. Londrina: Thoth, 2021. p. 179-180.

¹⁴⁶ “examination of the comparative costs of planning, adapting, and monitoring task completion under alternative governance structures”. WILLIAMSON, Oliver. The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach. *American Journal of Sociology*, [s. l.], v. 87, Issue 3, nov/1981, p. 552-553.

¹⁴⁷ WILLIAMSON, Oliver. The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach. *American Journal of Sociology*, [s. l.], v. 87, Issue 3, p. 553-555, nov. 1981.

A especificidade refere-se às características do bem ou serviço transacionado, vinculando-se à existência de fontes alternativas de bens ou serviços semelhantes. Notadamente, é uma condição particularmente realçada nas “transações idiossincráticas”, ou seja, aquelas em que as circunstâncias do negócio são especialmente peculiares e, por esse motivo, ocasionam cenários de poucas opções. Quanto mais específica for a transação, maior será o custo de transação envolvido.

A frequência é a intensidade com que se reiteram as transações de mesma espécie. A familiaridade obtida a partir da repetição estabelece costumes observáveis, o que simplifica a realização do negócio.

Já a incerteza trata da possibilidade de antecipação de possíveis consequências da transação. Quanto mais previsível o resultado, maior será a facilidade de se efetivar o negócio no mercado, enquanto a possibilidade de intercorrências labora desfavoravelmente.

A racionalidade limitada, por sua vez, estabelece-se na proporção da incapacidade de as partes identificarem os desdobramentos do negócio firmado, tornando necessária a adoção de condutas para evitar os percalços consequentes. Diferencia-se da incerteza, pois essa ocorre na própria impossibilidade de antecipação de intercorrências, enquanto a racionalidade limitada é estritamente vinculada às inaptidões subjetivas.

Por fim, o comportamento oportunista é vinculado à possibilidade de que uma das partes se aproveite de eventuais lacunas contratuais ou até mesmo da má-fé para se beneficiar em prejuízo da contraparte. Sua ocorrência revela-se mais provável nas circunstâncias de informação assimétrica.

Os conceitos acima apresentados servirão ao fim de compreender os arranjos vinculados às medidas de planejamento tributário, com o fito de observar a sua ocorrência e implicações práticas. Para tanto, tomar-se-á como objeto de estudo a condução dos planejamentos tributários no intuito de escrutinar seus elementos relevantes sob a perspectiva da AED. Não se trata de empreendimento inédito, por evidente. Ronald Coase, ao tratar da natureza da firma, já afirmava a tributação como um custo de transação:

¹⁴⁸ TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. *Análise econômica do Direito dos contratos: uma nova abordagem do Direito Contratual como redutor das falhas de mercado*. Londrina: Thoth, 2021. p. 176-177.

Outro fator que deve ser levado em consideração é que operações de troca no mercado e as operações de troca no interior de uma firma são frequentemente tratadas de forma diferente pelo Governo e outros órgãos com poder regulatório (tradução nossa).¹⁴⁹

Conforme Paulo Caliendo¹⁵⁰, é possível reconhecer a carga fiscal como um custo de transação em sentido restrito, enquanto considerada uma despesa decorrente da operação de mercado, e, ao mesmo tempo, um custo de transação em sentido amplo, já que também exige da firma uma disponibilidade em compreender e adaptar-se à imposição legal vigente para poder utilizar os mecanismos de mercado, entre as quais se pode incluir a noção de “custos de conformidade”. Esta pesquisa busca precisamente explorar a compreensão da tributação como um custo de transação em sentido amplo através do exame específico do planejamento tributário.

Também é relevante ressaltar que ensinamentos da “teoria da agência” e da “economia do crime”, sobretudo na vertente desenvolvida a partir de Gary Becker, serão abordados no intuito de escrutinar as instituições vinculadas ao tema de fundo. A “teoria da agência”, proposta inicialmente por Armen Alchian e Harold Demsetz¹⁵¹, tem por escopo a relação “principal-agente”, sintetizada por Michael Jensen e Willian Meckling¹⁵² da seguinte forma:

um contrato sob o qual uma ou mais pessoas (o principal) emprega uma outra pessoa [o agente] para executar em seu nome um serviço que implique a delegação de algum poder de decisão ao agente.

Sitkoff¹⁵³ resume da seguinte maneira o problema:

¹⁴⁹ “Another factor that should be noted is that exchange transactions on a market and the same transactions organised' within a firm are often treated differently by Governments or other bodies with regulatory powers.” COASE, Ronald. *The Nature of the Firm. Economica, New Series*, Londres, The London School Economics and Political Science, v. 4, n. 16, p. 393, 1937.

¹⁵⁰ CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e análise econômica do Direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 22.

¹⁵¹ ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, Information Costs, and Economic Organization. *The American Economic Review*, Nashville, v. 62, n. 5, p. 777-795, 1972.

¹⁵² “a contract under which one or more persons (the principal(s)) engage another person (the agent) to perform some service on their behalf which involves delegating some decision making authority to the agent.” JENSEN, Michael; MECKLING, Willian. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*, Lausanne, v. 3, n. 4, p. 6-7, 1976. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=94043. Acesso em: 29 jul. 2021.

¹⁵³ “agency problems are caused by the impossibility of complete contracting when one party (the agent) has discretionary and unobservable decision-making authority that affects the wealth of another party (the principal).” SITKOFF, Robert H. *An Agency Costs Theory of Trust Law*. Law & Economics Working Papers Archive, 2009.

problemas de agência são causados pela impossibilidade de contratos completos quando uma das partes (o agente) detém uma autoridade decisória discricionária e impassível de observação que afeta a rentabilidade de outra parte (o principal).

A seleção adversa ocorre quando o “principal” tem uma má compreensão das habilidades do “agente”¹⁵⁴, impedindo que aquele as avalie corretamente. Manoel Gustavo Neubarth Trindade¹⁵⁵ a define da seguinte maneira:

Seleção Adversa, por sua vez, é o problema decorrente da circunstância de uma das partes possuir maior conhecimento (maior quantidade de informações) sobre as características dos bens ou interesses que pretendam transacionar entre si, ou mesmo a respeito de seus próprios atributos, sendo muito custoso ou mesmo impossível para a contraparte verificar ou se certificar a respeito de tais informações. Dessa forma, torna-se inviável a diferenciação da qualidade dos bens ou do desempenho (performance) dos indivíduos envolvidos nessas relações de interação.

Em outra perspectiva, pode-se dizer que o “agente” possui informações de habilidades ou aptidões pessoais que o “principal” desconhece¹⁵⁶, hipótese conhecida na literatura como *hidden knowledge* (conhecimento oculto).

O risco moral, por sua vez, refere-se à possível ausência de esforços por parte do “agente”¹⁵⁷, de modo que o “principal” não pode se assegurar do comprometimento daquele com seu interesse. Recorrendo a Manoel Gustavo Neubarth Trindade¹⁵⁸ novamente:

O Risco Moral (*Moral Hazard*) decorre da dificuldade ou mesmo da impossibilidade de uma das partes verificar ou mesmo monitorar o comportamento (conduta) da outra depois de realizada a contratação, isto é, durante a fase de cumprimento contratual. Dessa forma, considerando a inviabilidade de verificação do comportamento ou mesmo do elevado custo para monitorar as ações da contraparte, principalmente em relação às quais existe conflito de interesses, ainda que potenciais, pode resultar que a parte insuscetível de verificação ou monitoramento venha a agir de modo

¹⁵⁴ EISENHARDT, Kathleen M. *Agency Theory: Na Assessment and Review. Academy of Management Review*, [s. l.], v. 14, 1989.

¹⁵⁵ TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. *Análise econômica do Direito dos contratos: uma nova abordagem do Direito Contratual como redutor das falhas de mercado*. Londrina: Thoth, 2021. p. 96-97.

¹⁵⁶ ARROW, Kenneth J. Informational Structure of the Firm. *The American Economic Review*, [s. l.], v. 75, n. 2, p. 303-307, 1985. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=ip,shib&db=bth&AN=4507318&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 2 fev. 2022.

¹⁵⁷ EISENHARDT, Kathleen M. *Agency Theory: An Assessment and Review. Academy of Management Review*, [s. l.], v. 14, 1989.

¹⁵⁸ TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. *Análise econômica do Direito dos contratos: uma nova abordagem do Direito Contratual como redutor das falhas de mercado*. Londrina: Thoth, 2021. p. 99.

contrário aos interesses (objetivos) da outra, com vistas ao seu próprio benefício.

Em tais casos, o conhecimento técnico detido pelo contratado (o “agente”) permite a ele tomar decisões que não são passíveis de verificação pelo contratante (o “principal”), hipótese conhecida na literatura como *hidden action* (ação oculta). A compreensão acima trazida terá especial relevância quando da análise dos incentivos de conduta que influenciam as autoridades fiscais, “agentes” do Estado, o “principal”.

Por fim, conforme tópico que será apresentado mais detalhadamente adiante, a “economia do crime” gerou campo de análises importante no âmbito da relação entre Estado e contribuintes, no que veio a ser chamado de “análise econômica da evasão fiscal”. Em suma, os estudiosos da área buscam identificar os incentivos sofridos por contribuintes para a prática de atos ilícitos na área tributária.

Deve ser registrado que as abordagens aqui desenvolvidas nem se aproximam de esgotar os possíveis aportes derivados da AED. Com efeito, trata-se, a rigor, de apenas explorar o tema sob perspectiva mais vinculada a temas que guardam estreita relação com os incentivos observados no âmbito dos planejamentos tributários. Noções como a “neutralidade fiscal” e o “peso morto da tributação”, de extrema relevância à completa apreensão do fenômeno da tributação sob a perspectiva da AED, são omitidas na presente análise, no intuito de preservar-se o foco no objetivo proposto: examinar as estruturas de incentivo que influenciam a tomada de decisões no âmbito dos planejamentos tributários. Isso porque não se configuram como elementos que, por sua própria existência, induzem diretamente o contribuinte a adotar algum ato ou negócio decorrente de planejamento ou as autoridades fiscais a lavrarem algum auto de infração ou de lançamento de ofício.

Expostas essas compreensões introdutórias de alguns dos instrumentos da escola neoinstitucional da AED, pode-se apresentar um resumo do referencial teórico jurídico adotado como arcabouço ao longo do estudo. Com efeito, a compreensão ora adotada para a AED não insere a eficiência econômica ou o utilitarismo como vetor único de definição da norma. A linha pela qual se compreende o direito atribui o exame das consequências à função de elemento importantíssimo de definição da norma, mas não único. Compreende-se que o Direito positivado é o referencial principal da construção da norma, ainda que deva ser compreendido dentro da função que lhe é outorgada. A análise

consequencialista, por sua vez, é um importante direcionador da interpretação, pondo-a em contato com a realidade que a circunda e, sobretudo, orientando a solução de questões de difícil resolução.

O consequencialismo adotado no presente estudo, por sua vez, é representado sobremaneira pela vertente desenvolvida por Neil MacCormick, o qual, de certa forma, concilia a compreensão pragmática – como visto anteriormente, vinculada à essência da AED – à compreensão deontologista, de modo a integrar a análise das consequências da aplicação da norma no próprio processo de interpretação e aplicação, sem descuidar da existência de regras e valores definidos pela sociedade como obrigatoriamente observáveis. Como dito pelo jusfilósofo escocês¹⁵⁹:

Os valores perseguidos através (e sustentados) pelas regras jurídicas são propriamente considerados como objetivos para os efeitos do Direito. Deve então contar em favor de uma decisão jurídica que ela promova ou dê apoio a um certo valor, e isso pode ser expresso em algum tipo de argumento de objetivo. Mas, uma vez que a argumentação judicial caminhe nos limites da universalizabilidade, a matéria também dirá respeito ao estabelecimento de normas de correção, trazendo ao centro do argumento, portanto, razões de correção. Nesse contexto e nesse nível, correção e orientação a objetivos são dois lados da mesma moeda.

Na edição revisada da obra *Legal Reasoning and Legal Theory*¹⁶⁰, o jusfilósofo apresenta sua distinção que justifica a introdução de um critério consequencialista à configuração da norma aplicável. Para tanto, sustenta a existência de razões de primeira e de segunda ordem na argumentação jurídica. As razões de primeira ordem são aquelas que operam de forma notadamente dedutiva, identificando-se na compreensão dos fatos e na identificação da regra ou princípio aplicável, seguindo o modelo típico de silogismo¹⁶¹. Já as razões de segunda ordem são aplicáveis exatamente quando não for possível sanar o caso pela mera utilização do silogismo dedutivo¹⁶², abrindo-se espaço à utilização de argumentos de ordem consequencialista, de ordem da coerência e de ordem da consistência¹⁶³.

¹⁵⁹ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 160.

¹⁶⁰ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon, 1995.

¹⁶¹ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon, 1995. p. 19-52.

¹⁶² MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon, 1995. p. 100-128.

¹⁶³ Considerando-se que não haverá uma ampla análise da argumentação jurídica concernente ao tema dos planejamentos tributários no desenvolvimento do presente estudo, opta-se por não se expor pormenorizadamente os argumentos de coerência e de consistência trazidos pelo autor. Como se verá nas conclusões da pesquisa, a análise consequencialista terá como pano de fundo

Registra-se, por sua vez, que a abordagem consequencialista tornou-se um dever positivado da interpretação administrativa, controladora ou judicial¹⁶⁴, na esteira da redação dos artigos 20, 21, 23 e 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁶⁵. Ou seja, mesmo a análise normativista tem, por decorrência legal, a obrigação de empregar meios de antecipar as implicações práticas das soluções que apresenta, observadas as condições descritas legalmente.

Também é digno de realce que a análise consequencialista estabelece-se nas implicações práticas que a decisão gera ao ser considerada na perspectiva do conjunto de particulares estranhos à relação judicial, pois “para declarar um direito em particular (*jus dicere*) é necessário, no papel de juiz imparcial, declarar que tal direito está disponível em todos os casos semelhantes”¹⁶⁶. Veja-se aqui que as implicações práticas às partes individualmente consideradas não são relevantes à análise, mas é na conjuntura dos elementos externos à relação judicial que se ancora a preocupação. Tal noção, aliás, parece essencial ao instituto da modulação de efeitos, inaugurada no ordenamento jurídico positivo pelo art. 27 da Lei n. 9.868/99¹⁶⁷, de uso frequente pelo Supremo Tribunal Federal¹⁶⁸.

Aproximando a exposição acima ao campo do Direito Tributário, verifica-se nesse uma função essencial que é vinculada, de certo modo, ao princípio da igualdade perante a lei, pois lhe cumpre assegurar a arrecadação que provê o funcionamento do Estado valendo-se de meios que atinjam equanimemente os cidadãos. Deve, para tanto, observar princípios que lhe são impingidos pela própria conformação assumida por esse Estado na atualidade, a saber, as disposições

as próprias instituições vinculadas ao tema, sem examinar com profundidade a superioridade de uma ou outra linha de argumentação no campo específico.

¹⁶⁴ Deve ser destacado, contudo, que a afirmativa é contestada por autores como Daniela Gueiros Dias, se considerada a aplicabilidade da referida lei ao Direito Tributário. DIAS, Daniela Gueiros. *Consequencialismo judicial no Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: IBDT, 2021. p. 103-106.

¹⁶⁵ BRASIL. *Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 23 fev. 2022.

¹⁶⁶ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 142.

¹⁶⁷ BRASIL. *Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 17 fev. 2022.

¹⁶⁸ É digno de registro que a previsão legal autorizativa para a modulação de efeitos gerou iterativos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal em relação a questões tributárias, o que acarretou uma espécie de problema consequencialista de segundo grau, consistente no fato de que se cria uma expectativa para os entes tributantes de que haverá a salvaguarda da modulação, o que lhes incentiva a editar normas tributárias inconstitucionais. Nesse sentido, cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 586.

contidas na CRFB que moldam o exercício dessa função. Aí, por exemplo, se identificará que, conquanto objetive cumprir sua função, não é permitida a cobrança irretroativa ou desamparada de lei própria.

No exercício da função, como dito, haverá de se estabelecer a tributação de forma relativamente equânime, sendo o Poder Legislativo o legitimado a determinar os critérios de distinção mais específicos, atentando-se ao molde constitucionalmente previsto. Estabelecido, porém, esse modelo de cobrança, há ainda a respectiva atividade fiscalizatória, atribuída em nosso regime jurídico ao Poder Executivo. E tal atividade não deve se furtar a enfrentar os problemas típicos das escolhas realizadas pelos indivíduos que, muitas vezes, equivalem a esquivar-se da exação. Há, desse modo, motivos vários para justificar a atividade fiscalizatória. Em primeiro lugar, cumpre ao Estado exigir o cumprimento da lei perante todos porque a lei mesma lhe é um instrumento caro, de modo que, através da sua faceta de Poder Executivo, promove o seu cumprimento. Em segundo lugar, entre outras razões possivelmente elencáveis, a exigência da tributação perante todos os sujeitos passivos eleitos pela lei deve ser realizada para se evitar o que é chamado no âmbito da ciência econômica de “problema do *free rider*”, ou seja, o oportunista que se aproveita das externalidades positivas geradas pelo Estado sem concorrer na sua manutenção através do recolhimento dos tributos. Além dos problemas logicamente decorrentes da evasão de um indivíduo à tributação, enquadráveis na primeira razão elencada acima, é necessário reconhecer que a prática do *free rider* estabelece uma conduta que, se generalizada, torna inviável a própria existência do Estado. Aristóteles, em *Política*¹⁶⁹, já afirmava:

Por muito belo que pareça, que todos chamem “meu” ao mesmo objecto, é impossível, e não conduz, de modo algum, à concórdia.

Por outro lado, esta fórmula apresenta uma outra dificuldade. Quanto mais uma coisa é comum a um maior número, menos cuidado recebe. Cada um preocupa-se sobretudo com o que é seu, quanto ao que é comum, preocupa-se menos, ou apenas na medida do seu interesse particular. Aliás, desleixa-se ainda mais ao pensar que outros cuidam dessas coisas.

A prática do *free rider* fere a noção subjacente ao princípio da igualdade perante a lei e não pode ser chancelada pelo Estado por não ser possível estendê-la a todos os indivíduos em condição semelhante. Caso todos os contribuintes

¹⁶⁹ ARISTÓTELES. *Política*. Edição Bilingue. Tradução de Antônio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Lisboa: Vega Universidade, 1998. p. 109.

deixassem de compartilhar os custos de sustento do erário, o Estado em si deixaria de existir por lhe ser impossível cumprir sua função.

Eis aí o campo basal de atuação do consequencialismo no âmbito do Direito Tributário, na visão assumida no presente estudo. O Direito Tributário deve assegurar a função que lhe é essencial: prover a arrecadação de forma equânime. A função, porém, é conformada por princípios e regras, tanto de estatura constitucional quanto infraconstitucional. A mera presença desses princípios e regras e a compreensão da função do Direito Tributário já deve bastar para sanar a maioria das divergências acerca da tributação através da invocação do silogismo dedutivo, como visto em Neil MacCormick. Subsistindo a divergência, ampara-se a invocação do critério do consequencialismo para o fim de saná-la. Essa análise, por sua vez, focará nas implicações práticas para terceiros alheios à relação sob análise, uma que poderão, futuramente, invocar as mesmas razões para obter o mesmo direito.

Em suma, os marcos teóricos da AED foram introduzidos com o objetivo de amparar o ferramental metodológico utilizado. Após uma breve rememoração das origens da AED, apresentaram-se os elementos básicos da teoria dos custos de transação. Fixou-se, da mesma forma, a compreensão de consequencialismo adotada para o estudo, o qual auxilia a guiar a análise empreendida ao fim. Tais linhas servirão não apenas como elemento fundante da compreensão a seguir apresentada, mas também fundamentam, em termos metodológicos, o tema de fundo, o planejamento tributário sob a perspectiva da AED. Contudo, é imprescindível ainda tecer comentários sobre as compreensões de segurança jurídica e de eficiência econômica que servirão como chaves de análise.

3.2 A SEGURANÇA JURÍDICA

Revisitando-se o conceito de “planejamento tributário” anteriormente discutido, pode-se tomá-lo sob a acepção de “teste preventivo” mencionada por Heleno Tôrres¹⁷⁰. Ou seja, o contribuinte realiza um ato ou negócio, ou uma série de atos e/ou negócios, no intuito de reduzir a carga fiscal incidente sobre a sua operação baseando-se numa leitura que realiza do ordenamento jurídico. Nessa compreensão, portanto, não há uma predefinição da licitude dos atos que virão a ser

¹⁷⁰ TÔRRES, Heleno. *Direito Tributário Internacional: planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 37.

realizados, tampouco se a carga fiscal por ele reduzida será superada pelos custos decorrentes do auto de infração fiscal. Há uma incerteza inerente à prática, ainda que os graus de incerteza possam variar entre um ou outro método que venha a ser adotado. É nesse gradiente de “graus de incerteza” que pode se medir a “agressividade” do planejamento, por exemplo.

Dessa forma, algum grau de incerteza perdurará mesmo para práticas mais corriqueiras e com ampla disseminação entre os contribuintes¹⁷¹. Aí se revela a importância da “segurança jurídica” para o tema em estudo.

É na noção de confiabilidade do ordenamento que repousa parte da compreensão ora adotada para tal instituto. É possível conceituá-la como “a exigência de um ordenamento jurídico protetor de expectativas e garantidor de mudanças estáveis”¹⁷². Ressalta-se que a decisão do contribuinte passa por uma avaliação dos riscos da medida a ser adotada. Como se verá adiante, o contribuinte que realiza um planejamento tributário baseia-se nas informações disponíveis acerca do retorno financeiro trazido pela medida e, inclusive, da possibilidade de ser alvo da fiscalização. A partir disso, torna-se indispensável que haja calculabilidade, conceituada como a

capacidade de o cidadão prever, em grande medida, os limites da intervenção do Poder Público sobre os atos que pratica, conhecendo antecipadamente o âmbito de discricionariedade existente para os atos estatais.¹⁷³

Por outra perspectiva, é isso que permite ao contribuinte antecipar os possíveis custos de sua decisão. Por fim, a compreensão é completada pela noção de cognoscibilidade, que é a “capacidade, formal ou material, de conhecimento de conteúdos normativos possíveis de um dado texto normativo ou de práticas argumentativas destinadas a reconstruí-los”¹⁷⁴.

Humberto Ávila, no seu imponente estudo sobre a segurança jurídica, fixa seu ponto de partida no que é a ela oposta, a insegurança¹⁷⁵. De fato, é fácil reconhecer que o Direito Tributário em geral e a análise dos planejamentos tributários em

¹⁷¹ Exemplo disso é a distribuição desproporcional de lucros, prática extremamente comum em alguns setores econômicos, que é constantemente desafiada pelo Fisco. O tema será revisitado com mais profundidade posteriormente.

¹⁷² ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 142.

¹⁷³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 144.

¹⁷⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 141.

¹⁷⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 51.

particular se encontram estabelecidos em um ambiente de marcada incerteza. Essa incerteza evidencia certa contrariedade à segurança jurídica enquanto direito subjetivo (segurança jurídica “como um direito”¹⁷⁶). E a mesma incerteza remete à inviabilidade de planejamento, ferindo a noção de segurança jurídica enquanto fenômeno social, ou seja, a expectativa inerente à sociedade de que decisões não sejam tomadas de forma arbitrária ou descompromissada com seu contexto. Em sentido semelhante, Aulis Aarnio assevera:

Em outras palavras: os tribunais devem se comportar de maneira tal que os cidadãos possam planejar sua própria atividade sobre bases racionais. Em muitos casos, as decisões jurídicas são a única razão propriamente dita de um planejamento quanto ao futuro. Por sua vez, o planejamento racional é uma condição necessária à preservação da sociedade. É um requisito de coesão social. Quando a imprevisibilidade impera, a sociedade se dissolve em anarquia que, por sua vez, está em conflito com todos os fundamentos justos e legais (tradução nossa).¹⁷⁷

Em outras palavras, adotando-se o jargão mais comum aos economistas, os tribunais criam externalidades nos seus julgamentos¹⁷⁸, quando observados sob a perspectiva de centros irradiadores de normas que afetam muito mais do que as partes submetidas ao seu julgamento, mas a própria estabilidade jurídica deixada pela tradição estabelecida. Tal qual a compreensão de democracia em Chesterton¹⁷⁹, os tribunais possuem mais responsabilidade perante os “mortos”. Retomando-se Aulis Aarnio, o qual envereda pela análise dos elementos da segurança jurídica sob a perspectiva de “fenômeno cultural”:

O aspecto essencial da certeza jurídica parte de dois elementos. Em primeiro lugar, toda decisão genuinamente jurídica deve estar em conformidade ao direito vigente. Esse é um pré-requisito mínimo de uma decisão jurídica. Mas ainda assim, as normas jurídicas não são completamente autônomas quanto a outras normas sociais. Elas recebem,

¹⁷⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 108.

¹⁷⁷ “Con otras palabras: los tribunales tienen que comportarse de manera tal que los ciudadanos puedan planificar su propia actividad sobre bases racionales. En muchos casos, las decisiones jurídicas son la única razón propiamente dicha de una planificación de futuro. A su vez, la planificación es una condición necesaria para la preservación de la sociedad. Es un requisito de la cohesión social. Cuando impera la imprevisibilidad, la sociedad se disuelve en anarquía que, a su vez, está reñida con toda fundamentación justa y jurídica.” AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable: Un Tratado sobre la Justificación Jurídica*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 27.

¹⁷⁸ TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. Análise Econômica do Direito Tributário - Distinção da Interpretação Econômica a Ponderações Introdutórias quanto à sua Definição e Aplicações. *Revista Tributária das Américas*, São Paulo, Thompson Reuters, v. 7, p. 453-488, 2013.

¹⁷⁹ CHESTERTON, Gilbert Keith. *Ortodoxia*. Tradução de Almiro Pissetta. 2. ed. São Paulo: Mundo Cristão, 2017. p. 63.

ao menos em parte, seu próprio conteúdo das normas morais e de outras normas sociais. De certo modo, as normas jurídicas e as outras normas atuam de maneira interconexa. [...] Levando isso em consideração, ajuda a esclarecer a afirmação de que a expectativa de certeza jurídica a que se fez referência acima não é um conceito empírico no sentido de que tal expectativa é ou não contingente na sociedade. A expectativa de certeza jurídica é um fenômeno cultural (tradução nossa).¹⁸⁰

A compreensão da segurança jurídica enquanto expectativa dos cidadãos ombreia outras perspectivas do instituto. O chamado “princípio da confiança” alberga parcela dessa expectativa, se tomada a dimensão subjetiva da segurança jurídica. No que se refere à dimensão objetiva, há diversos institutos que expõem tal faceta: irretroatividade de normas e respeito à coisa julgada, por exemplo. Fato é que a busca pela segurança jurídica permeia a vida dos cidadãos de forma perene e, a rigor, é considerada um elemento fundante do Direito¹⁸¹.

Dentre todas as perspectivas possíveis, adota-se no presente estudo aquela que reconhece na segurança jurídica a condição de valor fundante do Direito e que se manifesta, por vezes, como regra constitucional ou legalmente prevista (irretroatividade e anterioridade tributárias, respeito à coisa julgada), outras, como princípio orientador de julgamentos (princípio da confiança é o mais comum exemplo) e, por fim, como um possível parâmetro de aferição da qualidade do ordenamento jurídico vigente. Nessa última faceta é que a segurança jurídica revela seu maior valor para a pesquisa ora empreendida, sendo examinada a partir dos três elementos mencionados acima: cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade. A concepção com que ora se labora não exclui outras perspectivas possíveis ao instituto, mas é desse enfoque que se extrairá o significado mais relevante à análise econômica dos planejamentos tributários.

Compreender a segurança jurídica a partir dos três elementos acima mencionados corresponde, do ponto de vista dos contribuintes, a um cenário jurídico em que lhes seja permitido planejar suas atividades com risco controlado. E a

¹⁸⁰ “El aspecto substancial de la certeza jurídica consta de dos elementos. Primero, toda decisión genuinamente jurídica tiene que estar en concordancia con el derecho válido. Esta es una precondition mínima de una decisión jurídica. Pero aun así, las normas jurídicas no son completamente autónomas con respecto a las otras normas de la sociedad. Ellas reciben, al menos en parte, su propio contenido de las normas morales y de otras normas sociales. En cierto modo, las normas jurídicas y las otras normas actúan interconectadamente. [...] Teniendo esto en cuenta, puede clarificar las cosas el señalar que la expectativa de certeza jurídica a la que se ha hecho referencia más arriba no es un concepto empírico en el sentido de que tal expectativa es o no contingente en la sociedad. La expectativa de certeza jurídica es un fenómeno cultural.” AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable: Un Tratado sobre la Justificación Jurídica*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 27.

¹⁸¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 125.

organização dessas atividades poderá valer-se de arranjos de planejamento tributário cuja validade perante as autoridades fiscais seja assegurável, ao mesmo tempo em que traga aos seus executores efetivo incremento empresarial, seja de ordem financeira ou de outras espécies. A rigor, até é possível enquadrar a segurança jurídica nessa perspectiva como um ideal constante no próprio preâmbulo da CRFB¹⁸².

Por evidente, tal pretensão não corresponde à busca de um efetivo engessamento ou predeterminação das escolhas da autoridade. A *uma*, porque tal empreendimento é impraticável, já que há opções de conduta praticamente infinitas e uma inconstância inerente ao ser humano. A *duas*, porque haverá sempre algum grau de dubiedade no texto, por mais que labore intensamente o legislador¹⁸³, uma vez que não há uma correspondência biunívoca entre o texto normativo e a norma¹⁸⁴. Ainda assim, não se trata de um exercício de Sísifo: há, efetivamente, um ganho sensível com a maior determinação (*cognoscibilidade*, nos termos de Humberto Ávila¹⁸⁵) da norma ou do próprio ordenamento, traduzido aqui, por exemplo, em um ambiente mais apropriado a investimentos.

É possível recorrer a um exemplo típico de insegurança jurídica que aflige o cenário para investimentos no Brasil, consistente na noção mesma de responsabilidade limitada no âmbito societário, cujas implicações tributárias são nítidas. Desde as primeiras sociedades de caráter empresarial, a noção fundamental de limitar a responsabilidade de investidores nos empreendimentos para incentivá-los à tomada de risco revelou-se uma tendência das sociedades ocidentais¹⁸⁶. Nesse sentido, a Suprema Corte americana sustentou: “A responsabilidade limitada é a regra, não a exceção; e sobre essa suposição grandes empreendimentos

¹⁸² ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 219-222.

¹⁸³ Aulis Aarnio registra que Napoleão Bonaparte, quando se deparou com a primeira interpretação de seu *Code*, desabafou: “meu Código está perdido”. AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable: Un Tratado sobre la Justificación Jurídica*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 32.

¹⁸⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 30-31.

¹⁸⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 144.

¹⁸⁶ Nesse sentido: “The absence of personal liability of a shareholder for the company is a basic principle of corporation law in all Western countries and a basic tenet underlying the construction of combines.” HORN, Norbert. *International Rules for Multinational Enterprises: The ICC, OECD, and ILO Initiatives*, 30 AM. U. L. REv. p. 923-934, 1981 *apud* ARONOFKY, David. Piercing the Transnational Corporate Veil: Trends, Developments, and the Need for Widespread Adoption of Enterprise Analysis. *North Carolina Journal of International Law*, Carolina do Norte, v. 10, n. 1, 1985. Disponível em: [https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1248&context=ncilj&httpsredir=1&refere](https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1248&context=ncilj&httpsredir=1&referer=) Acesso em: 17 nov. 2021.

repousaram, imensas empresas foram inauguradas e larga soma de capital foi atraída” (tradução nossa)¹⁸⁷. Ao se contrastar a experiência internacional com o cenário jurídico brasileiro de proteção ao investidor, a discrepância se evidencia¹⁸⁸. A desconsideração da personalidade jurídica, a qual foi concebida como excepcional e episódico instrumento de responsabilização do investidor, tornou-se a tônica da execução patrimonial no âmbito do Direito Trabalhista¹⁸⁹ e do Direito do Consumidor¹⁹⁰.

No âmbito do Direito Tributário, há instituto frequentemente¹⁹¹ invocado no âmbito de execuções fiscais cujo objetivo é buscar a responsabilização pessoal do sócio pelas dívidas tributárias da sociedade, comumente chamado de “redirecionamento”^{192,193}. Não se trata aqui de criticar dogmaticamente a viabilidade

¹⁸⁷ “Limited liability is the rule, not the exception; and on that assumption large undertakings are rested, vast enterprises are launched, and huge sums of capital attracted.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Caso Anderson v. Abbott (1944)*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/321/349/>. Acesso em: 17 nov. 2021.

¹⁸⁸ Fábio Ulhoa Coelho registra que a Suécia e a Finlândia não haviam reconhecido a possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica até recentemente, sendo que a adoção da nova posição partiu da compreensão casuística de artificialidade na constituição das sociedades. COELHO, Fábio Ulhoa. A alocação de riscos e a segurança jurídica na proteção do investimento privado. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 16, n. 7, p. 291-304, 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3107/2821>. Acesso em: 17 nov. 2021.

¹⁸⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. A alocação de riscos e a segurança jurídica na proteção do investimento privado. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 16, n. 7, p. 291-304, 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3107/2821>. Acesso em: 17 nov. 2021.

¹⁹⁰ É ilustrativo dessa compreensão o julgamento do REsp n. 279.273/SP pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual, baseado no art. 28, §5º, do Código de Defesa do Consumidor, afirmou que a desconsideração deve ser realizada sempre que a mera existência da limitação de responsabilidade decorrente da pessoa jurídica cause obstáculos ao ressarcimento dos consumidores. Vide BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 279.273/SP*. Recorrente: B Sete Participações S.A. e outros; Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 04/12/03, publicado em 29/03/04. Terceira Turma. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200000971847&dt_publicacao=29/03/2004. Acesso em: 17 nov. 2021.

¹⁹¹ Evidência anedótica disso é revelada ao se pesquisar a expressão “súmula 435”, enunciado que sintetiza o entendimento que autoriza o redirecionamento da execução fiscal contra sócio-gerente da pessoa jurídica, no mecanismo de busca de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. São encontradas mais de 2500 correspondências, entre acórdãos e decisões monocráticas. A busca, por evidente, é de caráter perfunctório, mas sinaliza a naturalidade com que se “ultrapassa” o refreamento de responsabilidade tipicamente associado às sociedades limitadas.

¹⁹² Trata-se da aplicação do art. 135, III, do Código Tributário Nacional, que permite a responsabilização pessoal dos diretores, representantes ou administradores da pessoa jurídica quando a obrigação tributária resultar de ato praticado com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatuto. BRASIL. *Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 29 jul. 2021.

de seu uso, a qual já foi alvo de intensos debates na doutrina e jurisprudência nacionais, mas apenas apontar que a reiteração mesma revela uma particularidade nacional no modo como se concebe a limitação de responsabilidade dos sócios nas pessoas jurídicas empresárias.

A própria compreensão do Direito Tributário brasileiro é alvo de divergências significativas, o que impacta sobremaneira o tema em estudo. Nas palavras de Ricardo Lobo Torres, “O problema da elisão fiscal está intimamente ligado ao das posições teóricas fundamentais em torno da interpretação do direito tributário”¹⁹⁴. Se o Direito Tributário é um sistema de regras e princípios cujas normas são apenas extraídas do direito positivo, na esteira da compreensão de autores como Alfredo Augusto Becker¹⁹⁵ e Paulo de Barros Carvalho¹⁹⁶, ou se ele deve ser interpretado como realização de uma função que lhe foi outorgada, compreensão defendida por autores como Marco Aurélio Greco¹⁹⁷, Cristiano Carvalho¹⁹⁸ e Tathiane Piscitelli¹⁹⁹, há uma expressiva divergência agravada ainda pela existência de outros vieses interpretativos²⁰⁰. As diferentes abordagens geram interpretações diversas do ordenamento e da norma, o que impacta significativamente o objeto de estudo eleito. Efetivamente, a licitude de um determinado planejamento jurídico, como a segregação das atividades empresariais, pode ser confirmada ou rechaçada unicamente pela posição do julgador, pouco importando as condições em que realizada. E nem se trata, a rigor, da distinção entre posicionamentos mais ou

¹⁹³ É de se destacar que não há efetiva identidade entre os institutos, no que se refere à sua natureza jurídica, ainda que seja fácil compreender a semelhança entre ambos em termos pragmáticos no que se refere à satisfação dos credores.

¹⁹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. Normas gerais antielisivas. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, n. 1, jan./fev. p. 94, 2003.

¹⁹⁵ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Lejus, 2002. p. 228.

¹⁹⁶ A rejeição do professor Paulo de Barros Carvalho às propostas de valoração econômica ou consequencialista do Direito Tributário em particular são disseminadas em sua larga e imponente obra. Por todos, pode-se citar seu “Direito Tributário, Linguagem e Método”. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009.

¹⁹⁷ GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 46-47.

¹⁹⁸ CARVALHO, Cristiano da Rosa. Análise econômica da tributação. In: TIMM, Luciano Benetti (coord.). *Direito e Economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do Direito*. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 264.

¹⁹⁹ PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas consequências no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2011. p. 232-233.

²⁰⁰ Ricardo Lobo Torres afirma, nesse tocante, que houve um período de marcada divergência entre as interpretações conceptualista e econômica, a qual viria a ser superada pela “interpretação valorativa”, que compreendeu uma “simbiose entre interpretação finalística e sistemática”. No que concerne ao cenário da doutrina brasileira, discorda-se da compreensão, não somente porque não parece haver autores que representem uma efetiva conciliação entre as posições, mas aparenta existir uma divergência cada vez mais marcada entre os posicionamentos. TORRES, Ricardo Lobo. Normas gerais antielisivas. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, n. 1, p 91-94, jan./fev. 2003.

menos favoráveis à interpretação referida habitualmente como “fiscalista”, ou seja, compreensão que restringe menos a atuação fiscalizadora das autoridades tributárias. É plenamente viável que se confirme ou se rejeite a licitude dos atos decorrentes de um planejamento tributário específico partindo de um raciocínio calcado sobretudo na “funcionalidade” do Direito, se tomada essa perspectiva.

A insegurança que decorre das circunstâncias narradas afugenta investidores ciosos por estabilidade institucional e empresarial. Tais particularidades brasileiras revelam a imprescindibilidade de uma maior determinação do ordenamento jurídico, o que não se obtém, contudo, através da mera criação de leis. Ao contrário do que se deveria esperar, as deliberações legislativas seguidamente trazem mais complexidade ao Direito Tributário em particular²⁰¹. Humberto Ávila, nessa seara, ressalta que há um agravamento do cenário da insegurança em âmbito brasileiro, pois há uma inflação legislativa decorrente da conjunção de leis e medidas provisórias²⁰². Trata-se do paradoxo típico das sociedades de alta complexidade²⁰³ em que um cenário altamente regulado, por vezes nos mínimos detalhes, é incapaz de gerar segurança jurídica. Quebra-se o paradigma da “certeza” do texto legal, revelando a carga de dubiedade que é inerente a toda enunciação positiva.

É bem verdade que o Direito se estabelece de maneira que a sua “permanência”, elemento de um ordenamento jurídico idealmente seguro, é sempre desafiada pela imprescindibilidade de mudanças que assegurem a sua efetividade²⁰⁴. Bruno Leoni²⁰⁵ sustenta, nesse particular, que a possibilidade de alterações abruptas da legislação envereda em sentido contrário à preservação da segurança do cidadão perante a lei. Para tanto, busca no exemplo da Roma antiga uma cultura de estabilidade legislativa que se baseava na própria compreensão do fenômeno jurídico geral. O corpo cardeal de leis privadas romanas, o *Jus Civile*, praticamente não foi alterado pelos legisladores entre a República e o Império²⁰⁶. Isso porque vigorava uma noção de Direito fundada na jurisprudência que refletia os princípios e costumes consolidados. Ou seja, havia uma razoável segurança jurídica (aqui

²⁰¹ TIPKE, Klaus. *Moral tributária do Estado e dos contribuintes*. Tradução de Luiz Doria Furquim. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2012. p. 101.

²⁰² ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 56-57.

²⁰³ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações de jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 218.

²⁰⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 369.

²⁰⁵ LEONI, Bruno. *A liberdade e a lei*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 85-103.

²⁰⁶ LEONI, Bruno. *A liberdade e a lei*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 91.

compreendida nos termos de Humberto Ávila²⁰⁷ como resultado da confiabilidade, calculabilidade e cognoscibilidade) no âmbito da Roma antiga porque o Direito não sofria alterações repentinas. Afirma Bruno Leoni²⁰⁸:

Assim, os romanos tinham uma lei efetiva o suficiente para permitir que os cidadãos fizessem livremente planos para o futuro, e isso sem ser de todo uma lei escrita, ou seja, sem ser uma série de regras precisamente enunciadas, comparáveis às de um estatuto por escrito. O jurista romano era uma espécie de cientista: os objetos de sua pesquisa eram as soluções para casos que os cidadãos submetiam a ele para estudo, da mesma forma como os industriais, hoje, submetem a um físico ou a um engenheiro um problema técnico relativo a suas fábricas ou a sua produção. Conseqüentemente, o direito privado romano era algo a ser descrito ou descoberto, não algo a ser promulgado — um mundo de coisas que estava ali, como parte da herança comum a todos os cidadãos romanos. Ninguém promulgara aquela lei; ninguém podia mudá-la por um exercício qualquer de sua vontade pessoal. Isso não significava ausência de mudança, mas, certamente, que ninguém ia dormir com planos baseados em uma regra presente só para acordar, na manhã seguinte, e descobrir que a regra havia sido superada por uma inovação legislativa.

Aproximando tais lições ao Direito Tributário e, particularmente, aos planejamentos tributários, denota-se uma evidente insegurança jurídica. Não se trata, a bem da verdade, de probabilidade de modificações abruptas dos parâmetros normativos positivos, mas da própria incerteza quanto à aplicação das normas existentes. Como exposto anteriormente, as divergências no âmbito dos tribunais, sobretudo o CARF, são tão frequentes que se configura verdadeiro impeditivo à possibilidade de se antecipar resultados.

Nem uma solução pela via legislativa se afigura provável. Klaus Tipke²⁰⁹, em comentários sobre o cenário alemão, mas aplicáveis à generalidade das democracias ocidentais, afirma:

Grandes reformas tributárias, baseadas no pensamento jurídico (*K. Vogel*), sistematizantes e notavelmente simplificadoras, muito menos um Código Tributário, não são, lamentavelmente, também de se esperar futuramente. Exigir dos deputados que se abstenham de contar com os eleitores seria como exigir deles algo contra a natureza. Uma pequena porcentagem de eleitores pode decidir se obtém o poder ou não, se conserva ou se perde. Conseqüentemente logram os interesses organizados sempre novamente impor favorecimentos.

²⁰⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

²⁰⁸ LEONI, Bruno. *A liberdade e a lei*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 91-92.

²⁰⁹ TIPKE, Klaus. *Moral tributária do Estado e dos contribuintes*. Tradução de Luiz Doria Furquim. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2012. p. 76.

Ainda assim, não é o caso de esmorecer as tentativas de superação do atual estágio. Ressalta-se, com Misabel Abreu Machado Derzi, que “a segurança jurídica é fortalecida em ponto máximo”²¹⁰ no Direito Tributário. Ou seja, é o ramo jurídico em que a “batalha” há de ser mais intensa, sobretudo se consideradas as reminiscências históricas da tributação e a presença de interesses que se combatem diuturnamente. Com efeito, uma interpretação que outorga margem à influência do consequencialismo, tal qual a adotada neste estudo, toma por imprescindível a consideração da segurança jurídica entre as consequências desejáveis da aplicação da norma.

Assume-se que é obrigação do julgador a consideração do conjunto de decisões que lhe é precedente para o fim de se assegurar a permanência e a coerência do Direito. O estabelecimento de um conjunto de precedentes, por sua vez, deve ser considerado como elemento orientador de condutas, raciocínio que é atualmente albergado no art. 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro²¹¹. A superação desses precedentes é plenamente possível, desde que justificadas as razões para tanto e respeitada a confiança depositada pelo contribuinte no conjunto de decisões vigente.

Desse modo, trata-se a segurança jurídica de componente indelével do ideal fundante do Direito que se encontra em permanente ambivalência. Por um lado, busca a estabilidade do Direito, por outro assegura a sua efetividade. A compreensão que se utiliza no domínio da presente pesquisa, como antes firmado, a toma sob a perspectiva da cognoscibilidade, calculabilidade e confiabilidade do ordenamento jurídico e a inclui dentre as consequências desejáveis da norma a ser construída pelo intérprete na resolução dos casos.

3.3 A EFICIÊNCIA ECONÔMICA

Conceito explorado incansavelmente pela ciência de Adam Smith e John Maynard Keynes, a eficiência econômica é considerada para os fins do presente estudo como elemento-chave da pesquisa. Com efeito, a AED depende, em boa

²¹⁰ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações de jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 159.

²¹¹ BRASIL. *Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 23 fev. 2022.

medida, do exame do seu objeto através das lentes da eficiência econômica, sob pena, por vezes, de não se diferenciar da análise dogmática ou jurídica meramente ou, até mesmo, de tornar precário o seu resultado.

Como visto anteriormente, a Economia estuda a distribuição de recursos escassos em um ambiente de necessidades ilimitadas, o que faz fulgurar a importância da alocação. Em decorrência dessa concepção mesma, percebe-se que há uma relevância dos “valores instrumentais”, discrepantes dos resultados em si. A Economia, portanto, busca compreender de que maneira os recursos são utilizados na obtenção dos resultados, partindo-se da compreensão de que nem todo resultado é justificado por seus custos. Busca-se, logo, a maximização de resultados pela menor utilização dos recursos. No âmbito específico do Direito e da AED, pode-se afirmar que um valor desejável não justifica qualquer meio, contrapondo-se, por exemplo, à compreensão inerente ao brocardo “faça-se justiça e o mundo pereça” (tradução nossa)²¹². A eficiência econômica, assim, é um valor compreendido como instrumental, já que se estabelece na promoção de outros valores.

A partir dessas compreensões, pode-se examinar os modelos normalmente invocados no âmbito da AED para o fim de se verificar a eficiência econômica em termos de alocação de recursos. Nessa área, despontam os modelos de Vilfredo Pareto e de Nicholas Kaldor e John Hicks²¹³. Para o primeiro, há interações eficientes quando ao menos um indivíduo resulta em situação melhor do que antes e nenhum se estabeleça em situação pior²¹⁴. Já o modelo da Kaldor-Hicks sugere que a eficiência econômica decorre da interação em que se identifica uma situação melhor para alguma das partes e haja a possibilidade de compensação em relação à parte que foi prejudicada, uma vez que os benefícios superam as perdas.

No que se refere ao modelo de Pareto, ressalta-se o conceito de “Ótimo de Pareto”, reconhecida nas hipóteses em que o contexto examinado revela não haver troca possível sem que haja aumento de bem-estar de uma parte sem algum nível de prejuízo em outra, de modo que qualquer alteração da alocação obrigatoriamente

²¹² “fiat iustitia, et pereat mundus”. Trata-se de compreensão que defende a sobrevalorização da justiça sobre todos os demais valores. Ainda que não seja seu criador, Kant a utiliza em sua obra “À Paz Perpétua” no contexto mencionado. Cf. KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Um projeto filosófico. Tradução de Artur Morão. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008. p. 43.

²¹³ CARVALHO, Cristiano da Rosa. *Teoria da Decisão Tributária*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018. p. 72.

²¹⁴ COOTER, Roberto; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 64.

prejudicará alguém. O foco, portanto, é posto sobre possíveis perdedores na relação de interação alocativa²¹⁵.

Já no modelo de Kaldor-Hicks, o foco é posto sobre os ganhadores com a ressalva da possibilidade de compensação dos prejuízos dos perdedores. Aqui, há o “Ótimo Potencial de Pareto”²¹⁶, em que as perdas de uns podem ser compensadas pelos ganhos de outros, em razão dos excedentes gerados. Nesse cenário, os excedentes identificados após as compensações dos perdedores comprovam a ocorrência de cenários eficientes. Como afirma Cristiano Carvalho²¹⁷, o próprio fenômeno da tributação pode ser tomado como exemplo de eficiência econômica sob a perspectiva do modelo de Kaldor-Hicks, uma vez que o prejuízo causado aos contribuintes pela arrecadação é potencialmente recompensável pelos bens públicos oferecidos em retorno.

É pela eficiência econômica que se pode examinar o ambiente institucional e as consequências das normas jurídicas. Expostos os critérios de aferição, é imprescindível, também, afirmar o resultado desejado, o que serve ao fim de arrematar os elementos até aqui examinados. Como afirma Paulo Caliendo²¹⁸, a eficiência econômica não se refere a um conceito neutro, pois implica a compreensão prévia do objetivo a ser maximizado, o que, por sua vez, acarreta o problema da definição da “unidade de medida”, ou seja, a determinação do resultado desejável. Há variedade de possíveis bens a serem maximizados, de modo que a eficiência econômica opera de forma subordinada a essa definição. Mais uma vez, ressalta-se que se trata de um valor instrumental.

A justiça, *v. g.*, pode ser considerada como resultado desejável. É Cristiano Carvalho²¹⁹ quem afirma não haver necessário antagonismo entre ela e a eficiência econômica. De acordo com Ivo Gico Júnior, a eficiência econômica não pode ser considerada como equivalente a justiça. No entanto, se tomada em sua antípoda, a ineficiência, é possível identificar também a antípoda da justiça, a injustiça:

²¹⁵ CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e análise econômica do Direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 74.

²¹⁶ COOTER, Roberto; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 64.

²¹⁷ CARVALHO, Cristiano da Rosa. *Teoria da Decisão Tributária*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018. p. 73.

²¹⁸ CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e análise econômica do Direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 71.

²¹⁹ CARVALHO, Cristiano da Rosa. *Teoria da Decisão Tributária*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018. p. 73.

Em um mundo onde os recursos são escassos e as necessidades humanas potencialmente ilimitadas, não existe nada mais injusto do que o desperdício.

Nesse sentido, a AED pode contribuir para (a) a identificação do que é injusto – toda regra que gera desperdício (é ineficiente) é injusta, e (b) é impossível qualquer exercício de ponderação se quem o estiver realizando não souber o que está efetivamente em cada lado da balança, isto é, sem a compreensão das consequências reais dessa ou daquela regra.²²⁰

Apresentadas essas notas elementares sobre a eficiência econômica enquanto valor instrumental, calha o acréscimo de algumas considerações sobre o objeto de pesquisa particularmente. Para os fins do presente estudo, é necessário tomar a eficiência econômica sob dois conjuntos de instituições: o âmbito contratual – ou de transações no mercado – e o âmbito hierárquico, da coercitividade das normas de ordem pública, gênero do qual a tributação é espécie.

No âmbito contratual, os custos de oportunidade e benefícios são identificados de forma mais clara, o que permite a ampla aplicação dos modelos de eficiência econômica antes examinados. Assim, quando examinados os ajustes realizados por contribuintes, sobretudo na relação tida com os chamados “planejadores”, a noção de eficiência econômica será invocada de maneira a expor os incentivos e limites da própria formatação do negócio entre as partes.

Por outro lado, também serão examinados os incentivos deixados pelo ordenamento jurídico, o que retira a noção de transações no mercado e impõe a relação hierárquica. A aplicabilidade da eficiência econômica, nesse particular, não se evidencia tão claramente. Como visto anteriormente, é possível considerar que a tributação seja eficiente pela perspectiva do modelo de Kaldor-Hicks, se considerado que eventual prejuízo do contribuinte poderá vir a ser recompensado pelos investimentos públicos. Entretanto, isso não autoriza afirmar que toda e qualquer tributação será eficiente, pois ela poderá ser relevante o bastante para impedir o desenvolvimento de negócios entre particulares (exemplificada pela incidência de contribuição previdenciária sobre a remuneração paga a empregados, o que desincentiva a contratação, e de cobrança de tributos altos sobre a propriedade de áreas habitadas por indivíduos de baixa renda, que incentiva a informalização e

²²⁰ GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (coord.). *Direito e Economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do Direito*. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 28-29.

precariedade) e, até mesmo, reduzir a própria arrecadação (como revela a noção contida na Curva de Laffer²²¹).

Em suma, compreende-se a eficiência econômica como valor instrumental à promoção de outros fins. Ainda assim, a dissociação entre os conceitos não é completa, pois não impede que se reconheça que determinados fins não serão atingidos se o instrumento for ineficiente, como se toma pela noção de injustiça pela ineficiência dos meios²²².

Arrematando-se o presente capítulo, pode-se afirmar que a introdução dos marcos teóricos da AED teve por objetivo amparar o ferramental metodológico utilizado, sobretudo a teoria dos custos de transação. Além disso, foram apresentadas algumas linhas sobre o consequencialismo ora adotado como elemento de construção da norma, desde que presentes determinadas condições.

A segurança jurídica, como visto, pode ser tomada sob diferentes perspectivas. De componente cultural da sociedade a elemento influenciador da construção da norma, sua importância é indiscutível, sobretudo no campo do Direito Tributário, uma vez que assegura a estabilidade e a efetividade da norma jurídica. Considerando-se a pretensão do presente estudo, adota-se a segurança jurídica como elemento de aferição da qualidade do ordenamento jurídico, de modo que os conceitos de cognoscibilidade, calculabilidade e confiabilidade evidenciam sua relevância. Ao mesmo tempo, ela é incluída no âmbito das consequências desejáveis da aplicação do Direito.

Por fim, a eficiência econômica é tida aqui como verdadeiro “valor instrumental”, o qual revela sua importância exatamente na avaliação dos meios utilizados, em detrimento dos fins atingidos ou atingíveis. Os critérios de Pareto e Kaldor-Hicks, conceitos que permitem reconhecer a ocorrência de alocações eficientes, foram expostos de forma sintetizada, tudo no afã de bem examinar o tema de fundo. Destacou-se, em paralelo, que a eficiência econômica depende da

²²¹ Resumida da seguinte forma por Cristiano Carvalho: “A Curva de Laffer, modelo proposto pelo economista homônimo norte-americano, demonstra que em certas situações, quanto maior a alíquota de um tributo, maior será a deserção de seu pagamento.” CARVALHO, Cristiano da Rosa. *Análise econômica da tributação*. In: TIMM, Luciano Benetti (coord.). *Direito e Economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do Direito*. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 271.

²²² Há correlação com o conceito de proporcionalidade encontrado, por exemplo, na obra de Humberto Ávila, “Teoria dos Princípios”, em que se compreende a proporcionalidade, entre outras perspectivas, como adequação entre os fins e os meios. Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 174-181.

estipulação do bem a ser maximizado. Por fim, apresentou-se o conjunto de instituições que serão enfocadas, relações de mercado e hierárquicas, com a menção às particularidades de cada caso para o tema.

4 ANÁLISE DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO SOB A PERSPECTIVA DA AED

4.1 A ESTRUTURA DE INCENTIVOS SUBJACENTE AOS PLANEJAMENTOS TRIBUTÁRIOS

O método comumente empregado na AED exige a compreensão da estrutura de incentivos do objeto a ser estudado. Para Ejan Macckay e Stéphane Rousseau, trata-se da primeira etapa da análise a ser empreendida²²³ na pesquisa dessa estirpe. Desse modo, o presente capítulo servirá ao fim de expor a conflagração dos elementos antes apresentados. Ou seja, será examinado o planejamento tributário a partir da perspectiva dos incentivos que geram influxo sobre os agentes relevantes, aqui considerados os contribuintes, as autoridades fiscais e os “planejadores”.

Por estruturas de incentivos, refere-se aqui aos mecanismos que induzem ou desincentivam o *homo oeconomicus*, sujeito paradigma da pesquisa. No âmbito dos planejamentos tributários, as estruturas de incentivo se dão em diversos níveis, ainda que as grandes alavancas se estabeleçam no nível financeiro. Apresentados os conceitos elementares vinculados aos planejamentos tributários e ultrapassadas as noções básicas sobre a análise econômica do direito, suas escolas e metodologias, a segurança jurídica e a eficiência econômica, pode-se fundir os objetos de maneira a expor o tema central do presente estudo.

Como sói, a insegurança jurídica acarreta custos àqueles que almejam planejar seus negócios e, ao mesmo tempo, salvaguardá-los o máximo possível em relação à tributação. Esses custos são traduzidos, por exemplo, na eventualidade de vir a ser alvo da fiscalização tributária, ainda que adote práticas comuns e já chanceladas por decisões anteriores, o que lhe obrigará a enfrentar custos com a defesa de sua conduta. Também se revela na imprescindibilidade de contratação profissionais extremamente especializados para dar forma adequada às práticas de eliminação, redução ou postergação da incidência tributária.

Da mesma forma, as autoridades fiscais incorrem em custos de transação ao exercerem sua atividade de fiscalização. Com efeito, uma autarquia como a Secretaria da Receita Federal do Brasil, responsável pela fiscalização tributária e

²²³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do Direito*. 2. ed. Tradução de Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2020. p. 669.

aduaneira no âmbito federal, realiza vultosos investimentos para aparelhar de forma adequada seu pessoal no intuito de obter maiores taxas de retorno.

Partindo-se do conceito adotado inicialmente para “planejamento tributário”, a pesquisa focará no “teste preventivo” mencionado por Heleno Tôrres²²⁴, ou seja, a compreensão de que o contribuinte realiza um ato ou negócio, ou uma série de atos e/ou negócios, no intuito de reduzir a carga fiscal incidente sobre a sua operação baseando-se numa leitura que realiza do ordenamento jurídico e dos precedentes estabelecidos acerca da matéria. Registra-se que o conceito adotado traz benefícios do ponto de vista metodológico, uma vez que, em primeiro lugar, as divergências acerca do assunto, como visto em tópico próprio, são grandes demais e, em segundo lugar, a decisão leva em conta as possíveis decisões tomadas por terceiros, as quais têm larga influência sobre o resultado obtido.

Reitera-se que a licitude de qualquer operação minimamente arrojada é discutida no âmbito fiscal. Em outras palavras, para se ter uma definição acerca da licitude, não basta a interpretação adequada da legislação por parte dos contribuintes e seus especialistas. É necessário, por vezes, que uma determinada formatação seja escrutinada no âmbito administrativo e judicial para se ter, ao fim, uma definição quanto à sua licitude.

Nesse sentido, é importante perceber que mesmo havendo certo reflexo das divergências dogmáticas observadas anteriormente nos votos apresentados pelos conselheiros do CARF, o posicionamento recente do tribunal administrativo normalmente acolhe posições de caráter mais “fiscalista”. Em alguns tópicos, isso é relevado de forma intensa. Veja-se o tema dos “negócios jurídicos indiretos”, o qual é tomado pela doutrina especializada sob uma perspectiva totalmente diversa dos conselheiros. Mesmo autores²²⁵ com posicionamento mais restritivo à liberdade dos contribuintes compreendem que o “negócio jurídico indireto” não se confunde, *a priori*, com negócio simulado. Nesse particular, pode-se afirmar que há uma linha tênue a separar os institutos, mas somente o exame da causa do negócio jurídico em concreto pode revelar a distinção²²⁶. O tribunal administrativo, por sua vez,

²²⁴ TÔRRES, Heleno. *Direito Tributário Internacional: planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 37.

²²⁵ GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 295.

²²⁶ ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 1999. p. 160 *apud* GUTIERREZ, Miguel Delgado; PINTO, Alexandre Evaristo. O negócio indireto e o planejamento tributário. *Revista de Direito Tributário Atual*, São Paulo, IBDT, n. 49, p. 439, 2021.

usualmente²²⁷ utiliza as expressões como sinônimas ou elenca o “negócio jurídico indireto” como elemento a ser combatido nos planejamentos tributários²²⁸. Ou seja, mesmo o tribunal administrativo que é a arena típica das discussões trilha, por vezes, compreensão própria, descompassada com a doutrina que o estuda, de maneira que amparar a licitude de um determinado planejamento tributário anteriormente ao escrutínio da fiscalização mais se assemelha a um exercício de profecia do que predição.

Além disso, para se examinar a estrutura de incentivos, é necessário compreender que contribuintes, “planejadores” e autoridades fiscais agem baseados em expectativas vinculadas a condutas de terceiros. Alguns contribuintes podem adotar métodos ilícitos de economia fiscal por considerarem que é vantajoso ou por suporem, até mesmo por má orientação, que o risco associado à expedição do auto de infração fiscal é válido. Especialistas em planejamento podem propor estruturas negociais baseadas não apenas em critérios de licitude propriamente, mas na probabilidade de o modelo manter-se despercebido pelo Fisco. E, por sua vez, autoridades fiscais também podem ser incentivadas a realizar autuações frívolas, como se verá adiante, na expectativa de que alguns contribuintes prefiram pagar a submeter-se à incerteza de uma discussão administrativa ou judicial.

De maneira a expor mais detalhadamente a estrutura de incentivos vinculada a cada “agente relevante”, passa-se à análise individualizada da estrutura de incentivo dos contribuintes, das autoridades fiscais e dos “planejadores”.

4.1.1 Estrutura de incentivos dos contribuintes

O tributarista alemão Klaus Tipke, em exercício confessadamente casual, identifica sete espécies de contribuintes²²⁹: a) o *homo oeconomicus*; b) o barganhista; c) o desgostoso com o Estado; d) o liberal; e) o elusor fiscal legalístico; f) o inexperiente e g) o sensível à justiça. Independentemente do conceito dado a

²²⁷ GUTIERREZ, Miguel Delgado; PINTO, Alexandre Evaristo. O negócio indireto e o planejamento tributário. *Revista de Direito Tributário Atual*, São Paulo, IBDT, n. 49, p. 448, 2021.

²²⁸ Mesmo quando anula autos de infração fiscal vinculados a planejamentos tributários, o CARF sustenta que o negócio jurídico indireto é modelo de ato a ser combatido, conquanto vigente autorização legal à atuação do contribuinte. GUTIERREZ, Miguel Delgado; PINTO, Alexandre Evaristo. O negócio indireto e o planejamento tributário. *Revista de Direito Tributário Atual*, São Paulo, IBDT, n. 49, p. 450, 2021.

²²⁹ TIPKE, Klaus. *Moral tributária do Estado e dos contribuintes*. Tradução de Luiz Doria Furquim. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2012. p. 103-111.

cada um deles, é possível tomar a compreensão sob a perspectiva da AED no sentido de se identificar níveis diferenciados de aversão ao risco. A economia comportamental, campo fértil de estudos da área, pode examinar tais conceitos com propriedade para identificar ali vieses comportamentais que induzem – e podem, até mesmo, antecipar – qual conduta será adotada pelo contribuinte.

Do ponto de vista institucional, contudo, deita-se os olhos sobre os incentivos apresentados pelo próprio sistema tributário e confronta-os com as atividades dos contribuintes considerados como *homo oeconomicus*. Ou seja, toma-se por pressuposto que os indivíduos tendem a considerar os efeitos da tributação em sua atividade econômica e estabelecem condutas ante sua coercitividade no intuito de explorar caminhos financeiramente favoráveis a si. Como afirma Manoel Gustavo Neubarth Trindade²³⁰:

Outra justificativa para a utilização do pressuposto da racionalidade reside na resposta ao questionamento de qual modelo de homem deve ser utilizado para se elaborar as normas. Certamente não podemos supor que todos os homens são bons e altruístas, o que indica ser mais apropriado e prudente, além de afastar a incidência de riscos, supor que os homens são egoístas e que procuram maximizar o seu próprio bem-estar, aliás, circunstância que é plenamente corroborada pelas regras da experiência.

Em um cenário de tributação efetiva onerosa, os contribuintes são ainda mais incentivados a se utilizarem de medidas de planejamento tributário²³¹, até mesmo para a realização de atos e/ou negócios ilícitos. Há uma proporção diretamente associável aqui, a ponto de Charles Adams afirmar:

Como regra geral, a evasão tributária difundida é um claro sinal de que o sistema tributário governamental é ruim. As pessoas pagarão seus tributos, mesmo o imposto de renda, se as alíquotas forem razoáveis. [...] Eu penso que os norte-americanos ainda gostariam do tributo se o governo o mantivesse simples, justo e barato (tradução nossa).²³²

²³⁰ TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. Análise Econômica do Direito Tributário - Distinção da Interpretação Econômica a Ponderações Introdutórias quanto à sua Definição e Aplicações. *Revista Tributária das Américas*, São Paulo, Thompson Reuters, v. 7, p. 453-488, 2013.

²³¹ CARVALHO, Cristiano da Rosa. *Teoria da Decisão Tributária*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018. p. 237-239.

²³² “As a general rule, widespread tax evasion is a sure sign a government’s tax system is bad. People will pay taxes, even income taxes, if the rates are reasonable. [...] I think Americans would still like the tax if the government had kept it simple, fair, and modest.” ADAMS, Charles. *For Good and Evil: The Impact of Taxes on the Course of Civilization*. 2. ed. Oxford: Madison Books, 1999. p. 398.

Como visto anteriormente, o conceito de planejamento tributário adotado neste estudo não se restringe às hipóteses de condutas voltadas à realização de práticas lícitas de redução, postergação ou eliminação de tributos, mas alberga também as práticas ilícitas. Na esteira do que se afirmou, o planejamento, em si, não pode ser tachado de lícito ou ilícito, mas apenas as ideias que o contribuinte põe em prática através de atos ou negócios jurídicos. E mesmo práticas ilícitas podem ser racionalizadas pelo contribuinte no intuito de evitar a cobrança de tributos.

Como se verá adiante, há vasto campo de estudos pertencente às escolas de AED que se dedica exatamente à perspectiva econômica da evasão tributária. Dessa forma, os tópicos a seguir examinarão os incentivos que os contribuintes recebem para adotar uma ou outra forma de atuação.

4.1.1.1 Incentivos à elisão fiscal

Retomando-se o conceito antes apresentado para a expressão “planejamento tributário”, compreende-se que o ato de planejar não pode ser confundido com seu resultado, o qual somente é conferido no ato ou negócio efetivamente empreendido pelo contribuinte. Se se tratará de hipótese lícita de economia de tributos ou de expediente ilícito, é somente a análise dos atos efetivos que revelará sua qualificação jurídica. O próprio ato de planejar não pode ser tomado sob a dicotomia, pois os atos não se confundem com a preparação que lhes antecede.

Por essa lógica, afirma-se que todo contribuinte que toma uma decisão vinculada à incidência tributária incorre numa prática de planejamento²³³. A opção pelo regime fiscal de tributação do lucro apurado, por exemplo, é uma decorrência dessa operação pré-jurídica, assim como a adesão ao regime simplificado de tributação previsto na Lei Complementar n. 123/06²³⁴ ou o Regime Optativo de Tributação do ICMS-ST no âmbito dos Estados²³⁵. Ao definir quais serão as balizas

²³³ É relevante reiterar que se trata de opinião praticamente isolada, uma vez que grande parcela da doutrina tributária não enquadra no conceito de planejamento tributário as “opções legais”, como são chamadas tais alternativas oferecidas pela legislação aos contribuintes. A despeito disso, a compreensão em que se estabelece a presente pesquisa impede que essas práticas sejam desconsideradas para tal fim.

²³⁴ BRASIL. *Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006*. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.ht. Acesso em: 22 jan. 2022.

²³⁵ Exemplo disso é a Lei Estadual Paulista n. 17.293/20. Cf. SÃO PAULO. *Lei Estadual n. 17.293, de 15 de outubro de 2020*. Estabelece medidas voltadas ao ajuste fiscal e ao equilíbrio das contas

de tributação optativa que seu empreendimento observará, o contribuinte, a rigor, expõe-se ao escrutínio da autoridade fiscal. Por evidente, algumas escolhas são menos propensas a gerar incerteza do que outras, sobretudo quando o nível de objetividade das regras incidentes e a segurança jurídica acerca do seu conteúdo são maiores.

A rigor, o mero fato de “faturar” menos pode também ser compreendido como uma espécie de planejamento tributário. Alguns contribuintes podem se valer dessa medida no intuito de se manter nos limites de faturamento previstos para alguns regimes tributários que lhes sejam benéficos. Os tetos de faturamento previstos para o SIMPLES²³⁶ e para a tributação do IRPJ sobre bases de lucro presumidas induzem contribuintes a adotarem tais medidas. Ou seja, pessoas jurídicas podem optar por interromper seu faturamento com objetivo de evitar que o montante atingido lhes impeça de se manter no regime fiscal mais benéfico.

É necessário ressaltar que mesmo as opções fiscais podem gerar dubiedade e, conseqüentemente, insegurança. Como exemplo disso, pode-se tomar o caso das pessoas jurídicas impedidas de se submeter à tributação do IRPJ sobre bases de lucro presumidas. Ainda que elas estejam enquadradas dentro da faixa de faturamento prevista legalmente²³⁷, as vedações previstas no art. 14 da Lei n. 9.718/98 podem gerar dubiedade na sua interpretação e ocasionar incerteza quanto à possibilidade de exercício da opção. Tome-se o exemplo da segregação de atividades entre pessoas jurídicas componentes do mesmo grupo econômico. Ainda que não exista uma vedação expressa na lei, essa conduta que explora uma típica opção legal é contestada em diversos lançamentos tributários²³⁸. Por outro lado,

públicas e dá providências correlatas. São Paulo: Governo do Estado, 2020. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2020/lei-17293-15.10.2020.html>. Acesso em: 22 jan. 2022.

²³⁶ Previsto no art. 3º, II, da Lei Complementar n. 123/06, atualmente de R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais) anuais. Cf. BRASIL. *Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006*. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Brasília, DF:

Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm. Acesso em: 22 jan. 2022.

²³⁷ Previsto no art. 13 da Lei n. 9.718/98, atualmente de R\$ 78.000.000,00 (setenta e oito milhões de reais). Cf. BRASIL. *Lei n. 9.718, de 27 de novembro de 1998*. Altera a Legislação Tributária Federal. Brasília, DF:

Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9718.htm. Acesso em: 23 jan. 2022.

²³⁸ MOREIRA, Gabriel Eugênio Barreto; ROSENBLATT, Paulo. Nem tanto ao céu, nem tanto à terra: repensando a aplicação do propósito negocial a partir de uma análise da recente jurisprudência do CARF. *Revista de Direito Tributário Atual*, São Paulo, IBDT, n. 43, p. 502, 2019.

pode-se ressaltar caso que atrai ainda mais complexidade, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em que uma sociedade empresária sustentou a inconstitucionalidade em concreto da aplicação da referida norma, uma vez que a colocava em desvantagem competitiva perante seus pares, cuja faturamento, por ser menor, não lhes retirava a opção²³⁹. O nível de complexidade da legislação tributária é tão grande que mesmo condutas chanceladas pela legislação e pela prática cotidiana tornam-se alvo de autos de infração tributária pelas autoridades fiscais, como a distribuição desproporcional de lucros nas sociedades de profissionais liberais^{240,241}. Ou seja, há incerteza mesmo no que, em tese, corresponde a opções claramente asseguradas em lei.

De outro norte, a adoção de condutas que correspondam a elisão fiscal é uma prática recomendada às pessoas jurídicas e, inclusive, extremamente comum no âmbito das maiores empreendedoras. São notórios os exemplos de atividades empresariais que reduziram ou, até mesmo, eliminaram a incidência tributária que

²³⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação/Reexame Necessário nº 2008.71.00.027934-4*. Recorrente: União – Fazenda Nacional; Recorrido: Imobiliária Coliseu Ltda. Relator Leandro Paulsen. Julgado em 09/05/12, publicado em 17/05/12. Primeira Turma. Disponível em: https://consulta.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=4944851&hash=3c6462a59495b916ab2cda1b3391a504. Acesso em: 25 nov. 2021.

²⁴⁰ Nesse sentido, a própria Receita Federal do Brasil já se posicionou em 2010 sobre os requisitos à validade fiscal da distribuição desproporcional de lucros, o que, ainda assim, não impede que autoridades fiscais federais procedam a lançamentos em desconsideração à distribuição desproporcional realizada pelos contribuintes. Cf. BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil. Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil da 6ª Região Fiscal. *Solução de Consulta n. Disit/SRRF06 n. 46*, de 24 de maio de 2010. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=65310&visao=anotado>. Acesso em: 5 fev. 2022.

²⁴¹ Há diversos precedentes no âmbito do CARF no sentido de prover recursos de contribuintes que buscam o reconhecimento da ilegalidade da cobrança de tributos sobre desconsideração da distribuição desproporcional de lucros realizada com amparo no contrato social e escrituração contábil adequada. O mero fato de se exigir que o contribuinte recorra ao Tribunal administrativo para evitar a procedência do lançamento já indica certo nível de incerteza. Dentre os vários casos, é possível citar os três a seguir: BRASIL. Ministério da Fazenda. Câmara Administrativa de Recursos Fiscais. *Recurso Especial do Contribuinte n. 10140.722768/2011-58*. Ernesto Borges Advogados S.S. v. Fazenda Nacional. Acórdão n. 2302-003.375. 2ª Turma. Relatora: Conselheira Liege Lacroix Thomasi. Julgado em 10 set. 2014. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/10140722768201158_5381773.pdf. Acesso em: 4 fev. 2022; *Idem. Recurso Especial do Contribuinte n. 10140.720903/2011-21*. Sami Serviços e Assessoria em Medicina Intensiva S.S. v. Fazenda Nacional. Acórdão n. 1302-005.286. 2ª Turma. Relator: Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca. Julgado em 17 mar. 2021. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/10140720903201121_6356846.pdf. Acesso em: 4 fev. 2022; *Idem. Recurso Especial do Contribuinte n. 12448.726481/2011-78*. Brasil, Pereira Neto, Galdino Macedo Advogados v. Fazenda Nacional. Acórdão n. 1401-004.224. 2ª Turma. Relatora: Conselheira Letícia Domingues Costa Braga. Julgado em 12 fev. 2020. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/10140720903201121_6356846.pdf. Acesso em: 4 fev. 2022.

vieram a ser chanceladas pelas cortes competentes à sua análise. Os incentivos à adoção das práticas são sobretudo financeiros, ainda que algumas estruturas societárias pensadas para fins tributários possam causar benefícios de organização empresarial. Nesse sentido, a segregação de atividades da pessoa jurídica, prática que já veio a ser chancelada em alguns precedentes no âmbito do CARF, pode alcançar essas duas finalidades, gerando tanto a economia tributária decorrente da combinação de regimes tributários quanto a melhor organização empresarial acarretada pela autonomização das atividades.

A adoção de medidas elisivas, portanto, é uma prática relativamente consagrada. Conquanto inexista vedação vigente à elisão, na esteira do recente posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 2.446, é necessário reconhecer que não é raro ver certa movimentação no âmbito político no sentido de coibi-las.

Nesse sentido, pode ser citada como exemplo a Medida Provisória n. 685/15, que havia sido editada no intuito de obrigar os contribuintes a revelar o “conjunto de operações [...] que envolva atos ou negócios jurídicos que acarretem supressão, redução ou diferimento de tributo”²⁴² sempre que o arranjo, em outras palavras, não detenha propósito comercial, seja efetivado através de negócio jurídico indireto ou em outras hipóteses a serem expressamente previstas pela Receita Federal²⁴³. Os dispositivos que tratavam sobre a obrigação de revelação não foram convertidos em lei, mas ainda assim revelam um nítido intento de maior controle sobre as referidas práticas.

De fato, baseando-se na compreensão antes adotada para se reconhecer que há uma necessidade de a tributação se estabelecer de forma ampla o bastante para se evitar o “problema do *free rider*”, ou seja, o oportunista que se aproveita das externalidades positivas geradas pelo Estado sem concorrer na sua manutenção

²⁴² Redação constante no *caput* do art. 7º da Medida Provisória n. 685/15. BRASIL. *Medida Provisória n. 685*, de 21 de julho de 2015. Institui o Programa de Redução de Litígios Tributários - PRORELIT, cria a obrigação de informar à administração tributária federal as operações e atos ou negócios jurídicos que acarretem supressão, redução ou diferimento de tributo e autoriza o Poder Executivo federal a atualizar monetariamente o valor das taxas que indica. Brasília, DF: Secretaria Geral, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/mpv/mpv685impressao.htm. Acesso em: 30 out. 2021.

²⁴³ Registra-se, ainda que, que tal modelo de legislação é corroborado pela “Action 12” das “BEPS Actions” de autoria da OCDE, que trata das “Mandatory Disclosure Rules”, ou seja, a recomendação de que “contribuintes e ‘planejadores’ revelem arranjos de planejamento tributário agressivo” Cf. ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO *Action 12: Mandatory Disclosure Rules*. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action12/>. Acesso em: 5 fev. 2022.

através do recolhimento dos tributos, pode-se afirmar que é natural que se identifique uma variedade de políticas legislativas vocacionadas a impedir os contribuintes de agir dessa maneira, desde instrumentos legais de caráter mais genérico, enquadradas dentro do que se chama “*General Anti-Avoidance Rules*” (GAARs), até as medidas que se inserem especificamente em alguns setores, atividades econômicas ou práticas, as “*Specifics Anti-Avoidance Rules*” (SAARs). No Brasil, como visto, não há GAAR vigente, ao passo que são identificáveis hipóteses de SAARs, como a legislação que rege preços de transferência²⁴⁴.

Por sua vez, é possível afirmar que a contenção de medidas elisivas mais ousadas, muitas vezes ultrapassando a fronteira que as distingue da evasão, é efetivada por circunstâncias alheias à legislação fiscal em si. É exemplo disso a governança corporativa em sociedades empresárias, que se afigura como uma ferramenta de contenção de planejamentos tributários mais ousados, como atesta pesquisa de Mihir Desay, Alexander Dyck e Luigi Zingales²⁴⁵. Da mesma forma, sociedades empresárias regidas por entidades familiares são menos propensas a adotarem tais práticas²⁴⁶, conquanto pesquisa realizada no Brasil por Antonio Lopo Martinez e Giliard Creton Ramalho²⁴⁷ sustente que firmas assim enquadradas recolhem menos tributos do que a média. A mesma pesquisa, porém, confirma a menor discrepância entre a “receita contábil” e a “receita tributável”²⁴⁸ nessa espécie de empresas, condição comumente associada a práticas elisivas ou evasivas.

Da mesma forma, são identificados no Brasil programas governamentais específicos cuja maneira de atuação se insere na colaboração entre autoridades fiscais e contribuintes. Em São Paulo há o “Programa Nos Conformes”, instituído

²⁴⁴ GERMANO, Livia de Carli. *Planejamento tributário e limites para a desconsideração do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 142.

²⁴⁵ DESAI, Mihir; DYCK, Alexander; ZINGALES, Luigi. Theft and Taxes. *Journal of Financial Economics*, Cambridge, v. 3, n. 84, p. 591-623, 2007. Disponível em: <https://pdf.sciencedirectassets.com/271671/1-s2.0-S0304405X07X02411/1-s2.0-S0304405X07000323/main.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2022.

²⁴⁶ CHEN, Shuping *et al.* Are Family Firms More Tax Aggressive than Non-Family Firms? *Journal of Financial Economics*, Cambridge, n. 95, v. 1, p. 41-61, 2010. Disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0304405X09001640>. Acesso em: 21 jan. 2022.

²⁴⁷ MARTINEZ, Antonio Lopo; RAMALHO, Giliard Creton. Family Firms and Tax Aggressiveness in Brazil. *International Business Research*, Ontario, v. 7, n. 3, p. 129-136, 2014.

²⁴⁸ A diferença de resultados na pesquisa nos ambientes norte-americano e brasileiro é justificada por Martinez e Ramalho nos seguintes argumentos: menor rejeição pública no Brasil às medidas de evasão ou elisão, o que aumentaria a propensão às práticas, e problemas metodológicos de pesquisa relacionados à carga tributária das diferentes esferas de governo brasileiro (federal, estadual e municipal), o que refletiria nos dados da pesquisa sem a possibilidade de escrutínio efetivo.

pela Lei Complementar Paulista n. 1.320/18²⁴⁹, e no Rio Grande do Sul há o “Programa de Estímulo à Conformidade Tributária”, criado pela Lei Gaúcha n. 15.576/20²⁵⁰. Trata-se, aqui, de medidas legais baseadas em um modelo de conduta que busca recurso na cooperação entre autoridade fiscal e contribuintes, em detrimento do modelo convencional, que se vale do desincentivo da sanção. Entre as medidas que são agasalhadas nesse modelo de conduta, identificam-se as chamadas “notificações prévias de autorregularização”, ou seja, espécie de comunicação firmada entre a autoridade e o contribuinte em fase anterior ao lançamento dos tributos através da “autuação”. Após identificada alguma inconsistência na escrita fiscal, é autorizada a instauração de comunicação informal em que os contribuintes podem expor as suas razões para legitimar a inconsistência ou corrigir pequenos equívocos formais, sem atrair os custos normalmente associados ao lançamento de ofício. Esse modelo de atuação estatal deve acarretar resultados particularmente interessantes no âmbito dos planejamentos tributários, uma vez que permitirá a adequação de condutas para os contribuintes que realizaram arranjos de licitude discutível.

Examinados os incentivos à elisão fiscal, passa-se aos incentivos à evasão fiscal. Ou seja, serão examinados os incentivos que os contribuintes detêm para efetivamente atuar ilícitamente, ainda que escudados por pretensos arranjos de planejamento tributário com ares de licitude.

²⁴⁹ SÃO PAULO. Assembleia Legislativa. *Lei Complementar n. 1.320, de 6 de abril de 2018*. Institui o Programa de Estímulo à Conformidade Tributária - "Nos Conformes", define princípios para o relacionamento entre os contribuintes e o Estado de São Paulo e estabelece regras de conformidade tributária. São Paulo: Governo do Estado, 2018. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2018/lei.complementar-1320-06.04.2018.html>. Acesso em: 3 mar. 2022.

²⁵⁰ RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa. *Lei n. 15.576, de 29 de dezembro de 2020*. Institui o Código de Boas Práticas Tributárias do Estado do Rio Grande do Sul, cria o Conselho de Boas Práticas Tributárias, autoriza a criação das Câmaras Técnicas Setoriais, estabelece hipóteses de acordos setoriais de boas práticas, institui o Programa de Estímulo à Conformidade Tributária – Nos Conformes RS, estabelece regras de conformidade tributária. Porto Alegre: Assembleia Legislativa, 2020. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/LEI%2015.576.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2022.

4.1.1.2 Incentivos à evasão fiscal

“Irmã gêmea do tributo”²⁵¹, a evasão fiscal é aqui compreendida como ato ilícito, necessariamente. Pouco importa à qualificação se é intencional ou não. Não se desconhece o fato de que alguns tributaristas de relevo, como Rubens Gomes de Sousa e Hermes Marcelo Huck, adotem terminologia diversa para qualificar os atos ilícitos de redução, eliminação ou postergação de tributos, porém aqui se adota a posição majoritária²⁵² da doutrina brasileira.

A intencionalidade não é componente necessário à qualificação, como dito anteriormente. A complexidade do Direito Tributário pode facilmente gerar exemplos de tributos que deixam de ser recolhidos inocentemente pelo sujeito passivo da obrigação fiscal, o que não interfere na compreensão de que se trata, efetivamente, de evasão. Da mesma forma, a evasão pode tanto decorrer da inação quanto de atos comissivos, somente importando à compreensão adotada de que o resultado seja ilícito. Nessa lógica, autores como Antônio Roberto Sampaio Dória²⁵³ realizam uma classificação das espécies de evasão, distinguindo-as entre evasões omissivas e comissivas, mas não deixam de atribuir-lhe sempre a marca da ilicitude.

Como afirmado, é plenamente possível que o sujeito passivo da obrigação tributária cometa uma evasão de forma não intencional, por desconhecimento pessoal da incidência do tributo ou por não realizar adequadamente a escrita fiscal que lhe seria exigível. Considerando que o sistema tributário brasileiro é o que mais demanda tempo²⁵⁴ dos profissionais no cumprimento das obrigações acessórias – ou deveres instrumentais, como prefere parte da doutrina²⁵⁵ –, é razoável afirmar que a complexidade talvez seja das causas mais comuns para evasões tributárias.

Por outro lado, há atitudes de contribuintes que são vocacionadas a obter ganhos financeiros de forma ilícita (declarar os tributos devidos e não os recolher

²⁵¹ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Elisão e evasão fiscal*. São Paulo: Livraria dos Advogados, 1971. p. 10.

²⁵² BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário: limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016. p. 156.

²⁵³ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Elisão e evasão fiscal*. São Paulo: Livraria dos Advogados, 1971. p. 15.

²⁵⁴ RUSSI, Anna. Banco Mundial: empresas gastam até 1.501 horas para pagar impostos no Brasil. *CNN Brasil*, Brasília, 15 jun. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/banco-mundial-empresas-gastam-ate-1501-horas-para-pagar-impostos-no-brasil/>. Acesso em: 4 mar. 2022.

²⁵⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 286.

voluntariamente, apropriar-se de benefícios sabidamente não direcionados à sua classe de contribuintes etc.) através do não-recolhimento de tributos. Ou seja, ainda que ciente das consequências de sua atuação, o contribuinte assume o risco pois é compensado pelos benefícios financeiros. Alejandro Bugallo Alvarez, citando Lewis Kornhauser²⁵⁶, afirma:

É possível distinguir dois tipos de decisões por parte dos agentes, sujeitos de obrigações legais: 1) uma decisão sobre a intensidade com que o agente participa na atividade geradora da obrigação legal e 2) a partir dessa participação o agente decide se cumprirá com sua obrigação ou não. Neste contexto, a proteção do direito impõe um preço às decisões dos agentes. A decisão de não cumprir uma obrigação resulta de uma ponderação estabelecida entre o custo relativo do descumprimento em relação ao custo relativo do cumprimento, enquanto que a decisão sobre o nível ou intensidade da atividade do agente resulta da magnitude do custo em que incorre como resultado de cumprir ou não cumprir com a norma

Em sentido semelhante, mas já examinando o Direito Tributário, Cristiano Carvalho afirma: “Portanto, quando se trata de tributos, incentivos passam a ter importância fundamental. A moral consequencialista assume a dianteira e a Deontologia fica em segundo plano.”²⁵⁷. Tome-se o exemplo do profissional que omite a renda obtida no intuito de fraudar a incidência do Imposto sobre a Renda de Pessoa Física (IRPF). Efetivamente, o contribuinte em questão considera o contexto para definir a viabilidade de sua conduta, que já sabe ser ilícita. O profissional liberal que recebe a remuneração pode omitir seus rendimentos em consideração às suas chances de ser fiscalizado. Trata-se de conduta tipicamente evasiva que também é planejada.

De fato, há contribuintes que apostam sua viabilidade empresarial na circunstância de não recolherem os tributos devidos²⁵⁸. Um caso célebre foi julgado no âmbito do Recurso Extraordinário n. 550.769/RJ^{259,260}, em que a contribuinte

²⁵⁶ KORNHAUSER, Lewis A. El Nuevo Análisis Económico del Derecho: Las Normas Jurídicas como Incentivos. In: ROEMER, Andrés (org). *Derecho y Economía: una Revisión de la Literatura*. México: Fondo de Cultura Económica, 1988. p. 22. *apud* ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do Direito: contribuições e desmistificações. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29. p. 49-68, jul./dez. 2006.

²⁵⁷ CARVALHO, Cristiano da Rosa. *Teoria da Decisão Tributária*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018. p. 230.

²⁵⁸ GHERSEL, Giovanna. A fumaça por trás dos devedores contumazes. *Revista JOTA*, Brasília, 7 jun. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/a-fumaca-por-tras-dos-devedores-contumazes-07062017>. Acesso em: 23 jan. 2022.

²⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 550.769/RJ*. Recorrente: American Virginia Indústria Comércio Importação e Exportação de Tabacos Ltda; Recorrida: União – Fazenda Nacional. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgado em: 22/05/13. Disponível em:

mantinha rotina de inadimplementos fiscais. Para tanto, amparava a manutenção de seu empreendimento com esteio em medidas judiciais baseadas em precedentes consolidados²⁶¹, os quais vetavam o embaraço às atividades empresariais de contribuintes em débito. No julgamento do caso, o relator, Ministro Joaquim Barbosa, registrou que a dívida tributária da recorrente era bilionária à época do julgamento²⁶², de modo que seu método de sobrevivência no mercado alegadamente feria de forma direta a livre concorrência. Tal modo de atuação, por evidente, constitui-se como modelo a ser considerado no âmbito da análise ora empreendida, uma vez que se trata de típico empreendimento racional – ainda que de caráter moral no mínimo duvidoso – de contribuinte motivado pelos retornos financeiros baseados em condutas tributárias.

Da mesma forma, é possível visualizar o caso de empresas que, em menor medida, também se valham do inadimplemento de obrigações tributárias como meio de “financiamento” de suas atividades. Ou seja, há contribuintes que se valerão da eliminação da carga fiscal no intuito de obter o capital disponível à manutenção ou expansão das atividades. Tal afirmação é explorada por Alexandre José Negrini de Mattos em dissertação²⁶³ que examina a postura das sociedades em relação ao planejamento tributário e a influência das políticas de governança corporativa nesse âmbito. Partindo das lições de Michael Jensen e Willian Meckling²⁶⁴, constata-se que sociedades empresárias financiadas por “dívida” são mais propensas a projetos mais ousados e com maior exposição ao risco. Ou seja, há maiores incentivos à agressividade no âmbito empresarial, sobretudo porque os acionistas podem alocar

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=211925460&ext=.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2022.

²⁶⁰ Uma análise do caso sob a perspectiva da AED pode ser encontrada em: CARVALHO, Cristiano; MATTOS, Ely José de. Entre princípios e regras: uma proposta de análise econômica no Direito Tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 157, p. 27-45, 2008.

²⁶¹ Trata-se das Súmulas 70, 323 e 547 do Supremo Tribunal Federal, as quais permitem tal interpretação.

²⁶² Atualmente, pesquisa junto à “Lista de Devedores” da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional indica que a dívida atualizada da sociedade empresária é de R\$ 3.231.758.255,65. Cf. BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Lista de Devedores da PGFN*. Disponível em: <https://www.listadevedores.pgfn.gov.br>. Acesso em: 23 jan. 2022.

²⁶³ MATTOS, Alexandre José Negrini de. *Maximização da utilidade esperada, planejamento tributário e governança corporativa*. 2017. Dissertação (Mestrado em Contabilidade) – Programa de Pós-Graduação em Controladoria e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/96/96133/tde-10082017-144501/publico/AlexandreJNegrini_Corrigida.pdf. Acesso em: 20 jul. 2022.

²⁶⁴ JENSEN, Michael; MECKLING, Willian. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*, Lausanne, v. 3, n. 4, p. 6-7, 1976. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=94043. Acesso em: 29 jul. 2021.

os riscos aos credores, os quais recebem valores estanques baseados nos juros dos mútuos que realizam e assumem, indiretamente, o risco da falência, já que seus empréstimos não serão saldados.

Essa compreensão pode ser transposta à realização de medidas de evasão pelos contribuintes. Com efeito, é plenamente equiparável o capital das instituições financeiras ao Estado para esse fim. Há uma incerteza associada à evasão, como visto anteriormente, relacionada à própria efetivação do auto de infração fiscal. Em outras palavras, a autoridade fiscal pode ou não realizar o lançamento (em virtude, principalmente, de falhas na atividade fiscalizatória que decorrem da informação imperfeita do Fisco ou, remotamente, da indolência mesma da autoridade). Caso o contribuinte venha a ser autuado, o risco adotado não foi premiado e o contribuinte poderá assumir o prejuízo ou deixar o credor, no caso o Estado, sem o seu pagamento. Por outro curso, caso a autuação não seja realizada, o contribuinte assume os ônus daí decorrentes, como “credor residual”.

Como visto anteriormente, o recolhimento de tributos necessita da compulsoriedade e generalidade para se evitar, do ponto de vista econômico, o problema do “oportunista” (*free rider*). O Estado é um ente que gera externalidades positivas²⁶⁵ e depende, para tanto, de financiamento, o que ocorre sobretudo através da arrecadação. Ao eximir-se de “colaborar” na arrecadação pela exploração dos meios disponíveis que o favorecem, o contribuinte evasor torna-se um “oportunista” que se vale dos bens públicos sem pagar por eles, gerando diversas consequências indesejáveis, inclusive do ponto de vista jurídico, como a violação a princípios constitucionais como igualdade e livre concorrência.

Em suma, é plenamente possível que contribuintes ajam de maneira sabidamente ilícita no intuito de explorar de modo oportunista eventuais brechas deixadas pela atividade fiscalizatória. No que se refere aos contribuintes que se encaixam nessa definição, é possível equipará-los, para fins de compreensão de sua estrutura de incentivos, ao criminoso comum. Deve-se recorrer à economia do crime, ventilada desde Beccaria²⁶⁶ e Bentham²⁶⁷, e que encontra em Gary Becker seu

²⁶⁵ Também é gerador de externalidades negativas, mas o oportunista não é beneficiado ou prejudicado isoladamente por essas e, portanto, a lógica não é aplicável ao caso examinado.

²⁶⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

²⁶⁷ BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Londres: Createspace Independent Publishing Platform, 2016.

estudo seminal, o ensaio *Crime and Punishment: an Economic Approach*²⁶⁸, para compreender, sob a perspectiva adotada aqui, os influxos de conduta.

Em sua obra, o economista americano examinou o crime e a sanção sob a perspectiva econômica, lançando novas luzes à compreensão das políticas e decisões judiciais no âmbito penal. Gary Becker, nesse particular, analisou a conduta criminosa considerando o delinquente um agente racional, o qual toma decisões baseado em riscos e perspectivas de êxito e busca a maximização de seu interesse. Em resumo, demonstrou que a baixa expectativa de punição serve como incentivo ao comportamento inadequado. O raciocínio pode ser aqui invocado para amparar a compreensão de que uma baixa expectativa de sanção ao comportamento do contribuinte oportunista age como motor indutor à prática do planejamento tributário com fins ilícitos.

A compreensão de Gary Becker veio a ser estendida por Michael G. Allingham e Angmar Sandmo²⁶⁹ no campo específico da sonegação. Em suma, trata-se de estudo teórico que se valeu da teoria da utilidade esperada de John von Neumann e Oskar Morgenstern para estabelecer as bases do que viria a ser considerada a “análise econômica da evasão fiscal”²⁷⁰. A sua análise trouxe a equação para identificar as situações em que o contribuinte, em razão da utilidade esperada, daria incentivos para sonegar tributos através da omissão de informações. Eis os termos da equação²⁷¹:

$$UE [e] = (1 - p).U(y - t[y - e]) + p.U(y - ty - \theta te)$$

Pelas notações, tem-se que dada uma renda real “y” e uma renda evadida “e” e considerada uma tributação “t” e a probabilidade “p” de ocorrer a fiscalização que imporá uma sanção “θ”, é possível esquematizar a utilidade esperada de uma evasão fiscal de forma lógica. Partindo-se de uma tributação, multa e probabilidade

²⁶⁸ BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: an Economic Approach*, 1974. p. 1-54. Disponível em: <https://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2021.

²⁶⁹ ALLINGHAM, Michael G.; SANDMO, Angmar. Income Tax Evasion: A Theoretical Analysis. *Journal of Public Economics*, Cambridge, v. 1, n. 3-4, p. 323-338, 1972. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/0047272772900102>. Acesso em: 28 out. 2021.

²⁷⁰ SIQUEIRA, Marcelo Lettieri; RAMOS, Francisco. A economia da sonegação: teorias e evidências empíricas. *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 555-581, 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rec/a/Y8L4LQBtX5L9gdjF46zLfh/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 out. 2021.

²⁷¹ Utiliza-se a versão contida no artigo *A economia da sonegação* de Marcelo Lettieri Siqueira e Francisco Ramos acima mencionado.

de fiscalização exógenas e de um contribuinte avesso ao risco, é possível identificar uma renda ótima declarável.

O tema da “análise econômica da evasão fiscal”, desde então, desenvolveu-se²⁷² no sentido de albergar acréscimos variados à proposição inicial de Michael G. Allingham e Angmar Sandmo. Com efeito, a compreensão, de início, pautava-se exclusivamente em fatores pecuniários, algo que foi reconhecido pelos autores²⁷³. A partir das bases, houve a introdução de novos elementos em estudos posteriores, como a identificação de que a sanção é calculada sobre o montante de imposto evadido²⁷⁴ e que a aversão ao risco não responde unicamente pelos níveis de obediência²⁷⁵ – o que revela a importância de fatores não pecuniários à compreensão.

Ainda assim, é possível identificar claramente na equação a relevância de dois elementos: probabilidade de fiscalização e relevância da sanção. A compreensão trazida identifica que é economicamente racional que o contribuinte declare sua renda levando em conta as probabilidades de detecção e de punição. Altas probabilidades de detecção e altas punições são elementos que incentivam a declaração integral da renda obtida.

Em outras palavras, afastadas as considerações de ordem moral – recorda-se aqui que se adota o paradigma do *homo oeconomicus* –, os contribuintes são levados a avaliar a evasão como um meio de incremento financeiro de suas atividades, as quais se veem desobrigadas, ao menos momentaneamente, de pesado componente de despesas. Com efeito, os riscos podem ser premiados pelas falhas de atividade fiscalizatória.

²⁷² SIQUEIRA, Marcelo Lettieri; RAMOS, Francisco. A economia da sonegação: teorias e evidências empíricas. *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3. p. 555-581, 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rec/a/Y8L4LQBtX5L9gdjF46zLfhs/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 out. 2021.

²⁷³ “This is a very simple theory, and it may perhaps be criticized for giving too little attention to nonpecuniary factors in the taxpayer’s decision on whether or not to evade taxes. It need hardly be stressed that in addition to the income loss there may be other factors affecting utility if one’s attempt at tax evasion is detected.” ALLINGHAM, Michael G.; SANDMO, Angmar. Income Tax Evasion: A Theoretical Analysis. *Journal of Public Economics*, Cambridge, v. 1, n. 3-4, p. 323-338, 1972. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/0047272772900102>. Acesso em: 28 out. 2021. p. 326.

²⁷⁴ YITZHAKI, Shlomo. A Note on Income Tax Evasion: a Theoretical Analysis. *Journal of Public Economics*, Cambridge, v. 3, p. 201-202, 1974. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/0047-2727\(74\)90037-1](https://doi.org/10.1016/0047-2727(74)90037-1). Acesso em: 28 out. 2021.

²⁷⁵ GRAETZ, Michael; WILDE, Louis. The Economics of Tax Compliance: Fact and Fantasy. *National Tax Journal*, Pasadena, v. 38, n. 3, p. 355-363, 1985. Disponível em: <https://authors.library.caltech.edu/81495/1/sswp574.pdf>. Acesso em: 29 out. 2021.

No cenário brasileiro, isso é ainda reforçado pelo desenvolvimento de uma “cultura do refinanciamento tributário”. É rotineira²⁷⁶ a edição de leis autorizativas de “parcelamentos tributários especiais”, os quais concedem benefícios amplos aos devedores que aderem a seus termos. Tais “programas de recuperação fiscal” autorizam a adesão de base ampla de contribuintes, o que, em certa medida, encoraja a adoção de medidas mais agressivas, uma vez que os encargos moratórios e penalidades eventualmente incorridos são reduzidos ou, até mesmo, eliminados.

Tome-se o exemplo do chamado “Refis da Crise”, criado pela Lei n. 11.941/09²⁷⁷. O “parcelamento especial” previsto nos artigos 1º e seguintes da referida lei autorizava o pagamento ou o parcelamento de determinadas obrigações tributárias com benefícios especiais. As obrigações tributárias enquadradas na lei correspondiam ao saldo de valores parcelados em programas de refinanciamento tributário anteriores (REFIS, PAES e PAEX) e ao crédito indevidamente aproveitado de IPI em determinadas circunstâncias.

Se adotado o método que outorgava maiores descontos aos contribuintes – o pagamento à vista previsto no art. 1º, §3º, I – ocorria redução:

de 100% (cem por cento) das multas de mora e de ofício, de 40% (quarenta por cento) das isoladas, de 45% (quarenta e cinco por cento) dos juros de mora e de 100% (cem por cento) sobre o valor do encargo legal.

Por outro lado, caso o contribuinte desejasse realizar o pagamento mediante parcelamento dotado de perfil de longo prazo e menor desconto nominal – previsto no art. 1º, §3º, V –, a lei autorizava que os débitos fossem

parcelados em até 180 (cento e oitenta) prestações mensais, com redução de 60% (sessenta por cento) das multas de mora e de ofício, de 20% (vinte por cento) das isoladas, de 25% (vinte e cinco por cento) dos juros de mora e de 100% (cem por cento) sobre o valor do encargo legal

²⁷⁶ BARBOSA, Marina. Em 21 anos, Brasil teve cerca de 40 programas de parcelamento tributário. *In*: PODER360. Brasília, 6 ago. 2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/economia/em-21-anos-brasil-teve-cerca-de-40-programas-de-parcelamento-tributario/>. Acesso em: 22 jan. 2022.

²⁷⁷ BRASIL. Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009. Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários; concede remissão nos casos em que especifica; institui regime tributário de transição, entre outras disposições. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11941.htm. Acesso em: 29 jul. 2021.

Além disso, o montante referente às multas e juros moratórios que não houvesse sido descontado era passível de abatimento mediante “utilização de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da contribuição social sobre o lucro líquido próprios”, conforme previsto art. 1º, §7º, da mencionada lei. Em outras palavras, as condições de pagamento se apresentavam tão benéficas que muitos contribuintes prefeririam não ter recolhido suas obrigações tributárias em conformidade à lei se soubessem que poderiam se aproveitar desses benefícios para recolhê-las a destempo²⁷⁸.

Conseqüentemente, a reiteração mesma dos atos incentivou o inadimplemento regular dos tributos para alguns contribuintes. O fato é registrado por estudo lançado em 2017 pela Secretaria da Receita Federal do Brasil²⁷⁹, o qual indica que cerca de metade dos devedores que aderem a programas especiais de parcelamento tributário deixam de recolher o parcelamento ou as demais obrigações tributárias²⁸⁰, sendo que 1/5 do total de aderentes já é excluído dos programas logo nos primeiros meses pela inadimplência²⁸¹. Tomando como referência os quatro maiores programas de parcelamento já editados pela União (REFIS, PAES, PAEX e REFIS da Crise), é possível afirmar que menos da metade dos aderentes quitou seus parcelamentos, sendo que há uma média de exclusões de 62,57%²⁸².

Por sua vez, ainda no campo das limitações às sanções punitivas do comportamento destoante, deve ser feita referência à Súmula Vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal, que afirma: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo.”. Ou seja, a ocorrência do crime só se dá após o trâmite regular

²⁷⁸ Noticiou-se à época que as novas regras eram favoráveis em 80% (oitenta por cento) dos casos para pessoas jurídicas e 95% (noventa e cinco por cento) para pessoas físicas. Cf. NUNES, Flávia Furlan. Refis da crise é vantajoso às pessoas físicas em 95% dos casos, aponta IBPT. *Revista Infomoney*, São Paulo, 12 nov. 2009. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/refis-da-crise-e-vantajoso-as-pessoas-fisicas-em-95-dos-casos-aponta-ibpt/>. Acesso em: 23 jan. 2022.

²⁷⁹ BRASIL. Secretaria da Receita Federal. *Estudo sobre Impactos dos Parcelamentos Especiais*. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/08/20171229-estudo-parcelamentos-especiais.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2022.

²⁸⁰ BRASIL. Secretaria da Receita Federal. *Estudo sobre Impactos dos Parcelamentos Especiais*. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/08/20171229-estudo-parcelamentos-especiais.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2022. p. 6.

²⁸¹ BRASIL. Secretaria da Receita Federal. *Estudo sobre Impactos dos Parcelamentos Especiais*. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/08/20171229-estudo-parcelamentos-especiais.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2022. p. 9.

²⁸² BRASIL. Secretaria da Receita Federal. *Estudo sobre Impactos dos Parcelamentos Especiais*. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/08/20171229-estudo-parcelamentos-especiais.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2022. p. 6.

do procedimento administrativo próprio. Por sua vez, a punibilidade do ilícito tributário na esfera criminal é extinta quando realizado o pagamento do tributo e respectivos encargos antes do recebimento da denúncia²⁸³.

Assim, ainda que efetivada a fiscalização e imposta a sanção, há a expectativa razoável de que eventuais despesas serão reduzidas pelo advento de parcelamentos tributários especiais. Em outras palavras, um dos elementos-chave da política de contenção às evasões fiscais é nublado pela reiteração de tais programas.

Soma-se a isso, por fim, a relevância do fator “tempo” referente à própria definição do crédito tributário. Retomando-se a compreensão de que o contribuinte pode financiar sua atividade através da obtenção de recursos derivados da evasão, o íterim transcorrido entre a ocorrência do ato evasivo e a consequência pecuniária dele decorrente indica que há margem para a obtenção de benefício financeiro na mera exploração dessa janela temporal. Para demonstrar o cenário, lança-se mão, inicialmente, de estudo publicado em 2020 em parceria entre o Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial (ETCO) e a firma de auditoria Ernest Young (EY), o qual identificou o “Tempo médio total e nas etapas administrativas e judiciais”, para o ano de 2016, em vinte e um anos e, para o ano de 2017, em dezoito anos e onze meses²⁸⁴.

Em suma, há uma estrutura de incentivos à evasão fiscal que pode ter seus efeitos reduzidos pela adoção de medidas de fiscalização mais amplas e pela imposição de sanções mais severas. As sanções, por sua vez, sofrem prejuízos à sua eficácia inibitória da evasão fiscal em razão da edição reiterada de “programas de parcelamento especial” que as reduzem significativamente e pelas próprias particularidades da jurisprudência e legislação fiscal que dificultam a aplicabilidade da sanção de natureza criminal. Por fim, o tempo necessário para a efetivação da cobrança tributária decorrente também revela incentivos às práticas evasivas.

²⁸³ Essa é a previsão do art. 34 da Lei n. 9.249/95. BRASIL. *Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995*. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9249.htm. Acesso em: 5 mar. 2022.

²⁸⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE ÉTICA CONCORRENCIAL; ERNEST YOUNG. *Desafios do Contencioso Tributário Brasileiro: a evolução do contencioso, os modelos de solução de conflitos de seis países e medidas que poderiam ser aplicadas para mitigar o problema no Brasil*. 2019. Disponível em: <https://www.etco.org.br/wp-content/uploads/Estudo-Desafios-do-Contencioso-Tributario-ETCO-EY.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2022. p. 12.

Com a exposição realizada, é possível afirmar que a estrutura de incentivos vinculada ao contribuinte que realiza planejamentos tributários encontra-se apresentada. Para compreender de forma mais ampla o cenário, é imprescindível, contudo, avaliar os influxos sofridos pela autoridade fiscal, responsável pela fiscalização das atividades do contribuinte, o que se realiza no tópico a seguir.

4.1.2 Estrutura de incentivos das autoridades fiscais

Em paralelo aos contribuintes, também é necessário examinar a estrutura de incentivos vinculada às “autoridades fiscais”. De forma introdutória, deve ser registrado que a expressão é aqui utilizada no sentido de se referir a todo agente público cuja atividade consiste na monitoria das atividades fiscais e aduaneiras dos contribuintes e que possua a competência de dar início ou efetivar o lançamento tributário de ofício ou o auto de infração fiscal.

A administração fiscal por desenho ético deve ter como norte a defesa da aplicação da lei. Klaus Tipke sustenta²⁸⁵:

Vige de um modo geral: os agentes fiscais não têm – com quaisquer meios sempre – de arrecadar tanto mais tributos quanto possível... A maximização de melhores resultados fiscais não pode ser nem o estímulo nem a medida do rendimento do funcionário da Fazenda. A imagem retora é antes de mais nada a de um guardião do Direito Tributário.

Por outro lado, há incentivos associados à efetivação do auto de infração fiscal. As autoridades, por óbvio, não são imunes a eles. Os incentivos podem ser financeiros ou reputacionais. É possível traçar um paralelo com a figura de demais servidores públicos nesse particular. Tal qual juízes, professores e outros, há incentivos de caráter honorário, como ganhos de reputação²⁸⁶, os quais são levados em consideração pelo indivíduo.

²⁸⁵ TIPKE, Klaus. *Moral tributária do Estado e dos contribuintes*. Tradução de Luiz Doria Furquim. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2012. p. 71.

²⁸⁶ Ao tratar do comportamento dos juízes, Lee Epstein, Willian Landes e Richard Posner afirmaram que algumas abordagens pecam ao considerá-las sob uma única perspectiva. Menciona-se, por exemplo, o enquadramento de juízes como meros políticos togados, os quais não teriam qualquer apego à norma jurídica escrita, ou o retrato de juízes como meros aplicadores do texto legal, despidos de preferências pessoais ou ideologias. É possível traçar um paralelo com as autoridades públicas antes mencionadas. EPSTEIN, Lee; LANDES, Willian M.; POSNER, Richard A. *The Behaviour of Federal Judges. A Therotical & Empirical Study of Rational Choice*. Cambridge: Harvard University, 2013.

No que se refere aos incentivos financeiros, há legislação vigente²⁸⁷ que autoriza²⁸⁸ o pagamento de “bônus” aos agentes em decorrência de sua atuação, por exemplo. O objetivo disposto em lei com tal remuneração é “incrementar a produtividade nas áreas de atuação dos ocupantes dos cargos de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e de Analista Tributário da Receita Federal do Brasil”, conforme art. 6º da Lei n. 13.464/17. Em outras palavras, o ordenamento jurídico visa a direcionar as condutas das autoridades fiscais através da estipulação de bônus vinculados à sua efetividade, partindo do pressuposto de que tais “despesas” serão compensadas pelo maior retorno de arrecadação.

A aferição da eficiência, para esse fim, é baseada no “atingimento de meta institucional, a ser estabelecida e medida a partir de indicadores estritamente relacionados à atuação dos servidores”²⁸⁹. Nesse sentido, o art. 6º, §2º, da referida lei pontifica que o atingimento da meta será “mensurado por meio de indicadores de desempenho e metas estabelecidos nos objetivos ou no planejamento estratégico da Secretaria da Receita Federal do Brasil”.

O resultado, em uma análise apressada, pode alinhar-se ao que seria desejável, uma vez que estipula benefícios condicionados ao cumprimento de objetivos extraordinários. Dado o caráter da legislação, espera-se que os agentes produzam mais, sob pena de não atingirem a meta estratégica que deflagra o pagamento do bônus.

Tal estrutura de incentivos gera um problema de agência, entretanto. A questão reside no que é considerado “produtividade” de autoridades fiscais pela legislação. Considerada a natureza da função exercida, considerar-se-á produtiva a autoridade fiscal que realizar o maior número de autuações ou, da mesma forma, que realizar lançamentos tributários maiores. Tais incentivos, como será visto,

²⁸⁷ BRASIL. *Lei n. 13.464, de 10 de julho de 2017*. Altera a remuneração de servidores de ex-Territórios e de servidores públicos federais; reorganiza cargos e carreiras; estabelece regras de incorporação de gratificação de desempenho a aposentadorias e pensões. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13464.htm. Acesso em: 17 jan. 2022.

²⁸⁸ Na época da pesquisa, o pagamento ainda não havia sido regulamentado por ato do Poder Executivo. Contudo, considerando que há lei autorizativa vigente, considera-se adequada a inclusão de tal tópico nesse estudo.

²⁸⁹ Trecho extraído da Exposição de Motivos da MP 765/16, que deu origem à Lei n. 13.464/17. Cf. BRASIL. Presidência da República. *Exposição de Motivos 360/16 à Medida Provisória 765/16*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-765-16.pdf. Acesso em: 17 jan. 2022.

escondem o desalinhamento entre os interesses de autoridades fiscais e o Estado por eles representado.

A expedição do auto de infração fiscal é o caminho previsto em lei à cobrança de tributos não pagos (seja por não terem sido declarados ou por não terem sido adimplidos). O rito é parte da formalização do crédito tributário através do lançamento, conforme disposições legais vigentes. Ao notificar o contribuinte, a autoridade fiscal informa os tributos que deixaram de ser recolhidos, cominando penalidades e encargos moratórios. Contudo, a capitulação legal, ainda que necessariamente seja vinculada aos fatos apurados, outorga certa discricionariedade à autoridade.

Como já visto, são diversos os posicionamentos existentes, o que viabiliza escolhas. Havendo a possibilidade de expedir um auto de infração fiscal que contemple maior quantidade de tributos e multa, a autoridade responsável pelas decisões passa a ser incentivada pelo “bônus” de produtividade a agir dessa maneira, o que, em regra, pode ser considerado uma hipótese de alinhamento de interesses.

Pode-se exemplificar tal cenário com a capitulação legal da multa comumente aplicada em atos de planejamentos tributários considerados abusivos ou simulados. Em resumo, o art. 44, I, da Lei n. 9.430/96²⁹⁰, prevê a aplicação de multa de 75% (setenta e cinco por cento) da “totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata” quando realizado lançamento de ofício do tributo inadimplido pelo contribuinte. O respectivo parágrafo primeiro, por sua vez, prevê a dobra da penalidade na constatação de sonegação, fraude ou conluio, nos termos da Lei n. 4.502/64²⁹¹.

Ainda que haja previsão expressa em tipos que encerram os conceitos mencionados, o enquadramento das condutas é alvo de intensas divergências. A rigor, os conceitos carregam margem interpretativa que incentiva a qualificação da atividade dos contribuintes como “sonegação, fraude ou conluio”, ainda que tal

²⁹⁰ BRASIL. *Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996*. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9430.htm. Acesso em: 22 jan. 2022.

²⁹¹ BRASIL. *Lei n. 4.502, de 30 de novembro de 1964*. Dispõe Sobre o Imposto de Consumo e reorganiza a Diretoria de Rendas Internas. Brasília, DF: Presidência da República, 1964. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4502.htm. Acesso em: 22 jan. 2022.

caráter não esteja minimamente presente. Cabe aos contribuintes sustentarem a inaplicabilidade da multa dobrada, ao passo que os autos de infração fiscal atestam frequentemente a prática de alguma das hipóteses autorizativas da cominação.

Ou seja, a autoridade fiscal detém discricionariedade para qualificar legalmente a conduta do contribuinte e, a partir disso, imputar a ocorrência de conduta ilícita, deflagrando não apenas a cobrança da obrigação principal tida como inadimplida, mas os consectários legais como a multa. A multa, como visto, pode ser qualificada de diversas formas, de modo que autoriza escolhas, as quais serão influenciadas pela mera existência do bônus.

É necessário registrar que a sua “escolha”, porém, não é o termo que encerra definitivamente a cobrança. O auto de infração fiscal ainda pode ser contestado administrativa e judicialmente. Caso o posicionamento adotado pela autoridade fiscal seja contrário ao posicionamento das cortes, sua decisão tende a ser revista em benefício do contribuinte. É a partir disso que se pode verificar o desalinhamento entre os interesses da autoridade fiscal e o Estado por ele representado.

Autos de lançamento ou de infração fiscal que venham a ser considerados nulos atraem custos ao ente estatal. Caso a anulação ocorra através de demanda judicial, tais custos são traduzidos de forma mais direta em despesas processuais vinculadas, como honorários advocatícios. Além disso, tais discussões demandam envolvimento de profissionais, os advogados públicos, que despendem esforço pessoal que poderia ser direcionado a outras atividades mais benéficas ao ente estatal, p. ex., dar atenção a outros processos relevantes, coordenar pesquisas de patrimônio de devedores *etc.* A autoridade fiscal, por sua vez, não sofre qualquer perda com tais consequências. A aferição de cumprimento das metas estabelecidas apenas não receberá o incremento do tributo e multa ilegalmente cobrados, sem a dedução das despesas correspondentes ao seu agir indevido. Por evidente, caso o contribuinte não conteste a cobrança, qual seja o motivo disso, o lançamento tributário acrescentará aos seus ganhos²⁹².

A incongruência do método de remuneração é evidenciada nas situações em que há posicionamentos antagônicos entre os tribunais administrativos e o Poder

²⁹² Como não houve a edição do ato infralegal que regulamentará o bônus, é inviável seu exame mais profundo. As ilações acima apresentadas baseiam-se no texto legal e na exposição de motivos da MP 765/16. Porém, não é absurdo cogitar que a aferição do cumprimento de metas seja limitada temporalmente à chamada fase administrativa, de forma que eventuais cobranças anuladas judicialmente sequer serão deduzidas de tal cômputo. Tais circunstâncias exacerbam o problema de agência.

Judiciário. Por exemplo, os tribunais administrativos possuem posicionamento no sentido de que não lhes é cabível proceder ao controle de constitucionalidade no seu julgamento²⁹³, o que os leva, frequentemente, a aplicar normas cuja constitucionalidade vem sendo rejeitada no âmbito do Poder Judiciário²⁹⁴. Os autos de lançamento embasados em normas inconstitucionais podem vir a ser discutidos no âmbito do Poder Judiciário, o qual detém a “última palavra”. Autoridades fiscais somente adequam suas condutas após longo trâmite das discussões no âmbito do Poder Judiciário, o que lhes outorga a discricionariedade de optarem por lançar tributos e multa virtualmente inconstitucionais na expectativa de cumprirem suas metas e, possivelmente, contar com a não-apresentação de defesa pelo contribuinte. Nas palavras de Rômulo Cristiano Coutinho da Silva²⁹⁵:

A despeito de inexistir, no Brasil, norma que vede expressamente o contribuinte de estruturar seus negócios jurídicos com o fim exclusivo de obter economia fiscal, realizar um planejamento tributário, hodiernamente, significa, muitas vezes, inserir-se num campo de elevada insegurança jurídica, uma vez que tem sido bastante comum a desconsideração, pelo Fisco, de negócios jurídicos lícitamente realizados pelo contribuinte, por entender que na estruturação negocial montada houve fraude à lei, abuso de direito, abuso das formas ou até mesmo ausência de propósito negocial.

Da mesma forma, há posicionamentos antagônicos de interpretação entre os tribunais administrativos e o Poder Judiciário que não se vinculam à constitucionalidade da norma. Pode-se mencionar o exemplo da interpretação conferida ao conceito de insumos passíveis de apuração de crédito no âmbito da Contribuição ao PIS e da COFINS. Após anos de vigência das Instruções Normativas 247/02²⁹⁶ e 404/04²⁹⁷, que definiam a compreensão da autoridade fiscal

²⁹³ Exemplo disso é a Súmula 2 do CARF: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”.

²⁹⁴ É necessário reconhecer que houve grande avanço na submissão dos órgãos do Poder Executivo às interpretações da legislação realizada pelo Poder Judiciário. Desde a Emenda Constitucional n. 45/05, com a introdução das súmulas vinculantes, até o novo Código de Processo Civil e seus precedentes de observância obrigatório, há um relevante salto de integridade. Contudo, é inevitável certo descompasso entre a celeridade e urgência típica nos atos do Poder Executivo e o lento exame realizado pelo Poder Judiciário, de modo que o risco moral permanece.

²⁹⁵ SILVA, Rômulo Cristiano Coutinho da. *Planejamento tributário e segurança jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 26.

²⁹⁶ BRASIL. Secretaria da Receita Federal. Instrução Normativa SRF n. 247, de 21 de novembro de 2002. Dispõe sobre a Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado em geral. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 47, 26 nov. 2002. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=15123>. Acesso em: 25 nov. 2021.

acerca do tema, as sucessivas contestações dos contribuintes culminaram no julgamento do REsp n. 1.221.170/PR²⁹⁸ pelo Superior Tribunal de Justiça, que definiu tais atos normativos como ilegais e determinou a utilização de critérios diversos à definição. Com efeito, até o julgamento, era possível identificar uma miríade de posicionamentos nos tribunais que julgavam os atos dos contribuintes²⁹⁹, tendência que sofreu alterações com o precedente da Corte Superior, até mesmo porque a própria Secretaria da Receita Federal do Brasil já fez publicar ato normativo infralegal que busca coadunar-se ao entendimento externado pela Corte³⁰⁰.

Ocorre que mesmo as reiteradas decisões sobre o tema que reconheciam a ilegalidade das Instruções Normativas mencionadas não causavam efeitos sobre a conduta das autoridades fiscais, as quais se encontram coagidas pela própria existência da norma a agir segundo suas determinações. Aliás, até a decisão publicada no REsp n. 1.221.170/PR, houve notável contraste de interpretação, o que levava o CARF a manter lançamentos tributários que confrontavam diretamente o entendimento do Poder Judiciário sobre o tema.

Retomando-se a questão de incentivos ora tratada, é possível afirmar que, diante de tais casos, a autoridade fiscal será sempre estimulada a impor tributação mais significativa, dada a probabilidade de manutenção do auto de lançamento e de infração fiscal no âmbito administrativo. A mera necessidade de ajuizamento de

²⁹⁷ BRASIL. Secretaria da Receita Federal. Instrução Normativa SRF n. 404, de 12 de março de 2004. Dispõe sobre a incidência não-cumulativa da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social na forma estabelecida pela Lei nº 10.833, de 2003, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 28, 15 mar. 2004. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15304&visao=anotado>. Acesso em: 25 nov. 2021.

²⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.221.170/PR*. Recorrente: Anhambi Alimentos Ltda.; Recorrido: União – Fazenda Nacional. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 22/02/18, publicado em 24/04/18. Primeira Seção. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201002091150&dt_publicacao=24/04/2018. Acesso em: 25 nov. 2021.

²⁹⁹ O posicionamento do CARF iniciou com a defesa dos critérios adotado nas Instruções Normativas, passou à adoção dos critérios aplicáveis ao IRPJ (muito mais benéficos ao contribuinte) e chegou à adoção dos critérios definidos pelo Superior Tribunal de Justiça (mais restritivos do que os do IRPJ, menos restritivos do que os constantes nas Instruções Normativas). Ilustram a mudança de posicionamento os acórdãos n. 3801-000.487 (julgado em 23 de agosto de 2010), 3401-002.389 (julgado em 25 de setembro de 2013) e n. 9303-012.448 (julgado em 18 de novembro de 2021).

³⁰⁰ BRASIL. Secretaria da Receita Federal. Instrução Normativa RFB n. 1.911, de 11 de outubro de 2019. Regulamenta a apuração, a cobrança, a fiscalização, a arrecadação e a administração da Contribuição para o PIS/Pasep, da Cofins, da Contribuição para o PIS/Pasep-Importação e da Cofins-Importação. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 27, 15 out. 2019. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=104314>. Acesso em: 25 nov. 2021.

demanda repressiva pelo contribuinte já se torna uma barreira de acesso³⁰¹, ao passo que eventual processo judicial que anule a cobrança do crédito tributário não terá efeito sobre o cumprimento de sua meta e, conseqüentemente, não afetará seu bônus.

Em outras palavras, não é o mesmo ente que absorve as externalidades dos lançamentos ilícitos. No desenho do “bônus” há uma atribuição das externalidades positivas às autoridades fiscais, enquanto as externalidades negativas são todas absorvidas pelo ente estatal. De um ponto de vista puramente financeiro, a autoridade fiscal é incentivada a agir de modo que será considerado ilegal, desde que alguns desses autos de lançamento sejam mantidos.

Nessas circunstâncias, há um nítido problema de agência, uma vez que a autoridade fiscal (“agente”) toma decisões em nome do ente estatal (“principal”) e há incentivos que desalinham seus interesses³⁰². Dada a natureza da relação, é de interesse do ente estatal que a autoridade fiscal obtenha o máximo de arrecadação com o mínimo de despesas associadas. Paralelamente, a autoridade fiscal também possui o interesse de que o ente estatal arrecade o máximo, porém ele não tem incentivos para se preocupar com as despesas associadas, pois elas não subtraem o seu bônus.

Tal cenário pode enquadrado no que a literatura especializada chama de “risco moral” (*moral hazard*). Por evidente, a mera existência dessa possibilidade não significa que o “agente” adotará comportamento contrário ao interesse do “principal”. Contudo, há de se reconhecer que a peculiaridade dessa espécie de relação abre brecha à adoção de atitudes oportunistas pelo “agente”, sobretudo se considerada a falta de controle e, conseqüentemente, baixa probabilidade de punição/sanção pela contraparte.

Aproximando os conceitos apresentados em tópico próprio à análise de licitude dos atos de planejamento tributário, é possível afirmar que autoridades fiscais (agentes) detêm incentivos para se valer de interpretação que aumente seu bônus ainda que tal agir possa acarretar indevida punição aos contribuintes e possibilidade de custos desnecessário ao Estado (principal), consistentes nas

³⁰¹ “É importante notar que apenas 4,4% das execuções recebem exceção de pré-executividade e apenas 6,4% são objeto de embargos. Logo a intervenção do devedor é pequena no universo geral das execuções.” PORTO, Éderson Garin. *Manual de Execução Fiscal*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 19.

³⁰² CARVALHO, Cristiano da Rosa. *Teoria da Decisão Tributária*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018. p. 262-264.

despesas vinculadas às atividades administrativas e judiciais necessárias à revisão do ato da autoridade após impugnação do sujeito passivo da relação jurídico-tributária. Trata-se, portanto, de legislação que aloca inadequadamente os benefícios e prejuízos dos autos de lançamento tributário.

É necessário registrar, a bem da verdade, que as autoridades fiscais também respondem criminalmente por suas condutas (mais propriamente, o delito descrito no art. 316, §1º, do Código Penal³⁰³) quando realizam o “excesso de exação”, espécie de concussão qualificada pela exigência de tributo indevido. Ocorre que, em primeiro lugar, há indubitosa dificuldade quanto à possibilidade de imputar a prática de crime em hipóteses como essa³⁰⁴ e, em segundo lugar, há tão poucos casos em que autoridades fiscais são punidas pela prática do crime que não parece haver efetiva expectativa de punição que cause incentivos³⁰⁵.

Além dos argumentos acima mencionados, há refutações de ordem deontológica a contrapor o mencionado bônus. Por exemplo, o renomado comercialista Tullio Ascarelli, ainda em 1941, redigiu a manifestação oficial da Federação das Indústrias³⁰⁶ em contraponto à cobrança da chamada “quota-parte” em multa pelas autoridades fiscais, como relembra Ruy Barbosa Nogueira em artigo que homenageou o festejado professor italiano³⁰⁷. A argumentação perpassa o histórico do fenômeno da tributação e aponta o advento do Estado Moderno como o momento em que se divorcia o poder privado sobre a arrecadação, ao passo que o ordenamento jurídico brasileiro não afastou tal participação, o que ocasiona ampla contrariedade ao princípio da justiça fiscal. Frisa-se, aliás, que parte do raciocínio

³⁰³ BRASIL. *Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 jan. 2022.

³⁰⁴ Existe uma marcada dificuldade em se estabelecer a linha que diferencia a intencional e, portanto, criminosa decisão sabidamente contrária à legislação e enquadrável no dispositivo citado e a adequada e necessária margem interpretativa outorgada à autoridade.

³⁰⁵ Assunção que se toma a partir de breve pesquisa jurisprudencial. No acervo de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, são encontrados catorze casos que discutiram a aplicação do referido dispositivo e são encontradas apenas duas decisões que mantêm condenação criminal embasada no dispositivo. No âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, não foram encontradas condenações. Já no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, é encontrado um precedente prevendo condenação.

³⁰⁶ O trabalho publicado pela Federação das Indústrias sem a indicação do autor intelectual não se encontra disponível ao público amplo, mas seus argumentos são relatados pelo professor Ruy Barbosa Nogueira no artigo mencionado da nota de rodapé abaixo.

³⁰⁷ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Tullio Ascarelli e o Direito Tributário no Brasil. *Revista de Direito Tributário Atual*, Resenha Tributária, São Paulo, n. 10, p. 2.703-2.743, 1990. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1994/1812>. Acesso em: 24 fev. 2022.

utilizado já se arroga em compreensões tipicamente associadas ao problema do “principal-agente” para reconhecer a contradição de incentivos:

‘O funcionário, por sua vez, deixa, na realidade de ser funcionário. Não é mais tutor de um interesse público, revestido, portanto, do prestígio que lhe advém de zelar por um interesse geral; é um particular que defende somente uma parcela lucrativa’. Passa então a demonstrar como, por isso mesmo, e portanto, naturalmente, vai surgindo no espírito do participante a ideia de transação, de negociação com o contribuinte.

Refutando a alegação de alguns, de que a participação pode incentivar a descoberta de fraudes, demonstra que se esse resultado fosse real, apenas formaria um círculo vicioso; uma competição de fraudes entre fiscais e devedores do Tesouro Público. O funcionário que participa da multa, não vai ser sincero à busca de sonegação ou fraude, mas não saberá mais distinguir a falta de pagamento de boa-fé ou de má fé.³⁰⁸

Como se viu, há ganhos financeiros e reputacionais associados à fiscalização, o que não causa obrigatoriamente atuação indevida por parte das autoridades fiscais. Havendo alocação adequada de incentivos e internalização de bônus e despesas associadas à atuação, é possível que o desenho institucional estimule a adoção de práticas adequadas. Entretanto, no caso brasileiro, as autoridades fiscais sofrem o influxo dos incentivos no seu agir e a estrutura atualmente existente não labora, necessariamente, no sentido de estimular as melhores práticas, circunstância agravada pela existência de legislação autorizativa de atribuição de remuneração extraordinária que não aloca adequadamente benefícios e prejuízos.

Por fim, é necessário revisar a estrutura de incentivos dos “planejadores”, ou seja, pessoas e empresas que prestam serviços remunerados de auxílio à elaboração e execução de arranjos de planejamento tributário.

4.1.3 Estrutura dos incentivos dos “planejadores”

Examinados os incentivos vinculados à posição dos contribuintes e das autoridades fiscais, é necessário, por fim, examinar a figura dos “planejadores”. Por tal expressão, quer-se referir a assessores, consultores e demais pessoas que atuam no mercado com o intuito de oferecer auxílio na confecção de arranjos de planejamento tributário, percebendo remuneração por isso.

³⁰⁸ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Tullio Ascarelli e o Direito Tributário no Brasil. *Revista de Direito Tributário Atual*, Resenha Tributária, São Paulo, n. 10, p. 2.703-2.743, 1990. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1994/1812>. Acesso em: 24 fev. 2022. p. 2714-2715.

De início, é importante notar que se efetiva típica relação de agência, em que o contribuinte assume a função de “principal” e o “planejador”, a de “agente”. Como visto anteriormente, a relação de agência atrai complicações peculiares, notadamente em decorrência de assimetrias informacionais.

De fato, o “agente” possui informações normalmente indisponíveis ao “principal”, aqui traduzidas notadamente na compreensão dos métodos e práticas aplicáveis e na própria mensuração do risco associado aos atos que se pretende realizar. O risco, aliás, é a maior hipótese deflagradora de potencial *moral hazard* (risco moral), como se verá adiante.

Reitera-se que a relação estabelecida entre o contribuinte e os “planejadores” configura típica relação de agência. Nesse sentido, nada impede que o contribuinte busque informações por si mesmo ou através de especialistas independentes com o objetivo de apreender as implicações potenciais dos atos ou negócios decorrentes do planejamento tributário proposto, sendo essa busca mesma um custo de transação. É possível, contudo, que ampare sua conduta nas informações prestadas pelo profissional contratado, o qual se coloca no típico dilema do agente: ao revelar todas as informações que possui, a sua chance de ser contratado pode arrefecer. Opõe-se a esse raciocínio a compreensão de que sua reputação detém maior valor a longo prazo, considerando que a franqueza e a transparência devem ser consideradas ativos desse mercado.

Há alguns vetores que devem ser considerados nesse exame, pois atuam de forma a criar incentivos ao *moral hazard*. Conforme apontado anteriormente, ao se tratar dos incentivos à evasão, o fator “tempo” é especialmente impactante no âmbito dos planejamentos tributários. Com efeito, a fiscalização não se realiza de forma imediata e contemporânea à própria efetivação dos atos e negócios decorrentes do planejamento, os quais, por outro lado, podem gerar benefícios financeiros imediatos. Da mesma forma, o lançamento realizado pela autoridade fiscal autoriza a instauração da discussão administrativa acerca da regularidade do crédito tributário, fase que pode se estender por vários anos até sua definição, e, ainda que definida de forma desfavorável ao contribuinte, há a via judicial de discussão do lançamento. Em suma, o reconhecimento definitivo de que os atos e negócios jurídicos são ilícitos pode tomar tempo considerável para ocorrer, o que pode incentivar o oportunismo, já que os danos reputacionais não ocorrem de forma contemporânea.

A partir dessa configuração, é possível que oportunistas se valham de métodos sabidamente ilícitos e prejudiciais ao interesse do contribuinte no intuito de obter ganhos imediatos. Mesmo que os contribuintes adotem medidas de salvaguarda, como a obrigação de restituição em caso de insucesso, a única garantia absoluta contra atitudes desse jaez é reter o pagamento respectivo até a finalização de todos os procedimentos que assegurem a manutenção fiscal dos atos e negócios, o que dificilmente é negociável, considerando o horizonte de tempo necessário para tanto.

Por outro norte, destaca-se outro relevante elemento institucional que impacta o mercado em análise. É razoável afirmar que tais profissionais podem receber sua remuneração de diversas formas. É possível que sejam remunerados por participação na redução do tributo recolhido, pela quantidade de tempo despendido na confecção do arranjo ou algum método híbrido. Independentemente disso, afigura-se razoável afirmar que o custo suportado pelo contribuinte não pode ser superior à redução efetiva de tributos em dada janela de tempo, pois não ocorreria aqui uma negociação economicamente racional.

É possível, portanto, reconhecer que os contribuintes realizam um “corte” para identificação da viabilidade da contratação dos serviços oferecidos pelos “planejadores”. Torna-se necessário apreender a diferença entre a carga tributária suportada antes e após a instauração dos atos e negócios decorrentes do planejamento para então ser identificada a possibilidade de contratação.

Da mesma forma, os “planejadores” não oferecerão seus serviços para empresas que não possam gerar corte significativo de custo de obrigações tributárias em valores absolutos. Com efeito, ainda que eles sejam remunerados em participações relevantes da redução da carga, há custos fixos vinculados à sua atividade que talvez não possam ser abarcados por tal remuneração, o que os impedirá de sequer buscar esse nicho de empresas.

Isso tem especial implicância na formatação do mercado, pois a remuneração dos especialistas da área somente poderá ser paga pelo contribuinte que gerar uma diferença significativa o bastante no custo decorrente das obrigações tributárias usuais. Em outras palavras, é possível supor que uma grande empresa que reduza um percentual, mesmo pequeno, de sua carga tributária conseguirá remunerar os melhores especialistas, enquanto empresas de porte pequeno ou médio que

consigam reduzir grande parte de sua carga tributária talvez não gerem diferenças significativas o bastante para isso.

A rigor, não é novidade que empresas de porte desigual possuem acesso diferenciado a serviços e mercados próprios. É parte da lógica que rege o mercado que assim o seja. Entretanto, no que se refere especificamente à tributação, há a figura do que foi chamado de “imposto para tolos” por Klaus Tipke³⁰⁹:

Com certeza, o Direito Tributário já há muito tempo, desde ao menos a Primeira Grande Guerra, se converteu para o leigo em um ramo jurídico difícil de abarcar. Hoje, entretanto, também um especialista dificilmente ainda pode dominar... Já desde os anos setenta e oitenta multiplicam-se por isso as manifestações de juízes superiores, advogados e cientistas, que descrevem o vigente Direito Tributário como “caos”, “selva” ou até mesmo “perversão”. Nesse caos conseguem os altamente remunerados, que podem dispor de um caro aconselhamento tributário, reduzir legalmente seus deveres tributários. Os mal remunerados não tem (*sic*) essa possibilidade. Eles pagam, como já se expressou um renomado diplomado em gestão empresarial, um “imposto para tolos”.

Tal como as demais discrepâncias geradas pela diferença de porte das empresas, o “imposto para tolos” vem a ser um custo suportado pela empresa de pequeno porte, que dele não pode se livrar enquanto não puder remunerar profissionais que organizem suas atividades de modo a reduzir a carga tributária incidente. Eis aí um efeito direto da complexidade da legislação, a qual, por um lado, expande as oportunidades de realizar arranjos de planejamento tributário a quem possa por eles pagar e, por outro, obscurece os meios de se obter ganhos financeiros lícitos.

As incertezas que decorrem da própria definição de licitude do arranjo negocial também acarretam o afastamento dos contribuintes de pequeno e médio porte de tais práticas. Os contribuintes de maior porte conseguem suportar eventuais penalidades significativas, o que não necessariamente ocorre nos demais.

Assim, têm-se apresentadas as estruturas de incentivos vinculadas aos “agentes relevantes” no âmbito dos planejamentos tributários, de modo que se pode considerar superada a etapa inicial da atividade descritiva típica da AED. Passa-se, a seguir, ao exame dos custos de transação associados aos planejamentos tributários, estudo que se fará com base nas compreensões obtidas nos capítulos anteriores e na estrutura de incentivos que ora foi examinada.

³⁰⁹ TIPKE, Klaus. *Moral tributária do Estado e dos contribuintes*. Tradução de Luiz Doria Furquim. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2012. p. 74.

4.2 OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO ASSOCIADOS AOS PLANEJAMENTOS TRIBUTÁRIOS

Como visto anteriormente, “custos de transação são os custos das trocas ou comércio”, conforme Robert Cooter e Thomas Ulen³¹⁰. Em outras palavras, são os gastos, inclusive de tempo, necessários à realização de uma determinada transação no mercado. Além disso, foram identificadas três espécies de custos de transação: custos de aquisição de informações; custos de negociação e custos de controle e monitoramento. Por sua vez, os custos são informados sobretudo por algumas balizas determinantes: especificidade, frequência, incerteza, racionalidade limitada e oportunismo.

Busca o presente tópico identificar tais características no âmbito dos planejamentos tributários, focando-se aqui nas relações contratuais. Assim, não serão alvo da presente análise os custos de transação incidentes nas relações hierárquicas, entre as quais é possível enquadrar a atividade da autoridade fiscal perante os contribuintes. Registra-se que é plenamente possível identificar alguns custos dessa espécie na atuação das autoridades fiscais, sobretudo na aquisição de informações acerca das atividades empreendidas pelos contribuintes para possibilitar a fundamentação mesma do lançamento tributário. Ainda assim, deita-se o foco exclusivamente nas relações transacionais estabelecidas.

Nesse sentido, destaca-se que os contribuintes se veem compelidos a adotar medidas de redução da incidência dos ônus fiscais no intuito de manter sua atividade em um contexto de intensa concorrência³¹¹. Para tanto, podem buscar a opinião abalizada de *experts*, mas em um contexto de grandes incertezas as dúvidas, ainda assim, remanescem. Diante disso, não é exagero afirmar que têm especial apreensão com eventuais repercussões quanto à responsabilidade concernente a lançamentos tributários sobre atos e negócios realizados com esse intuito. O receio é indubitavelmente justificado. As divergências doutrinárias no âmbito do planejamento tributário são variadas, ao mesmo tempo em que há certa oscilação na jurisprudência dos tribunais administrativos.

³¹⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução de Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 105.

³¹¹ A ponto de Hermes Marcelo Huck afirmar: “É o planejamento tributário tão importante quanto um planejamento econômico, técnico, comercial, de mercado”. HUCK, Hermes Marcelo. *Evasão e elisão: rotas nacionais e internacionais do planejamento tributário*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 148.

Dada a configuração típica dos planejamentos tributários, evidenciam-se as hipóteses de custo de transação associadas às práticas. Nesse particular, destacam-se dois modelos de transação para análise: a transação dos contribuintes entre si e a transação entre o contribuinte e o que se convencionou chamar aqui de “planejadores”.

As transações entre contribuintes são variadas o bastante para impedir um detalhamento pormenorizado. Hipóteses de negócios entre contribuintes que se estabelecem em contextos de planejamento tributário são comuns, sendo a economia tributária o motivo principal ou não.

Tome-se o exemplo dos chamados planejamentos tributários destituídos de “propósito comercial”, os quais são frequentemente examinados no âmbito do CARF: aceita a premissa de que são efetivamente destituídos de propósito que não o de redução dos encargos fiscais, é possível afirmar, ainda assim, que sua realização engloba custos de transação que precisam ser superados pelos benefícios financeiros. Há custos de aquisição de informações (que podem se referir a tarefas de identificar potenciais interessados ou situações de benefício mútuo), custos de negociação (vinculados ao esforço de persuasão necessário à realização do negócio e à contratação de profissionais que desenvolvam os instrumentos contratuais imprescindíveis) e, por fim, os custos de controle e monitoramento (os quais compreendem todas as tarefas necessárias ao manejo da execução do negócio realizado). Cuidando-se de contribuintes vinculados ao mesmo grupo econômico, tais custos são significativamente reduzidos, mas ainda são identificáveis. Em outras palavras, mesmo negócios cujo único intuito é buscar economia tributária albergam custos dessa natureza, os quais são presumivelmente intensificados em negócios mais complexos.

Aplicando-se a classificação de Ronald Coase ao presente estudo, tem-se que o custo de elaboração e negociação dos planejamentos tributários detém especial relevância quando considerado o arranjo objeto de estudo. A redação dos instrumentos contratuais que amparam o planejamento tributário se converte em etapa crucial para o correto desenvolvimento e atingimento dos objetivos propostos. Para tanto, é imprescindível transpor algumas das situações antes mencionadas, pois é necessário: a) superar assimetrias informacionais, as quais são intensificadas pela insegurança jurídica já desenvolvida; e b) confeccionar os atos e/ou negócios necessários ao desenvolvimento das atividades que acarretarão a efetiva

postergação, redução ou eliminação da carga fiscal, objetivando a eficiência da atividade. As condições narradas revelam a importância da contratação de profissionais especializados, sobretudo se considerados arranjos de maior complexidade e risco.

Do ponto de vista das balizas determinantes antes apresentadas, é possível compreender a intensidade dos custos de transação³¹². A contratação de “planejadores”, além de ser ela mesma uma hipótese de custo de transação, é permeada de diversos outros custos de transação vinculados à relação instaurada. Há assimetrias informacionais nítidas nessa relação, as quais geram os conflitos de agência mencionados anteriormente.

Quanto à especificidade, pode-se dizer que há um mercado relativamente amplo de profissionais e um certo conjunto de práticas comuns na área, o que as tornam relativamente genéricas. É necessário ponderar tal circunstância com o fato de que muitos contribuintes não geram benefícios relevantes o bastante para incentivar a realização dos negócios, de modo que o mercado consumidor das práticas também é relativamente pequeno. A frequência, tal qual a especificidade, não é especialmente relevante, uma vez que as práticas são comuns entre grandes contribuintes, os quais constituem um grupo relativamente pequeno.

Já a incerteza é a grande baliza determinante da relevância dos custos de transação, como visto em tópico acima explorado. Com efeito, há divergências de todas as ordens na área, o que intensifica o cenário de insegurança vivenciado pelo contribuinte. Por sua vez, a racionalidade limitada é elemento de difícil visualização de forma genérica, uma vez que considera as peculiaridades da parte envolvida para definir sua inaptidão subjetiva à compreensão.

Por fim, o oportunismo é, ao lado da incerteza, intensificador dos custos de transação nesse cenário. As assimetrias informacionais já são janelas que autorizam a exploração oportunista, mas são especialmente agravadas pela relevância do fator “tempo”, o qual pode nublar a identificação dessa circunstância.

Portanto, há nítidos custos de transação associados à realização de planejamentos tributários, tanto nos atos e negócios firmados entre contribuintes quanto na contratação de especialistas para a confecção de arranjos. Nesse último

³¹² É prudente ressaltar que as balizas determinantes mencionadas acima não compõem rol exaustivo dos critérios deflagradores de riscos de transação. Cf. TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. *Análise econômica do Direito dos contratos: uma nova abordagem do Direito Contratual como redutor das falhas de mercado*. Londrina: Thoth, 2021. p. 176.

caso, sobrelevam alguns detalhes que podem ocasionar maior controvérsia decorrente da relação de agência que se estabelece.

4.3 A SEGURANÇA JURÍDICA E EFICIÊNCIA ECONÔMICA DOS CRITÉRIOS DE ANÁLISE DE LICITUDE DOS PLANEJAMENTOS TRIBUTÁRIOS

Retomando-se os conceitos anteriormente apresentados, foi apresentado o panorama doutrinário e jurisprudencial dos critérios de análise de licitude dos atos e negócios decorrentes dos planejamentos tributários. Para tanto, fatos históricos foram revisitados para registrar a alteração da percepção social do tributo, o qual passou de “custo da paz” cobrado dos povos dominados a estrutura democraticamente controlada de custeio do erário e, na visão de muitos, potencial mecanismo de promoção de direitos e salvaguarda de minorias. Essa alteração de compreensão encontra eco na atual conformação das competências impositivas e princípios específicos na CRFB, por exemplo, mas também impacta a própria postura das autoridades que são incumbidas de monitorar e cobrar os tributos. Por decorrência, vicejam posicionamentos diversos acerca dos poderes atribuídos às autoridades fiscais que são refletidos na jurisprudência administrativa do CARF – o tribunal administrativo mais atuante nessa área. Há, como visto, uma incerteza sobre os caracteres definidores da juridicidade das condutas. Foi possível identificar que durante longo período os critérios mais relevantes aos julgamentos eram a coerência dos atos entre si, a consistência dos atos no tempo e a autonomia entre as partes envolvidas. Conquanto tais elementos não se tenham sido pacificados e, por outro lado, também não tenham sido superados, julgamentos recentes indicam que há, no mínimo, uma incerteza sobre a efetividade dos critérios.

Da mesma forma, afirmou-se que a segurança jurídica atua em duas frentes, pois assegura a estabilidade do Direito e permite sua própria efetividade. O conceito deve ser compreendido através das noções de cognoscibilidade, calculabilidade e confiabilidade. A segurança jurídica, assim, é uma exigência de conformação do Estado, de modo que alterações abruptas sejam evitadas e expectativas razoáveis sejam confirmadas. Já a eficiência econômica é valor instrumental, pois detém como função cardeal a ponderação dos custos de promoção de um determinado valor em relação aos seus benefícios. Trata-se de conceito neutro que depende da definição do critério a ser maximizado para ser aplicado. Como critério, foram apresentados

dois modelos: Pareto e Kaldor-Hicks, cada um estipulando condições próprias à aferição.

Por fim, já foram examinadas as estruturas de incentivo de cada um dos “agentes relevantes”, de modo que foram identificados os influxos de conduta aplicáveis a contribuintes, autoridades fiscais e “planejadores”. Nesse âmbito, realça-se os incentivos à evasão mencionados em tópico próprio, os quais serão retomados quando do escrutínio dos arranjos sob o prisma da eficiência econômica. Os custos de transação relacionados às estruturas contratuais típicas de planejamento tributário também foram escrutinados, focando-se nas relações de mercado.

Desse modo, torna-se possível traçar algumas linhas sobre a figura do planejamento tributário na perspectiva da segurança jurídica e da eficiência econômica. Trava-se contato especificamente com os arranjos decorrentes do planejamento realizado por contribuintes, de modo a identificar se os critérios normalmente invocados para a aferição de licitude são harmônicos com os ditames da segurança jurídica e se há eficiência econômica na sua aplicação.

Deve-se focar aqui na perspectiva do contribuinte, destinatário da segurança jurídica. Com efeito, o contribuinte típico foca seu interesse em antecipar a avaliação que será realizada pelas autoridades fiscais, de modo a dosar sua aversão ao risco. Busca, antes de tudo, conhecer os conteúdos normativos considerados pelas autoridades fiscais para o julgamento. Pode-se iniciar, portanto, pela perspectiva da cognoscibilidade, ou “capacidade, formal ou material, de conhecimento de conteúdos normativos possíveis de um dado texto normativo ou de práticas argumentativas destinadas a reconstruí-los”³¹³. Trata-se da “segurança da orientação”³¹⁴.

O critério definidor da licitude dos arranjos de planejamento tributário está indubitavelmente entre os maiores dissensos da doutrina tributária, como estabelecido oportunamente. Como visto, a controversa figura do “propósito comercial” é ora reconhecida como elemento imprescindível à licitude, ora é definida como irrelevante, principalmente na jurisprudência administrativa, cenário maior da contenda. Afora isso, o conteúdo normativo do parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional é obscuro, ainda que recente julgamento do Supremo

³¹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 141.

³¹⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 735.

Tribunal Federal tenha oferecido alguns contornos interpretativos. Tampouco os conceitos de dolo, fraude ou simulação, expressões trazidas no art. 149, VII, do Código Tributário Nacional, são definidos de maneira plácida. Há, desse modo, relativo déficit de cognoscibilidade da norma.

Por seu turno, a confiabilidade é “a exigência de um ordenamento jurídico protetor de expectativas e garantidor de mudanças estáveis”³¹⁵. Pode ser entendida, também, como a segurança pelo cumprimento das expectativas criadas³¹⁶. Aqui é necessário frisar que o contribuinte que opta por algum método de planejamento tributário normalmente assume, em maior ou menor medida, o risco associado à prática. Dado o fato de que há um risco associado, não há quebra de confiança que possa ser imputada ao Estado na lavratura de autos de lançamento tributário decorrentes de atos ou negócios considerados ilícitos na óptica do Fisco. A rigor, a adesão ou não a alguma prática demanda uma decisão de risco que deve ser sopesada pelo contribuinte.

Por outro lado, é importante ressaltar que uma GAAR naturalmente abarca mais situações em campo de incidência normativa se comparada a uma SAAR, o que é obtido ao custo de seu texto ser menos preciso. Nesse particular, é cabível ressaltar um positivo marco trazido pelo julgamento da ADI 2.446 pelo Supremo Tribunal Federal. Nos termos do voto da Ministra Carmen Lúcia, não há norma geral antielisiva vigente no ordenamento jurídico, de modo que a confiabilidade do ordenamento jurídico recrudesce.

Por fim, a calculabilidade foi definida como a

capacidade de o cidadão prever, em grande medida, os limites da intervenção do Poder Público sobre os atos que pratica, conhecendo antecipadamente o âmbito de discricionariedade existente para os atos estatais.³¹⁷

Nesse âmbito, fala-se da segurança contra a surpresa³¹⁸. Os defeitos de cognoscibilidade reiteram-se aqui e afetam a calculabilidade. Em decorrência de não haver uma definição acerca dos critérios de aferição da licitude, a viabilidade de antecipação pelo contribuinte quanto à intervenção do Poder Público é também afetada. Retoma-se aqui o exemplo da distribuição desproporcional de lucros pois

³¹⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 142.

³¹⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 736.

³¹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 144.

³¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 736.

imensamente significativo, já que a autorização à conduta é reconhecida na legislação societária e se trata de prática disseminada. Ou seja, lei e costume presentes, o que não impede a cotidiana desconsideração dos atos através de lançamentos tributários baseados na suposta ilicitude.

Ou seja, a atual conformação do tratamento jurídico oferecido aos planejamentos tributários padece de defeitos de cognoscibilidade que geram, por si só, problemas de calculabilidade. Registra-se que, a despeito de não haver alterações legislativas muito relevantes nas últimas décadas, a jurisprudência administrativa e judicial ainda não se estabeleceu de forma ampla e segura a ponto de oferecer certeza ou confiança aos contribuintes.

Nessa seara, destaca-se que não são incomuns as inseguranças que foram sanadas através do estabelecimento de marcos normativos claros – ou, ao menos, mais claros que os marcos normativos anteriores. Dentre vários exemplos que podem ser colhidos no âmbito do Direito Tributário, é possível reiterar a compreensão de “insumos” para fins de definição de direito de crédito no âmbito da contribuição ao PIS e da Cofins, finalmente definida por decisão do Superior Tribunal de Justiça³¹⁹.

É possível afirmar que, a despeito do estabelecimento do precedente, as indefinições sobre a condição de insumo para determinados itens persistiram, mas em um grau efetivamente menor. Revela-se razoável, portanto, reconhecer um consenso maior entre contribuintes e autoridades fiscais no que se refere à apropriação de créditos de tal natureza, divergência que foi resolvida pela decisão do Superior Tribunal de Justiça.

A circunstância anterior, em que os posicionamentos variavam com maior frequência, criava incentivos perversos: de um lado, algumas empresas adotavam medidas mais agressivas de apropriação de créditos, apostando tanto na indolência fiscal quanto no “acaso” de resultados possíveis; de outro, as autoridades fiscais eram incentivadas a lançar o maior número de tributos e multa, sobretudo porque os critérios adotados pela sua norma de referência eram demasiadamente restritivos e, como visto anteriormente, são recompensados por assim agir.

³¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.221.170/PR*. Recorrente: Anhambi Alimentos Ltda.; Recorrido: União – Fazenda Nacional. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 22/02/18, publicado em 24/04/18. Primeira Seção. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201002091150&dt_publicacao=24/04/2018. Acesso em: 25 nov. 2021.

Do ponto de vista da eficiência econômica, é necessário reconhecer que há uma dificuldade em se identificá-la de maneira apropriada nas relações hierárquicas, gênero do qual a tributação é espécie. Com efeito, o modelo de Pareto detém pouca valia nesse âmbito, restando apenas o modelo de Kaldor-Hicks, uma vez que a sua definição de eficiência econômica parte do conceito de alocações com mera geração de excedente, de modo que não depende da efetiva indenização por parte dos “vencedores”. Também foi afirmado que a tributação não será necessariamente eficiente, em razão da possibilidade de afetar a própria realização de atos e negócios tributáveis em razão da chamada “curva de Laffer”.

A partir dessa compreensão prévia, também é necessário afirmar o objetivo a ser maximizado para, então, se definir a adequação do meio, já que a eficiência econômica se trata de um valor instrumental. Por sua vez, afirmou-se que função da tributação corresponde ao sustento do erário. Para tanto, cumpre ao Poder Legislativo, obediente à conformação dada pelos moldes constitucionais, estipular de forma equânime a carga fiscal que servirá ao custeio do Poder Público. Destacou-se, nessa seara, o problema do *free rider*, o oportunista que se aproveita das externalidades positivas geradas pelo Estado sem concorrer na sua manutenção através do recolhimento dos tributos, que fere, com sua conduta, a noção de igualdade jurídica.

Desse modo, entende-se que a tributação observa uma função, o que se refere aqui à unidade a ser maximizada. Ou seja, é o custeio das funções estatais através de carga equânime que serve como medida. A carga equânime, por sua vez, pode vir a ser afetada pela conduta oportunista do *free rider*.

Aplicando-se essas noções ao exame dos critérios de análise da licitude do planejamento tributário, é possível identificar ineficiências nas hipóteses trazidas quando examinados os incentivos à evasão, já que se revela o ambiente propício ao recolhimento dos tributos através de parcelamentos tributários especiais que reduzem significativamente a incidência de encargos moratórios e sancionatórios. Trata-se de hipótese de *free rider*, a qual fere diretamente a própria noção de igualdade formal subjacente à necessária distribuição equânime da carga fiscal. Recorrendo-se ao modelo de Kaldor-Hicks, nota-se que nessas hipóteses o esperado “ganhador” nas transações envolvendo a tributação – o Estado – não é sequer “ganhador”, ao passo que o contribuinte não necessariamente gera excedente aptos a recompensar o Estado.

O atual contexto dos planejamentos tributários, em que convivem grande incerteza acerca dos limites normativos, tempo alongado para julgamento das causas tributárias e medidas rotineiras de mitigação ou eliminação das sanções aplicáveis ao comportamento desviante, revela um ambiente propício à deflagração de ineficiências, portanto. Esse ambiente fere a própria função atribuída ao Direito Tributário, reconhecida aqui como a obrigação de prover o erário através da observância das conformações que lhe são dadas.

Apresentados, finalmente, os mecanismos de incentivo, os custos de transação e a avaliação do ambiente institucional vinculado aos planejamentos tributários sob a perspectiva da segurança jurídica e da eficiência econômica, pode-se passar às conclusões de ordem prática, chamadas no presente estudo de proposições. Com efeito, as compreensões expostas anteriormente têm o condão de permitir um cabedal de sugestões para o afastamento das circunstâncias indesejáveis do ordenamento jurídico.

4.4 PROPOSIÇÕES

A discussão sobre as possibilidades e deficiências da arrecadação pública destinada ao sustento do Estado está longe de ser um tema novo. Como visto anteriormente, o Estado depende da tributação para sua existência, a qual pode ser imposta de diversas formas e meios. A rigor, muitas das soluções atuais dadas pelas entidades governamentais não passam de mera repaginação de mecanismos tão antigos quanto nossa História registrada.

Se há algo novo à contemporaneidade, parece ser a complexidade trazida pela intensificação da tributação no Estado Moderno e pelas facilidades de trânsito de capitais e bens no mundo “globalizado”. O aumento da carga tributária e os incrementos tecnológicos são fatores que exigiram o reposicionamento dos contribuintes e entes estatais.

Essas linhas introdutórias servem ao objetivo de destacar a necessária lhanza com que se há de adentrar o campo das sugestões de ordem prática. Marcelo Lettieri Siqueira e Francisco Ramos argumentam:

Por outro lado, dada a complexidade do ambiente econômico em que o contribuinte geralmente toma as decisões acerca da sonegação, constata-se que nenhuma receita simples de política tributária pode ser

implementada. Não obstante, o panorama geral da obediência tributária é muito mais claro agora do que algumas poucas décadas atrás. Ao menos a literatura mostrou que a sonegação é um problema sério, demasiadamente complexo para ser resolvido, tão-somente, por meio de ajustes simples na política tributária, e que o conjunto de instrumentos de controle é bastante vasto.³²⁰

Em parte, isso é devido a uma lógica que permeia todo o presente estudo: indivíduos respondem a incentivos e não há ambiente institucional sem incentivos. Ordenações de caráter normativo e/ou regulamentar possuem efeitos em diversas ordens, tanto de forma direta quanto colateral.

Partindo-se dessas assunções de caráter introdutório, é possível retomar as compreensões trazidas no presente capítulo, de maneira também a encerrá-lo. Ele serviu a realizar a conjunção das elucubrações contidas nos capítulos que lhe antecederam, de modo a efetivamente escrutinar os planejamentos tributários sob o ponto de vista da AED, com especial foco na compreensão das instituições existentes. Para tanto, foram examinados os mecanismos de incentivos de contribuintes, autoridades fiscais e “planejadores” e identificados os principais custos de transação incidentes. Concluindo-se a análise, avaliou-se o ambiente institucional sob as lentes da segurança jurídica e da eficiência econômica, de modo a revelar algumas particularidades relevantes do atual estágio dessa instituição.

Os mecanismos de incentivo identificados no presente estudo revelam que certas práticas reconhecidas como danosas à função outorgada ao Direito Tributário são, a rigor, incentivadas pela atual estrutura. Recorda-se que foi assentado no presente estudo, conforme subcapítulo 3.1, que o Direito deve ser compreendido em razão da função que lhe é outorgada, a qual, no que concerne ao Direito Tributário, é assegurar a arrecadação que provê o funcionamento do Estado valendo-se de meios que atinjam equanimemente os cidadãos. Em outras palavras, a evasão, por se tratar de violação à distribuição equânime da tributação, é prática a ser combatida, de modo que a legislação que busca enfrentá-la é consentânea à função que se atribui ao Direito Tributário.

Logo, há evidente descompasso no ambiente institucional que, atualmente, incentiva contribuintes a tomar o caminho da evasão. Como visto no subcapítulo 4.1.1.2, essas circunstâncias são causadas por motivos diversos que intensificam os

³²⁰ SIQUEIRA, Marcelo Lettieri; RAMOS, Francisco. A economia da sonegação: teorias e evidências empíricas. *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3. p. 556-557, 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rec/a/Y8L4LQBtX5L9gdjF46zLfhs/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 out. 2021.

ganhos decorrentes dessas práticas, mas que encontram em duas peculiaridades brasileiras suas razões mais relevantes: a chamada “cultura do refinanciamento tributário”, exemplificada pelas dezenas de programas governamentais federais do estilo ao longo das últimas duas décadas³²¹, e o delongado tempo de discussão administrativa e judicial de créditos tributários, que estudo recente³²² estimava em cerca de duas décadas.

Tais condições associadas representam o maior incentivo que contribuintes oportunistas detêm para efetivamente adotar o caminho da evasão. Tomando-se como certo que arranjos negociais, mesmo que formulados com nítida intenção evasiva, poderão manter-se hígidos por prazo longo e que, durante esse período, será editado algum programa de parcelamento fiscal com benefícios ao devedor tributário, o contribuinte encontra a tempestade perfeita que o orienta a se utilizar do Estado como ente de financiamento de suas atividades. Em suma, é a cultura institucionalizada de leniência com o devedor tributário associada à demora disseminada de reconhecimento das evasões tributárias que mantém tal peculiar ambiente institucional.

Assim, deve-se voltar os olhos à equação de Michael Allingham e Angmar Sandmo³²³ para se reconhecer que as duas variáveis mais relevantes à prática de evasões são a probabilidade de fiscalização e a intensidade da sanção. Ao se eliminar uma delas, em razão das circunstâncias antes mencionadas, revela-se o mecanismo de incentivos tratado ao longo do texto.

As razões acima apresentadas se aplicam, de certa forma, aos incentivos perversos identificados na relação entre “planejadores” e contribuintes, como visto no subcapítulo 4.1.3. Aqui, o tempo delongado de definição do crédito tributário atua em favor de “planejadores” oportunistas, os quais detêm incentivos a buscar oportunidades de remuneração em detrimento dos interesses dos contribuintes, pois a demora no reconhecimento, por parte das autoridades fiscais, da prática ilícita

³²¹ BARBOSA, Marina. Em 21 anos, Brasil teve cerca de 40 programas de parcelamento tributário. *In*: PODER360. Brasília, 6 ago. 2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/economia/em-21-anos-brasil-teve-cerca-de-40-programas-de-parcelamento-tributario/>. Acesso em: 22 jan. 2022.

³²² INSTITUTO BRASILEIRO DE ÉTICA CONCORRENCIAL; ERNEST YOUNG. *Desafios do Contencioso Tributário Brasileiro: a evolução do contencioso, os modelos de solução de conflitos de seis países e medidas que poderiam ser aplicadas para mitigar o problema no Brasil*. 2019. Disponível em: <https://www.etco.org.br/wp-content/uploads/Estudo-Desafios-do-Contencioso-Tributario-ETCO-EY.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2022. p. 12.

³²³ ALLINGHAM, Michael G.; SANDMO, Angmar. Income Tax Evasion: A Theoretical Analysis. *Journal of Public Economics*, Cambridge, v. 1, n. 3-4, p. 323-338, 1972. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/0047272772900102>. Acesso em: 28 out. 2021.

pode dar ares de legitimidade ao arranjo proposto. É digno de registro que as consequências aqui tendem a ser abrandadas, uma vez que o capital reputacional dos “planejadores” é um ativo considerável, o que os incentiva a afastar-se desse modo de conduta.

Por sua vez, em linha com a necessidade de maior probabilidade de fiscalização para o combate à sonegação, é plenamente adequado que haja um sistema de metas que se ampare no mais rotineiro gatilho de produtividade: o aumento de remuneração. Porém, é necessário ponderar que as autoridades fiscais não podem permanecer sob influxo de uma estrutura que os incentive a internalizar os benefícios de sua atuação ilícita, enquanto externalizam as consequências danosas. Como visto, a estipulação de bônus baseado na quantidade de autos de lançamento de ofício ou de infração fiscal não reflete adequadamente o intento de melhorar a atividade fiscalizatória, mas compele as autoridades fiscais a agirem em detrimento da lei, sobretudo porque os riscos associados à eventual autuação indevida recaem sobre o Estado. Erik Navarro Wolkart³²⁴, ao tratar da remuneração variável de advogados públicos, defende posicionamento semelhante:

Alguns parágrafos acima, identificamos a grande disparidade entre o custo marginal da litigância do advogado público e do ente por ele representado, o que se dá essencialmente pela ausência de risco para o primeiro.

Essa ausência de risco, por sua vez, vem exatamente do duplo regime remuneratório criado pelo CPC/2015.

[...]

Posto isso, nossa sugestão de regulamentação do art. 85, §19, do CPC/2015 é no sentido de criação de um *risco* ao advogado público no que respeita exclusivamente à remuneração variável. Com isso, mantêm-se os seus efeitos positivos e retiram-se os negativos.

Essa é a sugestão assumida no presente estudo: a regulamentação do bônus pago às autoridades fiscais precisa internalizar também os riscos da sua atividade, de modo que a remuneração variável seja afetada pelas despesas associadas à sua conduta indevida.

Por fim, de cariz mais dogmático do que as sugestões anteriores, é necessário que se estabeleça um conjunto de precedentes sólidos que ampare a atuação de autoridades fiscais, contribuintes e “planejadores” acerca dos critérios de aferição de licitude dos atos e negócios decorrentes dos planejamentos tributários. Ou seja, é imprescindível – até mesmo para o afastamento das ações oportunistas –

³²⁴ WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do Processo Civil: como a Economia, o Direito e a Psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 483.

que os limites de atuação sejam definidos de forma mais precisa, ocasionando segurança jurídica, ao menos conforme os três aspectos tratados no presente estudo, cognoscibilidade, calculabilidade e confiabilidade. A atuação do CARF nessa seara, a despeito da qualidade técnica e competência de seus componentes, não permitiu a formação de parâmetros de referência. Tampouco a decisão proferida pelo STF no âmbito da ADI 2.446/DF parece ter o condão de delimitar as margens de licitude, sobretudo em razão da singeleza dos votos apresentados.

Com tais comentários, concluem-se as proposições práticas que decorrem das elucubrações contidas no presente estudo. Da mesma forma, toma-se por alcançado o objetivo assumido inicialmente: examinar o ambiente institucional dos planejamentos tributários sob as lentes e instrumentos da AED com o intuito de apontar as estruturas de incentivo e os custos de transação associados, de modo a permitir a apresentação de sugestões de melhoria.

5 CONCLUSÕES

O ambiente institucional dos planejamentos tributários foi examinado a partir da perspectiva da AED no presente estudo. Para tanto, foram necessários transpor determinados passos para se chegar à compreensão ao fim alcançada.

Inicialmente, realizou-se um estudo sobre a evolução histórica do fenômeno da tributação. O objetivo que norteou o tópico foi a demonstração da mudança da própria percepção da imposição tributária, a qual deixa de ser vista, pelo poder estabelecido ao menos, como um “custo da paz” do povo dominado para se configurar em um pretense instrumento de promoção dos direitos e, sob certa perspectiva, da liberdade mesma. A virada de chave decorre da dinâmica do poder da modernidade ocidental, vinculada sobretudo à contratualização, na forma de Constituições. Tal modificação gerou reflexos na cultura das sociedades ocidentais, as quais viram o intenso aumento da carga tributária enquanto o próprio povo estava no poder, circunstância que firma um evidente contraponto às razões elencadas para a derrubada dos regimes monárquicos ou autocráticos predecessores. Essa cultura, por natural, reflete-se no contexto do Direito e da interpretação empreendidas pelos juristas. O tributo, cuja vocação natural era ser repudiado, passa à condição de “dever fundamental”, enquanto “preço da civilização”.

Da mesma forma, o princípio da legalidade é redesenhado nessa nova cultura. Da legalidade estrita passa-se à influência da capacidade contributiva na conformação da hipótese de incidência. Ainda que essa compreensão se mantenha longe da unanimidade da doutrina tributária brasileira, é relevante destacar aqui a importância do contexto cultural e político que permite o seu desenvolvimento.

No âmbito específico dos planejamentos tributários e a interpretação quanto à licitude dos atos que deles decorrem, as consequências são identificadas na própria incerteza quanto aos critérios definidores do julgamento. A noção inerente ao “teste de propósito negocial”, comumente referida tanto em acórdãos quanto na doutrina especializada, é criticada pela inexistência de respaldo legal, o que não a impede de se firmar como elemento relevante na análise empreendida por importantes tribunais componentes do Poder Judiciário. No âmbito do CARF, ainda que sua relevância nos últimos anos tenha sido amainada pelo surgimento de critérios outros, o teste foi utilizado como guia em casos notórios. É inevitável vincular a sua introdução no debate nacional ao contexto cultural e político da quadra histórica.

Por fim, foram apresentadas algumas linhas sobre a ADI n. 2.446/DF, demanda que buscou o reconhecimento da inconstitucionalidade da inclusão do parágrafo único ao art. 116 do Código Tributário Nacional. Resguardadas as críticas à timidez do posicionamento contido nos votos, identificou-se na linha do voto que conduziu a maioria uma restrição às interpretações que conferiam, a partir do referido dispositivo, uma ampla margem de discricionariedade às autoridades fiscais, ao se negar o caráter de “norma geral antielisiva” ao texto vigente.

De modo a apresentar os instrumentos com que seria analisado o ambiente institucional dos planejamentos tributários, apresentaram-se como chaves de compreensão a AED e os critérios da segurança jurídica e da eficiência econômica. Para tanto, historiou-se brevemente a origem histórica e filosófica da AED e, a partir disso, deitou-se foco sobretudo na teoria dos custos de transação e na chamada “economia do crime”. Além disso, foram apresentadas algumas linhas sobre o consequencialismo, compreendido para os fins do presente estudo como elemento de construção da norma.

No âmbito do estudo sobre a segurança jurídica, cuidou-se de expor sua multifacetada compreensão. Considerando que busca a estabilidade e a efetividade da norma jurídica, adotou-se a segurança jurídica como elemento de aferição da qualidade do ordenamento jurídico, de modo que os conceitos de cognoscibilidade, calculabilidade e confiabilidade evidenciaram sua relevância. Ao mesmo tempo, foi incluída no âmbito das consequências desejáveis da aplicação do Direito.

Por fim, a eficiência econômica foi examinada sob a condição de precioso “valor instrumental”, obtendo sua importância na aferição dos meios em comparação aos fins atingidos ou atingíveis. A “régua de medição” foi introduzida com a explanação dos critérios de Pareto e Kaldor-Hicks e com a ressalva de que a eficiência econômica depende da estipulação do bem maximizável. Em conclusão ao segundo capítulo, restringiu-se o conjunto de instituições enfocadas no âmbito do presente estudo.

A partir dessas linhas, passou-se exatamente a conjugar as compreensões trazidas nos capítulos predecessores, através da análise do ambiente institucional dos planejamentos tributários sob a perspectiva da AED, notadamente em suas vertentes da chamada “economia do crime”, da teoria dos custos de transação e da teoria da agência.

Analisaram-se os mecanismos de incentivos de contribuintes, autoridades fiscais e “planejadores” com o intuito de demarcar a estrutura vivenciada. Aí se assinalou a presença de circunstâncias que induzem a prática de evasão fiscal, decorrente de dois fatores: cultura do “refinanciamento tributário” e o prazo delongado para a definição da exigibilidade do crédito tributário. Além disso, avaliou-se a legislação vigente que prevê o pagamento de bônus às autoridades fiscais com o objetivo de expor possíveis deficiências no sistema de remuneração, o qual, se não for bem calibrado, incentivará servidores públicos a agir de forma contrária aos interesses do ente estatal que representam. Por fim, também foram apontadas janelas que convidam “planejadores” ao oportunismo.

Também serviu o capítulo final à conferência das instituições sob os critérios da segurança jurídica e da eficiência econômica. Quanto ao primeiro, identificou-se que a segurança jurídica somente será obtida com uma maior conformação dos limites normativos aos atos e negócios decorrentes de planejamento tributário, o que certamente influenciará a postura de contribuintes e autoridades fiscais. Identificou-se, da mesma forma, que a ineficiência gerada pelo ambiente institucional acarreta a violação à função outorgada ao Direito Tributário.

No âmbito das proposições de ordem prática, o resultado do estudo não poderia se furtar a apontar a necessária revisitação dos elementos que servem ao desiderato de coibir a prática de evasões fiscais, a probabilidade de fiscalização e a intensidade das sanções, no intuito de apontar o problema decorrente da chamada cultura do “refinanciamento tributário”, que comporta regularmente benefícios que imunizam as sanções. Além disso, no que se refere à remuneração variável paga a autoridades fiscais, sugeriu-se que a regulamentação adote mecanismo que internalização de despesas associadas a autos de lançamento ou de infração fiscal julgados indevidos, de maneira a conter incentivos perversos. Por fim, ainda se reiterou a necessidade de estabelecimento de precedentes sólidos no intuito de trazer segurança jurídica a todas as pessoas envolvidas.

REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable: Un Tratado sobre la Justificación Jurídica*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ABRADT BRASIL. ADI 2446. *Parágrafo único do art. 116, CTN - Observatório da Jurisprudência*. [S. l.: s. n.], 24 jul. 2020. 1 vídeo (2 h 13 min). Participação de Roberto Quiroga Mosquera, Luis Eduardo Schoueri, Lana Borges, Luís Flávio Neto, Leonardo Alvim, Sérgio André Rocha e Valter Lobato. Disponível em: <https://youtu.be/UDjChT7ibnA>. Acesso em: 21 jan. 2022. *Live*.
- ADAMS, Charles. *For Good and Evil: The Impact of Taxes on the course of civilization*. 2. ed. Oxford: Madison Books, 1999.
- ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, Information Costs, and Economic Organization. *The American Economic Review*, Nashville, v. 62, n. 5, p. 777-795, 1972.
- ALLINGHAM, Michael G.; SANDMO, Angmar. Income Tax Evasion: A Theoretical Analysis. *Journal of Public Economics*, Cambridge, v. 1, n. 3-4, p. 323-338, 1972. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/0047272772900102>. Acesso em: 28 out. 2021.
- ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do Direito: contribuições e desmistificações. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 49-68. jul./dez. 2006. Disponível em: http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf. Acesso em: 3 fev. 2022.
- ARAUJO JUNIOR, Ari Francisco. Raízes econômicas da criminalidade violenta no Brasil: um estudo usando micro dados e pseudopainel – 1981/1996. *Revista de Economia e Administração*, São Paulo, v. 1, n. 3, jul./set. 2002. Disponível em: <http://www.spell.org.br/documentos/download/25578>. Acesso em: 21 jan. 2022.
- ARISTÓTELES. *Política*. Edição Bilingue. Tradução de Antônio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Lisboa: Vega Universidade, 1998.
- ARONOFSKY, David. Piercing the Transnational Corporate Veil: Trends, Developments, and the Need for Widespread Adoption of Enterprise Analysis. *North Carolina Journal of International Law*, Carolina do Norte, v. 10, n. 1, 1985. Disponível em: <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1248&context=ncilj&httpsredir=1&referer=>. Acesso em: 17 nov. 2021.
- ARROW, Kenneth J. Informational Structure of the Firm. *The American Economic Review*, [s. l.], v. 75, n. 2, p. 303-307, 1985. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=ip,shib&db=bth&AN=4507318&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 2 fev. 2022.

ASSEIS, Pedro Augusto do Amaral Abujamra. A importância do “Propósito Negocial” no planejamento tributário: análise à luz dos recentes julgamentos do CARF sobre amortização fiscal de ágio. *Revista de Direito Tributário Atual*, São Paulo, IBDT, n. 29, p. 277-292, 2013.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARBOSA, Marina. Em 21 anos, Brasil teve cerca de 40 programas de parcelamento tributário. *In: PODER360*. Brasília, 6 ago. 2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/economia/em-21-anos-brasil-teve-cerca-de-40-programas-de-parcelamento-tributario/>. Acesso em: 22 jan. 2022.

BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento Tributário: limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Lejus, 2002.

BECKER, Gary. *Crime and Punishment: an Economic Approach*, 1974. p. 1-54. Disponível em: <https://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2022.

BECKER, Gary. *The Economics of Discrimination*. Chicago: The University of Chicago, 1959.

BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Londres: Createspace Independent Publishing Platform, 2016.

BÍBLIA. *Bíblia Sagrada: Edição Pastoral*. São Paulo: Paulus, 1996.

BODART, Bruno; FUX, Luiz. *Processo Civil e análise econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BOZZA, Fábio Piovesan. *Planejamento Tributário e autonomia privada*. São Paulo: IBDT/Quartier Latin, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jul. 2021.

BRASIL. *Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 jan. 2022.

BRASIL. *Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 23 fev. 2022.

BRASIL. *Lei Complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001*. Altera dispositivos da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp104.htm. Acesso em: 6 maio 2022.

BRASIL. *Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006*. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm. Acesso em: 22 jan. 2022.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 29 jul. 2021.

BRASIL. *Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009*. Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários; concede remissão nos casos em que especifica; institui regime tributário de transição, entre outras disposições. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11941.htm. Acesso em: 29 jul. 2021.

BRASIL. *Lei n. 12.865, de 9 de outubro de 2013*. Altera os prazos previstos nas Leis n. 11.941, de 27 de maio de 2009, e n. 12.249, de 11 de junho de 2010, entre outras disposições. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12865.htm. Acesso em: 5 mar. 2022.

BRASIL. *Lei n. 13.464, de 10 de julho de 2017*. Altera a remuneração de servidores de ex-territórios e de servidores públicos federais; reorganiza cargos e carreiras; estabelece regras de incorporação de gratificação de desempenho a aposentadorias e pensões. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13464.htm. Acesso em: 17 jan. 2022.

BRASIL. *Lei n. 13.606, de 9 de janeiro de 2018*. Institui o Programa de Regularização Tributária Rural (PRR) na Secretaria da Receita Federal do Brasil e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/l13606.htm. Acesso em: 5 mar. 2022.

BRASIL. *Lei n. 13.988, de 14 de abril de 2020*. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis n os 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13988.htm. Acesso em: 21 jan. 2022.

BRASIL. *Lei n. 4.502, de 30 de novembro de 1964*. Dispõe sobre o Imposto de Consumo e reorganiza a Diretoria de Rendas Internas. Brasília, DF: Presidência da República, 1964. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4502.htm. Acesso em: 22 jan. 2022.

BRASIL. *Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 29 jul. 2021.

BRASIL. *Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995*. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9249.htm. Acesso em: 5 mar. 2022.

BRASIL. *Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996*. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9430.htm. Acesso em: 22 jan. 2022.

BRASIL. *Lei n. 9.718, de 27 de novembro de 1998*. Altera a Legislação Tributária Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9718.htm. Acesso em: 23 jan. 2022

BRASIL. *Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 17 fev. 2022.

BRASIL. *Medida Provisória n. 685, de 21 de julho de 2015*. Institui o Programa de Redução de Litígios Tributários - PRORELIT, cria a obrigação de informar à administração tributária federal as operações e atos ou negócios jurídicos que acarretem supressão, redução ou diferimento de tributo e autoriza o Poder Executivo federal a atualizar monetariamente o valor das taxas que indica. Brasília, DF: Secretaria Geral, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/mpv/mpv685impressao.htm. Acesso em: 30 out. 2021.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Câmara Administrativa de Recursos Fiscais. *Recurso Especial do Contribuinte n. 10140.722768/2011-58*. Ernesto Borges Advogados S.S. v. Fazenda Nacional. Acórdão n. 2302-003.375. 2ª Turma. Relatora: Conselheira Liege Lacroix Thomasi. Julgado em 10 set. 2014. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/10140722768201158_5381773.pdf. Acesso em: 4 fev. 2022.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Câmara Administrativa de Recursos Fiscais. *Recurso Especial do Contribuinte n. 10140.720903/2011-21*. Sami Serviços e Assessoria em Medicina Intensiva S.S. v. Fazenda Nacional. Acórdão n. 1302-005.286. 2ª Turma. Relator: Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca. Julgado em 17 mar. 2021. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/10140720903201121_6356846.pdf. Acesso em: 4 fev. 2022.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Câmara Administrativa de Recursos Fiscais. *Recurso Especial do Contribuinte n. 11020.724.809/2011-70*. Lupatech S.A. v. Fazenda Nacional. Acórdão n. 1402-001.404. 2ª Turma. Relator: Conselheiro Paulo Roberto Cortez; Redator: Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alenca. Julgado em 9 jul. 2013. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/11020724809201170_5320772.pdf. Acesso em: 27 fev. 2022.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Câmara Administrativa de Recursos Fiscais. *Recurso Especial do Contribuinte n. 12448.726481/2011-78*. Brasil, Pereira Neto, Galdino Macedo Advogados v. Fazenda Nacional. Acórdão n. 1401-004.224. 2ª Turma. Relatora: Conselheira Letícia Domingues Costa Braga. Julgado em 12 fev. 2020. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/10140720903201121_6356846.pdf. Acesso em: 4 fev. 2022.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Câmara Superior de Recursos Fiscais. *Recurso Especial do Contribuinte n. 16561.720170/2014-01*. Tinto Holding Ltda. v. Fazenda Nacional. Acórdão n. 9101-004.382. 1ª Turma. Relator: Conselheiro Demetrius Nichele Macei; Redatora: Conselheira Edeli Pereira Bessa. Julgado em 10 set. 2019. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/16561720170201401_6085831.pdf. Acesso em: 18 jan. 2022.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Câmara Superior de Recursos Fiscais. *Recurso Especial do Procurador n. 16561.720192/2012-09*. Fazenda Nacional v. Tilibra Produtos de Papelaria Ltda. Acórdão n. 9101-005.876. 1ª Turma. Relatora: Conselheira Andréa Duek Simantob; Redator: Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella. Julgado em 11 nov. 2021. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/16561720192201209_6546463.pdf. Acesso em: 18 jan. 2022.

BRASIL. Ministério da Fazenda. *Portaria MF n. 343, de 9 de junho de 2015*. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências. Brasília, DF: Ministério da Fazenda, 2015. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/regimento-interno/reg-outros/ricarf-multi-11072016.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2022.

BRASIL. Presidência da República. *Exposição de Motivos 360/16 à Medida Provisória 765/16*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-765-16.pdf. Acesso em: 17 jan. 2022.

BRASIL. Presidência da República. *Mensagem n. 1.459, de 17 de outubro de 1999*. Exposição de Motivos do Projeto de Lei Complementar n. 77/99. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD16OUT1999.pdf#page=42>. Acesso em: 21 jan. 2022.

BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Editais n. 9, de 3 de maio de 2022*. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/edital-n-9/2022-397019463>. Acesso em: 7 jul. 2022.

BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Lista de Devedores da PGFN*. Disponível em: <https://www.listadevedores.pgfn.gov.br>. Acesso em: 23 jan. 2022.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil. Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil da 6ª Região Fiscal. *Solução de Consulta n. Disit/SRRF06 n. 46, de 24 de maio de 2010*. Disponível em: [http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=65310&visao=a notado](http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=65310&visao=a%20notado). Acesso em: 5 fev. 2022.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal. *Estudo sobre Impactos dos Parcelamentos Especiais*. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/08/20171229-estudo-parcelamentos-especiais.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2022.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal. Instrução Normativa RFB n. 1.911, de 11 de outubro de 2019. Regulamenta a apuração, a cobrança, a fiscalização, a arrecadação e a administração da Contribuição para o PIS/Pasep, da Cofins, da Contribuição para o PIS/Pasep-Importação e da Cofins-Importação. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 27, 15 out. 2019. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=104314>. Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal. Instrução Normativa SRF n. 247, de 21 de novembro de 2002. Dispõe sobre a Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado em geral. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 47, 26 nov. 2002. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=15123>. Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal. Instrução Normativa SRF n. 404, de 12 de março de 2004. Dispõe sobre a incidência não-cumulativa da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social na forma estabelecida pela Lei nº 10.833, de 2003, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 28, 15 mar. 2004. Disponível em: [http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15304&visao=a notado](http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15304&visao=a%20notado). Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.221.170/PR*. Recorrente: Anhambi Alimentos Ltda.; Recorrido: União – Fazenda Nacional. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 22/02/18, publicado em 24/04/18. Primeira Seção. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201002091150&dt_publicacao=24/04/2018. Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 279.273/SP*. Recorrente: B Sete Participações S.A. e outros; Recorrido Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 04/12/03, publicado em 29/03/04. Terceira Turma. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200000971847&dt_publicacao=29/03/2004. Acesso em: 17 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.446*. Autor: Confederação Nacional do Comércio – CNC; Réu: União Federal. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Julgado em 08/04/22, publicado em 11/04/22. Pleno. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760366746>. Acesso em: 7 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 550.769/RJ*. Recorrente: American Virginia Indústria Comércio Importação e Exportação de Tabacos Ltda; Recorrida: União – Fazenda Nacional. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgado em: 22/05/13. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=211925460&ext=.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação/Reexame Necessário nº 2008.71.00.027934-4*. Recorrente: União – Fazenda Nacional; Recorrido: Imobiliária Coliseu Ltda. Relator Leandro Paulsen. Julgado em 09/05/12, publicado em 17/05/12. Primeira Turma. Disponível em: https://consulta.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=4944851&hash=3c6462a59495b916ab2cda1b3391a504. Acesso em: 17 nov. 2021.

CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, 70. *The Yale Law Journal* 499, 1961.

CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma Visão Crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CALIENDO, Paulo. Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: Contribuições e Limites. *Revista da Fundação Escola Superior de Direito Tributário*, Porto Alegre, FESDT, n. 3, p. 185-205, 2009. Disponível em: <https://fesdt.org.br/docs/revistas/3/artigos/11.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2021.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CARVALHO JUNIOR, Pedro Humberto Bruno de. *Sistema Tributário dos países da OCDE e as principais recomendações da entidade: fornecendo parâmetros para a reforma tributária no Brasil*. In: Nota Técnica DINTE. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2022. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/pubpreliminar/220310_publicacao_preliminar_o_sistema_tributario_dos_paises_da_ocde.pdf. Acesso em: 1 maio 2022.

CARVALHO, Cristiano Rosa de. A tributação estratégica: introdução à Teoria dos Jogos no Direito Tributário. *In: CARVALHO, Cristiano. Direito Tributário Atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

CARVALHO, Cristiano Rosa de. Análise econômica da tributação. *In: TIMM, Luciano Benetti (coord.). Direito e Economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do Direito*. Indaiatuba: Foco, 2019.

CARVALHO, Cristiano Rosa de. *Teoria da Decisão Tributária*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

CARVALHO, Cristiano Rosa de; MATTOS, Ely José de. Entre princípios e regras: uma proposta de análise econômica no Direito Tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 157, p. 27-45, 2008.

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

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009.

CHEN, Shuping; CHEN, Xia; CHENG, Qiang; SHEVLIN, Terry. Are Family Firms More Tax Aggressive than Non-Family Firms? *Journal of Financial Economics*, Cambridge, n. 95, v. 1, p. 41-61, 2010. Disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0304405X09001640>. Acesso em: 21 jan. 2022.

CHESTERTON, Gilbert Keith. *Ortodoxia*. Tradução de Almiro Pisetta. 2. ed. São Paulo: Mundo Cristão, 2017.

COASE, Ronald. The Nature of the Firm. *Economica, New Series*, Londres, The London School Economics and Political Science, v. 4, n. 16, 1937.

COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law & Economics*, Chicago, The University of Chicago, v. III, 1960.

COELHO, Fábio Ulhoa. A alocação de riscos e a segurança jurídica na proteção do investimento privado. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 16, n. 7, p. 291-304, 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3107/2821>. Acesso em: 17 nov. 2021.

COELHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado. Valor contábil dos bens e direitos do ativo da pessoa jurídica entregues a acionista a título de devolução de sua participação no capital social. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 92, 2003.

COOTER, Roberto; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações de jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009.

DESAI, Mihir; DYCK, Alexander; ZINGALES, Luigi. Theft and Taxes. *Journal of Financial Economics*, Cambridge, v. 3, n. 84, p. 591-623, 2007. Disponível em: <https://pdf.sciencedirectassets.com/271671/1-s2.0-S0304405X07X02411/1-s2.0-S0304405X07000323/main.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2022.

DIAS, Daniela Gueiros. *Consequencialismo judicial no Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: IBDT, 2021.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Elisão e evasão fiscal*. São Paulo: Livraria dos Advogados, 1971.

EISENHARDT, Kathleen M. Agency Theory: An Assessment and Review. *Academy of Management Review*, [s. l.], v. 14, 1989.

EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Behaviour of Federal Judges*. A Therotical & Empirical Study of Rational Choice. Cambridge: Harvard University, 2013.

ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. 3. ed., v. 1. Madrid: Imprenta de Eduardo Cuesta, 1874.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Caso Compania General de Tabacos v. Collector (1927)*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/275/87/>. Acesso em: 14 fev. 2022

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Caso Anderson v. Abbott (1944)*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/321/349/>. Acesso em: 17 nov. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Caso Gregory v. Helvering (1935)*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/293/465/>. Acesso em: 27 fev. 2022.

FERGUSON, Niall. *The Cash Nexus: Money and Power in the Modern World, 1700-2000*. New York: Basic Books, 2006.

GERMANO, Livia de Carli. *Planejamento tributário e limites para a desconsideração do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GHERSEL, Giovanna. A fumaça por trás dos devedores contumazes. *Revista JOTA*, Brasília, 7 jun. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/a-fumaca-por-tras-dos-devedores-contumazes-07062017>. Acesso em: 23 jan. 2022

GIBBON, Edward. *Declínio e queda do Império Romano*. Tradução de José Paulo Paes. São Paulo: Companhia de Bolso, 2005.

GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (coord.). *Direito e Economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do Direito*. Indaiatuba: Foco, 2019.

- GODOI, Marciano Seabra de. A figura da fraude à Lei Tributária prevista no art. 116, parágrafo único do CTN. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 68, 2001.
- GODOI, Marciano Seabra de. Planejamento tributário. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.) *Planejamento tributário*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- GRAETZ, Michael; WILDE, Louis. The Economics of Tax Compliance: Fact and Fantasy. *National Tax Journal*, Pasadena, v. 38, n. 3, p. 355-363, 1985. Disponível em: <https://authors.library.caltech.edu/81495/1/sswp574.pdf>. Acesso em: 29 out. 2021.
- GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- GUTIERREZ, Miguel Delgado; PINTO, Alexandre Evaristo. O negócio indireto e o planejamento tributário. *Revista de Direito Tributário Atual*, São Paulo, IBDT, n. 49, p. 439-450, 2021
- HOPPIT, Julian. *A Land of Liberty? England 1689-1727*. Oxford: Universidade de Oxford, 2002.
- HUCK, Hermes Marcelo. *Evasão e elisão: rotas nacionais e internacionais do planejamento tributário*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE ÉTICA CONCORRENCIAL; ERNEST YOUNG. *Desafios do Contencioso Tributário Brasileiro: a evolução do contencioso, os modelos de solução de conflitos de seis países e medidas que poderiam ser aplicadas para mitigar o problema no Brasil*. 2019. Disponível em: <https://www.etco.org.br/wp-content/uploads/Estudo-Desafios-do-Contencioso-Tributario-ETCO-EY.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2022.
- JAKITAS, Renato. STF não ajuda a Zona Franca e deixa Brasil mais pobre, diz Marcos Lisboa. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 26 abr. 2019. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,stf-nao-ajuda-a-zona-franca-e-deixa-brasil-mais-pobre-diz-marcos-lisboa,70002806166>. Acesso em: 27 set. 2021
- JENSEN, Michael; MECKLING, Willian. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*, Lausanne, v. 3, n. 4, p. 6-7, 1976. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=94043. Acesso em: 29 jul. 2021.
- JOUVENEL, Bertrand de. *O poder: história natural do seu crescimento*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Peixoto Neto, [2010?].
- JUBILUT, Líliliana Lyra. Os fundamentos do Direito Internacional Contemporâneo: da coexistência aos valores compartilhados. In: *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*. v. 1, n. 1. Belo Horizonte: CEDIN, 2006. Disponível em: http://centrodireitointernacional.com.br/static/anuario/5_V2/anuario_5_v2.pdf. Acesso em: 2 fev. 2022.

KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Um projeto filosófico. Tradução de Artur Morão. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008.

KEEN, Michael; SLEMROD, Joel. *Rebellion, Rascals and Revenue: Tax Foolies and Wisdom Through the Ages*. Princeton: Princeton University, 2021.

KOROBKIN, Russell; ULEN, Thomas. Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics. *California Law Review*, Los Angeles, v. 88, n. 4, p. 1051-1144, 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/3481255>. Acesso em: 18 jan. 2022.

LEÃO, Martha Toribio. *O direito fundamental de economizar tributos: entre legalidade, liberdade e solidariedade*. São Paulo: Malheiros, 2018.

LEONI, Bruno. *A liberdade e a lei*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon, 1995.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphanie. *Análise econômica do Direito*. 2. ed. Tradução Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2020.

MAIA, Flávia. *Caso Itaú: maior processo do Carf está parado desde outubro*. *Revista JOTA*, Brasília, 9 set. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/itau-maior-processo-carf-parado-09092019>. Acesso em: 27 set. 2021.

MARTINEZ, Antonio Lopo; COELHO, Luiz Felipe de Almeida. Planejamento tributário com operações societárias: critérios de validade utilizados pelo CARF. *Revista Contemporânea de Contabilidade*, Florianópolis, UFSC, v. 13, n. 30, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/2175-8069.2016v13n30p193>. Acesso em: 29 jul. 21.

MARTINEZ, Antonio Lopo; RAMALHO, Giliard Creton. Family Firms and Tax Aggressiveness in Brazil. *International Business Research*, Ontario, v. 7, n. 3, p. 129-136, 2014. Disponível em: <https://ccsenet.org/journal/index.php/ibr/article/download/32917/19740>. Acesso em: 21 jan. 2022.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Norma antielisão tributária e o princípio da legalidade, à luz da segurança jurídica. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 119, p. 125, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Teoria da Imposição Tributária*. 2. ed. São Paulo: Livraria dos Tribunais. 1998.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENEZES, Paulo Lucena de. Elisão fiscal. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 63, p. 159-160, 2000.

MATTOS, Alexandre José Negrini de. *Maximização da utilidade esperada, planejamento tributário e governança corporativa*. 2017. Dissertação (Mestrado em Contabilidade) – Programa de Pós-Graduação em Controladoria e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/96/96133/tde-10082017-144501/publico/AlexandreJNegrini_Corrigida.pdf. Acesso em: 20 jan. 2022.

MELO, José Eduardo Soares de. A desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil e seu reflexo no Direito Tributário. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (coord.). *Direito Tributário e o novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

MOREIRA, Gabriel Eugênio Barreto; ROSENBLATT, Paulo. Nem tanto ao céu, nem tanto à terra: repensando a aplicação do propósito negocial a partir de uma análise da recente jurisprudência do CARF. *Revista de Direito Tributário Atual*, São Paulo, IBDT, n. 43, p. 502, 2019.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Tullio Ascarelli e o Direito Tributário no Brasil. *Revista de Direito Tributário Atual*, Resenha Tributária, São Paulo, n. 10, p. 2.703-2.743, 1990. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1994/1812>. Acesso em: 24 fev. 2022.

NUNES, Flávia Furlan. Refis da crise é vantajoso às pessoas físicas em 95% dos casos, aponta IBPT. *Revista Infomoney*, São Paulo, 12 nov. 2009. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/refis-da-crise-e-vantajoso-as-pessoas-fisicas-em-95-dos-casos-aponta-ibpt/>. Acesso em: 23 jan. 2022.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do planejamento tributário. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Tributário, n. 47, p. 614, 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. *Final study on illicit financial flows, human rights and the 2030 Agenda for Sustainable Development of the Independent Expert on the effects of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of all human rights, particularly economic, social and cultural rights*. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/31/61. Acesso em: 29 jul. 21.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Action 12: Mandatory Disclosure Rules*. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action12/>. Acesso em: 5 fev. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Towards Global Tax Co-operation: Report to the 2000 ministerial Council Meeting and recommendations by the Committee on Fiscal Affairs*. 2000. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/harmful/2090192.pdf>. Acesso em: 29 jul. 21.

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas consequências no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2011.

PORTO, Éderson Garin. *Manual de Execução Fiscal*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

POSNER, Eric Andrew. *Law and Social Norms*. Cambridge: Harvard University, 2002.

POSNER, Richard Allen. *Economic Analysis of Law*. 9. ed. Frederick: Aspen, 2014.

RIO GRANDE DO SUL. *Lei n. 15.576, de 29 de dezembro de 2020*. Institui o Código de Boas Práticas Tributárias do Estado do Rio Grande do Sul, cria o Conselho de Boas Práticas Tributárias, autoriza a criação das Câmaras Técnicas Setoriais, estabelece hipóteses de acordos setoriais de boas práticas, institui o Programa de Estímulo à Conformidade Tributária – Nos Conformes RS, estabelece regras de conformidade tributária. Porto Alegre: Assembleia Legislativa, 2020. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/LEI%2015.576.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2022.

ROCHA, Sérgio André. O planejamento tributário na obra de Misabel Abreu Machado Derzi. *Revista de Direito Tributário Atual*, São Paulo, IBDT, n. 49, p. 457-458, 2021.

ROCHA, Sérgio André. *Planejamento tributário na obra de Marco Aurélio Greco*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ROLIM, João Dácio. *Normas antielisivas tributárias*. São Paulo: Dialética, 2001.

RUSSI, Anna. Banco Mundial: empresas gastam até 1.501 horas para pagar impostos no Brasil. *CNN Brasil*, Brasília, 15 jun. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/banco-mundial-empresas-gastam-ate-1501-horas-para-pagar-impostos-no-brasil/>. Acesso em: 4 mar. 2022.

SANTO AGOSTINHO. *O De Excidio Vrbis e outros sermões sobre a queda de Roma*. Tradução de Carlota Miranda Bruno. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2013.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa. *Lei Complementar n. 1.320, de 6 de abril de 2018*. Institui o Programa de Estímulo à Conformidade Tributária - "Nos Conformes", define princípios para o relacionamento entre os contribuintes e o Estado de São Paulo e estabelece regras de conformidade tributária. São Paulo: Governo do Estado, 2018. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2018/lei.complementar-1320-06.04.2018.html>. Acesso em: 3 mar. 2022.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa. *Lei Estadual n. 17.293, de 15 de outubro de 2020*. Estabelece medidas voltadas ao ajuste fiscal e ao equilíbrio das contas públicas e dá providências correlatas. São Paulo: Governo do Estado, 2020. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2020/lei-17293-15.10.2020.html>. Acesso em: 22 jan. 2022.

SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.); FREITAS, Rodrigo de (org.). *Planejamento tributário e o "propósito negocial"*: mapeamento de decisões do Conselho de Contribuintes de 2002 a 2008. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Contribuição à investigação das origens do Princípio da Legalidade em Matéria Tributária. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues (coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex, 2005.

SCHOUERI, Luís Eduardo. O REFIS e a desjudicialização do Direito Tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 232, p. 714-715, 2015.

SCHUMPETER, Joseph Alois. *History of Economic Analysis*. Londres: Taylor & Francis e-library, 2006.

SCHUMPETER, Joseph Alois. *The Crisis of the Tax State*. Londres: Macmillan, 1918. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5322348/mod_resource/content/1/Crise%20do%20Estado%20Fiscal.pdf. Acesso em: 2 fev. 2022.

SEN, Amartya. Rational Fools: a Critique of Behavioral Foundations of Economic Theory. *Philosophy and Public Affairs*, Nova Iorque, Blackwell Publishing, v. 6, n. 4, p. 317-344, 1977.

SILVA, Rômulo Cristiano Coutinho da. *Planejamento Tributário e Segurança Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

SIQUEIRA, Marcelo Lettieri; RAMOS, Francisco. A economia da sonegação: teorias e evidências empíricas. *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 555-581, 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rec/a/Y8L4LQBtX5L9gdjF46zLfhs/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 out. 2021.

SITKOFF, Robert H. *An Agency Costs Theory of Trust Law*. Law & Economics Working Papers Archive, 2009.

SOUSA, José Pedro Galvão de. *O Estado tecnocrático*. São Luis: Resistência Cultural, 2018.

SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Financeiras, 1954.

SPECTOR, Horacio. Justicia y bienestar. Desde una Perspectiva de Derecho Comparado. *Doxa*, Valência, n. 26, p. 241-260, 2003. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10075/1/doxa26_13.pdf. Acesso em: 21 jan. 2022.

TIPKE, Klaus. *Moral Tributária do Estado e dos Contribuintes*. Tradução de Luiz Doria Furquim. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2012.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução de Neil Ribeiro da Silva. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. 4. ed. Tradução de Yvonne Jean. Brasília: Universidade de Brasília.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário e Direito Privado: autonomia privada, simulação; elusão tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário Internacional: planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TÔRRES, Heleno Taveira. Limites ao planejamento tributário – normas antielusivas (gerais e preventivas) – a norma geral de desconsideração de atos ou negócios do direito brasileiro. In: MARINS, James (coord.). *Tributação e antielisão*. Livro 3. Curitiba: Juruá, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. Norma geral antielisão. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). *Planejamento tributário*. São Paulo: Malheiros, 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. Normas gerais antielisivias. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, n. 1, jan./fev., p. 91-94, 2003.

TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. *Análise econômica do Direito dos contratos: uma nova abordagem do Direito Contratual como redutor das falhas de mercado*. Londrina: Thoth, 2021.

TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. Análise Econômica do Direito Tributário - Distinção da Interpretação Econômica a Ponderações Introdutórias quanto à sua Definição e Aplicações. *Revista Tributária das Américas*, São Paulo, Thompson Reuters, v. 7, p. 453-488, 2013.

WEISBACH, D. A. An Economic Analysis of Anti-Tax-Avoidance Doctrines. *American Law & Economics Review*, [s. l.], v. 4, n. 1, p. 88, [2021?]. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=sih&AN=6707579&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 30 jul. 2021.

WILLIAMSON, Oliver. Opportunism and its Critics. *Managerial And Decision Economics*, [s. l.], v. 14, p. 97-107, 1993. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/mde.4090140203>. Acesso em: 28 set. 2021.

WILLIAMSON, Oliver. The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach. *American Journal of Sociology*, [s. l.], v. 87, Issue 3, p. 552-555, nov. 1981.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do Processo Civil: como a Economia, o Direito e a Psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

YITZHAKI, Shlomo. A Note on Income Tax Evasion: a Theoretical Analysis. *Journal of Public Economics*, Cambridge, v. 3, p. 201-202, 1974. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/0047-2727\(74\)90037-1](https://doi.org/10.1016/0047-2727(74)90037-1). Acesso em: 28 out. 2021.

APÊNDICE A - PESQUISA QUALI-QUANTITATIVA DO USO DO “PROPÓSITO NEGOCIAL” COMO CRITÉRIO DE LICITUDE NOS PRINCIPAIS TRIBUNAIS BRASILEIROS¹

O método de pesquisa seguiu as diretrizes a seguir:

- a) uso da expressão “propósito comercial” entre aspas no campo de pesquisa de jurisprudência dos *sites* dos respectivos tribunais, com ordenação de pesquisa no “Inteiro Teor” dos acórdãos;
- b) exclusão de decisões proferidas em agravos de instrumento ou de juízos de admissibilidade de recursos especiais ou extraordinários²;
- c) exclusão de decisões monocráticas³;
- d) exclusão de decisões cujo uso da expressão não serviu como efetivo critério de licitude de condutas fiscais e/ou tributárias⁴;
- e) limitação temporal das decisões a 31 de dezembro de 2021;
- f) pesquisa realizada nos seguintes tribunais: STF, STJ, TRF2, TRF3, TRF4, TJSP, TJMG, TJRJ, TJRS⁵.

RESULTADOS DE PESQUISA

Tribunal	Data	Número do Processo	É critério de licitude?	Comentários
STF	20/04/20	RE 635.443	Indiferente	O mérito da questão não foi julgado
STF	14/09/10	RE 600559 AgR	Indiferente	Uso da expressão com fim diverso
STJ	26/04/21	AgInt no AREsp 1651219	Indiferente	O mérito da questão não foi julgado
STJ	05/10/21	REsp 1925025	Sim	A ausência de propósito comercial é causa de abuso no Planejamento Tributário

¹ Adotou-se como critério de definição de relevância os tribunais com o maior número de casos julgados, em sentido amplo.

² Excluiu-se tais espécies de decisão por refletirem os temas de forma meramente parcial, recortada pela circunstância de julgamento.

³ Excluídas por não refletirem posicionamentos de Corte diretamente, apenas indiretamente.

⁴ É relativamente comum a utilização da expressão na análise de questões cíveis e até penais, em nada refletindo o objeto estudado.

⁵ Os tribunais não mencionados ao longo dos resultados não retornaram resultados que se encaixavam nos cortes indicados.

TRF2	23/02/10	Apelação n. 1996.51.01.013865- 5	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de fraude na escrita contábil
TRF2	29/10/14	Remessa Necessária 0000609- 38.2005.4.02.5004	Indiferente	Uso da expressão com fim diverso
TRF2	25/10/17	Apelação n. 0019462- 85.2011.4.02.5101	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de simulação das operações
TRF3	05/12/19	Apelação n. 5024611- 47.2017.4.03.6100	Indiferente	Uso da expressão com fim diverso
TRF3	30/06/21	Apelação n. 0022771- 09.2016.4.03.6105	Sim	“Propósito negocial” como causa autônoma ao reconhecimento da evasão
TRF3	30/06/21	Apelação n. 0022769- 39.2016.4.03.6105	Sim	“Propósito negocial” como causa autônoma ao reconhecimento da evasão
TRF4	17/05/21	Apelação n. 5043159- 95.2020.4.04.7100	Sim	A ausência de propósito negocial é “abuso de forma”
TRF4	17/08/21	Apelação n. 5013261- 37.2020.4.04.7003	Sim	A ausência de propósito negocial é “abuso de forma”
TRF4	17/08/21	Apelação n. 5018777- 29.2020.4.04.7200	Sim	A ausência de propósito negocial é “abuso de forma”
TRF4	07/12/21	Apelação n. 5014155- 13.2020.4.04.7003	Sim	A ausência de propósito negocial é “abuso de forma”
TRF4	10/12/19	Apelação n. 5009900- 93.2017.4.04.7107	Não	“Propósito negocial” não é requisito de validade tributária do ato ou negócio jurídico
TJSP	07/08/12	Apelação n. 0563687- 31.2008.8.26.0577	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de simulação das operações
TJSP	23/09/14	Apelação n. 0011693- 44.2011.8.26.0309	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de simulação das operações
TJSP	24/09/14	Apelação n. 0001574- 84.2012.8.26.0407	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de simulação das operações
TJSP	23/06/15	Apelação n. 1026783- 62.2014.8.26.0053	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de simulação das operações
TJSP	27/07/15	Apelação n. 1010657- 45.2014.8.26.0114	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de simulação das operações

TJSP	03/08/15	Apelação n. 0032995- 53.2013.8.26.0053	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de simulação das operações
TJSP	26/08/15	Apelação n. 0048116- 58.2012.8.26.0053	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de simulação das operações
TJSP	21/03/16	Apelação n. 1033671- 13.2015.8.26.0053	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de simulação das operações
TJSP	02/06/16	Apelação n. 1015884- 93.2015.8.26.0562	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de simulação das operações
TJSP	16/06/16	Apelação n. 1017195- 74.2014.8.26.0071	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de simulação das operações
TJSP	16/06/16	Apelação n. 1042995- 61.2014.8.26.0053	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de simulação das operações
TJSP	02/09/16	Apelação n. 1043006- 90.2014.8.26.0053	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de simulação das operações
TJSP	21/03/17	Apelação n. 0076112- 42.2012.8.26.0114	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de simulação das operações
TJSP	05/04/17	Apelação n. 1015820- 24.2016.8.26.0053	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de simulação das operações
TJSP	08/08/17	Apelação n. 1024989- 17.2014.8.26.0405	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de simulação das operações
TJSP	09/10/17	Apelação n. 1000036- 16.2013.8.26.0666	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de simulação das operações
TJSP	13/11/17	Apelação n. 0132628- 95.2010.8.26.0100	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de simulação das operações
TJSP	24/07/18	Apelação n. 1003451- 96.2018.8.26.0224	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de simulação das operações
TJSP	12/09/18	Apelação n. 1005718- 51.2016.8.26.0405	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de simulação das operações
TJSP	25/10/18	Apelação n. 1014151- 04.2014.8.26.0053	Sim	Enfática defesa do propósito negocial como hipótese prevista no art. 116, parágrafo único, CTN
TJSP	30/01/19	Apelação n. 1004812- 57.2017.8.26.0201	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de simulação das operações
TJSP	17/04/19	Remessa Necessária n.	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de simulação das

		1005718-51.2016.8.26.0405		operações
TJSP	18/09/19	Apelação n. 1007424-96.2018.8.26.0438	Indiferente	Uso da expressão com fim diverso
TJSP	08/10/19	Apelação n. 1000004-40.2018.8.26.0535	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de simulação das operações
TJSP	09/12/19	Apelação n. 1002977-61.2015.8.26.0053	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de simulação das operações
TJSP	12/12/19	Remessa Necessária n. 9000068-61.2013.8.26.0090	Indiferente	Uso da expressão com fim diverso
TJSP	10/08/19	Apelação n. 1023642-02.2017.8.26.0224	Sim	A presença de propósito negocial sinaliza a licitude das operações
TJSP	29/10/19	Apelação n. 1000663-02.2014.8.26.0014	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de simulação das operações
TJMG	27/03/12	Embargos Infringentes n. 1.0145.09.562367-7/006	Sim	Compreensão de que o propósito negocial é hipótese prevista no art. 116, parágrafo único, CTN
TJMG	05/06/12	Embargos Infringentes n. 1.0145.09.562403-0/007	Sim	Compreensão de que o propósito negocial é hipótese prevista no art. 116, parágrafo único, CTN
TJRS	15/03/13	Apelação n. 70047698097	Indiferente	Uso da expressão com fim diverso
TJRS	28/07/16	Apelação n. 70068906056	Sim	Ausência de propósito negocial é elemento considerado para o indeferimento do direito à imunidade no âmbito do ITBI
TJRS	26/01/17	Apelação n. 70070663059	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de simulação das operações
TJRS	05/04/17	Apelação n. 70071945018	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de simulação das operações
TJRS	12/04/17	Apelação n. 70072970874	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de simulação das operações
TJRS	19/04/17	Apelação n. 70071430599	Sim	A presença de propósito negocial sinaliza a licitude das operações
TJRS	14/09/17	Apelação n 70073775892	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de simulação das operações

TJRS	15/06/18	Apelação n 70074029547	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de simulação das operações
TJRS	22/06/18	Apelação n 70076627876	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de simulação das operações
TJRS	26/06/19	Apelação n 70080838725	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de simulação das operações
TJRS	27/11/19	Apelação n 70083003681	Sim	A ausência de propósito negocial é causa de simulação das operações